



Quaderno di storia del penale e della giustizia

2 / 2020



Il dubbio

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito
contemporaneo su certezza, giustizia, *mass
media* e diritto di punire



Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

2 / 2020

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-663-8

© 2020 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Monica Stronati

Consiglio scientifico

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

Editing

Francesca Martello

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: riviste.unimc.it/index.php/qspeg

e-mail: luigi.lacche@unimc.it

Editore

eum edizioni università di macerata
Corso della Repubblica, 51 - 62100 Macerata;
tel. (39) 733 258 6080

web: eum.unimc.it

e-mail: info.ceum@unimc.it

Progetto grafico e impaginazione

Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del Quaderno sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

Sommario

Il dubbio

Luigi Lacchè

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

Passaggi

Maurizio Migliori

- 23 Se non c'è verità non può esserci il dubbio

Michel Porret

- 41 *Dei delitti e delle pene*: il modello del patibolo nel dubbio beccariano

Massimo Vogliotti

- 53 «Una lacrima nell'occhio della legge». Sul dubbio del giurista tra diritto e letteratura

Fiorella Giusberti

- 79 Il ragionevole dubbio

Itinerari

Paola Nicolini

- 91 Il ruolo attivo della mente umana nella percezione e interpretazione del mondo sociale: tra dispositivi innati e culture di appartenenza

Claudio Luzzati

- 99 Alla luce del dubbio. La razionalità giuridica tra scetticismo e artificio

Storie del diritto penale

Ettore Dezza

- 115 «Sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare». I dubbi del giudice e le risposte del giurista nel *consilium* I, 133 di Giasone del Maino

- Floriana Colao
149 Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'«età dell'incertezza»
- Giacomo Pace Gravina
167 «A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?»: “dubbi” e “certezze” sull'imputabilità minorile tra Otto e Novecento
- Marco Nicola Miletta
177 Ombre sull'innocenza. La formula dubitativa nel processo penale dell'Italia liberale
- Lessico e politica del diritto penale**
- Domenico Pulitanò
211 Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi
- Roberto Bartoli
227 Dubbio e certezza nel diritto penale
- Grazia Mannozi
253 A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice
- 283 Abstracts
- 293 Autori

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 frettosità 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.

Passaggi

Maurizio Migliori

Se non c'è verità non può esserci il dubbio

L'Italia è l'antica terra del *dubbio*. [...] Il dubbio è un gran scappafatica; lo direi quasi il vero padre del *dolce far niente* italiano (Massimo d'Azeglio, *I miei ricordi, Origine e scopo dell'opera*; vol. I, pp. 30 e 33)¹.

Una premessa

Un tema come quello qui proposto si presenta immediatamente molto complesso. Se quindi lo si vuole affrontare in modo serio, sia pure con il riconoscimento delle proprie limitate capacità, bisogna rinunciare ad una presentazione lineare, che, semplificando il dato analizzato, si configura, in ultima istanza, come un trucco retorico o peggio come un tradimento. Al contrario bisogna accettare la complessità e quindi la molteplicità di aspetti e di strumenti che essa richiede.

Questa *excusatio non petita* costituisce una sorta di giustificazione per le scelte che strutturano il mio testo. La molteplicità dei dati che cercherò di mettere in gioco – il dubbio e il limite umano, la Verità assoluta e le diverse verità, il valore e gli eccessi delle scienze moderne, la verità scientifica e l'opinione vera, la razionalità e la fede, etc. etc. – comporta un grave rischio: quello di non essere capito, a causa della ridda di riflessioni, apparentemente disarticolate e quindi poco significative. Ma, come insegna Platone, nella ricerca bisogna accettare il rischio. Lui lo dice a proposito dell'anima, ma noi, proprio perché conosciamo sia la situazione in cui siamo, sia la complessità del tema che affrontiamo, possiamo fare nostre le sue preoccupazioni.

¹ Non me la sento di accettare senza riserve questo duro giudizio. Tuttavia chiunque abbia fatto vita politica o lavoro sociale in qualche corposa organizzazione, di qualsiasi tipo, sa che una delle cose più stucchevoli che troppo spesso capitano è di sentire, dopo una lunga e faticosa analisi su un tema difficile, qualcuno che esordisce dicendo: "io ho delle perplessità".

Infatti, Socrate, a me pare, come forse anche a te, che avere una conoscenza chiara su tali questioni in questa vita, o è impossibile o è difficilissimo, ma che non mettere alla prova in tutti i modi le cose che si dicono a riguardo e rinunciare prima di aver esaurito l'esame da ogni punto di vista, è proprio di un uomo molto debole. Bisogna, infatti, su questi argomenti fare una di queste cose: o apprendere da altri come stanno le cose, o scoprirlo da sé oppure, se ciò è impossibile, *accettare, fra i ragionamenti umani, quello migliore e meno facile da confutare* e, saliti su quello come su una zattera, affrontare il rischio di attraversare il mare della vita, se non si può fare il viaggio in modo più sicuro e con minor rischio su una nave più solida, cioè su un qualche discorso divino (*Fedone* 85C1-D4).

A conferma, poco dopo Socrate dice

affermare con certezza che le cose stanno così come le ho esposte, non si addice ad un uomo intelligente; però sostenere che le cose che riguardano le nostre anime e le loro dimore sono o così o in un modo simile, dal momento che l'anima è apparsa immortale, questo mi pare che si addica e che valga la pena correre il rischio di credere che sia così – infatti *il rischio è bello* (*Fedone* 114D2-6).

Certo il nostro tema può sembrare meno problematico dell'anima e del suo destino *post mortem*, ma forse ci lasciamo condizionare da una visione ontologica molto elementare. Nessun dubbio sulla concretezza del nostro mondo sociale e individuale, sulla sua innegabilità (soprattutto a confronto con l'affermazione dell'anima), ma appena approfondiamo questo dato ci imbattiamo in una (infinita) varietà di possibilità: ogni aspetto della nostra vita, personale e sociale, è costituito da una trama di relazioni che continuamente impongono scelte (teoriche e/o pratiche) alternative. Questo ci obbliga a procedere con molta prudenza, temendo come un ostacolo *i bei discorsi*, cercando invece quelli che hanno *un certa consistenza*. Si tratta di ricordare l'insegnamento socratico del dovere di sottoporre all'*elenchos*, alla prova della confutazione razionale, le opinioni proposte in modo da individuare, se possibile, l'ipotesi migliore *nella situazione data*.

Dubbio e verità

In effetti, il nostro tema appare carico di rischi. Anche per questo anticipo l'asse del ragionamento che cercherò di svolgere. Il dubbio è alla base del pensiero moderno, ma come nemico da battere, come elemento da eliminare e non da lodare. Proprio in quel secolo in cui nasce il mondo "moderno", Cartesio, per uscire dal blocco cui è giunta la cultura del suo tempo, si propone di trovare una verità non sottoponibile al dubbio. Pertanto, prima espande l'ambito del dubbio fino ai suoi limiti estremi (un dubbio metodico che diventa iperbolico), poi trova nel *Cogito* qualcosa che immediatamente consente di superarlo e sconfiggerlo. Anche se possiamo dubitare di tutto, non possiamo negare l'esistenza del pensiero dubitante: *cogito ergo sum*.

Cartesio ha così messo in moto un processo in funzione della verità che via via cambierà natura e senso. Infatti egli propone, come garanzia delle idee chiare e distinte che il *Cogito* manifesta, l'esistenza di un Dio buono, che non può aver dato agli esseri umani un sistema conoscitivo ingannevole. Tale argomentazione, accettata con molte varianti dai filosofi "continentali", mantiene un certo grado di "debolezza" che consente di confermare il limite proprio della condizione umana. Nel corso dei secoli tale garanzia perde peso e viene sostituita dalla forza della scienza che sembra aprire al pensiero umano una prospettiva assoluta, un sistema di verità indubitabili. Di qui la necessità di lodare il dubbio e di procedere, come propone Zagrebelsky, contro l'etica delle verità². Il processo sembra essersi perfettamente rovesciato: dalla negazione del dubbio in funzione della verità alla sua difesa contro la pretesa assolutezza della verità. Ma forse la coppia verità-dubbio, che ha certamente una sua legittimità, sottovaluta la situazione del mondo contemporaneo e quindi potrebbe, o dovrebbe, essere accompagnata, se non sostituita, da una riflessione che consideri la non assolutezza delle verità (al plurale con la "v" minuscola) e quindi la necessità di assumere, più che un'etica del dubbio, un'ottica multifocale, adatta alla complessità del mondo in cui viviamo.

L'ultima affermazione può forse essere completata se assumiamo un atteggiamento coerentemente critico. Questo ci obbliga, in prima istanza, a interrogarci sulla natura della nostra indagine e sul contesto in cui operiamo. Non possiamo, in questa sede, aprire una riflessione su tutto ciò che è a monte della nostra riflessione, sull'ideologia e sulle precomprensioni che certamente ci condizionano etc. Possiamo però interrogarci sulle intenzioni che ci portano a questa indagine, memori del vecchio detto secondo il quale "la via dell'Inferno è lastricata di buone intenzioni". In effetti, chi conosce le cose umane sa che le intenzioni *vere* non sempre coincidono con quello che diciamo a noi stessi. Avere su questo terreno *dubbi* risulta intuitivamente utile perché porta a interrogarsi sulle ragioni di fondo che ci spingono a fare quello che siamo convinti di *aver deciso* di fare.

Dunque, perché ci interroghiamo sul dubbio? Non sembra, in effetti, un tema che ha bisogno oggi di molti difensori. Basta guardare le giovani generazioni, splendida cartina di tornasole del meccanismo di fondo di ogni società: nella nostra realtà, non a caso definita "liquida", il dubbio (o, come vedremo, anche qualcosa di più radicale) regna sovrano perché nulla delle vecchie certezze appare solida e, in qualche misura, indubitabile. Al contrario possiamo affermare come dato (quasi) innegabile che oggi sotto attacco non è il dubbio, ma la verità. Sembra quindi che dobbiamo fare i conti con un primo sospetto: che per qualche ragione, forse ideologica o che altro, ci stiamo ponendo una

² Cfr. G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

domanda apparentemente critica, mentre in realtà rischiamo di lavorare per il re di Prussia, cioè solo per rafforzare il *mainstream*.

Può sembrare un dubbio eccessivo, e tuttavia i dati di fatto sopra citati sembrano innegabili, così come lo sono le conseguenze positive che possiamo trarre dal punto guadagnato. Siamo infatti costretti ad un atteggiamento molto cauto, il che non solo è sempre positivo sul piano metodico, ma comporta anche un ulteriore vantaggio. Non vogliamo mettere in discussione l'utilità del dubbio, che necessariamente accompagna ogni serio atteggiamento scientifico, ogni seria ricerca, ma riuscire ad inquadrarlo in un contesto più ampio, a collocarlo nelle dinamiche che caratterizzano il nostro mondo nella fase attuale. In sintesi, visto che non possiamo essere sicuri delle nostre stesse intenzioni, dobbiamo affrontare il problema cercando di elaborare il tema di fondo, a partire dal quale ricostruire una visione d'insieme, un intero organizzato che dia senso alla nostra ricerca.

Non è difficile scoprire che questo tema è la verità: come ricorda lo stesso Zagrebelsky, solo se c'è una affermazione di verità ha senso dubitarne. Senza la verità nemmeno il dubbio ha la possibilità di essere posto.

La verità in un mondo "liquido"

Che la verità sia in crisi può essere facilmente documentato elencando tutti i casi di *fake news* o analizzando le pseudo-argomentazioni che dominano "nella cultura di massa" su questione di grande rilievo. La stessa democrazia, tema su cui torneremo, appare in difficoltà anche, se non soprattutto, per questo dato che limita la razionalità di molte decisioni "democraticamente" assunte. Comunque, nella nostra prospettiva, è meglio riflettere su tale crisi, procedendo secondo due punti di vista: quello descrittivo e quello, per così dire, storico-genetico.

Sul primo terreno è banale affermare che la caratteristica della nostra società è l'individualismo e il relativismo, frutto della "società liquida" e della "mondializzazione". Se nulla è stabile, se qualunque affermazione va collocata nel contesto culturale che la giustifica e l'accetta, se non è possibile indicare una verità indubitabile e non attaccabile, l'unica cosa che resta ancorata ad un dato reale sembra essere la mia verità, quello che penso e che vale in quanto lo penso e lo affermo. In tale ambito il dubbio non è solo poco utile ma è impossibile. Se il fondamento dell'affermazione è l'io, nulla può impedirgli di cambiare improvvisamente idea su qualsiasi tema, senza passare attraverso nessuna verifica e nessun "dubbio". Questo infatti implica un qualche altro criterio, che limita la libertà dell'io.

Questa è la situazione attuale, che non possiamo sottovalutare perché non è frutto di un complotto o di scelte soggettive. La bella definizione di Bauman

“società liquida” è difficilmente negabile perché descrive l’effetto di una serie di dati: la crisi delle grandi narrazioni (politiche e religiose), l’accelerazione dei processi materiali, frutto delle nuove tecnologie informatiche, la frantumazione delle strutture sociali (famiglia, quartiere, associazioni etc.), l’evidenza di modelli socio-culturali completamente diversi dal nostro e tuttavia forti e addirittura concorrenziali (India, Cina), etc. La “liquidità” è nelle cose del nostro mondo.

Ma una volta accettato questo dato dobbiamo, come sempre, assumere un’ottica critica che si interroghi sulla portata di quanto appena affermato. In sintesi dobbiamo chiederci quanto c’è di stabile in questa società liquida. Appena poniamo tale domanda, vediamo emergere una marea di dati stabili, da quelli più ovvi (i dati di fatto, le appartenenze familiari o etniche, la propria “storia” etc.) a quelli più profondi (le convinzioni, la cultura, i ricordi etc.). A questo punto si può avere la tentazione di accettare la definizione “liquida” solo in relazione ad una società che era più stabile della nostra o a limitarla ad alcuni dati più o meno importanti. In realtà ciò non sembra corretto, perché entrambi i fattori, liquidità e stabilità, sono fenomenologicamente attestati. Negarne uno è frutto di una scelta ideologica, poco o affatto razionale.

Tuttavia è facile riconoscere che da una parte i dati di stabilità appaiono numericamente prevalenti, mentre dall’altra la fase attuale è caratterizzata da continue e radicali trasformazioni che non possiamo sottovalutare. Dal punto di vista del nostro tema importa poco cogliere la natura specifica delle trasformazioni in atto, mentre è rilevante verificare la conseguente modificazione dei concetti che normalmente utilizziamo. La radicalità di tale modificazione non deve farci dimenticare un dato di buon senso, che abbiamo già verificato con l’accoppiata liquidità-stabilità. Le letture unilaterali sono affascinanti, ma troppo spesso poco rispettose della realtà. Una novità, anche se radicale, non azzerava mai la totalità dell’esistente; al contrario si presenta (quasi sempre) nella forma di aggiunte che modificano l’intero e quindi ricollocano in modo nuovo i contenuti precedenti, che non sono affatto perduti, ma ricompresi nel contesto del sistema che si sta realizzando³. Pertanto il nostro compito è sempre duplice: cogliere sia il vecchio sia il nuovo nella modificata relazione che si sta realizzando sotto i nostri occhi, individuando pericoli e prospettive positive che così si offrono. In questa ricerca l’analisi ha molto spazio, il dubbio

³ Gli esseri umani non “creano”, anche se, in un certo senso, possono far passare dal non essere all’essere, come fa un vasaio che produce un vaso che prima non c’era assolutamente. Qui abbiamo una nuova ambivalenza: da una parte il vasaio non crea perché parte dall’argilla, quindi non genera dal nulla ma utilizza qualcosa che già c’è; dall’altra l’argilla è tutt’altra cosa rispetto al vaso, tanto da non poter fare nulla di quello che l’altro fa. Solo “retoricamente” si può affermare che “non è ancora vaso”, perché quel blocco può restare argilla fino alla fine dei secoli e non succede nulla. In realtà l’argilla è una cosa del tutto diversa e la successiva presenza del vaso, imprevedibile e imprevisto, è una sorta di miracolo, frutto della tecnologia, figlia dell’intelligenza umana.

meno, tanto più che quello stesso non può evitare la strettoia tra variazione e rottura, tra novità e continuità. Se la verità è problematizzabile il dubbio non lo è di meno.

Dubbio e limiti umani

Il dubbio è una costante del pensiero occidentale, anche quando non si presenta in forme forti e conclamate. Non può essere altrimenti perché la ricerca razionale – che si afferma nella filosofia come nei diversi comparti che, nello stesso giro di secoli, nascono in Grecia (storiografia, urbanistica, etc.) e a Roma (diritto) – è sempre accompagnata dal senso del limite umano e quindi dal dubbio.

Nell'*Apologia di Socrate*, certamente uno dei primi testi di Platone, si racconta che secondo la Pizia, la profetessa nel tempio di Apollo a Delfi, Socrate è il più sapiente dei greci, ma per una ragione opposta a quello che ci si potrebbe aspettare. Egli è lodato perché sa che

la sapienza umana vale poco o nulla (23A6-7) ...in verità la <sua> sapienza non vale nulla (23B3-4).

Questo però non dà luogo ad un blocco analitico o ad un'impotenza della prassi. Socrate testimonia nel *Critone*, altro dialogo del primo blocco, un'adesione alla razionalità che non si ferma di fronte a scelte estreme. La scena si svolge nella prigione, Socrate è stato condannato a morte e Critone cerca disperatamente di convincerlo a fuggire, tanto più che tutto, a partire dalla corruzione delle guardie, è stato predisposto. Ma l'atteggiamento di Socrate è netto:

Perché io non ora per la prima volta, ma sempre, sono stato un soggetto tale da non dare ascolto a nessun'altra cosa mia se non al ragionamento, quello che a me, ragionando, *sembra il migliore*. I ragionamenti che facevo nel passato non posso ora buttarli via perché mi è accaduto questo evento, ma mi sembrano più o meno gli stessi e li rispetto ed onoro come prima (*Critone* 46B4-C1).

La conclusione è nota: gli argomenti di Critone non reggono la prova, Socrate decide razionalmente e coerentemente di accettare il suo destino e quindi di morire, lasciando moglie e tre figli (di cui uno "giovinetto", come viene più volte ricordato nei testi di Platone). Quello stesso Socrate che "non sa (quasi) nulla" esalta la verità che emerge dai ragionamenti che egli "onora". Non si tratta di una scelta che ha come suo fondamento il rispetto delle leggi e la necessità di lavorare per difendere la *polis*, altrimenti condannata a continui squilibri, per non dire a fasi di "guerra civile". Socrate parla con la stessa tranquilla determinazione anche a proposito del singolo, a partire da se stesso:

Io che tipo d'uomo sono? Uno di quelli che si lascia confutare volentieri, se dico qualcosa che non è vero, e che volentieri confuta, se un altro dice una cosa non vera, e che certo non considera l'essere confutati più sgradevole del confutare. Infatti, ritengo che quello sia un bene maggiore, in quanto l'essere liberato da un male grandissimo è un bene maggiore del liberare gli altri. Non credo proprio che ci sia per l'uomo un male tanto grande quanto l'avere una falsa opinione sui temi di cui noi stiamo ora parlando (*Gorgia*, 458A1-B1).

Quindi Socrate lotta contro le false opinioni e rispetta la verità fino alla morte. Quello che esige è però una verifica forte: un'affermazione per essere *vera* deve reggere la confutazione, che ne verifica la consistenza nella misura in cui può esserlo. Questa ambivalenza, questa compresenza di due dati, radicalità del limite umano e necessità della ricerca razionale, necessariamente posti in tensione dialettica, è tipica del pensiero antico. Il mondo classico (e *a fortiori* quello cristiano medievale) ritiene che nella condizione umana il limite sia dominante, che nel mondo il disordine sia sempre presente e che l'ordine costituisca un problema e/o richieda un intervento dall'esterno. Se si scava, si trova nel pensiero greco un residuo oscuro che non può essere eliminato; quanto al pensiero cristiano la volontà di un Dio persona è in ultima istanza imperscrutabile. L'assoluto non è proprio della condizione umana.

Invece nel pensiero moderno, che nasce con Cartesio (e la scienza), la mossa iniziale parte dall'affermazione pervasiva del dubbio per uscirne in nome di una verità forte, per non dire assoluta, cui aspirano (illusoriamente) i secoli della modernità.

L'assoluto moderno

Come avevamo anticipato, una seconda riflessione, di tipo più storico, può forse aiutarci sia a confermare quanto abbiamo detto sia a capire meglio il presente, cogliendo il punto di svolta rispetto al mondo antico e medievale. Dobbiamo però partire dal riconoscimento di una ulteriore ambiguità. Anche se il pensiero antico e quello cristiano hanno in sé le caratteristiche viste, non c'è dubbio che la metafisica classica si sia spesso proposta con una forza e una natura che la fa apparire (e quindi anche agire come se fosse) assoluta; lo stesso accade alla fede cristiana incarnata in una struttura di potere com'è stata, soprattutto nei secoli passati, la Chiesa.

In effetti, la scienza moderna nasce con caratteristiche antidogmatiche, in aperta polemica con le teorie che pretendono di imporsi per tradizione, per imperio o per fede, con la sottolineatura della necessità di verificare, razionalmente e sperimentalmente, le affermazioni fatte. Inoltre ci si propone di assumere un atteggiamento molto più cauto: non bisogna ricercare le essenze delle cose, ma limitarsi a capire quali sono le leggi secondo le quali l'oggetto indagato, ad esempio il movimento o il calore, funziona.

Ma anche in questo caso la realtà risulta ambivalente. Già Galileo nella sopravvalutazione della matematica fa riemergere l'assoluto. A suo avviso, una legge verificata sperimentalmente deve essere espressa con una formula matematica. In questo modo si coglie (sia pure parzialmente) quello che Dio stesso ha utilizzato nell'azione creatrice. Così la scienza moderna, nata dalla delineazione di un limite, segnato dal distacco dalla filosofia e marcato da strumenti e metodi, presume subito di poter raggiungere una conoscenza in qualche modo assoluta, anche se incompleta. Nei secoli successivi, poi, con la costante perdita di peso della figura di Dio emerge una delle caratteristiche della modernità, il processo di secolarizzazione: gli attributi e le funzioni di Dio vengono via via trasferiti all'azione dell'uomo. Mentre la scienza acquista sempre più consapevolezza della sua forza, si afferma un'aspirazione all'assoluto che viene immanentizzata nella ragione. Su questa base le elaborazioni sempre più complesse spesso assumono le vesti di una visione della realtà complessiva, quasi "filosofica". Non stupisce quindi che si siano via via affermate posizioni che riaffermano l'assoluto – si pensi al positivismo – o che richiedano l'estensione di metodi fisico-matematici ai più diversi aspetti della realtà, condannando quelle realtà che non sono in grado di accettare tale imposizione.

La sindrome di onnipotenza che segna il XX secolo ha qui una delle sue radici: una visione che esclude qualsiasi forma di trascendenza, qualsiasi "altro" e qualsiasi fine, che cerca un codice unico che risolva tutta la complessità del reale in un unico quadro. L'approdo rischia di proporre una nuova forma di assolutismo, forse persino più cogente di tante "metafisiche". Eppure lo sviluppo della riflessione epistemologica ha dato colpi decisivi alla scienza "galileiana", mostrando i limiti dei due pilastri del metodo scientifico, la matematica⁴ e l'esperimento. La stessa interpretazione unitaria del mondo appare in crisi. Al presente abbiamo con la relatività generale e la meccanica quantistica due visioni della realtà fisica diverse tra loro. Più recentemente tutto sembra destinato ad essere rimesso in discussione con la scoperta della materia oscura: questa non è direttamente osservabile, in quanto non emette radiazioni elettromagnetiche, ma si manifesta solo attraverso gli effetti gravitazionali; nondimeno, dovrebbe costituire il 90%, della massa presente nell'universo.

La diversità dei paradigmi

Tutto questa "storia", che qui abbiamo potuto solo accennare, comporta una serie di effetti sconcertanti nella loro radicale diversità. Sul piano episte-

⁴ Si pensi alla formulazione del secondo teorema di Kurt Gödel: se un sistema assiomatico può dimostrare la sua stessa coerenza, allora esso deve essere incoerente.

mologico la scienza ha preso atto dei processi cui abbiamo fatto cenno e quindi ha una visione corretta di se stessa: una proposta conoscitiva non assoluta, ma probabilistica. Tuttavia il suo impatto sulla realtà risulta di fatto (quasi) assoluto per la forza e la pervasività della tecnologia. Inoltre la razionalità riconosciuta è solo quella delle scienze codificate e non si attribuisce validità a nessun altro tipo di approccio. Al di fuori della scienza ci sono solo i soggetti con le loro pulsioni. Quindi gran parte di quello che noi definiamo e viviamo come “umano” risulta (come *communis opinio*, di fatto socialmente praticata) fuori di questo ambito e quindi non razionale: è il terreno del sentimento, della soggettività, per non dire della “irrazionalità”.

Di conseguenza, da una parte ci imbattiamo troppo spesso, contraddittoriamente, in forme di scientismo, dall'altra siamo condannati all'individualismo e al relativismo, che spesso contraddicono (senza alcuna vera ragione) i dati dimostrati dalle scienze. Fortunatamente anche in questo caso i modelli semplificati e unilaterali non reggono una prova più approfondita. Ci aiutano gli studi di epistemologia della seconda metà del XX secolo. Non potendo qui nemmeno ricordarli, ci limitiamo alla riflessione di Kuhn⁵, uno storico della scienza, che ci aiuta ad avvicinarci alla conclusione di questo nostro percorso. La sua ricostruzione mostra che le scienze procedono per paradigmi diversi tra di loro⁶. Lo sviluppo delle scienze non avviene solo o soprattutto per via di accumulazione di conoscenze, di teorie, di metodi, cioè con un processo lineare, ma passa attraverso vere e proprie “rivoluzioni”. Ogni scienza risulta fondata su paradigmi, strutture di base che determinano sia la individuazione dei problemi con il conseguente rifiuto delle questioni estranee (perché metafisiche o irrazionali) sia la loro soluzione. Questa è la fase *normale* in cui la scienza realizza le potenzialità del paradigma con effetti che risultano, almeno in parte, permanenti. Nella fase successiva, di scienza *straordinaria*, emergono alcuni fatti *anomali*, che non rientrano nel quadro generale, cioè che non trovano soluzione. Di conseguenza, il paradigma comincia ad entrare in crisi, si *sfuoca*, cerca nuove strade e alla fine viene sostituito da un altro che ha al suo centro parametri diversi, incompatibili con quelli tipici della fase precedente. Questo passaggio consente di spiegare quei nodi che restavano problematici e irrisolti all'interno della scienza precedente.

Non possiamo approfondire le riflessioni di Kuhn. Qui ci basta sottolineare l'esistenza di paradigmi, che interpretano in modo diverso l'intero preso in considerazione, il che rende impossibile interfacciare le varie posizioni. Esse tuttavia hanno spesso valide ragioni che le legittimano. L'esempio più interes-

⁵ T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 1962, più volte riedito; tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1969, più volte riedita.

⁶ Come esempi elementari si possono citare le tradizioni etichettate come astronomia tolemaica (o copernicana), dinamica aristotelica (o newtoniana), ottica corpuscolare (o ondulatoria) e così via.

sante è quello della luce: dopo secoli di scontri tra il paradigma corpuscolare e quello ondulatorio oggi affermiamo la “verità” di entrambi, ovviamente da punti di vista e/o in situazioni diverse. In sintesi due posizioni non compatibili risultano entrambe “vere”.

Si impone un approccio multifocale, che implica una *Weltanschauung*, una “visione del mondo” diversa da quella della modernità. Una realtà sempre più complessa può essere affrontata solo con strumenti adeguati, che accettino la complessità e che consentano paradigmi sufficientemente articolati e capaci di farci comprendere il reale nei suoi molteplici e diversi aspetti. Questo sforzo deve essere accompagnato da una accettazione dei limiti della natura umana. Limite vuol dire che una visione è sempre parziale, che i risultati raggiunti sono validi “fino a prova contraria”, che siamo spesso di fronte a tante verità, tutte rigorosamente scritte con la “v” minuscola.

Esempi banali e quotidiani

Occorre sottolineare che quanto stiamo dicendo non riguarda solo il livello “astrattamente” epistemologico, ma anche le nostre narrazioni comuni. L’esistenza di geometrie non euclidee può sembrare troppo lontana dalla quotidianità e, per così dire, riguardare realtà artificiali che non ineriscono al nostro mondo. Il pensiero comune è sicuro che in realtà noi ci muoviamo sempre all’interno di un unico paradigma. Eppure nel nostro linguaggio diciamo che il sole tramonta, pur sapendo benissimo che è la terra che girando produce l’effetto visivo dello “scendere/salire” del sole. Ma il dato più rilevante è che tale scelta è giusta, perché ci consente un linguaggio “economicamente” più funzionale: la descrizione del tramonto in termini scientifici è più lunga (e meno poetico-sentimentale) di quella che di fatto tutti usiamo.

Non si tratta di un dato solo linguistico. Il racconto del padre sul rapporto con il figlio può essere del tutto *sincero e vero*, anche perché trasuda esperienze dirette e profondamente vissute; il racconto del figlio sul rapporto con il padre può essere del tutto *sincero e vero*, anche perché trasuda esperienze dirette e profondamente vissute. Eppure i due racconti hanno una serie di dati non identici: due verità diverse sullo stesso oggetto.

Il problema del relativismo

Questo sembra aprire la strada al relativismo, quella posizione che non ammette verità in campo gnoseologico e criteri in campo morale, per cui è impossibile fare affermazioni valide e stabili. Non è affatto così, per due ragioni. La prima è che ogni racconto è vero se rispetta la realtà, se non esprime solo

pulsioni soggettive o addirittura devianti. Vale quello che accade per i colori, pur in presenza di persone daltoniche: il semaforo è verde, questa è una buona descrizione, anche se ci sono quelli che lo vedono grigio o marrone.

La seconda è che il racconto deve tener conto di una serie di dati che non possono essere negati. Ad esempio, in tutti i racconti sul rapporto in oggetto uno è il padre e l'altro il figlio, con una certa distanza di età che non può essere messa in discussione, così come il sesso etc. etc. Tali lunghe serie di dati non possono essere sottoposte a dubbio in nessuna delle due narrazioni. Chi nega uno di questi dati semplicemente racconta un altro rapporto, non questo.

Dunque non solo non apriamo la strada al relativismo, ma siamo costretti a riflessioni ancora più articolate. Se siamo di fronte a diversi paradigmi dobbiamo caso per caso decidere quale è più adeguato, quale è preferibile e perché, etc. Certo, bisogna allo stesso tempo accettare l'elementare verità che in molti casi è impossibile sapere *davvero* come stanno le cose. Com'è morta Marilyn Monroe? Chi ha ucciso Kennedy? Ma anche in questi episodi da una parte non abbiamo risposte a domande essenziali, dall'altra abbiamo una serie di verità indubitabili: Marilyn è morta per assunzione di alcune sostanze e non per infarto; è morta quel giorno, in quel luogo etc. etc.; Kennedy è stato ucciso a Dallas con una pallottola che gli ha attraversato il cranio etc. etc. In sintesi, non dovremmo mai dimenticare i tanti dati certi e documentabili.

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.

In sintesi, dobbiamo abituarci a elaborare con attenzione metodica giudizi *da punti di vista diversi*, lavorando poi per graduarli, magari a partire dalle premesse o dagli esiti, o da altri dati. L'unico nemico che bisogna combattere è il relativismo, "fase suprema dell'individualismo", che afferma la possibilità di dire tutto e il contrario di tutto. La cosa interessante è che il relativismo è un atteggiamento, un modo di guardare il mondo e di gestire la propria vita più che una posizione teorica, perché teoreticamente non regge, tanto evidenti sono le incongruenze che comporta. Rorty, che è un relativista, sostiene (giustamente) che il relativismo come lo intendono i suoi nemici non esiste: un relativista coerente dovrebbe affermare l'eguale valore di ogni affermazione, criterio impossibile che nessuno sostiene davvero. Il relativista consapevole si limita ad argomentare contro ogni forma di affermazione stabile, cercando poi di evitare le aporie più vistose della proposta radicale.

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 strutture, sistemi, paradigmi, sapendo che all'inizio ci si scontrerà con un muro, frutto di decenni di faciloneria e trascuratezza teorica. Per fare un esempio, chi oggi parla di "capitalismo" vede comparire sul viso del suo interlocutore un sorriso di compatimento se non uno sguardo di disapprovazione. Eppure chi lo fa (come il sottoscritto) procede così per due ragioni 1) perché non sa come altrimenti definire la società in cui vive; 2) perché trova sconvolgente che il sorridente interlocutore non senta il bisogno di contrapporre alla "vetusta" definizione una sua più adeguata. Il sospetto è che per lui questa sia semplicemente "la realtà". Ciò sul piano della teoria non è certo accettabile, visto che non si pone nemmeno il problema di cogliere lo specifico di questa "realtà"⁷. Peggio ancora, sul piano della prassi diventa quasi impossibile un vero atteggiamento critico: che cosa si può fare o dire per contraddire la "realtà in quanto realtà"? Che senso ha criticarla?

Tale giudizi sono rafforzati dalla constatazione che uno dei fattori più rilevanti del nostro mondo è proprio la spinta a identificarsi con il reale nella sua attualità, con una accentuazione del peso dell'immediatezza e della datità del dato⁸. Al contrario, bisogna affermare che nulla è immediato e/o semplice, che la "relazione tra dati" struttura ogni realtà, che ogni dato è poi, a sua volta, una serie di strutture, interne ed esterne. Di conseguenza occorre abituarsi a distinguere: altro è dire "x è vero (in assoluto)", altro dire "x è vero alla luce di questo paradigma", altro ancora "x è vero in questa accezione, "in quanto è..." o "in questo momento". L'esito sembra relativistico, ma non lo è, perché afferma una verità che, nella relazione data, è in grado di fondarsi e di reggere il confronto con il suo contrario, che può o essere mantenuto in un'altra accezione o essere qualificato come errore e/o come falso.

Su questo asse si gioca evidentemente la partita decisiva. In sintesi, la negazione di verità *assolute* appare un dato irreversibile. Abbiamo dunque bisogno di una diversa modulazione "relazionale" della verità: ogni affermazione

⁷ L'esempio fatto non è casuale, perché siamo dentro una grande crisi e quindi abbiamo di fatto tutta una gamma di quadri interpretativi, da chi dice che la crisi è tipica del capitalismo, e quindi è tutto "normale", a chi ritiene che sia in crisi il moderno, per cui siamo nel post-moderno, mentre altri pensano che siamo in un'accelerazione della modernità, in una realtà iper-moderna; altri ancora ritengono che quella che chiamiamo "crisi" sia il cambiamento di un mondo, in cui nuovi dati, come l'informatizzazione, l'intelligenza artificiale, la robotica, stanno cominciando a modificare radicalmente il mondo, i pensieri e lo stesso pensare, gli esseri umani.

⁸ L'affermazione unilaterale e acritica della situazione attuale richiede, e insieme determina, una sottovalutazione, se non un annullamento, del passato e dei processi che hanno determinato la nascita di *questo* presente; tale processo sembra poi anche scientemente rafforzato da una serie di scelte educative e di interventi mediatici.

risulta dotata di senso all'interno di uno specifico sistema linguistico, di un determinato contesto, in relazione a un paradigma, un sistema, una teoria, etc. Tuttavia, una volta che sono adeguatamente collocate, molte affermazioni appaiono innegabili, cioè tali che il loro contrario, e spesso anche il diverso, deve necessariamente essere negato. Per fare esempi ovvi, all'interno della geometria euclidea la somma degli angoli interni di un triangolo può essere solo di 180 gradi; relativamente a questo sistema, non è assolutamente possibile un calcolo diverso.

Certo, si tratta di un dato relativo ad una serie di coordinate, ma tanto basta per delegittimare l'affermazione (assoluta) che non esiste alcuna verità. Di conseguenza, si è sviluppata un'altra forma di relativismo, che riconosce la possibilità di fare affermazioni valide a partire da *un certo* criterio o all'interno di *un certo* paradigma. Il problema ha a questo punto una duplice articolazione: una si interroga sulla possibilità/impossibilità di scegliere tra i *diversi* paradigmi, l'altra sulla possibilità di rinunciare ad un discorso veritativo proponendo al posto di quello della verità altri criteri non assoluti e non statici (come ad esempio l'utile)⁹.

Due equivoci da evitare

Il livello di approfondimento cui siamo giunti (per allusioni) dovrebbe essere sufficiente per l'affermazione centrale: bisogna abituarsi a pensare attraverso continue distinzioni senza le quali il discorso può tornare ad essere pericolosamente unilaterale o equivoco. Questo emerge ad esempio nella posizione di Zagrebelsky, che è *contro l'etica della verità a favore dell'etica del dubbio*. Il suo discorso non è contro la verità, la sua difesa di una prassi dubitante è contro la prassi che scaturisce da una verità dogmatica. Tuttavia questo stesso termine è molto ambiguo. Infatti gran parte del discorso di Zagrebelsky è incentrato sulla questione della Chiesa, del Concordato, del *non possumus* dei laici e di quello della Chiesa.

Molte delle sue affermazioni, che riguardano la pratica che alcuni traggono da verità di fede, sono del tutto condivisibili a parere del sottoscritto. Tuttavia bisogna distinguere verità e pratica, verità razionali e verità di fede, verità assolute e verità relative, per non parlare di tante non verità, affermazioni false e/o destituite di valore e di senso. Procediamo con ordine dicendo banalità. La terra è rotonda. Tu ora stai leggendo. È legittimo dire che la terra

⁹ Quest'ultima è una strada che hanno tentato per primi i grandi sofisti, come Protagora, spesso sbrigativamente liquidati come "relativisti"; cfr. *contra* F. Eustacchi, *Il pensiero dei sofisti tra relazioni e relativismo*, in M. Migliori (a cura di), *Assoluto e relativo, Un gioco complesso di relazioni stabili e instabili*, Brescia, Morcelliana, 2017, pp. 37-54, soprattutto 40-43; F. Eustacchi, *Vero e falso in Protagora e Gorgia. Una posizione aporetica, ma non relativistica*, «Humanitas», 71, 2016, pp. 12-27.

è piatta e che tu ora stai giocando a tennis? In sintesi si possono contestare le verità di fatto? Ma lo stesso vale per la somma degli angoli interni di un triangolo nel sistema euclideo o in una geometria non euclidea, che non sono affermazioni affidate alla libera volontà del soggetto.

Tutt'altra questione emerge se facciamo riferimento, diretto o indiretto, alla fede perché la verità della fede non è quella del discorso razionale. Le domande fondamentali che valgono per l'una non hanno senso per l'altra. Prendiamo due affermazioni nei due campi diversi. 1) Se uno sostiene, ad esempio, che sul piano storico l'*implosione* dell'URSS mostra la intrinseca autocontraddizione di quel modello che, per così dire, "si affloscia su se stesso". la prima domanda da fare è (dopo aver chiarito bene che cosa si intende dire) "perché?". La risposta è necessaria, se il discorso è serio ed ha una pretesa di validità. Si tratta di giustificare con prove o con argomenti l'affermazione fatta. 2) Se uno sostiene "Cristo è figlio di Dio e Dio lui stesso", non è possibile chiedere "perché?", in quanto siamo di fronte ad una scelta, ad un'esperienza, ad un "salto". Questo è nella natura di quello che tradizionalmente chiamiamo "fede". Tale ambito può essere negato alla radice, rifiutato in modo radicale il che obbliga a non parlarne, ma, se e quando se ne parla, bisogna accettarne la natura.

Possiamo invece parlare in ogni caso delle conseguenze che alcuni, come la Chiesa, traggono in determinati momenti da questa fede, perché si tratta di un dato fenomenologicamente attestato e quindi analizzabile. Il problema (teorico) si pone fin dal processo di Galilei, con le solite ambivalenze. Il cardinal Bellarmino ha buoni argomenti da contrapporre a Galilei e su un punto ha addirittura ragione¹⁰, ma ha radicalmente torto per il quadro teorico e scientifico che propone. E comunque è in discussione il senso e il valore di questo scontro ben più del dubbio.

Zagrebelsky pone una questione ancora più radicale parlando della democrazia: poiché si tratta di fare delle scelte su materia controvertibile, la verità, che è cogente, sembra essere in contraddizione con la democrazia. Quindi egli propone di non parlare di verità ma di opinioni. Il fatto è che questa non è una soluzione, perché anche le opinioni possono essere qualificate come vere o come false. Già Platone sottolinea che sul piano pratico l'opinione vera vale come la verità scientifica¹¹. Ne ho dato una prova in questo stesso scritto

¹⁰ Ad esempio sul problema del controllo che Galilei poteva avere su quello che vedeva con un cannocchiale fatto, per così dire, in casa. In effetti, lo scienziato ha visto montagne e valli, ma anche "mari" che sulla Luna non ci sono.

¹¹ Su questo terreno Platone non si ferma nemmeno di fronte ad affermazioni estreme: «E fino a quando avrà *retta* opinione intorno alle questioni sulle quali un altro ha scienza non sarà affatto una guida peggiore, credendo il vero ma non ragionando, dell'altro che ragiona» (*Menone*, 97B5-7). L'affermazione è brutale con questa contrapposizione tra chi ragiona e chi non lo fa, ma consente di concludere in modo logico: «Dunque, l'opinione *vera*, relativamente alla correttezza dell'azione, non

citando la somma degli angoli interni di un triangolo. La *mia* affermazione è scientifica? Certo che no. Infatti ad un eventuale richiesta di dimostrazione lo scrivente non è in grado di proporla, a oltre 50 anni dall'ultima volta in cui si è dedicato a questo tipo di problemi. Senza dimostrazione un'affermazione non è scientifica, ma resta intatta come opinione riconosciuta come *vera* (e in caso di bisogno anche "utile"). La somma degli angoli resta quella, anche se chi sostiene questa elementare verità è tanto ignorante da non saperlo dimostrare.

Un consiglio di buon senso

Che cosa abbiamo ricavato da questo groviglio di (poveri accenni a profonde) riflessioni?? La necessità di combattere la verità assoluta distinguendo i vari sensi di verità. Certo il dubbio serve contro la pretesa di Verità dogmatica, ma per agire più utilmente forse dovrebbe intrecciarsi con il senso del limite umano e con lo sforzo di distinguere i vari sensi di verità: di fatto e di ragione, razionale e di fede, scientifica e opinione vera, oltre che tutti i necessari riferimenti ai diversi paradigmi, ai punti di vista, alle situazioni concrete, combattendo il pericolo del relativismo e l'impotenza radicale, che spesso ne consegue.

Se rimaniamo sul solo terreno del dubbio risulta in qualche modo interessante, e insieme paradossale, che proprio un comunista come Bertold Brecht faccia emergere nella sua *Lode del dubbio* il pericolo, o forse meglio l'aporia, che si nasconde in questa posizione. Da una parte, infatti, abbiamo la giusta lode del dubbio, il soppesare ogni parola per evitare giudizi affrettati che poi i fatti smentiscono: bisogna imparare dalla storia! Nello stesso tempo bisogna evitare di lodare il dubbio che blocca l'azione portandoci ad una disperante impotenza.

L'esito di questa ambivalenza non può che essere un consiglio di buon senso

Tu, tu che sei una guida, non dimenticare
che tale sei, perché hai dubitato
delle guide! E dunque a chi è guidato
permetti il dubbio!

Il buon senso rivela qui tutta la sua debolezza. A fronte della grandezza dei quesiti posti, alla storia e alle vicende umane, ci si limita a proporre la

sarà affatto una guida peggiore della ragione; e questo è quello che abbiamo tralasciato poco fa nella indagine intorno alla qualità della virtù, dicendo che solo la ragione guida il retto operare, mentre c'era anche l'opinione *vera*» (*Menone*, 97B9-C2).

soluzione individuale, la saggezza di colui che ha fatto un percorso scoprendo l'utilità del dubbio: per questo deve garantirlo a tutti. Ma in primo luogo la scelta del terreno individuale, come spero di aver mostrato, distrugge ogni verità in nome del relativismo e quindi rende impossibile il dubbio: come spesso accade, si lavora senza accorgersene per il solito Re di Prussia. In secondo luogo l'affermazione di Brecht è tanto più terribile perché questo grande intellettuale decise di restare nella DDR, che non sembra proprio essere stata il tempio del dubbio.

Il fatto è che questo dubbio viene giocato contro "verità incontestabili", non ulteriormente chiarite, anzi con il solito attacco alle verità di fede per la loro applicazione, rispetto alle quali il dubbio dovrebbe essere liberante. Ma la strada per liberarsi, questo è il senso del presente contributo, è ben più complessa e richiede certo l'atteggiamento critico, e quindi il dubbio, tanto lodato da Brecht, ma anche la difesa della verità delle diverse affermazioni, a diverso titolo fondate.

Non possiamo fare altrimenti anche per una riflessione elementare: una messa in crisi radicale della nozione di verità comunque intesa comporta un'analoga crisi del concetto di menzogna e di errore. Poiché nessuno può davvero eliminare questi due dati della nostra esperienza quotidiana, bisogna in qualche modo salvare il concetto di verità.

Bertold Brecht

Lode del dubbio

Sia lode al dubbio! Vi consiglio, salutate
serenamente e con rispetto chi
come moneta infida pesa la vostra parola!
Vorrei che foste accorti, che non deste
con troppa fiducia la vostra parola.
Leggete la storia e guardate
in fuga furiosa invincibili eserciti.
In ogni luogo
fortezze indistruttibili rovinano e
anche se innumerevole era l'Armada salpando,
le navi che tornarono
le si poté contare.
Fu così un giorno un uomo sull'inaccessibile vetta
e giunse una nave alla fine
dell'infinito mare.
Oh bello lo scuoter del capo
su verità incontestabili!
Oh il coraggioso medico che cura
l'ammalato senza speranza!
Ma d'ogni dubbio il più bello
è quando coloro che sono
senza fede, senza forza, levano il capo e
alla forza dei loro oppressori
non credono più!
Oh quanta fatica ci volle per conquistare il principio!
Quante vittime costò!
Com'era difficile accorgersi
Che fosse così e non diverso!
Con un respiro di sollievo un giorno
un uomo nel libro del sapere lo scrisse.
Forse a lungo là dentro starà e più generazioni
ne vivranno e in quello vedranno un'eterna sapienza
e sprezzaranno i sapienti chi non lo conosce.
Ma può avvenire che spunti un sospetto, di nuove esperienze,
che quella tesi scuotano. Il dubbio si desta.
E un altro giorno un uomo dal libro del sapere
gravemente cancella quella tesi.
Intronato dagli ordini, passato alla visita
d'idoneità da barbuti medici, ispezionato
da esseri raggianti di fregi d'oro, edificato
da solennissimi preti, che gli sbattono alle orecchie
un libro redatto da Iddio in persona,
erudito da impazienti pedagoghi, sta il povero e ode
che questo mondo è il migliore dei mondi possibili e che il buco
nel tetto della sua stanza è stato proprio previsto da Dio.

Veramente gli è difficile
dubitare di questo mondo.
Madido di sudore si curva l'uomo
che costruisce la casa dove non lui dovrà abitare.
Ma sgobba madido di sudore anche l'uomo
che la propria casa si costruisce.
Sono coloro che non riflettono, a non dubitare mai.
Splendida è la loro digestione, infallibile il loro giudizio.
Non credono ai fatti, credono solo a se stessi.
Se occorre, tanto peggio per i fatti.
La pazienza che han con se stessi è sconfinata. Gli argomenti
li odono con l'orecchio della spia.
Con coloro che non riflettono e mai dubitano
si incontrano coloro che riflettono e mai agiscono.
Non dubitano per giungere alla decisione, bensì
per schivare la decisione.
Le teste le usano solo per scuoterle. Con aria grave
mettono in guardia dall'acqua i passeggeri di navi che affondano.
Sotto l'ascia dell'assassino
Si chiedono se anch'egli non sia un uomo.
Dopo aver rilevato, mormorando,
che la questione non è ancora sviscerata, vanno a letto.
La loro attività consiste nell'oscillare.
il loro motto preferito è: l'istruttoria continua.
Certo, se il dubbio lodate
non lodate però
quel dubbio che è disperazione!
Che giova poter dubitare, a colui
che non riesce a decidersi!
Può sbagliarsi ad agire
chi di motivi troppo scarsi si contenta,
ma inattivo rimane nel pericolo
chi di troppi ha bisogno.
Tu, tu che sei una guida, non dimenticare
che tale sei, perché hai dubitato
delle guide! E dunque a chi è guidato
permetti il dubbio!

Michel Porret*

Dei delitti e delle pene: il modello del patibolo nel dubbio beccariano

La pénalité a perdu pour la première fois dans le livre de Beccaria, le caractère de la passion et de la vengeance, pour revêtir celui de la raison et de la moralité (Ad[olphe] Franck (dir.), *Dictionnaire des sciences philosophiques*, Paris, Hachette, 1875, II^e éd., p. 163).

Dal crepuscolo del Medioevo al tramonto del Settecento, il diritto di punire è un apparato normativo di repressione e di controllo sociale esercitato dallo Stato di giustizia e basato sul paradigma del patibolo (“justice patibulaire”). Le forche *patibolari* riempiono l’antico regime penale di violenza corporale, segnato dal *Code de l’Humanité*, che negli anni 1770 Fortunato Bartolomeo De Felice (1723-1789), avventuriero, enciclopedista ed editore napoletano, transfuga del cattolicesimo a Yverdon (Confederazione elvetica), compila in 13 volumi dall’*Encyclopédie* Diderot et d’Alembert:

L’origine du terme de *fourches patibulaires* [...] remonte jusqu’aux premiers temps des Romains, chez lesquels, après avoir dépouillé le condamné à mort de tous ses habits, on lui faisait passer la tête dans une fourche, et son corps attaché au même morceau de bois qui finissait en fourche, était ensuite battu de verges, jusqu’à ce que le condamné mourût de souffrance¹.

La giustizia del patibolo aggiunge il supplizio pubblico alla “penitenza” *in infamia* del condannato. Dalla fine del Medioevo, il patibolo sostiene l’egemonia *del diritto penale*, come strumento sociale e politico di regolazione dei reati e delle pene². Collegato al monopolio dello Stato moderno sul diritto di punire – come diritto regale della sovranità assoluta negli Stati monarchici o

* Rédacteur de *Beccaria. Revue d’histoire du droit de punir*, Unige, <<https://unige.ch/lettres/listge/damocles/>>, giugno 2020. Ringrazio vivamente Luigi Lacché per i suoi giudiziosi suggerimenti.

¹ *Code de l’humanité ou la législation universelle, naturelle, civile et politique*, Yverdon, Imprimerie de M. de Felice, 1778, VI, pp. 744-745.

² M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 163-205.

repubblicani – il *regime del patibolo* dispiega l'intero diritto di punire nella morte penale, nel supplizio pubblico, nel castigo corporale e nell'infamia *de jure* (“flétrissure”), *in corpore* o in effigie col processo in contumacia³. “La pena di morte – scrive nel 1780 il dottore in teologia Francescantonio Pescatore (1751-1792), alquanto scettico riguardo i “Filosofi del nostro secolo” e apertamente ostile al riformismo beccariano – siccome serve di esempio agli altri deve essere pubblicamente. Le private carnificine sembrano contrarie alla fine delle pene. Pare anche necessario, che debba pubblicarsi il delitto, per cui un uomo è condannato all'ultimo supplizio”⁴.

Il corpo umano è dunque un “luogo criminale” che oggettiva i valori sociali e giuridici che istituiscono l'ordine pubblico dello stato di giustizia⁵. Seguendo Mauss, il patibolo mette in atto le infami tecniche sul corpo che viene punito dal boia, ultimo anello della catena criminale non negoziata⁶. Nel *corpo a corpo* col boia, sul patibolo, neutralizzato e contrito, l'*homo criminalis* perirà come ladro pentito. *Coram populo*, per consenso popolare, il tormentato darà l'esempio della sua subordinazione al diritto di punire come processo di disciplina del corpo sociale e di monopolio della sovranità sul diritto di punire⁷.

Nella città moderna, dalla sentenza letta al popolo all'esecuzione della pena, lo spazio patibolare è sempre pubblico – luogo del reato, piazza del mercato, porte della città, “lieu patibulaire” – sotto l'autorità della polizia o dell'esercito. Il luogo patibolare sacralizza il diritto di punire, cioè stabilisce il rispetto e lo spavento (“*sacer*”) della spada⁸. Secondo la sentenza penale stampata o manoscritta, la sua temporalità è quella della cerimonia o del rituale della violenza corporea, a volte postumo sui corpi delle vittime di suicidio che vengono trascinati per le strade come bestie – lo “spettacolo del

³ A. Blok, *Infamous Occupations*, in *Honour and Violence*, Cambridge (UK), Polity, 2001, pp. 44-68; F. Haid, *Le recours aux peines infamantes dans les sociétés traditionnelles et moderne*, «Droit et culture», 44, 2002, pp. 205-227; G. Ortalli, *Pingatur in palatio. La pittura infamante nei secoli XIII-XVI*, Roma, Jouvence, 1979; L. Pommeray, *Études sur l'infamie en droit romain*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937; M. Porret, *La cicatrice pénale, doctrine, pratiques et critique de la marque d'infamie*, «Sens-dessous, Trace[s]», 10 (juin 2012), pp. 47-63.

⁴ *Saggio intorno diverse opinioni di alcuni moderni politici sopra I delitti e le pene*, Torino, presso Giannichele Briolo, 1780, pp. 149-150.

⁵ M. Charageat, B. Ribémont, M. Soula (dir.), *Corps et peines. Manipulations et usages des corps dans la pratique pénale depuis le Moyen Âge*, Paris, Classiques Garnier, 2019, pp. 7-24.

⁶ J. Delarue, *Le métier de bourreau: du Moyen Âge à aujourd'hui*, Paris, Fayard, 1979; M. Mauss, *Les techniques du corps* (1950), in *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 2013, p. 372; M. Porret, *Corps flétri-corps soigné: l'attouchement du bourreau au XVIII^e siècle*, in *ivi*, *Le Corps violenté. Du geste à la parole*, Genève, Droz, 1998, pp. 103-135.

⁷ C. Gauvard, *Condamner à mort au Moyen âge*, Paris, PUF, 2018, p. 219.

⁸ J.P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

dolore” per Pieter Spierenburg, lo “splendore dei tormenti” secondo Michel Foucault ma anche Lionello Puppi⁹.

La filosofia punitiva della liturgia del patibolo è quella dell'impossibile *retribuzione*, come se fosse possibile legare e controbilanciare l'atrocità del reato alla gravità corporale della punizione giusta per migliorare o addirittura socializzare l'*homo criminalis*¹⁰. Il dolore è il grado della severità penale secondo le infinite “circostanze” del reato che ne inquadrano la qualificazione e permettono di motivare la pena. Infine, la giustizia basata sul sistema del patibolo tende all'intimidazione collettiva e alla prevenzione generale del crimine attraverso la pedagogia sociale della paura, come se l'atrocità del supplizio fosse capace di pacificare la società¹¹.

Nel 1761, come altri magistrati del suo tempo, Jean-Robert Tronchin (1710-1792), procuratore generale della Repubblica di Ginevra (1760-1767), in un'accusa di esilio perpetuo, motivò lungamente la *pedagogia del terrore*, cioè una punizione la cui “severità ispira una salutare paura”. Secondo il magistrato, lo spavento della punizione ai fini di eliminazione sociale pubblica sarebbe la garanzia dell'ordine pubblico. Il timore del patibolo deve “ispirare agli uomini il prodigioso rispetto per i loro simili” – scrive Tronchin. Come condiviso da un altro magistrato ginevrino, il diritto di punire deve “incatenare gli individui per paura” al fine di spaventare l'*homo criminalis*, o anche portarlo entro i limiti prescrittivi del contratto sociale¹².

Base della giustizia del patibolo, la pedagogia della paura divenne oggetto di controversia negli anni 1750-1760, aprendo un ampio momento di crisi in Europa per il penale egemonico e anche per il regime arbitrario dei delitti e delle pene. Si afferma un dubbio umanista o utilitario tra i riformatori: da Cesare Beccaria ai suoi epigoni come il Francese Jacques-Pierre Brissot de Warville (1754-1793), avvocato, giornalista, pubblicista repubblicano e compilatore della *Bibliothèque philosophique*, curatore esaltato del *Delitto e delle pene* nel primo volume di questa antologia filosofica e illuminista del diritto di

⁹ R.J. Evans, *Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany 1600-1987*, Oxford, Oxford University Press, 1996; P. Friedland, *Seeing Justice Done. The Age of Spectacular Capital Punishment in France*, Oxford, Oxford University Press, 2012; L. Puppi, *Lo splendore dei supplizi: liturgia delle esecuzioni capitali e iconografia del martirio nell'arte europea dal XII al XIX secolo*, Firenze, Berenice, 1990; P. Spierenburg, *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression: from a Preindustrial Metropolis to the European Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984; L. Vandekerckhove, *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Louvain-La-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, pp. 43-71.

¹⁰ U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, capitolo sesto, pp. 195-216.

¹¹ M. Porret, “Effrayer le crime par la terreur des châtements”: la pédagogie de l'effroi chez quelques criminalistes du 18^e siècle, in J. Berchtold, M. Porret (par.), *La peur au 18^e siècle, discours, représentations, pratiques*, Genève, Droz, 1994, pp. 45-67.

¹² M. Porret, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995, pp. 396, 412-416.

punire. Brissot, di cui la *Teoria delle leggi criminali* esce in traduzione italiana nel 1785 a Venezia, stampa e annota la versione elegantissima dell'avvocato di Bourges Etienne Chaillou de Lisy (1742-18?), pubblicata a Parigi nel 1773 da J.F Bastien, dopo la prima versione francese data dall'abate Morellet (1727-1819) nel 1766. Per contestare il sistema di giustizia penale tradizionale, per metterlo in dubbio, con l'autorità morale del liberalismo criminale secondo Montesquieu, Brissot glorifica lo spirito filosofico e critico del XVIII secolo. Essendo penetrato fino in Italia, l'illuminismo incoraggia il minuto aristocratico Beccaria a scrivere e pubblicare il suo *Dei delitti e delle pene*¹³.

“Il est plus difficile qu'on ne pense de *douter*”: nell'*Encyclopédie Diderot et d'Alembert* [1751-1772], con queste sapienti parole, l'abate Edeme-François Mallet (1713-1755), teologo ostile all'eresia confessionale (vale a dire calvinista), oppone il dubbio cartesiano al pirronismo, cioè al dubbio sistematico vuoto di senso. Nel suo lungo articolo “Doute”¹⁴, il prete tollera il dubbio empirico legato alla consapevolezza diretta e sensualista delle cose. Per Mallet, *grosso modo*, tecnicamente, ci sono due tipi di dubbio. Il “dubbio effettivo” – nel quale lo spirito rimane instabile tra “deux propositions contradictoires”. In aggiunta a questo, il “dubbio metodico, nel quale

l'esprit suspend son consentement sur des vérités dont il ne doute pas réellement, afin de rassembler des preuves qui les rendent inaccessibles à tous les traits avec lesquels on pourrait attaquer.

Per costringere il problema della critica delle parole e delle cose, secondo Mallet, il *secondo dubbio* porta alla verità filosofica alla quale aspirano i Lumi della ragione naturale:

Le second doute naît de la lumière, et il aide en quelque façon à la produire à son tour. C'est de ce doute qu'on peut dire qu'il est le premier pas vers la vérité.

Una verità morale o filosofica ma forse anche una veridicità penale, da cui nasce il riformismo dell'apparato giudiziario.

Partigiano del liberalismo penale che unisce principio di libertà e ordine pubblico sotto l'autorità dello Stato sovrano, il “pubblicista” Cesare Beccaria fa stampare a Livorno nel 1764, presso le modeste tipografie di Marco Coltellini, il suo trattato anonimo *Dei delitti e delle pene*. Manifesto dell'Illuminismo, l'opuscolo propone un nuovo paradigma del diritto di punire basato sulla moderazione del castigo giusto e utile con l'obiettivo della massima feli-

¹³ J.P. Brissot de Warville, *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, Berlin, Paris, chez Desauges, 10 vol., 1782-1785; tome I, «Discours préliminaire», p. XIII *Nouvelle traduction du Traité Des Délits et des peines*, pp. 19-186; sul riformatore: G. Cavallaro, *J.P. Brissot criminalista al tramonto dell'ancien régime*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1981.

¹⁴ *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, edizione in-8 di Lausanne, Berne, Sociétés Typographiques, 1782, XI, pp. 321-325.

cità della comunità politica¹⁵. Il libretto di 100 pagine rimane come il manifesto filosofico di un intellettuale collettivo “elaborato” con i fratelli Pietro e Alessandro Verri nell’ambiente cittadino dell’illuminismo lombardo ma anche del cameralismo austriaco¹⁶. Invitando l’opinione pubblica a riesaminare il diritto di punire nell’unico “vincolo necessario per tenere uniti gli interessi particolari” (II) e sotto il regime di moderazione come contrappeso allo stato assolutista, Beccaria ha messo in atto il liberalismo penale del repubblicanesimo moderno. Scrive: “ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta necessità è tirannico” (II).

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:

I paesi e i tempi dei più atroci supplici furono sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario (XXVII).

Se il libretto incolpa la giustizia tradizionale, Beccaria non “inventa” il diritto penale moderno, ma ci lascia un libro indispensabile per pensare la modernità dei delitti e delle pene. Soprattutto, egli riassume le esigenze di modernità che alcuni magistrati illuminati del suo tempo già sostenevano nella pratica dei tribunali penali. In altre parole, il Milanese pone il dubbio razionale e “utilitaire” nella prospettiva di attesa sociale del riformismo criminale per trasformare la nazione. Solo la punizione legale e umanamente giusta fonderà l’obbligo del contratto sociale. Una novità giuridica che forse la società attende per aggiornare le istituzioni del diritto di punire.

In un mondo presieduto dalla religione e dall’assolutismo del diritto divino a cui aderisce il modello patibolare del corpo coartato, il programma beccariano è incommensurabile. Iniziò poi il “momento Beccaria”¹⁷ in cui

¹⁵ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell’opere e alla sua fortuna nell’Europa del Settecento*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1965; M. Porret, E. Salvi (a cura di), *Cesare Beccaria. La controversie pénale XVIII^e-XIX^e siècle*, Rennes, PUR, 2015, «Introduction. Le moment Beccaria», pp. 15-38; Ivi, *L’héritage di Beccaria nel primo Ottocento europeo: il dilemma liberale*, in V. Ferrone, G. Ricuperati (a cura di), *Il caso Beccaria. A 250 anni della pubblicazione del ‘Dei delitti e delle pene’*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 209-229.

¹⁶ C. Capra, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, il Mulino, 2002; Ivi, *La felicità per tutti. Figure e temi dell’illuminismo lombardo*, Roma, Aracne, 2017; M. Porret, *Beccaria. Il diritto di punire*, Bologna, il Mulino, 2013.

¹⁷ Per misurare l’intensità epistemologica, il perimetro socio-istituzionale e le modalità filosofiche o argomentative del progetto beccariano nel dibattito dopo il 1764, ho proposto nel 2003 (*Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003, pp. 116-118; *Beccaria. Il diritto di punire*, cit.) la nozione del “momento Beccaria” che da allora ha fatto fortuna nella filosofia del diritto di punire: P. Audegean,

il dibattito razionale e giuridico sulla natura del diritto di punire giunse fino al codice penale del 1791 e alla prima metà del XIX secolo. Il “momento Beccaria” sarebbe il periodo di transito dall’arbitrarietà alla legalità dei reati e delle pene, poi al momento del rafforzamento dello stato di diritto sotto il regime liberale. Questo sarebbe anche il tempo storico durante il quale qualsiasi dibattito criminale non può fare a meno del progetto intellettuale del Milanese. Anche quello di passaggio tra il diritto di punire fondato sul supplizio patibolare (corpo coartato) al diritto di punire fondato sul corpo incarcerato segnalato da Pierre Deyon come il “momento delle prigioni”¹⁸.

Glossato nell’Europa cattolica e protestante, tradotto in tutte le lingue come il *best-seller* dei Lumi, celebrato da Voltaire ed altri filosofi dell’illuminismo radicale, contraffatto, ispirando i padri fondatori della democrazia americana, Beccaria apre forse il percorso verso il regime penale dello Stato di diritto, che sostituisce l’arbitrarietà con la legalità dei reati e delle pene. Scoglio politico contro il contravventore del contratto sociale, la pena legale, giusta e non espiatoria dipende dall’utilità sociale piuttosto che dalla vendetta interminabile del sovrano o del “popolo”. Sarà la sanzione politica del contratto sociale con un edificio legale che mira alla certezza (“certitude”) del castigo la cui esigenza è solo laica.

Senza la lingua oscura della scolastica, del tomismo penale o della dottrina classica, in cento pagine e 47 capitoli, il libretto mise all’ordine del giorno il dubbio filosofico ed empirico contro il sistema penale tradizionale rafforzato durante il Rinascimento con la nascita dello stato assolutista. Un dubbio umanistico e di razionalità che non è indecisione perché deve praticamente condurre a una verità universale: la modernità dei delitti e delle pene per la “massima felicità divisa nel maggior numero”: (“Introduzione”) ma articolato con i diritti naturali degli individui (vita e morte, libertà, sessualità, dignità).

Una penalità di cui il prezzo umano è ridotto al minimo, mentre lo scopo preventivo e politico è al massimo. Come auspica Jeremy Bentham (1748-1832) alla fine del secolo quando afferma il canone utilitaristico del diritto di punire a favore della prigione, in opposizione alle punizioni corporali e alla pena di morte¹⁹. Ciò significa un bilanciamento tra moderazione e proto-legalità per abolire il regime violentissimo del patibolo: negli anni 1760 l’atrocità si rivela nelle “causes célèbres” condannate da Voltaire in nome dell’umanità,

L. Delia (a cura di), *Le Moment Beccaria: naissance du Droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool, Liverpool University Press, 2018.

¹⁸ P. Deyon, *Le Temps des prisons. Essai sur l’histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire*, Paris, Éditions Universitaires, 1975.

¹⁹ E. Dumont, *Théorie des peines et des récompenses. Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Paris, Londres, Bossange et Masson, 1818, seconde édition, I, «Des peines corporelles», pp. 95-323.

per affermare la tolleranza e bandire l'infamia²⁰. Tali casi giudiziari illustrano gli eccessi del regime penale radicato nell'espiazione di natura religiosa per castigare il "sacrilegio". Si pensi agli abominevoli supplizi di Jean Calas (1762) e del cavaliere François-Jean Lefebvre de La Barre (1766), che scandalizzano l'Europa dei Lumi. In una situazione di fanatismo religioso, Calas "est roué" vivo dopo la falsa denuncia di parricidio legato al figlio; nato nel 1745, La Barre viene decapitato per pubblica blasfemia. Le salme dei due suppliziati vengono messi a fuoco ardente dal boia²¹. Nel 1766, Voltaire dedica a "Mr. Le Marquis de Beccaria" il suo clamoroso *pamphlet* anonimo *Relation de la Mort du Chevalier de La Barre par Mr. CASS***, avocat au Conseil du Roi*. Il filosofo tramuta il processo confermato in appello dal parlamento parigino in uno scandalo morale di risonanza universale per i diritti dell'umanità e l'etica giuridica.

Nella città giusta, tra libertà e cittadinanza, la giustizia non può più coincidere con l'atrocità del supplizio, conforme solo alla barbarie:

pochissimi hanno esaminata e combattuta la crudeltà delle pene e l'irregolarità delle procedure criminali – dice Beccaria –, parte di legislazione così principale e così trascurata in quasi tutta l'Europa; pochissimi, rimontando ai principi generali, annientarono gli errori accumulati di più secoli, frenando almeno, con quella sola forza che hanno le verità conosciute, il troppo libero corso della mal diretta potenza, che ha dato fin ora un lungo ed autorizzato esempio di fredda atrocità ("Introduzione").

Nel suo dubbio radicale, in contrasto con il diritto romano e la giustizia di natura divina e le ordalie del Medioevo, Beccaria ripudia l'autorità di "un antico popolo conquistatore" così come i "riti longobardi". Il Milanese aggiunge anche il patrimonio della cultura penale sviluppata nel Rinascimento a sostegno dello Stato moderno e su cui si basava il diritto di punire tradizionale. Dopo gli anni '60 del '700, i grandi criminalisti non si sentono più: è il caso di Carpzoy, Julius Clarus, Prosperus Farinacius ("A chi legge"). *Jus romanum* fonte del diritto, dottrina antica, arbitrario, procedura inquisitoria colla tortura come mezzo di prova del crimine, "contentieux" morale e religioso, causalità del crimine, pratica penale, economia dei supplizi, scopo repressivo: concreto e teorico, il pieno diritto di punire è soggetto allo scetticismo beccariano di moderazione liberale che scredita i dispositivi del corpo violentato sul *forum* della città. La cultura del patibolo è inammissibile perché con l'arbitrario allarga la sventura giudiziaria dei condannati:

²⁰ Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, Padova, Primiceri editore, 2020 (*Traité sur la tolérance*, 1763); M. Porret, *Voltaire et le droit de punir. Un activiste du moment Beccaria*, «Revue d'histoire moderne et contemporaine», 63-3, 2016, pp. 88-109; R. Trousson (dir.), *Voltaire et les droits de l'homme. Textes sur la justice et la tolérance*, Bruxelles, Espace de Liberté, 1994.

²¹ J. Garrisson, *L'affaire Calas. Miroir des passions françaises*, Paris, Fayard, 2004.

[i] barbari tormenti con prodiga e inutile severità moltiplicati per delitto o non provati o chimerici [...] aumentati dal più crudele carnefice dei miseri, l'incertezza [...] (“Introduzione”).

Il dubbio di Beccaria inficia le certezze del diritto positivo. Riguarda l'intera cultura criminale del suo tempo – leggi, dottrina, pratica, determinismo della criminalità. Alla repressione, preferisce la prevenzione eretta su leggi secolarizzate per soffocare le cause morali dell'infanticidio, quelle economiche del furto e non perseguire più l'omosessualità. Il riformatore rovescia tutti i costumi religiosi e sociali che danno forma al contenzioso penale del passato regime giuridico. La definizione di reato non sarà più quella di peccato.

I capitoli sul furto (“Furti, xxii), “i delitti di prova difficile” (xxxii, adulterio, “greca libidine”, infanticidio), il suicidio (xxxiii), il contrabbando (xxxiiii), sono minuscoli trattati di morale naturale e sociale per mettere in dubbio le norme tradizionali sulla proprietà privata, l'etica sessuale o la tassazione del sovrano.

Immaginata da Beccaria, l'immagine allegorica del frontespizio finemente incisa da Giovanni Lapi in rame fuori testo per la “terza edizione” del *Dei delitti e delle pene* (marzo 1765, tipografia Coltellini, Livorno ma sotto l'indirizzo falso di Losanna) condensa il suo progetto liberale e abolizionista²². La “Giustizia in aspetto di matrona assisa in trono” (G. Francioni) con gli occhi furenti, respinge con orrore il rozzo carnefice che impugnava una spada affilata e teneva in mano tre teste insanguinate. Offesa, la giustizia inclina il volto giovanile verso gli emblemi del lavoro forzato (“pena di schiavitù”) che coprono la terra (piccone, pala, sega) sotto un grappolo di catene che trascura la bilancia della giustizia. Il corrosivo frontespizio di Giovanni Lapi, che affossa la giustizia patibolare, visualizza il liberalismo criminale elaborato da Beccaria. Si riduce a sostenere la “dolcezza delle pene” secondo il calcolo utilitaristico – profitti e perdite connessi al reato:

L'atrocità stessa della pena fa che si ardisca tanto più per schivarla, quando è grande il mal a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti per fuggire la pena di un solo (XXVII).

Per farla breve, in termini di emozione sociale, Beccaria rovescia la pedagogia del terrore distillato dalla filosofia del regime patibolare. Secondo lui, l'aumento della “crudeltà delle pene” nell'economia pubblica del patibolo provoca paradossalmente l'aumento della crudeltà e della violenza sociale. Perché? Perché “gli animi umani [...] si mettono sempre a livello cogli oggetti che gli circondano, s'incalliscono [...]” (XXVII). Dal momento che la “pena di morte fa un'impressione che colla sua forza non supplisce alla pronta

²² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. Firpo, volume I, Milano, Mediobanca, 1984, pp. 419-420, 544-545.

dimenticanza”, il rituale pubblico perde la sua natura di intimidazione e di prevenzione sociale. Condannando l’impunità, la dolcezza punitiva prevale sulla crudeltà della forca:

La pena di morte diviene uno spettacolo per la maggior parte e un oggetto di compassione mista di sdegno per alcuni; ambedue questi sentimenti occupano più l’animo degli spettatori che non il salutare terrore che la legge pretende ispirare (XXVIII).

Come ha dimostrato Montesquieu per il quale la potenza penale risiede solo nella dolcezza della legge e del castigo correttivo, la giustizia sul patibolo – conclude Beccaria – non è altro che un omicidio legale ordinato dallo Stato più o meno dispotico:

[È] assurdo che le leggi, che sono l’espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l’omicidio, ne commettono uno esse medesime, e per allontanare i cittadini dall’assassinio, ordinino un pubblico assassinio (XXVIII).

Tra utilitarismo correttivo e umanesimo giuridico, opposto alla “cieca consuetudine” (XXIX), Beccaria sognava una giustizia moderata per una *città giusta*, perché l’eccessiva punizione del patibolo brutalizza il comportamento sociale senza garantire la prevenzione del delitto. Viene meno il penale retributivo nel quale il dolore della pena deve bilanciare l’atrocità del delitto secondo le sue circostanze. Dicendo la legge, la giustizia realizzerà la riparazione sociale e simbolica del male colla neutralizzazione non sanguinosa. Interromperà per sempre la vendetta del sangue. Nell’Illuminismo, Beccaria ha spianato la strada per secolarizzare i delitti secondo le loro cause sociali distaccate dal peccato, per stabilire la proporzione fra i delitti e le pene come anticipazione del codice penale, per moderare il castigo separandolo da qualsiasi violenza fisica.

Liberale, il progetto beccariano culmina nell’abolizione universale della pena di morte contro la quale ha dispiegato i dubbi dell’umanitarismo e dell’utilitarismo per sostenere la schiavitù del lavoro coatto come matrice della prigione. Prima di tutto, “guerra della nazione con un cittadino”, la pena di morte non è non sarà mai un diritto, in particolare durante il “tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti” (XXVIII): la Repubblica. Notissimo, questo quadro politico generale amplifica il dubbio beccariano sulla tradizione penale del patibolo come pedagogia del terrore.

La sfiducia del Milanese è stata la causa della certezza dei diritti umani come imperativo di modernità del diritto penale in democrazia. Il dubbio beccariano è forse il transito intellettuale tra lo *Stato giustiziere* dell’antico regime e lo *Stato penale* del regime liberale.

Infatti, dopo Rousseau, il dubbio beccariano si esprime nell’etica e nell’antropologia della *perfettibilità* morale, sociale e istituzionale. Il diritto di punire

sfuggirà alla fissità della giustizia divina e della giustizia naturale, a differenza della giustizia umana o della giustizia politica. Il diritto di punire degli uomini diverge radicalmente da quello fissato nell'utopia – al di fuori della storia. Frutto del volontarismo umano, il contratto sociale è orientato al progresso infinito, quasi come quello di Condorcet. Di conseguenza, il diritto di punire non può che evolvere verso il suo continuo perfezionamento per migliorare le persone come soggetti di diritto.

La giustizia divina e la giustizia naturale sono per essenza loro immutabili e costanti, perché la relazione fra due medesimi oggetti è sempre la medesima; ma la giustizia umana, o sia politica, non essendo che una relazione fra l'azione e lo stato vario della società, può variare a misura che diventa necessaria o utile alla società quell'azione, né ben si discerne se non da chi analizzi i complicati e mutabilissimi rapporti delle civili combinazioni (“A chi legge”).

Perfettibilità delle istituzioni, perfettibilità civile e politica per edificare la città in cui la giustizia sarebbe giusta nella prevenzione del reato:

Se [i monarchi] lasciano sussistere le antiche leggi, ciò nasce dalla difficoltà infinita di togliere dagli errori la venerata ruggine di molti secoli, ciò è un motivo per i cittadini illuminati di desiderare con maggiore ardore il continuo accrescimento della loro autorità [sulle leggi] (XVIII).

Esiste ancora la difficoltà di valutare bene la ricezione sociale del riformismo beccariano nella pratica criminale che gli archivi giudiziari registrano dopo gli anni '60 del XVIII secolo. Nello specchio della perfettibilità, per “stabilire i rapporti del giusto et dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società”, il dubbio di Beccaria stimola alcuni professionisti della giustizia penale, inclusi degli avvocati che si oppongono al patibolo, all'infamia e ai castighi corporali.

Piuttosto convincente, un esempio tra altri: il dubbio beccariano sprona a Ginevra il giovane avvocato liberale Jean-Jacques Dunant (1742-1802), attivo dal 1767, Procuratore generale dal 1777 al 1779²³. Nel 1769, difensore di una ragazza di 23 anni, Pernette Haller, condannata a morte e picchiata pubblicamente per un tentativo di avvelenamento del fratello, l'avvocato evoca nella supplica «l'autorité très respectable du *traité des délits et des peines*». Elogiando Beccaria, Dunant prova a rifiutare l'utilità penale e morale della pena di morte nella Repubblica, la quale sarà abolita nel settembre 1871.

La storia intellettuale e filosofica del “momento Beccaria” non può solo limitarsi ad attraversare testi a stampa – leggi, dottrina, filosofia – secondo il

²³ Archives d'État de Genève, Procès criminel série (P.C.) I 11931, 1769 «Tentative d'empoisonnement»; Porret, *Le crime et ses circonstances*, cit. pp. 205, 386. A. Choisy, *La Matricule des Avocats de Genève, 1712-1904*, Genève, Société Générale d'Imprimerie, 1904, p. 32.

metodo classico della storia delle idee. In Europa, dagli anni 1760, l'impatto del liberalismo criminale nella pratica giudiziaria apre la strada alla misura concreta del contorno istituzionale e sociale della riforma del diritto penale nella sua dimensione sociale. Intorno al dubbio beccariano che culmina nell'abolizionismo, bisognerebbe esaminare in modo sottile l'esperienza della repressione in stati repubblicani o monarchici per valutare meglio il perimetro della ricezione critica del *Dei delitti e delle pene* (rapporto investigativo del giudice, accusa dal Procuratore Generale, supplica degli avvocati, ecc.).

Per la "causa dell'umanità", il dubbio beccariano esprime una verità acuta e universale per l'antropologia politica del liberalismo emergente opposto al paradigma del patibolo:

Gli uomini sono racchiusi fra certi limiti, sì nel bene che nel male, ed uno spettacolo troppo atroce per l'umanità non può essere che un passeggero furore, ma non mai un sistema costante, quali debbono essere le leggi; che se veramente sono crudeli, o si cangiano, o l'impunità fatale nasce dalle leggi medesime (XXVII).

Già nel 1748, Montesquieu non si sbagliava implorando la dolcezza della punizione non patibolare ("les pays où les peines sont douces") per evitare l'impunità sotto le leggi statali, ovviamente legate al potere pieno e completo del sovrano sul territorio: "Non dobbiamo guidare gli uomini per strade estreme; dobbiamo stare attenti a usare i mezzi che la natura ci dà per guidarli" (*Lo spirito delle leggi*, VI, xii; traduzione mia). La "violenza del governo" non può che portare al suo rovesciamento per mezzo della violenza sociale che crea lo spettacolo del dolore e che non ha alcun effetto sulla prevenzione della delittuosità. Con una voce unanime nell'imperativo del diritto di punire, a dieci anni di distanza l'uno dall'altro, Montesquieu e Beccaria, tutti e due partigiani del diritto di punire come prerogative della sovranità politica, dubitano dell'utilità della forza incompatibile con lo Stato liberale ed il divenire dell'Illuminismo.

Massimo Vogliotti

«Una lacrima nell'occhio della legge».
Sul dubbio del giurista tra diritto e letteratura

1. *Un uomo a una dimensione*

Tra i molti sentieri che si possono imboccare per avvicinarci al tema del seminario di quest'anno, vi propongo di percorrere quello tracciato dalla penna di Victor Hugo nel libro quarto della parte quinta del suo capolavoro *I miserabili*. In quelle pagine – significativamente intitolate «Javert déraillé» – viene messa in scena la tragedia di un uomo di legge – l'ispettore di polizia Javert – che, dopo aver vissuto una vita intera dentro il sicuro recinto delle sue certezze, fa, improvvisamente, l'esperienza lacerante del dubbio.

Prima di allora, prima di scoprire che «la regola poteva arenarsi davanti a un fatto, che non tutto rientrava nel testo di un codice»¹, Javert era un uomo tutto d'un pezzo, senza incrinature, esitazioni, eccezioni: era «la statua del castigo fusa in un sol pezzo nello stampo della legge»². «Umile e altero come i fanatici», il suo viso era «impenetrabile e semplice come il granito»³. Questo essere monolitico, questo «fochista dell'ordine» e «meccanico dell'autorità, montato sul cieco cavallo di ferro su una rigida via»⁴ incarna esemplarmente, come osserva Francesco Palazzo, «il volto peggiore del formalismo giuridico, della inflessibile adesione al dettato legislativo in cui si esaurisce l'intera dimensione giuridica; egli è il campione della subordinazione devota e quasi fanatica al principio di autorità»⁵.

Questo suo legalismo radicale, che fa della legge positiva l'unico metro, indiscutibile e inflessibile, con cui misurare e valutare l'agire dell'uomo si sposa

¹ V. Hugo, *I miserabili* (1862), tr. it. di M. Picchi, Torino, Einaudi, 2014, V, IV, p. 1228.

² Ivi, p. 1230.

³ Ivi, I, V, V, p. 164 e I, VI, II, p. 195.

⁴ Ivi, V, IV, p. 1230.

⁵ F. Palazzo, *Victor Hugo, I miserabili, la giustizia penale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, t. 1, 2015, p. 203.

perfettamente con una concezione del reato come «pura inosservanza»⁶; ciò che giustifica la pena non è tanto la commissione di un fatto in cui l'autorità riconosce un disvalore che sta prima e indipendentemente della legge, ma la disobbedienza all'ordine dell'autorità. Agli occhi di Javert, tutti i reati si equivalgono: «il furto, l'assassinio, tutti i delitti, erano soltanto forme di ribellione»⁷ e per questo, indipendentemente dai loro specifici disvalori, vanno puniti.

Osservata dalla prospettiva astratta della legge – l'unica prospettiva legittima per Javert – la realtà viene privata dei suoi chiaroscuri, delle sue ambiguità, delle sue imperfezioni, delle sue contraddizioni, in una parola, della sua complessità e, quindi, della sua umanità. Con il suo legalismo semplificante e «disumanizzato»⁸, il «geometrico» ispettore di polizia «aveva introdotto la linea retta in quello che vi è al mondo di più tortuoso»⁹. L'incandescenza dei fatti e il ribollire dell'esistenza, le sue mille sfumature, le passioni, le miserie, i vizi e le virtù della vita vengono filtrati dalla generalità e dall'astrattezza della legge, le cui forme generano una realtà «metafisica», depurata, limpida, geometrica e perciò prevedibile, calcolabile, classificabile. Una realtà più vera e più giusta di quella deforme – e quindi sempre sfuggente – dei fatti empirici e delle tante opacità e bassure della vita quotidiana: «Per Javert gli incidenti abituali della pubblica via erano classificati per categorie, ciò che rappresenta il principio della previdenza e della vigilanza, e ogni eventualità aveva il suo scompartimento; sicché i fatti possibili erano come i tanti cassetti da cui uscivano, secondo le occasioni, in quantità variabili; c'erano, nella via, il tumulto, la sommossa, il carnevale, il funerale»¹⁰. Non le cose concrete, ma le loro essenze, le loro forme; non fatti grezzi, ma raffinate fattispecie.

In questo riduzionismo semplificante, in questa volontà di costringere e comprimere nella compatta armonia della forma il fluire proteiforme della vita con tutte le sue dolorose e imprevedibili dissonanze, ma anche con le sue piccole e grandi ricchezze, non traspare solo l'esigenza gnoseologica di costruire, con le forme del diritto positivo, un'altra realtà, più coerente, più calcolabile e quindi più certa e sicura, ma anche un'istanza di carattere morale.

Questo aspetto del legalismo radicale di Javert si rivela chiaramente nell'episodio in cui confessa a Jean Valjean (quando ancora indossava le vesti di monsieur Madeleine, il rispettato e virtuoso sindaco di Montreuil-sur-mer) di averlo denunciato come galeotto «senza prove, in un accesso d'ira, con lo scopo di vendicar[si]». E per questo atto «grave», anzi «gravissimo» («ho of-

⁶ Ivi, p. 204.

⁷ Hugo, *I miserabili*, cit., I, V, V, p. 164.

⁸ Palazzo, *Victor Hugo*, cit., p. 206.

⁹ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1230 e I, V, V, p. 164.

¹⁰ Ivi, V, III, X, p. 1216.

feso l'autorità nella vostra persona, io, agente dell'autorità!»), chiede di essere destituito¹¹.

Viene qui alla luce, innanzitutto, la statura morale del personaggio, la «grandezza strana» di quello «strano onest'uomo»¹². Per quanto «poco illuminata» – e quindi semplice e semplificante – la coscienza di Javert è «rigida e casta»¹³. La sua fedeltà alla legge e all'autorità non è opportunistica, ma sincera. La sua «coscienza retta, limpida, sincera, proba, austera, e feroce» lo costringe a invocare per sé la stessa giusta severità che, in passato, egli aveva riservato agli altri: «Se non fossi severo con me stesso – osserva – tutto quello che ho fatto di giusto diventerebbe ingiusto»¹⁴. Javert è dunque un uomo onesto, ma – precisa Hugo – di un'«onestà spietata»¹⁵; spietata perché la sua virtù, tutta forgiata al maglio della legge, non contempla quei temperamenti necessari a conciliare la rigidità ferrea della legge con le molteplici sfaccettature e fragilità delle vicende umane, le quali esigono una ridefinizione del giusto legale perché quest'ultimo non si rovesci nel suo opposto¹⁶. Questo eccesso di virtù, che si traduce in una virtù zoppicante, questa sua visione unilaterale e massimalistica delle cose lo rendono il personaggio più tragico del romanzo. In lui, ci dice Hugo, sentimenti che in sé sono «relativamente ottimi», come «il rispetto dell'autorità, l'odio della ribellione», vengono resi «quasi cattivi a forza di esagerarli»¹⁷.

La sua fede totale nella legalità a tutti i costi non può tollerare nessuna incrinatura, nessun cedimento a logiche e principi di diversa origine e natura. È dunque categorico il suo rifiuto di essere trattato «con bontà»: «la vostra bontà», dice rivolgendosi al sindaco di Montreuil-sur-mer, «mi ha fatto venire abbastanza cattivo sangue quand'era diretta agli altri»¹⁸, come nell'episodio in cui monsieur Madeleine si era schierato con fermezza dalla parte di Fanti-

¹¹ Ivi, I, VI, II, p. 200.

¹² Ivi, p. 201.

¹³ Ivi, p. 200.

¹⁴ Ivi, pp. 195 e 201.

¹⁵ Ivi, I, V, V, p. 165.

¹⁶ Un esempio per tutti, quello in cui Javert – in seguito al processo in cui Jean Valjean, dopo un doloroso rovello, aveva rivelato alla corte la sua vera identità – piomba nella stanza in cui era ricoverata Fantine per arrestare l'ex sindaco, rifiutandosi di concedere alla sua preda qualche giorno per andare a recuperare, sotto la vigilanza del poliziotto, la figlia di Fantine. Per lo choc provocato dalla scena, mirabilmente descritta da Hugo, Fantine muore. Il «fulmine» della legge scagliato da Javert, con «il viso di un demone che ha ritrovato il suo dannato» (I, VIII, III, p. 274), l'ha «ammazzata», come dice Jean Valjean al suo carnefice, che così è ritratto, in quel frangente, da Hugo: «Impersonava la giustizia, la luce e la verità nella loro celeste funzione di annientamento del male. C'erano dietro e intorno a lui, ad una profondità infinita, l'autorità, la ragione, la cosa giudicata, la coscienza legale, la vendetta pubblica, tutte le stelle; lui proteggeva l'ordine, faceva uscire dalla legge il fulmine, vendicava la società, dava manforte all'assoluto. [...] niente era straziante e terribile come quel viso in cui appariva ciò che si potrebbe chiamare tutta la cattiveria della bontà» (p. 275).

¹⁷ Ivi, I, V, V, p. 164.

¹⁸ Ivi, I, VI, II, p. 201.

ne, che aveva aggredito lo sfaccendato borghese Bamatabois reagendo a un suo gesto di scherno. Per Javert, «la bontà che consiste nel dar ragione alla prostituta contro il borghese, all'agente di polizia contro il sindaco, a quello che è in basso contro quello che è in alto [...] è una bontà cattiva»¹⁹. Con questa bontà, «la società si disorganizza». E conclude con questa massima che riassume efficacemente la sua filosofia di vita: «È molto facile esser buoni, il difficile è esser giusti»²⁰. Nella visione dell'inflexibile e «impassibile»²¹ poliziotto, essere buoni significa, infatti, «piegarsi alle proprie inclinazioni, cedere in qualche modo ad una facile comprensione degli altri, mentre la pratica della giustizia legale significa saper rinunciare ai propri sentimenti per praticare invece senza flessioni o cedimenti il difficile esercizio della fedeltà a quell'unica fonte capace di armonizzare le debolezze di ciascuno nel superiore bene comune, attraverso l'imparziale distacco garantito proprio dalla sua astrattezza»²².

Attraverso il confronto tra i suoi due personaggi principali, Hugo ci ripropone, con la plasticità della letteratura, l'eterno contrasto tra giustizia legale e giustizia sostanziale, tra legalità ed equità, contrasto irconciliabile per il giurista moderno che, dopo la fase ancora giusnaturalistica della modernità, aveva finito per ridurre l'intero diritto alla sola dimensione della legge positiva, del diritto *ex parte auctoritatis*²³.

Da una parte, la posizione – incarnata in modo radicale da Javert – di chi, venuta meno la tradizionale concezione dualistica del diritto (*auctoritas* e *ratio*, diritto positivo e diritto naturale), «inchioda l'etica sulla croce della legge»²⁴ affidandosi totalmente all'oggettività e all'impersonalità della legge

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Ivi, I, V, XIII, p. 183.

²² Palazzo, *Victor Hugo*, cit., p. 205.

²³ Il disagio dovuto all'impossibilità di conciliare legalità ed equità è ben testimoniato da Pietro Nuvolone in uno scritto del 1946 dedicato alla crisi della scienza penalistica tra le due guerre, espressione di «una crisi più profonda che investiva tutta la vita del diritto» (P. Nuvolone, *Il momento penale*, «Archivio penale», II, pt. 1, 1946, p. 269). Per uscire dalla crisi – e, quindi, per cercare di conciliare quei due poli – Nuvolone guardava alla cultura giuridica anglosassone, per la quale «nulla è più straniero [...] dei sistemi chiusi di norme: il loro diritto, che ha la sua fonte principale nella *common law*, è contrario alle formule rigide, al legalismo, ed è dominato dal grande principio dell'equità». Grazie a quella diversa concezione del diritto e del sapere giuridico, fedele alla tradizione aristotelica della ragion pratica, «quella conciliazione tra il principio della certezza e il principio della giustizia, che a noi pare irraggiungibile, e che è il punto drammatico della nostra esperienza giuridica, non è per essi un problema, ma una realtà che si attua empiricamente» (ivi, pp. 278-279).

²⁴ Così F. Carnelutti, *La certezza del diritto* (1943), in Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), a cura di G. Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 205, nella sua recensione critica al saggio di Oñate che, «con un gioco elegante di parole», avrebbe dissolto l'«irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza» come se «fosse un'illusione» (p. 193). Per un confronto tra le posizioni di Lopez de Oñate e di Carnelutti, v. C. Caria, *Dialogo intorno a La certezza del diritto. Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2019, pp. 163-179.

generale e astratta, alla certezza della norma scritta e predeterminata, ultimo baluardo contro l'arbitrio del potere, come fecero in Italia i giuristi liberali durante la dittatura fascista²⁵. È la prospettiva ben riassunta da Lopez de Oñate nel celebrato saggio del 1942 su *La certezza del diritto*: «La giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida e astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specifica eticità del diritto»²⁶. Dall'altra, la posizione – incarnata qui da monsieur Madeleine – di chi, ritenendo che l'astratta giustizia legale abbia un costo troppo alto, ovvero il sacrificio della giustizia del caso concreto, pone al centro dell'esperienza giuridica non la norma astratta, ma la concretezza e la particolarità dei fatti, la loro irriducibile complessità, i loro mille significati umani, morali, sociali, economici, non congelabili nelle asettiche e rigide forme della legge.

2. «Il deragliamento di una coscienza rettilinea»²⁷

A un certo punto, per quelle imprevedibili e incomprensibili svolte che il sentiero della vita prima o poi ci impone, Javert, questo «carattere completo che non tollerava mai una piega né al suo dovere né alla sua divisa», questo «focista dell'ordine [...] montato sul cieco cavallo di ferro su una rigida via»²⁸, *deraglia*. Il «passo fermo e sicuro» dell'integerrimo e inflessibile poliziotto inciampa, prima, nello scandalo dell'ex galeotto che lo salva da una condanna a morte sicura, decisa dai rivoltosi del giugno del 1832, poi – tornato ad indossare la sua veste abituale di carnefice – nello scandalo di lui che, per un moto incoercibile dell'animo, libera la sua preda che aveva a lungo braccato.

Dopo la liberazione di Jean Valjean, Javert cammina, «per la prima volta» nella sua vita, «con le mani dietro la schiena». Fino a quel giorno, osserva Hugo, aveva adottato, «dei due atteggiamenti di Napoleone, soltanto quello che esprimeva la risolutezza, con le braccia incrociate sul petto; quello che esprimeva l'incertezza, con le mani dietro alla schiena, non lo conosceva»²⁹. Il gesto illogico di Jean Valjean – illogico perché ispirato a una logica diversa da

²⁵ V., sul punto, N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 96-98, dove difende il «positivismo giuridico come ideologia» nell'accezione che fonda l'obbligo morale di ubbidire alle leggi positive, «giuste o ingiuste, buone o cattive che siano», sul presupposto che esse «servono ad attuare valori senza i quali nessuna società potrebbe sopravvivere, come l'ordine, la pace, la certezza, in genere la giustizia legale» (ivi, p. 97).

²⁶ Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 161.

²⁷ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1230.

²⁸ Ivi, I, VIII, III, p. 274 e V, IV, p. 1230.

²⁹ Ivi, V, IV, p. 1224.

quella che reggeva, fino ad allora, il mondo di Javert – e il suo atto illegale, il primo della sua vita («aveva rubato alla legge un uomo che le apparteneva»), avevano prodotto «nel fondo del suo essere [...] una novità, una rivoluzione, una catastrofe»³⁰.

I fatti, che fino ad allora, avevano per Javert un solo significato, stabilito dall'unico codice per lui valido – la legge positiva – si mostrano, ora, con significati contrastanti: «Quando aveva incontrato così inaspettatamente Jean Valjean sull'argine della Senna, c'era stato in lui qualcosa del lupo che riafferma la preda e del cane che ritrova il padrone»³¹. Il comportamento di Jean Valjean – che richiama quello che il vescovo di Digne, all'inizio del romanzo, gli aveva riservato, provocandone la rigenerazione interiore – riesce a perforare la corazza del poliziotto e a toccare la sua coscienza, introducendolo ai significati di un codice del tutto nuovo, che lo confonde. Di più; lo atterrisce: che quei due uomini, «i quali erano l'uno e l'altro cosa della legge, fossero arrivati al punto di mettersi tutti e due al di sopra della legge, non era spaventoso?»³². «Come! Un onesto servitore della legge poteva di colpo vedersi preso tra due delitti, il delitto di lasciar fuggire un uomo, e il delitto di arrestarlo! [...] C'erano dunque dei casi in cui la legge doveva ritirarsi davanti al delitto trasfigurato, balbettando delle scuse!»³³. Javert, ora, era costretto a riconoscerlo, perché i «fatti veri» – che mai avrebbe potuto immaginare «potessero arrivare a tanta deformità» – i *fatti veri*, non le astratte fattispecie legali, stavano lì, davanti a lui, nella loro innegabile corporeità: li «vedeva», li «toccava»³⁴.

Il *dubbio* che lo assale e lo tormenta, mentre scruta la sua coscienza appoggiato al parapetto che lo protegge dai flutti tumultuosi della Senna, è efficacemente rappresentato, nel romanzo, da «due strade ugualmente dritte»³⁵ che egli vede, inaspettatamente, aprirsi davanti a sé. Due, perché il dubbio pone l'uomo di fronte a un bivio. Come ci ricorda Gustavo Zagrebelsky, la parola dubbio ha la sua radice etimologica in “duo”, da cui «derivano “duplice” e “doppio”, così come anche la parola imparentata “ambiguo” che, prima che oscuro, sfuggente e ingannevole, indica qualcosa in cui si mescolano confusamente due o più sostanze concettuali che possono essere chiarite separandole». E precisa che il Salmo 62, 12 («Una parola ha detto l'Eterno, due ne ho udite») «parla dell'ambiguità della parola non nel senso della parola inganne-

³⁰ Ivi, p. 1229, p. 1225.

³¹ Ivi, p. 1225.

³² Ivi, p. 1226.

³³ Ivi, p. 1231.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, V, IV, p. 1225.

vole o oracolare, ma nel senso dell'incapacità di decrittirla, svelarla, fissarla, in altre parole, di farla nostra una volta per sempre»³⁶.

L'azione del dubbio consiste, dunque, nel separare ciò che appare unito, nello spezzare la superficiale e ingannevole univocità delle parole, nell'aprire una crepa nella roccia della certezza. Javert, ci dice Hugo in modo icastico, sente «il cranio aprirglisi». Vede «una fenditura nell'immensa vetrata azzurra del firmamento». E ne è sconvolto: «Essere il granito – esclama – e dubitare!»³⁷.

Fino a quel momento, «tutto quello che c'era sopra a lui era stato per il suo sguardo una superficie netta, semplice, limpida; nulla di ignoto, né di oscuro, nulla che non fosse definito, coordinato, concatenato, preciso, esatto, circoscritto, limitato, chiuso; tutto previsto»³⁸. «L'ordine era il suo dogma e gli bastava»³⁹.

Il dubbio travolge questo castello di certezze e di verità e spinge Javert nel mare aperto e agitato della complessità: «Aveva smesso di essere semplice. Era turbato; quel cervello, così limpido nella sua cecità, aveva perduto la trasparenza; in quel cristallo c'era una nube. Javert sentiva sdoppiarsi il dovere dentro la coscienza, e non poteva nasconderselo»⁴⁰. Il codice, «in mano sua, non era altro che un frammento. [...] Si produceva in lui una rivelazione sentimentale completamente distinta dall'affermazione legale, fino a quel momento sua unica misura»⁴¹.

Alla misura della legge si contrappone, ora, *un'altra misura*: Javert è assillato dal dubbio che ci possa essere «una giustizia secondo Dio che va in senso contrario alla giustizia secondo gli uomini»⁴². Che ci possa essere, in altre parole, un'altra dimensione del diritto oltre a quella della legge e dell'autorità che la pone. Per ritornare all'immagine iniziale attraverso la quale Hugo introduce il tema del dubbio, Javert vede ora, dinanzi a sé, «due strade ugualmente dritte; ma ne vedeva due; e questo lo atterrava, lui che non aveva mai conosciuto in vita sua altro che una linea retta. E, straziante angoscia, quelle due strade erano contrarie. Una di quelle due linee rette escludeva l'altra. Quale delle due era la vera?»⁴³.

Javert vede *due* strade, cioè dubita, e – questo è per lui intollerabile – le vede ugualmente dritte, cioè legittime, fondate, giuste; legittime ma contrarie! Com'è possibile? La sua concezione unitaria, monolitica, della legalità gli im-

³⁶ G. Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 63.

³⁷ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1230.

³⁸ Ivi, p. 1231.

³⁹ Ivi, p. 1229.

⁴⁰ Ivi, p. 1225.

⁴¹ Ivi, p. 1228.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Ivi, p. 1225.

pedisce di riconoscerle e di accettarle entrambe. O una o l'altra, *aut aut*. Di qui la sua angoscia paralizzante.

Quelle due strade dritte e contrarie che Javert vede davanti a sé, dopo aver ritenuto «giusto decidere, contro tutti i regolamenti di polizia, contro tutta l'organizzazione sociale e giudiziaria, contro l'intero codice, una liberazione»⁴⁴, sono le vie di Antigone e di Creonte. Ma con un differenza fondamentale. I due protagonisti della tragedia di Sofocle vedono solo la propria linea retta e la percorrono fino in fondo. Non deragliano. Restano ben ancorati alle rotaie delle loro verità, rifiutando sdegnati i tentativi di Ismene, sorella di Antigone, e di Emone, figlio di Creonte e promesso sposo di Antigone, di aprire una fessura nel granito delle loro certezze. Nel non accogliere il seme del dubbio – Emone invita rispettosamente il padre a «non portare nell'animo l'idea, solitaria, che la verità sia tua, e che niente altro sia vero»⁴⁵ – sta la causa della loro fine tragica: Antigone e Creonte vedono solo la propria legge e le sue ragioni, rifiutando l'idea che la legalità abbia un duplice volto e un duplice fondamento; una duplice legittimità. Una duplicità che – come il dubbio – va accettata e vissuta, riconoscendo nelle tensioni e nelle incertezze che essa reca inevitabilmente con sé non vizi e debolezze, ma fecondità e virtù. Quando, alla fine della tragedia, Creonte riuscirà finalmente a vedere, grazie allo sguardo cieco di Tiresia, le ragioni di Antigone, sarà troppo tardi. Anche il dubbio ha il suo *kairós*, il suo momento propizio.

Javert, invece, dopo aver inciampato nel fatto di un «forzato che la giustizia non può prendere»⁴⁶, vede tutte e due le strade e, perciò, diversamente dai due protagonisti della tragedia di Sofocle, dubita: «Consegnare Jean Valjean, era male», perché si sarebbe violata la legge del cielo; «lasciare libero Jean Valjean, era male», perché così si violava la legge della terra. Nel primo caso, «l'uomo dell'autorità cadeva più in basso dell'uomo della galera; nel secondo, un forzato saliva più in alto della legge e vi metteva il piede sopra. In ambedue i casi, disonore per lui, Javert. Qualsiasi decisione prendesse, conteneva una caduta»⁴⁷.

I fatti deformi della vita, che seminano il dubbio, pongono Javert di fronte a una scelta tragica: ogni sua risoluzione avrebbe comunque violato una legge giusta, dotata di una propria legittimità. Scelta tragica che però, a ben vedere, è tale soltanto perché il Nostro non riesce a far fruttificare il dubbio; non riesce, cioè, a superare la sua visione unilaterale delle cose, a fare propria un'altra visione, più complessa e, quindi, fatalmente più incerta, della legalità.

⁴⁴ Ivi, p. 1226.

⁴⁵ Sofocle, *Antigone*, tr. it. di E. Cetrangolo, in C. Diano (dir.), *Il teatro greco. Tutte le tragedie*, Firenze, Sansoni, 1980, p. 189.

⁴⁶ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1226.

⁴⁷ Ivi, p. 1225.

Nella faglia del dubbio Javert vede solo caos e «un'immensa difficoltà di esistere»⁴⁸: «Il sistema penale, la cosa giudicata, la forza dovuta alla legislazione, le sentenze delle corti sovrane, la magistratura, il governo, la prevenzione e la repressione, il giudizio ufficiale, l'infalibilità legale, il principio di autorità, tutti i dogmi sui quali si fondava la sicurezza politica e civile, la sovranità, la giustizia, la logica proveniente dal codice, l'assoluto sociale, la verità pubblica, tutto questo, macerie, ammasso, caos»⁴⁹. In quella faglia, Javert non riesce a intravedere un modo diverso di esistere, un mondo nuovo in cui le due strade, le due legittimità, possano convivere – seppur nella tensione delle differenze e dei fondamenti – in una legalità diversa, la sola che possa sperare di accordare – come ammonisce il coro nel primo stasimo dell'Antigone – «la giustizia divina con le leggi della terra»⁵⁰. Al contrario, Javert vede solo macerie, non la possibilità, l'opportunità, di nuove costruzioni: «Tutto ciò in cui aveva creduto svaniva. Verità con cui non voleva aver a che fare lo assillavano inesorabilmente. Bisognava ormai essere un altro uomo»⁵¹. Un uomo nuovo il cui «respiro sarebbe stato per sempre faticoso»⁵².

Essere un altro uomo, accedere a un'altra concezione della legalità che abbandoni la logica escludente dell'uno e si apra alla logica includente del due. Questa conversione, questo mutamento di paradigma, non avviene. Javert, come osserva Francesco Palazzo, è «incapace di gettare lo sguardo al di là dell'arida gabbia della legge verso il diritto»⁵³. Crollate le antiche certezze, il suo dogmatismo della verità, della verità come possesso definitivo, lo spinge nelle braccia di un nuovo dogmatismo, quello nichilistico dell'assenza di ogni verità. Crollato l'ordine antico, garantito dall'unicità e dall'inflessibilità della legge, per lui unica vera difesa contro l'anarchia, vede solo disordine. Del resto, a un uomo per il quale la «suprema angoscia [è] la scomparsa della certezza»⁵⁴, a un uomo da sempre abituato a muoversi su superfici piane, solide, lisce, come si può chiedere che possa vivere nel mondo deforme in cui il dubbio l'ha gettato?

Il mondo nuovo, che il gesto gratuito, misericordioso, di Jean Valjean – «un galeotto sacro!» – gli fa per un attimo intravedere, fa apparire la «possibilità di una lacrima nell'occhio della legge»⁵⁵. Quella lacrima, però, si asciuga

⁴⁸ Ivi, p. 1230.

⁴⁹ Ivi, p. 1231.

⁵⁰ Sofocle, *Antigone*, cit., p. 183. Questa legalità ancipite è la legalità propria dello stato costituzionale di diritto. Sul passaggio dalla legalità legislativa del vecchio stato di diritto alla nuova legalità costituzionale, v. M. Vogliotti, *Legalità*, «Annali dell'Enciclopedia del diritto», VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371-435.

⁵¹ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1229.

⁵² Ivi, p. 1230.

⁵³ Palazzo, *Victor Hugo*, cit., p. 207.

⁵⁴ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1227.

⁵⁵ Ivi, pp. 1226 e 1228.

subito: diversamente dall'ostrica che, con le sue lacrime di dolore riesce a trasformare il granello di sabbia che l'ha ferita in una perla preziosa – la perla preziosa di uno spirito che ha imparato la virtù del dubbio – Javert non tollera il fastidio e il dolore che il granello del dubbio reca sempre con sé. E si toglie la vita. Come osserva Mario Vargas Llosa, «Javert muore il primo giorno della sua vita in cui ha dubbi, cioè quando un soffio di umanità scuote la sua personalità marmorea. Il suo suicidio non può essere più tragico»⁵⁶.

Il dubbio di cui Javert fa esperienza è il *dubbio scettico* che paralizza. Vede due strade dove ne aveva sempre vista una sola e si blocca. Al punto di interrompere per sempre il suo cammino. Il dubbio che diventa perla preziosa è, invece, quello di chi non nega la verità – «solo chi crede nella verità può dubitare; meglio, può dubitarne»⁵⁷ – ma sa che non riuscirà mai a possederla una volta per tutte ed è quindi sempre disposto a metterla in discussione. Come osserva Franca D'Agostini, il nesso verità-dubbio – a lungo oscurato dall'uso dogmatico della nozione di verità – è così stretto che attiviamo normalmente il concetto di verità – secondo la celebre definizione che Platone ci dà nel *Cratilo*: «“vero” è il discorso che dice le cose come stanno» (385c) – soltanto «quando abbiamo il dubbio che la realtà (le cose come stanno) sia nascosta da qualcosa o qualcuno»⁵⁸. Quando non vi sono sospetti, incertezze, discussioni, la parola verità non interviene: non dico “è vero che Manzoni ha scritto i *Promessi sposi*”, ma mi limito a dire “Manzoni ha scritto i *Promessi sposi*”. La funzione-V – «ossia la funzione che esprimiamo con il predicato “è vero”» compare «nei pensieri e discorsi quando ci sono dubbi o contrasti, quando dobbiamo ragionare, cioè passare da un presunto vero a un altro. Per questo è ragionevole dire che è un concetto inferenziale, discussivo, ispettivo, dubitativo»⁵⁹.

Contrariamente al dubbio scettico che paralizza, questo dubbio che attiva la funzione-V, e che potremmo chiamare *generativo*⁶⁰ o, come propone Gustavo Zagrebelsky, «euristico»⁶¹, spinge all'azione, è uno stimolo a scandagliare le profondità delle parole e delle cose, con la consapevolezza che si tratta di una ricerca senza fine perché mai si potrà avere la certezza di aver esaurito quelle profondità. Nel dubbio che «non si rivolta contro sé stesso» c'è, infatti, «una forza propulsiva che contraddice non solo lo spirito scettico che è proprio di chi si chiude nella rinuncia, ma anche lo spirito dogmatico che è proprio di chi pretende di fissare verità sottraendole una volta per tutte

⁵⁶ M. Vargas Llosa, *La tentazione dell'impossibile. Victor Hugo e "I Miserabili"* (2004), tr. it. di A. Ciabatti, Milano, Libri Scheiwiller, 2011, p. 98.

⁵⁷ Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, cit., p. 63.

⁵⁸ F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti atletici*, Torino, Einaudi, 2019, p. 32.

⁵⁹ Ivi, pp. 21 e 33.

⁶⁰ L'aggettivo è stato proposto da Roberto Cornelli durante la discussione.

⁶¹ Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, cit., p. 65.

alla verifica critica. L'accettazione del dubbio come condizione esistenziale coincide con l'*éthos* inquieto di chi rifiuta di considerare definitive le cose della vita, senza alternative e non problematiche»⁶². Un'inquietudine che Javert non può sopportare.

3. Dall'illusione della certezza alla diagnosi nichilistica: la parabola del giurista moderno

La parabola esistenziale del poliziotto dei *Miserabili* assomiglia molto a quella del giurista moderno dell'Europa continentale⁶³. Anch'egli si è a lungo illuso di poter edificare il nuovo paradigma giuridico su fondamenta solide e certe, grazie all'adozione del metodo forte delle scienze della natura – la certezza del diritto diventa la nuova stella polare del firmamento del giurista, occupando il posto che era sempre spettato alla giustizia – e anch'egli, di fronte al crollo di quelle illusioni, è colpito dal dubbio scettico che lo spinge, coerentemente rispetto alle sue premesse epistemologiche, a far propria la tesi nichilistica di un diritto radicalmente incerto, ridotto al fatto della forza⁶⁴. Un diritto «arbitrario»⁶⁵, «senza destinazione: che va e va, ma non sa “perché” e “verso dove”»⁶⁶, condannato a diventare facile preda delle volontà di potenza che lottano per la conquista delle forme giuridiche, ultimo «salvagente» cui il giurista può oggi aggrapparsi, secondo Natalino Irti, che quella parabola ha percorso fino in fondo. Condizionato da quelle premesse epistemologiche forti, responsabili – insieme con le altre vicende socio-economiche, politiche, antropologiche e scientifiche della modernità – della riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa (*auctoritas facit legem*), Irti non riesce a vedere, nelle Costituzioni pluralistiche del secondo dopoguerra, la via – l'unica via praticabile, dopo la fine del giusnaturalismo antico e medievale⁶⁷ – per il ri-

⁶² Ivi, pp. 65-66.

⁶³ La precisazione geografica è d'obbligo, perché i giuristi inglesi, malgrado le sollecitazioni di Hobbes e di Bentham, non hanno mai spezzato il filo che univa il sapere giuridico alla tradizione aristotelica della filosofia pratica e, quindi, non hanno mai abbandonato la concezione dualistica del diritto, che in Inghilterra ha assunto la forma *common law/statute law*.

⁶⁴ Su questa parabola del diritto moderno, si rinvia a M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁶⁵ N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 40.

⁶⁶ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 8.

⁶⁷ Dopo la rivoluzione scientifica moderna, che separa il fatto dal valore, e la concomitante rivoluzione antropologica, che fonda la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere *concepita* come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via

stabilimento dell'antico dualismo del diritto che la modernità aveva finito per dissolvere, assorbendo l'intero campo della legittimità in quello della legalità formale e aprendo così la strada alla deriva nichilistica, «destino del diritto nel nostro tempo»⁶⁸, secondo Irti.

Diversamente dal giurista antico e medievale, per il quale il dubbio era una componente essenziale e preziosa del proprio metodo (il metodo *dubitativo* e controversiale delle aristoteliche scienze pratiche), il giurista moderno considera il dubbio non come un imprescindibile e fidato compagno, ma come un corpo estraneo, quasi un nemico da combattere.

Con il venir meno dei tradizionali fondamenti di Dio e della Natura, che davano un ordine e un senso al diritto positivo, il giurista moderno, alla ricerca di un altro fondamento sicuro su cui costruire il nuovo ordine, si affida alla *nova methodus* delle scienze teoretiche, che tanto successo avevano ottenuto nello studio della natura. Con l'adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante di quelle scienze, il valore della certezza si sostituisce al dubbio come principio etico e gnoseologico del sapere giuridico, finendo per occupare l'intero orizzonte assiologico del giurista dopo il fallimento del programma razionalistico di elaborare un'etica *more geometrico demonstrata*, fallimento che condurrà alla tesi weberiana del politeismo dei valori, al non cognitivismo etico e al conseguente dogma dell'avalutatività della scienza giuridica. Se i valori non sono più oggetto di conoscenza scientifica, secondo quella concezione forte di conoscenza (per Kelsen, la giustizia, che era il fine delle scienze pratiche, diventa «un ideale irrazionale»⁶⁹), l'unica prestazione che si può chiedere al diritto e al suo rinnovato sapere è la certezza, intesa, da un lato, come chiarezza e precisione del comando legislativo – il cui contenuto è interamente affidato a insindacabili scelte politiche – e, dall'altro lato, come assoluta prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione.

Alla luce dei nuovi presupposti metodologici, l'*arbitrium* del giudice, che fino alla rivoluzione francese era considerato, nella concreta esperienza giuridica e nelle pagine della dottrina, lo strumento tecnico con il quale il giudice esercitava il suo potere discrezionale, e quindi poteva esprimere il suo dubbio, diventa, a partire dalla stagione illuministica, un potere arbitrario che deve essere eliminato attraverso la certezza della legge⁷⁰. La nuova cultura

della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi.

⁶⁸ Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8. Sul nichilismo di Irti v., in una prospettiva critica, M. Vogliotti, *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico*, «Giornale di Storia costituzionale», 2, 2019, pp. 55-77.

⁶⁹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Comunità, 1952, p. 13.

⁷⁰ Sul significato del termine *arbitrium* durante l'antico regime, v. M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

giuridica, razionalistica e volontaristica, non concepisce più il diritto come il risultato di un'attività ricostruttiva – controversiale e dubitativa – guidata dalla *prudentia* del giudice, ma come un dato che coincide con il testo della legge. Quest'ultima, che per il giurista medievale era un «ordine della ragione per il bene comune», secondo la celebre definizione di Tommaso d'Aquino, e poteva assumere forme diverse, è ora intesa come un dettato della volontà. Volontà che, nella fase di transizione dall'illuminismo giusrazionalistico al positivismo ottocentesco, è presentata come razionale⁷¹ e, poi, in seguito al venir meno del fondamento giusnaturalistico del primo positivismo e con la progressiva affermazione del principio democratico, viene celebrata come l'espressione della volontà del popolo sovrano che si pronuncia per bocca dei suoi rappresentanti.

Ad assicurare la rigorosa subordinazione del giudice alla legge e la certezza del diritto nell'ambito dell'attività giurisdizionale concorrono, sul piano ideologico, la rappresentazione del giudice come *être inanimé* e, sul versante gnoseologico, il modello sillogistico del ragionamento del giudice. Tale modello si fonda su una delle dicotomie fondamentali della modernità giuridica, quella tra fatto e diritto, dicotomia che, come si è visto, è una componente essenziale della cultura giuridica del *moderno* poliziotto dei *Miserabili*. Secondo questa nuova raffigurazione del ragionamento del giudice, la *quaestio iuris* è interamente affidata al legislatore, che la risolve in via generale e astratta con la scrittura della legge, mentre la *quaestio facti* viene lasciata al giudice che la decide avvalendosi del metodo verificazionista del processo inquisitorio.

4. *Un modello processuale estraneo al valore del dubbio*

Sperimentato dapprima nella pratica come procedimento eccezionale e straordinario (la compilazione giustiniana, pur menzionando istituti e strutture di matrice inquisitoria, mostrava «un favore per il modello accusatorio»⁷²), il sistema processuale basato sull'iniziativa *ex officio* del giudice finirà per imporsi anche nelle elaborazioni dottrinali, in seguito al forte carattere di pubblicizzazione che viene impresso all'amministrazione della giustizia a

⁷¹ Come osserva M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966, p. 149, con l'entrata in vigore del *code civil*, in Francia «viene a formarsi la sensazione di fondo che il diritto naturale sia stato ormai incorporato nel codice, e non abbia più bisogno di una considerazione autonoma». Resta «l'omaggio verbale» reso al diritto naturale, ma tale concetto si rivela irrilevante per la «speculazione della scuola dell'esegesi». Si può quindi affermare che «con la scuola dell'esegesi nasce il "positivismo giuridico" francese».

⁷² Così E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, Pavia University Press, 2013, p. 4, in cui si osserva, peraltro, che «la rilevanza effettiva del sistema accusatorio nella tarda età imperiale e in epoca giustiniana era [...] più modesta» di quanto apparisse dal *Corpus Iuris Civilis*, che dedica ai «processi svolti senza le formalità accusatorie ("citra solemnitas accusationum") solo cenni sporadici».

partire dalla fine del XIII secolo. Come osserva Mario Sbriccoli, i nuovi soggetti politici avvertono ben presto che la «giustizia penale è un decisivo mezzo di governo e che non ha senso lasciarla alla sola iniziativa delle parti»⁷³. Si delinea, pertanto, il principio per cui chi commette un reato non danneggia soltanto la vittima privata, ma «offende anche la *respublica* la quale ha diritto di soddisfarsi infliggendo una pena»⁷⁴. Questo nuovo modello di giustizia penale, congeniale alle esigenze repressive dello Stato moderno, finirà per imporsi definitivamente nel Cinquecento, piegando le ultime resistenze della dottrina criminalistica che a lungo tenta di difendere l'autorità della tradizione romanistica, pur prendendo atto, dopo le rituali enunciazioni di principio, dell'esistenza di una pratica difforme sempre più diffusa⁷⁵.

In linea con il metodo veritativo e oggettivante delle scienze teoretiche, che si impone con il nuovo paradigma giuridico, il fine del processo non è più la risoluzione consensuale del conflitto e la riparazione del danno, secondo il modello medievale di «giustizia negoziata»⁷⁶, ma la «verità materiale», come si dirà enfaticamente, a partire dalla fine dell'Ottocento, da quella parte della cultura processualistica maggiormente influenzata dallo scientismo della Scuola positiva e caratterizzata da una marcata impronta autoritaria. In questa nuova concezione della giustizia penale, che diventerà egemonica, la garanzia della perfetta corrispondenza tra la premessa minore del sillogismo e i fatti viene individuata nella confessione, la prova che più di tutte sembra corrispondere all'esigenza – coerente rispetto alle premesse epistemologiche “forti” del nuovo metodo giuridico – che le prove del reato siano *luce meridiana clariores*⁷⁷. Per ottenere la regina delle prove e, quindi, la certezza del fatto, il giudice – che quella cultura positivista e autoritaria del tardo Ottocento paragonerà esplicitamente allo scienziato della natura⁷⁸ – poteva avvalersi di

⁷³ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (dir.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 167.

⁷⁴ Ivi, p. 168.

⁷⁵ Dezza, *Lezioni*, cit., p. 21.

⁷⁶ Sul modello di giustizia negoziata, v. M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (dir.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna, il Mulino - Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 345-364. Tale modello, che ha «le sue origini nel penale “privato” della prima fase cittadina», è segnato «da uno spiccato carattere “comunitario”, fondato sull'appartenenza, diretto principalmente alla riparazione dell'offesa, regolato da norme e prassi condivise, in un ambito in cui domina l'oralità» (ivi, p. 356).

⁷⁷ In merito, v. G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 4-6. La dottrina delle prove più chiare della luce del giorno, ancorché si possa pure interpretare come l'espressione di un certo «garantismo inquisitorio» (così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 168, nota 33), è soprattutto la manifestazione di un pensiero “forte” che fa della verità “materiale” il valore prioritario della giurisdizione, giungendo a legittimare pratiche autoritarie e violente come la tortura.

⁷⁸ Su questo accostamento, v. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano,

qualsiasi mezzo, anche della tortura, significativamente concepita come efficace strumento *ad eruemdam veritatem*. Risultano evidenti, in quest'ottica, «le implicazioni “logiche” della tortura: il tentativo spregiudicato di superare i limiti di una verità *probabile*, allo scopo di accertare la *verità reale*»⁷⁹.

Secondo questo nuovo modello processuale, in cui il valore della verità diventa onnivoro, le forme giuridiche – dirà Emanuele Carnevale, negli anni Venti del secolo scorso, con la forza di chi è convinto di avere dalla sua parte le ragioni delle nuove scienze antropologiche ed empirico-sociali («l'antropologia e la psicologia sloggiano il diritto», sentenzierà qualche anno dopo Umberto Cao)⁸⁰ – valgono esclusivamente «per meglio riuscire nell'accertamento del vero» e «noi innanzi tutto le apprezziamo e le vogliamo assicurate per questa loro attitudine»⁸¹. Esse, infatti, «non sono in primo luogo poste a presidio dei diritti soggettivi [...] ma sono modi, condizioni e cautele per il più sicuro accertamento del vero»⁸². Posto come «fine specifico» del processo la verità materiale – «fine generico» essendo la repressione dei reati e la difesa sociale⁸³ – per conseguire quell'obiettivo, prosegue Carnevale, occorre che l'attività del giudice scorra «franca e libera, non impacciata [...] da limitazioni sostanziali o rituali, che da altre esigenze potrebbero essere consigliate»⁸⁴. Tutto, infatti, deve essere «inquadrato nella necessità superiore della scoperta del vero ed ogni attività singola deve elevarsi a mezzo di tale scoperta»⁸⁵. Conformemente al «solipsismo metodico»⁸⁶ che, secondo Karl Otto Apel, rappresenterebbe il presupposto trascendentale della filosofia moderna a partire da Cartesio fino alla “*Logic of Science*” neopositivista, il giurista siciliano trae la

Giuffrè, 1974, pp. 14 e 48-50, che osserva come l'assimilazione del giudice allo scienziato della natura o, secondo un'altra versione, allo storico, abbia «alimentato l'immagine di un giudice “libero” nello scegliere a suo piacimento le tecniche dell'accertamento» (ivi, p. 49).

⁷⁹ A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 185.

⁸⁰ U. Cao, *Dottrina penale fascista*, Cagliari, Soc. Editoriale Italiana, 1931, p. 23.

⁸¹ E. Carnevale, *L'interesse pubblico nel processo criminale* (1924), in Id., *Diritto criminale*, vol. III, Roma, Foro italiano, 1932, p. 357.

⁸² E. Carnevale, *Sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale* (1929), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 491.

⁸³ Vedi, in proposito, E. Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale* (1928), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, pp. 414 ss.

⁸⁴ E. Carnevale, *Carattere della verità nel processo penale* (1925), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 407.

⁸⁵ E. Carnevale, *Lo Stato e l'esigenza intrinseca del diritto nel processo penale* (1917), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 385.

⁸⁶ K.O. Apel, *Comunità e comunicazione* (1973), tr. it. di G. Carchia, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977, pp. 179 s. Si tratta dell'idea (condivisa da Cartesio, Locke, Russell, Husserl e dal neopositivismo) secondo cui «in linea di principio “uno da solo” possa riconoscere qualcosa *come* qualcosa e in tal modo fare della scienza» o, detto in altri termini, della convinzione che «sia possibile pensare e decidere significativamente anche prima che si siano riconosciute, perlomeno *implicitamente*, le regole dell'argomentazione come regole di una comunità della comunicazione critica» (ivi, p. 251).

conclusione che «la via migliore per giungervi non è il contrasto di parti»⁸⁷. La verità, infatti, «non ha bisogno per farsi strada e rivelarsi nella sua pienezza del combattimento di due avversari; [...] la critica del giudice, ormai adulta e allenata, la sua mente indagatrice attiva e indipendente, la cerca con forze proprie»⁸⁸.

Alla svalutazione della funzione cognitiva del contraddittorio fa da contraltare l'esaltazione della figura del giudice. Questi, forte di una «razionalità di tipo individuale e "aristocratico"»⁸⁹, è concepito come un libero indagatore del vero che «nel silenzio e in un raccoglimento austero va pazientemente analizzando e scrutando il problema giudiziario. È solo, coi suoi voti, per la verità e per la giustizia»⁹⁰.

Coerentemente con l'epistemologia verificazionista e l'impronta autoritaria che connotano il modello inquisitorio, l'intera struttura del processo è concepita più per corroborare che per falsificare l'ipotesi accusatoria. A quest'obiettivo sono funzionali, ad esempio, la concentrazione in un'unica persona delle funzioni di accusa e di giudizio; la segretezza dell'istruzione; la formazione unilaterale della prova in sede istruttoria ad opera del giudice; la limitazione (e nei casi estremi l'annullamento) del ruolo processuale delle parti private (vittima e imputato), segnatamente in ordine all'iniziativa probatoria; la mancanza di una fase dibattimentale in cui mettere alla prova, nel contraddittorio con la difesa, i risultati dell'istruttoria⁹¹.

Naturale che in questo contesto il dubbio sia avvertito come un fattore di disturbo, come un granello che rallenta il funzionamento della macchina processuale, rischiando, se alimentato, di incepparla. Per scongiurare questo pericolo, il dubbio sulla fondatezza dell'accusa è soffocato fin dall'inizio mediante l'inversione dell'onere della prova che è la logica conseguenza del rifiuto – come dirà Vincenzo Manzini – della «credenza comune che nel procedimento penale si abbia a favore dell'imputato una presunzione d'innocenza». «Nulla di più paradossale e contraddittorio»⁹², nell'ottica di chi non concepisce più il processo come un metodo di accertamento del fatto eticamente orientato, secondo la tradizione aristotelica della filosofia pratica, il cui fine ultimo, ricordiamolo, non è la verità "materiale" ma la giustizia. Nella prospettiva delle scienze empiriche, da cui il giurista positivista guarda al diritto, la presunzione

⁸⁷ Carnevale, *Lo Stato e l'esigenza intrinseca*, cit., p. 385.

⁸⁸ Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale*, cit., p. 429. Il metodo giudiziario «che meglio corrisponde alla meta» (la ricerca della verità) è «l'investigazione intrinseca obiettiva, analogamente a quello che si fa nel campo scientifico» (ivi, p. 431).

⁸⁹ Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 263.

⁹⁰ Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale*, cit., p. 431.

⁹¹ I tratti del modello inquisitorio sono ben sintetizzati da Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, cit. pp. 1-2.

⁹² V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, Bocca, 1912, p. 54.

d'innocenza si rivela priva di fondamento scientifico. La presunzione, infatti, osserva ancora Manzini, «è un mezzo di prova indiretta che deduce un dato convincimento assoluto o relativo dalla comune esperienza. Ora si vorrà ammettere che l'esperienza storica collettiva insegni che la massima parte degli imputati è innocente?»⁹³.

Se il processo non è più orientato dalla presunzione etica dell'innocenza, ma si fonda sul dato empirico che la maggior parte degli imputati è colpevole, l'imputato, per vincere quella presunzione sfavorevole e ottenere una sentenza definitiva di assoluzione, dovrà fornire una prova piena della propria innocenza. Nel caso in cui il dubbio persista, infatti, il metodo veritativo delle scienze della natura, insieme con una concezione autoritaria e dogmatica della verità, impediscono di chiudere la partita processuale con una formula pienamente favorevole al reo. Come osserva Enrico Ferri, esponente di spicco della Scuola positiva, «quando si dubita non si può né si deve condannare, ma non si può né si deve affermare l'innocenza. Chi dubita può dire solo *non liquet*, e farebbe cosa illogica dicendo *absolvo*»⁹⁴. La «formula tripartita innocente/colpevole/*non liquet* che attraverso una rapida evoluzione normativa [...] darà ben presto vita all'istituto dell'assoluzione per insufficienza di prove»⁹⁵, è un ulteriore indice di una cultura giuridica che non considera il dubbio come una componente fisiologica del processo, mai del tutto eliminabile se non per effetto di una precisa scelta etico-politica, ma come il segno del fallimento (che si auspica temporaneo) dell'indagine giudiziale, la quale, per questo, deve essere sempre aperta a nuovi apporti conoscitivi che possano definitivamente dissolverlo.

Per il superamento dell'*absolutio ab instantia* dell'antico regime e per cancellare la formula dubitativa, occorre riconoscere nel dubbio un elemento imprescindibile del sapere giuridico e sancire l'autonomia del diritto dall'epistemologia delle scienze naturali. Al valore della verità – che va liberato dall'ipoteca autoritaria per fonderlo su un'epistemologia falsificazionista, che si esprime giuridicamente attraverso il metodo del contraddittorio – vanno affiancati altri valori. Con questi, il valore della verità deve convivere e, in certi casi, soccombere per farne prevalere altri ritenuti più importanti. È il caso, ad esempio, della presunzione d'innocenza, alla base del principio *in dubio pro reo*, la cui giustificazione va cercata in ragioni diverse da quelle che ispirano il metodo delle scienze della natura.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ E. Ferri, *Il progetto del Codice di procedura penale* (1912), in Id., *Difese penali*, vol. III, Torino, UTET, 1925, p. 376.

⁹⁵ E. Dezza, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in D. Negri, M. Pifferi (dir.), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 113.

Per liberare il metodo processuale di accertamento dei fatti dal giogo di quelle scienze che Aristotele chiamava teoretiche, occorre, in altre parole, ricollocare il sapere giuridico nell'alveo delle scienze pratiche, facendo nuovamente propria l'idea di una scienza giuridica non descrittiva e oggettivante ("avalutativa"), ma eticamente orientata.

Il passaggio dal modello inquisitorio al modello misto, inaugurato dal *Code d'instruction criminelle* del 1808 per tentare di contemperare le esigenze di repressione dei reati con le esigenze di garanzia in favore dell'imputato, non mette in discussione il metodo verificazionista dell'*inquisitio*.

In un convegno dedicato a *Le doute et le droit*, svoltosi a Parigi nel 1994, l'avvocato Henri Leclerc ci ricorda alcune delle critiche che, prima dell'adozione del codice del 1988, la nostra cultura processualistica rivolgeva al codice Rocco del 1930, ispirato, com'è noto, al modello misto. Dopo aver premesso che «tout notre système est organisé pour que le doute dure le moins longtemps possible», osserva – mettendo il dito sulla preponderanza della fase istruttoria, d'impronta inquisitoria, sulla successiva fase dibattimentale, ispirata ai principi del modello accusatorio – che «les dossiers qui arrivent devant la juridiction de jugement [...] sont pour la plupart bouclés, construits dès qu'ils sortent des services de police. Rien n'est pire pourtant, quand on cherche la vérité, que de vouloir conforter l'hypothèse initiale plutôt que de la confronter à d'autres hypothèses».

Nel nostro sistema, prosegue, «le policier est une sorte de prolongement du juge: il l'accompagne ou le précède dans le chemin de la quête des preuves. L'hypothèse policière confortée arrive chez le juge d'instruction, et déjà le rassure et l'éloigne du doute préalable pourtant si nécessaire». Conclusa l'istruttoria, il giudice pronuncia un'ordinanza da cui emergono significativi elementi a carico dell'imputato. In dibattimento, un nuovo magistrato, il pubblico ministero, si trova davanti a un altro collega per sostenere che quegli elementi costituiscono delle prove idonee alla condanna. A quel punto, si chiede il nostro avvocato, «quelle marge de doute reste-t-il au juge qui a appris l'affaire par un dossier sur lequel s'est éteinte la conviction de plusieurs juges ou magistrats, et alors que le réquisitoire définitif rédigé par l'accusation constituera la seule synthèse cohérente d'un volumineux dossier? [...] Que deviennent l'oralité des débats, la libre discussion de la preuve lorsque l'on interroge en fonction de ce dossier, qu'on en lit les pièces [...] où est la part de ce doute préalable et nécessaire chez le juge correctionnel ou le juge criminel? La marge du doute préalable a été singulièrement amoindrie chez le juge qui doit peser les preuves avec sa raison, et dire si le doute subsiste ou si la culpabilité est établie»⁹⁶.

⁹⁶ H. Leclerc, *Le doute, devoir du juge*, in *Le doute et le droit, sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 54-55. Ringrazio François Ost per avermi indicato il presente volume.

Tutt'altra epistemologia ispira, invece, il modello accusatorio, in gran parte concepito per alimentare il dubbio del giudice.

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.

La stessa cultura del dubbio ispira gli altri principi fondamentali del rito accusatorio: il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza. Figli di un'epistemologia falsificazionista, quei principi sono in gran parte concepiti per seminare il dubbio nella mente del giudice di cui si vuole preservare l'assoluta imparzialità. La sua terzietà è assicurata, in particolare, da un altro principio cardine del modello accusatorio, quello della rigorosa separazione della fase delle indagini dalla fase del dibattimento. In tal modo, si vuole evitare che la conoscenza dei risultati delle indagini possa orientare prematuramente il convincimento del giudice, rendendolo più resistente all'azione corrosiva del dubbio, cui è preordinata la fase dibattimentale. Infine, l'ultima significativa testimonianza della familiarità del processo accusatorio con la logica del dubbio è data dalla complessa architettura delle regole di esclusione, segno di una ragione che dubita delle proprie forze e che per questo elabora un sofisticato sistema di regole per evitare l'errore.

5. *Il ristabilimento del dualismo del diritto*

Nello scenario assolutamente inedito che si apre, nei paesi di *civil law*, in seguito alla riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa, il dubbio del giudice – che ancora per tutto l'antico regime si poteva manifestare attraverso lo strumento dell'*interpretatio* e, nei casi di contrasto insanabile tra la legge del principe e le leggi fondamentali del regno, tramite il potere di *interinatio* dei Grandi Tribunali – deve arrestarsi davanti alla maestà della legge. Venuta meno l'antica concezione dualistica del diritto, per effetto dell'adozione del metodo veritativo delle scienze teoretiche e delle altre vicende della modernità già ricordate, il dubbio che nasce dalla percezione dell'ingiustizia della legge non ha più alcun diritto di cittadinanza: o si rifugia nel foro interno della coscienza del giurista, al quale – in quanto scienziato del diritto – non resta che chinare il capo e tacere di fronte alla *dura lex*, o si sfoga nell'incandescenza della lotta politica, dove le volontà di potenza si scontrano per immettere nel-

le forme giuridiche nuovi contenuti, coerenti con le proprie concezioni della giustizia.

La prima strategia è quella suggerita da Piero Calamandrei nella sua entusiastica recensione al saggio, già ricordato, di Lopez de Oñate. Dopo aver premesso, richiamando un passo del libro di Lopez, che «la scienza giuridica deve mirare soltanto “*a sapere qual è il diritto*”», il giurista fiorentino affronta il caso di un «giurista che sia chiamato ad applicare come giudice o come avvocato una legge che moralmente gli ripugna». Questi «sarà portato, pur senza potersi apertamente ribellare ad essa, ad attenuarla, ad aggirarla, a introdurre distinzioni e riserve, volte a farle impaccio e ad impedirle di nuocere. Ma, così facendo, egli cesserà di essere un interprete della legge: egli, così facendo, agirà da politico, non da giurista». Questa azione «sovvertitrice della legge», prosegue Calamandrei, «che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidità del sistema della legalità. E forse questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio delle leggi solo perché sono tali ed anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l'abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo»⁹⁷.

Questa professione di fede nella legalità formale – che, come si è già accennato, rappresentava, negli anni bui del fascismo, «un'ultima e minima linea difensiva [...] se non contro l'autoritarismo o il totalitarismo, almeno contro l'*arbitrarietà del potere*»⁹⁸ – subirà le prime incrinature negli scritti successivi di Calamandrei, fino alla definitiva apostasia in seguito all'avvento della nuova legalità costituzionale.

A voler essere precisi, una prima incrinatura nella roccia della legalità formale si era già manifestata dopo la conferenza «Fede nel diritto», tenuta nel 1940 nella sede fiorentina della Fuci. Il 27 gennaio di quell'anno, infatti, Calamandrei appunta sul suo diario: «Ma siamo poi nel vero a difendere la legalità? [...] Siamo noi i precursori dell'avvenire, o i conservatori di un passato in dissoluzione?»⁹⁹. Da quel momento, il tarlo del dubbio si insinua nella sua mente e porterà i suoi frutti, come nell'appassionata difesa della nuova legalità costituzionale in occasione del processo contro Danilo Dolci, il 30

⁹⁷ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 175, p. 177.

⁹⁸ G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11.

⁹⁹ L'annotazione è riportata in epigrafe al volume già citato di Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 1.

marzo del 1956: «Le leggi sono vive perché dentro queste formule bisogna far circolare il pensiero del nostro tempo [...] altrimenti, le leggi non restano che formule vuote»; e aggiunge, attribuendo alla giurisdizione un compito inedito, che verrà poi formalmente rivendicato dalla magistratura italiana nel congresso di Gardone del 1965: «La funzione dei giudici, meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione»¹⁰⁰.

Quest'ultima, ponendo le basi per ripristinare l'antico dualismo del diritto, dà una nuova, piena, cittadinanza al dubbio del giurista; lo riconosce, lo valorizza, lo stimola, affidando a tutti gli attori giuridici il fondamentale e delicato compito di valutare la giustizia e la ragionevolezza della legge, compito che il giurista del secondo dopoguerra ha potuto assolvere, però, solo a una condizione: riportare il sapere giuridico nell'alveo delle aristoteliche scienze pratiche. Il varo della nuova Carta costituzionale, infatti, non era di per sé sufficiente a ristabilire il dualismo tra *auctoritas* e *ratio*, tra *lex* e *ius*. Fino all'istituzione del giudice delle leggi, la Costituzione continuò ad essere percepita come una *loi politique* rivolta al legislatore, perpetuando la lettura che veniva data delle costituzioni all'epoca dello stato legislativo di diritto, quando il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza»¹⁰¹.

Lo sguardo rivolto alla Costituzione cominciò a mutare solo con la pratica quotidiana del giudizio di costituzionalità delle leggi, che assumerà ben presto caratteri e dimensioni non immaginabili e non prevedibili dai padri costituenti, ancora in gran parte condizionati dalle categorie teoriche e mitologiche del paradigma giuridico moderno. Con il rifiuto, da parte della Corte costituzionale, della dottrina delle norme programmatiche e grazie al progressivo rinnovamento della cultura della magistratura italiana che, nel già ricordato congresso di Gardone, abbandona la concezione formalistica dell'interpretazione, attribuendo alla giurisdizione il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione, prende avvio quel processo di «trasformazione costituzionale» che ha finito per porre «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»¹⁰².

¹⁰⁰ Il passo è ricordato da Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, cit., p. 22. Sulle radici ideologiche dell'«assillo della legalità» di Calamandrei, legate alla mitizzazione illuministica e risorgimentale della legge, sulle sue prime incrinature e sulla svolta «sostanzialista» che coincide con il corso universitario del 1944 (in cui vide la luce lo scritto *Appunti sul concetto di legalità*), v. P. Grossi, *Calamandrei e l'assillo della legalità*, in *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 142 s.

¹⁰¹ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, «Quaderni costituzionali», 2016, p. 13.

¹⁰² Ivi, p. 17.

È solo grazie a questo travagliato rinnovamento della cultura giuridica italiana che si è potuto vedere nella Costituzione repubblicana non una mera *lex superior*, che si limita ad aggiungere un gradino alla piramide delle fonti¹⁰³, ma una reincarnazione di quella dimensione del diritto che la modernità positivista aveva cancellato, facendo ruotare tutto il diritto nell'orbita della legge. A suggellare questa nuova natura della Costituzione è poi intervenuto il performativo della Corte costituzionale che, con il consenso della dottrina, ha attribuito ai principi fondamentali della Carta lo status di «principi supremi», sottraendoli al potere dispositivo di qualsiasi *auctoritas*, nazionale e sovranazionale.

A partire dalla fine degli anni Cinquanta, dunque, mentre in ambito filosofico si assiste al fenomeno della riabilitazione della tradizione aristotelica della filosofia pratica, che consente di riscoprire una «terra rimasta per troppo tempo inesplorata dopo il trionfo del razionalismo matematizzante tra quelle occupate dalla forza invincibile della ragione e, oppostamente, dalla ragione invincibile della forza»¹⁰⁴, una parte della cultura giuridica italiana, stimolata dalla novità del giudizio di costituzionalità delle leggi, comincia nuovamente a familiarizzarsi, nella concreta esperienza giuridica e in modo in gran parte inconsapevole, con gli strumenti logici e argomentativi della ragion pratica. Come osserva Norberto Bobbio nella prefazione all'edizione italiana del *Trattato dell'argomentazione* di Perelman e Olbrechts-Tyteca, attraverso la riabilitazione della concezione premoderna di una ragione che si interroga criticamente sulle ragioni dell'agire umano e che è consapevole dei propri limiti, la cultura giuridica italiana è riuscita faticosamente a fabbricarsi «un antidoto alle tentazioni opposte del fanatismo e dello scetticismo, i quali, se pure per opposte ragioni, tendono a disconoscere il valore del ragionamento non vincolante, non accettando altra alternativa che tra la caparbia infatuazione in una verità assoluta che non ammette altre prove che quelle dimostrative e l'inerte e sfiduciata indifferenza là dove prove dimostrative non possono essere offerte». Tanto il fanatico quanto lo scettico, prosegue Bobbio, «sono vittime del miraggio della verità ultima, definitiva, non sottoponibile a revisione una volta assunta: la differenza tra l'uno e l'altro è che

¹⁰³ È questa, invece, la visione della Costituzione di Natalino Irti. V., ad esempio, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 94: «La costituzione è una legge; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha istituita così è in grado di destituirla». Sulla concezione di Irti della Costituzione, v. Vogliotti, *Fragilità della Costituzione*, cit., pp. 60 s.

¹⁰⁴ N. Bobbio, *Prefazione* (1966), in C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), tr. it. di C. Schick e M. Mayer, Torino, Einaudi, 1989, p. XIII. Sulla riabilitazione della filosofia pratica nella seconda metà del secolo scorso, cfr. F. Volpi, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, «il Mulino», 6, 1986, pp. 928-949.

il primo è convinto di esserne in possesso, il secondo è convinto che questo possesso sia un'illusione»¹⁰⁵.

6. Per un insegnamento del diritto “al congiuntivo”

Per il giurista che deve inoltrarsi in questa «terra rimasta per troppo tempo inesplorata», il modello formativo che si è affermato in seguito all'involuzione positivista della modernità giuridica, e a cui ancora oggi si ispira, nelle sue linee essenziali, l'insegnamento universitario del diritto, appare sempre più inadeguato¹⁰⁶.

In un lavoro di qualche anno fa, dedicato alla fine del «grande stile» della scienza giuridica moderna¹⁰⁷, avevo osservato che quel modello educativo si esprimeva – e ancora in gran parte si esprime – all'*indicativo*, ossia in modo assoluto e definitivo. Il suo metodo di insegnamento, frontale e passivizzante, era funzionale alla trasmissione aporetica e acritica di verità cristallizzate nelle categorie senza tempo della dogmatica e di dati normativi accuratamente ordinati in una pluralità di discipline autonome e non comunicanti.

Il materiale di studio per eccellenza, il manuale, è l'emblema di questo metodo d'insegnamento che mira più alla sistematizzazione del proprio oggetto e a veicolare certezze che a suscitare dubbi e a promuovere la riflessione critica e personale. Anche quando nel manuale si fa ricorso a casi pratici, ciò non avviene normalmente per familiarizzare lo studente con la natura dubitativa e controversiale del sapere giuridico, ma per chiarire concetti, categorie, istituti; per far luce, non per introdurre il discente nelle irriducibili opacità e ambiguità del diritto, nelle sue tante zone d'ombra, nelle sue aporie e contraddizioni; per confermare le categorie teoriche e le fattispecie normative, non per mostrare la riluttanza dei fatti a farsi incasellare negli enunciati legislativi e negli schemi della dottrina.

¹⁰⁵ Bobbio, *Prefazione* cit., p. XIX.

¹⁰⁶ In questi ultimi anni, dopo un lungo periodo di sostanziale disinteresse per il tema della formazione giuridica nei paesi di *civil law*, si deve registrare, con soddisfazione, una significativa inversione di tendenza che potrebbe porre le basi per la formazione di un nuovo modello d'insegnamento del diritto. In varie parti d'Europa si assiste, infatti, a una fioritura di convegni, di seminari, di ricerche individuali e collettive, di rapporti, di pubblicazioni scientifiche e di sperimentazioni di nuovi percorsi formativi (sia per quanto riguarda il metodo sia per i contenuti) che testimonia la crescente insoddisfazione per il modello tradizionale di educazione giuridica. Su questo risveglio dell'interesse per la questione della formazione giuridica nei paesi di *civil law* (nel mondo di *common law* – e negli Stati Uniti in particolare – l'attenzione per il tema è sempre stata grande), v. M. Vogliotti, *Une révolution aux portes dans les facultés des pays de civil law? Une utopie réaliste*, in Id. (dir.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 11-42.

¹⁰⁷ M. Vogliotti, *La fine del «grande stile» e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. Barsotti (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 95-171.

Sul piano dei contenuti, poi, la scelta di privilegiare l'esposizione del diritto vigente dello Stato contribuisce ulteriormente a soffocare il dubbio. Abituando lo studente a confrontarsi con un solo modo di pensare e di praticare il diritto, il modello positivista d'insegnamento promuove una visione etnocentrica del diritto, inducendo nel futuro giurista la convinzione che la propria cultura giuridica sia l'unica davvero valida per comprendere e praticare il diritto.

Il compito di osservare il diritto da altre prospettive che potrebbero seminare il dubbio è affidato a una manciata di materie "ausiliarie" (teorico-filosofiche, storiche, comparatistiche, sociologiche, economiche...), che appaiono nei programmi di studio come secondarie, e così sono prontamente percepite dagli studenti. Invece di entrare a far parte a pieno titolo del bagaglio culturale del giurista, quegli insegnamenti sono vissuti dagli studenti come delle parentesi "culturali" che hanno scarsa o nulla incidenza sulla loro rappresentazione del diritto vigente e sui mestieri che saranno chiamati a svolgere dopo gli studi.

Ben diversa deve essere, invece, la funzione educativa di queste materie, *rectius*, di questi diversi approcci al diritto, che non possono rimanere isolati dagli insegnamenti di diritto positivo. Questi ultimi non solo devono dialogare con quelli, riconoscendo così la loro utilità per lo studio del diritto vigente, ma dovrebbero sforzarsi di integrarne il più possibile le prospettive, rendendo esplicita la natura interdisciplinare del diritto. La loro funzione, in altre parole, non può essere limitata a fornire un'infarinatura culturale al sapere del giurista, come per lo più ancora avviene, sul presupposto – fondato sul vecchio dogma positivista dell'autonomia del diritto – che il giurista, per svolgere dignitosamente il proprio lavoro, possa rimanere tranquillamente chiuso nei propri confini disciplinari.

Al contrario, un insegnamento non appiattito sui dati normativi (per giunta ancora, in gran parte, statali) consente al giurista di avere una visione più ricca e penetrante del proprio oggetto e di adempiere meglio ai propri compiti, riuscendo a percepire fenomeni e problemi che rimarrebbero nascosti senza il confronto con altri modi di concepire il diritto nello spazio e nel tempo. Questa apertura dello sguardo del giurista si rivela poi ancora più feconda, e anzi essenziale, in periodi storici di transizione, qual è il nostro, in cui un paradigma a lungo dominante entra in crisi e si apre una fase – nella quale siamo ancora immersi – di «scienza straordinaria», che, secondo il modello di Thomas Kuhn delle rivoluzioni scientifiche, darà origine a un nuovo paradigma¹⁰⁸.

Per questi tempi di transizione, in cui il mondo di ieri non è ancora del tutto tramontato e quello di domani non è ancora ben definito, occorre un mo-

¹⁰⁸ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970, II ed.), tr. it. di A. Carugo, Torino, Einaudi, 1999.

dello d'insegnamento che sappia esprimersi al *congiuntivo*, modo che indica il «senso delle possibilità»¹⁰⁹. Chi possiede quest'ultimo, nota Musil nell'*Uomo senza qualità* – un romanzo che tratta la realtà «come un compito e un'invenzione»¹¹⁰ e nega «ogni proposizione all'indicativo [...] a favore del congiuntivo»¹¹¹ – «non dice, ad esempio: qui è accaduto questo o quello, accadrà, deve accadere, ma immagina: qui potrebbe o dovrebbe accadere la tale o talaltra cosa; e se gli si dichiara che una cosa è com'è, egli pensa: be', probabilmente potrebbe esser anche diversa. Cosicché il senso della possibilità si potrebbe anche definire come la capacità di pensare tutto quello che potrebbe egualmente essere, e di non dare maggiore importanza a quello che è, che a quello che non è»¹¹².

Come il romanzo di Musil, anche l'insegnamento del diritto dovrebbe trasmettere questo senso delle possibilità, l'idea che il sapere giuridico non è un sapere veritativo e descrittivo – secondo i dettami del metodo delle scienze teoretiche, adottato dal giurista moderno dell'Europa continentale – ma un sapere costruttivo, valutativo, controversiale, contestuale, ipotetico, dubitativo, in linea con il metodo delle scienze pratiche, con l'idea antica e medievale (e mai abbandonata dal giurista di *common law*) del sapere giuridico come *ars opponendi et respondendi*; un sapere che non può ambire a verità e a dimostrazione, ma deve accontentarsi di verosimiglianza e di persuasione, e che proprio per questa sua natura, epistemologicamente fragile, esige un impegno argomentativo particolarmente forte, una disponibilità al confronto dialogico, una cultura del dubbio metodico e un'acuta vigilanza nei confronti della fallibilità del giudizio, all'origine – sul terreno processuale – del metodo del contraddittorio e delle regole di esclusione probatoria.

A tal fine, il nuovo modello educativo, più che imporre lo studio mnemonico di sostanze normative sempre più volatili e duttili tra le mani dell'interprete, dovrebbe stimolare le facoltà immaginative e progettuali, lo spirito critico, la disponibilità a sondare ipotesi alternative e a imboccare sentieri obliqui e non ancora battuti, la curiosità e il desiderio di percorrere itinerari culturali anche personali, aprirsi ad altre prospettive disciplinari che illuminano diversamente i contesti che il diritto deve regolare, potenziare le competenze espressive, orali e scritte, puntare su metodi d'insegnamento più interattivi e partecipativi, promuovere la capacità di risolvere casi, tessendo relazioni argomentative tra i vari materiali giuridici, come accadeva col metodo d'insegnamento medie-

¹⁰⁹ C. Magris, *L'anello di Clarisse. Grande stile e nichilismo nella letteratura moderna* (1984), Torino, Einaudi, 2014, p. 216.

¹¹⁰ R. Musil, *L'uomo senza qualità* (1930-1943), tr. it. di A. Rho, con introduzione di C. Cases, Torino, Einaudi, 1972, p. 12.

¹¹¹ Magris, *L'anello di Clarisse*, cit., p. 216.

¹¹² Musil, *L'uomo senza qualità*, cit., p. 12.

vale della *quaestio disputata*¹¹³, filtrato negli *Inns* londinesi e all'origine delle *moot courts* del sistema educativo dei paesi di *common law*¹¹⁴.

È grazie a questa abitudine a pensare “al congiuntivo” che il futuro giurista potrà fabbricarsi gli strumenti concettuali e operativi necessari per assolvere il difficile compito di proseguire l'opera di costruzione del nuovo paradigma, avviata negli anni Sessanta del secolo scorso. Condizione preliminare e necessaria di quest'opera ricostruttiva è la disponibilità – che viene dalla pratica del dubbio che abbiamo chiamato euristico o generativo – a mettere in discussione l'intero paradigma scientifico ereditato dalla modernità positivista, senza arrestarsi di fronte alle categorie teoriche fondamentali, quelle che, nate come risposte a precise esigenze storiche e concepite secondo i riferimenti culturali dell'epoca in cui sono sorte, si sono col tempo trasformate in credenze indiscutibili, in dogmi che il giurista ha finito per sottrarre al dubbio, innalzando sul terreno della ricerca scientifica «ostacoli epistemologici»¹¹⁵ che impediscono di vedere e di comprendere le nuove realtà del diritto.

Diversamente dal dubbio del giudice che, dopo la lunga parentesi inquisitoria, è da tutti avvertito come fondamentale, ed è quindi tematizzato, il dubbio del giurista – pur essendo altrettanto fondamentale – non riceve la stessa attenzione. Lo dimostra, ad esempio, il volume già ricordato su *Le doute et le droit*, in cui è affrontato il dubbio del giudice, dell'avvocato, del poliziotto, finanche del medico, mentre nessun contributo si occupa specificamente del dubbio del giurista che si interroga criticamente sul proprio paradigma scientifico. Eppure, come si è cercato di mostrare, di questo dubbio del giurista – che investe i fondamenti del proprio sapere – il diritto e la società hanno oggi urgente bisogno.

¹¹³ La *quaestio* è «l'analisi del caso dubbio o controverso finalizzata ad ottenere una *solutio*, che, non essendo predeterminata nel *casus legis*, doveva essere ricercata *argumentis* (e che, essendo solo la risposta più verosimile e convincente al dubbio, assumeva valore di verità solo probabile, *sine praeiudicio melioris sententiae*)» Così, F. Treggiari, *L'educazione al diritto*, in F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 837. Su tale metodo di ricerca e d'insegnamento, oltre al fondamentale H. Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, «Revue d'histoire du droit», XVI, 1938, pp. 1-67, v. anche A. Errera, *La “quaestio” medievale e i glossatori bolognesi*, «Studi senesi», 108, 1996, pp. 490-530.

¹¹⁴ Il nesso tra il metodo medievale delle *quaestiones* e le *moot courts* inglesi è messo in luce nell'incipit del già citato saggio di Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, cit., p. 1.

¹¹⁵ Sulla nozione di «ostacolo epistemologico», v. G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, 1980, pp. 13 s.

Fiorella Giusberti

Il ragionevole dubbio

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore d'essere la legge generale; la minore l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza la libertà e la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza (Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764)

Che il giudice non possa essere più considerato una “macchina per sillogismi” è questione sempre più attuale e delinea lo svolgersi di una riflessione che illustra il passaggio, non sempre lineare e non senza fratture, da un'epoca moderna, del ruolo del giudice come esecutore testamentario del legislatore, ad un'epoca contemporanea, del giudice come *bricoleur* che spesso esercita il suo lavoro all'interno di una trama normativa sempre più poliedrica, complessa ed articolata (Manes, 2012).

La dimensione soggettiva entra negli atti di scelta e cioè nelle decisioni del giudice in quanto “portatore, esso stesso, come persona ogni giorno irripetibile, di una infinità di condizionamenti di variabilità legati al suo livello di esperienza e cultura”. Si tratta di fattori endogeni che infrangono il mito di una interpretazione della legge senza valutazione, per svelare come l'applicazione del diritto sia “fatta di atti di scelta e di volontà e non solo di atti di conoscenza” (Lanza, 2000).

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. Il ragionamento dimostrativo, che ipotizza la completa razionalità della decisione, in quanto deriva dall'applicazione, al fatto accertato, delle norme codificate, si trova accanto la possibilità di un ragionamento induttivo, che ammette conclusioni con diversa gradazione di verità-falsità, e che dunque non può che fare riferimento all'universo delle probabilità e non più a quello della certezza assoluta.

L'argomentazione giuridica, tuttavia, è un tipo particolare di ragionamento induttivo, poiché mentre solitamente per induzione si intende un argomento logico che parte da premesse particolari per giungere ad una affermazione universale, in questo caso si tratta della generazione induttiva di una ipotesi generale, a partire da casi specifici. Il ragionamento giuridico è un ragionamento di tipo abduttivo, che procede dal particolare, cioè gli elementi probatori, ad un altro particolare, cioè la probabilità che una ipotesi, ad esempio l'affermazione "x ha ucciso y", sia vera. La generazione abduttiva di un'ipotesi esplicativa per un caso specifico si basa sulla sua somiglianza con altri casi che, in precedenza, hanno supportato una massima induttiva: il pensiero coinvolto non è di tipo associativo, ma analogico (Cherubini, 2007). Partendo da premesse non certe, le conclusioni del ragionamento abduttivo non riguardano la probabilità di un evento, ma la *probabilità che una ipotesi*, più correttamente, la probabilità, oltre ogni ragionevole dubbio, che una ipotesi, l'imputazione, sia vera (Caprioli, 2009).

Il ragionamento giuridico, abduttivo, è dunque costitutivamente, per sua natura, legato al concetto di probabilità, ed è in questa luce che va considerata la 'diffidente' affermazione di Locke nel *Saggio sull'intelletto umano* (1690): "Più d'uno che aveva a prima vista creduto di comprendere un passo della Bibbia o una clausola del codice che ha smarrito completamente l'intelligenza dopo aver consultato dei commentatori le cui spiegazioni hanno aumentato o fatto sorgere in lui dei dubbi e hanno sprofondato il testo nell'oscurità".

La ricerca cognitiva sul pensiero probabilistico ha dato risultati di particolare interesse, che si possono sintetizzare, in termini molto generali, nella constatazione della difficoltà della nostra mente a ragionare su fatti non oggettivamente accertati, ma solamente possibili o verosimili. Non solo le persone non conoscono il calcolo delle probabilità, cioè la quasi totalità degli esseri umani non è in grado di trarre inferenze probabilistico-induttive esatte, ma numerosi lavori sperimentali hanno dimostrato che la maggioranza degli individui non è in grado di risolvere, in modo normativamente corretto, problemi che richiedono valutazioni di probabilità. Quasi tutti i primi importanti lavori sperimentali sul ragionamento probabilistico sono stati condotti da due psicologi israeliani, Daniel Kahneman (premio Nobel per l'economia nel 2002) e Amos Tversky che, all'interno della loro ricerca sulla teoria della scelta razionale, ne hanno individuato, come fattore primario e fondamentale, la capacità di valutare correttamente la probabilità di accadimento di eventi incerti. Ma contro la prospettiva di un decisore ideale, in grado di compiere scelte normativamente accurate, le ricerche condotte da Kahneman e Tversky hanno dimostrato che le persone non sono sempre in grado di valutare correttamente le probabilità (Kahneman, Tversky, 2000, Gilovich, Griffin, Kahneman, 2002).

Negli anni 90, altri studi cognitivi sperimentali hanno fornito una versione piuttosto pessimistica, secondo la quale la mente umana non è semplicemente limitata, ma intrinsecamente incapace di trattare le informazioni probabilistiche. Il fondamento di questa asserzione poggia su un argomento evolutivistico che può essere riassunto, molto sinteticamente, in questi termini: poiché la probabilità di un evento singolo è inosservabile e conseguentemente l'evoluzione naturale non ha prodotto delle strutture cognitive dedicate al trattamento di informazioni che non sono osservabili, la mente umana non possiede meccanismi mentali dedicati al trattamento dell'informazione probabilistica. Secondo l'ipotesi evolutivista, se le persone non esperte sono incapaci di stimare le probabilità di eventi singoli, dovrebbero tuttavia, diversamente, essere in grado di fornire delle predizioni corrette di frequenza. Infatti, anche se i nostri antenati non potevano osservare le probabilità di eventi singoli (e.g. la probabilità di un evento specifico, che un villaggio venisse distrutto dal fuoco), erano però in grado di osservare la ripetizione di eventi reali e registrarne le frequenze (durante la stagione della siccità il villaggio è stato distrutto tre volte). Di conseguenza, assumendo che la selezione naturale abbia dotato la mente umana di un meccanismo innato per trattare le frequenze, è possibile prevedere che gli individui siano in grado di risolvere problemi probabilistici, nei quali le informazioni numeriche esprimono valori di frequenza. Il calcolo delle probabilità, d'altronde, è un'acquisizione relativamente recente, che si fa risalire al 1654, quando Blaise Pascal consegnò a Fermat la soluzione di due problemi relativi alla posta da distribuire, nel caso di interruzione di un gioco di sorte già avviato; prima di allora, gli esseri umani trattavano ed utilizzavano informazioni in modo sequenziale, cioè sotto forma di frequenze naturali ed erano quindi in grado di compiere predizioni corrette (Gigerenzer, 2003).

Per concludere il filo dell'argomentazione, dunque, la qualità induttiva e abduttiva del ragionamento giuridico, connotata in modo prioritario e predominante dalla nozione di probabilità, costitutivamente legata a quella di dubbio, rendono tale pensiero ben lontano dal potersi affidare alla certezza logica delle conclusioni deduttive del sillogismo giudiziale. Ma il tema della probabilità introduce ad un'area di ricerca estremamente vicina, e di particolare rilevanza e attualità in ambito legale, che si è focalizzata proprio sulla forma matematica con cui le prove scientifiche vengono presentate in un'aula di tribunale.

Alla ricostruzione probatoria dei fatti contribuisce, sempre più di frequente, il ricorso a dati di tipo quantitativo, peraltro non esenti da interrogativi, tuttora senza risposta, relativi alla 'certezza' o oggettività delle loro conclusioni. Se difatti è indubbio che l'introduzione di misure oggettive di alcuni eventi misurabili e quantificabili possa accrescere l'attendibilità degli elementi di prova presentati all'interno di un processo, non è tuttavia possibile affermare

che ne sia sempre garantita, a livello cognitivo, la precisa consapevolezza e dunque il loro appropriato utilizzo durante il corso della decisione giudiziaria (Canzio, 2003).

Una riflessione più specifica e circostanziata: da un punto di vista matematico non esiste alcuna differenza fra 7%, 7 su 100 o 0.07, ma da un punto di vista psicologico e cognitivo la differenza è rilevante. La differenza tra i formati risiede nel fatto che le frequenze (7 su 100) e le percentuali (%) fanno riferimento a insiemi, a classi di riferimento, facilmente gestibili dal sistema cognitivo, mentre la probabilità di un evento singolo, come abbiamo visto precedentemente, non è trattabile in modo spontaneo e risulta fortemente contro intuitiva, dal momento che parecchi meccanismi mentali semiautomatici congiurano contro la sua comprensione. Si tratta dunque di rilevare come tale complessità, per non dire difficoltà cognitiva, possa non solo essere presente, ma anche generare problematicità all'interno di un'aula di tribunale. Un esempio possibile, forse il più noto, è l'utilizzo, all'interno di un procedimento giudiziario, di una prova di DNA, che viene presentata secondo una formulazione statistica che fa riferimento alla cosiddetta RMP (Random Match Probability) e cioè alla probabilità di coincidenza fra la traccia trovata sulla scena del crimine e un campione scelto casualmente all'interno di una determinata popolazione. Così, se tale formulazione è, per esempio, $RMP=0.000001$, si vuole affermare che c'è una probabilità su un milione che la traccia in questione appartenga a un altro individuo, diverso dall'imputato. Non è necessario sottolineare come le due diverse formulazioni, identiche per significato, di probabilità (0.000001) o di frequenza (1 su un 1.00000) agiscano sulla percezione del valore probatorio dell'indizio (Koehler, Macchi, 2004, Passerini, Macchi, 2007), nel primo caso ostacolando la comprensione intuitiva immediata e nel secondo favorendola.

Accanto alla estrema difficoltà di calcolare la probabilità di eventi singoli, un'altra importante difficoltà del nostro ragionamento, giuridico e non, è quello relativo alla rappresentazione mentale, e conseguentemente all'utilizzo, della nozione di caso. Per usare una espressione né tecnica né psicologica, ma del tutto adeguata, si potrebbe affermare che la nostra mente non ammette il caso. Lo ritiene disordinato, diverso dalla fortuna e soprattutto fondamentalmente privo di potenzialità interpretativa o esplicativa (Giusberti, 2012).

Il concetto di caso, infatti, ostacola grandemente una predisposizione molto forte del nostro sistema cognitivo che si manifesta nella necessità di trovare, o almeno di andare alla ricerca, di un legame fra gli eventi, sia della nostra vita che di quella altrui, che non sia casuale.

Gli umani cercano sempre di spiegare quello che accade ed è per questo motivo che le teorie cognitive assumono che, fondamentalmente, l'uomo sia

un elaboratore attivo di dati provenienti dall'ambiente, secondo un meccanismo di generazione di "significati" e che ciò avvenga, inevitabilmente, attraverso il filtro delle esperienze e conoscenze personali (Mecacci, 2001).

È attraverso questa accezione che alcuni ricercatori hanno ipotizzato, a proposito del ragionamento giuridico, uno specifico modello di funzionamento, denominato "giudizio basato sulla spiegazione" (*explanation-based judgment*) (Pennington e Hastie, 1988, 1991). Questo orientamento teorico si basa sul convincimento che il giudice, attivamente, seleziona, organizza e interpreta gli elementi di prova presentati durante il processo nel tentativo, tutt'altro che semplice, di attribuire un senso compiuto, o almeno una qualche forma di significato, agli eventi in esame. In questo ambito il modello più noto è certamente lo Story Model (Pennington e Hastie, 1993) che, da circa 25 anni, viene considerato, sia dagli psicologi sia dagli stessi giudici (Taruffo, 2009), la migliore descrizione di come avviene il processo decisionale nella sua completezza (Hastie e Wittenbrink, 2006). Nello specifico, il modello si basa sull'ipotesi che la ricostruzione di un caso, da parte del giudice, avvenga in forma narrativa, di storia: in tale riorganizzazione sono centrali le relazioni di causa-effetto tra gli eventi, così come lo sono le motivazioni delle persone implicate nel caso, poiché possono rendere conto degli eventi che sono accaduti. In altre parole, attraverso una serie di ricerche empiriche, Pennington e Hastie (1988, 1991, 1993) hanno dimostrato che, in generale, i giudici si rappresentano, e quindi rievocano, gli eventi presentati durante un procedimento giudiziario di un caso, non nell'ordine in cui vengono presentati e acquisiti nel corso delle deposizioni testimoniali, ma seguendo una struttura tipicamente narrativa dei fatti, costruendo, cioè, una vera e propria storia, in cui le persone coinvolte e le azioni compiute sono collegate da nessi temporali (il quando) e causali (il perché). La costruzione di una storia, dunque, assume una funzione fondamentale di organizzazione delle prove che sono state presentate, durante il processo, in modo cronologicamente disordinato e non sempre esauriente (e.g., le prove sono presentate in giorni diversi e i testimoni non sempre sono accurati): questa "sistematizzazione" è in grado di facilitare la comprensione del caso e di permettere ai giudici, successivamente, di arrivare alla fase conclusiva della sentenza. La necessità cognitiva di completamento significa necessità di dare una forma, una coerenza alle informazioni: la mente umana ha bisogno di attribuire significati, di costruire narrazioni, e dunque stabilire legami di causa ed effetto, rifuggendo fermamente, o comunque il più possibile da connessioni o relazioni dovute al caso. Ma nello *storytelling* giuridico e processuale le storie sono tanto necessarie quanto pericolose. Sono necessarie perché costituiscono lo strumento attraverso cui ritagli di eventi ed elementi di informazione sparsi e frammentati possono essere composti in un complesso, concorde e dotato di senso, di avvenimenti. Ma possono essere rischiose e

non esenti da trappole, perché non possono prescindere dalla variabilità della ricostruzione dei fatti. Un processo rappresenta una situazione complessa nella quale varie storie sono costruite e raccontate da soggetti diversi, secondo differenti prospettive e differenti strutture narrative.

Una storia può essere narrativamente buona quando è coerente, credibile, familiare e dunque persuasiva. Paradossalmente, una buona narrazione non ha bisogno di essere vera, perché la sua verità può definirsi e limitarsi, pericolosamente, alla sua 'bontà' di storia. Si tratta di riversare l'imputazione in un racconto, cioè in una storia reale di vita vissuta: una storia che ha per tema l'imputazione e come trama i fatti che sono stati accertati. La storia deve essere autorizzata dai fatti, e cioè dalle prove. Pm e difesa non devono inventare una storia, ma raccontare una storia in cui le persone coinvolte e le azioni compiute sono collegate da nessi temporali (il quando) e causali (il perché). La costruzione di una storia, dunque, assume una funzione fondamentale di organizzazione delle prove che sono state presentate, durante il processo, in modo cronologicamente disordinato e non sempre esauriente (le prove hanno diverso valore probatorio, sono presentate in giorni diversi e i testimoni non sempre sono accurati): questa "sistematizzazione" è in grado di facilitare la comprensione del caso e di permettere ai giudici di formulare un verdetto, ma anche, potenzialmente, di fraintenderlo o alterarlo.

Una volta che l'imputazione è diventata storia, sarà più facile per il giudice controllarne la credibilità alla luce del criterio dell'ordinario svolgimento delle vicende umane. La congruenza è qualcosa di più della semplice non-contraddizione. La congruenza di una ipotesi è la sua verosimiglianza. Una storia è congruente e plausibile, proprio perché è verosimile: cioè rispecchia l'ordine consueto delle cose. Sono "trame di storie umane", che secondo l'esperienza e i modelli culturali di una determinata epoca appaiono "logici". Sono schemi mentali, cognitivamente interiorizzati da ogni individuo, attraverso cui percepire e interpretare gli eventi della vita quotidiana. Una storia congruente, cioè credibile, è sostenere che l'imputato x , essendo tossicodipendente e avendo bisogno di soldi, è penetrato nell'ufficio di y , si è appropriato di oggetti di valore, che ha poi rivenduto, comprandosi col ricavato alcune dosi di eroina. Sarebbe invece incongruente dire che l'imputato x , tossicodipendente e bisognoso di soldi, è penetrato nell'ufficio di y e, nonostante vi fosse denaro liquido, non se ne è appropriato, limitandosi a distruggere alcune scritture contabili. La prima "storia" convince perché risponde ad un modello culturale diffuso. Per la stessa ragione non convince la seconda "storia" (Giusberti, Bensi, Nori, 2013). L'azione umana è dominata dall'intenzionalità ed è orientata ad uno scopo: è qui il suo senso. Ora, che senso mai potrebbe avere la "storia" di un tossicodipendente assetato di soldi che non si cura di rubare il denaro, ma pensa solo a sopprimere documenti contabili? Non avrebbe più senso invece

un'altra "storia" ricostruttiva dei fatti, e cioè che non un improbabile tossicodipendente, ma il professionista o un suo collaboratore abbia distrutto le scritture contabili per realizzare un'evasione di imposta o occultarla?

Una storia congruente dunque è quella che offre la spiegazione più ragionevole dei fatti, alla stregua dell'esperienza sociale e del senso comune.

Questa descrizione del processo ragionativo del giudice, molto lontana e antagonista dall'assunzione che esso disponga di un unico metro di giudizio, quello garantito dalla logica argomentativa del sillogismo deduttivo, gli restituisce un ruolo di protagonista attivo, inquadrandolo come un decisore che tenta di attribuire un significato appropriato 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.

Ma per completare (tendenza cognitiva di cui parlavamo prima) questa narrazione è indispensabile mettere a fuoco, e dunque prediligere, gli eventi che si "adattano" alla storia che appare più plausibile, e contemporaneamente offuscare o mettere in secondo piano quegli elementi probatori e quegli indizi che risultano poco o per nulla conformi alla sua spiegazione dei fatti e che sono in grado, anche solo logicamente, di falsificarla. È noto che la via per dimostrare la bontà di un'ipotesi non è quella delle prove a conferma, ma la possibilità di falsificare quelle alternative. La ricerca scientifica, in effetti, dimostra come anche un grande numero di dati a favore di una teoria non siano sufficienti a dimostrarla, mentre uno a sfavore possa essere determinante per farla decadere, sottolineando la rilevanza di uno "sguardo falsificatorio" nella valutazione critica dei fatti. Tuttavia, la nostra mente è costruita sul principio di verifica: di fronte ad un'ipotesi che ci sembra plausibile, e dunque di fronte ad un racconto, ad una storia plausibile, l'atteggiamento comune è quello di cercare prove che la sostengano. È tutt'altro che un procedere "irrazionale" della mente umana, è una vera e propria strategia di pensiero che, dati i limiti cognitivi della nostra architettura mentale e la molteplicità di stimoli ambientali da elaborare, appare rapida, funzionale ed economica. Consente di organizzare in modo stabile la conoscenza di noi stessi, degli altri e, in generale, del mondo. Tendenzialmente, non ricerchiamo dei contro-esempi rispetto alle nostre "sicurezze", rispetto a quello che abbiamo imparato: è come se, finché è possibile, cercassimo di evitare "pericolose rivoluzioni di pensiero". In questo modo è possibile operare un cambiamento delle conoscenze e delle credenze molto più lento e graduale di quello che avverrebbe se adottassimo sistematicamente una strategia falsificatoria, "proteggendo", in questo modo, ciò che sappiamo ed è in questo senso che le discipline psicologiche hanno

mostrato come nel nostro ragionamento la strategia falsificatoria risulti quasi “innaturale”.

Inutile nascondere, però, che esiste un’insidia occulta e sempre incombente in questo criterio di ragionevolezza, verosimiglianza, plausibilità di una “storia”: nelle vicende umane l’eccezione, l’insolito, l’inverosimile è sempre in agguato. Non possiamo che prendere atto di questa realtà: in concreto l’ipotesi più probabile può essere falsa e quella che appare più improbabile essere vera.

Ma non è solo l’imputazione e la storia ad essa legata ad assumere le forma di una narrazione. Anche il processo penale possiede in sé, costitutivamente, una struttura narrativa: in tutti i sistemi giudiziari, un processo inizia con un’imputazione presentata dal pubblico ministero. E, naturalmente, è una ipotesi di colpevolezza. La difesa presenta una ipotesi alternativa, ma solo come seconda ipotesi. Questo ordine di presentazione, colpevolezza e innocenza, ha un impatto rilevante sulla formazione del giudizio, perché la presa in esame di una prima ipotesi rende meno probabile l’accettazione di una ipotesi alternativa. È il cosiddetto effetto inerzia: una volta che una ipotesi ha messo radici nel sistema cognitivo diventa difficile modificarla con informazioni che, presentate per prime, avrebbero potuto essere influenti. Questa sorta di perseveranza del pensiero è stata dimostrata in molti ambiti. Naturalmente l’ordine di presentazione non può essere modificato, e quindi la plausibilità narrativa della storia ipotizzata dall’accusa precede sempre la presentazione di quella ipotizzata dalla difesa, per questa ragione la domina e ha bisogno, per essere vera, di un numero inferiore di elementi probatori di quanto ne abbia bisogno la tesi difensiva. L’imputazione, dopo essere stata sottoposta alle procedure di conferma o falsificazione delle ipotesi ricostruttive del fatto prospettate dalle parti, porta con sé, davanti alla decisione conclusiva del giudice, anche la sequenza argomentativa prevista dalla struttura processuale.

Il problema del giudice 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.

Una verità è pericolosa, quando non somiglia ad un errore (Gesualdo Bufalino).

Bibliografia

- Canzio G. (2003), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale», 2003, pp. 1193 ss.
- Caprioli F. (2009), *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale», 1, 2009, pp. 51-92.
- Cherubini P. (2007), *Trappole cognitive nel ragionamento giudiziario*, «Cass. pen.», 2007, pp. 1354 ss.
- Gigerenzer G. (2003), *Quando i numeri ingannano. Imparare a vivere con l'incertezza*, Milano, Raffaello Cortina Editore.
- Gilovich T., Griffin D., Kahneman D. (2002), *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Giusberti F. (2012), *Cognizione e azzardo*, in P. Monari (ed.), *Giochi d'azzardo e probabilità*, Roma, Editori Riuniti university press.
- Giusberti F., Bensi L., Nori R. (2013), *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Roma-Bari, Laterza.
- Hastie R., Wittenbrink B. (2006), *Heuristics for applying laws to facts*, in G. Gigerenzer, C. Engel (eds.), *Heuristics and the Law*, Cambridge, MIT Press.
- Kahneman D., Tversky A. (2000), *Choices, values, and frames*, New York, Cambridge University Press.
- Koehler J.J., Macchi L. (2004), *Thinking about low-probability events: an exemplar cueing theory*, «Psychological Science», 15, pp. 540-546.
- Lanza, L. (2000), *Il gioco delle parti nel processo: il ruolo del giudice*, in A. Quadrio, A.M. Clerici, M. Simionato (eds.), *Psicologia e problemi giuridici*, Milano, Giuffrè.
- Manes V. (2012), *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike Giuridica Editrice.
- Mecacci L. (a cura di) (2001), *Manuale di psicologia generale*, Firenze, Giunti.
- Passerini G., Macchi L. (2007), *La psicologia dei numeri in tribunale: gli effetti della formulazione della prova del DNA sul giudizio di colpevolezza*, «Cassazione penale», vol. 47, 11, pp. 4370-4378.
- Pennington N., Hastie R. (1988), *Explanation-based decision making: effects of memory structure on judgment*, «Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition», 14, pp. 521-533.
- Pennington N., Hastie R. (1991), *A cognitive theory of jurors decision making: the story model*, «Cardozo Law Review», 13, pp. 519-557.
- Pennington N., Hastie R. (1993), *The story model for juror decision making*, in R. Hastie (ed.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press.
- Taruffo M. (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza.

Itinerari

Paola Nicolini

Il ruolo attivo della mente umana nella percezione e interpretazione del mondo sociale: tra dispositivi innati e culture di appartenenza

Che la mente umana 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?

E inoltre: se dallo studio di tali processi risultasse che il ruolo attivo della mente introduce elementi interpretativi tali da modificare in qualche modo i dati di partenza – e saranno forniti i riferimenti teorici per dire che è provato –, quali possono essere gli accorgimenti per esserne consapevoli? E come riequilibrare tali eventuali scostamenti?

I riferimenti teorici

Già a partire dai primi passi della teoria della Gestalt¹, l'idea di una precisa corrispondenza tra mondo fisico e percezione umana era stata messa in discussione. Gli psicologi Gestaltisti hanno ipotizzato una differenza tra *mondo fisico* e *mondo fenomenico*, intendendo il secondo come una rappresentazione sovraordinata rispetto alla somma dei suoi singoli componenti: «Il tutto è *diverso* dalla somma delle sue parti», asserivano i teorici della Gestalt, per prendere le distanze da posizioni *elementaristiche* precedenti, quali quelle dei comportamentisti. Il comportamento umano, di conseguenza, è per i teorici

¹ M. Wertheimer, *Productive thinking*, New York, Harper & brothers, 1945; tr. it. *Pensiero produttivo*, Firenze, Giunti Barbèra, 1965; W. Köhler, *La psicologia della Gestalt*, Milano, Feltrinelli, 1984; K. Koffka, *Principi di psicologia della forma*, Torino, Boringhieri, 1970.

della *Gestalt*, il risultato di una complessa organizzazione che guida anche i processi di pensiero.

Successivamente, gli studi della prospettiva cognitivista della *Social Cognition* hanno rilevato come i processi mentali di elaborazione delle informazioni, relativi sia al mondo inanimato ma ancor più agli oggetti sociali, siano da ritenersi non accurati. Essi presentano distorsioni o, con termine tecnico “biases” dovuti a una intrinseca inefficienza della mente umana, e questo senza dover necessariamente ricondurli a precise motivazioni di ordine sociale e affettivo. Secondo gli psicologi rappresentativi di questo approccio, uno tra i primi a occuparsi di conoscenza sociale, esiste una contrapposizione tra il modo in cui ragionano gli scienziati “professionisti” e quello adottato dal cosiddetto “uomo comune”, interpretato come uno scienziato intuitivo i cui tentativi di comprendere, prevedere e controllare gli eventi nell’ambito sociale sono seriamente compromessi dai limiti della mente umana, nel compiere giudizi nei contesti di vita quotidiana.

La mente umana adotta strategie cognitive semplificate, scorciatoie di pensiero o *euristiche*, che consentono di ridurre la soluzione di un problema inferenziale a un problema di giudizio particolarmente semplice, eliminando alcuni dettagli o non tenendo conto delle specificità. Queste strategie generalmente danno utili indicazioni nel produrre stime probabilistiche attendibili, ma possono portare fuori strada quando vengono impiegate in un ambito di applicazione non pertinente e che, in ogni caso, non è mai precisamente delimitato.

Questo tipo di errori può essere generato anche dalle migliori intenzioni, non è da considerare derivante da distorsioni motivazionali (consapevoli o inconsapevoli), quanto dagli stessi fattori cognitivi per il loro modo di funzionare parsimonioso.

Nel tentativo di superare l’approccio teorico individualista della *Social cognition* statunitense, si sviluppa in Europa la *prospettiva socio-costruttivista*. L’approccio socio-costruttivista si caratterizza per adottare una *concezione interazionista*², teorizzando che la società si crea e si modifica dinamicamente nell’interazione tra individui. L’interazione sociale non è quindi semplicemente lo scenario entro il quale l’azione individuale si sviluppa; non si limita neppure a innescare o influenzare dall’esterno il comportamento individuale, ma è *costitutiva e strutturante* nei confronti di quest’ultimo³.

La conoscenza si origina all’interno delle relazioni sociali e degli scambi nella vita quotidiana, dando luogo a una *conoscenza di senso comune*, intesa come un *corpus di credenze* che costituiscono la condizione per la formulazio-

² L.Vygotskji, *Pensiero e linguaggio*, Roma-Bari, Laterza, 1990; G.H. Mead, *Mente, sé e società*, Firenze, Editrice Universitaria, 1965.

³ V. Ugazio (a cura di), *La costruzione della conoscenza*, Milano, FrancoAngeli, 1997.

ne di categorie nella percezione sociale e per la formazione degli assiomi fondamentali della vita pratica e della costruzione scientifica. Ogni conoscenza e discorso sulla realtà non sono un riflesso della realtà stessa, ma una costruzione realizzata negli scambi comunicativi. La realtà è socialmente costruita nelle interazioni sociali e il suo “significato” è culturalmente e contestualmente definito.

Il *sensu comune* è una forma di conoscenza che intrattiene relazioni da un lato con la produzione scientifica, dall'altro con i contesti di vita reale; mette a disposizione soprattutto spiegazioni e il suo compito principale è quello di fornire nessi causali per spiegare il comportamento delle persone sulla base di credenze, esigenze, scopi, intenzionalità. Si tratta di una conoscenza utilizzabile quantomeno come approssimazione superficiale alla realtà, ma fornisce a ogni membro di un gruppo sociale uno schema di riferimento condiviso per elaborare le informazioni e consente di interpretare ciò che succede in termini di spiegazioni causali. Il senso comune aiuta a regolare i comportamenti sociali di una persona in modo da renderli sintonizzati con quelli degli altri.

S. Moscovici⁴ ha formulato, sulla base di questi presupposti, la teoria delle *rappresentazioni sociali*, intendendole come forme di conoscenza proprie del senso comune. Sono costruzioni sociali condivise che interpretano e danno significato al mondo sociale complesso. Attraverso le rappresentazioni sociali è possibile stabilire un ordine che permette alla persona di orientarsi nel suo ambiente sociale e fornire un codice utile a classificare i vari aspetti della realtà, facilitando la comunicazione tra i membri di una stessa comunità. A un essere umano pensato come *scienziato ingenuo* proprio della *Social cognition*, si contrappone un essere umano come *attore della vita quotidiana*⁵. Le *rappresentazioni sociali* esistono come forme molteplici di rappresentazione cognitiva, variano nella forma come nei contenuti, non sono uniformi e somigliano a una collezione di fotografie prese in situazioni diverse. Esse sono prodotte da processi cognitivi diversi e dipendono dal tipo di elaborazione eseguita dall'individuo nel momento in cui percepisce un dato stimolo. La rappresentazione non coinciderebbe, quindi, con una registrazione oggettiva dell'informazione relativa allo stimolo così come era disponibile al momento della sua rilevazione. Le rappresentazioni sono interconnesse, nel senso che sono collegate in modi complessi, non sono entità isolate e separate, sono usate ed esperite dal soggetto e sono mescolate insieme in una specie di “miscuglio mentale”. Ogni rappresentazione sociale è elaborata da un gruppo e il prodotto di tale elaborazione assume le caratteristiche di una conoscenza condivisa da tutti i membri del gruppo, sotto forma di una vera e propria “teoria

⁴ R.M., Farr, S. Moscovici, *Le rappresentazioni sociali*, Bologna, il Mulino 1989.

⁵ A. Palmonari, *La psicologia sociale di fronte ai comportamenti collettivi: verso nuovi paradigmi di ricerca*, «Rassegna italiana di sociologia», 28, 1987, pp. 55-78.

del senso comune” diffusa. Esse interpretano e attribuiscono significato a oggetti sociali complessi e inquietanti per le contraddizioni che suscitano e verso i quali gruppi di individui si trovano in una relazione socialmente pregnante e affettivamente coinvolgente.

Un gruppo consistente di studiosi⁶, senz’altro molto più vicino teoricamente al socio-costruttivismo che non alla *Social Cognition*, individua un legame inscindibile tra sistemi culturali e funzionamento psicologico, per cui si ritiene che mente e cultura si costruiscano reciprocamente. In questo modo è rivendicato un *ruolo della cultura* nel processo di conoscenza⁷.

Adottare la prospettiva culturale significa pensare al sociale non solo come all’intreccio di interazioni tra individui, ma anche come all’ordine simbolico – la cultura – che tiene insieme gli individui in un certo modo, che fa sì che essi abbiano obiettivi, risorse, modi di concepire il mondo e gli altri comprensibili e condivisi⁸.

Gli elementi propri dell’elaborazione della mente non sono considerati un prodotto individuale, ma una costruzione collettiva. Le griglie categoriali cui le persone fanno riferimento per valutare le situazioni e le altre persone non sono elaborate solo con i processi a disposizione della mente individuale, ma sono sviluppate, trasmesse e fatte valere alla luce del sole, attraverso tutti i canali di socializzazione che si incontrano nella vita di ogni giorno: dalla famiglia alla scuola, dalla religione alla politica, dallo sport alla musica⁹. Il modo in cui si conosce il mondo, sociale e non, come lo si legge, interpreta, elabora è strettamente collegato ai modelli culturali di appartenenza. La cultura fornisce griglie di riferimento condivise che permettono di conoscere il mondo: i sistemi culturali e le possibilità della mente si *intrecciano* in un processo di reciprocità e di interdipendenza.

La cultura pur essendo essa stessa una creazione dell’uomo, al tempo stesso plasma e rende possibile l’attività di una mente tipicamente umana. Da questo punto di vista l’apprendimento e il pensiero sono sempre *situati* in un contesto culturale e dipendono sempre dall’utilizzazione di risorse culturali¹⁰.

La *psicologia socio-culturale* rivendica il primato della dimensione storica e culturale sulle possibilità interpretative a disposizione. Non si è mai soli nella

⁶ M. Cole, *La cultura in una teoria della comunicazione della mente*, in O. Liverta Sempio, A. Marchetti, *Il pensiero dell’altro*, Milano, Raffaello Cortina, 1995; J.S. Bruner, *La cultura dell’educazione*, Milano, Feltrinelli, 1997; G. Mantovani, *Donne, istrici e stelle: il potere della classificazione*, «Psicologia contemporanea», 133, 1996, pp. 38-45; G. Mantovani, *La rete strappata: quando l’altro vale zero*, «Psicologia contemporanea», 134, 1996, pp. 18-25; G. Mantovani, *Il violinista e il naufrago: i limiti delle analogie*, «Psicologia contemporanea», 135, 1996, pp. 18-25.

⁷ Vygotskij, *Pensiero e linguaggio*, cit.

⁸ Mantovani, *La rete strappata*, cit., p. 20.

⁹ Mantovani, *Donne, istrici e stelle*, cit.

¹⁰ Bruner, *La cultura dell’educazione*, cit., p. 17.

costruzione e ri-costruzione del reale, come sostengono gli autori appartenenti alla prospettiva socio-costruttivista, sottolineando che ciò che si verifica *fra le persone* che partecipano in modo congiunto a un sistema condiviso di significati e pratiche è almeno altrettanto importante per l'analisi e la comprensione del comportamento di ciò che si verifica all'interno degli individui. La cultura di proprio riferimento funziona dunque come una programmazione collettiva della mente che distingue i membri di un gruppo da quelli di un altro.

Le strutture valutative che si formano nelle interazioni tra gruppi sociali hanno forti implicazioni di accettazione e rifiuto. Nel difficile compito di destreggiarsi all'interno del complesso mondo sociale, scattano processi mentali che gli esseri umani mettono in campo per dare ordine e rendere governabile l'abbondanza di stimoli: siano essi processi di categorizzazione e di generalizzazione, meccanismi difensivi di proiezione, rappresentazioni sociali o griglie culturali, di fatto agiscono in modo da attribuire fili rossi di significato provenienti dal proprio sistema di conoscenza, utili a ricondurre l'eterogeneità a qualcosa di noto e a ridurre lo spaesamento che l'ignoto provoca. Hanno luogo così processi di produzione di *stereotipi*, intesi come insiemi di caratteristiche associate a una categoria di oggetti o persone o, in senso più specifico, come una

opinione preconstituita su una classe di individui, di gruppi o di oggetti che riproducono forme schematiche di percezione e di giudizio¹¹.

Il termine *stereotipo*, dal greco *stereòs* cioè rigido e *tupòs* cioè impronta, ha origine in tipografia e indica gli stampi di cartapesta, ma anche i caratteri di piombo delle prime stamperie. L'introduzione nelle scienze sociali del concetto di *stereotipo* si deve al giornalista W. Lippmann¹², che intende in tal modo sottolineare le pre-concezioni della realtà, formate nella mente umana, con caratteri di *fissità*, *rigidità* e *ripetività* che determinano, almeno in parte, il modo in cui si percepiscono persone ed eventi. Si tratta quindi di un processo di semplificazione della realtà che non avviene in modo accidentale, né secondo un'arbitraria scelta su base individuale, bensì secondo modalità stabilite culturalmente: gli stereotipi sono parte della cultura del gruppo a cui si appartiene e come tali vengono acquisiti dai singoli e utilizzati per comprendere la realtà. Gli stereotipi orientano la ricerca e la valutazione dei dati dell'esperienza sin dal momento stesso della ricezione da parte degli organi di senso; questo fa sì che si riproducano, dal momento che le eventuali informazioni che li contraddicono vengono spesso ignorate o neutralizzate.

¹¹ U. Galimberti, *Dizionario di Psicologia*, Torino, UTET, 1992, p. 913.

¹² W. Lippman, *Public Opinion*, New York, Harcourt, Brace & C., 1922.

Il concetto di stereotipo è strettamente connesso con quello di *pregiudizio*, nel senso che il primo costituisce il nucleo cognitivo del secondo, che può essere definito come l'insieme di credenze e di elementi di informazione relativi a una categoria di persone, rielaborati in una immagine coerente e tendenzialmente stabile, in grado di sostanziare e riprodurre un giudizio nei loro confronti prima di averne avuto qualsiasi tipo di esperienza diretta. Si tratta quindi di un'anticipazione acritica del giudizio, per questo per lo più si ritiene che esso possa essere errato o quanto meno incompleto di dati di realtà, come sottolinea H.G. Gadamer:

pregiudizio significa solo un giudizio che viene pronunciato prima di un esame completo e definitivo di tutti gli elementi obiettivamente rilevanti¹³.

Al concetto generico sopra esposto, *di erroneità di giudizio in quanto non saldamente collegato a dati empirici*, le scienze sociali aggiungono altri elementi tipici dei rapporti interpersonali e intergruppi. In questo senso, il pregiudizio assume la caratteristica di un *giudizio sfavorevole* su persone che appartengono a un gruppo sociale particolare, diverso da quello cui appartiene chi formula il giudizio. A questo processo mentale sono state date spiegazioni di tipo individuale, come espressione di una *personalità autoritaria*¹⁴ o come frutto di meccanismi inconsci che regolano il rapporto con l'Altro diverso da sé, in alcuni casi vissuto come minaccioso e frustrante, adottando teorie di stampo psicodinamico. Secondo l'approccio cognitivo è una modalità che la nostra mente è costretta a utilizzare per padroneggiare la quantità di informazioni ambientali, estremamente complesse¹⁵.

Pur nelle loro differenze, sia la spiegazione di matrice psicodinamica sia quella di tipo cognitivista, tendono a cogliere all'interno dell'individuo, nella sua struttura di personalità o nella sua struttura cognitiva, la genesi di questo tipo di rapporto conoscitivo dell'Altro. In prospettiva socio-psicologica¹⁶, invece, il *pregiudizio* è visto come un fenomeno di gruppo, passando quindi dall'essere interpretato come un funzionamento mentale dell'individuo, alla formulazione di giudizi erronei e irrazionali di tipo collettivo, in cui incidono dimensioni storiche, culturali e gruppi. Per conoscere il mondo e le altre persone, l'essere umano usa una griglia di categorie che deriva dalla sua tradizione culturale e da questa possono originarsi i pregiudizi. L'incontro tra culture differenti, infatti, si fa minaccioso nel momento in cui mina la certezza dell'individuo di appartenere a un mondo di valori *più giusto, migliore*.

¹³ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983, pp. 317-318.

¹⁴ T.W. Adorno, E. Frenkel-Brunswick, D.J. Levinson, R.N. Sandford, *La personalità autoritaria*, Milano, Comunità, 1997.

¹⁵ G.W. Allport, *La natura del pregiudizio*, Firenze, La Nuova Italia, 1976.

¹⁶ R. Brown, *Psicologia sociale del pregiudizio*, Bologna, il Mulino, 1997.

I pregiudizi, così come gli stereotipi, possono essere considerati processi *normali*, imprescindibili dalla natura umana, con i quali bisogna imparare a fare i conti¹⁷; questa convinzione sarebbe supportata dalla grande diffusione degli stereotipi e dei pregiudizi. Sono infatti sempre esistiti e continuano a esistere, non sono una prerogativa solo di alcune culture o di alcuni gruppi di persone.

Le differenti spiegazioni non si escludono l'una con l'altra, ma anzi, sono integrabili. Mazzara sostiene che siano implicate *le caratteristiche e i limiti del nostro sistema cognitivo*, per cui c'è un'effettiva necessità da parte del nostro sistema mentale di organizzare, semplificandola, la realtà così ricca di stimoli e di informazioni; dall'altro lato, sottolinea *il bisogno di appartenenza*, fattore che racchiude in sé molteplici aspetti e dimensioni. Il bisogno di *far parte di, essere membro, riconoscersi in* un gruppo o categoria di persone simili risponde a diversi bisogni che hanno origini biologiche, psicologiche e sociali, oltre che culturali. Vi sono poi *ragioni di tipo storico e sociale*, da cui vengono spesso definite le funzioni di un gruppo minoritario e i complessivi rapporti tra gruppi in una determinata società.

Conclusioni

Quale che sia l'approccio da cui attingere l'apparato teorico, si comprende che pensare a una perfetta corrispondenza tra realtà e rappresentazioni mentali di essa si rivela una illusione. Che siano frutto di processi cognitivi universali o di interazioni sociali o di retaggi di tipo culturale, va preso in considerazione uno scostamento, più o meno importante, più o meno significativo, più o meno impattante sulla ri-costruzione della realtà, tanto più quando si tratta di una realtà socialmente intesa, a motivo stesso del funzionamento della mente umana. Il fatto che il giudizio umano sia inficiato da tali errori non necessariamente produce catastrofiche conseguenze. Infatti alcune decisioni non risentono della qualità del giudizio che è stato impegnato nel produrle, almeno nella vita quotidiana.

Bisogna però considerare questo assunto per avere un'idea realistica del lavoro mentale del giudice che, in quanto essere umano, è soggetto agli stessi processi psichici, di tipo cognitivo e sociale, di qualsiasi altro suo simile, anche senza prendere in analisi l'apporto dei processi emotivi, che volutamente sono stati lasciati da parte per attenersi a dinamiche a valenza prevalentemente conscia e per non aprire un'altra enorme parte di discussione forse ancora più consistente.

¹⁷ B. Mazzara, *Stereotipi e pregiudizi*, Bologna, il Mulino 1997.

La conoscenza dei tali processi cognitivi e socio-cognitivi è un primo passo per poterli governare, attraverso l'esercizio della consapevolezza riflessiva, nella prospettiva di tentare di modificarli o per lo meno di evitare che siano usati meccanicamente e senza consapevolezza. Ma sapere il modo in cui la mente umana opera, non è sufficiente. Solo percorsi formativi adeguatamente pianificati possono garantire la "sospensione" temporanea delle conseguenze che tali processi mentali comportano in termini di comportamenti e di decisioni.

Formare cioè "dare forma, modellare", a partire da idee, credenze, opinioni precedenti, significa procedere a un cambiamento concettuale¹⁸ inteso come modificazione dell'idea o della sistematica teoria pregressa, che non si limiti a una crescita quantitativa e sommativa di informazioni, ma produca una rielaborazione e riorganizzazione qualitativa della teoria stessa e del reticolo di conoscenze a cui essa è legata. In questo senso i nuovi contenuti formativi si ripercuotono sull'intero assetto concettuale del soggetto e si possono tradurre in una competenza pratica, che caratterizza una professionalità esperta da cui scaturisce un'applicazione adeguata e potenzialmente creativa delle conoscenze¹⁹. Questo processo di cambiamento può attivarsi solo sulla base di un'esperienza e di una riflessione guidata sull'esperienza fatta²⁰.

Si può dunque riuscire a stare nel modo giusto nel proprio pregiudizio se, una volta formati, ci si apre in modo consapevole ed esperto al dialogo e all'ascolto dell'altro, disponibili a fare attenzione a tutti i dettagli, soprattutto quelli che contraddicono le proprie rappresentazioni, e a modificare le proprie interpretazioni. Far crescere la certezza del proprio modo di funzionare mentalmente e procedere adoperando il dubbio come metodo di lavoro sistematico, è raccomandabile.

Per rendere il magistrato competente nell'esercizio dei suoi processi di conoscenza, riformulando il pensiero di un esperto del settore come Gian Piero Quaglino²¹ «la formazione è inevitabile, non fare formazione è impossibile».

¹⁸ L. Mason, *Verità e certezze: natura e sviluppo delle epistemologie ingenuie*, Roma, Carocci, 2001; L. Mason, *Psicologia dell'apprendimento e dell'istruzione*, Bologna, il Mulino, 2013.

¹⁹ H. Gardner, *Educare al comprendere. Stereotipi infantili e apprendimento scolastico*, Milano, Feltrinelli, 1994.

²⁰ W.R. Bion, *Esperienze nei gruppi ed altri saggi*, Roma, Armando, 1971; M. Knowles, *Quando l'adulto impara. Pedagogia e andragogia*, Milano, FrancoAngeli, 1997; M. Brusaglioni, *La gestione dei processi nella formazione degli adulti*, Milano, FrancoAngeli, 2002.

²¹ G.P. Quaglino, *La formazione: criteri e metodi di valutazione*, Milano, FrancoAngeli, 1985.

Claudio Luzzati

Alla luce del dubbio. La razionalità giuridica tra scetticismo e artificio*

E con il giorno risorgono le ombre,
le mute testimoni della luce
(A.G. Conte, *Kenningar*, p. 58.)

Ostendimus enim Scripturam non res philosophicas,
sed solam pietatem docere
(Spinoza, *Tractatus Theologico-Politicus*, cap. XV)

1. *Pensieri spetinati*

Siamo onesti, il dubbio sistematico è anzitutto una condizione psichiatrica. Chi vi si trova è paralizzato dall'incertezza, mille scrupoli lo attanagliano, vuole e disvuole. Tutto nasce da un tentativo di controllare l'incontrollabile. In effetti, il comportamento del nevrotico ossessivo, nella sua sterilità, ci mostra che viviamo nel rischio e che, per quanto ci si sforziamo di capire il mondo, siamo condannati ad agire sempre sulla base di informazioni incomplete, se non di luoghi comuni, di pregiudizi e di opinioni *in una qualche misura* ingiustificate, o, addirittura, viziate e svianti. Disponendo di un tempo ridotto e di risorse limitate, è inevitabile che si imbrocchino delle scorciatoie, utilizzando drastiche strategie semplificatorie, le c.d. *euristiche*. L'errore, più che essere probabile, nella maggioranza dei casi è sicuro. Fa parte del gioco. I *biases* cognitivi non rappresentano una remota patologia, bensì rientrano nel funzionamento "normale" della mente umana¹. Inoltre, come studioso del linguaggio vago, so perfettamente che esiste una sorta di "economia" dell'indeterminatezza. Necessitiamo di una quantità di vaghezza, o di precisione, che varia di caso in caso. Dire che durante le feste natalizie la città "si è svuotata" è un'esagerazione palese; tale formula aperta ha però il vantaggio di evitare lunghi e costosi

* Finito di scrivere lunedì 27 gennaio 2020 – Giorno della Memoria. Ringrazio Francesco Ferraro per aver letto una versione precedente di questo lavoro.

¹ D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2011; tr. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2017.

conteggi. D'altro canto, dire che si raggiunge la piena maturità "a diciotto anni esatti", non un attimo prima, è un modo arbitrario e convenzionale di fissare la maggiore età; tuttavia un tale sovrappiù di precisione permette di non impelagarsi in discussioni sofisticate e defatiganti sulle capacità mentali dei soggetti agenti. Del resto, ogni misurazione è approssimata, ammette, come si suole ripetere, "un margine d'errore". Quale sia l'ampiezza auspicabile della zona di penombra, da ridurre mediante definizioni o da lasciare indefinita, è materia di scelta guidata da ragioni d'opportunità e da valutazioni tecnico-finalistiche². Per le ragioni accennate sopra – sebbene il dubbio in alcuni contesti sia considerato una "virtù"³ – ritengo che un elogio indiscriminato del dubbio in ogni sua forma sia fuori luogo. Così come, all'opposto, sarebbe fuori luogo decantare le lodi incondizionate della risolutezza o di una fede che proclamasse ciecamente ai quattro venti il suo *credo quia absurdum*.

Noi filosofi siamo spesso considerati seminatori di dubbi. Forse perché facciamo un accorto uso delle nostre nevrosi e pretendiamo di spiegare agli altri che non sempre chi non sa, sa di non sapere; o forse perché, invece di cambiare il mondo, ci limitiamo a interpretarlo. I non filosofi talvolta la buttanano sul ridere, come accadeva fin dai tempi di Aristofane. Altre volte, però, s'adontano e fanno pagare ai liberi pensatori il fio della loro "empietà".

Ma che cosa fanno i filosofi di tanto ridicolo o di così poco commendevole? Non scoprono nulla. Semmai *inventano*. Sì, inventano, poiché il mestiere dei filosofi è quello di rimescolare le categorie esistenti, di decostruire e ricomporre i quadri mentali, gli *éndoxa* e gli stereotipi a cui s'affida la tradizione. Tipicamente, essi immaginano nuove possibilità. Il loro sguardo è distaccato, i loro discorsi sono in realtà *meta*-discorsi – cioè discorsi *su* altri discorsi –, che, oltretutto, arrivano a cose fatte, per mettere ordine. E questo prendere di contropelo le idee correnti, questo "spettinare i pensieri"⁴, mostrandone la problematicità, risulta estremamente irritante ai più.

D'altronde, i filosofi segnalano che vi sono questioni su cui, per quanto si discuta, non si giunge mai ad una soluzione, perché questa non dipende solo dai ragionamenti e dalle prove empiriche, ma anche dagli *impegni* assunti, in modo tacito o esplicito, dai partecipanti ad una data pratica sociale. In tal senso, le analisi giusfilosofiche, mostrando gli aspetti di scelta, le responsabilità degli attori e i relativi vincoli, offrono mezzi per conferire una consapevolezza critica più intensa al lavoro di costruzione delle fattispecie e dei concetti-chia-

² Cfr. M. Dascal, J. Wróblewski, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*, «Law and Philosophy», 7, 2, 1988, pp. 203-224, e A. Capone, *The Role of Pragmatics in (re)constructing the Rational Law-maker*, «Pragmatics & Cognition», 2013, pp. 399-414.

³ Cfr. p. es. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

⁴ Per questa immagine v. S.J. Lec, *Pensieri spettinati*, Milano, Bompiani, 2015.

ve intrapreso dai giuristi positivi. Anche la mia indagine proseguirà su questa linea metagiurisprudenziale⁵.

2. Dalla contestabilità all'incontestabilità "essenziale"

Riepilogando il percorso compiuto finora, si è visto che certezza e incertezza, precisione e vaghezza non sono caratteristiche assolute, che sussistono oppure no, ma sono caratteristiche *graduabili*. Sta a noi *deciderne* il dosaggio ottimale, valutando le nostre esigenze. Qualsiasi discorso *generale* sul dubbio, o sulla sua assenza, che prescinda dalla *relatività* d'una simile nozione, resta campato in aria. Somiglia alle tirate che talvolta si fanno sull'ottimismo e sul pessimismo dei filosofi, quali visioni onnipersive e irrealistiche, senza stati intermedi.

I vecchi giuristi ripetevano volentieri il brocardo *in claris non fit interpretatio*⁶. Va da sé che non esiste un confine netto tra la chiarezza e l'oscurità – anzi capita spesso che questioni che parevano suscettibili di risposte nette, s'intorbidino col tempo di fronte al presentarsi di casi ai quali nessuno aveva pensato. Del resto, non si dà una chiarezza puramente semantica, accontestuale. Il nostro bisogno di chiarezza varia pragmaticamente: è in funzione degli scopi perseguiti e delle differenti situazioni.

Ciò detto, credo che occorra distinguere fra due tipi di dubbi: quelli che concernono quesiti che, *prima facie*, sembrano trattabili in modo prevalentemente razionale ed essere suscettibili d'una soluzione determinabile, anche se al momento ignota, e i dubbi che, invece, cadono su interrogativi che non hanno mai ricevuto soluzioni condivise e, nonostante le controversie, si ripropongono di continuo immutati, dando l'impressione che i procedimenti razionali girino a vuoto fin dall'inizio.

In primo luogo occorre dunque considerare il dubbio che cade in campo tecnico-scientifico. Qui l'idea di un progresso lineare inarrestabile è stata spazzata via dalla consapevolezza dell'esistenza di rivoluzioni scientifiche che sconvolgono i vecchi paradigmi. Ciò nonostante, è innegabile che, almeno nella "scienza normale", vi sia un accumulo di conoscenze, ossia che si diano punti di non ritorno (salvo che non emergano ragioni fortissime per ripescare tesi "superate"). Chi tornerebbe al geocentrismo oggi? Forse qualcuno ancora c'è, come vi sono i creazionisti, i sostenitori della teoria della terra cava e quel-

⁵ Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 3^a ed., Milano, Comunità, 1977, pp. 43-46, e G. Tarello, *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, «Politica del diritto», 1, 1970, pp. 140-143.

⁶ Sul significato originario della massima, v. p. es. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema costituzionale?)*, «Foro italiano», 1969, V, cc. 112-32.

li della terra piatta⁷, ma costui, ove davvero vi fosse, riscuoterebbe ben poco credito. Perché? Perché tali assunti non sono sorretti da dimostrazioni valide e, semmai, le prove in mano nostra dimostrano il contrario. In simili settori si suole parlare di dubbio quando si presentano casi temporaneamente irrisolti e, in un modo più generale, quando si desidera evidenziare che la scienza è fallibile, procedendo essa per tentativi ed errori, e che nessuna conclusione è definitiva. Ritorrerò a questo dubbio in funzione metodologico-conoscitiva, o epistemica, nel prossimo paragrafo.

Ma prima vorrei illustrare l'altra specie di dubbio, quello che si manifesta negli studi filosofici, dove, a dispetto delle accanite discussioni, ritornano sempre le stesse domande, poiché nessuna concezione viene mai interamente scartata o accettata senza gravi obiezioni, e, pertanto, li domina la circolarità. Entrando nel merito, è pacifico che, mentre il quesito se un dato quadro sia dipinto a olio o a tempera può essere risolto sul terreno dell'esperienza, la questione se quello stesso quadro sia un'*opera d'arte* è di un genere radicalmente diverso. In quest'ultima ipotesi non si danno risposte *chiaramente* da accogliere o respingere. L'esempio non è mio; è di Walter B. Gallie, secondo il quale termini come, per esempio, 'opera d'arte', 'democrazia', 'vita cristiana', 'giustizia sociale' designerebbero concetti *di per sé* conflittuali, infinitamente controvertibili, o, come recita il calcio italiano dell'espressione inglese utilizzata dall'autore, *essenzialmente contestati*⁸. Tali concetti unirebbero un carattere valutativo ad una complessità interna, ma sarebbe erroneo sostenere che questo è solo un modo astuto e suasivo per parlare di vaghezza e d'apertura⁹. Meno che mai si tratterebbe di concetti semplicemente confusi o contraddittori¹⁰. L'idea di fondo è quella di una competizione fra molteplici *usi* concor-

⁷ Si consideri il paradossale successo della *Flat Earth Society* nonostante i voli e le foto spaziali. Anche in Italia i "terripiattisti" sono attivi e organizzano convegni.

⁸ W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, «Proceedings of the Aristotelian Society», New Series, 56 (1955-1956), pp. 167-198, e Id., *Art as an Essentially Contested Concept*, «The Philosophical Quarterly», 6, n. 23 (1956), pp. 97-114. L'A. delinea, in un modo a dire il vero alquanto macchinoso, una lista semi-formale di sette condizioni di "contestabilità". Non è però questa la sede per analizzare partitamente le voci di un simile elenco. Per un diverso approccio, v. W.E. Connolly, *The Terms of Political Discourse* (1974), 3ª ed., Princeton (NJ), Princeton University Press, 1993. Sul piano etimologico, *to contest* non fa venire in mente un mero conflitto sregolato. Il latino *contestari* vale: "chiamare qualcuno a testimone". Vi è dunque un gareggiare, un contendere, sullo sfondo di un giudizio che dipende da criteri precostituiti. Ma chi stabilisce tali criteri?

⁹ Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1974, § 67, per la nozione di somiglianze di famiglia; F. Waismann, *Verifiability*, «Proceedings of the Aristotelian Society», supplementary volume XIX (1945), pp. 119-150, per la nozione di apertura e W.P. Alston, *Filosofia del linguaggio*, Bologna, il Mulino, 1971, pp. 139 ss. per la nozione di vaghezza combinatoria.

¹⁰ J. Gray, *On Liberty, Liberalism and Essential Contestability*, «British Journal of Political Science», 8, 4, 1978, pp. 385-402, in part. p. 391. Cfr. Id., *On the Contestability of Social and Political Concepts*, «Political Theory», 5, 3, 1977, pp. 331-48, e Id., *Political Power, Social Theory, and Essential Contestability*, in D. Miller, L. Siedentop (eds.), *The Nature of Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 78-90.

renti – e qui vien voglia di specificare: *del medesimo* concetto – che pretendono tutti di essere usi corretti o appropriati¹¹. Ma come fanno ad esservi usi diversi, per non dire “significati diversi”, *dello stesso concetto*? Francamente mi sfugge. Il concetto non dovrebbe forse essere il significato di un termine?¹²

È stato affermato che la nozione in esame sarebbe autoreferenziale, applicandosi a se stessa, dando luogo, cioè, a molteplici interpretazioni fra le quali è arduo scegliere¹³.

In realtà tale nozione non regge in nessuna interpretazione, per quanto caritatevole essa sia.

Di sicuro non sta in piedi un'interpretazione semantica alla stregua della quale, quando viene a verificarsi una contestabilità “essenziale”, non sarebbe possibile circoscrivere un'area di significato minimale condiviso: di fronte a tale impossibilità, infatti, il concetto si dissolve.

D'altra parte, viene spesso ripetuto che le dispute “essenziali” non vertono tanto sulla zona di penombra quanto sugli aspetti centrali, o paradigmatici, del concetto¹⁴. Si potrebbe pensare allora di salvare la nozione di *contestabilità “essenziale”* con l'abbandono della prospettiva statica, o semantica, adottando al suo posto una visione dinamica, o pragmatico-retorica¹⁵, e, comunque, attenta al variare dei contesti¹⁶. La morale della favola a questo punto sarebbe: siccome le discussioni su questi concetti investono punti fon-

¹¹ J. Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, «Law and Philosophy», 21, 2002, pp. 137-164.

¹² Certo, si potrebbe coerentemente sostenere che siamo davanti ad usi diversi della stessa parola, intesa come vettore di significato. Così suggerisce M. Ricciardi, *Essential Contestability and the Claims of Analysis*, in I. Carter, Id. (eds.), *Freedom, Power and Political Morality*, London, Palgrave, 2001, pp. 39-56. In tale ipotesi (v. p. 43), per i termini di cui qui si parla, si configurerebbe una situazione d'estrema equivocità.

¹³ Cfr. p. es. Gray, *On Liberty*, cit., p. 388.

¹⁴ Cfr. per tutti Waldron, *Is the Rule of Law* cit., p. 149: «One way of getting at Gallie's idea is to say that the term “essentially” refers to the *location* of the disagreement or indeterminacy: it is contestation at the core, not just at the borderlines or penumbra of a concept» (c.v.o dell'A.).

¹⁵ Cfr. E. Garver, *Rhetoric and Essentially Contested Arguments*, «Philosophy & Rhetoric», 11, 3, 1978, pp. 156-172.

¹⁶ Con questo torniamo al senso che in origine aveva per Gallie l'operazione di introdurre nel gergo filosofico la nozione di concetto essenzialmente contestato. Infatti W.B. Gallie, *The Historical Understanding*, «History and Theory», 3, 2, 1963, pp. 149-202 (confluito assieme a Id., *Essentially Contested Concepts*, cit. e ad altri saggi in Id., *Philosophy and Historical Understanding*, London, Chatto & Windus, 1964) sostiene, polemizzando con quanti vorrebbero utilizzare leggi di copertura anche in campo storico, che la spiegazione storica si distinguerebbe nettamente da quella delle scienze naturali, perché la prima presuppone la specifica capacità di seguire una narrazione. Ciò corrisponde bene alle osservazioni conclusive avanzate da Gallie nel saggio seminale del '56, pp. 196 ss., dove, seguendo Croce e Collingwood, si svaluta la razionalità universalizzante, e di conseguenza contestuale, quando fuoriesce dalla sfera delle teorie scientifiche, e si rivaluta la conoscenza particolaristica, o contestuale, degli storici. Mescolare la conoscenza storica con quella scientifica promuoverebbe una forma assai raffinata della “fallacia storicistica” (ivi, p. 197), comportando essa la ricerca di *leggi* storiche. Gallie, inoltre, cerca di agganciare i concetti contestati a casi esemplari.

damentali, casi tutt'altro che marginali, *evocando intere visioni del mondo*, non possiamo cavarcela troncando il discorso con un'accorta stipulazione¹⁷. È vero, le definizioni non sono elementi adatti a sostenere l'edificio teorico; piuttosto sono le definizioni a dover essere giustificate per mezzo di teorie o, meglio, di dottrine. Ma proprio per questo bisogna *evitare accuratamente di confondere i chiarimenti concettuali con le costruzioni teoriche*. Ed è appunto in una siffatta confusione che incorre la categoria dei concetti essenzialmente contestati¹⁸. Così come in un analogo equivoco cade la distinzione, ancor oggi sulla cresta dell'onda, fra concetti e concezioni¹⁹. Una cosa sono i concetti, un'altra le teorie che li utilizzano o li giustificano. Si può discutere quanto si vuole, ma, per farlo proficuamente, con cognizione di causa, occorre sapere *di che cosa* si stia parlando. La sistemazione concettuale è dunque prioritaria²⁰.

Ad aggravare questo guazzabuglio contribuisce la tesi ricorrente a detta della quale non si potrebbe usare un concetto in modo neutrale, senza cioè avere un atteggiamento normativo e valutativo, un *endorsement*, rispetto a una forma di vita e al merito delle questioni trattate²¹.

A mio avviso, invece, le categorie possono essere anche descritte con un relativo distacco – immaginiamo uno storico che si occupi della *democrazia* greca, ricostruendo le accezioni del termine – e, d'altronde, le ragioni per usare questo o quel concetto possono essere di pura opportunità, di fecondità scientifica o un modo di mantenersi fedeli al lessico tradizionale.

Oltretutto, per certi vocaboli e per i concetti da essi espressi, il problema che si pone sul piano valoriale non è affatto quello dell'essere messi sistematicamente in discussione, bensì è il problema antitetico. Chi oserebbe mai, nei contesti occidentali odierni, parlare apertamente *contro* la libertà, la democrazia, i diritti umani, il garantismo, il principio d'uguaglianza o la divisione dei poteri? *O a favore* del totalitarismo? Per dirla altrimenti, vi sono vocaboli che si trascinano dietro una connotazione, poco importa se positiva o nega-

¹⁷ Sull'abuso delle definizioni e in particolare sulla c.d. "chiusura definitoria" (*definitional stop*), v. H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, Milano, Comunità, 1981, pp. 31-32.

¹⁸ Cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 3-8, e Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010, pp. 24-25.

¹⁹ Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), revised edition, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 5, e R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 70-72. Per una critica a questa dicotomia mi sia concesso di rinviare a C. Luzzati, *La norma in bilico*, in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 529-585, in part. pp. 530 ss.

²⁰ Ricciardi, *Essential Contestability*, cit. legge il saggio di Gallie sull'incontestabilità "essenziale" come una rivendicazione, contro gli assunti della filosofia analitica, della dimensione storica del linguaggio. Ricciardi, ad ogni buon conto, rivendica con forza la priorità del chiarimento degli aspetti concettuali sulla stessa dimensione storica facendo appello al classico scritto di F.E. Oppenheim, "Facts" and "Values" in *Politics: Are They Separable?*, «Political Theory», 1, 1, 1973, pp. 54-68.

²¹ Cfr. Gray, *On the Contestability*, cit. e S. Lukes, *Power: A Radical View*, 2ª ed., Basingstoke-New York, Palgrave-Macmillan, 2005, p. 14.

tiva, che *non* può essere messa decentemente in discussione. Vi è una sorta di retorica obbligatoria. Basta fare la prova della negazione per accorgerci quanto poco dica colui che si lancia in un elogio della libertà laddove la libertà sia riconosciuta come un valore²². Si tratterebbe di un esercizio scontato, “retorico” nell’accezione peggiore. Assistiamo così al passaggio dalla contestabilità ad una *incontestabilità* “essenziale”. Ha ben poco valore parlare bene di qualcosa di cui non si può dire male, un po’ come certi discorsi funebri con cui si reca omaggio al motto *de mortuis nihil nisi bonum*. Al contrario, ci vuole molto più coraggio per scrivere un elogio della follia.

Insomma, il fenomeno che si verifica è una *guerra di simboli* per appropriarsi di certi valori tacendo dei *diversi* criteri applicativi del termine che li designa (una menzione, questa, che comporta sempre un indebolimento dell’impatto emotivo) e introducendo capziose distinzioni (penso a quanti dissettano di *sana* laicità o di libertà *che non sia arbitrio*)²³.

A questo punto ci si rende conto di quanto sia confondente la nozione coniata da Gallie. A noi basta affermare che la riflessione filosofica non porta a un sapere cumulativo.

Rimane la questione del relativismo etico, ma a quella accennerò nel prossimo paragrafo.

3. *Il dubbio metodico*

Dunque, non è il caso di tessere le lodi del dubbio solo perché nessuno di noi ha piacere di professarsi dogmatico. Per dire qualcosa d’originale, occorre andar oltre l’incontestabilità pragmatica di questa posizione e ribadire che esiste dubbio e dubbio.

In particolare, fin dai tempi di Cartesio si è distinto fra un *dubbio metodico*, prestato alla scienza come strumento d’indagine, e un dubbio aprioristico che si traduce in uno scetticismo metafisico globale.

Lo scienziato odierno utilizza il dubbio come tecnica di sospensione parziale del giudizio su singole questioni. Ritiene proficuo sul piano *metodologico* (su quello ontologico invece evita di pronunciarsi) supporre che nessuna tesi possa mai esser dimostrata, avvalorata dalle nostre esperienze, in via de-

²² Inutile ricordare che il *Sillabo* (1864) di Pio IX condannava, tra gli errori moderni, anche le teorie liberali. Cfr. J. Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Parigi, 1851; R. Cammilleri, *Donoso Cortés. Il padre del Sillabo*, Genova, Marietti, 1998 e C. Schmitt, *Donoso Cortés*, Milano, Adelphi, 1996.

²³ Cfr. C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944, cap. IX, pp. 206-226; tr. it. *Etica e linguaggio*, Milano, Longanesi, 1962, pp. 298-318, per quanto riguarda il fenomeno delle c.d. “definizioni persuasive”.

finitiva. Nessuna ipotesi è al riparo dalla confutazione. Così facendo, e comportandosi di conseguenza, si colgono due vantaggi:

a) si considera l'orizzonte della ricerca *in linea di principio* sempre aperto (semmai a chiudersi sono determinate indagini, perché non le si ritiene più interessanti, perché si sono esauriti i fondi, perché mancano tecniche adeguate per perseguirle, perché sono politicamente sgradite o eticamente condannabili ecc. ecc.; ciò, tuttavia, non toglie che simili *decisioni interruttive* siano in ogni momento suscettibili d'essere riconsiderate);

b) si assume l'atteggiamento fattivo di quanti sono disposti ad imparare dai propri errori, in una competizione in cui sopravvivono le teorie *meno ovvie* (il nome di 'fallibilismo', dopo tutto, oltre a contrassegnare una famiglia di tesi in filosofia della scienza, presuppone anche un tipo di *pratica sociale* in cui gli esperimenti vengono costantemente *ripetuti* e i criteri di successo relativo dei *test* empirici richiedono una crescente severità).

In fondo, etimologicamente, lo scetticismo è parente stretto dell'osservazione attenta e della ricerca. Circa il quadro anzidetto, peraltro ben consolidato sul terreno del dibattito filosofico, vale la pena avanzare tre considerazioni niente affatto marginali, tese a renderlo meno banale.

In primo luogo, le ricerche scientifiche, anche se procedono *scartando* ipotesi, di sicuro *procedono*, avanzano, hanno uno sviluppo cumulativo confrontabile. La mia affermazione suona eretica a coloro che pensano che le teorie scientifiche siano incommensurabili e che i mutamenti di paradigma somiglino a conversioni religiose. Peraltro non ho la benché minima intenzione di rivangare il mito fatiscente del progresso, tipo *Ballo Excelsior*. Piuttosto qui si sostiene che ogni indagine scientifica è orientata verso *scopi* e *progredisce* nella misura in cui si avvicini alle finalità che essa stessa si prefigge, o ci metta in grado di capire le ragioni per le quali tali finalità sono irrealizzabili. Non si propone dunque nessuna filosofia ottimistica della storia. Né si ritiene fondata un'idea riduttiva della scienza come mero accumulo di dati. Per contro, il non-progresso non è necessariamente configurabile come un malaugurato circolo *vizioso*²⁴. In parecchi casi, il non-progresso (p. es. nelle ricerche filosofiche) significa soltanto che ci si sta interrogando liberamente sugli scopi, a prescindere da vincoli tecnico-normativi espliciti. Ci vincolano (in via di fatto, però) solo i nostri pregiudizi inconsapevoli e il contesto in cui ci troviamo a riflettere.

In secondo luogo, se c'è un dubbio (relativo e metodologico) al servizio della scienza, così, sempre al servizio della scienza, c'è un dogmatismo (anch'esso relativo e metodologico) che opera nel *background* di ogni indagine. La parola 'dogmatismo', si sa, è troppo negativa per essere usata corrente-

²⁴ Per S. Kierkegaard, *La ripetizione*, 5ª ed., Milano, Rizzoli, 2018, la ripetizione non è fonte di tedio, bensì, ove fosse possibile, ma non lo è, rinnoverebbe la felicità di una passata esperienza piacevole.

mente. Quel che di solito si asserisce è che nei nostri programmi di ricerca ci sono punti ciechi, presupposti *consapevolmente* sottratti *pro tempore* alla verifica²⁵. Non può, infatti, esservi un'indagine che si estenda a tutto campo.

In terzo e ultimo luogo, si può ragionare in modo rigoroso sull'affidabilità di una credenza a patto però che, per credenza, *non* si intenda qualcosa come *un'intima certezza soggettiva*. La scienza si disinteressa della certezza interiore, riconsegnandola alla vita privata. Ciò che per essa conta è il *grado* di certezza *pubblica*, di *corroborazione di un'ipotesi*, relativa ad un *determinato* insieme di prove (e non ad un altro). D'altronde, la condizione mentale non può per definizione essere "sbagliata", ma è quel che è; invece sulla valutazione degli elementi probatori pubblici è possibile incorrere in *errori* (talvolta dovuti a *biases*, ma quella è un'altra storia). Simili osservazioni hanno ragguardevoli ricadute in ambito giuridico, in specie sulla valutazione delle prove offerte in giudizio. Che un fatto sia "provato" non può essere *solo* il risultato di un'incontestabile decisione costitutiva del giudice. Le sentenze dovrebbero essere sempre *controllabili anche nel merito* (il che spesso non accade, si pensi al verdetto della giuria nel mondo anglosassone o, nel nostro, alla circostanza che il ricorso in Cassazione è solitamente limitato alla mera legittimità). D'altra parte, tale controllo presuppone una *congrua motivazione* che investa gli aspetti probatori del giudizio. E per motivazione qui s'intende una giustificazione resa alla luce del giorno, che avanzi ragioni, non il passaggio in rassegna di una serie di recondite spinte psicologiche. Necessitiamo, inoltre, di standard legali o giurisprudenziali che ci dicano quando un fatto si *debba* ritenere adeguatamente provato ai fini del processo (anche qualora la prova prevalente andasse in una direzione opposta, come nel caso dell'insufficienza di prove). Né possiamo accontentarci di clausole generali o di formule molto indeterminate come l'"oltre ogni ragionevole dubbio". Qualora ammettessimo che *con le stesse prove* si può tanto condannare quanto assolvere l'imputato, sarebbe come lasciar decidere il giudizio col lancio d'una moneta. Ma che altro succede se utilizziamo un criterio così vago d'adeguatezza probatoria come il Bard senza precisarlo preventivamente? È chiaro che il *diritto alla prova* in tale eventualità si volatilizza²⁶.

Dopo aver sgrossato il problema del dubbio metodico negli accertamenti fattuali, adesso devo chiedermi se tale dubbio trovi un equivalente nell'attività

²⁵ Cfr. I. Lakatos, *La metodologia dei programmi scientifici*, Milano, Saggiatore, 1985, vol. I, pp. 62 ss., in cui avanza l'idea di un nocciolo inconfutabile (senza cambiare programma) che chiama *euristica negativa*.

²⁶ In questa materia rinvio a J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012, che è un testo fondamentale per avviare una discussione che superi i pregiudizi diffusi in dottrina. V. anche L. Laudan, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, «Legal Theory», 9, 4, 2003, pp. 295-331, e, più in generale sulla prova, M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, Giappichelli, 2020.

del giudice quando giudica sulle questioni di diritto e della dottrina. È quel che farò nel paragrafo seguente, che riguarderà l'epistemologia del garantismo.

4. *Nichilismo vs illuminismo giuridico*

Abbiamo parlato del dubbio in vari sensi: uno di questi era quello di strumento epistemico nella ricerca scientifica²⁷. Ora dovremmo passare a discutere dell'atteggiamento dei giuristi riguardo all'incertezza che cade sul diritto stesso (alle questioni fattuali s'era già accennato). Le domande che sorgono immediatamente sono se vi sia un "dato giuridico" e se i giuristi si presentino come scienziati che ad un simile "dato normativo" hanno sicuro accesso. Sono temi battutissimi. Mi si perdonerà se li affronto un po' sbrigativamente, sdrammatizzandoli, e guardando più alla foresta che ai singoli alberi isolatamente presi.

Da un lato, l'idea ottocentesca di una conoscenza giuridica oggettiva ha subito una serie di rovesci irreparabili. Tutti i dogmi di una volta, in particolare la convinzione di una chiusura logica del sistema, sono caduti in modo miserando. Ormai la tesi che il giudizio si risolva 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 norme²⁸. A questo punto che vi sia una conoscenza *avalutativa* del diritto, come riteneva la vulgata *vetero-positivista*, è arduo credere. Il diritto nasce e prospera in un quadro valoriale.

Dall'altro lato, le svariate tendenze riunite sotto l'etichetta di "neocostituzionalismo" sono solite ritenere che possa esservi una conoscenza giuridica meta-positiva e in particolare che si possano bilanciare i principi, impliciti o espliciti (ma la tesi sarebbe problematica anche limitandosi a quelli espliciti), quasi esistesse una scala di misura – o una potente bilancia ideale – in grado

²⁷ Vi è una questione che finora non ho trattato: l'interrogativo se il dubbio sia solo configurabile come una condizione psicologica *che non dipende da noi* – quale il dubbio nevrotico, l'esitazione, il timore ecc. – oppure si possa anche immaginare un dubbio visto come un *atteggiamento intenzionale*. Lo stesso dicasi per la certezza. La mia impressione è che *la pratica* del dubbio metodico supponga un *addestramento* alla cautela e un'*educazione* che sviluppi la capacità osservativa e la capacità di cogliere, sospendendo il giudizio, le situazioni che non rientrano nei vecchi schemi. Qui si discute di fiducia o sfiducia *giustificata* nell'affidabilità di un'ipotesi. Invece, gli stati d'animo che si provano in tali occasioni sono del tutto irrilevanti. Parleremo ancora di "dubbio" in omaggio alla tradizione? Lascio la scelta al lettore.

²⁸ U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, Centro Studi Giuridici, 1992, pp. 31-44, in part. p. 39.

di pesare i valori. Inutile dire che una siffatta teoria emana un forte sentore ideologico. Ad una simile impostazione, d'altronde, è agevole contrapporre la tesi che in etica non vi siano "verità"²⁹. Mi riferisco qui in modo abbastanza indifferenziato ad una serie di concezioni filosofiche distinguibili, anche se vanno spesso di pari passo, che comprendono il divisionismo fra fatti e valori, il non cognitivismo e il non oggettivismo.

Noi giuristi credevamo di muoverci sul solido terreno della scientificità, dove, nonostante i dubbi e le cautele, si registrano "progressi"; invece sembra che ci troviamo a camminare sulle sabbie mobili della filosofia, nel cui ambito si discute liberamente e ha poco senso dire che si compiono passi avanti. D'altronde, non abbiamo bisogno di imbarcarci in dispute filosofiche per capire che il libero esame in campo valoriale non porta a risultati condivisi: *anche qualora fossimo convinti oggettivisti in etica* sarebbe comunque impossibile ignorare il fatto che, in materia di diritto e giustizia, sistemi di valori divergenti sono in concorrenza fra loro senza che si dia un arbitro riconosciuto che, applicando criteri sicuri, proclami il vincitore. Inoltre, gli approcci oggettivisti, non praticando una distinzione netta tra un "foro interno" ed un "foro esterno" e conferendo essi una "patente di oggettività" a quelle che per gli oppositori sono solo le tesi opinabili di qualcuno, presentano gravi rischi. Nell'odierno pluralismo laico, alle istituzioni non è consentito di applicare una *particolare Weltanschauung* morale a scapito d'ogni altra concezione comprensiva della vita o, addirittura, di divenire il "braccio secolare" di questa o quella *determinata* religione³⁰. Del resto, una convergenza per intersezione, un *overlapping consensus*, tra le varie concezioni è lontana dall'essere dimostrata. Semmai è più facilmente vero il contrario. Ricordo peraltro che qui ci si sta riferendo ad un gruppo sparuto di paesi, quelli occidentali (e neppure tutti).

Sulla scorta dei precedenti rilievi appare evidente che la giurisprudenza non può aspirare ad una *neutralità* intesa come *Wertfreiheit*, quale cioè un'assoluta astensione dai valori e un totale disimpegno. Una scienza giuridica distaccata in grado di dare la *descrizione* del diritto così com'è, evitando gli apprezzamenti valutativi³¹, è impraticabile. Tale conclusione, però, non esclude la possibilità di una *neutralità liberale*, la quale si risolve in un *impegno*: quello a non esprimere una preferenza entro una famiglia più o meno vasta di stili di vita e di credenze ragionevoli. Proprio perché qui entra in gioco un impegno, è chiaro che non si dà un autoriferimento: la neutralità liberale non

²⁹ Cfr. per tutti U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982.

³⁰ Registro il contrasto fra la posizione di H. Kelsen, *La democrazia*, 5ª ed., Bologna, il Mulino, 1984 e quella di G. Zagrebelsky, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995.

³¹ È tuttavia possibile che si descriva in modo distaccato quel che pensano o consigliano i giuristi. In effetti non è per nulla detto che la valutatività dei discorsi collassi nei meta-discorsi.

può essere neutrale *su se stessa*, senza contraddirsi: col che si voterebbe ad una sicura rovina. Anzi, essa suppone un'energica presa di posizione.

Mettendola in maniera leggermente diversa, nel diritto la strada dell'oggettività non è più percorribile. Non lo è mai stata. Salvo che in sogno. Dobbiamo abbandonarci nel puro soggettivismo? No, perché resta aperta la via dell'intersoggettività. Che però è una via stretta.

L'intersoggettività si differenzia dall'oggettività in quanto, pur dando luogo a orientamenti condivisi, tali orientamenti non sono indipendenti dalle credenze, dagli atteggiamenti e dalle scelte collettive di coloro che li esprimono. Nel diritto, più specificamente, questa possibilità di giungere a una *communis opinio* è assicurata da forme, procedure, competenze, controlli e atti costitutivi – insomma, da artifici – che, tagliando corto sui dissensi contenutistici, fanno sì che i giudici e i pubblici funzionari debbano prescindere dalle proprie personali preferenze etiche per applicare invece standard di giudizio comuni. Tra questi formalismi bisogna innanzi tutto ricordare il passaggio in giudicato e il corteo di preclusioni processuali, di oneri probatori, di finzioni e di presunzioni che lo accompagnano. Ma è un formalismo anche il vincolarsi a prendere decisioni secondo regole generali, anziché caso per caso; così come lo è il *rapporto gerarchico* tra le fonti del diritto, dove la fonte superiore prevale sull'inferiore, *un formalismo questo che sta alla base della rigidità costituzionale*³².

Tali formalismi, con cui si “amministra” il diritto, escludono il bilanciamento delle ragioni propriamente giuridiche con altre ragioni, anche qualora queste ultime apparissero più sensate e persuasive sul terreno contenutistico. Essi sono frutto di una peculiare educazione degli interpreti e trovano la loro manifestazione all'interno di una pratica sociale. Potrebbero far benissimo difetto. O, viceversa, ricevere un'applicazione più stringente e rigorosa.

Il formalismo giuridico non gode d'una buona fama. *Sembra* essere (ma, come vedremo tra poco, non è) il linguaggio dell'indifferenza etica che ripete stancamente: «tutto va bene!». A tale stregua, sotto l'ombrello protettivo della *Grundnorm* si pensa che si possa dare al diritto qualsiasi contenuto, per quanto odioso esso sia. Un simile diffuso stato d'animo è stato icasticamente manifestato da Natalino Irti, quando osserva: «E, affinché la produzione sia

³² Non per nulla, il controllo del diritto attraverso il diritto e l'eliminazione del diritto ingiusto, cioè contrario al diritto, per L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, passano attraverso la valorizzazione del rapporto gerarchico. Per questo, nonostante Luigi Ferrajoli trovi ben *Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, come recita il sottotitolo del suo *La logica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, egli non può fare a meno di dirsi kelseniano. Del resto, la lettura reazionaria della dottrina pura, p. es. di Schmitt, che negava a Kelsen la neutralità scientifica, riconoscendogli un impegno verso la neutralità liberale, non era del tutto priva di fondamento. Oggi il Kelsen teorico del diritto potrebbe essere riletto proficuamente con gli occhi del Kelsen teorico della democrazia. La dottrina pura è una concezione esigente. Mette a disposizione strumenti per attuare il garantismo, se solo li si vuole usare. E i tiranni, si sa, vogliono tenersi le mani libere.

‘razionale’, e la volontà normativa si svolge senza sperperi e attriti, il diritto adotta i modi della procedura. Le procedure, appunto, del produrre e applicare diritto: canali, pronti ad accogliere qualsiasi contenuto e perciò indifferenti verso ogni contenuto. Il formalismo delle procedure non reca in sé alcun contenuto: esso è attraversabile da tutte le volontà, disponibile per tutti gli scopi»³³. In definitiva, quando il problema è quello funzionalistico del *come*, non quello del *che cosa*, il linguaggio del diritto coincide con quello della razionalità economica, invero una razionalizzazione alienante, o peggio, con quello della “tecnica scatenata”³⁴.

Alla tesi nichilista si potrebbe ribattere in molti modi ovvi e fondati. Per esempio:

a) dicendo che l’ostilità contro la tecnica, i formalismi e le procedure è tipica degli scrittori reazionari che sfruttano e istillano una profonda disaffezione verso la democrazia, facendo di ogni erba un fascio nell’equazione «tecnica = vuota volontà di potenza»;

b) osservando che il bersaglio polemico di questi discorsi, il meccanicismo sul modello del congegno a orologeria (Hobbes), nell’era digitale della “rete” e dell’elettronica, è superato;

c) sottolineando che per ‘tecnica’ si possono intendere molte cose differenti e che, in ogni caso, il diritto, comunque concepito, non può non servirsi di procedure finalizzate;

d) notando che la correlazione mezzi-fini, in sé, non ha nulla di spregevole o di sinistro, ma è una forma elementare di razionalità;

e) rammentando che la giurisprudenza meccanica e il giudice-automa non sono esistiti in nessuna epoca e che i formalismi, mai integrali, sono essenzialmente una questione *di misura*, coesistendo essi con dinamiche (con tecniche di giudizio) che danno adito a discrezionalità.

E potremmo andare avanti un pezzo. Quelli anzidetti sono argomenti sensati, ma trovo preferibile prendere di petto la tesi di Irti contestandone il punto centrale: non è affatto vero che, come dice Irti, «[l]a concezione procedurale, comune a mercati ed a regimi democratici» riposi «sull’*indifferenza contenutistica* [...]»³⁵.

³³ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. vi.

³⁴ Cfr. C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di G. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, p. 178.

³⁵ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 85, c.v.o nell’originale. Occorre notare che per Irti il termine ‘nichilismo’ possiede una funzione radicale antideologica. Egli, infatti, nella conclusione del suo lavoro, lungi dall’arrendersi alla «vuota dimensione della techno-economia», riafferma «la serietà delle scelte», qualificando così il nichilismo: «Medicina nei confronti di antichi e nuovi morbi: unità, totalità, globalità, universalità ecc. ecc. Il nichilismo ci salva e protegge; smaschera falsi idoli, da cui pensavamo di trarre il nostro ‘valore’. E tutto risolve nelle differenze della volontà, nel loro conflitto, nel loro vincere o soccombere. Esso non è rinuncia, ma accettazione; non è inerte angoscia, ma serena fraternità con il divenire» (ivi, p. 148). Mi limito a questa doverosa precisazione, senza discuterla nel merito.

Il formalismo procedurale, come di solito lo s'intende, consta di tre impegni: 1) *l'impegno* istituzionale a trattare allo stesso modo, senza discriminare, una serie di casi e/o di concezioni distinti; 2) *l'impegno* a rendere relativamente trasparenti e quindi pubblicamente controllabili sia gli standard di giudizio sia gli atti delle persone che decidono per conto delle istituzioni; 3) *l'impegno*, infine, a rendere effettiva l'accessibilità a istanze *giuridiche* di controllo e di garanzia, allo scopo di caducare le decisioni *giuridicamente* illegittime (tipicamente: la Corte costituzionale, la quale valuta la conformità *contenutistica* delle leggi ordinarie ai principi di una costituzione rigida).

Per esempio, assicurare la libertà di pensiero non significa aderire alla particolare visione di chi è libero di esprimere (in genere entro certi limiti) le sue convinzioni; né significa essere indifferenti. Significa invece manifestare il preciso intento di non censurare l'altrui pensiero, quale che sia. Quella che emerge è una *posizione di secondo livello*, un atteggiamento che riguarda le forme di vita *altrui*. Ma, nonostante questo carattere *meta*-valutativo, sussiste una grande differenza, come i liberali ben sanno, fra l'adottarla oppure no.

Le tesi qui succintamente delineate costituiscono uno dei cardini dell'illuminismo giuridico.

Esse suppongono un giurista critico e riflessivo, che però si schiera, preferendo le decisioni assunte e motivate in modo aperto, senza nascondimenti.

Contrappongo queste tesi a quelle nichilistiche di Irti che oltre ad essere false e confondenti – penso alla loro sterile polemica contro una modernità immaginaria – risultano disarmanti, nel senso letterale che *disarmano*, togliendo ai cittadini alcune importanti difese immunitarie contro gli appelli di chi dice di volere restaurare la sovranità degli stati, mentre propugna solo una visione avversa al pluralismo e al garantismo³⁶. Avversa cioè a quelli che, con qualche enfasi, di cui chiedo perdono, potremmo forse continuare a chiamare “i valori occidentali”.

E il dubbio? Che ne è del dubbio nel diritto?

Credo che per l'illuminista il dubbio nel diritto possa ritornare ad essere in una certa misura metodico. Ad un prezzo: che si tracci una linea arbitraria, scandita dalle forme, in quanto, sul piano della controllabilità, una linea è meglio di nessuna linea. O di troppe linee.

Il dubbio postula che siano prese puntuali decisioni, invece di lasciarsi andare agli svolazzi retorici e a quelle formule vaghe e generiche che talvolta si ammantano del nome di principi. Fa bene anche al teorico, perché gli permette di cogliere l'utilità di determinate costruzioni, pur riconoscendone il carattere fittizio e metaforico.

³⁶ Cfr. da ultimo M. Barberis, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2020.

Storia del diritto penale

Ettore Dezza

«Sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare». I dubbi del giudice e le risposte del giurista nel *consilium* I, 133 di Giasone del Maino

1. Una vicenda giudiziaria di fine Quattrocento

Primavera 1487. Il podestà e *capitano* di Treviso, Perazzo Malipiero, ha avviato *ex officio* una *inquisitio* per un caso, tutt'altro che inusuale nella società dell'epoca, di omicidio verificatosi durante una rissa occasionata dall'inimicizia di due giovani esponenti della piccola ma non per questo meno turbolenta e litigiosa nobiltà cittadina: Livio *de Serravalle* ed Ercole *de Martignago*.

Il podestà Malipiero appartiene a una influente famiglia del patriziato veneziano, che una trentina d'anni prima ha dato un doge alla Repubblica¹.

¹ Il doge Pasquale Malipiero guida la Serenissima dal 1457 al 1462. Perazzo Malipiero, figlio di Giovanni Antonio e parente in linea collaterale di Pasquale, entra a far parte del Maggior Consiglio il 15 settembre 1452 come *avogador piccolo*, e nel 1485 è tra i 41 elettori del doge Marco Barbarigo. Negli anni Ottanta è dapprima podestà a Belluno (nel 1480-1481), poi podestà a Vicenza (dal 9 luglio 1483) e infine podestà e *capitano* a Treviso (dal 18 agosto 1485 e fino al 1487, preceduto da Domenico Marin e seguito da Antonio Valier). I dati sono stati ottenuti consultando la documentazione digitalizzata fornita *on line* dall'Archivio di Stato di Venezia tramite il *Progetto Divenire* (<<http://www.archiviodistatovenezia.it>>, maggio 2020). Cfr. inoltre D. Malipiero, *Annali Veneti, Parte Quinta*, «Archivio Storico Italiano», VII, 1844, 2, pp. 651-720, in particolare p. 678, e A. Tagliaferri (a cura di), *Relazioni dei rettori veneti in Terraferma*, III, *Podestaria e capitanato di Treviso*, Milano, Giuffrè, 1975, *ad indicem*.

Come da prassi, nelle città della Terraferma veneta – e dunque anche a Treviso – le principali cariche di governo (quali quelle di podestà e *capitanio*) sono appannaggio di esponenti della nobiltà della Dominante², che essendo peraltro – salvo rare eccezioni – privi di specifiche competenze tanto di diritto comune quanto di diritto statutario, non solo ricorrono alla stabile presenza di *assessore* esperti in tali diritti (l'esempio forse più noto è quello di Tiberio Deciani)³, ma nei casi maggiormente dubbi non esitano a ricorrere al *consilium iudiciale* di un giurista più o meno reputato. Nell'*inquisitio* cui abbiamo testé fatto cenno si sono in effetti manifestate alcune rilevanti *dubitaciones* che hanno indotto il podestà Malipiero a interpellare un giurista già assurto in quegli anni a grande fama, Giasone del Maino⁴, dal 1485 titolare a Padova della cattedra ordinaria di *ius civile de mane*, alla quale era stato chiamato dal Senato Veneto con il *salarium* di 600 ducati⁵.

² Cfr. M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 74-84, e bibliografia ivi citata (si veda in particolare, a p. 79, l'opportuna trascrizione di un significativo passo tratto da G. Contarini, *De magistratibus et Repubblica Venetorum Libri quinque*, Venezia, Apud Io. Bapt. Ciottum senensem, 1592, ff. 71v-72r). Cfr. inoltre C. Povolo, *Retoriche giudiziarie, dimensioni del penale e prassi processuale nella Repubblica di Venezia: da Lorenzo Priori ai pratici settecenteschi*, in G. Chiodi, C. Povolo (a cura di), *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII)*, II, *Retoriche, stereotipi, prassi*, Sommacampagna, Cierre Edizioni, 2004, pp. 19-170.

³ Deciani è assessore a Vicenza nel 1546, a Padova nel 1548 e a Verona nel 1550: M. Pifferi, *Deciani, Tiberio*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013 (d'ora in avanti: DBGI), vol. I, pp. 726-728.

⁴ Nell'ambito dell'ampia produzione biobibliografica dedicata a Giasone, ci limitiamo in questa sede a segnalare alcuni dei contributi più recenti: F. Santi, *Giasone del Maino giurista umanista*, «Bollettino della Società Pavese di Storia Patria», CIII, 2003, pp. 11-69; Id., *Maino, Giasone del*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* (d'ora in avanti: DBI), vol. 67, Roma, Fondazione Treccani degli Alfieri, 2006, pp. 605-607; H. Lange, M. Kriechbaum, *Römisches Recht in Mittelalter*, II, *Die Kommentatoren*, München, Beck, 2007, pp. 881-892; A. Belloni, *Giasone del Maino. Curriculum accademico e opere*, in *Commentaria omnia in Corpus Iuris Civilis auctore Iasone de Mayno*, Venetiis 1598, rist. anast., Stockstadt am Main, Keip, 2008, pp. I-XXVI; E. Giazzi, *Giasone del Maino (1435-1519)*, in G. Murano (a cura di), *Autographa. I.1 Giuristi, giudici e notai (sec. XII-XVI med.)*, Bologna, CLUEB, 2012 (d'ora in avanti: *Autographa. I.1*), pp. 256-262; M.G. di Renzo Villata, *Giasone del Maino*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), DBGI, vol. I, pp. 995-999. Sulla famiglia di Giasone e sul suo coinvolgimento nelle vicende politiche lombarde in età sforzesca, cfr. N. Covini, «*La bilanza drita*». *Pratiche di governo, leggi e ordinamenti nel ducato sforzesco*, Milano, FrancoAngeli, 2007, *ad indicem*. Sempre raccomandabile è poi la lettura dell'ampio affresco biografico di F. Gabotto, *Giasone del Maino e gli scandali universitari nel Quattrocento*, Torino, La letteratura, 1888.

⁵ Saliti a 800 nel 1487, secondo quanto segnalato in A. Mazzacane, *Campeggi, Giovanni Zaccaria*, in DBI, vol. 17, 1974, pp. 449-453.

Nel caso in oggetto l'imputato, Livio *de Serravalle*, è reo confesso. Si è trattato di una spontanea *confessio iudicialis*⁶, resa in un momento non meglio specificato dell'*inquisitio* e senza che fosse necessario sottoporre il reo a tortura. Dopo la confessione Livio ha però eccepito, per mezzo di un suo procuratore, la condizione di *bannitus* della vittima, Ercole *de Martignago*. Tale circostanza, se verificata, avrebbe consentito di dichiarare l'inquisito non perseguibile, in applicazione della norma statutaria trevigiana che prevedeva la non punibilità per chi avesse offeso nei beni o nella persona o addirittura avesse ucciso un soggetto colpito da *bannum*. Il dubbio che a questo punto induce Perazzo Malipiero a rivolgersi a Giasone riguarda per l'appunto la concreta applicazione, non agevole in questo caso, della testé accennata norma statutaria che assicurava l'impunità all'uccisore del bandito. Si trattava di una norma, giova rilevarlo, diffusissima dal XIII secolo in pressoché tutte le legislazioni comunali⁷, e che caratterizzava la disciplina del bando già nel *Liber Augustalis* di Federico II⁸.

⁶ Si rinvia, in tema di confessione, all'approfondita indagine di P. Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, Giuffrè, 1994.

⁷ Sull'impunità riconosciuta dagli statuti all'uccisore del bandito, cfr.: C. Ghisalbetti, *La condanna al bando nel diritto comune*, «Archivio Giuridico "Filippo Serafini"», CLVIII (ser. VI, XXVII), 1960, pp. 3-75, in particolare pp. 69-74; D. Cavalca, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 94-95 e 206-213; Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., p. 201; R. Sorice, «*Impune occidetur, licite occidetur?*». *La non punibilità dell'omicidio nella dottrina medievale e moderna*, in M. Schmoeckel et. al. (hrsg. von), *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, Bd. 3: *Straf –und Strafprozessrecht*, Köln Weimar Wien, Böhlau Verlag, 2012, pp. 99-106; A.A. Cassi, *Il "segno di Caino" e "i figliuoli di Bruto". I banditi nella (dalla) civitas dell'Italia comunale e signorile tra prassi statutaria e scientia juris*, in A.A. Cassi (a cura di), *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 79-104; A. Bassani, *Note a margine della vita e delle opere di Nello Cetti da San Gimignano*, in M.G. di Renzo Villata (a cura di), *Lavorando al cantiere del 'Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX sec.)'*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 429-463, in particolare pp. 450-455; Ead., *La ricerca di un "centro di gravità permanente" nel «Tractatus de bannitis» di Nello da San Gimignano (1373-1429)*, in B. Del Bo (a cura di), *La cittadinanza e gli intellettuali (XIV-XV secc.)*, Milano, FrancoAngeli, 2017, pp. 79-94, in particolare pp. 84-88; Ch. Zendri, *Banniti nostri temporis. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, *passim*, in particolare pp. 118-124 e 140-143; G. Rossi, «*Ultimo supplitio puniri: la condanna della moglie omicida in un consilium di Bartolomeo Cipolla*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47, 2018, pp. 345-390, in particolare pp. 354-374.

⁸ Si rinvia, su quest'ultimo punto, a E. Dezza, *Il Granduca, i filosofi e il codice degli Irochesi. Il principio contumax pro confesso habetur e la riforma leopoldina*, «Italian Review of Legal History», 3, 2017, n. 13, pp. 1-79, in particolare p. 10.

Vediamo innanzitutto quali sono i contenuti di tale regolamentazione, contenuta nel terzo libro dei trecenteschi *Statuta Tarvisii*⁹, e precisamente nella rubrica 12 del *tractatus IX*¹⁰. Secondo tale rubrica, devono rimanere «in perpetuo impunita» *damna* e *iniuriae* inflitti alle persone e ai beni di coloro che sono stati banditi per un grave reato o comunque per un *maleficium* per il quale sia stata pronunciata o dovrebbe essere pronunciata una condanna a cinquanta lire o superiore («pro quo facta sit, seu etiam fieri deberet, condemnatio quinquaginta librarum [...] et abinde supra»). Una *additio* a tale rubrica prevede poi che nei casi in cui si proceda per un reato commesso sulla persona di un bandito, il podestà debba sempre ammettere l'*exceptio banni* presentata da un procuratore dell'inquisito (come in effetti è accaduto nel procedimento contro Livio *de Serravalle*). In tal caso, anche in assenza di bando («etiam absque aliquo banno») è sufficiente produrre una valida sentenza di condanna («condemnationem [...] vivam et non cancellatam») pronunciata nei confronti della vittima per ottenere gli stessi effetti di un bando effettivamente pronunciato («illum effectum habeat ac si bannum produceretur vivum»).

Le incertezze del podestà sono determinate dal fatto che al momento della rissa nella quale aveva trovato la morte Ercole *de Martignago* quest'ultimo, pur essendo nella condizione di dover essere posto in stato di bando e condannato per la commissione di gravi reati, non era stato ancora né raggiunto da un provvedimento di bando né condannato. Il punto sul quale si incentra la richiesta di *consilium* rivolta da Malipiero a Giasone riguarda dunque il *dubium* se la norma statutaria che prevede l'impunità per chi uccida un bandito sia applicabile anche quando – come accade nell'*inquisitio* contro Livio *de Serravalle* – la vittima al momento dell'evento, pur essendo nelle condizioni di subire bando e condanna, non sia ancora formalmente oggetto di *bannum* né sia stata colpita da una sentenza di condanna.

⁹ Gli Statuti di Treviso sono dati alle stampe in tre occasioni, e precisamente nel 1555 (*Statuta provisionesque ducales civitatis Tarvisii*, Venezia, apud Franciscum Rampazetum, 1555, edizione subito ritirata a causa delle numerose mende), nel 1574 (*Statuta provisionesque ducales civitatis Tarvisii*, Venezia, s.t., 1574) e nel 1768 (*Statuta provisionesque ducales civitatis Tarvisii*, Venezia, Bettinelli, 1768). Si utilizza in questa occasione l'edizione del 1768, del tutto corrispondente alle precedenti nelle parti che qui interessano. Sugli Statuti di Treviso, cfr. B. Betto (a cura di), *Gli Statuti del Comune di Treviso (sec. XIII-XIV)*, 2 voll., Roma, Istituto Storico Italiano per il Medioevo, 1984-1986. Sull'edizione del 1574, cfr. D. Rhodes, *La seconda edizione degli statuti di Treviso, 1574*, «Studi Trevisani», 5/6, 1987, pp. 21-23. Cfr. inoltre G.M. Varanini, *Statuti di comuni cittadini soggetti. Gli esempi di Treviso scaligera, veneziana e carrarese (1329-1388) e di Vicenza scaligera (1339 ss.) fra prassi statutaria comunale e legislazione signorile*, in G. Rossetti (a cura di), *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI-XV)*, Napoli, Liguori Editore, 2001, pp. 305-327.

¹⁰ *Statuta Tarvisii*, ed. cit., libro III, *tractatus IX*, rubrica 12, *De damnis vel iniuriis datis in personis et rebus forbannitorum*, pp. 392-393.

2. Il consilium I, 133 di Giasone del Maino

Il *consilium iudiciale* che Giasone stende in questa occasione è entrato a far parte della cospicua collezione di *responsa* del giurista milanese, dati alle stampe nel 1534¹¹, 1544¹², 1581¹³, 1609¹⁴ e 1611¹⁵, ed è collocato nel primo libro con il numero 133¹⁶. Esso è altresì reperibile in uno dei volumi collet-

¹¹ *Primum [-quartum] volumen consiliorum D. Jasonis. Celeberrimi omnium simul et acutissimi I.U. doctoris D. Iasonis Mayni Mediolanensis, asyli doctrinae legalis, argutissimorum consiliorum iuris nodos plusquam Herculeos ingenti et dexteritate et facilitate solventium Pars prima [-quarta], exactissima diligentia nec minori fide excusa, cum summariis praestantissimi iurisconsulti D. Octaviani Landi comitis D. Jasonis Mayni ex sorore nepotis, tanto avunculo dignissimi, haud vulgari industria decerptis, ac cuique consilio appositis, suisque locis signatis*, [Lione], François Fradin, 1534 [colophon del IV volume: Lugduni, apud Franciscum Fradinum, sumptibus honestorum virorum Hugonis de Porta, Lucemburgi de Gabiano et Antonii Ranoti, 1534]. L'edizione è corredata da un *Repertorium consiliorum domini Iasonis. Index materiarum [...] diligenti opera praestantissimi I.U. doctoris D. Octaviani Landi comitis D. Iasonis ex sorore nepotis [...] collectus*, Lione, François Fradin, 1534. L'indice sarà ristampato sempre a Lione nel 1556: *Iasonis Mayni Consiliorum repertorium a D. Octaviano eiusdem auctoris ex sorore nepote compilatum*, Lugduni, excudebat Claudius Servanius, 1556. Manoscritti contenenti *consilia* di Giasone sono segnalati in Giuzzi, *Giasone del Maino*, cit., p. 262.

¹² Dalla prima edizione discende la seconda, apparsa sempre a Lione nel 1544: *Consiliorum argutissimorum praestantissimi I.U.D. D. Iasonis Mayni mediolanensis asyli doctrinae legalis, iuris nodos plusquam Herculeos ingenti et dexteritate et facilitate solventium Pars Prima [-Quarta], exactissima diligentia nec minori fide excusa, cum summariis celeberrimi iurisconsulti D. Octaviani Landi comitis, D. Iasonis Mayni ex sorore nepotis tanto avunculo dignissimi, haud vulgari industria decerptis, ac cuique consilio appositis suisque locis signatis, necnon cum locupletissimo singularium materiarum repertorio*, Lione, apud Hugonem et haeredes Aemonis a Porta, 1544 [colophon dei voll. II-IV: Lugduni, apud Stephanum Rufinum et Ioannem Ausultum, 1544].

¹³ *Consiliorum sive Responsorum D. Iasonis Mayni mediolanensis Volumen Primum [-Quartum], cum luculentissimis additionibus D. Francisci Becii in summo Montisferrati Senatu Praesidis et annotationibus quibusdam D. Hieronymi Zanchi I.C.*, Venezia, apud Franciscum Ziletum, 1581. Si tratta dell'edizione più nota e diffusa dei *consilia* di Giasone, ed è corredata, come indicato nel titolo, dalle *additiones* di Francesco Beccio e, al termine del quarto volume, da brevi *annotationes* di Girolamo Zanchi. Su Beccio e Zanchi si vedano, rispettivamente, A. Lupano, *Beccio, Francesco*, in I. Birocchi et al. (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 204-205, e A. Massironi, *Zanchi, Girolamo*, ivi, vol. II, p. 2080.

¹⁴ *Dn. Iasonis Mayni Mediolanensis Consiliorum sive Responsorum iuris, in quatuor volumina partitorum, Volumen primum et secundum [-III et IV], cum luculentissimis additionibus et notis Dn. Francisci Becii in Summo Montisferrati Senatu Praesidis et Hieronymi Zanchi, nunc demum in Germania supra editiones alias omnes magno studio a mendis castigatus et [...] ornatus editum*, Francofurti, Typis Matthiae Beckeri, sumptibus vero haeredum Nicolai Bassaei, 1609. L'edizione è esemplata su quella veneziana del 1581.

¹⁵ *Dn. Iasonis Mayni Mediolanensis Iurisconsulti Clarissimi, Consiliorum sive Responsorum Iuris, in quatuor volumina partitorum, Volumen primum et secundum [-III et IV], cum additionibus et notis Dn. Francisci Becii in Summo Montisferrati Senatu Praesidis, et Hieronymi Zanchii I.C. ti clarissimi, nunc primum in Germania edita et a mendis ac sphalmatis typographicis, quae venetam editionem irreperant, diligenter repurgata*, Francofurti, Typis Matthiae Beckeri, sumptibus vero Rulandiorum, 1611. Si tratta di una semplice ristampa dell'edizione del 1609.

¹⁶ Del *consilium* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, si utilizza in questa occasione il testo offerto dall'*editio princeps* del 1534, vol. I, ff. 125r-126r. Il *consilium* è altresì consultabile, senza varianti sostanziali, nelle restanti edizioni del 1544 (vol. I, ff. 113r-114r), del 1581 (vol. I, ff. 173r-174r), e del 1609-1611 (vol. I, pp. 395-397). Nell'edizione del 1581 (e seguenti) manca l'*invocatio* introduttiva e di conseguenza l'*incipit* è dato dalle parole «Prima consyderatione».

tanei di *consilia criminalia* che negli anni Sessanta e Settanta del Cinquecento furono realizzati nell'ambito delle molte iniziative editoriali promosse da Giovanni Battista Ziletti¹⁷. Quest'ultima edizione è frutto di una tradizione testuale forse diversa¹⁸, ma risulta comunque priva di significative differenze, se si eccettua la variante relativa al nome dell'inquisito, indicato in questo caso come Lelio (e non Livio) *de Serravalle*¹⁹.

I *consilia* resi da Giasone in materia criminale sono tutt'altro che frequenti (non più di una ventina su un totale di 414). Nondimeno, essi offrono un contributo non irrilevante alla conoscenza tanto della concreta prassi della giustizia penale del pieno diritto comune quanto delle personali propensioni, in questo specifico ambito, di un giurista unanimemente riconosciuto come tra i più importanti della sua epoca a livello europeo. Più in particolare, il *consilium* oggetto delle presenti note merita di essere preso in considerazione per la sua natura di *consilium iudiciale*, e dunque per il fatto che esso possa risultare assai meno condizionato nei suoi contenuti e nelle sue conclusioni rispetto ai *consilia pro veritate* stesi su richiesta delle parti in causa. Il *consilium iudiciale*, in effetti, consente al giurista (quantomeno in linea di principio e fatte ovviamente salve specifiche circostanze) di esprimere con maggiore libertà il proprio pensiero e i propri orientamenti, tanto più rilevanti in un contesto di giustizia criminale che, come in questo caso, può condurre alla pronuncia di

¹⁷ *Consiliorum seu responsorum in causis criminalibus recens editorum ex excellentissimis quibusque iureconsultis veteribus ac novis diligentia labore et industria Io. Baptistae Zilletti U.I.D. Veneti collectorum Tomus secundus*, Venezia, apud Bernardinum et Iacobum Zillettos et fratres, 1571 (il *consilium* di Giasone reca il n. 52 e si trova ai ff. 67r-68v). La raccolta del 1571 fu ristampato nel 1579: *Consiliorum seu responsorum in causis criminalibus recens editorum ex excellentissimis quibusque iureconsultis veteribus ac novis diligentia labore et industria Ioan. Baptistae Zilletti U.I.D. Veneti collectorum tomus secundus*, Venezia, apud Franciscum Zilettum, 1579. Ne fu realizzata un'edizione anche a Francoforte nel 1577: *Consiliorum seu responsorum in causis criminalibus recens editorum ex excellentissimis quibusque iureconsultis veteribus ac novis diligentia labore et industria Ioan. Baptistae Zilletti U.I.D. Veneti collectorum Tomus secundus*, Francoforte, apud Martinum Lechlerum impensis Sigismundi Feyrabendi, 1577. Su Ziletti e sulle sue iniziative editoriali, cfr. I. Biocchi, A. Mattone, Ziletti, Giovanni Battista, in I. Biocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. II, pp. 2089-2091. Cenni sul *consilium* I, 133 nella edizione curata da Ziletti sono reperibili in Gabotto, *Giasone del Maino*, cit., pp. 101-102.

¹⁸ Probabilmente Giovanni Battista Ziletti ha attinto per la sua edizione a un manoscritto di origine forse patavina. In effetti, solo l'edizione Ziletti del 1571 reca il seguente *explicit*, che allude all'insegnamento patavino di Giasone: «Et ita ut supra consultum est per excellentissimum I.U.D. Dom. Iasonem de Maino Mediolanensem ordinarie iura civilia legentem». Inoltre, in questa stessa edizione il *consilium* giasoniano è immediatamente seguito (*cons.* 53, *Vidi quae superius dicta sunt*, ff. 68v-69r) da un sintetico responso *ad adiuvandum* di un altro docente dello *Studium* patavino, Giovanni Campeggi, che conferma tanto le argomentazioni quanto le conclusioni sviluppate da Giasone. Sui rapporti in realtà tutt'altro che idilliaci tra Giasone e Giovanni Campeggi, cfr. Gabotto, *Giasone del Maino*, cit., pp. 95-102, e Mazzacane, *Campeggi, Giovanni Zaccaria*, cit., pp. 450-451.

¹⁹ In effetti, rileviamo come il nome dell'inquisito presenti, nelle edizioni del *consilium* in oggetto, una serie di varianti: nell'*editio princeps* del 1534 troviamo «Livius de Seravallo», nella seconda edizione del 1544 «Livius de Seravello», nell'edizione Ziletti del 1571 «Lelius de Seravalle», e infine nell'edizione del 1581 «Livius de Seravollo».

una sentenza capitale, atteso che, come sottolinea nell'esordio del *consilium* lo stesso Giasone citando C 1.4.3.3, «de iure communi homicida quod fecit expectet»²⁰.

Si aggiunga la non irrilevante circostanza, abbastanza rara nel panorama della letteratura consiliare trasmessaci da incunaboli e cinquecentine, che questo testo giasoniano è corredato dalla *responsiva* con la quale il giurista accompagnò l'invio del *consilium* al podestà di Treviso²¹. Questa *responsiva*, datata Padova, 21 aprile 1487, ci consente non solo di collocare con esattezza nello spazio e nel tempo la vicenda (cosa non sempre agevole in materia di *consilia*), ma anche di confermare il dato, già adombrato in precedenza, relativo al fatto che il giurista venga consultato nonostante il podestà sia assistito da funzionari dotati di una opportuna preparazione giuridica. Giasone è in effetti ben consapevole – come leggiamo nella *responsiva* – che il podestà Malipiero sia supportato nella sua attività giurisdizionale da giureconsulti «rerum experientia et iurisperitia prestantes, quorum gravi maturoque consilio in omni causa iuridicam semper sententiam proferre possis». Nondimeno, Malipiero ha ritenuto in questo caso particolarmente complesso di rivolgersi a un giurista di chiara fama, e dunque Giasone non può che accettare l'incarico nonostante le iniziali esitazioni, retoricamente dettate dal timore – espresso ricorrendo a una proverbiale figura letteraria – di non essere all'altezza del compito («veritus clavam [...] de manu Herculis eripere»)²².

3. Cenni sulla struttura del *consilium*

Il *consilium* I, 133 di Giasone è preceduto, oltre che dalla *responsiva* testé citata, da un breve *thema consilii* nel quale vengono presentati gli elementi essenziali del caso di specie, e dal consueto *summarium* che indica le massime più rilevanti desumibili dal testo²³.

In ordine al *thema consilii*, osserviamo *en passant* come non tutti i *responsa* della raccolta giasoniana presentino questa sorta di introduzione, probabile frutto di un'opera di riordino e di sistemazione portata avanti dallo stesso giurista e finalizzata alla realizzazione di una edizione a stampa della sua produzione consiliare. Vista l'impossibilità di portare a termine il progetto,

²⁰ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125rb.

²¹ *Ad insignem patritium Venetum dominum Peratium Maripetrum Tarvisii potestatem et capitaneum benemeritum responsiva* (ivi, f. 125ra).

²² «Cepi inde mecum dubitare, an in casu quem consultandum transmisisti requisitum consilium prestare, veritus clavam, ut aiunt, de manu Herculis eripere, verum cum sic velis, atque ita fieri imperes, obsequar mandatis tuis». *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

Giasone ne affidò l'attuazione al nipote *ex sorore* (e allievo) Ottaviano Landi²⁴ legandogli contestualmente l'intera collezione manoscritta in occasione della stesura del suo testamento, il 3 dicembre 1518²⁵. Come abbiamo visto²⁶, Ottaviano Landi avrebbe adempiuto al compito affidatogli solo nel 1534, a 15 anni dalla scomparsa dell'illustre congiunto²⁷.

Il *thema consilii* si articola in due parti: la prima presenta un breve riassunto del caso, mentre nella seconda viene sottolineato come il podestà Malipiero sia stato indotto a consultare il giurista da un *dubium* che si risolve, in buona sostanza, in una alternativa secca: tra la condanna e l'assoluzione dell'inquisito quali dovranno essere le *partes* – cioè le decisioni – assunte dal magistrato?²⁸

²⁴ Ottaviano Landi è l'autore dei *summaria* presenti nelle edizioni lionesi del 1534 e del 1544. Le voci che compongono il *summarium* al *consilium* I, 133 sono, in queste due edizioni, quattro. Molto più ricchi appaiono sia il *summarium* al medesimo *consilium* curato da Giovanni Battista Ziletti per l'edizione del 1571 (30 voci) sia quello presente nell'edizione annotata da Francesco Beccio del 1581 (15 voci). Il conte Ottaviano (o Ottavio) Landi appartiene a una antica famiglia piacentina, e in particolare al ramo titolare del feudo e del castello di Rivalta Trebbia. Figlio di Corrado Landi e di Costanza del Maino, sorella di Giasone, è allievo e collaboratore a Pavia dello zio materno, il cui nome darà a uno dei figli, Giasone Landi. Attivo nella vita pubblica della città di Piacenza nella prima metà del XVI secolo, è ricordato non tanto per la sua produzione giuridica (che si limita in realtà all'edizione dei *consilia* dello zio) quanto per i suoi spiccati interessi letterari. Negli anni Quaranta risulta attestata una sua attività di docenza presso l'Università di Pisa. Nel 1549 entra a far parte del Collegio dei Giureconsulti di Piacenza. Muore nel 1550 o poco dopo. Le informazioni testé riassunte sono desunte da C. Poggiali, *Memorie per la storia letteraria di Piacenza*, vol. II, Piacenza, Orcesi, 1789, p. 196, pp. 210-212. Quest'ultimo autore segnala in particolare che Giasone «per molti anni ebbe il nipote [Ottaviano] in Pavia discepolo ed aiutante nello studio delle Leggi» (p. 210), e ipotizza altresì che «a fargli ottenere» l'incarico di docenza a Pisa «contribuir dovette non poco eziandio la riputazione, ch'egli si era acquistata parecchi anni innanzi, con dare in luce i Consigli del Zio e Maestro suo, da sé corredati nel principio di brevi ma ben intesi Sommari» (p. 211).

²⁵ Il testamento di Giasone è trascritto in Gabotto, *Giason del Maino*, cit., pp. 296-302, e una copia dello stesso è conservata presso la Biblioteca Universitaria di Pavia, *Manoscritti Ticinesi*, 127. Riportiamo di seguito le clausole relative al legato in oggetto: «Item dedit et legavit ac dat et legat praedicto Domino Octaviano e comitibus de Lando eius nepoti omnia eius consilia per ipsum dominum testatorem compilata et ordinata et tam penes ipsum Dominum Octavium existentia quam non et ubilibet reperiantur. / Et qui Dominus Octavius teneatur et obligatus sit ista imprimi et stampari facere et de illis disponere possit et valeat pro libito voluntatis ac illa capere et recuperare propria et absque licentia aliqua requirenda». Ivi, p. 298.

²⁶ *Supra*, nota 11.

²⁷ Le edizioni lionesi dei *consilia* presentano una *Dedicatoria* di Ottaviano Landi all'influente cardinale Lorenzo Campeggi, il cui padre Giovanni, come accennato in precedenza, era stato in realtà un acerrimo rivale accademico di Giasone all'Università di Padova (*supra*, nota 18). Nella *Dedicatoria* il nipote del giurista narra di come, mettendo mano alle sue carte, si fosse imbattuto nel manoscritto dei *consilia* di Giasone e – rammaricandosi di averlo abbandonato alle blatte e ai tarli («blaptis et tineis») – avesse deciso di riportarlo alla luce «ad communem omnium utilitatem». La *Dedicatoria* è seguita da una *Praefatio* del letterato parmense Francesco Bernardo Cipelli dalla quale apprendiamo che Giasone «consilia quoque ad communem hominum utilitatem elucubravit, quae fato praeventus, cum edere non posset, magnifico Octaviano Lando ex sorore nepoti, ac discipulo legavit atque edenda fideicommissit. Qui generoso ac pio animo, tum avunculi tam iustae voluntati, tum communi satisfacere et consulere volens utilitati, edidit ac imprimenda procuravit». Notizie sul Cipelli sono reperibili in I. Affò, *Memorie degli scrittori e letterati parmigiani*, vol. III, Parma, Stamperia Reale, 1791, pp. 256-263.

²⁸ «Visis itaque dictis statutis Tarvisiis ad me transmissis, ac intellecto toto processu, dubium vertitur

Il corpo del *consilium* si articola a sua volta secondo una struttura logico-dialettica che ci appare del tutto fedele alla tradizione e si basa sul succedersi e sul confronto delle argomentazioni *pro et contra*. Giasone illustra in primo luogo i due *fundamenta* che militano a favore della tesi che egli intende in realtà contestare. Dichiara poi che, nonostante queste argomentazioni, egli intende giungere a diverse e opposte conclusioni, illustrando preliminarmente i principi generali che dovrebbero sempre informare l'amministrazione della giustizia penale. Sviluppa in seguito i *fundamenta* (quattro in questo caso, due di *ius commune* e due di *ius proprium*) che a loro volta militano a favore della *solutio* individuata dal giurista. Segnala infine, brevemente, quali sono, tra queste ultime argomentazioni, quelle che a suo avviso presentano una maggiore pregnanza e risultano in buona sostanza decisive.

4. Una premessa: i principi generali della giustizia penale

Conviene anticipare, a questo punto, che le conclusioni cui giunge Giasone sono del tutto favorevoli all'inquisito, Livio *de Serravalle*, la cui assoluzione, come vedremo, trova piena giustificazione secondo il giurista milanese sia sulla base dei dettami del diritto comune («de iure communi») sia dal punto di vista del diritto statutario («ex forma statuti Tarvisini»). Tali conclusioni appaiono del tutto consentanee ai due principi generali di giustizia penale cui Giasone attribuisce valore assoluto e che vengono preliminarmente assunti come riferimento e punto di partenza dell'intero ragionamento del giurista.

Esaminiamoli brevemente.

Il primo dei principi invocati – «in delictis [...] mitiores esse debemus et promptiores ad absolvendum quam ad condemnandum» – trova fondamento in due passi della compilazione giustiniana, e precisamente in D 48.19.32²⁹ e in D 48.19.42³⁰. Il secondo – «sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare» – non solo riprende in modo esplicito la celeberrima formula ulpiana basata su un rescritto di Traiano contenuta in D 48.19.5, ma ne enfatizza ulteriormente la portata, atteso che nella tradizione testuale bassomedievale l'originale dettato giustiniano «satis [...] esse

que partes esse debeant magnifici ac integerrimi domini potestatis et capitanei dicte civitatis Tarvisii, an in condemnando dictum Livium inquisitum de homicidio supra narrato, an in absolvendo» (Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125ra).

²⁹ D 48.19.32: «Si praeses vel iudex ita interlocutus sit "vim fecisti", si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Iuliae sequetur: si vero ex crimine, aliud est. Quid si non distinxerit praeses, utrum Iulia publicorum an Iulia privatorum? Tunc ex crimine erit aestimandum. Sed si utriusque legis crimina obiecta sunt, mitior lex, id est privatorum erit sequenda». Si tratta di un passo ulpiano.

³⁰ D 48.19.42: «Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae». Il passo è di Aurelio Ermogeniano, giurista di età diocleziana.

impunitum relinqui [...]» viene trasformato nella più pregnante espressione «*sanctius* [corsivo nostro] est impunitum relinqui [...]»³¹.

Si badi bene: Giasone nel momento in cui si appoggia e cita queste massime di matrice romanistica non sta facendo nulla di originale o di particolarmente innovativo. Entrambi i principi – e specialmente il secondo, notissimo – circolano da forse un paio di secoli nelle opere della prima criminalistica, ove operano, unitamente ad altri analoghi enunciati che oggi definiremmo ‘garantisti’, come una sorta di contraltare alla diffusissima massima *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita*, chiave di volta dell’intero modello inquisitorio affermatosi a partire dal XIII secolo prima in Italia e poi nell’Europa continentale³². In particolare, i due principi citati da Giasone sono tutt’altro che ignoti alla letteratura consiliare, nella quale è dato di ritrovarli con una certa facilità, segnatamente nei *consilia criminalia* votati alla difesa degli inquisiti. Il dato però che ci sembra non privo di interesse è che questi principi vengono utilizzati, in questa circostanza, non in un *consilium pro veritate*, sempre ‘inquinato’ (ci si consenta l’espressione) dalla sua natura di testo di parte, ma in un *consilium iudiciale* ove, come già notato, il giurista è – o dovrebbe essere – meno vincolato dalle esigenze della committenza e dai risultati da conseguire.

Sul punto torneremo in seguito, dopo avere preso in considerazione le argomentazioni che nel nostro *consilium* vengono sviluppate a favore e contro la condanna dell’inquisito.

5. Le argomentazioni per la condanna

Come segnalato in precedenza, due sono i *fundamenta* che militano contro l’inquisito Livio de Serravalle.

Il primo si basa sulla lettera della norma statutaria. L’inquisito non può giovare dell’impunità assicurata dallo statuto all’uccisore del bandito in quanto la vittima non si trovava *in banno* al momento del fatto, né era stato colpito da una condanna superiore alle 50 lire («pro certo tale statutum non videtur Livium excusare, cum tale statutum loquatur de bannito aut saltem condemnato in libris quinquaginta pro aliquo maleficio»). L’argomentazione da un lato si fonda sull’applicazione di una *regula iuris* desunta da D 9.4.4.1

³¹ Cfr., in argomento, W. Ullman, *Medieval principles of evidence*, «Law Quarterly Review», 62, 1946, pp. 77-87. Cfr. inoltre, sotto il profilo linguistico, J. Ramia, *La presunción de inocencia en una inestable sentencia latina*, «Revista de Lengua i Dret / Journal of Language and Law», 67, 2017, pp. 294-302.

³² Sulle origini di questa fondamentale massima e sulla sua diffusione, cfr. C.E. Varalda, *Il contributo di Innocenzo III alla formazione della cultura giuridica occidentale: in particolare in relazione al noto principio «rei publicae interest ne crimina remaneant impunita»*, «Vergentis», 3, 2016, pp. 145-169 (con ampie indicazioni bibliografiche).

e da D 29.1.25 e appoggiata all'*auctoritas* di Bartolo³³, secondo il quale «qualitas adiecta verbo intelligitur secundum tempus verbi cui adiicitur»³⁴, dall'altro si appoggia in modo mirato al commento di Angelo degli Ubaldi a D 13.1.10.2³⁵, sulla base del quale è possibile concludere che «si statutum disponat quod bannitus possit impune offendi, intelligitur si tempore offensionis sit bannitus»³⁶.

Il secondo *fundamentum* prende in considerazione la prassi seguita dai podestà di Treviso («observantia potestatum Tarvisii») in casi analoghi a quello di specie. Secondo tale prassi (sulla quale dobbiamo pensare che il giurista abbia avuto informazioni dallo stesso podestà), l'impunità viene bensì sempre riconosciuta, ma solo in costanza di bando.

Per meglio comprendere lo *stylus curiae* applicato a Treviso è peraltro necessario rammentare brevemente la procedura prevista sul punto negli statuti cittadini³⁷, del resto assolutamente conforme a quella presente nella gran parte degli ordinamenti municipali italiani. Secondo tale procedura, all'atto della citazione in giudizio in capo all'accusato o inquisito viene fissato un primo termine di presentazione di sei giorni. Scaduto tale termine, è prevista la pronuncia di un primo *bannum* (provvisorio) che contiene a sua volta un secondo termine di presentazione di tre giorni. Scaduto anche questo termine, l'accusato o inquisito viene definitivamente posto *in banno* e condannato, sulla base del noto brocardo *contumax pro confesso habetur*³⁸.

Ora, il *consilium* di Giasone ci informa che nella prassi podestarile trevigiana la condizione di *bannitus* (e di conseguenza l'impunità per l'uccisore) viene riconosciuta a partire dalla pronuncia del primo bando (provvisorio) anche nel caso in cui il bandito sia stato successivamente ammesso alle difese. In altre parole, l'uccisione di quest'ultimo intervenuta successivamente alla prima pronuncia di bando è coperta da impunità, purché il *maleficium* com-

³³ Bartolo da Sassoferrato, *Comm. ad D 29.1.25, de testamento militis, l. Titius* (consultato in Id., *In primam Infortiati partem*, Venezia, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1590, f. 141r).

³⁴ Nel passo di Bartolo citato alla nota precedente la *regula* è espressa nella seguente forma: «Qualitas iuncta verbo vel participio debet intelligi secundum tempus verbi vel participii».

³⁵ Angelo degli Ubaldi, *Comm. ad D 13.1.10.2, de condicione furtiva, l. sive manifestus, § tamdiu autem* (consultato in Id., *In secundam Digesti Veteris partem acutissima Commentaria*, Torino, apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1580, f. 38r). Su Angelo degli Ubaldi, cfr. C. Frova, *Angelo degli Ubaldi sr.*, in I. Bircocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 68-71, e Th. Woelki, *Angelo di Francesco degli Ubaldi (post 1334-1400)*, in G. Murano (a cura di), *Autographa. I.2 Giuristi, giudici e notai (sec. XII-XV)*, Bologna, Editrice La Mandragora, 2016 (d'ora in avanti: *Autographa. I.2*), pp. 119-128.

³⁶ Giasone, *cons. I*, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125rb.

³⁷ *Statuta Tarvisii*, ed. cit., libro III, *tractatus primus*, rubrica IX, *De quibus possit fieri inquisitio denuntiatio vel accusatio et qualiter in hiis procedatur*, pp. 307-308, e rubrica XI, *De dilatione danda citatis et bannitis et etiam de modo et forma citandi et banniendi reos criminum*, pp. 308-309.

³⁸ Ci sia consentito di rinviare sul punto a Dezza, *Il Granduca, i filosofi e il codice degli Irochesi*, cit., pp. 6-29.

messo dal bandito ucciso sia poi provato³⁹. Dunque, considerando il *dubium* del podestà anche dal punto di vista della locale consuetudine giudiziaria, sembra possibile giungere alla conclusione che l'invocata norma statutaria in questo caso non possa giovare all'inquisito in quanto la prassi, pur riconoscendo che la condizione di *bannitus* scatta dal primo bando, richiede comunque l'emissione di quest'ultimo, cosa che non risulta avvenuta⁴⁰.

6. Le argomentazioni per l'assoluzione

Quando Giasone, dopo aver anticipato le conclusioni a cui intende pervenire («Sed istis non obstantibus, puto Livium a pena homicidii debere absolvi»), passa ad illustrare le argomentazioni che militano per l'assoluzione dell'inquisito si nota un immediato mutamento di prospettive. Il giurista non esita infatti a superare gli ambiti, circoscritti allo statuto e alla consuetudine cittadina, del *dubium* prospettato dal giudice e, introducendo nuovi temi e nuovi punti di vista, porta il discorso sui sentieri a lui ben noti del diritto comune. Il *focus* del suo ragionamento, in effetti, si sposta immediatamente su una questione che il podestà non aveva preso in considerazione e sulla quale viene invece costruita una prima argomentazione difensiva – l'inutilizzabilità della confessione resa dall'inquisito – che agli occhi dello stesso Giasone appare di per sé decisiva («et in hoc fundamentum facio magnum capitale»)⁴¹.

6.1 Primo ergo moveor ...

Abbiamo ricordato in precedenza come l'imputato, Livio *de Serravalle*, sia reo confesso. In altre parole, in questa *inquisitio* il podestà ha già conseguito – e per di più senza ricorrere alla tortura – quella *regina probationum* che in un contesto di prova legale quale quello che caratterizza il processo penale di diritto comune consente di procedere direttamente alla irrogazione della sanzione edittale (e ovviamente, in questo caso, della pena capitale). E in effetti, come abbiamo visto, il dubbio del podestà non riguarda la colpevo-

³⁹ I podestà di Treviso «observare soliti sunt quod si aliquis fuerit accusatus pro maleficio pro quo imponi debeat condemnatio librarum quinquaginta et ultra, et idem citatus fuerit prima citatione, et elapsis sex diebus fuerit bannitus, sed postea comparuit, nedum infra terminum trium dierum, prout statutum dicit, sed etiam postea, et eius defensiones in negando maleficio sint admissae, si tamen postea interficiatur, occidens dicitur impune fecisse vigore statuti Tarvisini: quod ita consuetudo interpretatur, dummodo maleficio condemnandum in libris quinquaginta sit postea probatum» (Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125rb).

⁴⁰ «Si ergo consuetudo solum tolerat in eo qui est bannitus, ergo in casu isto Livius defendi non potest vigore statuti supradicti, ex quo Hercules interfectus nondum erat bannitus». *Ibidem*.

⁴¹ Ivi, f. 125va.

lezza dell'inquisito, ma l'applicabilità allo stesso dell'impunità prevista dallo statuto.

Ebbene, è invece proprio sulla circostanza, in apparenza pacifica, della resa confessione che Giasone imposta il suo impianto difensivo, richiamando il principio di diritto comune secondo il quale la confessione giudiziale non pregiudica quando sia resa da un minore di 25 anni⁴². Più in particolare, secondo tale principio se un minore di 25 anni rende una confessione giudiziale relativa a un reato in ordine al quale non risultino a suo carico altri elementi di prova, questa confessione non esplica nei suoi confronti alcun effetto, né vi è alcuna necessità di dimostrare che essa sia viziata da *error*.

La regola della inutilizzabilità della confessione resa da un minore di 25 anni trova il proprio fondamento testuale in D 42.2.6.5, ma l'*auctoritas* dottrinale sulla quale Giasone concretamente basa l'argomentazione è quello stesso Angelo degli Ubaldi che era stato già citato (né sembri un paradosso) a proposito dell'ammissibilità dell'impunità solo in costanza di bando. In effetti, Angelo nel commentare il testé citato passo giustiniano⁴³ «singulariter dicit ad literam [...] quod si minor viginti quinque annis confiteatur in iudicio delictum, de quo aliter non erat probatum, debet restitui in integrum adversus talem confessionem absque alia probatione erroris, quia ex hoc apparet eum esse lesum»⁴⁴. Giasone sottolinea con forza il fatto che le conclusioni cui era giunto Angelo sono state in seguito ampiamente condivise anche dal suo venerato maestro, il «doctor aureus et immortalis» Alessandro Tartagni⁴⁵, che le aveva fatte proprie sia nel *consilium* 480⁴⁶, riportato *ad literam*, sia

⁴² Cfr., in argomento, Marchetti, *Testis contra se*, cit., p. 53.

⁴³ Angelo degli Ubaldi, *Comm. ad D 42.2.6.5, de confessis, l. certum*, § in pupillo, n. 2: «si minor maleficium confitetur et de eo aliter quam per confessionem non constat, interest eius eum non esse confessum et ideo velut lesus adversus illam confessionem potest restitui» (consultato in Id., *Lectura aurea* [...] *super prima ff Novi*, [Lione], Vincentius de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato, 1534, f. 50r).

⁴⁴ Giasone, cons. I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125va.

⁴⁵ Giasone era stato allievo di Tartagni a Bologna: Gabotto, *Giasone del Maino*, cit., pp. 45, nota 5, 47-50, 63, 80, 96, 231, 295; Santi, *Maino, Giasone del*, cit., pp. 605-607; di Renzo Villata, *Giasone del Maino*, cit., p. 996. Su Tartagni, cfr. A. Padovani, *Tartagni, Alessandro*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. II, pp. 1942-1944.

⁴⁶ A. Tartagni, *Consiliorum seu Responsorum [...] Liber Tertius*, Venezia, apud Felicem Valgrisium, 1590, cons. 115, *In causa inquisitionis formatae contra dominam Helenam*, ff. 101v-102r, n. 7: «Secundo principaliter moveor, quia cum dicta confessio [...] processerit a dicta Helena iuniori 25 annis, postquam aliter non est probatum, debet restitui in integrum dicta Helena adversus dictam confessionem [...] absque aliqua probatione erroris, quia ex hoc apparet eam esse laesam: ita singulariter decidit Angelus». Conviene precisare che nelle edizioni in più volumi dei *Consilia* di Tartagni il *consilium* 480 è inserito nel terzo libro con il numero 115 e così è indicato nell'edizione dei *consilia* di Giasone del 1581, mentre nelle prime due edizioni lionesi di questi ultimi si legge ancora l'originaria numerazione – 480, appunto – segnalata da Giasone. Sulla cospicua produzione consiliare di Tartagni e sui complessi problemi a essa sottesi, cfr. G. Murano, *Alessandro Tartagni (1423/24-1477)*, in *Autographa*. I.2, cit., pp. 253-259.

nel commento a D 12.2.9⁴⁷, «ubi dicit quod istud dictum est diligentissime notandum»⁴⁸.

Questo è proprio il nostro caso, prosegue con enfasi Giasone («iste est proprie casus noster»). Livio è minore di 25 anni – e anzi non ne ha neanche 18 – e non esiste alcuna ulteriore prova a suo carico («nihil erat probatum contra eum»). I motivi poi che lo hanno indotto a confessare possono essere i più vari: Livio può essere stato sedotto dal (tacitano) *lubricum adolescentiae*⁴⁹, può essere stato persuaso da (cattivi) consiglieri, o può essere stato mosso da qualche vana ostentazione di sicurezza («seductus lubrico adolescentie et suasionem nonnullorum [...] quadam inani iactantia motus»). Ma non è questo il punto. Quel che è certo è che Livio «debet in integrum restitui adversus suam confessionem [...] cum ex ea sit lesus»⁵⁰. In altre parole, la inutilizzabilità della confessione si basa sulla *praesumptio*, elaborata da una parte della dottrina di diritto comune, che sussista una *laesio* quando si presenti la duplice condizione della minore età del reo confessore e dell'assenza di altri elementi di prova a suo carico.

Il primo *fundamentum* illustrato da Giasone è dunque di natura schiettamente procedurale. Esso mira a dimostrare non che il fatto non sussista, ma che la confessione non è utilizzabile, senza che sia necessario dimostrarne l'erroneità («absque alia probatione erroris»). Si disinnesci in questo modo uno dei meccanismi fondamentali del processo di diritto comune che, essendo basato sul principio della piena prova legale, appare strutturalmente orientato sull'acquisizione della *regina probationum*, la confessione, come strumento privilegiato in grado di condurre direttamente alla pronuncia della condanna alla pena edittale.

6.2 Nec obstat ...

Una possibile obiezione alla esperibilità dell'eccezione fondata sulla inutilizzabilità della confessione del minore potrebbe derivare da una norma dello statuto trevigiano che dichiara inammissibili le eccezioni difensive di qualsiasi natura quando, come nel caso di Livio *de Serravalle*, l'inquisito non si sia

⁴⁷ A. Tartagni, *Comm. ad D 12.2.9, de iureiurando, l. nam posteaquam*, § si minor: «Et ad hoc bene facit quod notat Angelus in l. certum, § in pupillo, de confessis, ubi [...] dicit quod si minor confessus est maleficium, poterit ex hoc solo restitui in integrum si aliter de veritate non constet, qui sua interest non esse confessum [...] quod est diligentissime notandum» (consultato in Id., *Commentaria in I et II Digesti Veteris Partem*, Venezia, apud Iuntas, 1593, f. 148v, n. 11).

⁴⁸ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125va.

⁴⁹ Tacito, *Annales*, XIV, 56: «Quin, si qua in parte lubricum adolescentiae nostrae declinat, revocas ornatumque robur subsidio impensius regis?». The latin library, <<http://www.thelatinlibrary.com/tacitus/tac.ann14.shtml>>, maggio 2020.

⁵⁰ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125va.

costituito «in carceribus»⁵¹. La difficoltà è superata da Giasone mediante il ricorso, ancora una volta, all'*auctoritas* di Angelo degli Ubaldi, e precisamente al commento di quest'ultimo a D 5.3.38⁵², nel quale il giurista perugino – evocando in realtà un insegnamento ricevuto da Bartolo⁵³ – ha modo di sottolineare come una pratica giudiziaria largamente applicata consenta di aggirare il rigore di una regola statutaria peraltro ricorrente e presente «communiter ubique». Secondo tale prassi chi per norma statutaria sia escluso, «nisi personaliter compareat», dalla facoltà di opporre eccezioni non viene però escluso «a facultate implorandi officium iudicis», ed è precisamente in questo modo che si può ottenere che il reato sia dichiarato non punibile («quo mediante petatur maleficium declarari impunibile») ⁵⁴.

Il passaggio è evidentemente delicato, poiché l'obiezione rischia di inficiare l'argomento a favore dell'inquisito. Per tale motivo, Giasone si sofferma a lungo sul punto, e dopo aver ricordato che Angelo segue una posizione già espressa da Riccardo Malombra⁵⁵ (e, aggiungiamo noi, da Iacopo Bottrigari⁵⁶) mette a frutto tre ulteriori ed eloquenti passi dello stesso Angelo (e pre-

⁵¹ *Statuta Tarvisii*, ed. cit., libro III, *tractatus primus*, rubrica XI, *De dilatione danda citatis et bannitis et etiam de modo et forma citandi et banniendi reos criminum*, pp. 308-309, e libro IX, rubrica III, *Correctio statuti de condemnando aliquem ad mortem per contumaciam*, p. 501, ove si stabilisce il divieto per il podestà e i suoi ufficiali di ricevere le «defensiones, probationes vel testificationes» che gli inquisiti «non comparentes» intendano presentare.

⁵² Angelo degli Ubaldi, *Comm. ad D 5.3.38, de hereditatis petitione, l. plane*: «me audiente, Bartolus [...] dicebat quod exclusus a potentia excipiendi implorare potest officium iudicis se defendendo, secus si sit exclusus a potentia defensionis, quia per officium defenditur [...]. Unde si ex forma statuti in causa criminali nullus potest admitti ad aliquam exceptionem nisi compareat personaliter, sicut est Perusii et communiter ubique, poterit tamen implorare officium iudicis quo petatur processum declarari nullum, forsan quia accusatus vel inquisitus clericus est et procedens laycus est, vel quia maleficium est impunibile eo quod passus iniuriam potuit offendi vel occidi impune quia bannitus. Et hoc tenuit Ricardus Malombra in l. filius, § veterani, de procuratoribus, et ista practica infinitis vicibus usus sum» (consultato in Id., *In Primam Digesti Veteris Partem [...] Commentaria*, Torino, apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1580, f. 172r).

⁵³ Ci permettiamo di segnalare, nel passo riportato alla nota precedente, il passaggio «me audiente, Bartolus [...] dicebat», che può costituire un ulteriore indizio del fatto che Angelo sia effettivamente stato discepolo di Bartolo. Cfr. C. Frova, *Angelo degli Ubaldi sr.*, cit., p. 69: «Il discepolato da Bartolo è probabilissimo, anche se la testimonianza addotta, tratta dal commento di Angelo a D. 8,2,41, non costituisce prova certa».

⁵⁴ Giasone, *cons. I, 133, Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125va.

⁵⁵ Citato nei passi di Angelo degli Ubaldi riportati *supra*, nota 52, e *infra*, note 57-58. Su Riccardo Malombra, cfr.: A. Labardi, *Malombra, Riccardo*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. II, p. 1237; E. Giuzzi, *Riccardo Malombra (1259 ca-1334)*, in *Autographa. I.2*, cit., pp. 66-72.

⁵⁶ Citato nei passi di Angelo degli Ubaldi e di Alberico da Rosciate riportati *infra*, note 58 e 60. Su Iacopo Bottrigari, cfr. M. Kriechbaum, *Iacopo Bottrigari*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 1096-1098.

cisamente i commenti a D 3.1.7⁵⁷, D 3.3.8.2⁵⁸ e D 5.3.58⁵⁹) che – unitamente a una significativa pagina ancora relativa a D 5.3.58 «notabiliter» presente in Alberico da Rosciate e basata su due *quaestiones* del testé citato Iacopo Bottrigari⁶⁰ – confermano la solidità del principio invocato e la diffusione della prassi a esso sottesa. *Ad adiuvandum* vengono poi elencati – *comme d'habitude* – passi di altri autori che, pur non affrontando *ex professo* il tema, possono comunque essere utili per rafforzare l'argomentazione (sono citati

⁵⁷ Angelo degli Ubaldi, *Comm. ad D 3.1.7 de postulando, l. quos prohibet*: «Et per hoc sis cautus tu advocatus quando amicus tuus inquiritur de homicidio commisso in personam banniti et ex forma statuti nullus debet audiri ad aliquam exceptionem nisi compareat personaliter, ut non opponat exceptionem sed imploret officium per quod petat pronunciari processum nullum propter bannum occisi, et ego multotiens practicavi, et fuit cautela Ricardi Malumbrae» (consultato in Id., *In Primam Digesti Veteris Partem [...] Commentaria*, ed. cit., f. 90v).

⁵⁸ Angelo degli Ubaldi, *Comm. ad D 3.3.8.2 de procuratoribus, l. filiusfamilias, § veterani*: «dicit Iaco. But. quod si statuto cavetur quod nulla exceptio declinatoria etiam in causa criminali possit opponi nisi principalis compareat et eam opponat et iudex procedit per inquisitionem de crimine de quo non potest propter aliquam causam, quod procurator inquisiti potest comparere et implorare officium iudicis, ut de dicto crimine non inquirat cum de iure non possit. Aliud est enim interdici excipiendi potentiam, aliud implorare iudicantis officium [...]. Et haec opinio originaliter fuit Ricardi de Malumbra quam infinitis vicibus practicavi pro clericis inquisitis per laicos iudices et pro occidentibus exbannitos qui potuerunt de iure occidi et ex forma statuti a nullo iudice sunt vexandi prout est Perusii» (consultato in Id., *In Primam Digesti Veteris Partem [...] Commentaria*, ed. cit., f. 99r).

⁵⁹ Angelo degli Ubaldi, *Comm. ad D 5.3.58 de hereditatis petitione, l filius a patre*: «ubicunque officium succedit in locum exceptionis, ibi impetrandum a parte sicut exceptio erat opponenda a parte; sed ubi in locum exceptionis non succedit, tunc in multis casibus iudex etiam nullo petente potest suum officium impartiri, etiam supplendo de facto» (ivi, f. 174v). Angelo prosegue enumerando una serie di casi nei quali il giudice interviene *ex officio*, ad esempio «ubicunque causa est talis naturae quod super ea potest per inquisitionem procedi» (*ibidem*).

⁶⁰ Alberico de Rosciate, *Comm. ad D 5.3.58 de hereditatis petitione, l filius a patre*: «Et adducit Iacobus Butrigarius hanc l. ad quaestionem talem. Statuto cavetur quod in causa capitali non admittatur procurator ad aliquam exceptionem proponendam vel declinatoriam, sed principalis teneatur venire. Iudex inquit contra eum in casu prohibito. Venit procurator rei coram iudice et dicit: domine iudex imploro officium vestrum ut talem inquisitionem et contra ius per vos formatam tollatis. Nunquid facit contra statutum? Dic quod non, quia non excipit, sed officium implorat, quod est aliud quam excipere, ut hic et dicta l. plane, supra, eodem, et l. haereditas, § 1, in fine, et pro hoc quia cum reus haberet duas vias scilicet excipiendi et officium implorandi, ut supra de postulando, l. quos prohibet, si statutum aufert solum unam, scilicet viam excipiendi per procuratorem, non tollit aliam, scilicet officium implorandi, cum sint separata, ut infra soluto matrimonio, l. si vero, § de viro, et de acquirenda possessione, l. naturaliter, § nihil. Eodem modo facit ad similem quaestionem si statuto caveatur quod bannitus possit impune offendi, nec de hoc possit aliquis accusari, et alio statuto cavetur quod nulli liceat in criminibus pro quibus debeat detineri opponere exceptionem declinatoriam sub magna poena. Iudex procedebat contra occisorem cuiusdam banniti. Dicit reus domine reduco vobis ad memoriam, et officium vestrum imploro, quod investigatis, quia interfectus erat bannitus, unde non potestis inquirere nec procedere, obstante statuto quo cavetur bannitum posse impune offendi, quod taliter possit officium implorare sine poena alterius statuti, quia non proponit exceptionem declinatoriam, sed implorat officium, ut praedictum est» (consultato in Id., *Lectura super prima parte ff veteris*, Reggio Emilia, opera et impensis Andree Portilie [Andreas Portilla], 1484, p. [805]). Su Alberico, cfr. C. Storti, *Alberico da Rosciate*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 20-23, ed E. Giazzi, *Alberico da Rosciate (1290 ca-1360)*, in *Autographa*. I.1, cit., pp. 86-92.

Guglielmo Durante e Giovanni D'Andrea⁶¹, Giovanni da Imola⁶², Lapo da Castiglionchio⁶³, Gimignano Inghirami⁶⁴). La serie di *auctoritates* si conclude con un riferimento a Baldo e all'affermazione da parte di quest'ultimo del principio secondo il quale la regola *contumax habetur pro confesso* comunque si applica «nisi prius de innocentia sua ostenderit»⁶⁵.

Confortato da questo fuoco di fila di citazioni, Giasone può dunque concludere che, nonostante la mancata costituzione del reo «in carceribus» e previa opportuna supplica, sussiste in capo al giudice il preciso dovere di ammettere *ex officio* l'eccezione relativa alla minore età del reo confesso. Del resto,

⁶¹ Giasone fa riferimento al titolo *De instrumentorum editione* della *Pars Secunda* dello *Speculum* di Guglielmo Durante, munito delle consuete *additiones* di Giovanni D'Andrea e Baldo, e precisamente al *versiculum* «Sed quis si debitor» del § 16 *Dicto*. L'estensore delle presenti note confessa ingenuamente di non essere stato in grado di individuare il *versiculum* citato da Giasone in tale paragrafo, quantomeno nella edizione consultata (Guglielmo Durante, *Speculum Iuris, Pars Secunda*, Torino, apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1578, ff. 150r-157r). Un capoverso che inizia con il *versiculum* «Sed quis si debitor» si trova invece nel titolo *De probationibus* della medesima *Pars Secunda*, al § 3 *Videndum* (ed. cit., f. 112v), e in quest'ultimo *versiculum* si parla in effetti della possibilità di richiedere al giudice la convocazione *ex officio* di testimoni: «Consilium est ergo ut procuret, si poterit, testes recipi iudicis officio». Si potrebbe dunque pensare a un possibile fraintendimento nella citazione da parte di Giasone di un passo dello *Speculum* (*salvo semper saniori iudicio*, ovviamente). Su Guglielmo Durante, cfr.: F. Roumy, *Durand Guillaume, l'Ancien*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015², pp. 381-383; G. Murano, *Guillaume Durand (Guglielmo Durante) (1230/31-1296)*, in *Autographa. I.2*, cit., pp. 49-53; B. Pasciuta, *Speculum iudiciale*, in S. Dauchy et. al. (eds.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Cham, Springer, 2016, pp. 37-40.

⁶² Giovanni da Imola, *Comm. ad X 2.19.2 de probationibus, c. sicut consuetudo*, n. 9 (consultato in Id., *Commentaria [...] in Secundum Decretalium Librum*, Lione, Excudebat Georgius Regnault, 1549, f. 55rv). Su Giovanni da Imola, cfr.: A. Padovani, *Giovanni Nicoletti (de Calcis) da Imola*, in I. Biocchi et. al. (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 1015-1018; Id., *Giovanni da Imola (1372 ca-1436)*, in *Autographa. I.1*, cit., pp. 155-164.

⁶³ Giasone si riferisce a un commento di Lapo a VI 1.18.2 *de pactis, c. quamvis*. In assenza di edizioni a stampa, possiamo pensare, in via di mera ipotesi, che Giasone abbia potuto consultare scritti del canonista forse risalenti al periodo del suo insegnamento padovano (1379/80). In un *Memoriale* manoscritto del figlio di Lapo, Bernardo, sono in effetti segnalate tra le carte del padre «Adizioni di messer Lapo sopra il Sesto» e «uno libro ch'è a nome Padouano di ripetitioni [...] di messer Lapo» (Archivio di Stato di Firenze, *Manoscritti*, 80). Cfr., sul punto, G. Murano, *Lapo da Castiglionchio, il vecchio (1381)*, in *Autographa. I.1*, cit., pp. 82-86, in particolare p. 84. Su Lapo da Castiglionchio cfr. inoltre E. Spagnesi, *Castiglionchio, Lapo da*, in I. Biocchi et. al. (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 484-485.

⁶⁴ Come per Lapo da Castiglionchio, Giasone si riferisce a un commento di Gimignano a VI 1.18.2 *de pactis, c. quamvis*. Anche in questo caso, in assenza di edizioni a stampa, possiamo solo presumere la consultazione di qualche testo manoscritto al momento non altrimenti determinabile. Su Gimignano Inghirami, cfr.: G. Murano, *Gimignano Inghirami (1370-1460)*, in *Autographa. I.1*, cit., pp. 149-150; P. Maffei, *Inghirami, Gimignano*, in I. Biocchi et. al. (a cura di), *DBGI*, vol. I, p. 1180.

⁶⁵ Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad X 2.19.2 de probationibus, c. sicut consuetudo*: «Ecce dicit statutum quod reus requisitus ad subeunda tormenta si non compareat habeatur pro confesso Nam debet intelligi nisi per prius de innocentia sua perfecte probaverit» (consultato in Id., *Super Decretalibus*, Lione, Excudebat Claudus Servanius, 1564, f. 165rv).

si tratta di una eccezione «satis notoria [...] in iure»⁶⁶, e lo stesso Angelo degli Ubaldi dichiara di averla personalmente utilizzata «in finitibus vicibus»⁶⁷.

6.3 Secundo principaliter ...

Il merito della vicenda è affrontato nel secondo *fundamentum*, anch'esso elaborato nell'ambito dei principi dello *ius commune*. Il tema qui sviluppato è quello relativo alla scriminante della legittima difesa. La narrazione dell'evento da parte di Giasone si fa in questo caso, e necessariamente, assai precisa e particolareggiata. I fatti appaiono incontestabili nel loro svolgimento e risultano con chiarezza dalle acquisizioni, assai ampie e precise sul punto, offerte dal processo informativo condotto dal podestà Malipiero («presupponitur in facto, et ex processu apparet»). Nottetempo la vittima, Ercole *de Martignago*, armato e accompagnato da due *socii* ugualmente armati, si è avventato contro Livio e i suoi compagni, ha scagliato contro di loro una lancia che si è conficcato nello scudo di uno degli assaliti, e poi, sfoderata la spada, «multos ictus et admenationes fecit contra Livium et socios». Livio, assalito, si è dovuto difendere e ha a sua volta ucciso l'aggressore con un atto del tutto lecito e per il quale è prevista l'impunità⁶⁸.

Che si tratti di un caso di legittima difesa appare del tutto evidente agli occhi di Giasone, che non incontra difficoltà nell'invocare l'applicazione di un istituto che, quantomeno dal punto di vista dottrinale, risulta largamente consolidato⁶⁹. In particolare, il giurista ha in questo caso buon gioco, «omissis iuribus vulgaribus», nell'invocare direttamente la massima divinità dell'Olimpo del diritto comune, Bartolo, le cui conclusioni in materia – giova sottolinearlo – saranno riprese in un *consilium* del maestro di Giasone, Alessandro Tartagni⁷⁰. In effetti, in un passo del commento a D 9.2.5.pr il nume di Sassoferato afferma con chiarezza che per dimostrare la legittima difesa è sufficiente provare che qualcuno «veniebat contra me cum ense vel cultello»⁷¹, mentre

⁶⁶ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125va.

⁶⁷ Cfr. i passi di Angelo degli Ubaldi riportati *supra*, note 52 e 58.

⁶⁸ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125vab.

⁶⁹ Cfr. O. Cavallar, «*Persuadere qui iuris peritiam non profitentur*». *Legittima difesa, omicidio e contumacia in alcuni consulti di Francesco Guicciardini*, «Rivista Internazionale di Diritto Comune», 17, 2006, pp. 161-250.

⁷⁰ A. Tartagni, *Consiliorum [...] Liber Primus*, Venezia, ex officina Damiani Zenari, 1578, *cons.* 109, *Visis et ut oportet consideratis omnibus*, ff. 116v-118v, n. 2, f. 117v.

⁷¹ Bartolo da Sassoferato, *Comm. ad D 9.2.5.pr ad l. Aquiliam, l. sed et si quemcunque*: «eo ipso quod probo quod aliquis veniebat contra me cum cultello et ego occidi eum statim est probata mea defensio» (consultato in Id., *Commentaria in prima ff Veteris partem*, [Lione], Vincentius de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato, 1538 [*colophon*: Excudebat Georgius Regnault]), f. 350r).

a proposito di D 1.1.3 sottolinea come la legittima difesa sia un istituto che trova il proprio fondamento sia nello *ius naturae* che nello *ius gentium*⁷².

Le indicazioni di Bartolo sono confortate dalle opinioni espresse a più riprese da un altro grande del Trecento, Baldo, che delinea con precisione l'ambito di applicazione della scriminante affermando che la legittima difesa: a) si configura quando vengono provati l'aggressione⁷³ e l'*animus occidendi vel vulnerandi* dell'aggressore⁷⁴; b) deve sempre essere presunta in capo all'insultato⁷⁵, purché la reazione sia immediata⁷⁶. A ciò si aggiunga – e questo per Giasone è l'argomento conclusivo («immo plus et singularius dicit Baldus») – che la legittima difesa opera anche quando l'*adversarius* semplicemente si prepari a offendere «etiam in verbis», e dunque ancor prima che si verifichi effettivamente l'aggressione⁷⁷.

⁷² Bartolo da Sassoferrato, *Comm. ad D 1.1.3 de iustitia et iure, l. ut vim*, ivi, f. 10r: «Quaeritur hic an mihi licet me defendere. Dicitur quod sic, et hoc est in quibusdam animalibus, sed lex vult inducere quo iure, dic quod est de iure gentium sed in animalibus est de iure naturali. [...] Primo nota quod si quis ob tutelam sui corporis fecit, iure fecisse videtur. Item nota quod defensio que fit ad iniuriam propulsandam videtur inducta de iure gentium». Giasone segnala un ulteriore passo bartoliano nel quale si spiega il significato dei verbi *aggredi*, *insultare*, *assalire*: Bartolo da Sassoferrato, *Comm. ad D 9.1.1.11 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, l. si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, § cum arietes*, ivi, f. 349v: «Ultimo not. quid est hoc dictum aggredi et insultare et similia. Certe omnia ista idem important, nam idem est dicere aggredi quod ad alium ire: componitur enim ex ad et gradior. Item insultus hoc est in alium saltus et similiter assalire hoc est adversus alium salire».

⁷³ Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad D 29.5.6.3 de senatusconsulto Siliano, l. etsi certus*, § si unus [*rectius*: § si appetitus]: «insultatus animo occidendi potest in ipso insultu occidere insultantem unde, solo insultu probato, evadit penam homicidii, quod tene menti» (consultato in Id., *Commentaria in primam et secundam Infortiati partem*, Torino, apud haereditas Nicolai Bevilacqua, 1576, f. 117v).

⁷⁴ Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad C 7.16.17 de liberali causa, l. multus*: «Item pone exemplum in eo qui vult probare quod vitam suam defendendo inimicum suum occidit [...] nam sufficit probare quod adversarius animo occidendi vel vulnerandi in eum irruerat» (consultato in Id., *Super VII, VIII et IX Codicis Commentaria*, Lione, typis Melchioris et Gasparis Trechsel fratrum, f. 12v).

⁷⁵ Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad D 9.1.1.11 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, l. si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, § cum arietes*: «semper insultatus praesumitur fecisse ad defensionem, quae cum sit licita de iure naturae ita est licita animalibus sicut hominibus» (consultato in Id., *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venezia, Giunta, 1616, f. 332v).

⁷⁶ Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad C 9.16.2 ad legem Corneliam de sicariis, l. is qui*: «ille qui est primo insultatus dicitur facere ad suam defensionem non ad vindictam [...] hoc vero dummodo faciat incontinenti, secus si ex intervallo» (consultato in Id., *Super VII, VIII et IX Codicis Commentaria*, ed. cit., f. 230r).

⁷⁷ Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad D 19.2.29 locati, l. in lege*: «Nota hic quod non solum vim instantem reprimere possim, sed etiam si quis parat se ad vim inferendam, etiam in verbis; unde si inimicus meus fecit apparatus gentis armigerae, non habeo necesse expectare actum aggressurae, sed possum ego prorumpere in actum, quia pro hoc curro ne in me vel in rebus meis faciat iniuriam, quod possum, ut hic aperte dicit, et est notandum» (consultato in *Ibidem*, *In secunda Digesti Veteris partem Commentaria*, Venezia, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1599, f. 150r).

6.4 Tertio principaliter ...

L'evidenza dei fatti e il peso delle citazioni dottrinali richiamate in tema di legittima difesa consentono a Giasone di passare velocemente alla terza tra le argomentazioni elaborate in favore di Livio *de Serravalle*. Con questa argomentazione egli abbandona gli ampi itinerari del diritto comune e ritorna ai temi, circoscritti al diritto statutario trevigiano, che erano stati lo specifico oggetto della *dubitatio* del podestà Malipiero.

A tale riguardo, l'*interpretatio* prospettata dal nostro *consiliator* può essere sintetizzata nel modo seguente.

La norma statutaria – osserva in primo luogo Giasone – prevede nella sua prima parte che i *banniti* possano essere uccisi impunemente, mentre nell'*additio* finale precisa che anche in assenza di bando è sufficiente produrre una condanna della vittima («ostendere condemnationem») per ottenere lo stesso effetto che si otterrebbe producendo il bando, e cioè l'impunità dell'uccisore del bandito. È pacifico che la vittima, Ercole *de Martignago*, sia stato più volte accusato e inquisito per la commissione di numerosi *maleficia*, per ciascuno dei quali avrebbe dovuto essere condannato. Citato in giudizio, Ercole non si era presentato, e dunque avrebbe dovuto essere colpito da bando, «licet factum non fuerit». Ora, l'*additio* finale alla rubrica dispone che per ottenere l'impunità basti produrre la condanna anche in assenza di bando, ma poiché la prima parte della rubrica equipara gli effetti di una condanna che avrebbe dovuto essere pronunciata a quelli di una condanna realmente pronunciata, dal combinato disposto della prima e dell'ultima parte della rubrica discende – conclude Giasone – l'impunità e quindi l'assoluzione dell'inquisito Livio *de Serravalle*⁷⁸.

Quattro «notabiles regule iuris» ampiamente presenti nell'elaborazione dottrinale confortano, secondo Giasone, l'interpretazione testé riassunta. Le prime tre *regulae* prevedono rispettivamente che: a) quando lo stesso statuto equipara un caso fittizio a un caso vero, allora lo statuto che disciplina il caso vero si applica anche al caso fittizio⁷⁹; b) quando due casi sono equiparati, tut-

⁷⁸ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125vb.

⁷⁹ La regola è ampiamente discussa da Giovanni da Imola, *Comm. ad D 35.2.1.1 ad legem Falcidiam, l. lex Falcidia*, § lex Falcidia (consultato in Id., *Lectura [...] super secunda parte Infortiati*, Lione, Vincentius de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato, 1518, f. 75r). Giasone cita *ad adiuvandum* anche Niccolò de' Tedeschi, *Comm. ad X 3.4.15 de clericis non residentibus, c. ad audientiam*: «statutum disponens in materia iuris verificatur etiam in casu ficto quando casus fictus est verus vel aequiparatur iure» (consultato in Id., *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, Venezia, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1591, f. 21r). In altro passo (*Comm. ad X 3.5.29 de praebendis, c. grave*, n. 7, ivi, f. 36v) il medesimo canonista precisa che tale estensione «de casu vero ad casum fictum illi equiparatum» è ammissibile solo quando la materia sia *favorabilis*, ma sul punto Giasone, anticipando quanto dirà di lì a poco in argomento, puntualizza che l'ambito nel quale ci si muove è appunto quello della materia *favorabilis*.

to ciò che viene stabilito per uno dei casi parificati si estende anche all'altro⁸⁰; c) una clausola prevista dal medesimo statuto spiega il significato dell'altra⁸¹. La quarta *regula* è la più importante in quanto chiarisce la portata delle prime tre. Essa si basa sul presupposto che quella disciplinata dalla rubrica statutaria trevigiana sia materia *valde favorabilis*, e cioè ispirata da una *ratio* di *favor*. Ciò comporta che lo statuto che preveda l'impunità per chi uccida un bandito, pur riguardando la materia penale di per sé *odiosa* e quindi sottratta a un'applicazione estensiva⁸², non debba però essere interpretato in modo restrittivo («*stricte*»), ma anzi debba essere applicato nella maniera più ampia possibile («*late*») poiché «*est inductum pro communi quiete et ad publicam utilitatem*»⁸³, e dunque può ben riconnettersi – aggiungiamo noi – al criterio

⁸⁰ Giasone si fonda sulla *gl. corrumpi*, ad C 6.2.20 *de furtis*, l. *si quis servo*, sulla *gl. quod vero*, ad D 1.3.14 *de legibus*, l. *quod vero*, e cita altresì la *gl. provisione*, ad VI 1.6.33 *de electione*, c. *si postquam*, § *cum autem* (in quest'ultimo caso si tratta della glossa ordinaria al Sesto di Giovanni D'Andrea, consultata in *Liber Sextus Decretalium*, Roma, in aedibus Populi Romani, 1582, col. 162). La regola vale anche «in correctoriis», secondo le indicazioni di Bartolo da Sassoferrato, *Comm. ad C 6.50.19 ad legem Falcidiam*, l. *cum certum*, aut. *sed cum testator*, n. 4 (consultato in Id., *Commentaria [...] in Secundam atque Tertiam Codicis Partem*, Venezia, [Lucantonio Giunta], 1595, f. 49r), e *Comm. ad D 36.1.3 ad senatusconsultum Trebellianum*, l. *marcellus*, n. 6 (consultato in Id., *In Secundam Infortiati Partem Commentaria*, Torino, [eredi di Niccolò Bevilacqua], 1589, f. 174v). Essa vale altresì «in penalibus», e Giasone cita in questo caso Niccolò de' Tedeschi, *Comm. ad X 3.5.28 de praebendis*, c. *de multa*, n. 18 (consultato in Id., *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, ed. cit., f. 35v).

⁸¹ Giasone cita le opinioni espresse da Angelo e Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad D 5.3.23 de hereditatis petitione*, l. *utrum* (consultate in Angelo degli Ubaldi, *Lectura [...] super prima ff veteris*, Lione, Vincentius de Portonariis [colophon: impressa per Ioannem Moylin alias de Chambray], 1534, f. 156r, n. 1, e in Baldo degli Ubaldi, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, ed. cit., f. 299r, n. 2), e di nuovo da Baldo, *Comm. ad X 2.28.41 de appellationibus*, c. *secundo requiris*, n. 3 (consultato in Id., *Super Decretalibus*, ed. cit., f. 241v).

⁸² Sulle categorie della materia *favorabilis* e della materia *odiosa*, cfr. D. Luongo, *La metodologia del Commento nei trattati sull'interpretatio iuris di età umanistica*, «AION Annali dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"». Sezione di filologia e letteratura classica», 40, 2018, pp. 197-239, in particolare pp. 207-209. Cfr. inoltre, con riferimento a un *consilium* di Bartolomeo Cipolla relativo a un caso che presenta alcune analogie con quello discusso da Giasone, Rossi, «*Ultimo supplio puniri*», cit., pp. 365-367.

⁸³ Giasone appoggia questa conclusione su Bartolo e Baldo, *Comm. ad C 3.27.2 quando liceat sine iudice*, l. *opprimendorum*. Il primo afferma che «*statuta quae permittunt exbannitos impune occidi sunt introducta pro quiete communi, et dicitur illa vindicta publica*» (consultato in Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in prima ff Veteris partem*, ed. cit., f. 109r). Baldo osserva a sua volta quanto segue: «*Notabile ibi pro quiete communi, quod ubicunque lex permittit aliquem occidi vel offendi non permittit hoc nisi propter bonum publicum*» (consultato in Baldo degli Ubaldi, *Super Primo, Secundo et Tertio Codicis Commentaria*, Lione, apud Melchiorem et Gasparem Trechsel fratres, 1539, f. 187v). Giasone conclude l'elenco di *auctoritates* con tre ulteriori citazioni di Bartolo. La prima, desunta da *Comm. ad C 2.4.40 de transactionibus*, l. *ubi pactum*, n. 10, appare particolarmente calzante rispetto al caso di specie: «*Statuto cavetur quod exbannitus possit impune offendi. Modo quidam exbannitum offendit, inquirebatur de hoc maleficio. Reus non audebat comparere ad hoc allegandum. Comparuit quidam tertius et dixit: domine, ille qui fuit offensus per talem erat exbannitus, et produxit bannum et liquidavit de banno. Ego dixi quod iudex debebat illum reum absolvere, et non potest ulterius procedere*» (consultato in Bartolo da Sassoferrato, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Torino, Apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1577, f. 63r). La seconda, tratta da *Comm. ad D 1.1.9 de iustitia et iure*, l. *omnes populi*, n. 23, afferma la non contrarietà allo *ius divinum* dello statuto che riconosce

generale espresso dalla già segnalata massima *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita*⁸⁴.

6.5 Quarto principaliter et ultimo ...

L'ultima argomentazione riprende il punto specifico relativo al dubbio se la vittima, Ercole *de Martignago*, debba o meno essere qualificato come *bannitus*. La risposta di Giasone è del tutto positiva: sebbene Ercole non sia stato formalmente bandito, nondimeno deve essere considerato alla stregua di un *bannitus* («licet bannitus non fuerit, tamen censeri debet pro bannito»). La conclusione si appoggia questa volta sul commento di Paolo di Castro a D 41.2.3.10. In tale passo il giurista (maestro – giova rammentarlo – del *dominus* di Giasone, Alessandro Tartagni), sviluppando una osservazione di Bartolo, afferma che colui che deve essere dichiarato bandito deve essere equiparato al bandito, in modo che si possa esimere dalla pena colui che lo offende⁸⁵. Anche questo è del resto – prosegue Giasone – un *casus favorabilior* da interpretare estensivamente, proprio poiché in esso si tratta di evitare la pena («Nam iste casus est favorabilior, cum tractemus de pena evitanda»)⁸⁶.

L'impunità all'uccisore del bandito: «an valeat statutum quod bannitum possit impune occidi, et certe sic quia contrarium a iure divino non statuitur» (consultato in Id., *Commentaria in prima ff Veteris partem*, ed. cit., f. 19r). La terza riguarda la produzione consiliare di Bartolo e precisamente il *consilium* 188, nella cui parte finale si legge che «quando per statutum permittitur aliquem impune offendi, est introductum principaliter in favorem Reipublicae et pro quiete communi» (consultato in Id., *Consilia, quaestiones et tractatus*, Torino, [eredi di Niccolò Bevilacqua], 1589, cons. 188, *Statuto Castri Plebis*, n. 3, f. 52v). Cfr., su quest'ultimo responso, M.G. di Renzo Villata, *Bartolo consulente nel 'penale': un'auctoritas indiscussa?*, in V. Crescenzi, G. Rossi (a cura di), *Bartolo da Sassoferrato nella cultura europea tra Medioevo e Rinascimento*, Sassoferrato, Istituto Internazionale di Studi Piceni "Bartolo da Sassoferrato", 2015, pp. 25-62, in particolare pp. 54-55. Sul medesimo *consilium* bartoliano si sofferma anche Rossi, «Ultimo supplizio puniri», cit., pp. 369-370, nota 42, con riferimento all'interrogativo, risolto positivamente, se l'*homicidium* del bandito rientri nel concetto generale di *offensio* utilizzato dal testo statutario.

⁸⁴ In ordine al nesso tra la *publica utilitas* e l'impunità riconosciuta a chi uccida un *bannitus*, Sorice (*Impune occidetur, licite occidetur?*, cit., p. 101) sottolinea come in tema di impunità per l'uccisore del bandito la «nota formula» *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita* «si fa strada come un fiume carsico nelle riflessioni della scienza giuridica». Cfr., in argomento, Bassani, *La ricerca di un "centro di gravità permanente"*, cit., pp. 79-94, in particolare p. 88, e Rossi, «Ultimo supplizio puniri», cit., p. 363. Cfr. inoltre M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 242-244, ove si fa riferimento sia al brocardo *odia sunt restringenda, favores ampliandi* sia alla rilevanza per il giurista medievale dei temi del *bonum commune* e dell'*utilitas publica*.

⁸⁵ Paolo di Castro, *Comm. ad D 41.2.3.10 de acquirenda vel amittenda possessione, l. possideri*, § si servus, nn. 2-5 (consultato in Id., *In Primam Digesti Novi Patavinae Praelectiones*, Lione, excudebat Balthazar Arnolet, 1553, f. 54v).

⁸⁶ Sul punto Giasone torna a invocare senza mediazioni dottrinali i principi generali di mitezza e di moderazione sanciti nei due passi del Digesto (D 48.19.32 e D 48.19.42) che aveva già accolto come indispensabile premessa al suo discorso. Cfr. *supra*, note 29-30 e testo corrispondente.

A dire il vero Alessandro Tartagni si era dichiarato contrario a questa interpretazione estensiva. Se infatti come regola generale l'impunità non è prevista nei dieci giorni nei quali si può impugnare la definitiva *sententia banni*, a maggior ragione ciò deve valere quando tale sentenza non sia stata ancora pronunciata. Giasone supera però con disinvoltura e senza particolare imbarazzo l'obiezione del suo *dominus*, rammentando come nel caso di specie sia proprio il combinato disposto dello statuto di Treviso e della prassi podestarile a consentire – lo abbiamo visto in precedenza⁸⁷ – di uccidere impunemente chi sia stato colpito dal primo *bannum* (provvisorio) ma non ancora dal secondo (definitivo) anche quando quest'ultimo sia stato successivamente ammesso alle difese, e a condizione che il *maleficium* commesso dal bandito ucciso sia provato⁸⁸.

7. Temi e problemi della giustizia criminale nell'età del diritto comune

Giasone chiude il *consilium* con una breve notazione nella quale conferma le conclusioni già anticipate in precedenza, e cioè che l'inquisito Livio *de Serravalle* debba essere assolto «a pena dicti homicidii». Due sono però le argomentazioni che il giurista confessa *ingenue* di ritenere più 'sicure' («magis me movent, et tutiora mihi videntur»): si tratta, e *pour cause*, delle due argomentazioni basate sui principi di diritto comune relative alla confessione del minore e alla legittima difesa⁸⁹.

Non abbiamo ulteriori informazioni sull'esito di questa vicenda giudiziaria, anche se possiamo presumere, alla luce del ruolo ordinariamente rivestito dai *consilia iudicialia*, che per buona sorte dell'inquisito essa si sia conclusa con una sentenza favorevole a Livio *de Serravalle*, conformemente ai contenuti del responso di Giasone. Non è però questo ciò che rileva. Assai più interessante ci appare quanto la lettura del responso giasoniano ci può suggerire in ordine a una serie di aspetti problematici relativi ai meccanismi di concreto funzionamento della giustizia penale in un'epoca nella quale le strutture inquisitorie hanno da tempo occupato il centro della scena del teatro penalistico.

Tre temi in particolare meritano, a sommosso avviso di chi scrive, di essere presi in considerazione. Il primo riguarda il rapporto che si instaura tra il giudice che si trova alle prese con un *dubium* il cui scioglimento richiede

⁸⁷ Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 39-40.

⁸⁸ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 126ra. Giasone non indica in quale scritto Tartagni formuli l'obiezione e sembra dunque riferirsi a insegnamenti appresi direttamente dal maestro.

⁸⁹ *Ibidem*: «Per ista quatuor fundamenta partim de iure communi, partim ex iure statuario, relinquitur concludendum quod Livius veniat absolvendus a pena dicti homicidii. Fateor tamen ingenue quod prima duo fundamenta magis me movent, et tutiora mihi videntur».

specifiche capacità e conoscenze tecnico-giuridiche e il giurista chiamato a risolvere l'*impasse*. Il secondo è suggerito dalla presenza, nel testo in esame, di continui riferimenti a istituti che rappresentano altrettanti punti nodali del sistema criminale affermatosi nell'età del diritto comune. Il terzo concerne l'utilizzo, da parte del giurista, di alcuni generalissimi principi di giustizia penale elaborati nel corso di un ormai secolare lavoro dottrinale che, sebbene ancora in pieno sviluppo negli anni di Giasone, ha già portato a numerosi e significativi risultati.

8. *Il giudice e il giurista: due diversi punti di vista*

Consideriamo innanzitutto il rapporto che in questo specifico caso si instaura tra il giudice che chiede il *consilium* e il giurista che lo rende. Tale rapporto appare condizionato dal fatto che il primo è, giova ribadirlo, un giudice 'laico', nel senso che con ogni probabilità è digiuno di specifiche conoscenze giuridiche⁹⁰ ed è stato messo di fronte a circostanze oggettive che rendono controversa l'interpretazione e l'applicazione di una particolare rubrica dello statuto cittadino. La sua unica preoccupazione è allora quella di sciogliere la puntuale *dubitatio* innescata dall'*exceptio* sollevata dall'inquisito segnalando al *consiliator* questo singolo oggetto di specifico approfondimento. A fronte di tale delimitata *dubitatio* il giurista si muove invece a 360 gradi, con una ampiezza di vedute che travalica decisamente la richiesta del giudice e si manifesta in particolare nel momento in cui egli intraprende l'esposizione delle argomentazioni favorevoli all'inquisito.

Il cambio di passo appare evidente. Applicando una sorta di gerarchia implicita fra le regole e i principi dello *ius commune* e la portata circoscritta dello *ius proprium*, Giasone enumera e discute una serie di argomenti difensivi nuovi e diversi rispetto non solo alle richieste del giudice ma anche alla stessa *exceptio* sollevata dall'inquisito. E tali argomenti sono appoggiati, come del resto consueto, su un adeguato bagaglio di autorevoli citazioni dottrinali nelle quale la parte del leone, per così dire, è svolta dai grandi nomi del Trecento e del primo Quattrocento segnalati in precedenza, da Bartolo a Angelo e Baldo degli Ubaldi, da Paolo di Castro ad Alessandro Tartagni.

Assistiamo così all'illustrazione di due *fundamenta* direttamente attinti alla tradizione giurisprudenziale e difficilmente contestabili, che si risolvono l'uno, di forma, nella inutilizzabilità della confessione del minore e l'altro, di merito, nell'applicazione della scriminante della legittima difesa. Ma anche le

⁹⁰ Rammentiamo al proposito quanto segnalato in esordio, e cioè che i podestà delle città della Terraferma veneta erano di norma privi di specifiche conoscenze tanto di *ius commune* quanto di *ius proprium*. Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 2-3.

successive argomentazioni più strettamente connesse al diritto statutario sono poi svolte attingendo alle generose fonti della giurisprudenza basso medievale. Si pensi, in via d'esempio, alla puntuale elencazione delle *regulae iuris* – di pura creazione giurisprudenziale – atte a dimostrare la fondatezza della conclusione circa la natura *favorabilis* della norma statutaria che regola il caso di specie.

Il dubbio circoscritto del giudice in questo modo si contrappone ai larghi orizzonti tecnico-scientifici del giurista, in un rapporto dialettico nel quale è il secondo che, almeno questa volta, detta le regole del gioco. Favorito dalla duplice circostanza rappresentata da un lato dall'essere chiamato a redigere un *consilium iudiciale* e dall'altro dell'avere a che fare con un magistrato privo di specifiche competenze tecniche⁹¹, Giasone ha tutto l'agio di trasferire la partita sul proprio terreno preferito e su quelle che vengono indicate come le certezze dettate dalla migliore scienza giuridica. Con l'ovvia avvertenza, per il moderno lettore, che tali certezze, proprio perché si inseriscono in un contesto giurisprudenziale, saranno sempre suscettibili di essere poste in discussione o contestate.

9. Nei meandri dell'«*ordigno criminale*» di Antico Regime

In ordine al secondo tra i temi segnalati, relativo ai punti nodali del sistema criminale di diritto comune, rileviamo come in questo *consilium* e nella vicenda processuale a esso sottesa giochino un ruolo centrale tre fra gli istituti processuali che maggiormente hanno contribuito a definire la cifra del modello processuale instauratosi a partire dall'età basso-medievale (e perpetuatosi per circa sei secoli fino all'età del riformismo settecentesco e della codificazione). Ci riferiamo alla contumacia, al bando e alla confessione, tutti presenti, seppure con diversa incidenza, nel caso in oggetto. In effetti, non pare revocabile in dubbio, a sommosso avviso di chi scrive, il fatto che i tre istituti testé enumerati, operando in stretto contatto tra di loro, abbiano giocato un ruolo fondamentale nel definire (in quanto espressione – giova sottolinearlo – della presunzione di colpevolezza) i contorni della giustizia criminale di Antico Regime, e abbiano così contribuito in modo assai pregnante a trasformare il processo penale in quella sorta di impressionate macchina repressiva per la quale Beccaria coniò l'icastica definizione di *ordigno criminale*⁹².

⁹¹ Una vicenda nella quale il rapporto dialettico tra giudice e *consiliator* appare al contrario assai più articolato e tecnicamente complesso (anche e specialmente grazie alla puntuale preparazione giuridica del magistrato) è ampiamente illustrata in O. Cavallar, *Il tiranno, i dubia del giudice, e i consilia dei giuristi*, «Archivio Storico Italiano», 155, 1997, pp. 265-345.

⁹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Nuova edizione, Torino 1994, § XVII, *Del fisco*, p. 45.

9.1 *La contumacia e il bando*

Nel caso di specie, i temi della contumacia e del bando affiorano con riferimento a entrambi i protagonisti della vicenda, l'uccisore Livio *de Serravalle* e la vittima Ercole *de Martignago*.

In ordine al primo, una delle argomentazioni che militano per la sua condanna si basa su una delle tante implicazioni negative (e neanche la più rilevante) che nel processo penale di diritto comune costellano l'istituto della contumacia, percepito come vero e proprio atto di ribellione e di sfida nei confronti dell'amministrazione della giustizia⁹³. Secondo tale argomentazione l'inquisito, non essendosi costituito «in carceribus», deve essere escluso, a mente dello statuto trevigiano (e in genere di quasi tutti gli statuti comunali), dalla facoltà di proporre eccezioni difensive di qualsiasi natura (e in particolare l'eccezione relativa alla inutilizzabilità della confessione resa dal minore). Come abbiamo visto, Giasone in questo caso è in grado di superare di slancio l'*impasse* senza dover neppure contestare l'applicabilità della norma municipale. Egli infatti indica la precisa via alternativa individuata da una diffusa e condivisa elaborazione dottrinale: in un processo basato sugli amplissimi poteri attribuiti ai titolari della *iurisdictio* è sempre possibile rivolgersi direttamente al magistrato onde «implorare officium iudicis», e di fronte a tale istanza il magistrato avrà il preciso dovere (*ex officio*, appunto) di provvedere e in particolare, in questo caso, di verificare la correttezza e la verità dell'eccezione. Del resto – conclude Giasone – lo stesso Baldo afferma *egregie* che nessun contumace può essere considerato reo confessore se in precedenza ha potuto provare la sua innocenza⁹⁴.

Per quanto riguarda invece la vittima, il *consilium* fa esplicito riferimento al fatto che, dopo essere stato accusato e inquisito per una pluralità di gravi reati, Ercole *de Martignago* non abbia risposto alle citazioni e sia dunque incorso, a causa della sua contumacia, nella tipica procedura di doppio bando, offrendo così a Livio *de Serravalle* la possibilità di invocare tramite un *procurator* l'impunità riconosciuta a chi uccida un bandito. Come ben sappiamo, è proprio il fatto che Ercole non fosse stato formalmente bandito al momento della sua uccisione (in quanto, a quanto è dato di comprendere, la

⁹³ Resta comunque controversa nella dottrina la *ratio* su cui si fonda la condanna del contumace sulla base della massima *contumax pro confesso habetur*. Se infatti per alcuni autori il reo può dirsi condannato *propter contumaciam*, altri – ad esempio Giulio Claro – sostengono che si tratti di una condanna «propter delictum». Cfr., in argomento: Cavalca, *Il bando nella prassi e nella dottrina*, cit., p. 176; Marchetti, *Testis contra se*, cit., pp. 112-113; Cavallar, «*Persuadere qui iurisperitiam non profitentur*», cit., p. 177; Dezza, *Il Granduca, i filosofi e il codice degli Irochesi*, cit., pp. 11-12.

⁹⁴ Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 51-67.

procedura non si era ancora conclusa) a indurre il podestà Malipiero a consultare Giasone sull'ammissibilità della proposta eccezione⁹⁵.

L'istituto del bando appare centrale in questo caso giudiziario, che ci consente di entrare nei complessi meccanismi di un istituto straordinariamente diffuso e inscindibilmente collegato all'ulteriore tema, relevantissimo, dell'impunità ordinariamente riconosciuta dagli ordinamenti comunali all'uccisore del bandito. La norma statutaria che attribuisce tale impunità viene assunta nel *consilium* come un dato di fatto pacifico e come una sorta di presupposto dell'intera vicenda. Essa peraltro applica un principio assai dibattuto nella dottrina, che fin dal XIII secolo aveva individuato nell'uccisione del bandito un caso esemplare di omicidio commesso *licite*. A quest'ultimo riguardo, mette conto sottolineare quel passaggio di particolare interesse nel ragionamento di Giasone nel quale il giurista sostiene l'applicazione estensiva dello statuto che stabilisce l'impunità per l'uccisore del bandito. La conclusione si fonda, come abbiamo visto, sul fatto che tale impunità sia *materia favorabilis* in quanto lo statuto in oggetto «est inductum pro communi quiete et ad publicam utilitatem»⁹⁶. Implicito ma nondimeno evidente è a questo punto il criterio di base che rende l'uccisione del bandito *licita*: esso riposa sulla già citata massima – fondativa dell'intero sistema penale del diritto comune – che recita *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita* (e in questo caso i *crimina impunita* sono, ovviamente, quelli commessi dai *banniti*)⁹⁷.

9.2 La confessione

Per quanto riguarda il tema della confessione, abbiamo già avuto modo di segnalare l'assoluta centralità dell'istituto in un meccanismo processuale quale quello di diritto comune, votato alla ricerca di una verità assoluta mediante l'ottenimento di una piena prova legale e in particolare della *regina probationum*, da conseguirsi anche mediante il ricorso alla tortura. L'individuazione dei limiti entro i quali si possa ritenere valida una confessione costituisce un aspetto indubbiamente non secondario dell'ampia opera di elaborazione dogmatica portata avanti dalla criminalistica a partire dal XIII secolo, opera che comporta, quantomeno in prospettiva, una almeno parziale limitazione degli aspetti maggiormente arbitrari dell'amministrazione della giustizia penale⁹⁸.

⁹⁵ Cfr. *supra*, note 9-12 e testo corrispondente.

⁹⁶ Cfr. *supra*, note 82-84 e testo corrispondente.

⁹⁷ Sulle riflessioni condotte sul punto dalla dottrina a partire dal XIII secolo – e in particolare sul rilevante contributo di Giovanni D'Andrea – rinviamo a Sorice, "*Impune occidetur, licite occidetur?*", cit., pp. 100-103.

⁹⁸ Si rinvia, in argomento, a Marchetti, *Testis contra se*, cit., *passim*, in particolare pp. 38-63.

Il criterio isolato da Giasone in questa vicenda, e cioè la non utilizzabilità della confessione resa dal minore, si iscrive senz'altro in tale percorso. Esso appare esemplare di come, partendo da uno spunto giustiniano, taluni sviluppi dottrinali basso medievali abbiano portato all'emersione di un principio che sembra condiviso da numerose *auctoritates*, da Angelo degli Ubaldi ad Alessandro Tartagni⁹⁹. E se è bensì vero che l'invocata regola è circoscritta alle confessioni rese dai minori ed è condizionata alla insussistenza di ulteriori elementi probatori a carico, il fatto che la soglia della minore età fosse fissata, come ben noto, a 25 anni induce a presumere che nella concreta pratica dell'amministrazione della giustizia essa – quantomeno all'epoca del *consilium* giasoniano¹⁰⁰ – potesse affacciarsi in modo non episodico, se è vero che già un secolo prima Angelo degli Ubaldi ricordava come il ricorso a tale principio risultasse, secondo le parole di Giasone, «valde notabile et cotidianum»¹⁰¹.

10. *Alcuni standard minimi per un 'giusto processo' inquisitorio?*

Un ultimo aspetto del *consilium* giasoniano che appare degno di particolare attenzione concerne il riferimento e l'utilizzo di alcuni tra i principi generali di giustizia penale che, grazie all'ingegno creativo dei giuristi, da tempo hanno cominciato ad affiorare nella criminalistica di diritto comune nel contesto della (e talora per reazione alla) progressiva affermazione di un modello inquisitorio segnato dagli ampi poteri arbitrari a esso sottesi.

Come abbiamo avuto modo di notare, Giasone imposta il proprio ragionamento difensivo enfatizzando da un lato la pratica della mitezza e la propensione ad assolvere piuttosto che condannare («in delictis [...] mitiores esse debemus et promptiores ad absolvendum quam ad condemnandum») e ammonendo dall'altro che «sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare»¹⁰². Alle spalle di entrambe le affermazioni si intravede con limpidezza l'idea che quando il caso sia dubbio il giudice debba astenersi dal condannare. Siamo evidentemente sulla strada che condurrà di lì a poco (quantomeno nel contesto dottrinale) alla definitiva affermazione della nota formula *in dubio pro reo*. Già presente in testi quattrocenteschi e in ambiti per lo più civilistici e canonistici¹⁰³, tale formula sarà largamente utilizzata nel

⁹⁹ Cfr. *supra*, note 43-48 e testo corrispondente.

¹⁰⁰ Che nella ruvida prassi penalistica del maturo diritto comune il principio in oggetto non abbia in realtà avuto vita facile è segnalato da Marchetti, *Testis contra se*, cit., in particolare pp. 53-54, nota 114.

¹⁰¹ Giasone, *cons.* I, 133, *Redemptoris nostri crucifixi*, ed. 1534, f. 125va. L'esatta espressione utilizzata da Angelo nel *Comm. ad D 42.2.6.5, de confessis, l. certum*, § in pupillo, n. 2, è «quod notabile quia cotidianum» (consultato in Id., *Lectura aurea [...] super prima ff Novi*, ed. cit., f. 50r).

¹⁰² Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 29-31.

¹⁰³ Citiamo in via d'esempio Mariano Socini seniore, *Comm. ad X 5.1.24 de accusationibus*,

corso del Cinquecento (ad esempio nelle opere di Andrea Alciato¹⁰⁴, Egidio Bossi¹⁰⁵ e Tiberio Deciani¹⁰⁶), e con sempre maggiore frequenza apparirà nei contesti penalistici.

Ulteriori analoghe dichiarazioni di principio emergono poi da vari altri passi del *consilium*. Si consideri innanzitutto l'ampia declinazione del criterio del *favor rei*: la materia penale è di per sé *odiosa* e quindi destinata a una interpretazione restrittiva, ma diventa *favorabilis* e lascia il campo a interpretazioni estensive quando uno statuto sia «inductum pro communi quiete et ad publicam utilitatem» e specialmente quando si tratti di evitare la pena («cum tractemus de pena evitanda»)¹⁰⁷. Si rifletta poi sui paletti posti al ruolo totalizzante della *regina probationum* nel momento in cui – come testé segnalato – la confessione resa da un minore viene confinata tra i mezzi di prova inutilizzabili¹⁰⁸. Si pensi infine all'invocazione dell'istituto della legittima difesa, intesa come regola assoluta che trova fondamento nello *ius naturae* (e non solo)¹⁰⁹.

Se abbandoniamo per un momento il *consilium* I, 133 e gettiamo brevemente lo sguardo su altri responsi giasoniani in materia penale, vediamo come anche altrove il giurista ricorra ai medesimi o ad altri consimili criteri. Nel *consilium* I, 137 leggiamo ad esempio che «pena mitior in dubio semper est imponenda»¹¹⁰, mentre la inutilizzabilità della confessione del minore torna

c. qualiter et quando, n. 607: «in dubio pro reo iudicandum est» (consultato in Id., *Commentaria in primam partem Lib. V Decretalium*, Venezia, apud Iuntas, 1593, f. 120r). Socini pone a base del principio un passo desunto dal *Liber Extra*, *De fide instrumentorum*, c. *Inter dilectos* (1199) [X 2.22.6]: «quum obscura sunt iura partium, consuevit contra eum, qui petitor est, iudicari» (consultato in E. Friedberg, *Corpus Iuris Canonici, Editio lipsiensis secunda*, 2 voll., Lipsiae, Tauchnitz, 1879-1881, vol. II, *Decretalium Collectiones*, col. 349). Su Mariano Socini seniore cfr. P. Nardi, *Socini (Sozzini, Soccini)*, *Mariano sr.*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. II, pp. 1881-1882, e G. Murano, *Mariano Sozzini, il vecchio (1397 ca-1467)*, in *Autographa. I.1*, cit., pp. 204-209.

¹⁰⁴ A. Alciato, *Praesumptionum Tractatus*, Lione, apud Iacobum Giuntam, 1542, p. 549: «Praesumitur in dubio pro reo». L'*editio princeps* dell'opera, composta nel primo periodo avignonese (1518-1522), venne realizzata a Lione nel 1538. Cfr. G. Rossi, *Andrea Alciato*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 106-112.

¹⁰⁵ E. Bossi, *Tractatus varii*, Venezia, apud Ioan. Baptista Hugolinum, 1584, *Titulus de favoribus defensionis*, n. 2, f. 255v: «in dubio pro reo iudicandum est». Cfr. inoltre quanto affermato nel *Titulus de fisco et privilegiis eius*, n. 74, f. 371r: «in dubio non errat qui contra fiscum iudicat». La postuma *editio princeps* dei *Tractatus varii* di Bossi († 1546) risale al 1562. Cfr. M.G. di Renzo Villata, *Bossi, Egidio*, in I. Birocchi *et. al.* (a cura di), *DBGI*, vol. I, pp. 316-319.

¹⁰⁶ T. Deciani, *Responsorum [...] Volumen Quartum*, Venezia, apud Vassallinum, 1602, *resp.* 15, f. 95r: «in dubio pro reo iudicandum» (con riferimento a D 50.17.125: «Favorabiliores rei potius quam actores habentur»). La postuma *editio princeps* del quarto volume dei *Responsa* decianeï venne realizzata nel 1594. Cfr. Pifferi, voce *Deciani, Tiberio*, cit., p. 727.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 82-84.

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 42-50.

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 68-77.

¹¹⁰ Giasone, *cons. I, 137, Formata est inquisitio*, ed. 1534, ff. 128r-129r. Su questo *consilium* – che ci offre numerose conferme delle propensioni e del *modus operandi* di Giasone nel campo della giustizia penale – si sofferma opportunamente M. Lucchesi, *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 76-80.

a rilevare nel *consilium* II, 188¹¹¹. Nel *consilium* IV, 144 si ribadisce poi, come nel *consilium* I, 133, che, anche quando siano proibite dallo statuto come conseguenza della contumacia e del bando, le difese del reo (eventualmente mediante *procuratores*) devono essere ammesse *ex officio* dal giudice, che in particolare deve sempre accogliere, sempre *ex officio*, le suppliche intese a verificare la fondatezza di eventuali eccezioni¹¹². Nel *consilium* I, 22 non manca infine di comparire la formula (forse la più celebre tra quelle di matrice romanistica invocate dai criminalisti) secondo cui «in criminalibus requiruntur probationes luce meridiana clariores»¹¹³, esemplata come noto su C 4.19.25¹¹⁴.

Sarebbe ovviamente anacronistico 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 che, come già più volte osservato, aveva cominciato a guadagnare terreno alla metà del XIII secolo sulla scorta dell’idea secondo la quale non tutti gli istituti processuali ‘ordinari’ possono essere rimossi, poiché essi rispondono a principi superiori desunti dallo *ius naturae*, dallo *ius gentium* e talora dallo *ius divinum* (anche attraverso non occasionali citazioni di passi evangelici)¹¹⁵.

Posta come doverosa avvertenza che altro è osservare come i giuristi tentassero di imbrigliare l’amministrazione della giustizia penale in una ragnatela di regole, altro è verificare l’effettiva applicazione delle stesse nella prassi, è indubbio che la criminalistica di diritto comune abbia compiuto notevoli sforzi ordinatori e formalizzanti, inducendo in anni non lontani alcuni autori a pensare, forse con un eccesso di ottimismo, alla progressiva messa a punto di

¹¹¹ Giasone, *cons.* II, 188, *Spectabilis dominus*, ed. 1534, ff. 70v-71v.

¹¹² Giasone, *cons.* IV, 144, *Statutum quartum*, ed. 1534, f. 65rv.

¹¹³ Giasone, *cons.* I, 22, *Accusatur Ioseph hebreus*, ed. 1534, ff. 25v-26r. Il *consilium* è datato 12 marzo 1477.

¹¹⁴ Cfr., in argomento, B. Schnapper, *Testes inhabiles. Les témoins reprochables dans l’ancien droit pénal*, in Id., *Voies nouvelles pour l’Histoire du droit*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 145-175, in particolare p. 147.

¹¹⁵ Si pensi, in via di mero esempio, al principio *nemo sine accusatore punitur*, che viene spesso collegato a Giovanni, 8.10, o al principio *unus testis nullus testis*, che viene riferito a Deuteronomio, 17.6 e 19.15, e ancora a Giovanni, 8.17. Sulle origini e sulle vicende di quest’ultimo principio processuale, formulato dalla dottrina giuridica del XII secolo sulla scorta tanto delle Scritture quanto di C 4.20.9, cfr. A. Padoa Schioppa, «*Unus testis, nullus testis*». *Note sulla scomparsa di una regola processuale*, «*Studia Ghisleriana. Serie speciale per il IV centenario del Collegio Ghislieri in Pavia. 1567-1967*», vol. *Studi Giuridici*, Pavia, Tipografia del libro, 1967, pp. 334-357, e A. Gouron, *Testis unus, testis nullus dans la doctrine juridique du XII^e siècle*, in *Mediaevalia Lovaniensia*, s. I, n. XXIV, Leuven, Leuven University Press, 1995, pp. 83-93.

una sorta di ‘giusto processo’ inquisitorio¹¹⁶. Tali sforzi si sono coagulati specialmente attorno a una serie di argomenti sensibili, tra i quali possiamo segnalare, senza alcuna pretesa di completezza, il tema della sussistenza e della regolarità della *citatio*¹¹⁷ e quello della possibilità di esercitare la *defensio*¹¹⁸, e hanno altresì innescato l’articolata elaborazione su ammissibilità e validità della tortura, l’altrettanto ampio dibattito relativo al bando, e le varieguate prese di posizione riconducibili alla formula *in dubio pro reo*. Al moderno osservatore resta l’impressione che il lavoro dei giuristi, talora inconsapevolmente, abbia effettivamente finito per fissare alcuni paletti all’arbitrio, e che – come accade ad esempio in tema di tortura¹¹⁹ e di bando del contumace¹²⁰ – l’elaborazione giurisprudenziale abbia contribuito a circoscrivere, nella pratica quotidiana della giustizia penale, alcuni almeno tra gli aspetti maggiormente iniqui e violenti di un modello processuale comunque destinato ad arrivare pressoché immutato nelle sue linee di fondo fino all’età delle riforme.

Come abbiamo potuto verificare, numerosi tra i punti di coagulo segnalati in precedenza sono chiaramente presenti anche nella produzione consiliare

¹¹⁶ M.R. Damaška, *La ricerca del giusto processo nell’età dell’inquisizione*, «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2012, pp. 66-27 [*The Quest for Due Process in the Age of Inquisition*, «American Journal of Comparative Law», Vol. 60, Issue 4, Fall 2012, pp. 919-954; tr. it. a cura di A. Corda]. L’autore si concentra in particolare sull’analisi del binomio *citatio-defensio* e delle relative implicazioni.

¹¹⁷ La mancata presenza o la irregolarità della citazione (ovvero, come di regola previsto, delle citazioni) inficiano, secondo la dottrina, la stessa *cognitio causae*. Costanti in argomento sono i riferimenti da un lato alle notissime *clementinae Saepe contingit*, [Clem. 5.11.2] e *Pastoralis* [Clem. 2.11.2] e dall’altro a D. 42.1.47pr: «De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet». Cfr., in argomento, Cavallar, *Il tiranno*, cit., pp. 289-298, 320-325. Per un’analisi delle due *clementinae* testé citate, cfr. K. Pennington, *The Prince and the Law. 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley Los Angeles Oxford, University of California Press, 1993, pp. 165-191.

¹¹⁸ Rammentiamo, in via di mero esempio, le valutazioni espresse da Tiberio Deciani in tema di diritto alla difesa. Il giurista udinese prende spunto da un singolare episodio autobiografico riportato dal collega Paride dal Pozzo che, mentre ricopriva la carica di giudice, attraversando un bosco aveva udito un pastore bestemmiare. Esaminati i testimoni, aveva immediatamente condannato il pastore e gli aveva fatto amputare la lingua, che era stata affissa a un albero. E tutto ciò «nulla data defensione» in quanto, secondo Paride del Pozzo, la *blasphemia* è un «crimen in quo non cadit defensio». Deciani contesta con forza tale impostazione, e afferma con decisione il principio della necessaria presenza e – per utilizzare la moderna terminologia – dell’inviolabilità della difesa, in quanto «nullum est tam grave crimen, in quo deneganda sit defensio, quia cum sit de iure naturae, tolli non potest» (T. Deciani, *Tractatus Criminalis*, 2 voll., Torino, apud haeredem Nicolai Bevilacqua, 1593, VI, 5, § 1, *Licet Paris de Puteo*, vol. II, f. 8r). Lo *ius naturae* cui fa riferimento Deciani non è ovviamente il diritto naturale della successiva tradizione groziana. In tema di concezioni giusnaturalistiche pregroziane, cfr. B. Tierney, *L’idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, il Mulino, 2002.

¹¹⁹ M. Sbriccoli, “*Tormentum idest torquere mentem*”. *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale*, in J.-C. Maire-Vigueur, C. Paravicini Bagliani (a cura di), *La parola all’accusato*, Palermo, Sellerio, 1991, pp. 17-32, consultato in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 2009, vol. I, pp. 111-128, in particolare pp. 126-128.

¹²⁰ Marchetti, *Testis contra se*, cit., pp. 198-200.

di Giasone, e in particolare nel responso oggetto delle presenti note. In esso scorgiamo i potenti riflessi di un'evoluzione dottrinale di lungo periodo ormai prossima a inserirsi nel solco della nuova cultura rinascimentale, cui Giasone – maestro di Andrea Alciato – già appartiene, nonostante le forme pienamente tradizionali della sua produzione giuridica, forme che peraltro egli maneggia con maestria e completezza¹²¹. Nel giro di alcuni decenni tale evoluzione, ravvivata dal mutato clima intellettuale, approderà ai primi risultati consapevoli e per così dire 'ideologici'. Si pensi, al riguardo, all'insorgere – secondo la felice espressione di Giorgia Alessi – dell'«indignazione degli umanisti»¹²² nei confronti dell'espandersi a livello statale del modello inquisitorio tramite le grandi legislazioni europee del XVI secolo¹²³, e si pensi specialmente ai contributi di autori quali Pierre Ayrault o Tiberio Deciani, che preannunciano il *De criminibus* di Anton Matthaeus, vero e proprio manifesto delle nuove sensibilità culturali che investiranno il pensiero penalistico europeo nel corso della grande stagione razionalista¹²⁴.

Certamente non innovativo nei moduli esteriori della sua produzione giuridica, Giasone ci appare tuttavia moderno (e aggiornato) nella nuova cultura che affiora dalle smagliature di una trama tradizionale¹²⁵, moderno nel dettato sorvegliato e arricchito da stilemi ed espressioni classicheggianti, moderno perfino nella scelta consapevole di affidare alle stampe e non a codici manoscritti la diffusione delle sue opere¹²⁶. Ma soprattutto ci appare moderno nell'ampiezza di prospettive con cui affronta i problemi della giustizia punitiva e nella costante ricerca dei *fundamenta* e delle *regulae* atti a risolverli. Da tale punto di vista Giasone si inserisce allora, e a buon diritto, nel lento e talora accidentato itinerario di scientificizzazione e di dogmatizzazione del diritto e della procedura penale che, attraversando tutta la vicenda del pensiero giuridico europeo nell'età del diritto comune, è stato anche un paziente e spesso sotterraneo percorso di incivilimento di quella «rerum criminalium materia» che, come avrebbe osservato ottant'anni più tardi Giulio Claro¹²⁷,

¹²¹ Giuzzi, *Giasone del Maino*, cit., p. 259.

¹²² G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 81.

¹²³ Ci sia consentito rinviare, su quest'ultimo tema, a E. Dezza, «*Pour pouvoir au bien de notre justice*». *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, «Diritto penale XXI secolo», I, 2002, 1, pp. 159-202, e «Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana», III, 2004, Quaderno n. 3, Nuova Serie (Diritto e Storia <<http://www.dirittoestoria.it/3/Memorie/Organizzare-ordinamento/Dezza-Processo-penale-modulo-inquisitorio.htm>>, maggio 2020).

¹²⁴ Si segnala, in argomento, l'indagine di straordinaria ampiezza di S. Pollorsi, *Recta ratione ductus. I Prolegomena al De Criminibus di Anton Matthaeus*, Pavia, Pavia University Press, 2015.

¹²⁵ Gabotto, *Giasone del Maino*, cit., p. 269, osserva con enfasi che Giasone «trasfusa per il primo nella giurisprudenza la vita e lo spirito dell'umanesimo».

¹²⁶ Giuzzi, *Giasone del Maino*, cit., p. 260.

¹²⁷ G. Claro, *Receptarum Sententiarum Liber Quintus*, Venezia, apud Ioannem Gryphium, 1568, *Practica criminalis*, f. [2r].

est [...] longe omnium quae in foro versantur pulcherrima. Nulla enim adeo frequens, nulla huic utilitate aut gravitate comparari potest, cum hic non de tritico aut oleo legato, sed de hominum fortunis, existimatione ac capite agatur, quibus rebus nihil est in orbe terrarum pretiosius.

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. Ecclesia 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-rot.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 statale», 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.

Giacomo Pace Gravina

«A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?»: “dubbi” e “certezze” sull'imputabilità minorile tra Otto e Novecento

1. *I cancelli oscuri delle età*

Il *Time* nel giugno 2004 dedicava la copertina ai «Secrets of the Teen Brain». Veniva presentato uno studio condotto su 1800 adolescenti tramite tecniche di risonanza magnetica, al fine di “scoprire” i “segreti” del cervello: era così possibile rintracciare le motivazioni dei comportamenti impulsivi dei più giovani nell'attività prevalente dell'amigdala, mentre riguardo agli adulti si confermava quella della corteccia prefrontale, area della riflessione e delle decisioni, che si sviluppa durante l'adolescenza. Il risultato della ricerca è consistito nella individuazione dell'età in cui si passa dall'instabilità adolescenziale alla maturità: tale età è stata “prodigiosamente” riconosciuta dall'esperimento nei 25 anni.

La sperimentazione ci introduce all'argomento di questo saggio, uno dei campi del diritto penale e processuale su cui l'albero del dubbio ha esteso la sua (benefica) ombra: quello della imputabilità minorile¹. Giuristi, legislatori, magistrati, avvocati hanno da sempre dovuto affrontare nodi problematici complessi ed enigmatici, come l'identificazione dell'età in cui nel minore si può riconoscere una capacità delinquenziale, l'enucleazione dei parametri per poterne stabilire con sicurezza la presenza, la necessità di assicurare in tali casi un giusto processo. Duemila anni, dal tempo dei giuristi romani, ad oggi, sono trascorsi senza farci raggiungere certezze in questo campo spinoso. Il risultato della ricerca sullo sviluppo cerebrale non è affatto tranquillizzante: l'età individuata dagli scienziati americani coincide, sorprendentemente – ma

¹ A questo tema ho dedicato uno studio monografico: *Il discernimento dei fanciulli: ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino, Giappichelli, 2000. L'apparato di note del presente saggio è volutamente ridotto: per maggiori informazioni rinvio alle note e alla bibliografia contenute nel volume.

non troppo – con quei 25 anni che rappresentavano, per l'antica Roma, l'età in cui si attingeva la capacità di ricoprire magistrature, la cui risalente memoria sopravvive perfino nel nostro sistema elettorale (al riguardo della capacità attiva per esprimere il voto relativo al Senato della Repubblica). Sovvengono, a questo proposito, le ironiche parole del fisiologo Paolo Mantegazza, di fine Ottocento:

le età non esistono in natura e noi le abbiamo fabbricate per nostro uso e consumo [...] la legge purtroppo ha bisogno di cifre e queste sono brutali, e volta per volta il giudice, gli avvocati devono sforzare quelle cifre, perché non corrispondono al vero. Infatti vi sono ragazzi di 12 anni così precoci, così intelligenti da avere tutta intera la responsabilità di quel che fanno, e abbiamo uomini di 30 anni così stupidi, cresciuti in tante tenebre d'ignoranza da avere una responsabilità minore assai di quel fanciullo! [...] Gira e rigira, psicologi e criminalisti dovranno sempre ammettere, che fra un'assoluta irresponsabilità e una responsabilità intiera e indiscutibile, vi è un periodo di transizione, in cui l'automatismo infantile è già domato dai centri moderatori cerebrali educati alla distinzione del bene dal male, ma automatismo e pieno dominio di se stessi si alternano, confondendosi spesso insieme².

Per secoli ci si è interrogati sulla possibilità di individuare il momento in cui si sviluppa l'intelligenza del fanciullo e la sua capacità di giudizio, con generosi sforzi di scienziati, medici, giuristi, che hanno cercato di negare l'evidenza della inafferrabilità di tale concetto, scegliendo più o meno arbitrariamente parametri "scientifici" per convincere anzitutto se stessi della bontà delle proprie scelte. Così ad esempio al riguardo della genesi della disciplina della imputabilità minorile nel vigente Codice Rocco: il guardasigilli, nella Relazione al Re, poteva con sicumera affermare, a proposito del termine di quattordici anni individuato come limite per l'assoluta inimputabilità, che tale età era stata indicata perché «coincide, nel maggior numero delle persone, con i fenomeni della pubertà, decisivi della formazione fisica e psichica dell'individuo». Riguardo alla maggiore età penale, fissata a diciotto anni, il guardasigilli sosteneva che «è indiscutibile poi che la maturità psichica è raggiunta nel 18° anno, così da apparire ingiustificata ogni riduzione d'imputabilità o di pena per i maggiori degli anni diciotto e minori degli anni ventuno». Età, quella dei 18 anni, in cui si poteva con certezza riconoscere la «sussistenza, nel soggetto, della capacità d'intendere e di volere, ossia della normalità psichica, che, secondo l'art. 88, è il presupposto necessario della imputabilità». Parole rassicuranti, certamente, per chi quotidianamente era angosciato dal dubbio sulla effettiva capacità delinquenziale di un minore, ma che nascondevano una realtà fatta solo del rispetto verso una antica tradizione, negata a parole ma sotterraneamente ancora viva, che aveva retto le sorti dei giudizi sui minori per secoli: l'età di quattordici anni corrispondeva già nel diritto romano alla

² Citato da U. Conti, *I minorenni delinquenti e il progetto Zanardelli*, «Il Filangieri, rivista giuridica italiana di scienza, legislazione e giurisprudenza», 13, 1888, parte II, pp. 534-535.

pubertà, ma nei fatti rappresentava la sopravvivenza del potere di un numero, il 7, e dei suoi multipli, legato proprio alle età dell'uomo e ai cicli settenari che sovrintendevano nell'antichità alla sua esistenza; l'età di diciotto anni, invece, era propria della tradizione giuridica meridionale italiana, giunta al Codice Rocco percorrendo una strada che risaliva, a ritroso, al Codice Zanardelli, a quello del Regno delle Due Sicilie del 1819, alla *Legge su i delitti e sulle pene* di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli del 1808. Nulla di effettivamente scientifico, quindi: le parole di Rocco proponevano, come verità incontestabile, una sistematica delle età che ancora ripercorreva gli antichi impervii sentieri tracciati nei secoli precedenti.

2. Il discernimento "morale"

Anche l'applicazione ai minori del parametro della capacità di intendere e di volere, che li ha attratti entro una unica categoria di imputabilità comune con gli adulti, rappresentava una forzatura rispetto ad un modello che aveva visto lentamente emergere una autonoma categoria per quella minorile: la presenza del discernimento³.

Questo traeva remota origine dal Diritto canonico medievale, più precisamente dal canone *Omnis utriusque sexus*⁴ (Concilio Lateranense IV del 1215), che imponeva l'obbligo della confessione almeno annuale dei propri peccati per ciascun fedele di ogni sesso «postquam ad annos discretionis pervenerit». Uno dei più noti canonisti, Enrico da Susa, indicava come anni *discretionis* quelli in cui si aveva la *doli capacitas*, qualificando tale momento come quello in cui il fanciullo «scit discernere inter bonum et malum, unde et iam peccare potest»⁵. Il giurista introduceva quindi una ulteriore nozione rispetto alla *doli capacitas*: la possibilità che ha il minore di discernere il bene dal male. "Discernere" non solo nell'accezione comune di distinguere, differenziare, saper giudicare, ma in una nuova configurazione, quella di saper distinguere tra i due contrari che da sempre scandiscono la morale umana⁶. Tale nozione canonistica relativa alla capacità di peccare, come un lento fiume sotterraneo scaturito dalle *Decretales*, è sfociato oltre Manica nella attività della Corte

³ Le tematiche di questo paragrafo sono sviluppate ampiamente in Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., capp. I-III.

⁴ X. 5.38.12.

⁵ Henricus de Segusio, *In quartum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, Iuntas, 1581, rist. anast. Torino, Bottega D'Erasmus, 1965, fol. 101v-102r.

⁶ Il verbo *discernere*, nel senso di *vedere distintamente, distinguere, differenziare*, e il corrispondente sostantivo *discernimento*, nell'accezione di *capacità di valutazione, di giudizio* (cfr. ad es. M. Cortelazzo, P. Zolli, voce *Discernere*, in *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli, 1980, vol. II [D-H], p. 345; ma cfr. anche *Septem linguarum Calepinus*, Patavii, Manfrè, 1731, p. 285), viene comunemente usato nel medioevo.

del Cancelliere, basata sull'*Equity*, che tanto ha contribuito a mitigare il formalismo dei tribunali di *Common Law*; per giungere infine nell'ambito delle norme che regolavano l'istituto della giuria e la decisione dei procedimenti contro bambini e ragazzi. William Blackstone, nei *Commentaries on the Laws of England*, trattando dell'età minore, affermava che, secondo il sistema penale anglosassone, il bambino «under the age of discretion» non era punibile né perseguibile penalmente. A riguardo dei *capital crimes* si distinguevano i differenti *degrees of age of discretion*: «under fourteen, though an infant shall be *prima facie* adjudged to be *doli incapax*; yet if it appear to the court and jury that he was *doli capax*, and could discern between good and evil, he may be convicted and suffer death»⁷. «To discern between good and evil»: quando gli illuministi iniziarono a guardare con favore al modello della giuria di *Common Law*, rivolsero la loro attenzione anche alla questione sul discernimento. L'aspirazione verso le istituzioni inglesi è veramente un anelito che percorre le menti dei giuristi europei più attenti ed aperti alle novità, e nel campo di questa ricerca non rimarrà a lungo senza risposta. Da questo modello illuminista il *droit revolutionnaire* trasse la sua ammirazione per l'istituto della giuria di *Common Law*, adattandola al diritto processuale penale francese⁸.

Entro breve tempo discernere il bene dal male divenne il requisito perché un minore potesse essere ritenuto responsabile di un reato, e sotto questa specie la categoria del discernimento fece il suo ingresso nel primo vero e proprio codice penale, quello rivoluzionario del 1791. Si tratta ancora di quello che ho indicato come discernimento “morale”: la mera possibilità di comprendere, per un bambino, la differenza tra ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, senza ulteriori implicazioni. Questa configurazione diverrà la protagonista degli sviluppi del diritto penale minorile della prima metà dell'Ottocento, a partire dal *Code pénal* del 1810, in stretta connessione con la relativa questione di fatto, e non di diritto, presente ugualmente ai magistrati anche negli ordinamenti che avevano rigettato il modello della giuria. Le novità rivoluzionarie si ritrovano invece nella sistematica delle età: il *Code penal* del 1791 creò una unica età di 16 anni, abolendo la prima fascia di età, quella di assoluta inimputabilità. Tale regolazione venne recepita dal *Code* del 1810, e da quelli che lo imitarono, come il Codice penale albertino del 1839; a questa configurazione si contrapposero altri sistemi ispirati al modello romanistico che prevedeva l'età di assoluta inimputabilità, come il Codice penale austriaco e la gran parte

⁷ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, XVII ed., vol. IV, London, Th. Tegg, 1830, pp. 20-24.

⁸ A. Padoa Schioppa, *I philosophes e la giuria penale*, «Nuova Rivista Storica», 70, I-II (1986), pp. 107 ss. Cfr. la p. 123: «Non è azzardato affermare che quanto negli anni seguenti, sino alla rivoluzione ed oltre, sarà conosciuto in Francia del sistema giuridico e giudiziario inglese, deriva in buona misura dalla lettura di Blackstone».

dei codici italiani preunitari⁹, a partire da quello del regno delle Due Sicilie del 1819, fino al migliore di essi, il codice penale del granducato di Toscana del 1853, largamente tributario del codice del granducato di Baden, ispirato, come vedremo tra poco, dal grande Karl Joseph Anton Mittermaier.

3. Il discernimento “legale”

Il riconoscimento del valore del parametro del discernimento “morale” muterà lungo l'Ottocento, quando la dottrina germanica, per l'impulso di Mittermaier, ne segnerà il declino, coniando una nuova versione che ho definito discernimento “legale”¹⁰. Questa configurazione richiedeva nel fanciullo la presenza di ulteriori capacità oltre la semplice distinzione tra il bene e il male, come la coscienza della anti-giuridicità del fatto compiuto, intesa a creare ulteriori garanzie a favore del minore rispetto alla precedente rappresentazione. Riguardo al problema dell'età di imputabilità, il penalista di Heidelberg affermava in un acuto saggio del 1841 che effettivamente la barriera fosse da indicare nei quattordici anni, segnati dall'ingresso nelle scuole; dallo svolgimento del rito della Confermazione religiosa (la *Confirmation* dei Paesi Protestanti, importante rito di passaggio); dalla pubertà. Il giurista sosteneva tuttavia l'opportunità di fissare il termine a dodici anni, età in cui si aveva già la possibilità di distinguere il bene dal male, a causa della criminalità – diffusa tra i dodici e i quattordici anni – che altrimenti avrebbe rischiato di rimanere impunita. Dai dodici ai sedici anni bisognava valutare la presenza del discernimento, inteso come una maturità tale da potere considerare il minore responsabile delle azioni compiute. Maturità presente quando il soggetto fosse in grado di comprendere le conseguenze e la punibilità della propria azione, in collegamento con il tipo di reato compiuto¹¹.

Pochi anni dopo la pubblicazione del saggio Mittermaier vestì i panni del legislatore: fu infatti componente della commissione che compilò il *Codice penale del Granducato di Baden*. Tra le novità del Codice, che introduceva

⁹ Sull'imputabilità nei codici preunitari italiani è specifico B. Duru, *Die Strafbarkeit minderjähriger Personen in den Partikularrechten des Königreichs Italien*, Berlin, Lit, 2018.

¹⁰ L'emersione di quello che ho individuato come discernimento “legale” è ampiamente documentata in Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., cap. IV. La configurazione da me proposta ha riscosso seguito dalla storiografia: cfr. ad es. R. Bianchi Riva, C. Storti, *L'imputabilità del minore: profili storici*, in D. Vigoni (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minore*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 25 ss., ove il § 8.1 viene espressamente intitolato: *L'età liberale: dal “discernimento morale” al “discernimento legale”*. Largamente tributario dei primi capitoli della mia monografia il volume di D. De Felice, *La costruzione istituzionale dell'interesse del minore. Processo penale, politiche e procedimenti*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹¹ C.J.A. Mittermaier, *Die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Uebertrater im Zusammenhange mit Zweckmäßigen Rettungs und Besserungsanstalten*, «Archiv des Criminalrechts», neue Folge, Halle, 1841, pp. 155-205.

una nozione di imputabilità (*Zurechnungsfähigkeit*) destinata ad una duratura fortuna, al titolo III il § 78 disponeva che ai minori di dodici anni non potevano essere imputate «le trasgressioni delle leggi penali rispetto alla pena legale». Secondo il § 79 le stesse disposizioni venivano applicate al minore tra i dodici e i sedici anni, «salvo che non risulti che egli abbia già tanto discernimento da distinguere la penalità (*Strafbarkeit*) dell'azione», nel qual caso la pena veniva sensibilmente diminuita: pena che comunque doveva essere espiata «o in stabilimenti particolari, destinati ai delinquenti giovani, o in parti separate degli stabilimenti ordinari». Il § 80 stabiliva infine la commutazione della pena di morte per i minori tra i sedici e i diciotto anni¹².

La via segnata da Mittermaier trovò sbocco anche nel nuovo codice germanico del 1871: questo disegnava un «discernimento necessario a comprendere la punibilità dell'azione», ispirato alla definizione del codice prussiano, *Unterscheidungsvermögen*. Il testo normativo in questione aveva recepito un parere della *Deputazione scientifica medica* di Prussia, secondo cui il termine dell'infanzia si doveva stabilire a dodici anni, quello dell'adolescenza a sedici, o, perfino, a diciotto anni. Su queste basi il codice distingueva un primo periodo di irresponsabilità presunta, esteso fino ai dodici anni, da un periodo di responsabilità dubbia, fino ai diciotto. Da tali presupposti Theodor Schütze, analizzando il Progetto Vigliani di Codice penale italiano, ne attaccò la partizione dell'età minore in tre fasce, ritenendone appunto sufficienti due: riguardo al discernimento ne credeva troppo ambigua la formulazione, riconoscendovi una definizione «tecnica» e sostenendo che sarebbe stata più chiara la dizione «coscienza necessaria a conoscere la punibilità dell'azione», definizione «descrittiva»¹³. Ma il problema sotteso era diverso: si trattava infatti di comprendere se con tali espressioni si era intesa una nozione relativa alla piena imputabilità «che si attribuisce ad un uomo maturo, sano di mente e conscio di sé». Secondo Schütze la nozione del discernimento «morale» non era più ritenuta sufficiente dalla scienza giuridica: si richiedeva invece un *quid pluris*, collegato alla maturità del soggetto, cioè la «coscienza della punibilità del fatto»¹⁴.

¹² Cfr. S. Vinciguerra, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Casi, fonti e studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, Serie II, 5, Padova, Cedam, 1995, pp. CLXVII-CLXIX. Il testo del codice di Baden venne compreso negli *Scritti germanici di diritto criminale*, vol. IV, Livorno, Nanni, 1847, pp. 139 ss.

¹³ Th.R. Schütze, *Le disposizioni sulla imputabilità nella moderna legislazione penale. Studi e confronti*, «Rivista penale», 3, 1875, pp. 333-341.

¹⁴ Ivi, pp. 337-339.

Anche il professore berlinese Albert Friedrich Berner si soffermava sul fondamento dell'imputabilità, individuato nella coscienza del "dovere": non identificabile soltanto nella distinzione tra "giusto" e "ingiusto", ma nella percezione del «carattere criminoso» dell'azione, in altre parole nella percezione della anti-giuridicità del fatto compiuto¹⁵.

Altre voci si levavano dalla Francia e dal Belgio, dove il dibattito sul discernimento aveva radici più antiche e profonde. Il belga Jacques Joseph Haus dedicava alcune pagine alla nozione del discernimento, inteso come «facoltà di comprendere la illegalità» del fatto, contenenti una precisa ricostruzione del discernimento nella sua configurazione "legale", e non più meramente "morale" di distinzione tra il bene ed il male. La questione del discernimento proposta alla giuria non è per Haus un inutile doppione di quella sulla colpevolezza dell'agente. Con l'obbligo di una pronuncia espressa sulla presenza o meno del discernimento, «la legge chiama in modo speciale l'attenzione del giurì sulla quistione di colpeabilità in rapporto coll'età dell'accusato; essa l'invita a procedere ad un apprezzamento speciale dello sviluppo intellettuale del minore», affermando che «questa formalità è dunque una preziosa garanzia che la legge accorda alla giovinezza»¹⁶.

La configurazione del discernimento è ormai divenuta quella "legale", come è evidente anche negli scritti del giurista francese Achille-François Le Sellyer, secondo cui lo stesso art. 66 del *Code pénal* intendeva riferirsi non solo al discernimento relativo alla moralità dell'atto compiuto, ma anche alla legalità dell'atto, sostenendo inoltre l'impossibilità di porre regole generali da cui trarre la soluzione della questione del discernimento¹⁷.

Nessuna speranza quindi per la battaglia di retroguardia ingaggiata da Francesco Carrara per salvare la visione del discernimento "morale":

¹⁵ A.F. Berner, *Trattato di diritto penale*, trad. E. Bertola, pref. L. Lucchini, II ed. ital., Milano, Vallardi, 1892, pp. 100-105: l'uomo «molto più tardi acquista la coscienza del dovere, quella maturità morale che è fondamento dell'imputabilità. Questa coscienza del dovere non consiste nella mera conoscenza che una cosa è proibita; questa maturità non è sola distinzione del giusto e dell'ingiusto [...] La maturità allora soltanto esiste, quando l'uomo concepisce il carattere criminoso della sua azione. E poiché questo carattere in alcuni reati è più facile a comprendere che in altri, così la maturità morale è un concetto relativo: può esistere per alcuni reati e non ancora per altri».

¹⁶ J.J. Haus, *Principii generali di diritto penale*, trad. E. Feo, II ed., vol. I, Napoli, Marghieri, 1877, pp. 591 ss., particolarmente p. 594: «il giovane che non aveva raggiunta la età dell'adolescenza al momento in cui commise il fatto delittuoso, non è penalmente responsabile, se non quando aveva la facoltà di conoscere la illegalità, di comprendere la natura e la importanza della sua azione».

¹⁷ A.F. Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité soit pénale, soit civile, en matière de contraventions, de délits et de crimes*, vol. I, Paris, Retaux, 1867, pp. 198-220, specie le pp. 202-203: secondo il giurista l'articolo non trattava «du discernement quant à la moralité de l'acte, c'est-à-dire, du discernement consistant à savoir qu'on fait le mal moral, mais du discernement quant à la légalité de l'acte, c'est-à-dire, quant à la gravité de l'acte aux yeux de la loi et en ce qui concerne les poursuites dont il peut devenir l'objet».

Mittermaier criticò questa formula come troppo vaga ed indefinita, e molti fra noi vennero ripetendo come cosa loro tale censura. Io comprendo che forse la parola *discernimento* possa presentarsi come ambigua ed oscura ad un Alemanno, atteso la diversità del linguaggio; ma non mi sembra che sia tale per noi italiani¹⁸.

Il grande penalista toscano non riuscì a frenare la diffusione del nuovo parametro di imputabilità minorile, e anche la penalistica italiana seguì le sirene del modello inaugurato dall'“alemanno” Mittermaier, certo più moderno e garantista nei confronti dei minori. Ma altre novità erano alle porte: i dubbi non erano affatto risolti. L'inizio del Novecento, con la drammatica emergenza della delinquenza minorile, pose all'ordine del giorno nuove e più stringenti richieste di sicurezza, cui la scienza giuridica liberale stentò a offrire risposte adeguate: la scena adesso viene occupata dai positivisti, portatori, sulla scia delle idee lombrosiane, di una nuova concezione del minore, di sicuro meno benevola. Si fanno strada istanze volte a richiedere maggiore durezza nei confronti dei minorenni delinquenti, abbandonando le problematiche ma più garantiste strade del dubbio per individuare rimedi sociali nella coscienza di una generalizzata, e perciò inutile da ricercare – e impossibile da negare –, presenza del discernimento¹⁹.

4. La “resurrezione” del discernimento

La reazione della penalistica tecnico-giuridica riportò su un alveo più ragionevole queste istanze, ma la contemporanea emersione del fascismo e della sua politica di sicurezza richiese una maggiore fermezza anche nei confronti dei minori. E così che i lavori preparatori del codice Rocco registrano discussioni interminabili sul precoce sviluppo delle nuove generazioni italiane, sulla loro scolarizzazione, sulla capacità di studiare problemi complessi, così da superare il dubbio sul discernimento a favore di nuove certezze: in tal modo viene enucleata una categoria generale dell'imputabilità tale da superarne la

¹⁸ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, vol. I, VIII ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1897, p. 211 nt. 1: «Discernimento in genere esprime la potenza di discernere il bene dal male; avere agito con discernimento esprime avere profittato di quella potenza nell'atto speciale a cui si diede la vita. Certamente il Codice toscano, che sostituì la formula avere avuto coscienza dei propri atti, usò espressioni metafisicamente e italianamente migliori. Ma chi volesse sofisticare anche sull'art. 34 di questo Codice potrebbe desiderare che si dicesse invece coscienza della pravità dei suoi atti, perché può aversi coscienza dei suoi atti quando se ne conosce la obiettività materiale senza valutarne o comprenderne la obiettività morale e giuridica; ma anche il Codice toscano non ebbe scrupolo ad accettare all'art. 37 la formula discernimento, e nessuno fra noi immaginò mai il desiderio che la legge insegnasse ai giudici il significato di quella parola, che ad ognuno anche non giurista palesa il concetto di avere agito discernendo il bene dal male e conoscendo tutte le conseguenze dei propri atti».

¹⁹ Cfr. G. Pace Gravina, *La violenza dei minori*, in S. Consoli, M. Aliotta (a cura di), *Cultura della vita e cultura della morte nella Sicilia del '900*, Firenze, Giunti, 2002, pp. 143-147.

frammentazione tra adulti, minori e sordomuti. Questa la genesi del parametro della capacità di intendere e di volere nel campo del giudizio minorile, che però ben presto ha rivelato la sua inadeguatezza concreta nei confronti di una tematica così complessa e delicata. È toccato alla giurisprudenza del secondo dopoguerra affrontare concretamente le problematiche relative alla riconoscibilità dell'esistenza della imputabilità del minore. Così sono stati proposti nuovi elementi, come la "maturità" (attinta anch'essa dal lessico della scienza penalistica germanica, già presente nell'antesignano saggio di Mittermaier dedicato a questo tema), fino a quel filone giurisprudenziale che ho altrove indicato come di "resurrezione del discernimento": la Cassazione, negli anni Ottanta del Novecento, alla ricerca di soluzioni più realistiche e più aderenti alle concrete problematiche del giudizio sui minori, ha recuperato l'antico parametro nella sua configurazione "legale", attualizzandolo con la individuazione di nuovi indicatori tali da rivelarne l'esistenza. Maturità e discernimento sono quindi rimasti in campo, per specificare meglio il parametro in crisi: quella rassicurante capacità di intendere e di volere, così elegante nella sua formulazione simmetrica, così inadeguata nella sua concreta vita e applicazione, specie nei confronti dei minori²⁰.

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? Diradate per fortuna le nebbie di alcune proposte volte ad abbassare la soglia di inimputabilità e di riforma delle competenze del Tribunale dei minori, effettuate a caldo sull'onda emozionale scaturita proprio da tali crimini – un ministro guardasigilli si era spinto ad affermare: «la riduzione della pena non sarà più di un terzo ma di un quarto. È una stretta per l'aumento della criminalità minorile. Ci sono ragazzi di 16, 17 anni, che commettono reati paragonabili in tutto e per tutto a quelli commessi dagli adulti» – si è ritornati al punto di partenza. Ad osservare le vicende italiane ci si rende conto che in effetti l'attenzione verso le problematiche minorili segue da troppo tempo un andamento discontinuo, legato solo alla periodica attenzione dei media sollevata da casi che hanno attinto una notevole risonanza.

Dinanzi ai problemi della imputabilità del minore non possiamo non renderci conto del fallimento delle disposizioni legislative e dell'affannosa corsa che giurisprudenza e dottrina affrontano continuamente per formulare nuove teorie sullo sviluppo psichico del giovane, nell'attesa di una risposta rassicurante (che però probabilmente non verrà mai) in grado di illuminarci sul

²⁰ Per chi volesse approfondire queste tematiche, mi sia consentito rinviare a Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., cap. VI.

momento in cui in un bambino si sviluppa la ragione – così come viene concepita dagli adulti – e la facoltà di rendersi conto dei propri comportamenti²¹. I parametri proposti e le soluzioni avanzate rivelano la quanto mai sfuggente essenza stessa dell'imputabilità dei minori: e non è certo un caso che l'antico discernimento – che per la sua elasticità aveva il vantaggio di essere una «scatola» che sapeva adattarsi ad un contenuto via via diverso, a seconda di come le esigenze della società e della giustizia lo volessero conformare – sia stato recuperato nuovamente per offrire ai giudici la concreta possibilità di operare. Anche nel campo del diritto civile, peraltro, la nozione di «capacità di discernimento» è stata prospettata e teorizzata con riferimento alle problematiche della minore età²².

Naturalmente tale prospettiva richiederebbe un giudice specializzato, provvisto di cognizioni specifiche, la cui preparazione sia «mirata» alla comprensione dei minori: un magistrato con esperienza diretta in tale campo, capace di interagire direttamente con il minore autore di un reato, senza demandare totalmente ad altri attori processuali questo delicatissimo compito.

²¹ Sempre attuali su questo versante le ricerche di L. de Cataldo Neuburger, *Giudicando un minore. Miti e realtà della giustizia minorile*, Milano, Giuffrè, 1984; della stessa Autrice cfr. *Analisi storico-giuridica del sistema e del processo penale minorile*, in Ead. (a cura di), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padova, Cedam, 1990, pp. 5 ss.

²² P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene, 1975, specie pp. 260 ss.; Id., voce *Capacità. Diritto privato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, V, Roma, 1988.

Marco Nicola Miletta

Ombre sull'innocenza.

La formula dubitativa nel processo penale dell'Italia liberale

1. *Il fantasma del non consta*

Il dubbio, scandiva Francesco Carnelutti, è «il germe del processo penale»¹. Esiste, però, anche un dubbio che sopravvive, coriaceo, al procedimento e che l'antica sapienza legale condensava in icastiche ammissioni (*non liquet*, *non consta* e simili) dei limiti dell'umana giustizia². Ancora ai primi dell'Ottocento, il Consiglio Legislativo del Regno Italico spiegava al viceré Eugenio Beauharnais che la scelta di adottare, nel Terzo Progetto Romagnosi di codice di procedura penale, una formula intermedia per i giudizi di alto criminale (*Non consta abbastanza che sia colpevole*, art. 492) intendeva sollevare dall'imbarazzo l'«uomo giudice», spesso inchiodato da indizi contrastanti dinanzi al dubbio tra il condannare un innocente e il rischio di «rivomitare nella società un ribaldo»: il *non liquet* non precludeva il prosieguo delle indagini e consentiva di condizionare la libertà dell'accusato³.

¹ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960, pp. 87 e 89.

² Girolamo Bellavista, *Il processo come dubbio*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n.s., X, 3, 1967, p. 764: la formula dubitativa, tanto «presuntuosamente criticata», non era che l'ammissione di umana incertezza del giudice. Ivi, p. 770: «Il trionfo [...] del dubbio nel processo, *id est*, del processo come dubbio, si verifica nella fase terminale di esso quando questo si concluda con la formula assolutoria per insufficienza di prove».

³ Ettore Dezza, *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam, 1983, p. 304; *Le fonti del codice di procedura penale del Regno Italico*, a cura di Ettore Dezza, Milano, Giuffrè, 1985, p. 365; *Codice di procedura penale del Regno d'Italia*, Milano, Dalla Reale Stamperia [1807], pp. 153-157 per alcuni esempi (artt. 492, 493, 496², 500) di impiego dell'espressione *non consta* nelle sentenze di *alto criminale*. Nelle Due Sicilie il *Codice per lo Regno (Leggi della procedura ne' giudizi penali)* contemplava (art. 277), tra le formule terminative a disposizione della Gran Corte Criminale alla fine del dibattimento, la dicitura *Non consta che abbia commesso*. Essa (ricordava Niccola Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie esposta [...] con le formole corrispondenti [...]. Parte terza Vol. II*, Napoli, Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1831, § 1072, p. 431) non era «approvata dalle leggi francesi»: e tuttavia i

Nel corso del secolo XIX, però, la rimodulazione della dialettica autorità / libertà che investì frontalmente il rito penale rese sempre più claustrofobico quel limbo in cui per secoli il potere giudiziario aveva recintato le innocenze dimidiate. Ai perenni appelli alle esigenze securitarie e repressive si contrapponeva con crescente dignità costituzionale la pretesa dell'assolto col beneficio del dubbio di evadere dall'aura di inaffidabilità etica e civica, di dileguare le ombre, di veder rispettati i valori supremi del galantomismo, della reputazione, dell'onore. Per la speciale intensità di questa polarizzazione le pagine seguenti si concentrano sulla giustizia dell'Italia liberale nell'arco cronologico compreso tra i primi due codici di rito unitari (1865-1913).

2. *Sgradite assimilazioni: la disciplina del 1865*

In quella stagione-laboratorio, a dispetto dei vantati progressi del *giure penale*, i fantasmi dei congegni d'antico regime (*non liquet*, *non consta*, *absolutio ab instantia*) ancora turbavano la memoria dei penalisti⁴, forse perché la retorica, peraltro nient'affatto corale⁵, sulla presunzione d'innocenza stentava a dispiegare i suoi effetti non solo *durante* ma anche *al termine* del processo⁶. Su «Nuova Antologia» del 1901 Luigi Lucchini se ne doleva: egli temeva che l'«empirismo atavico» mirasse a «ripristinare il *non consta* nelle sentenze definitive, a esprimere una decisione di *dubbio*» inammissibile in un «paese libero e civile»⁷.

codificatori napoletani l'avevano tratta dal *non liquet* del diritto romano, il quale non permetteva che «si confondesse con la stessa formola il reo fortunato con l'innocente perseguitato ingiustamente o per errore».

⁴ Cfr., ad es., Francesco Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Volume IV*, Torino, Fratelli Bocca, 1878², § 1198, p. 66; Enrico Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881, pp. 134-135 e ivi, p. 135, nt. 1 (criticato da Arturo Rocco: v. *infra*, § 4). Il riferimento alla storia del processo moderno si affacciava, puntuale, nelle varie edizioni del *Trattato di diritto processuale penale italiano* di Vincenzo Manzini: v. ad es. l'ed. con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume primo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, n. 7, p. 46.

⁵ Com'è noto, Enrico Ferri, *Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, Fratelli Bocca, 1892, pp. 596-597 considerava la presunzione d'innocenza il più tipico effetto delle «esagerazioni individualistiche» della scuola classica. Vincenzo Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1912, n. 40, p. 54 definiva il criterio «paradossale e contraddittorio», un'«assurdità teorica, escogitata dall'empirismo francese» ma smentita dall'«esperienza storica collettiva», la quale non mostrava affatto che la maggioranza degli'imputati fosse innocente.

⁶ Cfr. sul punto Francesco Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, Giappichelli, 2014, *Introduzione*, p. XIII; ivi, pp. 13-14, nt. 24.

⁷ Luigi Lucchini, *Giustizia per tutti. A proposito di un nuovo Codice di procedura penale*, «Nuova Antologia», 36, vol. XCVI (della raccolta CLXXX), fsc. 718 (16 novembre 1901), pp. 249-250.

D'altronde la disciplina delle pronunce dubitative tratteggiata dal primo codice 'italiano' di procedura penale, quello – mai gradito ai carrariani⁸ – del 1865, non brillava per garantismo. Essa prevedeva che il giudice dell'istruzione (camera di consiglio, giudice istruttore o sezione d'accusa) emettesse *ordinanza* di non farsi luogo a procedimento (*sentenza* nel caso della sezione d'accusa) per insufficienza d'indizi: era questa, accanto al fatto non costituente reato e alla prescrizione o estinzione dell'azione penale, una delle tre formule *terminative* del non luogo (artt. 250, 257, 434 c.p.p. 1865). Il giudice di merito, invece, pronunciava *sentenza* di assoluzione dell'imputato quando non ne fosse stata provata la reità (artt. 343 [pretore] e 393² [tribunale]); per la corte d'assise una disposizione equivalente fu introdotta dalla legge sui giurati 8 giugno 1874, n. 1938, la quale modificò l'art. 512 stabilendo che il presidente, sempre mediante *sentenza*, dichiarasse *assolto* l'accusato non solo quando i giurati lo avessero dichiarato «non colpevole» ma anche «non convinto».

Già questi riferimenti normativi lasciano intravedere in filigrana una trama lessicale sottile e sofferta⁹. In linea di massima, la dottrina riteneva che, mentre il lemma *assoluzione* indicasse lo scioglimento del nesso tra fatto (certo) e soggetto, il *non luogo a procedere* rimandasse all'oggettività del fatto materiale, alla sua indole giuridica o alla perseguibilità del reato¹⁰. Perciò l'etichetta di *assoluzione* (anziché *non luogo*) apposta dal legislatore del 1865 sulle sentenze dubitative dibattimentali non era casuale. Come si è acutamente osservato, lo «slittamento» semantico serviva ad attrarre impropriamente la

⁸ Francesco Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale*. Prolusione al corso di Diritto criminale dell'a.a. 1873-74 [12 novembre 1873], nella R. Università di Pisa, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, V, Lucca, Tipografia Giusti, 1874, p. 36 proponeva provocatoriamente, com'è noto, di «gettare alle fiamme» il c.p.p. 1865.

⁹ Silvio Longhi, *Delle formole di proscioglimento delle ordinanze e delle sentenze penali*, «Rivista Penale», XXVI, 1900, vol. 51, fsc. 2, p. 129 giudicava, al contempo, «prolisce» e carenti le formule di proscioglimento adoperate dal c.p.p. 1865.

¹⁰ Giuseppe Borsani, Luigi Casorati, *Codice di procedura penale italiano commentato [...] Libro secondo [...] Volume sesto*, Milano, Coi Tipi Luigi di Giacomo Pirola, s.d. [1884], § 1978, p. 50; Luigi Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1895, n. 321, pp. 339-340; Longhi, *Delle formole* (1900), cit. (nt. 9), p. 131. Giudicava l'impostazione lucchiniana troppo semplicistica Arturo Rocco, *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, «Rivista Penale», XXXI, 61, 1905, p. 29, nt. 2. Questi, limitando l'analisi alle sentenze dibattimentali, sosteneva che le sentenze della corte d'assise che dichiaravano l'accusato *non abbastanza convinto* appartenessero al genere *assoluzione* (ivi, p. 26); le sentenze dei cd. giudizi minori (quelli, cioè, celebrati dinanzi a tribunali e pretori) che dichiaravano non provata l'esistenza del fatto rientrassero nella tipologia del *non luogo a procedere* (ivi, p. 23). A proposito di queste ultime, Rocco precisava che costituiva dichiarazione di *non luogo*, e non assoluzione, anche la sentenza definitiva la quale non potesse escludere l'esistenza del fatto ma non lo ritenesse abbastanza provato (ivi, p. 23, nt. 3); e ciò all'opposto di quanto aveva sostenuto Saluto, *Commenti* (1878), IV, cit. (nt. 4), § 1339, p. 278. Per una spiegazione del termine *assoluzione* adoperato dall'art. 512 (come novellato dalla riforma della giuria) per contrassegnare le sentenze di non provata reità emesse dalla corte d'assise v. Longhi, *Delle formole*, cit. (nt. 9), p. 133.

non provata reità nell'area 'sogettiva' dell'*assoluzione*, in modo che, liberato – con formula dubbia – l'imputato, il procedimento potesse eventualmente riavviarsi nei confronti di altri soggetti: possibilità che sarebbe stata, invece, inibita dal *non luogo a procedere*. Al contempo, l'opzione terminologica dissimulava sottilmente la permanenza d'un dubbio a carico dell'assolto: un dubbio che lo lambiva, per l'appunto, quale soggetto in carne e ossa, e non come sfortunato compartecipe d'un processo 'fallito' per ragioni oggettive¹¹.

Il primo, vero *punctum dolens* riguardava però i proscioglimenti istruttori. L'art. 250 c.p.p. 1865, che accomunava cause di *non luogo a procedimento* piuttosto eterogenee: fatto non costituente reato, insufficienza d'indizi, azione prescritta o estinta. Secondo il Saluto, autore di uno dei testi-guida dell'esordiente processual-penalistica italiana, quella norma assimilava ordinanze definitive, quale la declaratoria che il fatto non costituisse reato; e ordinanze provvisorie, come quella che, pur prosciogliendo, restava «in attesa di ulteriori indizi di reità». Ad avviso dello studioso siciliano, meglio avrebbe fatto il codice ad adottare, per le seconde, «la formola di conservarsi gli atti in archivio sino all'acquisto di nuove prove, onde a colpo d'occhio si ve[desse] l'indole del provvedimento»¹².

Alle critiche del Saluto aderiva appieno l'altra opera di riferimento per i cultori della procedura penale, il Borsani-Casorati. «Ben diversi – confermano i due Autori – [era]no i caratteri e gli effetti» delle ordinanze di non luogo per inesistenza del reato e per insufficienza d'indizi. Le prime, fondate su «motivi di diritto», assumevano un «valore [...] assoluto»; le seconde soltanto relativo, essendo suscettibili di svanire al «sopraggiungere di nuove prove». Quanto agli effetti, solo l'assolto con formula piena poteva chiedere, *ex art. 604 c.p.p.*, la cancellazione dell'imputazione dai registri penali (v. *infra*, § 5). Per distinguere le due situazioni, proseguivano gli Autori, non restava che sobbarcarsi – come capitava spesso proprio in occasione d'una richiesta di cancellazione – una faticosa e spesso non risolutiva lettura della motivazione dell'ordinanza proscioglitrice. A tale disagio 'amministrativo' si sommava il comprensibile fastidio del cittadino prosciolto con formula piena: a costui, già «colpito dalla sciagura di una ingiusta imputazione», risultava forse indifferente – si domandavano retoricamente Borsani e Casorati – vedersi congedato con formula identica (*non luogo a procedimento*) a quella rilasciata a un «malfattore» che se l'era cavata soltanto grazie all'insufficienza d'indizi, magari carpita in virtù di «maneggi», «astuzia» o «accidentali circostanze»? Se, per dirla con Romagnosi, il procedimento preliminare rap-

¹¹ Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), pp. 33-36. Nel mancato accertamento del fatto, che dava origine al *non luogo*, l'A. (ivi, p. 32) ipotizza un retaggio dell'antica *inquisitio generalis*.

¹² Francesco Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Volume II*, Torino, Fratelli Bocca, 1882³, § 826, pp. 631-632.

presentava una forma di «cortesia» verso l'imputato, un tentativo, cioè, di risparmiargli l'angoscia del pubblico dibattimento, quale «cortesia» avrebbe mai procurato scoprirsi accostati a un «malfattore fortunato»? Sarebbe stato, dunque, opportuno – questa la larvata proposta dei due studiosi – che intervenisse la legge per differenziare la «formola dispositiva» tra le diverse ipotesi di proscioglimento istruttorio¹³.

Per uscire dall'*impasse*, Silvio Longhi suggeriva di adottare una soluzione opposta e di adoperare in tutti gli stadi e gradi del procedimento un'unica pronuncia liberatoria, del *genus* dell'assoluzione, corredata da una «enunciazione sintetica della causa» del proscioglimento: non provata reità, legittima difesa, susseguito matrimonio, remissione, prescrizione, infermità di mente etc. Il giudice avrebbe potuto dichiarare che, «*allo stato degli atti*, il prevenuto *non risulta[va] autore del fatto addebitatogli*»: affermazione conciliabile con «la riserva di ritornare sul fatto» in caso di sopravvenienza di nuove prove¹⁴.

3. Dall'istruzione al giudizio: la spada di Damocle

Prima ancora della premura per la dignità personale del proscioltto 'pieno', un motivo processuale consigliava di tener separata la posizione di chi avesse ottenuto una formula istruttorie dubitativa: il fatto che costui potesse contare su una pronuncia (l'ordinanza di non luogo *per mancanza di sufficienti indizi di reità*, art. 266 c.p.p. 1865) dal valore meramente *relativo*, la quale avrebbe perso «autorità decisoria» al sopraggiungere di nuove prove¹⁵. Tale sopravve-

¹³ Giuseppe Borsani, Luigi Casorati, *Codice di procedura italiano commentato [...]. Libro primo e secondo [...]. Volume terzo*, Milano, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola, 1878, § 949, pp. 137-139; ivi, p. 138 l'espressione «malfattore fortunato» e la citazione da Gian Domenico Romagnosi, *Progetto del codice di procedura penale pel cessato Regno d'Italia con aggiunte e riforme al medesimo [...]*, Prato, Nella Tipografia Guasto, 1838⁴, p. 251: «Il giudizio di accusa», non essenziale, rispondeva all'interesse del processato e costituiva «una *cortesia*» nei suoi confronti; affinché questi non si trovasse «tutt'ad un tratto» sottoposto a un pubblico giudizio, «per un riguardo [...] alla sua riputazione o alla sua libertà» lo si assoggettava a un «giudizio preliminare» che avrebbe valutato se «risparmiargli l'apparecchio angoscioso d'un pubblico dibattimento». I vocaboli «maneggi», «astuzia» etc. si leggono invece in Borsani-Casorati, *Codice*, VI (1884), cit. (nt. 10), § 1978, p. 51. L'eventualità che l'assolto per non provata reità fosse un «fortunato» era ventilata anche da Saluto, *Commenti* (1878), IV, cit. (nt. 4), § 1345, p. 292.

¹⁴ Longhi, *Delle formole* (1900), cit. (nt. 9), pp. 144-147. L'A. (ivi, pp. 142-143) riteneva che la proposta di differenziare i proscioglimenti istruttori mediante diciture diverse (come avveniva per le pronunce liberatorie dibattimentali) non potesse funzionare: il codice di rito, infatti, utilizzava con significati equivoci le locuzioni *non farsi luogo* e *assolvere*. Sulla proposta del Longhi era, a sua volta, perplesso Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), p. 29, nt. 2. Cfr. Morelli, *Le formole*, cit. (nt. 6), p. 116 e ivi, nt. 66.

¹⁵ A rigor di termini, l'art. 266 c.p.p. 1865 (secondo cui il proscioltto in istruttoria per insufficienti indizi di reità «non potrà più essere molestato per lo stesso fatto, salvo che sopravvengano nuove prove a suo carico») si riferiva esclusivamente al proscioltto con formula dubitativa. Come osserva Morelli, *Le formole*, cit. (nt. 6), p. 11, la scelta di precludere una ripresa del processo in tutti i casi diversi

nienza, secondo Borsani e Casorati, agiva come condizione risolutiva: prima dell'eventuale verificarsi della stessa, il giudicato conservava un valore «pieno ed assoluto», tanto che più volte la Cassazione di Napoli aveva consentito al prosciolti per insufficienza d'indizi di testimoniare al dibattimento d'un processo nel quale era stato, inizialmente, imputato¹⁶.

La giurisprudenza, però, tendeva a forzare la lettera del codice (art. 266) e a disporre la riapertura dell'istruzione anche al di fuori dell'ipotesi di proscioglimento per insufficienza d'indizi. Lo strappo veniva motivato con la necessità di badare alla sostanza delle situazioni processuali e di non lasciarsi irretire dall'«incantesimo di una formula». Come avrebbe limpidamente spiegato Finocchiaro-Aprile nella relazione al codice del 1913, il giudice dell'istruzione, «quasi movendo dal presupposto» che le formule di proscioglimento contemplate dal c.p.p. 1865 non fossero «tassative», ne escogitò altre «suggerite dal sentimento della realtà»: non luogo a procedere per *inesistenza* del fatto, per supposta *esenzione* dell'imputato da pena, per *inesistenza* o *difetto* (anziché *insufficienza*) d'indizi. Quest'ultima, in particolare, si era rivelata un'«ingegnosa soluzione», in grado di resistere a critiche e a richiami: grazie alla crasi tra *inesistenza del reato* e *insufficienza d'indizi*, il giudice si svincolava dall'imbarazzo tra la necessità di apporre una «pietra» tombale sul procedimento e il rischio d'imprimere «una macchia sul passato dell'imputato»; restava a metà del guado senza esprimere «né l'onta del dubbio, né una sicura risoluzione»; salvava i «legittimi interessi dell'imputato», ma anche quello della società a un'eventuale riapertura dell'istruzione¹⁷.

dall'insufficienza di prove era *politica*, non *logica*, nulla impedendo l'emersione di fatti nuovi anche in presenza delle altre formule di proscioglimento. E difatti la regola mutò nel c.p.p. 1913, il quale ammise, per l'appunto, la riapertura a carico di *tutti* i prosciolti. Quanto al significato da attribuire al concetto di *nuove prove*, nel c.p.p. 1865 il parametro era offerto dall'art. 445² (concernente, per la verità, la sezione d'accusa): esso precisava che tali dovevano intendersi le testimonianze, i documenti e i verbali non sottoposti, in precedenza, allo stesso ufficio e atti sia ad avvalorare le prove ritenute dapprima insufficienti sia a «sommministrare nuovi mezzi utili alla scoperta della verità». Manzini, *Manuale* (1912), cit. (nt. 5), p. 586 insisteva sulla necessità di interpretare in senso non formalistico la locuzione *nuove prove*.

¹⁶ Borsani-Casorati, *Codice*, III (1878), cit. (nt. 13), § 942, pp. 129-128. Cfr. anche Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), n. 267, p. 296; Longhi, *Delle formole* (1900), cit. (nt. 9), p. 130.

¹⁷ Rispettiv. Camillo Finocchiaro-Aprile, *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905 [...]*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Lodovico Mortara, Alessandro Stoppato, Guglielmo Vacca, Augusto Setti, Raffaele Denotaristefani, Silvio Longhi. *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume secondo [...]*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913 [d'ora in avanti: Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*], pp. 230-231 (desiderio di non schierarsi nella diatriba); ivi, p. 230 (comprensione per «gli sforzi dell'ermeneutica»); ivi, p. 231 («incantesimo»); Camillo Finocchiaro-Aprile, *Relazione a S.M. il Re [...] presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913*, in *Commento al Codice di procedura penale* cit. *supra* (in questa nt.), *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume terzo [...]*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1915 [d'ora in avanti: Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913)], p. 577 (le rimanenti considerazioni). Ai tentativi dei giudici, sotto la vigenza del c.p.p. 1865, di *sostituire* «con altre locuzioni» la formula del proscioglimento per insufficienza d'indizi accennava Pasquale

Attraverso percorsi teorici, parte della dottrina avallava indirettamente le strategie della giurisprudenza. Matteo Pescatore insegnava (1864) che l'irrevocabilità delle pronunce istruttorie di non luogo andava valutata distinguendo tra questioni di fatto e questioni di diritto: sulle prime (egli portava proprio il caso dell'insufficienza d'indizi) il «giudicato» si formava, ma «solo nei limiti della questione decisa», tanto da venir travolto se fossero emerse nuove prove; sulle seconde (ad esempio: prescrizione, estinzione) la decisione andava considerata assunta, almeno di norma, *in termini assoluti*¹⁸.

Allarmato forse dal rischio che la volatilità dei proscioglimenti istruttori divenisse la 'regola', Lucchini invitava ad attenersi al dettato codicistico. Quest'ultimo, a suo parere, prescriveva inequivocamente che, dei tre possibili motivi del non luogo a procedere istruttorio (fatto non costituente reato; azione prescritta o estinta; mancanza di «sufficienti indizi di reità»), i primi due davano luogo a ordinanze definitive, mentre il terzo procurava una dimissione non definitiva ma *condizionata* «dalla persecuzione giudiziale»: *condizionata*, s'intende, al sopraggiungere di nuove prove a carico (art. 266). Peraltro il penalista veneto considerava ingiustamente punitiva anche quest'unica ipotesi di proscioglimento condizionato: «Non sembra ragionevole lasciare indefinitamente esposto il cittadino alla mercé di un procedimento, che l'autorità giudiziaria ritiene esaurito»; inoltre, se si ammetteva l'eventualità della riapertura «in pregiudizio dell'imputato», sarebbe apparso opportuno, per simmetria, concedergliela anche a favore, perché potesse «dimostrare oggettivamente o soggettivamente la propria innocenza»¹⁹. Si noti, per inciso, che qualche anno

Tuozi, *Il nuovo codice di procedura penale commentato*, Milano, Vallardi, 1914, p. 310, nt. 2.

¹⁸ Matteo Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale [...]. Vol. I – Parte II. Procedura criminale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1864, pp. 119-120. È probabile che il Pescatore, per spiegare in che senso una pronuncia istruttoria generasse un giudicato irrevocabile soltanto «nei limiti della questione decisa», scegliesse di citare le sole dichiarazioni d'insufficienza d'indizi perché l'esempio risultava più efficace. Più espliciti (ma la loro esposizione somigliava, invero, a una semplice riflessione di teoria generale), Borsani-Casorati, *Codice*, III (1878), cit. (nt. 13), § 942, p. 128 riconoscevano un valore *relativo* a tutte le ordinanze istruttorie di proscioglimento basate su motivi *di fatto*: non solo, dunque, all'insufficienza d'indizi ma anche alla dichiarazione che l'esistenza del fatto non fosse sufficientemente stabilita. Dal suo canto Giuseppe Rebaudi, *I provvedimenti istruttori e la cosa giudicata*, «La Giustizia penale», II, 1896, coll. 1165-1169, col supporto di ampia dottrina (*École de l'exégèse*) e giurisprudenza francesi e italiane, riproponeva la dicotomia tra questioni di fatto e di diritto e riassumeva: le ordinanze di non luogo per insufficienza d'indizi erano provvisorie; le ordinanze fondate sulla mancanza d'un elemento costitutivo del reato o sull'improcedibilità erano definitive e irrevocabili, salvo l'insorgere di nuove prove che modificassero i fatti alla base della questione di diritto; non erano mai definitive, né produttive di cosa giudicata, le ordinanze escludenti il fatto materiale o la colpevolezza dell'inquisito.

¹⁹ Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), § 267, p. 296. Anche in altra sezione dell'opera (ivi, § 98, p. 110) l'A. ricordava che le pronunce istruttorie di proscioglimento meritavano il rango di regiodicata, ad eccezione (per effetto del combinato disposto degli artt. 266 e 445 c.p.p. 1865) del *non luogo* per *insufficienza d'indizi*; e coglieva l'occasione per rimarcare un'«incoerenza» tra il divieto per il prosciolto *in istruttoria* con formula dubitativa di chiedere la riapertura dell'istruzione e la facoltà, accordata invece al condannato al termine del *giudizio*, di domandare la revisione della condanna.

prima un libero docente napoletano, Giuseppe Semmola, aveva addirittura perso un concorso a cattedra per essersi azzardato a proporre la riapertura dell'istruzione anche a favore del prosciolto per insufficienza d'indizi, in modo da affrancarlo dalla perenne «incertezza»²⁰.

Confortato dalla tesi di Lucchini, su «Giustizia Penale» l'avvocato genovese Giuseppe Rebaudi richiamò al rigoroso rispetto della definitività e irrevocabilità delle ordinanze istruttorie di non luogo, ad eccezione, ovviamente, delle dichiarazioni di insufficienza d'indizi (*ex art. 266 c.p.p.*). Su questi presupposti egli dissentiva da una sentenza della Cassazione di Roma (10 giugno 1879) che, travolgendo un precedente giudicato istruttorio (e precisamente l'assoluzione d'un presunto omicida emessa da una sezione d'accusa sulla base d'un erroneo presupposto di fatto), aveva rinviato l'imputato alla corte d'assise: ad avviso dello studioso, la sezione d'accusa, nel dubbio sulle cause del decesso, aveva sbagliato a non dichiarare il non luogo per insufficienza d'indizi; però, una volta qualificata accidentale la morte, il proscioglimento doveva ormai ritenersi passato in giudicato e non più tangibile dalla Suprema Corte neppure se il fatto si fosse poi rivelato reato²¹.

Nella medesima logica di ossequio verso la regiudicata, da lui elevata a presidio della «pubblica fiducia dei cittadini», Arturo Rocco diffidava dall'applicare la riapertura del procedimento, ammessa soltanto per le ordinanze istruttorie d'insufficienza d'indizi, alle corrispondenti sentenze *di merito* di non provata reità. A una così indebita estensione gli pareva ostassero sia una «sostanziale diversità di natura» (le sentenze di merito, a differenza delle altre, erano «illuminate dalla luce» dell'oralità e del contraddittorio pubblico); sia il divieto di interpretare in via analogica norme restrittive del «libero esercizio dei diritti dei cittadini» e i «*principi generali* del diritto processuale penale» (artt. 4 e 3 delle pre-leggi c.c. 1865). Canoni che, per Rocco, convergevano verso una generale irretrattabilità della cosa giudicata²².

Del resto, per restare alle pronunce assolutorie dibattimentali, la presunzione d'innocenza – come ammetteva con qualche remora il Saluto – rendeva

Per completare la descrizione della *deminutio* processuale in cui versava il prosciolto (in istruttoria) per insufficienza d'indizi Lucchini rilevava (ivi, § 419, p. 427) come questi, non potendo contare sul passaggio in giudicato del provvedimento, restasse esposto all'ammonizione di pubblica sicurezza, alla vigilanza speciale e al domicilio coatto.

²⁰ Giuseppe Semmola, *Il diritto della difesa di fronte a un'assoluzione per insufficienza d'indizi*, «Il Filangieri», IX, 1884, pt. I, pp. 49-71 e spec. p. 50. Ho ricostruito la vicenda in *La paura del processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XVIII-XX)*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 1, 2019, *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, pp. 224-225.

²¹ Rebaudi, *I provvedimenti istruttori* (1896), cit. (nt. 18), coll. 1185-1188.

²² Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), pp. 31-32. Basti un cenno alla monografia dello stesso Arturo Rocco, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, I-II, Modena, Soliani, 1900 [e 1904].

ormai non conforme allo Statuto il rischio che sul capo dell'assolto in giudizio pesasse «la spada della giustizia [...] ad onta di una discussione formale» della causa: a carico di costui, anzi, il legislatore italiano aveva evitato di addossare le misure precauzionali del passato²³. Dal loro canto, Borsani e Casorati respingevano le critiche rivolte al codice per aver equiparato, con riferimento ai giudizi pretorili, l'assolto pieno e l'assolto per non provata reità. Essi osservavano come il passaggio in giudicato di *qualsiasi* sentenza assolutoria simboleggiasse, per l'assolto con formula dubitativa, la restaurazione *ministerio legis* della presunzione d'innocenza; e costituisse anzi, di questo principio, un riscontro concreto («una sanzione pratica»), che spazzava la «macchia indelebile» dal «presunto innocente». Se in passato – riflettevano i due Autori – si tollerava la «spada di Damocle» incombenente sull'assolto per non provata reità, ora «la legge, più equa e più umana», pretendeva che avessero «un termine le ambasce» e i danni dei cittadini processati e che questo termine scoccasse al passaggio in giudicato della sentenza di assoluzione²⁴.

La *Relazione* Finocchiaro-Aprile del 1905 non fece che constatare la tendenza da un lato a classificare come irrevocabili le sole sentenze successive al *giudizio*, dall'altro a non riconoscere alle pronunce istruttorie, «comunque [fosser]o definite, autorità di cosa giudicata». D'altra parte, aggiungeva il ministro da un'ottica di accusatorio 'puro', l'istruzione avrebbe dovuto sempre più ridursi a mera preparazione del dibattimento e approdare a sentenze [*sic*] «provvisorie». Inevitabile la conclusione: il futuro codice avrebbe consentito la riapertura dell'istruzione rispetto a *tutte* le sentenze di proscioglimento istruttorio, ragione in più per eliminare – come programmato nel Progetto 1905 – dal relativo dispositivo «l'enunciazione del motivo specifico»²⁵.

4. «*Infami ricordi*»: non liquet e scuola positiva

Nel dibattito sull'insufficienza di prove la scuola positiva s'inserì utilizzando il canale della critica alla giuria, notoriamente stigmatizzata dai pionieri

²³ Saluto, *Commenti*, IV (1878), cit. (nt. 4), § 1198, p. 66. Cfr. anche ivi, § 1345, p. 292: «Non si è creduto conveniente che l'imputato, esposto alla solennità di un pubblico dibattimento», una volta assolto in giudizio potesse esser nuovamente assoggettato «alla stessa pruova, agli stessi palpiti, alle stesse incertezze», ad angosce pregiudizievoli anche ai «rapporti sociali». Certo, ammetteva l'A., si correva così il rischio di equiparare «la condizione dell'uomo fortunato [...] a quella dell'innocente. Ma l'imperfezione delle leggi, o l'imperfezione umana» nella ricerca della verità, non dovevano «ridondare in pregiudizio de' cittadini».

²⁴ Borsani-Casorati, *Codice*, VI (1884), cit. (nt. 10), § 1978, § 1978, pp. 51-52 (l'argomento era affrontato nelle pagine dedicate al giudizio pretorile: l'art. 344 c.p.p. 1865, infatti, stabiliva che l'imputato era *assolto* dal pretore sia se non avesse commesso il fatto, sia se la sua «reità» non fosse «provata»).

²⁵ Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 231.

di questo indirizzo come vacuo simulacro della giustizia liberale. La dissertazione presentata da un giovanissimo Enrico Ferri all'Università di Torino per la libera docenza (17 dicembre 1879) proponeva di riformare il giurì consentendogli, 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»²⁶. Nella monografia del 1881 il penalista mantovano rilanciava l'idea, negando che essa contrastasse con qualche «precetto fondamentale di diritto»: «Non saprei vedere, come un individuo, che dopo la lunga trafila del processo scritto e dopo il dibattimento rimane *gravemente sospetto* [...], possa tuttavia esigere dalla società una dichiarazione di completa innocenza»; il suo solo diritto era quello di chiedere «che non lo si condanni prima di avere completate le prove della sua colpevolezza»²⁷. A partire dall'edizione del 1892 la ferriana *Sociologia criminale* puntellò la proposta aggiungendo che la dicitura *non consta* avrebbe, di riflesso, allontanato dagli assolti con formula piena quell'«ombra di diffidenza e di dubbio» percepita dalla «pubblica opinione»²⁸.

Sin dal 1881 Ferri aveva trovato una sponda nella raccolta di saggi compilata da Erio Sala in occasione della legge di riforma della giuria. In quella silloge il giurista modenese abbozzava una possibile rimodulazione dei quesiti: anziché accontentarsi della scarna alternativa tra «formola negativa o positiva», figlia del pregiudizio per cui dai giurati non si potessero pretendere «motivi e ragionamenti», sarebbe stato più proficuo domandar loro, in prima battuta, se il processato fosse colpevole; quindi, in caso di risposta negativa, se lo considerassero incolpevole perché lo *credevano innocente* ovvero *perché mancavano le prove* della colpevolezza. Per Sala la riforma, auspicabilmente da estendere a tutte le magistrature penali, avrebbe appagato l'«interesse della società» a veder mandati assolti «uomini che crede[va] indubbiamente colpevoli»; avrebbe reso i giurati più cauti nel dichiarare l'innocenza e tenuto i delinquenti «in continuo sospetto»²⁹.

L'iniziativa di Sala echeggiava i malumori anti-garantistici esplosi nel dibattito parlamentare sulla riforma della giuria (1874). In quel contesto l'ono-

²⁶ Enrico Ferri, *Cenno critico sulla giuria in Italia* [17 dicembre 1879], «Diritto Penale XXI secolo», XII, 1, 2013, p. 150.

²⁷ Ferri, *I nuovi orizzonti* (1881), cit. (nt. 4), p. 135. L'A. chiariva (ivi, nt. 1) che la proposta non intendeva ripristinare l'istituto dell'assoluzione *ab instantia*, per il quale rimandava a Leopoldo Armadori, *Dissertazione storico-critico-legale sulla questione se il cittadino inquisito o accusato di un delitto abbia dritto, di essere dichiarato innocente, quando dagli atti non risultino né prove né indizj, che lo abbia commesso*. Seconda edizione, Senigallia, pel Lazzarini, 1821.

²⁸ Ferri, *Sociologia* (1892), cit. (nt. 5), p. 603.

²⁹ Erio Sala, *Sullo istituto della giuria nei giudizi penali e sulla legge relativa 8 giugno 1874 [...]*. Volume primo, Modena, Tipografia di Vincenzo Moneti, 1875, pp. 225-226.

revoles Gaetano Spina, per esempio, non si capacitava del perché l'art. 509, mentre consentiva alla corte d'assise di rinviare la causa ad altro giurì quando ritenesse che la maggioranza dei giurati si era ingannata sul fatto principale in danno dell'accusato, non approntasse alcun correttivo per l'ipotesi speculare dell'«ingiusta assoluzione». Il deputato si accalorava: «Signori, quando un cittadino è tradotto sullo scanno dei giudicabili, non è a caso che è colpito dalla giustizia»; contro di lui erano già state «vagliate delle prove», si erano già espresse le magistrature istruttorie e la sezione d'accusa; «ogni verdetto ingiustamente assolutorio è un pugnale di piú che si affila per fare altre vittime». In appoggio a Spina, e tra i consensi della sua parte politica, il deputato della Destra Paolo Lioy paventava che l'assoluzione del reo non suscitasse altrettanta indignazione quanto la condanna dell'innocente: atteggiamento tanto piú inquietante in un'epoca che ambiva a «bruciare i Codici» e che configurava il delitto come «un gioco morboso, e non imputabile a colpa, di cellule patologiche o di viscere palpitanti»³⁰.

Sorvolando sulle stilettate all'organicismo positivistico, Ferri apprezzò la battaglia di Spina e Lioy per la riformabilità *in pejus* del verdetto assolutorio. Egli non riusciva ad accettare che la società, per effetto di un'ennesima «esagerazione dell'*in dubio pro reo*», fosse obbligata a rispettare un giudizio «assurdo» sol perché favorevole all'accusato. Come l'individuo – concludeva Ferri, agganciandosi ai discorsi dei due deputati – aveva diritto a non esser condannato senza prove, così la società aveva diritto ad assolvere l'accusato solo se l'innocenza fosse provata, «e non proclamata, per isbaglio o per sorpresa, da qualche giurato distratto, ignaro o pusillanime»³¹.

Una simile metamorfosi del verdetto suonava, alle orecchie dei penalisti liberali, come un cupo rigurgito di inquisitorio, perché avrebbe reso *provvisoria* qualsiasi decisione dibattimentale. E invece, ammoniva Emilio Brusa, «i giudizi, e i penali specialmente, non sono giochi». L'accusatorio impediva la condanna non solo dell'innocente ma anche dell'imputato della cui innocenza non si fosse «del tutto certi. Volendo dissipare questo dubbio, bisognava adoperarsi con ogni miglior cura a maturare l'accusa *prima* di portarla al dibattimento *finale*»³².

³⁰ *Rendiconti del Parlamento italiano. Sessione del 1873-74 (Terza della legislatura XI)*. Seconda edizione ufficiale riveduta. *Discussioni della Camera dei deputati. Volume III dall'11 marzo al 5 maggio 1874*, Roma, Per gli Eredi Botta, 1874, Tornata del 21 marzo 1874, *Seguito della discussione del progetto di legge sulle modificazioni all'ordinamento dei giurati [...]*, pp. 2548-2550 (Spina; ivi, pp. 2551-2553 la replica di Mancini, componente della commissione parlamentare); ivi, p. 2554 (Lioy).

³¹ Ferri, *I nuovi orizzonti* (1881), cit. (nt. 4), p. 137.

³² Emilio Brusa, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale. Riflessioni di un criticista che preferirebbe il vecchio*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1887, pp. 15-17.

Con altrettanta veemenza la «quasi sacrilega» proposta ferriana di recuperare il *non consta* per i verdetti del giurì³³ fu contestata dal fronte del nascente indirizzo tecnico giuridico. Ferri – gli rimproverava Arturo Rocco, allora giovane libero docente – non solo aveva 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». Per smentire l'assunto, Rocco ricordava che, come insegnavano i 'classici' (Lucchini, Brusa, Stoppato: ma quest'ultimo, come si vedrà *infra*, § 7, avrebbe platealmente cambiato opinione), non esiste alternativa alle coppie concettuali colpevolezza / non colpevolezza, condanna / assoluzione. «L'innocenza, in materia penale, come il torto, in materia civile, non è uno *stato positivo*, ma *negativo*», è assenza di colpevolezza; pertanto è indimostrabile. Ciò che va provato è, invece, la colpevolezza: ma se l'accusatore, che ne ha l'onere, non vi riesce, ne discende, ineluttabile, l'assoluzione. Insomma, riepilogava il giovane studioso, non faceva differenza tra provare che l'imputato non aveva commesso il reato o non provare che lo aveva commesso: non *poter* condannare comportava *dover* prosciogliere, senza stadi intermedi³⁴.

Rocco calava quindi queste linee logiche sulle concrete dinamiche giudiziarie. Il giudice, che era obbligato a risolvere in via definitiva la controversia, in caso di dubbio avrebbe dovuto scegliere tra condannare «non ostante il dubbio» o prosciogliere «non ostante la mancata certezza» dell'innocenza: «Fra le due vie chi oserà affermare che gli si debba far seguire la prima?». Restava, certo, la possibilità di accordargli il *non liquet*, di consentirgli cioè una pronuncia interlocutoria allo stato degli atti: ma quella via di fuga avrebbe travisato la funzione giudicante, trasformandola da attuativa del diritto in consultiva; avrebbe danneggiato l'interesse sociale all'autorità della cosa giudicata; avrebbe posto i cittadini imputati «in una continua e inquieta incertezza» e tramutato «ai loro occhi» la giustizia penale in strumento d'insidia anziché di protezione degli interessi di tutti. «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»³⁵.

In settori non marginali della magistratura, invece, la sirena reazionaria del ritorno al *non liquet* trovava ascolto. Bandire quel meccanismo dalla fase del

³³ Enrico Ferri, *Sociologia criminale*. Quarta edizione. Con due tavole grafiche, Torino, Fratelli Bocca, 1900, pp. 734-735.

³⁴ Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), pp. 19, nt. 2 (obiezione 'storica'); ivi, pp. 20-21, nt. 2 (obiezione 'dogmatica').

³⁵ Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), pp. 21-22, nt. 2.

giudizio – si rammaricava Vincenzo Cosenza, procuratore del re di Santa Maria Capua Vetere, nel discorso vigorosamente conservatore d'inaugurazione dell'anno giudiziario 1884 – aveva portato a «equiparare all'innocente» colui del quale non si fosse dimostrata la piena colpevolezza: si era, così, disattesa la lezione di Francesco Mario Pagano, che aveva proposto l'esilio perpetuo per il reo «indiziato e non convinto». Una simile soluzione, ammetteva il procuratore sammaritano, appariva adesso impraticabile: eppure, se il «buon senso» insegnava che «chi è nel dubbio non delibera né *pro* né *contra*, perché nei tribunali deve prevalere il principio, che il dubbio sulla reità importi pronunzia di assoluzione? [...] Chi dubita può dire solo *non liquet*»³⁶.

Cosenza faceva parte del *milieu* di positivisti 'togati' (al fianco di Garofalo, Carelli e Werber) dal quale nel 1892 sortì il primo progetto Bonacci di codice processuale penale. Questo testo, dalla circolazione semi-clandestina, dedicava due norme alle «ordinanze terminative» di proscioglimento istruttorio. La prima (art. 49) stabiliva che il giudice istruttore, qualora ritenesse gli elementi raccolti insufficienti al rinvio a giudizio, dichiarava «*allo stato degli atti non farsi luogo a giudizio*». La seconda (art. 50) gli ordinava di enunciare «espressamente nell'ordinanza» di non luogo che il fatto non costituiva reato o che l'azione penale si era prescritta o estinta o che non esistevano «indizi di reità contro l'imputato»³⁷. Il secondo progetto Bonacci (1893), rispolverando un sintagma nelle corde degli allievi di Lombroso, obbligava il giudice, qualora avesse escluso l'esistenza del fatto o riconosciuto la completa innocenza dell'imputato, a dichiarare espressamente nella ordinanza *non essere luogo a procedimento per provata innocenza* (art. 477)³⁸. Formula nella quale Luc-

³⁶ Vincenzo Cosenza, *Proposte di riforme penali*, «Archivio di Psichiatria», V, 1884, pp. 311-312. La citazione era tratta da Francesco Mario Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di Filippo Maria Paladini. Prefazione di Vincenzo Ferrone, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2009, cap. XXX, p. 112, il quale segnalava il «pericolo» che, lasciando liberi i rei non «convinti» da piena prova, il Regno fosse «inondato da un torrente di facinorosi». Il criminalista lucano suggeriva il rimedio dell'esilio perpetuo del «reo indiziato e non convinto», ferma restando la possibilità per lui di provare «ad evidenza la sua innocenza e di riprendere i dolci dritti di cittadino». È significativo che il lungo brano di Cosenza venisse letteralmente ripreso da Raffaele Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Bocca, 1885, pp. 372-373, nt. 1; Raffaele Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione* [...]. Seconda edizione interamente riordinata e rifatta dall'Autore e con un'appendice di L. Carelli, Torino, Bocca, 1891, pp. 495-496, nt. 1; Ferri, *Sociologia* (1892), cit. (nt. 5), pp. 603-605.

³⁷ Progetto di modificazioni al codice di procedura penale preparato dalla Commissione istituita presso il Ministero di Grazia e Giustizia, «Il Foro penale», II, 1892, pt. III, p. 31. Sui progetti Bonacci v. Marco Nicola Miletti, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 130-137.

³⁸ Progetto del codice di procedura penale in corso di studio presso il Ministero di grazia e Giustizia, «Il Foro penale», III, 1893, vol. III, pt. III, p. 101. L'art. 477 *bis*, ricalcando l'art. 49 del Progetto 1892, precisava che se il giudice istruttore avesse ritenuto gli elementi di prova insufficienti a rinviare a giudizio avrebbe dichiarato «*allo stato degli atti non esser luogo a pubblico giudizio*». Restavano utilizzabili (art. 478), quali formule di proscioglimento, la dichiarazione che il fatto non fosse previsto

chini lesse, *a contrario*, la pervicace negazione positivista della presunzione d'innocenza³⁹.

Non si distaccò dal modello Bonacci uno dei velleitari progetti di riforma 'settoriale' della giustizia penale presentati nell'estate del 1895 da Vincenzo Calenda, guardasigilli del quarto governo Crispi. Il ministro annunciava in Senato che in Italia si era «costantemente deplorat[a]» l'impossibilità, a causa della «mancanza di una formola esatta», di «dichiarare nell'ordinanza» istruttoria di proscioglimento «la completa innocenza o la mancanza assoluta d'indizi di reità». Piuttosto che lasciare «un'ombra di sospetto» sul nome del proscioltto per *insufficienza d'indizi*, o accettare l'empirica locuzione *inesistenza d'indizi* escogitata dalle camere di consiglio, Calenda pensava convenisse introdurre una dicitura di proscioglimento (*non risultano indizi*, art. 1 del progetto) che indicasse, appunto, la completa assenza di indizi di reità. Inoltre, «sempre nell'intento di garantire meglio la riputazione dell'uomo onesto che fu vittima di una infondata denuncia», il progetto (art. 2) conferiva all'imputato che non volesse «rassegnarsi» al proscioglimento per insufficienza d'indizi la facoltà di opporsi all'ordinanza di non luogo a procedere e di richiedere una dichiarazione (così l'art. 2 del progetto) di completa inesistenza di indizi di reità a suo carico⁴⁰.

Calenda toccava due nervi scoperti e tra loro interconnessi: la configurabilità d'un diritto a procurarsi una dichiarazione di *provata innocenza*, quasi una patente giudiziaria di ritrovata illibatezza; l'impugnabilità del proscioglimento dubitativo. A inizio Novecento uno scandalo giudiziario che lambì i vertici delle istituzioni diede a entrambe le questioni vasta risonanza.

Il 26 maggio 1901 la commissione istruttoria del Senato, costituitosi in Alta Corte di Giustizia, emise un'ordinanza di non luogo a procedere per insufficienza d'indizi nei confronti del senatore Antonino D'Antona, insigne chirurgo, imputato d'omicidio colposo per aver procurato con grave negli-

dalla legge come reato e l'estinzione dell'azione penale. Riguardo alla formula *provata innocenza*, ad es. Garofalo, *Criminologia* (1885), cit. (nt. 36), p. 483 proponeva di inserirla tra quelle a disposizione dei giurati (accanto a *reità provata* e *reità non provata*): l'A. non ne nascondeva l'equipollenza con l'*absolvo* romanistico (così come le altre due diciture gli parevano corrispondere a *condemno* e *non liquet*).

³⁹ Lucchini, *Giustizia per tutti* (1901), cit. (nt. 7), pp. 249-250. L'A. allineava con raccapriccio la *provata innocenza* del progetto Bonacci 1893 e la più recente contestazione mossa dal Garofalo al progetto Finocchiaro-Aprile.

⁴⁰ Vincenzo Calenda, [*Relazione ai*] *Progetti di legge presentati al Senato del Regno dal ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti* (Calenda V.) *nella tornata del 13 luglio 1895*. I: *Disposizioni relative alle ordinanze del giudice istruttore e della Camera di Consiglio, alle liste dei testimoni e dei periti, e alle norme del pubblico giudizio*, «Il Foro penale», IV, 1895, vol. IV, pt. III, pp. 14 (relazione) e 23-24 (schema del progetto). La misura studiata da Calenda era segnalata da Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 228. Sui progetti Calenda cfr. Miletta, *Un processo*, cit. (nt. 37), pp. 137-151; ivi, p. 140 il nesso di continuità con il taglio 'positivista' dei progetti Bonacci; ivi, p. 142 notizie sul progetto qui in esame (estate 1895).

genza, nel corso d'un intervento di laparotomia, la morte del molisano Paolo Jammarino. Facendo leva su una recente modifica del regolamento del Senato, D'Antona presentò opposizione per ottenere una formula più favorevole. Ma la commissione d'accusa del Senato, sbrogliando il groviglio tra procedure regolamentari e codice di rito, gli negò il diritto di opporsi⁴¹.

La contorta *querelle* fornì a Lucchini l'occasione per dissociarsi – com'era solito fare – da un articolo che egli stesso aveva fatto pubblicare sulla sua rivista. Lo aveva firmato un avvocato pisano, Donato Jaja, il quale, ad avviso del Direttore, era rimasto vittima del «pregiudizio molto comune e volgare» per cui «un proscioglimento istruttorio per *insufficienza d'indizi*» macchiava «la reputazione del cittadino» e lo legittimava a «pretendere una dichiarazione completa e assoluta di *provata innocenza*». Ma – eccepiva Lucchini – i procedimenti e i giudizi penali non servono a certificare l'innocenza, bensì ad accertare e, eventualmente, dichiarare la *colpabilità*⁴².

5. *Biografia morale o registro del disonore: il casellario giudiziale*

La storia della formula dubitativa nell'Italia liberale s'intreccia con quella del casellario giudiziale. Questo strumento, dal quale ci si attendeva che coniugasse l'*interesse legittimo* della società a «conservare il ricordo delle imputazioni e delle condanne» e il «diritto» del cittadino «di conservare integra la sua fama e la sua reputazione»⁴³, fu istituito con r.d. 6 dicembre 1865, n. 2644⁴⁴. Con fraseggio poco felice l'art. 1, n. 2 stabiliva che nel casellario andassero riportate, per estratto, le ordinanze e le sentenze di non luogo a pro-

⁴¹ Alta Corte di Giustizia - Commissione istruttoria permanente, 26 maggio 1901, *imp. sen. prof.* Antonino D'Antona, «Rivista Penale», XXVII, 1901, vol. 54, fsc. II (ago.), p. 224; Donato Jaja, *Il caso del professore D'Antona davanti al Senato*, «Rivista Penale», XXVIII, 1902, vol. 55, fsc. I (gen.), pp. 95-96; Alta Corte di Giustizia - Commissione istruttoria permanente, 20 giugno 1901, *pres.* Santamaria Niccolini, *rel.* Cerruti, *p.m.* Ricciuti, «Rivista Penale», XXVII, 1901, vol. 54, fsc. III (set.), pp. 337-339. La commissione d'accusa si fondò sull'art. 260 c.p.p. 1865, che accordava soltanto al procuratore del re e alla parte civile (non al prosciolto) la facoltà di opporsi all'ordinanza di non luogo a procedere.

⁴² [Luigi Lucchini], Nota a Jaja, *Il caso* (1902), cit. (nt. 41), pp. 101-102, nt. *. Dalla posizione di Lucchini avrebbe dissentito Gennaro Escobedo, *La giustizia deve non solo essere, ma apparire, serena*, «La Giustizia penale», XVI, 1910, col. 233. Sul prosieguo del processo a D'Antona, conclusosi nel 1904 con assoluzione piena, v. *Corti e Tribunali*, «Rivista Penale», XXX, 1904, vol. 59, fsc. 3, *Effemeridi*, pp. 349-350; Cass., II sez., 15 maggio 1905, *ric.* De Luca Lorenzo, «Rivista Penale», XXXI, 1905, vol. 62, fsc. 3, pp. 321-322; Escobedo, *La giustizia* (1910), cit. (in questa nt.), coll. 233-236. La vicenda è stata di recente ricostruita da Yarin Mattoni, *Un celebre caso di responsabilità medica nel Regno d'Italia: il processo al senatore D'Antona*, «Iurisdiction», 1, 2020, *Vita giudiziaria* - 3, pp. 1-24.

⁴³ Giuseppe De Nava, *Casellario giudiziale (procedura penale e regolamento giudiziario)*, in *Il Digesto italiano [...]. Volume sesto, parte seconda*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1891, p. 247.

⁴⁴ L'ideazione, quanto meno iniziale, del progetto si deve alla tenacia di Filippo Ambrosoli, *Proposta di riforma del metodo attualmente in vigore nei Tribunali del Regno per constatare le recidive degli imputati*, «Monitore dei Tribunali», III, 34 (23 agosto 1862), pp. 785-792.

cedere, tranne quelle che avessero dichiarato che il fatto non era stato provato o non costituiva reato ovvero quelle per le quali fosse stato pronunciato il provvedimento di cui all'art. 604 c.p.p. 1865. In base a quest'ultimo, l'imputato poteva chiedere che si *avessero per cancellate* (dunque non che lo fossero materialmente) le sentenze o ordinanze di assoluzione *divenute irrevocabili*, le dichiarazioni di non luogo a procedimento perché il fatto non costituiva reato o perché risultava non avvenuto o perché era provato che l'imputato non lo avesse commesso.

La bizzarra costruzione 'ad incastro' della norma non ne agevolava la decifrazione. Mentre, infatti, il decreto (dicembre 1865) dettava, *in positivo*, quali sentenze andassero iscritte nei cosiddetti *cartellini* del casellario appena varato, l'articolo del codice, entrato in vigore solo dieci giorni prima ma in realtà redatto in una fase nella quale *tutte* le informazioni giudiziarie si annotavano ancora in *registri* sparsi sul territorio nazionale, si preoccupava *in negativo* di quali sentenze già iscritte andassero cancellate⁴⁵.

Si accennava poc'anzi alle aspettative che accompagnavano il casellario. Nel discorso preparato per l'*Exposition Universelle* di Parigi del 1867 Enrico Pessina lo celebrava tra gli istituti che segnavano un progresso della scienza penale. Ma esortava a manovrarlo con misura: «La reputazione dell'uomo non può essere colpita da stigma quando non sia provata la sua reità [...]. La società dee sapere che un individuo è imputato, ma dee saperlo finché pende il processo [...] o quando il processo è ultimato con la condanna [...]. Quando per l'opposto il processo è troncato, ancora che possa essere ravvivato per il sopraggiungere di novelle prove», sarebbe stato opportuno cancellare l'imputazione. Questo principio – notava compiaciuto il giurista napoletano – era stato accolto dal c.p.p. italiano del 1865, che tuttavia non lo aveva sviluppato appieno: nel senso che l'art. 604, concedendo di chiedere la cancellazione delle sole decisioni assolutorie *irrevocabili*, sottraeva siffatta facoltà al prosciolto per insufficienza d'indizi. Restrizione che, con garbo, Pessina non condivideva: una volta terminato il procedimento, il prosciolto con formula dubitativa riacquistava appieno la presunzione d'innocenza, e questa non si conciliava certo «con il perdurare della imputazione scritta, la quale rimane[va] ad adombrare di sospetti la vita anteriore». Ad ogni modo, confidava l'autorevole penalista, «la buona via» era stata «dischiusa»: sarebbe bastato «qualche altro passo» per arrivare a certificati *netti* da qualsiasi formula d'assoluzione⁴⁶.

⁴⁵ De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), pp. 247-249. Anche Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), § 419, p. 425 invitava a tener conto, nella disagevole interpretazione dell'art. 604, che esso si riferiva ancora al «sistema dei preesistenti registri»; l'A. comunque (ivi, p. 426) ammetteva la fondatezza delle «tante critiche» rivolte all'articolo in questione.

⁴⁶ Enrico Pessina, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX [...]*, Firenze, Stabilimento Civelli, 1868, pp. 140-142.

L'argomento dell'*irrevocabilità*, peraltro, avrebbe potuto ribaltarsi a favore del prosciolto 'con dubbio'. Era vero, infatti, che il codice di rito (art. 604) autorizzava la cancellazione delle sole sentenze o ordinanze (di assoluzione o di non luogo) irrevocabili. Ma era altrettanto vero che il r.d. del 1865 (art. 1) poneva come pre-requisito generale per l'inserzione di qualsiasi pronuncia nel casellario che essa fosse *divenuta irrevocabile*. Tali, certo, non erano i proscioglimenti istruttori per insufficienza d'indizi, i quali tornavano «a nuova vita» in caso di nuovi elementi di prova sopravvenuti⁴⁷. A che titolo, dunque, iscriverli? A rigor di logica, essi avrebbero dovuto esser censiti come non cancellabili (*ex art. 604*) ma nemmeno trascrivibili (*ex art. 1*).

Un Lucchini particolarmente indignato raccontava la disavventura occorsa a un tale che, due volte prosciolto per insufficienza d'indizi, in occasione d'una nomina a giurato aveva scoperto con «grande stupore e rammarico» di non avere la fedina pulita: solo agendo in giudizio costui aveva ottenuto l'eliminazione della nota dai registri penali. Ad avviso del penalista padovano, l'amministrazione del casellario era incappata in un *errore*: sia perché la dicitura dell'art. 1, n. 2 r.d. 1865/2644 (non andavano registrate le ordinanze e sentenze di non luogo *proferite perché il fatto non è provato*) non poteva che riferirsi all'insufficienza d'indizi; sia perché, per l'appunto, l'art. 1 prescriveva la registrazione delle sole pronunce «divenute *irrevocabili*»⁴⁸.

L'auspicata estromissione dei proscioglimenti istruttori dubitativi dal casellario non era, però, solo il frutto di un'arida micro-esegesi. Per Lucchini essa era suffragata dalla storia e dalla *ratio* dell'istituto. Partito, come in Francia, come mezzo di «constatazione della recidiva», esso era divenuto in Italia anche strumento di «biografia morale del cittadino»: sarebbe stato giusto, perciò, che ospitasse le sole pronunce di proscioglimento che lasciavano intatto il fondamento dell'imputazione (desistenza dalla querela, prescrizione, amnistia etc.), non già quelle suscettibili di ulteriori sviluppi (come, per l'appunto, le pronunce di insufficienza di prove). Per di più, una giurisprudenza sempre più univoca non solo accreditava il carattere dimostrativo, e non tassativo, dell'enumerazione di cui all'art. 604 c.p.p. (ossia delle pronunce che si aveva diritto a cancellare), ma tendeva ormai a ricomprendervi le *sentenze* [dibattimentali] assolutorie per mancanza di prova: bisognava, allora, evitare

⁴⁷ Saluto, *Commenti*, IV (1878), cit. (nt. 4), § 1514, pp. 584-585. L'A. esprimeva pieno accordo con il procuratore del re a Castrovillari, Miccichè, che gli aveva scritto per chiedergli se non ritenesse «incivile» e contraria alla riservatezza dell'istruzione la conservazione nel casellario di pronunce non ancora definitive di non luogo per insufficienza d'indizi.

⁴⁸ Luigi Lucchini, *I registri penali e le pronuncie istruttorie di non farsi luogo per insufficienza d'indizi*, «La Legge», XXII-1, 1882, pp. 386-388. De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 34, p. 253 dissentiva dal primo argomento lucchiniano: a suo parere, la dicitura *il fatto non è provato* di cui all'art. 1, n. 2 r.d. 1865/2644 si riferiva all'inesistenza del fatto imputato, mentre l'insufficienza d'indizi atteneva alla colpevolezza dell'imputato per un fatto riconosciuto esistente.

un'ingiusta e assurda disparità di trattamento tra provvedimenti, cancellabili, emanati al termine del *giudizio* (ossia d'un accertamento ben più meticoloso, e garantito dal contraddittorio); e pronunce istruttorie non cancellabili, benché presumibilmente emesse con minore acribia. Per tacere infine – concludeva Lucchini – dell'impatto «sommamente illiberale e vessatorio» della trascrizione di proscioglimenti dubitativi su cittadini onesti rimasti «vittima di una inquisizione penale per futili e ingannevoli apparenze di reità o per artificiose insinuazioni»: per effetto di un'«annotazione funesta per il suo significato disonorevole», costoro si sarebbero trovati una «macchia» sul proprio «stato morale civile», peraltro maturata nel segreto istruttorio⁴⁹.

Le incongruenze normative costringevano anche la giurisprudenza ad avventurarsi in una «bizantina», «meschina indagine di ermeneutica legale» circa il carattere tassativo o dimostrativo delle ipotesi di cui all'art. 604 c.p.p. e dell'art. 1, n. 2 del regio decreto⁵⁰. Talora le giurisdizioni superiori, per valutare se accogliere istanze di cancellazione di provvedimenti dubitativi, cercavano di ancorarsi a parametri meno formalistici, quale la celebrazione – ritenuta sintomatica di decisione più meditata – d'un precedente dibattimento⁵¹. Peraltro quest'ultimo criterio avrebbe potuto ingenerare una *gravissima* disparità di trattamento tra co-imputati: poteva accadere che il *meno* indiziato, prosciolto in istruttoria, restasse esposto al rischio di riapertura del procedimento, mentre il *più* indiziato, rinviato a giudizio, fosse, alla fine, assolto e divenisse non più perseguibile né passibile di annotazione⁵².

⁴⁹ Lucchini, *I registri* (1882), cit. (nt. 48), pp. 388-389.

⁵⁰ Vincenzo Cosenza, *Relazione [...] sul casellario giudiziale*, in Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio - Direzione generale della Statistica, *Annali di Statistica - Atti della Commissione per la statistica giudiziaria civile e penale - 1ª sessione dell'anno 1895*, Roma, Tipografia nazionale di G. Bertero, 1895, Seduta del 12 maggio 1895, p. 116. Cosenza credeva che tutti gli orientamenti giurisprudenziali fossero legittimi (ivi, p. 117). Cfr. anche De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), p. 250. Per il carattere *dimostrativo* dell'elenco di cui all'art. 604 c.p.p. v. Cass. Napoli, 2 marzo 1874, *ric. p.m.*, *est.* Narici, «Rivista Penale», I, 1874, vol. I, p. 89. La Cassazione di Firenze, negli anni Ottanta, si pronunciò più volte per il carattere tassativo dell'elenco dei provvedimenti cancellabili, e dunque per la conservazione, nel casellario, delle sentenze o ordinanze d'insufficienza d'indizi: cfr., ad es., Cass. Firenze, 18 febbraio 1882, *ric.* Carnevali Giuseppe, *est.* Giordano, «Rivista Penale», VIII, 1882, vol. 16, fsc. I-II, pp. 90-98; Cass. Firenze, ud. 20 novembre 1886, *pres.* Corvi, *est.* Giorgieri, *p.m.* Sacchini, *ric. p.m.* vs. Gervasoni, «Foro It.», XII, 1887, coll. 275-278.

⁵¹ Corte d'appello di Napoli, ud. 13 marzo 1872, *ric.* Petitti, «La Legge», XII, 1872, pt. I, n. 43-44, p. 528. L'anonimo annotatore sottolineava come la giurisprudenza si fosse più volte pronunciata nel senso che, quando dalla «pubblica discussione» non fossero risultati elementi sufficienti a provare che il reo aveva commesso il fatto, l'assoluzione dubitativa dovesse produrre i medesimi effetti delle altre formule assolutorie. Per una critica all'annotatore nella scelta del precedente (una sentenza di tribunale militare) v. Francesco Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...] Volume VI*, Torino, Fratelli Bocca, 1878², n. 2129, p. 283.

⁵² Cosenza, *Proposte* (1884), cit. (nt. 36), p. 312. L'*assurdità* era già segnalata da Silvio Campani, *La cancellazione dai registri penali (Art. 604 Cod. proc. pen.)*, «Rivista Penale», II, 1876, vol. 4, fsc. giu.-lug., pp. 451-452; poi ribadita da Saluto, *Commenti*, VI (1878), cit. (nt. 51), n. 2129, pp. 284-285 («scandalosa conseguenza», tanto più considerando che nel giudizio di merito aumentava la

Nella propensione a considerare esemplificativa la lista delle pronunce 'cancellabili' ex art. 604 e dunque a largheggiare nelle cancellazioni spiccava la Cassazione di Napoli. Le ragioni di questo *favor* erano nitidamente argomentate in una pregevole sentenza del 1876. Il relatore, Michele Narici, premetteva maliziosamente che l'art. 604, situato all'interno d'un codice – quello del 1865 – emanato «in forza dei pieni poteri» e senza dibattito parlamentare, non poteva che interpretarsi col sussidio della relazione ministeriale. Da quest'ultima si evinceva che la *ratio* ispiratrice della cancellazione dai registri risiedeva nella presunzione d'innocenza⁵³.

In effetti la *Relazione* di Paolo Cortese così illustrava l'art. 604: «E non meno improntata di benevolenza e di giustizia è la disposizione che l'imputato assolto per non essere provato o non punibile il fatto, o per assoluta eliminazione di ogni responsabilità, abbia diritto di chiedere che l'imputazione sia cancellata dai registri criminali ed egli ne apparisca scevro, come per lo innanzi»⁵⁴. Questo brano, secondo Narici, mostrava che tutte le assoluzioni *irrevocabili*, inclusa la non provata reità, se conseguite al termine delle «ambasce del giudizio» conferivano «il diritto di esser presunto innocente» e di ottenere la cancellazione della pronuncia; che, rispetto ai proscioglimenti istruttori, davano egualmente titolo alla cancellazione quelli (come la dichiarazione di prescrizione) comportanti il «divieto di ogni ulteriore molestia» e la «reintegrazione nella pristina presunzione d'innocenza»; che l'elenco dell'art. 604 doveva ritenersi esemplificativo e stilato *demonstrationis causa*. Incidentalmente il consigliere bollava come «poco serio» l'assunto secondo cui i registri penali sarebbero serviti «a conservare la storia dei reati» e dunque ad annotare non solo le condanne (ai fini della recidiva) «ma anche la proclività di taluno a delinquere»⁵⁵.

«latitudine» per dimostrarsi innocenti); Lucchini, *I registri* (1882), cit. (nt. 48), p. 389; *contra* De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 33, p. 253.

⁵³ *Cass. Napoli*, 22 dicembre 1876 (*ric. proc. gen. in causa Di Lustro, pres. ed est. Narici*), «Rivista Penale», III, 1877, vol. 6, *Giurisprudenza contemporanea - I. Giudicati italiani*, pp. 60-61. Narici evocava provocatoriamente un famigerato rescritto borbonico del 10 marzo 1832, il quale stabiliva che il prosciolto dalla Gran Corte Criminale per insufficienza d'indizi non conseguiva, al termine del biennio di limitazione della libertà, un'assoluzione piena e perciò non andava «cancellato il titolo del processo» dal registro di cancelleria: Francesco De Marco, Nota a Tommaso Briganti, *Pratica criminale [...] con brevi note e commenti nel rapporto Dell'attuale Legislazione e Giureprudenza per l'avvocato Francesco De Marco. Vol. II*, Napoli, Gabriele Marotta, 1842, tit. XV, § III, nt. 1, p. 68. Sull'atteggiamento complessivo della Cassazione napoletana v. Campani, *La cancellazione* (1876), cit. (nt. 52), p. 442; De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 30, p. 252.

⁵⁴ Paolo Cortese, *Relazione sul codice di procedura penale*, in *Codice di procedura penale del Regno d'Italia colla Relazione del ministro guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 26 novembre 1865 [...]*, Firenze, Stamperia Reale - Torino, Tip. Eredi Botta, 1866, p. xxxviii.

⁵⁵ *Cass. Napoli*, 22 dicembre 1876, cit. (nt. 53), pp. 61-63. La redazione di «Rivista Penale» giudicò la sentenza della Cassazione napoletana più fedele ai principi che alla *deplorable* «lettera della legge» (ivi, p. 63). Sulla sorte, nel casellario, dei proscioglimenti per prescrizione e amnistia v. Saluto, *Commenti*, VI (1878), cit. (nt. 51), n. 2129, pp. 286-287.

Di questa e di analoghe fughe in avanti giurisprudenziali la dottrina dovette prendere atto⁵⁶. Qualche studioso che restava arroccato all'interpretazione *tassativa* dell'art. 604 faceva notare che il proscioglimento per insufficienza di prove non rientrava tra le pronunce cancellabili perché esso rimaneva, in fondo, espressione d'un semplice «principio umanitario» (evitare la punizione dell'innocente) e d'un giudizio «mite» ma «non troppo onorevole»⁵⁷.

La circolare Tajani del 12 aprile 1886, n. 1163, che raccoglieva le precedenti istruzioni in materia, 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»⁵⁸.

La mozione d'ordine calata dal Ministero trovò un ulteriore riscontro nei decreti attuativi del codice Zanardelli (r.d. 1° dicembre 1889, n. 6509, contenente disposizioni per l'attuazione del codice penale, art. 33), che lasciarono inalterata la disciplina del 1865. Eppure, protestava Lucchini, «la stessa iscrizione nel casellario è una pena, e come tale deve avere dei limiti e delle condizioni». Con particolare riguardo alla regola 'italiana' di iscrivere nel casellario i proscioglimenti (in giudizio e in istruttoria) per non luogo, «e specialmente quelli motivati dall'insufficienza della prova», l'insigne penalista tuonava: «È una specie di pena *extra ordinem* che si infligge, di stile medioevale e inquisitorio, una legge di sospetto, anti-giuridica e incivile», al pari della regola per cui la pronuncia istruttoria dubitativa non passava mai in giudicato⁵⁹. In una lettera del 6 gennaio 1895 indirizzata proprio a Lucchini, il «dottore in legge» Cesare Pugliese si chiedeva se fosse «giusto» e «lecito che un semplice *dubbio* su l'onestà di un cittadino», l'apprezzamento «arbitrario e cervellotico» d'un

⁵⁶ Saluto, *Commenti*, VI (1878), cit. (nt. 51), n. 2129, p. 283 partiva dalla rigorosa posizione secondo cui l'art. 604 c.p.p. fissava un requisito «speciale» per la cancellazione, vale a dire la prova di non aver commesso il fatto: prova di certo indisponibile nei casi d'insufficienza d'indizi. Egli tuttavia riconosceva (ivi, p. 285) che «a buon diritto» talune magistrature supreme avevano ammesso la cancellazione delle *assoluzioni* (dunque, pronunce successive al giudizio) per insufficienza di prove. Che Saluto tenesse un'opinione 'benevola' era attestato da De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 29, p. 252.

⁵⁷ Campani, *La cancellazione* (1876), cit. (nt. 52), pp. 435-441.

⁵⁸ «Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti», VII, n. 15 (14 aprile 1886), *Circolare con cui si danno istruzioni sul Casellario Giudiziale del Ministero e dei Tribunali*, 12 aprile 1886, n. 1163, pp. 130-131.

⁵⁹ Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), § 419, pp. 425-427. L'A. suggeriva (ivi, p. 427) di escludere dall'iscrizione qualsiasi tipo di pronuncia di proscioglimento, nonché contravvenzioni e delitti lievi; e di limitare i tempi dell'iscrizione.

giudice istruttore, una querela infondata, «pure presunzioni» gravassero «come una macchia indelebile» su un incolpevole e magari lo ostacolassero nel lavoro, «oggi che così aspra è la *struggle for life*»⁶⁰.

6. *Contro le stimate: la legge Lucchini (1902)*

Per aggirare la sorda resistenza del legislatore – probabilmente fomentata dall'amministrazione della giustizia – la via più praticabile consisteva nel distinguere i canali di conservazione e di accesso agli atti. Come anticipava una voce apparsa nel 1891 nel lucchiniano *Digesto Italiano*, per salvaguardare la fama del cittadino da ingiusti sospetti sarebbe bastato omettere le pronunce di insufficienza di prove nei certificati richiesti da privati o da autorità e riportarle invece in quelli indirizzati ai giudici⁶¹. Nel 1895, all'interno della commissione per la statistica giudiziaria, Vincenzo Cosenza proponeva di biforcare casellario e certificati penali: il primo avrebbe dovuto mantenere una portata omnicomprendente, i secondi sarebbero dovuti divenire selettivi quanto a fruitori e a contenuti⁶².

Lungo queste coordinate Lucchini avviò nel 1901 una riforma che si prefiggeva da un lato di circoscrivere le trascrizioni alle sole condanne vere e proprie, dall'altro di differenziare i certificati a seconda del richiedente: autorità giudiziaria da un lato, pubbliche amministrazioni e privati dall'altro. Nella relazione al disegno di legge (17 maggio 1901) lo studioso, nel lamentare le «stimate impresse nel certificato penale», osservava che nel casellario italiano, a differenza di quello francese, venivano annotate (*contaminandolo*) anche le sentenze di proscioglimento; e che anche la recente giurisprudenza della Cassazione dichiarava trascrivibili sentenze e ordinanze di insufficienza d'indizi e non provata reità, formule «già di per sé [...] assai contestabil[i]», «detriti delle vecchie procedure» che «avvelena[vano]» la vita al prosciolto e ne «compromette[vano] l'avvenire». Ancor «più assurda[a]» e «veramente enorme» era, per Lucchini, l'eventualità che, a causa delle regole concernenti

⁶⁰ *Casellario giudiziale*, «Rivista Penale», XXI, 1895, vol. 41, *Varietà*, pp. 168-170. Pugliese esortava Lucchini ad aprire un dibattito sulla rivista.

⁶¹ De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 34, p. 254. Cfr. Pietro Vico, *Del casellario giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*. Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina, *Volume terzo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, p. 599. Un precedente di differenziazione funzionale tra documenti afferenti al casellario veniva individuato [ad es. dal ministro Cocco Ortu durante il dibattito sulla legge del 1902: Atti Parlamentari della Camera dei Senatori (d'ora in avanti: AP, Senato), *Discussioni*, Legislatura XXI^a - 1^a Sessione 1900-902, Roma, Forzani e C., 1902, Tornata del 22 gennaio 1902, *Séguito della discussione del progetto di legge: «Riforma del casellario giudiziale»* (N. 222), p. 3212] nell'art. 33² r.d. 1^o dicembre 1889 (decreto di attuazione del c.p.), in base al quale «i certificati di penalità» non dovevano «indicare le condanne per contravvenzione se non quando [fossero] richiesti dalla pubblica Autorità».

⁶² Cosenza, *Relazione* (1895), cit. (nt. 50), pp. 139, 141, 145-146, 148, 164.

la notifica e la contumacia, l'assoluzione per non provata reità fosse pronunciata senza che l'imputato ne avesse notizia o fosse interrogato o almeno «chiamato» dal giudice istruttore: non pochi «disgraziati» si scoprivano «macchiati» nel casellario giudiziale senza alcun «sentore» e «collocati nella bolgia dei cosiddetti *pregiudicati*». Lucchini proponeva perciò di espungere dal futuro certificato penale «nel modo piú assoluto [...] tutte le pronunzie di proscioglimento, sieno di assoluzione o di non farsi luogo»⁶³.

Il cammino parlamentare del disegno di legge non fu scorrevole. Per dare un'idea della temperatura registratasi alla Camera, si pensi che l'impetuoso deputato Stanislao Monti Guarnieri, avvocato marchigiano, affermò tra le proteste dei colleghi: «Quando il magistrato assolve un cittadino [...] per insufficienza di indizi, quella stessa declaratoria vi dice che quel cittadino non è un galantuomo». Il magistrato molisano Edoardo Cimorelli si chiedeva retoricamente se non interessasse alla giustizia penale «conoscere tutto quanto il passato di un individuo»; si lasciava sfuggire che, talvolta, una precedente pronuncia di insufficienza d'indizi induceva a condannare il prevenuto per un reato della stessa indole; si diceva però disponibile a tener ferme nel certificato penale le «stimate» del proscioglimento dubitativo soltanto per la durata della prescrizione, in modo da correggere il recente indirizzo rigorista della Cassazione unica. Dal fronte garantista, invece, Pietro Nocito, d'accordo con Lucchini, definiva «mostruosità», partorita dal lavoro della giurisprudenza sul decreto del 1865, l'inserimento nel certificato penale delle pronunce di non provata reità e di insufficienza d'indizi⁶⁴.

Nella replica, Lucchini si rammaricò che un magistrato come Cimorelli fornisse una lettura tendenzialmente colpevolista della pronuncia d'insufficienza d'indizi, e colse l'occasione per proclamare che la presunzione d'innocenza restava la sola «teoria possibile» in «una società civilmente ordinata». Alla

⁶³ Atti del Parlamento italiano, *Camera dei deputati* [d'ora in avanti: AP, Camera], *Sessione 1900-901 (1ª della XXI Legislatura), Discussioni - Volume IV dal 30 aprile al 24 maggio 1901*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1901, Tornata del 17 maggio 1901, pp. 3942-3948; ivi, p. 3943 (stimate); pp. 3944-3945 (ampliamento giurisprudenziale); 3946 («ombra sinistra»; «bolgia»; detriti; inconsapevolezza dell'interessato); 3947 (proposta). Come ricordava Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 228, e ivi, ntt. 1-2, nel corso degli anni, per attuire l'effetto-sorpresa, erano state studiate possibili contromisure, come quella – maturata tra gli esperti di statistica giudiziaria – di subordinare la dichiarazione (istruttoria) di non luogo per insufficienza d'indizi all'interrogatorio dell'imputato, o di concedere a quest'ultimo un gravame.

⁶⁴ AP, Camera, *Sessione 1900-901 (1ª della XXI Legislatura), Discussioni - Volume VII dal 27 novembre al 22 dicembre 1901*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1902, Tornata di martedì 3 dicembre 1901, *Discussione della riforma del casellario giudiziale*, p. 6376 (Monti Guarnieri); ivi, pp. 6384-6386 (Cimorelli); ivi, p. 6376 (Nocito). Si noti che, al Senato, il fiorentino Carlo Municchi lanciava l'allarme sul rischio d'un uso improprio dei certificati durante i processi: da un'attestazione di assoluzione per insufficienza di prove un giurato, ad esempio, «giudice [...] d'impressione», avrebbe potuto trarre elementi per rafforzare la sua sensazione di colpevolezza [AP, Senato, *Discussioni*, cit. (nt. 61), Tornata del 21 gennaio 1902, pp. 3200-3201].

maldicenza del deputato napoletano Francesco Aguglia, secondo il quale una sequenza di più assoluzioni per non provata reità non poteva che costituire un indice di colpevolezza, il relatore obiettò che il dato, semmai, comprovava la frequenza statistica degli insuccessi giudiziari: solo il 60-65% dei procedimenti giungeva a giudizio; il 30-35% arrivava a condanna, e ancor meno quelli relativi a reati gravi. Il fraintendimento di Aguglia ricordava a Lucchini l'intercalare di Mancini: «Oh, i fatti non si possono cambiare, ma le ragioni!»⁶⁵.

All'inizio del 1902 il dibattito si spostò al Senato. Il 21 gennaio Tancredi Canonico, presidente di cassazione a Roma, tenne un intervento poco in linea con le sue matrici liberali. Per nulla intimorito dal consueto argomento della «macchia indelebile» da risparmiare al prosciolto, egli invitava a distinguere: davanti alla giustizia penale, un'innocenza presunta non era ancora un'innocenza «accertata»; davanti alla «società civile», non v'era da meravigliarsi che la formula dubitativa scemasse la fiducia nel destinatario. «Prendereste voi per vostro cassiere chi fosse stato implicato in un processo per ammanco di cassa, solo perché fu prosciolto per insufficienza di prove? [...] Io [...] ne sceglierei un altro». In sintesi, il senatore insisteva affinché nel certificato penale fossero conservati gli elementi in grado di «menomare quella fiducia che meritano gli uomini immuni da ogni macchia e sospetto»⁶⁶.

Nella replica, il guardasigilli Francesco Cocco Ortu dissentì dall'auspicio di Canonico a che il casellario si trasformasse in strumento di 'sfiducia' verso singoli individui: un travisamento che in altri paesi aveva ingrossato le file di disoccupati erroneamente 'marchiati'. Il ministro avvertì inoltre che l'insistere nella trascrizione delle assoluzioni non piene avrebbe creato una disparità tra gli emigranti italiani e gli stranieri i quali, in condizioni identiche, potevano esibire una «fedina penale netta»⁶⁷.

Alla fine, la legge 30 gennaio 1902, n. 87⁶⁸ stabilì che il casellario giudiziario conservasse «tutte le decisioni definitive» (art. 1); e che tanto nei certificati estratti dall'autorità giudiziaria «per ragioni di giustizia penale» quanto in

⁶⁵ AP, Camera, *Discussioni*, cit. (nt. 64), Tornata di martedì 3 dicembre 1901, pp. 6386-6389 (replica a Cimorelli); ivi, pp. 6389-6390 (replica ad Aguglia). Si noti che, nel 1895, il procuratore Cosenza, dinanzi alla Commissione di statistica, si era dichiarato sconcertato per le pur legittime aspirazioni nutrite da soggetti più volte prosciolti per insufficienza d'indizi: Cosenza, *Relazione* (1895), cit. (nt. 50), pp. 118 e 123.

⁶⁶ AP, Senato, *Discussioni*, cit. (nt. 61), Tornata del 21 gennaio 1902, pp. 3196-3197.

⁶⁷ AP, Senato, *Discussioni*, cit. (nt. 61), Tornata del 22 gennaio 1902, pp. 3212-3213. Invocava la reciprocità nella registrazione di sentenze straniere Cosenza, *Relazione* (1895), cit. (nt. 50), pp. 153-154.

⁶⁸ Sugli esiti della legge del 1902 cfr. Monica Stronati, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 531. Dopo il decreto 13 aprile 1902, n. 107 e la legge 25 marzo 1905, n. 77 Finocchiaro-Aprile, ritornato guardasigilli (marzo 1905 - febbraio 1906), incaricò Lucchini di passare all'attuazione del casellario: cfr. Luigi Lucchini, *Sul riordinamento del casellario giudiziale e sull'istituzione dell'Ufficio centrale. Relazione presentata alla Commissione per la Statistica giudiziaria e notarile (Sessione del marzo 1906)*, «Rivista Penale», XXXII, 1906, vol. 64, fsc. II (ago.), pp. 247-269.

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). La riforma mirava a «non far pesare sulla reputazione, 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» comprovato⁶⁹.

Durante il dibattito alla Camera del 1912, Ferri associò nel suo giudizio urticante la riforma del 1902 e l'orientamento del progetto ministeriale di nuovo codice in materia di formula dubitativa: «Ma come? Va bene che uno che è assolto per non provata reità non è un delinquente; ma per lo meno è una persona per la quale noi abbiamo diritto di sapere che l'autorità giudiziaria lo ha inquisito con quel determinato risultato»⁷⁰. Almeno sulla disciplina del casellario, però, il codice del 1913 non arretrò, e ricalcò l'impianto moderatamente liberaleggiante della legge Lucchini⁷¹.

7. Tormenti della codificazione: l'inopinato revirement

In uno slancio di eccessivo ottimismo, la pregevole relazione di Finocchiaro-Aprile al progetto di codice del 1905 profetizzò che la legge Lucchini sul casellario avesse «spianata la via [...] alla soppressione della formula di assoluzione per insufficienza d'indizi». Quella locuzione, ammetteva il guardasigilli, procurava talvolta «danno giuridico», sempre «danno morale» giacché *adombrava* «la fama dell'imputato»⁷². Per sbarazzarsene, bisognava previamente sciogliere un più ampio dilemma dogmatico: conservare le formule di proscioglimento previste dal codice vigente, che non obbligavano il giudice a esplicitare la puntuale ragione della pronuncia e costringevano l'interprete a

⁶⁹ Pietro Gianzana, *Casellario giudiziale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1903, p. 76.

⁷⁰ AP, Camera, *Legislatura XXIII - 1ª sessione - Discussioni*, 1ª Tornata del 22 maggio 1912, *Discussione del disegno di legge: Codice di procedura penale*, p. 19657.

⁷¹ Per il c.p.p. 1913 tutte le sentenze di proscioglimento, a prescindere dal motivo, non andavano menzionate nei certificati penali (art. 623 n. 1). Nel casellario sarebbero state iscritte per estratto (art. 619) tutte le sentenze – non appena passate in giudicato – di assoluzione o di non doversi procedere, sia istruttorie sia di giudizio.

⁷² Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 228. Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 577 ribadiva che la formula dubitativa «dietro di sé lasciava tanto strascico di recriminazioni». Come si è visto *supra*, § 4, di «ombra di sospetto» aveva parlato Calenda illustrando uno dei suoi progetti; «ombra sinistra» si leggeva nella relazione di Lucchini al disegno di legge sul casellario [AP, Camera, cit. (nt. 63), Tornata del 17 maggio 1901, p. 3946]; il verbo *adombrare*, nella medesima accezione (e con specifico riferimento al casellario giudiziale), era stato utilizzato da Pessina, *Dei progressi* (1868), cit. (nt. 46), p. 141; anche Tuozi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 310, nt. 2 avrebbe ricordato che la formula del c.p.p. 1865 dell'insufficienza di indizi di reità «lasciava un'ombra oscura sulla persona del prosciolto».

dedurla, di volta in volta, dalla motivazione? o ampliarne il novero? o, all'inverso, abolirle del tutto?

Nel decennio precedente, rammentava Finocchiaro-Aprile, la dottrina prevalente aveva spinto per rendere più numerose e dettagliate le formule terminative, in modo da divaricare nitidamente la posizione dei prosciolti per insufficienza d'indizi da quella dei prosciolti che fossero stati in grado di dimostrare la piena innocenza. A sorpresa, però, la *Relazione 1905* al progetto codicistico imboccava un'altra strada. Essa annunciava l'intenzione di «sopprimere [...] dalla parte dispositiva delle sentenze di proscioglimento qualsiasi specifica enunciazione del titolo» (art. 300) e di sostituirla con la locuzione unica *non farsi luogo a procedimento*. Finocchiaro-Aprile non celava il reale bersaglio di questa torsione apparentemente tecnica: «La formula dubitativa non si concilia con la presunzione d'innocenza, che deve assistere l'imputato sino a quando non sia ritenuto colpevole. Non il dubbio si deve proclamare dalla giustizia penale, ma l'affermazione della colpevolezza o non colpevolezza. E, se l'accusatore, al quale spetta di provare la colpa, non riesce in questa prova, la mancanza di prova conduce all'assoluzione pura e semplice». Infine, una rassicurazione 'politica': l'idea abolizionista non nasceva da «inopportuna sentimentalità», ma da «un severo rispetto ai diritti di libertà dei cittadini», dal «desiderio» di contenere l'«azione punitiva» dello Stato entro il recinto tracciato dalle prove e, al contempo, di non irrigidire formalisticamente le ipotesi di riapertura del procedimento⁷³.

Senonché, innescando un inatteso *revirement*, nel 1912 la commissione della Camera chiamata a esaminare il progetto 1911 bocciò la proposta – rimasta intatta dalla precedente stesura e, per di più, avallata dal *Manuale* del Manzini⁷⁴ – di azzerare le formule specifiche di proscioglimento istruttorio. Il dissenso fu espresso in termini perentori e giustificato con difficoltà procedurali: come regolamentare la riapertura dell'istruzione quando la parte dispositiva della sentenza di non luogo fosse stata 'amputata' del *motivo*?

⁷³ Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 227 (ove si ricordavano i principali fautori della differenziazione tra le formule: il progetto Bonacci, la commissione Finocchiaro-Aprile 1898, il sen. Canonico durante il dibattito sulla legge del casellario); ivi, pp. 228-229 (scelta del progetto 1905 per l'abolizione delle formule). L'art. 300² del progetto 1905 stabiliva che la camera di consiglio [sostituita, già nel progetto 1911, dal giudice istruttore] e la sezione d'accusa dovessero dichiarare il non luogo a procedere «senza indicarne il motivo nella parte dispositiva». Il progetto 1911 (artt. 310 e 487) ribadiva: «Se l'imputato non è ritenuto colpevole, il giudice nel dispositivo conclude che l'imputato è assolto senza indicarne il motivo».

⁷⁴ Manzini, *Manuale* (1912), cit. (nt. 5), p. 581 e ivi, nt. 2 registrava come fosse stato «giustamente lamentato» che le formule di proscioglimento istruttorio non consentissero di «nettamente distinguere i casi di proscioglimento per *insufficienza* di indizi da quelli in cui non esistano indizi contro l'imputato o questi abbia dimostrata la propria innocenza». L'art. 310 del progetto 1911 di codice di rito, proseguiva Manzini, aveva «lodevolmente soppressa ogni specifica enunciazione del titolo del proscioglimento», sulla scia di quanto preannunciato dalla *Relazione 1905* di Finocchiaro-Aprile.

«Noi – confessava laconico il relatore Stoppato – non arriviamo a bene comprenderlo [...]. A noi non pare possibile eliminare, agli effetti dell'istruzione formale, la declaratoria di *insufficienza di indizi*, la quale poi starebbe in ragionevole antitesi con la *sufficienza*» richiesta per il rinvio a giudizio. Oltretutto, poiché il progetto stabiliva (art. 316) che qualsiasi imputato prosciolto con il *non luogo* potesse essere assoggettato a nuovo procedimento in caso di sopravvenienza di nuovi indizi, la mancanza di specificazione nel dispositivo avrebbe comportato che nessuno, nemmeno il prosciolto per inesistenza del fatto, avrebbe più potuto «restarsene tranquillo»⁷⁵.

Focalizzando l'attenzione sulla formula dubitativa (istruttoria), e per accreditarne il ripristino, Stoppato invitava a considerarla una necessità «nella natura delle cose», specie in un segmento processuale, come quello delle indagini, che sfociava inevitabilmente in una «mera decisione di probabilità, e di sospetto»: anzi, la dicitura *insufficienza di prove* sarebbe tornata ancor più utile ora che, col nuovo codice, il difensore veniva finalmente ammesso a talune attività istruttorie, acuendo, verosimilmente, le incertezze del giudice istruttore. I commissari della Camera si dichiaravano disponibili a una norma che cancellasse ogni traccia dell'insufficienza d'indizi dopo l'avvenuta prescrizione dell'azione penale: ma al contempo confermavano il proprio favore per il mantenimento della formula, «che può essere perfettamente giusta e che rimane ammonitrice e regolatrice alla stessa autorità d'accusa e d'istruzione». In definitiva, la commissione proponeva all'unanimità di circoscrivere la riapertura dell'istruzione alla sola ipotesi di declaratoria d'insufficienza d'indizi e di ripristinare «le formole terminative» delle pronunce istruttorie⁷⁶.

La relazione Stoppato sfoderava analogha incisività anche a proposito delle sentenze dibattimentali. Essa si schierava senza tentennamenti, in nome di «esigenze pratiche e reali», per il mantenimento della *non provata reità*, ritenendo – con sicura allusione alla falange lucchiniana – troppo astratta la tesi del *tertium non datur* tra colpevolezza e innocenza. A chi (ancora Lucchini: v. *supra*, § 2) denunciava l'incompatibilità della formula con «un paese libero e civile» la commissione replicava che «bisogna guardarsi così dal rigore teoretico, come dalle tenerezze individualistiche» e che la *non provata reità*,

⁷⁵ Alessandro Stoppato, *Relazione della Commissione nominata dal presidente della Camera composta dei deputati Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...] presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata dell'8 marzo 1912*, in *Commento al Codice di procedura penale*, Parte Prima - Volume terzo, cit. (nt. 17) [d'ora in avanti: Stoppato, *Relazione 1912*], pp. 287-288. Il ragionamento del relatore Stoppato, avrebbe più tardi obiettato Tuozzi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 310, trascurava che l'obbligatorietà della motivazione in fatto e in diritto avrebbe fatto comunque riemergere «quel motivo di assoluzione, che si voleva occultare nel dispositivo».

⁷⁶ Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), pp. 287-288. Cfr. Ettore Dosi, *La sentenza penale di proscioglimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 36, nt. 34.

tutt'altro che «un assurdo», «rappresenta[va] uno stato dell'animo. Non si deve forzare il giudice a modificarlo. [...] Vero e giusto è che nel dubbio si assolva; ma non è meno vero che non può parificarsi lo stato di dubbio a quello di certezza». L'abolizione della formula, insinuava il relatore, si sarebbe rivelata un'«illusione» o addirittura «un inganno della coscienza pubblica»⁷⁷.

Riflessioni così taglienti confermano che il progetto di codice Finocchiaro-Aprile, probabilmente anche a causa di contingenze politico-parlamentari, imboccò *in itinere* un crinale moderato rispetto alle promesse progressiste; e che Alessandro Stoppato giocò in questa partita un ruolo non marginale⁷⁸. È indicativo che dello «spirito empiricamente reazionario», cifra saliente, a suo parere, dell'articolato finale, Lucchini cogliesse i capisaldi proprio nell'*assoluta* negazione della presunzione d'innocenza e nella determinazione a «ottenere, in qualsiasi modo, la condanna dell'imputato, attribuendo, più ancora che non facesse il codice passato, persino alle pronunce di proscioglimento un carattere lesivo della personalità civile»⁷⁹.

Alla vigilia dell'approvazione del testo definitivo, Finocchiaro-Aprile, smentendo le sue recise affermazioni del 1905, si allineò alla rotta tracciata da Stoppato. Dalle discussioni parlamentari, informava il ministro, era emerso che la soppressione delle formule terminative avrebbe, sì, eliminato «un inconveniente» ma avrebbe aperto l'adito ad altri. Egli faceva mostra di accorgersi solo ora che «il dispositivo di una decisione non è soltanto una conclusione, ma una sintesi» caratterizzante, della quale sarebbe stato sagace non privarsi⁸⁰.

Nella lunga durata della legislazione processual-penale italiana, lo spostamento – realizzato nel 1913 nei modi tortuosi appena descritti – dell'indicazione della specifica causa di liberatoria dalla motivazione al dispositivo inaugurava una ormai radicata tradizione di valorizzazione della 'formula'. Paradossalmente, però, proprio il dispositivo delle tanto contestate sentenze (istruttorie) di non luogo per *insufficienza di prove* restava «muto sulla causa del proscioglimento», nulla rivelando su quale fosse il «tassello normativo» (il fatto, la condotta del reo, l'imputabilità etc.) la cui mancanza avesse comportato la liberatoria⁸¹.

⁷⁷ Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), p. 306.

⁷⁸ Miletti, *Un processo*, cit. (nt. 37), pp. 358-359 e 399-402.

⁷⁹ Luigi Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1920, n. 43 *quater*, p. 61.

⁸⁰ Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 577. Avrebbe, a distanza di tempo, concordato appieno, sul punto concernente la *sintesi*, Dosi, *La sentenza penale*, cit. (nt. 76), p. 37.

⁸¹ Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), *Introduzione*, p. vii (avvio d'una tradizione); ivi, p. 121 ('mutismo'). L'«incertezza» che innescava il proscioglimento per insufficienza di prove (spiegava Vincenzo Manzini, *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. giud. [...]*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1914, II, n. 400, p. 361 a proposito dell'art. 274² c.p.p. 1913) poteva vertere sull'autore, sulla sussistenza del fatto, sulla partecipazione dell'imputato al fatto, sull'imputabilità dell'agente. Lo studioso friulano segnalava prontamente (ivi, pp. 357 e 360) che le

8. *Le scelte del 1913 tra rigore e compensazioni*

Il testo promulgato nel 1913 distinse tra *sentenze* istruttorie (non più *ordinanze*, come nel c.p.p. 1865) di *non doversi procedere* e *sentenze* dibattimentali di *assoluzione*⁸². I proscioglimenti istruttori, al cuore dell'intero ingranaggio processuale, si dividevano – come spiegava la *Relazione* di accompagnamento – in tre gruppi. Il primo (art. 274¹) comprendeva le ipotesi nelle quali si eliminava dal fatto qualsiasi «carattere obiettivo di reato» e quelle per le quali si vietava ogni ulteriore accertamento: il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso; il fatto non costituisce reato; l'azione è prescritta o estinta o non è promovibile né perseguibile. Il secondo gruppo riguardava (art. 274²) le sentenze dichiarative di «non doversi procedere per insufficienza di prove»: esse andavano adottate [così recitava il comma] «se non risultano sufficienti prove che il fatto sussista, o che l'imputato lo abbia commesso, o che vi abbia concorso, o non risultano sufficienti le prove della sua colpevolezza, o se sono ignoti gli autori»; «in altri termini», chiosava il ministro, si concentravano, «sotto il punto di vista del dubbio, tutte le ipotesi liberatorie» da tempo gravitanti intorno al concetto. L'*insufficienza di prove*, chiariva la stessa *Relazione al Re*, permetteva «la dichiarazione del dubbio intorno alla colpevolezza: dubbio che mal si può tacere o larvare, quando sorge dalla valutazione logica dei fatti». Il terzo gruppo contemplava (art. 274³) improcedibilità *soggettive*: non punibilità, esenzione, causa specifica (vizio di mente, legittima difesa etc.)⁸³.

Sulle ragioni, per così dire, di politica del diritto che lo avevano indotto a riproporre la formula dubitativa il guardasigilli non faceva una piega, e anzi, forse non del tutto coerente con i suoi trascorsi zanardelliani, puntualizzava: «Per non recare molestia a chi resta sotto il sospetto, non si deve impedire che possa rifulgere l'assoluta innocenza di altri [...]; il distinguere, come notò la Commissione della Camera [...], giova anche alla tranquillità» del prosciolto

sentenze di non luogo per *insufficienza di prove* erano le uniche dettate da motivi *processuali* e non di diritto materiale.

⁸² La dicitura *non doversi procedere* era utilizzata per tutte le formule di proscioglimento istruttorio, sia di merito sia processuali (e dunque anche per l'insufficienza di prove); il lemma *assoluzione* era riservato alle sentenze dibattimentali [Dosi, *La sentenza penale*, cit. (nt. 76), p. 28; Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), p. 102]. Per Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, p. 356 la preferenza per *sentenza* rispetto a *ordinanza* corrispondeva a una precisa scelta del legislatore.

⁸³ Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578. Nel dettaglio, quanto alle sentenze dibattimentali, l'art. 421² c.p.p. 1913, simmetrico all'art. 274², prevedeva la «sentenza di assoluzione per insufficienza di prove» qualora non risultassero «sufficienti prove che il fatto sussista, o che l'imputato lo abbia commesso o vi abbia concorso», o se non risultassero «sufficienti le prove della sua colpevolezza». A proposito della moltiplicazione, operata dal c.p.p. 1913, di formule terminative di proscioglimento, Tuozi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 311 ironizzava: «Più minute distinzioni non si potevano desiderare di rimbalzo al mutismo voluto dai due progetti».

per inesistenza del reato o del fatto⁸⁴. Analogo viatico accompagnava le sentenze dibattimentali di assoluzione non piena⁸⁵.

Tuttavia, a una lettura meno superficiale del codice del 1913, la discriminazione del prosciolto con formula dubitativa, enfatizzata a parole, non risultava poi, sul piano degli effetti giuridici, davvero così mortificante. Basti qualche riprova.

In primo luogo, in nome dell'unità della giurisdizione, l'art. 12 c.p.p. 1913 stabiliva l'impromovibilità e l'improcedibilità dell'azione civile quando «in seguito a giudizio» fosse stata emessa una qualsiasi formula di assoluzione: inclusa, ecco il punto, l'insufficienza di prove⁸⁶.

Più macroscopico il secondo esempio. Con l'entrata in vigore del nuovo rito *tutti* i prosciolti in istruttoria, e non solo quelli che lo fossero stati per insufficienza di prove, rischiavano l'alea della riapertura dell'istruzione *in danno*, qualora fossero sopraggiunte nuove prove (art. 295¹). Ebbene, il prosciolto per insufficienza di prove, *prima facie* l'anello più debole della catena, diventava adesso l'unico legittimato a chiedere la riapertura dell'istruzione a proprio *favore*, ove ne avesse avuto gli strumenti probatori (art. 295²). Il ministro spiegava di non aver «esitato» a concedere tale facoltà, sperando d'aver così avviato alla «censura» dell'estraneità dell'imputato all'indagine e della conseguente impossibilità di porre riparo a un errore⁸⁷.

⁸⁴ Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578.

⁸⁵ In rapporto alle sentenze terminative del dibattimento, Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 592 osservava che «pure in sede di giudizio il rispetto alla reputazione dell'imputato non può spingersi sino ad impedire che si usi una formula che risponda a verità sostanziale ed effettiva, quale è assai spesso il giudizio della non provata reità». Al ministro appariva, altresì, «utile e giusto» precisare in sentenza «il motivo di proscioglimento».

⁸⁶ Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 557. Cfr. il commento adesivo di Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 399, p. 355. La norma, contestata, appare «ragionevole» a Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), pp. 135-137: l'assoluzione per insufficienza di prove dispiegava il suo effetto preclusivo sull'intero ordinamento.

⁸⁷ Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578. Nel silenzio del c.p.p. 1865, spiegava il ministro (ivi, p. 581), si era fatto ricorso a «industriose interpretazioni» per consentire giustamente al prosciolto con formula dubitativa di chiedere la riapertura dell'istruzione. Il progetto 1905 nulla aveva previsto, giacché, essendosi deciso di abolire tutte le formule terminative e di parificare i proscioglimenti istruttori, l'imputato non avrebbe nutrito più alcun interesse a riaprire l'istruzione. Ripristinate, nel testo definitivo, le formule, e in particolare quella dell'insufficienza di prove, diveniva doveroso recepire le indicazioni provenienti da «equità», «ragione» e «giurisprudenza» e concedere la riapertura dell'istruzione su domanda del prosciolto. Sull'unanime richiesta in tal senso avanzata dalla commissione della Camera v. Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), p. 288, che aveva parimenti ricordato come, sotto la vigenza del c.p.p. 1865, «la coscienza dei magistrati» fosse pervenuta al medesimo risultato «ricorrendo a industrie interpretative». Stava proprio nella possibilità per l'imputato (art. 295²) di presentare istanza per la riapertura dell'istruzione a proprio favore [sottolineava Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, pp. 364-365] la vera rilevanza del motivo dell'*insufficienza di prove* nel c.p.p. 1913. Quanto alla riapertura dell'istruzione *in danno*, che col nuovo codice incombeva su tutti (e non più sui soli prosciolti per insufficienza d'indizi), Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 581 spiegava che già quando vigea il c.p.p. 1865 le «sottigliezze» ermeneutiche della giurisprudenza avevano permesso di non «soffocare

Nella stessa logica va catalogato il divieto del c.p.p. 1913 di iscrivere nei certificati penali «da rilasciarsi a richiesta dell'interessato» i proscioglimenti per insufficienza di prove: restava così «eliminata quella che parve sempre la conseguenza più grave della formula dubitativa di proscioglimento»⁸⁸. Infine, recependo un'altra timida concessione della commissione della Camera⁸⁹, il testo definitivo del nuovo codice (art. 273) obbligava la magistratura istruttoria, prima di rinviare a giudizio o di dichiarare il non luogo per insufficienza di prove, a interrogare l'imputato o comunque a comunicargli il fatto a mezzo di mandato. La novità fu salutata con favore dalla dottrina, che vi lesse una conferma del carattere penalizzante («lesiv[o]» per l'imputato) di questa tipologia di assoluzione⁹⁰.

Tanto rumore per nulla, dunque? Forse la virata del legislatore del 1913 verso la differenziazione delle formule terminative specifiche serviva più all'«amplificazione sociale dei dettagli del giudizio» che a fiaccare lo *status* giudiziario dei prosciolti con dubbio⁹¹. Ma certo la blindatura dell'*insufficienza di prove* in un codice pensato da e per *liberali* lanciava al paese un messaggio in controtendenza.

9. Equilibri bifasici e umiltà smarrita

L'approvazione del codice giolittiano agì da cartina di tornasole delle fragilità 'statutarie' sulle quali si reggeva il sistema giudiziario del Regno. Anche i dibattiti sulla formula dubitativa avevano mostrato spaccature e ambiguità tra i vecchi carrariani, estremismi ai limiti della reazione tra le forze conservatrici.

in un vuoto rigorismo di formule i più vivi interessi della giustizia» e di riaprire, dunque, le istruttorie anche per casi non strettamente previsti dalla legge. Nessuna contraddizione, chiariva il ministro, con il (permanente) divieto di revisione in danno: mentre, infatti, quest'ultimo mirava a tener fermo il giudicato dibattimentale (anche se ingiusto) in nome della «tranquillità dei cittadini», la riapertura (in danno) dell'istruzione incideva su una fase, l'istruttoria, nella quale «non si determina in tutta efficacia il vero rapporto processuale, l'azione non si consuma» e non poteva precludersi al giudice istruttore l'eventualità di effettuare «altre valutazioni». Per di più, concludeva il ministro, se un giudice istruttore si fosse dovuto preoccupare che l'istruttoria non potesse più riaprirsi, probabilmente sarebbe stato incentivato a utilizzarlo, da subito, una «formula terminativa» più pregiudizievole all'imputato.

⁸⁸ Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578.

⁸⁹ Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), p. 288 aveva promesso che «nessun pericolo» sarebbe derivato «alla libertà e alla dignità dei cittadini» dal mantenimento della formula dubitativa perché nessuna declaratoria di non luogo – e quindi nemmeno quella per insufficienza d'indizi – avrebbe più potuto rendersi «senza previo interrogatorio». In tale sede l'imputato avrebbe potuto offrire elementi d'indagine, «purgarsi da sospetti e farsi liberare da ogni possibile futura molestia», tutelando altresì il suo onore. «Ammessa adunque l'ineluttabilità dell'interrogatorio, ogni critica svanisce».

⁹⁰ Tuozzi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 313. Di «evidenti ragioni logiche» parlava Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, p. 360.

⁹¹ Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), p. 133.

Una lettura legalitaria e non impulsiva della nuova disciplina fu offerta dalle griglie concettuali robuste e ordinanti dell'indirizzo tecnico-giuridico. Nel *Trattato di procedura penale* apparso proprio in coincidenza con l'entrata in vigore del nuovo codice Vincenzo Manzini, pur contestando frontalmente il «preteso principio esegetico dell'*in dubio pro reo*», precisava che quel canone riguardava, anziché l'interpretazione della legge, «la valutazione della prova e la decisione del giudice del dibattimento»: su quest'ultimo incombeva, «nel dubbio», «l'obbligo morale di attenersi alla conclusione meno sfavorevole alla libertà dell'imputato». Diversa, avvertiva il giurista friulano, la posizione del giudice dell'istruttoria: questi, «nel dubbio, da non confondersi con l'insufficienza di prove, deve rinviare a giudizio»⁹².

Scendendo dal piano dei principi alla concretezza delle regole di giudizio, Manzini ribadiva che, per dichiarare in istruttoria l'insufficienza di prove, occorreva «un grado di incertezza assai maggiore» di quanta ne occorresse al termine del dibattimento. Egli chiariva che la prova *insufficiente* non era quella «negativa»; e neppure la «mancanza assoluta» di prova, perché «un dubbio campato nel vuoto potrà essere un sospetto personale più o meno arbitrario, ma non mai un dubbio giudiziale»; e nemmeno rilevava il dubbio residente «soltanto nell'opinione» di *quel* magistrato⁹³. Nel *giudizio*, invece, «il dubbio che autorizza[va] il proscioglimento per insufficienza di prove» dipendeva, oltre che dalla debolezza della prova, «anche dal libero convincimento del giudice, il quale, quantunque la prova pot[esse] apparire per sé medesima logicamente sufficiente, pot[eva] nondimeno ritenerla non del tutto rassicurante per la condanna»⁹⁴.

Il tentativo manziniano di lucrare sulla struttura bifasica del processo misto per graduare intensità ed effetti del dubbio era forse ingenuo e, probabilmente, non sarebbe bastato a riparare il cittadino da istruttorie disinvolute o da procure intraprendenti⁹⁵. E tuttavia quel percorso restava ligio ai cardini formali dello Stato di diritto; quasi anticipava la sollecitazione carneltuttiana,

⁹² Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), I, n. 24, p. 39, nt. 2 (e v. anche ivi, n. 41, p. 98). Il brano era riprodotto (e, anzi, 'promosso' dalla nota al testo) da Manzini, *Trattato di diritto processuale penale* (1931), cit. (nt. 4), I, n. 24, p. 105.

⁹³ Manzini, *Trattato di procedura penale italiana* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, pp. 360-361. Sul confronto tra sufficienza «massima», che in dibattimento autorizzava la condanna, e sufficienza *minima*, che in istruttoria suggeriva il rinvio, l'A. tornava ivi, n. 401, p. 366, anche con il conforto della *Relazione* al progetto 1905. Sul punto v. già Niccola Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...] Parte terza vol. I*, Napoli, Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1830, § 494, p. 383.

⁹⁴ Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 457, p. 534.

⁹⁵ «Contro il *processus dubius*» agiva, secondo Bellavista, *Il processo come dubbio* (1967), cit. (nt. 2), p. 772, quella «tipologia di giudici» che assolutizzava il momento dell'istruzione a discapito del dibattimento.

avanzata sul filo del paradosso, a sostituire il *superstizioso* principio del *favor rei* con il *favor innocentiae*, bussola del giudice dibattimentale⁹⁶.

Quando, negli anni Sessanta, fu chiaro che la formula dubitativa, per incongruenza vera o presunta con i dettami costituzionali, avesse fatto il suo tempo, Girolamo Bellavista si lanciò in 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 giudiziale» che, per «carrierismo», «sollecitazioni di stampa», vanità politiche, finiva «col cercare *un* colpevole piuttosto che *il* colpevole»: «i frutti tossici di questa fretteolosità giudiziaria travasa[va]no» nell'errore giudiziario e nella «bancarotta della giustizia penale»⁹⁷.

Già mezzo secolo fa l'immagine del giudice e dello storico affratellati dall'umiltà del dubbio evocava il mondo di ieri.

⁹⁶ Carnelutti, *Principi*, cit. (nt. 1), pp. 244-245. Com'è noto, lo stesso Francesco Carnelutti, *Confutazione logica del proscioglimento per insufficienza di prove*, «Rivista di diritto processuale», XVIII, 1963, pp. 1-4 si schierò per l'abolizione del proscioglimento per insufficienza di prove, formula, a suo avviso, paralizzante sul piano tecnico-processuale e logicamente contraddittoria.

⁹⁷ Bellavista, *Il processo come dubbio* (1967), cit. (nt. 2), p. 771.

Lessico e politica del diritto penale

Domenico Pulitanò

Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi

1. *Etica della verità ed etica del dubbio nel paradigma cognitivo del garantismo*

Il dubbio inteso come virtù etica e civile, è il tema proposto (citando uno scritto intitolato ‘contro l’etica della verità’) dal documento di presentazione del seminario 2019. Il dubbio “*nasce a guisa di rampollo / al piè del vero*”, leggiamo in Dante, Paradiso, IV, 130-31. L’etica del dubbio va intesa contro l’etica della verità, o come un suo aspetto, una dimensione critica *al piè del vero*?

Con specifico riguardo al diritto penale e alla sua attuazione giudiziaria, il tema del dubbio si pone sullo sfondo di un paradigma epistemologico e normativo che presuppone la possibilità e avanza la pretesa di certezza del diritto, e di verità attingibili sul mondo di fatti e di valori rilevanti per il diritto. È il paradigma cognitivo del garantismo, presentato Luigi Ferrajoli

come uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare, rispetto ad altri modelli di diritto penale storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l’arbitrio¹.

Del garantismo penale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, la legge generale e astratta che pone i precetti, i criteri di attribuzione di responsabilità e le regole relative alla risposta al reato; sul piano processuale un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie «la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazio-

¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 6.

ne»². Per la *giustizia penale* la verità *fa problema*: è una condizione *necessaria*; non di per sé sufficiente, se per giustizia intendiamo un valore non meramente epistemico.

Oltre il *ragionevole dubbio*, è il criterio epistemologico ed etico dell'affermazione di responsabilità. Non è un principio meramente processuale, bensì il risolto 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"³ 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.

La rilevanza del dubbio nell'applicazione del diritto penale è per così dire speculare alla rilevanza del dubbio (sul fatto e sul diritto) per il soggetto che agisce (che ha agito, nella prospettiva del giudizio penale). In un ordinamento penale fondato sul principio di legalità e sul principio di colpevolezza, l'agire in stato di dubbio è questione che ha rilievo per l'imputazione soggettiva. Ha a che fare con i confini del dolo, che talora (di regola nell'ambito dei delitti) sono confini della responsabilità penale, e talora confini oltre i quali si pone il problema di una diversa (meno grave) responsabilità. Ha a che fare con i problemi di individuazione di cautele doverose, di possibile rilevanza ai fini della colpa. I problemi del dubbio attraversano a tutto campo la teoria del reato.

Ragionare sul dubbio epistemico significa ragionare sulla verità, fare un uso scettico dell'idea di verità, nel senso indicato da Franca D'Agostini: l'idea di verità orienta la *skepsis*, la ricerca. Usiamo la funzione 'verità' per inferire, dubitare, discutere⁴. L'idea della verità come corrispondenza⁵ definisce "ciò che intendiamo quando diciamo che una proposizione o una teoria è vera"⁶, "non appartiene a un regno più sublime dell'umile dominio dei fatti"⁷; lascia aperti tutti gli interrogativi, se e come la verità di asserzioni su fatti possa essere verificata.

² Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 8.

³ F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, Fratelli Cammelli, 1910, p. 59. Per un particolare approfondimento di questo tema, da parte di un maestro del diritto penale sostanziale, F. Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴ F. D'Agostini, *L'uso scettico della verità*, in G. Forti, G. Varraso, M. Caputo (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene, 2014, pp. 25 s.

⁵ Fra i tanti, K. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 382 s.; F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011. Nel mondo dei giuristi italiani, il recupero epistemologico dell'idea di verità come corrispondenza ha trovato chiara e ferma esposizione dalla penna autorevole di M. Taruffo, *La semplice verità*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Ma già Id., *Sui confini*, Bologna, il Mulino, 2002.

⁶ Ch. Larmore, *Dare ragioni*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2008, p. 48. «Le teorie filosofiche della verità, più o meno ambiziose, hanno quasi certamente una storia, mentre non ce l'ha il concetto di verità»: B. Williams, *Genealogia della verità*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 62.

⁷ D. Marconi, *Per la verità*, Torino, Einaudi, 2007, p. 151.

In questa sede propongo una ricognizione di problemi concernenti il dubbio – sul diritto o sul fatto – dall’angolo visuale del giurista che studia il diritto o che partecipa al processo.

2. *Verità e potere*

La verità – ha scritto Hannah Arendt – se

considerata dal punto di vista della politica, ha un carattere dispotico. Essa è per questo odiata dai tiranni, che giustamente temono la concorrenza di una forza coercitiva che non possono monopolizzare, e gode di uno status piuttosto precario agli occhi dei governi che si basano sul consenso. I fatti sono al di là dell’accordo e del consenso ... i fatti sgraditi possiedono un’exasperante ostinatezza che può essere scossa soltanto dalle pure e semplici menzogne... i fatti non hanno alcuna ragione decisiva per essere ciò che sono; essi avrebbero sempre potuto essere altrimenti, e questa fastidiosa contingenza è letteralmente illimitata⁸.

Dispotismo delle verità di fatto, nel linguaggio arendtiano, è la oggettiva durezza dei fatti, che sono quello che sono, piacciono o non piacciono. Giusto il contrario dell’arbitrio decisionale di qualsiasi potere, cui le verità di fatto oppongono un limite: non nel senso che il potere non sia in grado di manipolare le conoscenze e le coscienze (è questo un tratto portato all’estremo da ordinamenti totalitari, come ci ricorda l’apologo orwelliano⁹) ma nel senso che nessun potere può rendere vero ciò che tale non è.

Sull’esigenza di protezione dal potere sembrano d’accordo sia chi afferma la possibilità ed il valore della verità, sia i banditori dell’addio alla verità¹⁰. Ma un addio alla verità lascerebbe disarmati, privi di ragioni opponibili *con pretesa di validità* a discorsi *falsi* di detentori di potere. La rivendicazione di libertà – di ricerca e di parola – può validamente opporsi a ‘verità’ imposte.

Sono importanti modi esistenziali di dire la verità, elencati da H. Arendt, *la solitudine del filosofo, l’isolamento dello scienziato e dell’artista, l’imparzialità dello storico e del giudice e l’indipendenza di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista*. Queste figure sono ricercatori indipendenti di verità di ragione e di semplici verità di fatto, non muniti (salvo il giudice) di potere. «Nessun mondo umano destinato a durare più a lungo della breve vita dei mortali potrà mai sopravvivere in assenza di uomini disposti a fare quello

⁸ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 47.

⁹ «L’aspetto più terrificante dell’orwelliano Ministero della Verità non è la sua abilità nel far credere menzogne alla gente, ma il suo indurla ad abbandonare la stessa idea della verità.... Eliminare l’idea stessa di giusto o sbagliato, come indipendente da quel che il Governo dice, significa sradicare non solo il dissenso, ma la stessa possibilità del dissenso»: M. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, Milano, R. Cortina, 2004, p. 231. Cfr. anche Williams, *Genealogia*, cit., pp. 138 s.

¹⁰ G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, Meltemi, 2009.

che Erodoto fu il primo a intraprendere consapevolmente»: dire le cose come stanno, *leghein tà eonta*¹¹.

Il *giudice* è munito di un potere peculiarmente caratterizzato da imparzialità e indipendenza. Per istituzioni di giustizia, la ricerca e la pronuncia della verità e del diritto applicabile sono anche esercizio di potere. I problemi della giurisdizione hanno a che fare con la tensione fra verità e potere. L'etica del dubbio è un aspetto essenziale sia della funzione giurisdizionale, sia dell'approccio critico verso di essa.

Necessaria per la vita e la sopravvivenza della *polis*, la verità non è disponibile da parte di detentori di potere. Prendere sul serio la *ricerca della verità* è per le società democratiche un'esigenza vitale¹². La democrazia, *forma di governo esigente*, è 'sensibile alla verità'¹³;

l'interesse per la verità è parte costitutiva della democrazia liberale", "se si rinuncia alla cura per la verità, si rinuncia al tempo stesso, come recitava un vecchio slogan dei tempi delle lotte per i diritti civili, a dire la verità al potere"¹⁴.

La ricerca delle verità che contano, e il dire le cose che contano, ha innanzi tutto bisogno di *protezione dal potere*. Di fronte ai portatori di verità sgradite il potere assume facilmente il volto del persecutore. *Wahrheit wagt ich kuhn zu sagen / und die Ketten sind mein Lohn*: l'aria di Florestano, variazione sul tema dell'audacia del dire la verità (il *sapere aude* dell'illuminismo kantiano), sta per i tanti, troppi esempi di persecuzione (anche formalmente legale) dei quali la storia (anche del nostro tempo) è tragicamente intessuta.

3. Principio di legalità e vincolo di realtà

Nel mondo dei giuristi, questioni di verità e di accertamento di fatti sono trattate soprattutto con riguardo al processo; ma la rilevanza dell'accertamento di fatti, accertabili attraverso appositi istituti e strumenti (processuali), ha radice nel diritto sostanziale, nelle norme volte a disciplinare fatti della vita.

Per il diritto criminale/penale, il principio formale di legalità implica un *vincolo di realtà*, a tutto campo, nella individuazione della materia da regolare. È il profilo che la Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. (delitto di plagio) per violazione del principio di legalità (sentenza n. 96 del 1981). È

¹¹ Arendt, *Verità*, cit., p. 32.

¹² P. Habermas, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi, 2000.

¹³ J. Habermas, *Fra scienza e fede*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 47.

¹⁴ Lynch, *La verità*, cit., p. 228.

onere della legge penale determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intelligibile della fattispecie astratta ... e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili ... E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà.

La prospettiva della storica sentenza del 1981 rappresenta uno sviluppo del principio di determinatezza, che va oltre il piano della precisione ed intellegibilità concettuale della descrizione legislativa del tipo di reato, ma che la Corte ha riconosciuto *logicamente implicito* nel principio di legalità. Sarebbe *assurdo*, sovvertitore dei *più ovvii principi che sovrintendono necessariamente ad ogni sistema legislativo*, ritenere legittime norme che "esprimano situazioni o comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili". In questi termini, la Corte costituzionale ha espresso un principio per così dire costitutivo della ragione giuridica: la legittimità del precetto legale dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere – e di descrivere in modo intellegibile – fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale e alla verifica empirica¹⁵.

I principi della teoria del reato, che costituiscono articolazioni del principio di legalità, danno rilievo a *profili di realtà* ritenuti rilevanti per valutazioni e scelte di competenza del diritto penale, specificando il vincolo di realtà genericamente insito nel principio di legalità in specifici vincoli contenutistici: offensività verso interessi afferrabili, personalità della responsabilità, colpevolezza per il fatto. Possiamo riassumere: i principi fondamentali pongono *vincoli di realtà richiesti da esigenze normative* (di valore).

La scienza giuridica, anche quando esprime scetticismo su se stessa – sulla possibilità di definirsi propriamente 'scienza' – non mette in discussione la possibilità e l'esistenza di un sapere affidabile sul mondo dei fatti. Presuppone un sapere sul mondo ed una qualche *humanarum rerum notitia*, che non sono propriamente scienza *giuridica*; il diritto e la scienza giuridica ne hanno bisogno per la costruzione e la salvaguardia di un ordinamento razionale.

¹⁵ «Come le asserzioni, anche le norme sono senza significato se non siamo in grado di identificare gli stati di cose e gli eventi cui si riferiscono»: U. Scarpelli, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, p. 52.

4. *Fatti e valori: una distinzione non dicotomica*

Dell'orizzonte di cultura del nostro tempo fa parte l'idea (o ideale) di una scienza *wertfrei*¹⁶. La c.d. legge di Hume (impossibilità di dedurre conclusioni di valore da premesse di puro fatto: c.d. fallacia naturalistica è considerata premessa di un'etica della libertà, e

sorella siamese inseparabile dalla legge di Hume inversa (dal direttivo al descrittivo non c'è passaggio logico necessario, ovvero da norme e valori non si possono dedurre fatti) a tutela della conoscenza empirica¹⁷.

Nel lavoro del giurista – teorico e pratico – si pone il problema di distinguere fra questioni di fatto (di verità/corrispondenza) e questioni di validità giuridica o di valutazione secondo criteri posti da altre fonti normative. Distinzione, non dicotomia. L'autorevole filosofo che ha riaperto la discussione, e intitolato un suo saggio a *The collapse of the fact/value Dichotomy*¹⁸, ha richiamato l'attenzione sugli intrecci fra giudizi di valore e giudizi di fatto; su concetti etici 'spessi', che uniscono un significato valutativo a riferimenti fattuali; sulla rilevanza dei fatti per i giudizi di valore; su valori epistemici che reggono l'impresa scientifica. La polemica è rivolta contro le tesi di un vecchio neo-positivismo: contro l'irrigidimento metafisico della dicotomia fatto/valore, e contro la riduzione del discorso sui valori a questione puramente soggettiva, espressione di emozioni e di preferenze, estranea al discorso razionale¹⁹.

Nel mondo penalistico italiano, lo studioso che ha ripreso questo discorso vi ha ravvisato (correttamente) un

orientamento teorico incline a superare la concezione che i valori siano aspetti meramente soggettivi dell'esperienza umana, e a dimostrare il possibile intreccio tra giudizi di valore e giudizi di fatto, con la conseguenza che anche sui valori si può argomentare in modo oggettivo²⁰.

Di fatto,

gli interpreti del diritto (e dello stesso diritto penale), nella loro attività concreta, mescolano insieme giudizi di fatto e giudizi di valore"; una mescolanza che, "lunghi dal rappre-

¹⁶ Il riferimento d'obbligo è a M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1974.

¹⁷ U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 111.

¹⁸ In traduzione italiana in H. Putnam, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Roma, Fazi, 2004.

¹⁹ H. Putnam, *Etica senza ontologia*, Milano, Mondadori, 2005, p. 10. Cfr. anche H. Putnam, *La dicotomia fatto/valore e i suoi critici*, in M. De Caro, D. Macarthur, *La filosofia nell'età della scienza*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 185 ss.

²⁰ G. Fiandaca, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 43.

sentare una patologia o devianza, costituisce la conseguenza fisiologica della necessaria presenza dei giudizi di valore nei discorsi dei giudici e dei giuristi²¹.

Parlare di mescolanza fra giudizi di fatto e giudizi di valore presuppone la loro distinzione, il riconoscimento che le buone ragioni delle etiche normative e del diritto – che pure non si esauriscono in verità fattuali – non sono indipendenti da presupposti di fatto, cioè da questioni di verità²².

Nei discorsi che interessano i mondi normativi (il diritto fra questi) hanno rilevanza sia valori che la dicotomia fatto/valore collocherebbe nella sfera del dover essere e dei discorsi prescrittivi, sia valori epistemici. Sulla critica del soggettivismo o relativismo etico a tutto campo può ritrovarsi d'accordo chiunque prenda sul serio (vuoi parlando di *etica senza verità*, vuoi parlando di *collasso della dicotomia*) il problema della giustificazione razionale dei giudizi di valore.

Nello schema concettuale che distingue le questioni di essere e di dover essere, trova una idonea cornice concettuale l'analisi dei linguaggi in cui giudizi di fatto e di valore si mescolano. È la distinzione fatto/valore che dà senso al parlare di concetti etici 'spessi', che uniscono un significato valutativo a riferimenti fattuali. L'irriducibilità del dover essere all'essere rispecchia l'autonomia dell'etica e del discorso morale, l'insostenibilità di qualsiasi riduzionismo dell'etica alla biologia o alla psicologia²³. Dentro l'orizzonte artificiale del diritto, è proprio questa la premessa su cui può essere fondata la ricerca, anche in concetti o istituti che appaiono costruiti su elementi 'naturalistici' o 'psicologici' (poniamo, il dolo), di *componenti a carattere normativo e assiologico*, che nell'orizzonte penalistico hanno a che fare con i criteri di ascrizione di responsabilità e con le finalità delle risposte al reato²⁴.

5. Il dubbio e l'ermeneutica del diritto penale

Il c.d. sillogismo giudiziario – *ultimo* tratto del percorso ermeneutico e probatorio²⁵ che si conclude con la qualificazione giuridica del fatto – ha *come premesse* (problemi da risolvere 'a monte') l'accertamento del fatto e l'individuazione e interpretazione delle norme pertinenti. Ha a che fare sia

²¹ G. Fiandaca, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano, Jovene 2011, p. 269.

²² *Ex multis* R.M. Hare, *Saggi di teoria morale*, Milano, Il saggiatore, 1992, in particolare pp. 37 s.

²³ Un buon esempio: M. De Caro, *La moralità è riducibile alle emozioni?*, in M. De Caro et al., *Siamo davvero liberi?*, Torino, Codice edizioni, 2010.

²⁴ G. Fiandaca, *Appunti sul pluralismo dei modelli e delle categorie nel diritto penale contemporaneo*, «La Corte d'assise», 1, 2011, p. 88.

²⁵ M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2015, p. 172.

con il giudizio di fatto, sia con il diritto, la questione dei saperi sul mondo (propriamente scientifici o d'altra natura).

Nel discorso degli illuministi, padri nobili del pensiero penale moderno, l'interpretazione è guardata con sospetto:

Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel di più è la misura della facoltà legislativa che si arroga il giudice. Dunque l'interpretare la legge fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica di una nazione²⁶.

Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni si del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti [...]²⁷.

La pretesa di azzerare il problema dell'interpretazione appare oggi espressione di un'ideologia ingenua²⁸. Fra la realtà degli ordinamenti positivi e il dover essere additato dal modello ideale, c'è uno scarto col quale è giocoforza fare i conti, nella teoria e nella prassi²⁹. Nell'agone giudiziario emergono problemi anche di diritto, e questo costituisce un problema serio, se, seguendo i nostri padri illuministi, riteniamo essenziale *non confondere le due persone del legislatore e del giudice*.

Nel principio penalistico di legalità leggiamo un'esigenza stringente di determinatezza e precisione. Nel mondo in cui viviamo, le norme del giusto e dell'ingiusto (di morali condivise, prima che di diritto) consentono spesso giudizi sicuri, all'altezza del modello di Beccaria; talora (spesso) lasciano spazio a controversie. Per chi agisce nella società giuridicamente regolata, è problema cruciale il discrimine fra il lecito e l'illecito *secondo interpretazioni prevedibili*. La formulazione delle norme di legge deve rendere possibile l'adempimento di doveri di conoscenza, strumentali al dovere d'osservanza. In un contesto di *doveri reciproci* dei cittadini e dello Stato, proprio dello Stato liberale di diritto, "lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato": su queste basi la Corte Costituzionale, nella storica sentenza n. 364 del 1988, ha fondato il principio di 'riconoscibilità' dei contenuti delle norme penali, e la conseguente illegittimità

²⁶ P. Verri, *L'interpretazione della legge*, in *Opere varie*, 1847, pp. 208 s.

²⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, §. 4.

²⁸ Cfr. per es. W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, hrsg. von Arth. Kaufmann, W. Hassemer, Heidelberg, Karlsruhe, 1981.

²⁹ Cfr. A. Cadoppi, *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, «L'Indice Penale», 2015, pp. 569 s.

parziale dell'art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale.

La prevedibilità della decisione è sostanza del principio di legalità nel sistema della CEDU. Partendo dalla *precomprensione ermeneutica della Convenzione EDU come neutra fra civil law e common law, ugualmente rispettosa dei diversi tipi d'ordinamento*, la giurisprudenza di Strasburgo va intesa come allargamento (e non già come restrizione) dei requisiti della legalità, che debbono intendersi comunque vincolati al sistema delle fonti dell'ordinamento. Come *ulteriore* requisito della legalità europea, la prevedibilità incorpora quello che la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 5 cod. pen. ha definito "secondo aspetto del principio di legalità": la riconoscibilità dell'illecito come condizione della soggettiva colpevolezza.

Per i destinatari dei precetti penali, il problema della conoscenza o ignoranza di legge prende la forma di problema di valutazione di una scelta d'azione d'un dato tipo, che venga in considerazione in dati contesti di vita. Ai fini dell'attribuzione di responsabilità colpevole, dal destinatario dei precetti non ci si attende (non è richiesta) una astratta conoscenza della legge penale violata; necessaria e sufficiente è la possibilità di comprendere l'illiceità di quanto realizzato.

Di fronte a questioni di legittimità costituzionale per asserito difetto di tassatività, la Corte costituzionale ha affermato la priorità del procedimento ordinario di interpretazione³⁰: non eludibile come indicazione *di principio*, è solo una premessa dei problemi ermeneutici. Di fatto la Corte costituzionale, facendo leva sulla possibilità di precisare le fattispecie in sede di interpretazione giudiziale, ha respinto la maggior parte delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al principio di determinatezza. Sentenze di rigetto sono state pronunciate anche su disposizioni la cui interpretazione ed applicazione è sempre stata controversa. Il *self restraint* della Corte costituzionale, nella valutazione della determinatezza delle fattispecie, ha lasciato alla giurisprudenza margini di apprezzamento maggiori di quanto vorrebbe l'idea (il bisogno) di stretta legalità.

³⁰ Di fronte a una prassi legislativa in cui "spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative", l'interprete della legge è chiamato al suo ufficio di "attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l'inserzione del caso concreto in una fattispecie molto ampia e di non agevole interpretazione": così la prima sentenza relativa a un problema di determinatezza di una norma penale (n. 27 del 1961, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1961, p. 537, con nota di Esposito) ha espresso un indirizzo rimasto costante nel tempo.

Si occupano di questo campo di problemi le teorie dell'interpretazione. Negli ultimi decenni è entrata nel mondo penalistico italiano la moderna ermeneutica filosofica, quella che sembra presentarsi "sempre più nella veste di una *koiné*, cioè di una sorta di idioma comune della ricerca e della discussione nel campo delle scienze umane e sociali"³¹; non metodo, ma "riflessione sulle condizioni non epistemologiche dell'epistemologia", "rifiuto di una logica contrappositiva e antagonista tra progetti filosofici e affermazione di una logica di apertura, di dialogo, di mediazione"³². Concezioni ermeneutiche – scrive Ombretta Di Giovine –

rivendicano di voler non già orientare la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento.

Ponendo l'accento sul ruolo della *precomprensione*, si interessano della *dimensione tipicamente soggettiva dall'interpretazione*³³, ma non riducono l'interpretazione a impresa soggettiva.

Senza entrare in questa sede nel merito delle teorie, mi limito a rilevare che la discussione sulle teorie e sulle prassi ermeneutiche deve prendere sul serio, nell'approccio, l'etica del dubbio come etica della ricerca. Ma l'interprete mira al ritrovamento (*inventio*, direbbe Paolo Grossi) di significati normativi sui quali sia possibile un condiviso riconoscimento. Se l'interpretazione del diritto è un'impresa conoscitiva, ha a che fare con una possibile *verità nell'interpretazione*³⁴, e con l'etica della scienza.

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.

Per la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, il vincolo del giudice alla legge è il punto di forza che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili*. Fonda il diritto della parte a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni introdotte; soprattutto se si tratta di ragioni nuove, nelle conclusioni o negli argomenti.

³¹ Così l'Introduzione (a firma di G. Bertolotti, S. Natoli, C. Sini, G. Vattimo, V. Vitiello) al volume *Ermeneutica*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003, p. 3. Dell'ermeneutica come "una sorta di *koiné* filosofica della cultura contemporanea" parla G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 82.

³² Zaccaria, *La comprensione*, cit., p. VII.

³³ O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, «Criminalia», 2012, pp. 270, 268.

³⁴ G. Zaccaria, *Tre osservazioni su New realism ed ermeneutica*, «Ragion pratica», 2014, pp. 341 s.

Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale (sentenza n. 230/2012) ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*. È anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali. L'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sull'autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale – sarebbe di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

Non è in discussione l'ovvia esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale, della quale ha bisogno la tenuta di un sistema di legalità. Proprio il primato della legalità segna il limite anche di quell'ovvia esigenza: la norma generale e astratta come vincolo per tutti (per i consociati e per le istituzioni) e come garanzia anche di fronte all'autorità di nomofilachia. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola. L'etica dell'interpretazione è *etica del dubbio*, che presuppone il paradigma epistemologico della verità.

6. Il dubbio e il giudizio di fatto

Attraverso il diritto il giurista seleziona i fatti rilevanti, e ne fa eventuale oggetto di accertamento; “il giudice indaga il fatto per classificarlo giuridicamente”³⁵. I problemi del giudizio di fatto – che pure stanno al centro della giustizia penale in azione, e secondo il modello di Beccaria ne dovrebbero essere l'oggetto esclusivo – fuoriescono dai problemi di diritto e di scienza giuridica. Nella giurisprudenza della Corte di cassazione emergono come problemi di razionalità del giudizio, talora collegati all'affermazione di un principio di diritto che costituisce la premessa del problema probatorio. Custodia del *logos* (della razionalità del giudizio) come completamento della custodia del *nomos*, di scelte normative di competenza del legislatore.

6.1 La sentenza forse più famosa della Cassazione penale all'inizio di questo secolo³⁶, investita di un conflitto di giurisprudenza in tema di causalità omissiva, lo ha risolto riaffermando un principio di diritto (il paradigma causale nei delitti d'evento, l'idea di causa come condizione necessaria) e traendone le conseguenze per l'*impostazione del problema probatorio* della causalità

³⁵ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 215.

³⁶ Cass. S.U. 10 luglio 2002, Franzese (est. Canzio).

anche omissiva. Premessa giuridica del problema probatorio è la selezione normativa del tipo di fatto rilevante per il diritto: nella specie, la causalità come *requisito oggettivo della fattispecie* nei delitti con evento naturalistico, e quindi oggetto di prova. In questo quadro si inserisce il ruolo che compete alle scienze dure (al sapere scientifico in senso stretto): il giudizio di causalità nel caso concreto va effettuato alla luce di una legge scientifica o una generalizzata regola d'esperienza; possono venire in rilievo anche leggi probabilistiche.

Ultimo decisivo anello probatorio, *l'esclusione di ipotesi esplicative alternative*. È la razionalità probatoria richiesta dal principio *normativo* dell'oltre il ragionevole dubbio, applicata al caso in cui la prova ha bisogno di un sapere scientifico. Per la prova della causalità (da intendere come condizione necessaria) “non possono non valere gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che valgono per tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato”. “Pretese difficoltà di prova non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore”.

Tutto questo rientra nell'ottica della nomofilachia: è, per così dire, la *cura dei confini* fra ciò che compete al livello normativo del porre e dire il diritto, e ciò che compete al sapere sul mondo (in particolare alle scienze *dure*, le scienze della natura). Risponde all'esigenza che il giudice di legittimità – oltre ad affermare i pertinenti principi di diritto sostanziale e/o processuale – eserciti un controllo sulla correttezza epistemologica del giudizio di merito. I criteri di controllo, peraltro, hanno uno statuto che non è normativo (disponibile da parte del legislatore) ma logico o epistemologico.

Il modello di razionalità probatoria delineato dalla sentenza Franzese con riguardo al problema causale ha una valenza più generale, non ancora valorizzata a pieno: serve a controllare l'uso (e il rischio di abuso) di supposte massime d'esperienza, generalizzazioni fondate sui esperienze passate, usate come ‘ponti inferenziali’³⁷, premesse non implausibili (se correttamente individuate) di *ipotesi d'indagine*, di *accuse da verificare*.

È entrato in uso il concetto di abduzione: *inferenza che formula un'ipotesi esplicativa*³⁸. La sentenza Franzese, in un passaggio in cui osserva che *la conoscenza giudiziale del fatto è sorretta da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo*, collega allo *schema argomentativo dell'abduzione* la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva probabile, rispetto alla quale

i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse.

³⁷ G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 181.

³⁸ È la definizione di Peirce, riproposta da G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 2. Sul ragionamento qui svolto, *ivi*, pp. 4-9.

Un buon *detective* formula ipotesi per via di abduzione; “per testare un’ipotesi si devono fare altre domande oltre a quelle iniziali”³⁹; vale la *regola aurea* dell’esclusione di ipotesi esplicative alternative. Questo modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto è sottoposto al controllo della Corte suprema⁴⁰.

6.2 Sugli aspetti sia normativi che epistemologici della prova scientifica, punto di riferimento importante è sentenza del 2010⁴¹:

La Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all’affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l’utilizzabilità nell’inferenza probatoria sia o meno fondata [...]. Tale valutazione attiene al fatto, è al servizio dell’attendibilità dell’argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere al mondo dalla scienza. Al contrario, il controllo che la Corte Suprema è chiamata ad esercitarne attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime.

Evidenziando i limiti del giudizio di legittimità, la sentenza Cozzini mette in guardia dall’attribuire il valore di *precedente giuridico* alle conclusioni raggiunte di volta in volta in singoli processi, relativamente allo stato del sapere scientifico su un dato problema: il *sapere scientifico* non è questione di *nomos*, di norme o di interpretazioni normative su cui possa essere esercitato il potere di nomofilachia della Corte suprema. È questione *di fatto*, che nel giudizio di cassazione può venire in rilievo se e in quanto si traduca in vizi di motivazione⁴².

Sul crinale fra principi di diritto (*nomos*) e implicazioni probatorie (*logos*) si collocano sentenze relative a pressoché tutti i problemi di parte generale. Criteri di razionalità probatoria sono additati dalla migliore giurisprudenza di Cassazione. Vanno incontro a resistenze le quali mostrano che la custodia del *logos*, della razionalità del giudizio di fatto, rischia di essere messa in discussione da preoccupazioni legate a problemi probatori di vicende concrete e a valutazioni in conflitto. In situazioni di incertezza scientifica sull’esistenza

³⁹ Tuzet, *Filosofia*, cit., p. 129.

⁴⁰ Su questi aspetti cfr. Cass. 22 ottobre 2014, n. 49029; Cass. 28 marzo 1995, n. 4668.

⁴¹ Cass., sez. 4°, 17.9.2010, n. 43786, Cozzini, in «Cassazione penale» 2011, pp. 1679 s., con nota di R. Bartoli. Fra i molti commenti, M. Barni, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, «Rivista italiana di medicina legale», 2011, pp. 489 s.; P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, «Diritto penale e processo», 2011, pp. 1341 s.

⁴² Lascio qui fra parentesi la questione di come il giudice di merito possa riuscire a distinguere il sapere disponibile dalla scienza spazzatura, e le questioni relative al merito scientifico delle diverse tesi che si confrontano nei processi penali. La scienza giuridica non ha competenza in materia di scienze naturali, e può restare a guardare dalla riva la battaglia scientifica. Magistrati e avvocati, invece, sono nel campo di battaglia; debbono discutere anche di scienza, come di ogni altra questione di fatto.

di una 'legge di copertura', e ancor più in situazioni d'incertezza fra più ipotesi esplicative concorrenti, la mancata prova della causalità è un esito che non sappiamo se sia, nel singolo caso, tutela dell'innocente, o non invece mancato riconoscimento di come siano davvero andate le cose (con conseguente mancata tutela delle vittime). E ciò tocca proprio situazioni in cui sono in gioco esigenze di tutela di beni fondamentali, come la salute o l'incolumità personale, di fronte a fattori di rischio riconosciuti o comunque non implausibili.

Argomenti assiologicamente colorati debbono essere tenuti fuori dalle questioni di accertamento fattuale. Una volta che sia stata fatta la scelta normativa, le conseguenze sul piano degli accertamenti fattuali sono questione di razionalità nell'accertamento di fatti che fanno *ostinata resistenza* a opzioni di valore o di potere. Sullo sfondo, un principio che è anche *normativo: in dubio pro reo*. L'etica del giudizio di fatto è – deve essere – etica del dubbio.

6.3 Per la qualificazione giuridica di un fatto si pongono problemi definibili di *interpretazione del fatto*: non di mera verifica materiale (per es.: quali parole l'imputato ha pronunciato?), ma anche di *ricognizione di significati* socioculturali di un fatto ben individuato nella sua materialità (sono parole offensive?). Questo esempio, relativo a una fattispecie costruita su un elemento normativo di valutazione culturale, pone in evidenza che l'ordinamento ha a che fare con un sostrato di concezioni culturali e normative, di cui la legge è specchio e prodotto. Ciò ha rilievo sia per l'interpretazione (la ricognizione del significato della norma) sia per la ricognizione di profili non meramente naturalistici del fatto concreto.

Ermeneutica del fatto ed ermeneutica della norma (della fattispecie) sono concettualmente distinguibili, ma la distinzione resta coperta da dimensioni culturali e valutative cui il diritto rinvia. Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione fattuale (socioculturale) appare assorbita nella qualificazione giuridica: nella conclusione (per es.) che una vignetta satirica è o non è un'offesa illecita della religione cattolica o di quella islamica. La susunzione presuppone, da un lato, un'ermeneutica del diritto: a quali elementi o valori socioculturali la norma fa riferimento? Dall'altro lato, un'ermeneutica del fatto, alla stregua dei valori socioculturali di riferimento. Su questo tema furono avviate negli anni '60, in un clima culturale che metteva in discussione la cultura giuridica tradizionale, indagini sui valori socioculturali nella giurisprudenza⁴³.

⁴³ Anche il sottoscritto ne è stato coinvolto: cfr. L. Bianchi D'Espinosa *et. al.*, *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Bari, Laterza, 1970.

Ciò che *fa problema* è il *retrotterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto*, fra di loro connesse ma concettualmente da distinguere. A quale sapere, a quale saggezza sulle cose del mondo attingono i giudici, sia di merito che di legittimità? La risposta a questi interrogativi, che pongono questioni di fatto, non può essere data una volta per tutte: le culture (e i limiti di cultura) di giudici e giuristi sono quel che sono. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, c'è da prendere atto che il giudizio del giudice ha sempre bisogno di un sapere sul mondo, necessario alla stessa comprensione del diritto, oltre che all'accertamento e all'ermeneutica del fatto. Anche la giurisprudenza di legittimità si confronta con problemi di questo tipo.

7. Istituti fuoriuscenti dal paradigma cognitivo

Sono affidati al *law enforcement* penalistico (al potere giudiziario) anche istituti – misure di sicurezza e misure di prevenzione – che consentono decisioni su una base che non è l'*oltre il ragionevole dubbio*, e dunque fuoriescono (in parte) dal paradigma cognitivo del garantismo, pur avendo contenuti di coercizione, di restrizione di diritti. Sono istituti la cui giustificazione e conformazione è legata all'idea di pericoli da contrastare. Idea guida non è la giustizia, ma la sicurezza da determinati pericoli, valutati possibili, con una probabilità più o meno grande.

La problematica delle misure personali di sicurezza è stata ridimensionata dalla ridefinizione del loro volto costituzionale e da restrizioni del campo di applicazione. Sta al centro di delicati problemi attuali il sistema delle misure di prevenzione. È formalmente al di fuori del diritto penale, ancorché ad esso collegato, e caratterizzato da contenuti coercitivi. Restano oggetto di critiche radicali nella dottrina antica e recente⁴⁴. La discussione e la critica si appuntano su deficit di legalità, e sul fondamento su giudizi prognostici, probabilistici. Per queste tipologie di istituti, i problemi epistemologici ed etici del dubbio si pongono con particolare acutezza. La protezione dello standard dell'*oltre il ragionevole dubbio*, che vale per le affermazioni di responsabilità, è qui solo parziale. Interventi della giurisprudenza costituzionale hanno eliminato alcuni vistosi deficit di legalità⁴⁵, con il risultato di consolidarne lo *status*. Il campo d'applicazione è stato ampliato da una serie di interventi legislativi.

⁴⁴ Un autorevole scritto recente: F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, «Criminalia», 2017, pp. 133 s. Altri interventi in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2, 2017.

⁴⁵ Per le misure di prevenzione, cfr. Corte cost. n. 33/2018, n. 24 e 25/2019.

La distanza dal paradigma cognitivo del garantismo (carenze di tassatività delle fattispecie ‘di prevenzione’, standard probabilistico del giudizio) è una fonte di pericolo per la sicurezza dei diritti. Nell’attuale situazione spirituale, non solo in Italia, misure diverse dalla pena – di utilità incerta, difficilmente verificabile – vengono accettate e valorizzate in nome della sicurezza securitaria, in particolare nel contrasto alla criminalità di tipo mafioso. Rappresentano un’incrinatura della sicurezza liberale, la valutazione degli effetti è difficile. 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.

Roberto Bartoli

Dubbio e certezza nel diritto penale

1. *Considerazioni introduttive*

Nel pensare al ruolo che il dubbio può avere nell'ambito del diritto penale, di primo acchito verrebbe da dire che non v'è alcuno spazio per questa particolare "forma conoscitiva": non solo l'errore, quindi, vale a dire la falsa rappresentazione della realtà che determina una divergenza tra quanto conosciuto e quanto effettivamente esiste, ma anche il dubbio, contraddistinto dal fatto che contiene, allo stesso tempo, due rappresentazioni, una difforme e una conforme alla realtà, sarebbero incompatibili con il diritto penale.

In una prospettiva, infatti, volta a dare piena e totale soddisfazione alle istanze di garanzia della persona destinataria della punizione, il diritto penale non può che basarsi sulla certezza, vale a dire su una totale conoscenza della realtà fattuale e una perfetta corrispondenza tra tale realtà e quella normativa. E ciò sia per quanto riguarda la configurazione dei criteri di imputazione del diritto penale sostanziale, sia per quanto riguarda l'accertamento processuale in concreto della singola responsabilità che viene in gioco: insomma, dalla prospettiva sostanzialistica, in assenza di certezze nella configurazione e nella attribuzione di una responsabilità non si può punire perché v'è il rischio che sia punito un innocente; dalla prospettiva processualistica, il dubbio non può che giocare a favore del reo, "in dubio pro reo".

Andando ancora più a fondo, l'idea/necessità di certezza che non lascia spazio alla operatività del dubbio sembra pervadere l'intero diritto penale. Così, ad esempio, i fatti che vengono incriminati non possono che essere dotati di un'indubbia offensività: soltanto quei fatti che esprimono un disvalore "certo", indubitabile, condiviso dalla generalità dei cittadini, possono essere puniti con una sanzione così afflittiva come quella penale. Ed ancora, il precetto non può che essere formulato in termini così chiari e univoci da non ammettere alcuna incertezza nella sua applicazione o alcun fraintendimento in ordine al messaggio comportamentale da esso veicolato, anche perché se i cit-

tadini nutrissero dubbi sulla distinzione tra ciò che è lecito e ciò che è illecito, non sarebbero in grado di autodeterminarsi in modo autenticamente libero.

Insomma, il diritto penale sembra reclamare certezza, una certezza assoluta che non lascia spazio al dubbio: dove c'è dubbio non si può punire.

D'altra parte, quanto appena detto necessita di importanti precisazioni, perché, a ben vedere, il tema del rapporto tra dubbio e diritto penale risulta molto più complesso. Da un lato, si deve considerare che il diritto tutto, quindi anche il diritto penale, è una realtà normo-valutativa, una realtà cioè che in definitiva si basa su un concetto di certezza "finale" molto particolare, diverso da quello che contraddistingue ad esempio le scienze empirico-fattuali: come avremo modo di vedere, mentre la scienza empirica si basa su una certezza "sperimentata" e tendente all'assoluto perché confermata dalla stessa realtà, la scienza giuridica si basa su un altro paradigma di certezza, non solo e non tanto relativo, ma decisamente altro, potendosi dire certo ciò che in definitiva risulta argomentativamente persuasivo e quindi logicamente non contraddittorio.

Dall'altro lato, all'interno dello stesso diritto penale, proprio perché realtà normo-valutativa, si pone la necessità di compiere distinzioni a seconda dei diversi contesti non solo normativi, ma anche empirici che vengono in gioco.

In particolare, diversa è la certezza "normo-valutativa" che sta alla base del diritto penale sostanziale e del diritto penale processuale, per cui mentre la certezza sostanziale tende all'assoluto, quella processuale si rivela molto più valutativa. Ecco allora che se diritto penale sostanziale e diritto penale processuale giungono alla stessa conclusione che il dubbio è incompatibile con un'affermazione della responsabilità, tuttavia le ragioni per cui si giunge a tale conclusione sono molto diverse, e queste differenze sono dovute proprio al diverso concetto di certezza, con conseguenze significative sullo stesso ruolo che il dubbio può svolgere in questi ambiti. Insomma, ciò che accomuna questi due diritti è l'incompatibilità tra dubbio e responsabilità, ma si tratta di incompatibilità qualitativamente diverse.

Non solo, ma all'interno dello stesso diritto penale sostanziale si pone la necessità di distinguere tra diversi contesti sia normativi che empirici, in quanto, si danno contesti dove addirittura il dubbio può essere considerato compatibile con il concetto di responsabilità, come avviene ad esempio nell'ambito della colpevolezza.

2. *Scienza empirica versus scienza giuridica penalistica: diversità dei paradigmi di certezza e del ruolo del dubbio*

Come abbiamo accennato, la certezza su cui si basa il diritto e, in particolare, il diritto penale è peculiare. Per comprendere questo aspetto ci pare utile soffermarsi sulla differenza che intercorre tra sapere empirico e sapere giuridico, in quanto saperi strutturalmente diversi, con riflessi appunto sul concetto di certezza e sul ruolo che il dubbio può giocare.

In estrema sintesi, si può affermare che scienza empirica e scienza giuridico-penalistica si differenziano per finalità, oggetto, ma soprattutto per il metodo. Anzitutto, diversa è la finalità di questi due saperi: la scienza empirica ha come scopo quello di aumentare le conoscenze esplicative e quindi nella sostanza di ricostruire quelle che potremmo definire le leggi scientifiche che stanno alla base della realtà fattuale; il diritto penale ha invece come scopo quello di elaborare criteri di rilevanza per la valutazione di fatti e comportamenti umani e per l'attribuzione di responsabilità e conseguenze. Quindi, mentre la scienza empirica entra nella realtà, nelle sue dinamiche e spiega i meccanismi di verifica dei fenomeni "preesistenti" in natura, il diritto penale sta sulla realtà fattuale, comprensiva dei comportamenti umani, al fine di qualificare giuridicamente un fatto e di attribuirlo a un uomo, al suo comportamento e alle sue scelte motivazionali, per poi renderlo destinatario di conseguenze sanzionatorie.

In secondo luogo, diverso è l'oggetto della conoscenza. Mentre le scienze empiriche si occupano di accadimenti – per così dire – certi, in quanto empirici nella loro consistenza naturalistica riproducibile, l'oggetto della scienza penale si arricchisce facendosi più sfuggente, indefinito e quindi nella sostanza contraddistinto da intrinseca incertezza. Da un lato, risulta arricchito dal comportamento e dall'organizzazione dei poteri, vale a dire da due fattori che risultano rispettivamente addirittura indeterminabili e condizionati dalle trasformazioni storiche politico-sociali se non addirittura culturali. Ponendo entrambi, poi, il problema dell'imperio e della performance dei comportamenti da parte del potere pubblico, problema che a sua volta apre ai problemi relevantissimi del rapporto tra cittadini e autorità ovvero tra *veritas* e *voluntas*. Dall'altro lato, la scienza penalistica ha a che fare con fatti che non sono riproducibili, ma si collocano in un futuro imponderabile oppure in un passato non riproducibile.

Infine, e direi soprattutto, scienze empiriche e scienza penalistica differiscono sul piano del metodo. Nelle scienze empiriche il cuore del metodo conoscitivo è offerto dall'esperienza, vale a dire dalla formulazione dell'ipotesi e dalla sua verifica/falsificazione, con la conseguenza che la conoscenza scientifica è il risultato di questo confronto tra ipotesi e realtà mediante la verifica dell'ipotesi. Se l'elaborazione dell'ipotesi non è esente da valutazioni, poten-

dosi considerare anzi il momento valutativo della scienza empirica, tuttavia la verifica dell'ipotesi è un procedimento avalutativo, che consente che sia la stessa realtà empirico-fattuale a dire se l'ipotesi sia fondata o meno in una crescente corrispondenza tra sapere e realtà, realtà e sapere.

Nell'ambito delle scienze valoriali il metodo sperimentale non può funzionare: non solo perché non vi sono soltanto fatti, ma anche comportamenti; non solo perché là dove vengono in gioco fatti si tratta di fatti non riproducibili; ma soprattutto perché la stessa prospettiva delle scienze valoriali non è esplicativa, ma per l'appunto valutativa e imputativa, ragion per cui alla base della conoscenza giuridica v'è una scelta, una decisione, che richiede nella sostanza una argomentazione, una razionale giustificazione, sia per quanto riguarda la stessa scelta sia per quanto riguarda la sua applicazione. Nel sapere penalistico, quindi la scienza passa attraverso la *ratio*, dalla razionalità che si misura in termini di credibilità argomentativa. Ancora più a fondo si potrebbe dire che la *ratio* del metodo conoscitivo giuridico si fonda sull'eguaglianza, sulla comparazione e, ed ecco la componente altamente valutativa, sulla scelta del criterio di comparazione che deve essere argomentata.

Ebbene, la configurazione strutturale di questi due saperi ha conseguenze decisive sul concetto di certezza e sul ruolo del dubbio, perché se il sapere scientifico è un sapere nella sostanza avalutativo che come tale può tendere a una certezza esplicativa avalutativa assoluta, il sapere giuridico-penalistico, essendo un sapere valutativo, si basa su un paradigma di riferimento diverso, tendente ad una certezza che non può definirsi né assoluta, né relativa, risultando piuttosto ragionevole o irragionevole, una certezza cioè persuasiva fondata sulla credibilità razionale e argomentativamente giustificata.

Detto diversamente, la scienza empirica si muove in una logica di certezza induttiva/deduttiva che tende fisiologicamente all'assolutezza, potremmo parlare di una certezza/verità fattuale; la scienza penalistica si muove invece in una logica di certezza abduttiva, che non può essere assoluta, ma nemmeno relativa, perché lo stesso paradigma di riferimento cambia qualitativamente, basandosi sul raggiungimento di risultati credibili e quindi razionali sul piano argomentativo.

Ebbene, se quanto detto sulla certezza ha un fondamento, da ciò derivano conseguenze importantissime proprio sul ruolo del dubbio. Per quanto riguarda la scienza empirica, se è vero che il dubbio contesta la certezza, è anche vero che esso costituisce il motore per incrementare e implementare la certezza: il dubbio – potremmo dire – è funzionale alla certezza. Il dubbio mette in discussione le conoscenze acquisite e le affermazioni che si danno per consolidate ed è attraverso il dubbio che si va a formulare l'ipotesi; dopo di che, mediante l'esperimento si verifica l'ipotesi e l'esito dell'esperimento, il risultato può essere nel senso della conferma oppure della negazione, comunque

sia, un risultato connotato da certezza che consente il progresso conoscitivo. Una certezza destinata ad essere costantemente rimessa in discussione (anche per i vari contesti), o comunque approfondita e rafforzata attraverso lo stesso procedimento conoscitivo basato su dubbio/ipotesi, esperimento ed esito, ma di certezza senza dubbio si tratta, tendente nella sostanza all'assoluto.

Diversamente, in ambito giuridico penalistico il dubbio tende a porre un autentico problema alla certezza. Come abbiamo visto all'inizio, il dubbio è in linea di massima incompatibile con l'attribuzione di una responsabilità.

3. *Scienza giuridica penalistica e vincoli di realtà*

Vero che scienza empirica e scienza giuridica differiscono, è anche vero che il sapere giuridico non può che avvalersi del sapere scientifico. Si tratta del tema del rapporto che intercorre tra scienza giuridica e scienza empirica, tema di grandissimo rilievo anche per le nostre riflessioni su dubbio e certezza.

Ebbene, la scienza penalistica non può prescindere dalla scienza empirica, non soltanto da un confronto con essa, ma addirittura da un utilizzo della stessa. Si potrebbe dire che la scienza penalistica sottostà a un vero e proprio "vincolo di realtà" e quindi a un "vincolo da scienza empirica" per almeno tre ragioni fondamentali.

Anzitutto, in virtù di un primo livello basilare di razionalità che impone di evitare l'elaborazione di concetti e categorie basate su convinzioni meramente soggettive del tutto svincolate da quanto accade nel mondo empirico. Se è vero che non si possono dedurre conclusioni di valore da premesse di mero fatto (fallacia c.d. naturalistica), è anche vero che conclusioni di valore non possono prescindere da premesse di mero fatto (fallacia c.d. normativistica). Se ciò accadesse, si esaurirebbe la stessa funzione normativa del diritto e il diritto sfocerebbe nella mera irrazionalità e quindi nel mero arbitrio.

In secondo luogo, il nesso della scienza penalistica con la realtà e le scienze empiriche deriva dalla circostanza che lo stesso sapere giuridico è un sapere scientifico. Nel momento in cui il diritto si fa scienza e la sua configurazione deve essere sottoposta a controlli e verifiche di razionalità, va da sé che questo vincolo di razionalità si traduce in un vincolo di realtà rispetto al quale la scienza fattuale gioca un ruolo fondamentale: come scienza, come impresa conoscitiva di ragione, il diritto deve fare i conti non solo con la realtà, ma anche con la realtà così come conosciuta dalle scienze empiriche. Se il diritto prescindesse dalle scienze empiriche finirebbe per non essere più un sapere scientifico.

Ma soprattutto il vincolo di realtà, potremmo dire la tendenziale prevalenza del vincolo di realtà sulle scelte di valore che si confrontano con la realtà, è imposto da ineludibili esigenze di garanzie. Il rapporto tra diritto penale e

realtà, tra diritto penale e scienze empiriche trova un ulteriore consolidamento nel momento in cui si potenzia la valenza dei principi di garanzia attraverso il moderno costituzionalismo. Se il carattere scientifico del sapere penalistico vincola alle conoscenze scientifiche fattuali nei termini di un confronto/tensione con le stesse, il carattere garantista vincola alla realtà nei termini stringenti di una eventuale subordinazione del potere alla verità della realtà scientifica, con la conseguenza che il legislatore e il giudice non possono che “prendere atto” delle conoscenze scientifiche fattuali e che pertanto le indicazioni provenienti dalla scienza empirica che contraddicono esiti valutativi non possono che prevalere su questi ultimi.

Insomma, al fondo della problematica v'è il confronto tra *voluntas* politica e *ratio* garantista, *ratio* garantista che impone di avvalersi della stessa scienza empirica. Con la conseguenza che il vincolo di realtà finisce per essere a sua volta il frutto di una scelta valutativa fondante-costitutiva del diritto penale e di portata addirittura costituzionale.

4. *Certezza e dubbio nel diritto processuale penale*

Vero tutto questo, è anche vero che il diritto penale si avvale del sapere scientifico secondo diverse articolazioni. Come accennato all'inizio, il modo di avvalersi delle scienze empiriche non solo muta a seconda che si tratti di diritto penale sostanziale o di diritto penale processuale, ma muta anche all'interno dello stesso diritto penale.

In particolare, per quanto riguarda le differenze tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale, partendo da quest'ultimo, il diritto penale processuale si basa su un concetto di certezza che potremmo definire totalmente normo-valutativo. La ricostruzione di fatti che si collocano nel passato e che non sono riproducibili non può che essere verosimile e quindi non può che basarsi su valutazioni di ragionevolezza. Detto altrimenti, si può parlare di una certezza consistente nella credibilità razionale, ovvero di una certezza normo-valutativa giustificata sul piano argomentativo che oltre a contraddistinguere l'esito finale opera anche in tutti i passaggi in cui si articola l'accertamento.

Poiché tende verso una certezza consistente nella credibilità razionale, il diritto processuale si basa sulla necessità che i fatti siano provati oltre ogni ragionevole dubbio, ragion per cui, in presenza di un dubbio “ragionevole”, la responsabilità deve essere esclusa. Si tratta di un principio che gioca un ruolo fondamentale quale criterio di risoluzione di un problema (il dubbio) non altrimenti risolvibile in quanto derivante dalla insufficienza del materiale probatorio in ordine all'esistenza di un dato di fatto: se l'errore o la certezza vanno necessariamente e univocamente in un senso (o nel senso della respon-

sabilità o della negazione della responsabilità), il dubbio è – per così dire – equivoco, perché va in entrambi i sensi o, viceversa, contro entrambi i sensi, e come tale non può essere risolto. La pendenza, in presenza del dubbio, nel senso favorevole al reo, è una fondamentale scelta di garanzia, derivante dalla circostanza che l'accusa e la condanna possono sempre essere il frutto di una strumentalizzazione: insomma, se sul piano probatorio/fattuale la bilancia è in perfetto equilibrio, la si deve leggere a favore del reo.

Tale principio significa quindi che effettivamente, sul piano probatorio dei fatti, esiste una incompatibilità tra il dubbio e l'attribuzione della responsabilità.

Ma a ben vedere, tale principio contiene in sé altre due indicazioni di grande rilievo per la nostra riflessione sul dubbio. Da un lato, dovendo essere il dubbio ragionevole, l'incompatibilità è comunque soggetta a una valutazione di ragionevolezza. Ecco allora che non qualsiasi dubbio è incompatibile, ma soltanto quel dubbio che risulta plausibile, accettabile, argomentabile, potremmo dire logicamente plausibile e quindi non contraddittoriamente operante. Il tema si intreccia al libero convincimento del giudice e più in generale alla circostanza che, come accennato, nel diritto processuale penale, tutto è nella sostanza soggetto a valutazione in virtù di una esigenza di certezza basata sulla credibilità razionale.

Dall'altro lato, e conseguentemente, proprio la circostanza che siamo in un ambito altamente valutativo implica che il dubbio possa operare nonostante la certezza scientifica esplicativa. In buona sostanza, per quanto riguarda il rapporto tra scienza empirica e diritto penale processuale, all'interno del processo il sapere scientifico non opera "automaticamente" ma è esso stesso oggetto di valutazione: valutazione al momento della sua "ammissione" all'interno del processo, ma anche valutazione nel contesto probatorio. Insomma, le categorie processuali tendono a valutare la scienza e non si schiacciano su di essa.

Con due conseguenze fondamentali. La prima è che l'avvento dell'apporto scientifico nella dimensione probatoria non scardina il tradizionale armamentario delle garanzie processuali che attingono al metodo e allo standard di valutazione della prova: la dimensione scientifica non invalida il libero convincimento del giudice. La seconda conseguenza è che ai fini della prova si può prescindere dalle prove scientifiche.

Insomma, il processo implica una valutazione. Il processo non può che basarsi sul libero convincimento del giudice, che consente l'*in dubio pro reo* come anche la valutazione delle prove scientifiche. E come vedremo, su questo punto di estremo rilievo si giocano le principali differenze che intercorrono tra il diritto penale processuale e il diritto penale sostanziale.

5. *Certezza e dubbio nel diritto penale sostanziale*

Per il diritto penale sostanziale le cose stanno in termini diversi, in quanto tale diritto si basa sul principio di personalità della responsabilità penale. Il diritto penale sostanziale reclama quindi una certezza tendente all'assoluto che nella sostanza è incompatibile con la presenza di dubbi nell'imputazione, non potendosi distinguere tra quelli ragionevoli e quelli irragionevoli. Con la conseguenza che le stesse categorie penalistiche tendono a mutuare dalla scienza. Il diritto penale sostanziale non può che essere fruitore delle leggi scientifiche che trova già confezionate dal sapere scientifico. Insomma, l'incompatibilità che intercorre tra diritto penale e dubbio sembra essere ancora più forte, perché là dove manca certezza sul piano della imputazione non è tanto un problema di *in dubio pro reo*, ma per l'appunto di impossibilità di punire poiché altrimenti si rischia di punire un soggetto che è innocente, estraneo al fatto, privo di responsabilità rispetto ad esso.

Tuttavia, per il diritto penale sostanziale le cose tendono ad essere ancora più complesse. Certo, là dove il contesto normativo reclama certezza e questa certezza può essere soddisfatta, il diritto penale non può che avvalersi di questa certezza. Ma non sempre esistono queste condizioni. E qui siamo a un punto davvero centrale per il nostro ragionamento.

Da un lato, da un punto di vista normativo, il diritto penale sostanziale conosce contesti molto diversi tra di loro, e al mutare di questi contesti muta anche l'esigenza di certezza, nel senso che non si può più parlare di certezza tendente all'assoluto, ma di certezza per l'appunto normovalutativa. In sostanza, muta il paradigma che si fa strutturalmente diverso, vale a dire strutturalmente normo-valutativo. Si pensi al momento della formulazione dei precetti; al c.d. decorso causale ipotetico dove si compie un giudizio prognostico sulla idoneità del comportamento omesso, e quindi solo ipotizzato, a impedire gli eventi; ai giudizi di prevedibilità ed evitabilità e, più in generale, a tutti i giudizi contraddistinti da potenzialità; si pensi infine ai giudizi di pericolosità relativi alle misure di sicurezza o alle misure di prevenzione.

Dall'altro lato, la stessa realtà empirica può mutare. Evento naturalistico, causalità che connette l'evento naturalistico alla condotta, condotta, componente psichica, procedimento motivazionale possono essere visti come un progressivo distacco dalla realtà empirica tangibile, per divenire realtà sempre empirica, ma intangibile, inconoscibile, non riproducibile e quindi alla fin fine imponderabile, rispetto alla quale la stessa scienza empirica entra fortemente in crisi non potendo, ad oggi (ma speriamo anche mai) procedere in via sperimentale. Insomma, rispetto a certi "fatti" lo stesso sapere scientifico empirico tende a farsi normativo, aumentando così i margini per l'ammissibilità di un sapere giuridico ancor meno certo e più dubitativo.

6. *Certezza e dubbio nelle scelte di criminalizzazione*

Primo contesto peculiare del diritto penale sostanziale è quello astratto della previsione dei reati, sia sul piano delle scelte di criminalizzazione, sia sul piano delle fonti legittimate a produrre diritto penale: da un lato, si pone la questione di ciò che può essere reato, dall'altro lato, si pone il problema della fonte e della modalità di formulazione dei precetti.

Ebbene, parlare di questi temi senza inserirli nel contesto politico ed istituzionale dei poteri pubblici (legislatore [ma anche Governo], giudice, Corte costituzionale) significa non trattarli nel modo dovuto e nel momento in cui si pone l'attenzione a tale contesto ci si rende conto non solo di quanto la certezza sia destinata ad entrare in crisi, ma anche di come lo stesso dubbio – per così dire – valoriale finisca per operare addirittura in termini di garanzia.

In particolare, nella previsione dei reati si pone anzitutto un'esigenza di certezza in termini di garanzia e cioè la necessità che siano incriminati fatti che non solo si possono provare empiricamente, ma anche che, prima ancora, si possono realizzare dal punto di vista empirico. Oggi un principio di questo tenore potrebbe far sorridere: quale sarebbe il legislatore che incrimina fatti irrealizzabili? Tuttavia la storia ci insegna che questo è accaduto: si pensi alla stregoneria e al delitto di “unzione” durante le epidemie della peste. E che questo può sempre accadere: si pensi alla fattispecie di plagio.

Ecco allora che non possono esserci dubbi sulla realizzabilità empirica di un fatto, ovvero un fatto che viene punito è un fatto che deve essere certamente realizzabile sul piano empirico.

E in questa prospettiva non si possono che citare le parole della Corte costituzionale, che proprio nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della fattispecie di plagio con la sentenza n. 96/1981 ha affermato quanto segue: «non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato, né se per l'esistenza di questo stato sia necessaria la continuità dell'azione plagiante nel senso che, se la volontà del plagiante non si dirige più verso il plagiato, cessa lo stato di totale soggezione di questo»¹.

Una sentenza questa, letta spesso in termini di legalità e di determinatezza, ma che, a nostro avviso, deve essere letta prima ancora nei termini di un sindacato da parte della Corte costituzionale sulle scelte di criminalizzazione alla luce della realizzabilità empirica dei fatti.

Sempre nella previsione dei reati non si può che esprimere la nostra contrarietà rispetto a una “certezza valoriale assoluta”, rispetto a un'etica della

¹ Corte cost., sent. n. 96/1981.

verità che non ammette dubbi e che quindi non ammette bilanciamenti, per cui un determinato valore non può che essere tutelato in termini assoluti.

Attenzione! Non c'è dubbio che vi sono beni che meritano o addirittura necessitano di una tutela talmente ampia che può farsi anche assoluta: si pensi al bene della vita. Tuttavia, al netto di determinate situazioni che rendono una tutela di questo tenore pienamente ragionevole (si pensi alla tutela della vita contro le aggressioni dolose), lo stesso peso del bene della vita non può che mutare a seconda dei contesti in cui possono entrare in gioco controinteressi che sono rilevanti e che quindi devono essere valutati all'interno di un giudizio di bilanciamento: il consenso della vittima; le particolari condizioni psicologiche in cui possono avvenire determinati fatti (infanticidio della madre per le particolari condizioni psichiche durante il parto), condizioni di fine vita da collegare all'autodeterminazione del soggetto.

Esempio emblematicissimo di tutto questo si è avuto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'allora vigente art. 546 c.p. nella parte in cui puniva l'aborto di donna consenziente rispetto a una gravidanza che poneva in pericolo la salute della donna senza il ricorso degli estremi dello stato di necessità, ha affermato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»².

Sulla stessa scia può essere collocata la giurisprudenza costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita, costellata da una serie di pronunce volte a trovare un punto di equilibrio tra la tutela delle esigenze della procreazione e della salute della donna e la tutela della dignità dell'embrione³. E ancor più di recente la sentenza n. 242/2019 con la quale sono stati ridotti i margini di applicazione dell'aiuto al suicidio.

Alla base di una visione valoriale assoluta v'è il pericolo di un sostanziale autoritarismo che può essere disinnescato soltanto mediante l'etica del dubbio che de-assolutizza la visione valoriale. Dubitare delle proprie ragioni, dubitare del proprio valore. Ciò non significa che il proprio valore è destinato a perdere valore, a relativizzarsi, ma significa che il proprio valore è destinato

² Corte cost., sent. n. 27/1965.

³ In particolare, in ordine al bilanciamento tra tutela della salute della donna e tutela dell'embrione, si vedano le sentenze n. 151/2009 e n. 96/2015, che hanno riconosciuto prevalenza alla prima sulla seconda; in ordine al bilanciamento tra tutela delle esigenze della procreazione e tutela dell'embrione, si veda la sentenza n. 162/2014, che ha dichiarato illegittimo il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa. Inoltre, si veda la sentenza n. 229/2015, che ha riconosciuto tutela alla dignità dell'embrione per mancanza di interessi contrapposti, nonché la sentenza n. 84/2016, relativa al bilanciamento tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva, che ha ritenuto legittimo il divieto di sperimentazione su embrioni umani ancorché orientato alla tutela della salute.

a mettersi in relazione con il valore degli altri, a relazionarsi. Quindi non si tratta di affermare una prospettiva relativistica, ma piuttosto relazionistica. Il relativismo può portare all'annientamento del valore, al nichilismo, ma il relazionismo fa dubitare della assolutezza della propria visione senza rinunciare al proprio valore, quindi incrina la certezza e crea il pertugio all'interno del quale possono entrare le ragioni dell'altro.

Se così stanno le cose allora le scelte di criminalizzazione all'interno di una democrazia non possono che fondarsi su una prospettiva del dubbio nei termini che abbiamo detto, perché la democrazia è fondata sul dialogo e sul confronto e forse è proprio questa l'essenza ultima del concetto di laicità come anti-dogma e anti-assolutismo.

7. Certezza e dubbio nella formulazione/interpretazione della legge

Per quanto riguarda la dimensione formale della previsione/formulazione e interpretazione dei reati, il diritto penale, ancora una volta, non può che tendere alla certezza, alla chiarezza, alla univocità della formulazione dei precetti. Ragioni di volontà politica, ma anche ragioni di certezza per il destinatario del precetto spingono nel senso della determinatezza della norma. E la determinatezza non è un principio superato: vige, è indispensabile.

D'altra parte, ancora una volta, la vicenda si complica in ragione della complessità della realtà. Il legislatore prevede la fattispecie, il giudice la applica; il legislatore opera in un certo momento storico, il giudice esercita il suo potere in un altro momento storico. Già il solo fatto che previsione e applicazione siano attività attribuite a due "soggetti" differenti e realizzate in due momenti fisiologicamente differenti, determina una complessità. Si viene a creare necessariamente una sfasatura. Senza considerare che ogni espressione linguistica, anche non giuridica, risulta di per sé interpretabile. Insomma, la maestà della legge, la sua certezza è destinata ad entrare in crisi.

Non solo, ma la certezza della legge è oggi messa in dubbio dallo stesso costituzionalismo nato a tutela contro le prevaricazioni della legge, a testimonianza di un costituzionalismo che insinua dubbi più che affermare certezze.

Inoltre, lo stesso fatto mette in dubbio la legge. Si potrebbe dire che il contesto contesta il testo: quindi se ogni espressione linguistica è già di per sé "testualmente" interpretabile, lo diviene ancora di più a contatto con il contesto fattuale che incrementa la problematica interpretativa.

Infine, non si può fare a meno di osservare come si vengano a creare contrasti giurisprudenziali, per cui lo stesso ordinamento, nel suo complesso, finisce per esprimere in termini "non equivoci" il proprio precetto interpretato, venendo a minare al fondo quella certezza di cui abbiamo bisogno.

Come si vede il tema è complessissimo, vastissimo, centralissimo. Qui si possono compiere soltanto due considerazioni sugli aspetti che al momento ci sembrano più significativi.

Anzitutto, occorre ribadire che la Corte costituzionale può e deve sindacare la determinatezza di una norma, ancorché in un rapporto dialettico con il diritto vivente.

Nella stragrande maggioranza delle ipotesi in cui viene sollevata legittimità costituzionale per indeterminatezza della incriminazione, nel momento in cui si riconosce valenza all'interpretazione, la Corte non può che rimettere la precisazione del significato del precetto al diritto vivente. Proprio perché l'attività interpretativa del giudice offre un contributo significativo, in presenza di una norma che si presenta equivoca, la Corte non può che rimettere alla giurisprudenza il compito di individuare il contenuto interpretativo univocizzante⁴. Ecco allora che una norma si rileva indeterminata quando il diritto vivente non risulta in grado di raggiungere un messaggio univoco. E ciò sembra essere proprio quanto avvenuto nella vicenda delle misure di prevenzione applicabili a chi è "abituale dedito a traffici delittuosi": trattandosi di espressione linguistica di per sé indeterminata che non ha trovato un'interpretazione univoca da parte della Corte di Cassazione, la Corte costituzionale ha ritenuto «affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza» la fattispecie di cui all'art 1, lett. a) del Codice antimafia⁵.

Non solo, ma questa impostazione ci serve anche per dire che, da un lato, la semplice presenza di un contrasto giurisprudenziale non può essere considerata motivo per dubitare della legittimità di una norma, e che, dall'altro, chi ha agito durante un contrasto non può far valere in termini scusanti l'imprevedibilità oggettiva della decisione. A ben vedere, infatti, all'interno di un contesto in cui si riconosce un ruolo significativo all'attività interpretativa del giudice, la creazione di eventuali contrasti giurisprudenziali deve essere considerata – per così dire – fisiologica dell'ordinamento, ed è proprio la presenza del contrasto che fa sorgere il dubbio che dovrebbe indurre all'astensione.

Punti essenziali sono che i contrasti giurisprudenziali devono essere risolti il prima possibile dall'intervento delle Sezioni Unite, e che si potrà scusare soltanto in termini "soggettivi", allorquando il dubbio generato dal contrasto risulta invincibile per la carenza di mezzi della persona⁶. Insomma, il dubbio soggettivo derivante dal dubbio interpretativo è sempre oggettivamente risolvibile, appartenendo ai fatti e non al diritto la irrisolvibilità del dubbio, con la conseguenza che esso scusa soltanto se soggettivamente invincibile.

⁴ Corte cost., sent. n. 172/2014, in tema di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p.

⁵ Corte cost., sent. n. 24/2019.

⁶ Cass. pen., Sez. Un., n. 8544/2020.

Vero tutto questo, è anche vero che diversa è la situazione allorquando vi è un secondo contrasto e una seconda sentenza delle Sezioni Unite che estende ulteriormente l'ambito applicativo della fattispecie. Ebbene, nel momento in cui si estende ulteriormente la punibilità rispetto alla prima sentenza delle Sezioni Unite è difficile non porsi il problema della prevedibilità anche in termini oggettivi, visto che il soggetto ha fatto comunque affidamento su una prima sentenza delle Sezioni Unite che veicolava un messaggio successivamente disatteso dalle stesse Sezioni Unite.

8. *Certezza e dubbio nell'imputazione causale dell'evento*

Il capitolo centrale dove si pongono i maggiori problemi nel rapporto tra certezza/dubbio e diritto penale sostanziale è senz'altro quello della imputazione della responsabilità.

Anzitutto, non possiamo fare altro che ribadire in forma sintetica quanto già detto nella distinzione tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale. Nel diritto processuale non si può giungere a una certezza assoluta. Quindi un fatto si può ritenere provato solo al di là di ogni ragionevole dubbio: con la conseguenza che se permane un dubbio ragionevole, la responsabilità non può che essere negata. È proprio della peculiare modalità di ricostruzione dei fatti a spingere per l'*in dubio pro reo*.

In ambito sostanziale le cose stanno in termini diversi: da un lato, il principio di personalità reclama una certezza ancora più pregnante e significativa in virtù del principio personalistico della personalità della responsabilità penale; dall'altro lato, però, come accennato, occorre tenere presente i diversi contesti anche empirici in cui opera il diritto penale: un conto sono le problematiche conoscitive oggettive, un conto sono le problematiche conoscitive soggettive, nel duplice senso di quelle che attengono alla dimensione soggettiva dell'autore e di quelle proprie dell'autore.

Ebbene, sul piano della imputazione oggettiva, e più precisamente sul piano del nesso causale che lega un evento a una condotta, a nostro avviso non si può ragionare che in termini di certezza e stavolta di certezza assoluta. Nella spiegazione causale di un evento, non ci si può basare che sull'impiego delle leggi scientifiche assolute e universali. Si tratta infatti di relazionarsi con dati reali, procedere a ritroso dall'evento alla condotta nella ricostruzione della catena causale e di spiegare il legame che intercorre tra i molteplici fattori mediante leggi scientifiche.

Da ciò conseguono due corollari che ci sentiamo di affermare con forza: non è ammissibile l'utilizzo di leggi statistiche; in presenza di dubbi circa la spiegazione causale, non si può che assolvere.

8.1 *Inutilizzabilità delle leggi statistiche*

Per quanto riguarda l'inutilizzabilità delle leggi statistiche, il punto problematico è offerto dal fatto che la giurisprudenza le ammette, attraverso un ragionamento che tuttavia non ci sentiamo di condividere.

Già la sentenza Franzese, aveva affermato che nella spiegazione della catena causale oltre alle leggi universali si possono utilizzare anche le leggi statistiche⁷. E la giurisprudenza successiva ha confermato tale assunto⁸.

D'altra parte, questo modo di ragionare, se da un lato ha offerto un importantissimo contributo nel rinnovare le modalità di analisi dei problemi in tema di causalità, dall'altro lato deve essere sottoposto a un vaglio critico. Anzitutto, si deve osservare che alla base v'è l'idea che il grado di probabilità statistica (relativa alla causalità generale, vale a dire alla ipotesi esplicativa generale) possa essere bilanciato dalla probabilità logica (relativa alla causalità individuale, vale a dire alla ipotesi esplicativa concreta). Tuttavia, nel momento in cui la probabilità c.d. statistica viene bilanciata dalla probabilità logica, quest'ultimo criterio, invece di venire in gioco nel momento processuale-probatorio, vale a dire nel momento di verifica dell'ipotesi formulata in astratto, viene in realtà impiegato già durante la formulazione dell'ipotesi esplicativa scientificamente fondata.

⁷ Cass. pen., Sez. Un., n. 30328/2002: «lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale [...] Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto [...] l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale. Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico deduttivo, secondo i criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo in settori nevralgici per la tutela dei beni primari [...] Tutto ciò significa che il giudice [...] è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare».

⁸ Cass. pen., Sez. IV, n. 43786/2010: «resta un'ultima, ormai consueta domanda: è possibile superare nell'ambito del giudizio concreto la probabilità statistica per giungere ad un giudizio di certezza (espresso in termini di probabilità logica, o corroborazione, o credibilità razionale)? La risposta è in linea astratta prudentemente positiva. E l'itinerario è sempre quello già indicato, rapportato alle peculiarità del caso. Basta a tale riguardo richiamare quanto sopra esposto: ipotesi (abduzione) ed induzione (la copiosa caratterizzazione del caso storico) che si confrontano e si integrano dialetticamente. Orbene, perché questo itinerario possa essere percorso occorre che le contingenze del caso concreto siano appunto se possibile copiose e comunque significative; e, per le loro peculiari caratterizzazioni, riescano a risolvere il dubbio insito nel carattere probabilistico del sapere utilizzato nell'inferenza deduttiva [...] nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali».

Detto in altri termini, sulla base del ragionamento condotto dalla giurisprudenza, la credibilità razionale, e quindi il ragionamento abduttivo su cui tale credibilità razionale si basa, giocano un ruolo decisivo non solo sul piano processuale, al momento della verifica probatoria del decorso causale ipotizzato, ma anche e ancor prima sul piano sostanziale, al momento della spiegazione del decorso causale, vale a dire della ricostruzione in astratto dell'ipotesi del decorso causale, e ciò perché la verifica probatoria concreta, caratterizzata dalla certezza processuale, finisce per sostituirsi alla certezza c.d. assoluta che invece deve caratterizzare la ricostruzione sostanziale ed astratta del decorso. Con la conseguenza che, già a livello "generale", la spiegazione può conoscere una certa flessibilizzazione, purché poi sia compensata dalla solidità della verifica probatoria, a sua volta basata sulla probabilità logica e la credibilità razionale.

Tuttavia, quando si ha a che fare con il decorso causale reale, la probabilità logica, se ha da giocare un ruolo, lo può giocare solo ed esclusivamente in ambito processuale, al momento della verifica dell'ipotesi esplicativa generale ed astratta e scientificamente fondata, mentre al momento della individuazione della spiegazione scientifica del decorso non ci si può basare che sulla certezza assoluta, ponendosi altrimenti a rischio il principio di personalità della responsabilità penale nel suo contenuto più significativo del divieto di responsabilità per fatto altrui. Facciamo un esempio: poniamo il caso che una determinata patologia possa essere spiegata alla luce di due diversi agenti, rispettivamente per il 50% e il 20% dei casi, ma che per il 30% dei casi non possa essere spiegata. Ebbene, in questa ipotesi, non sembra possibile escludere i decorsi causali alternativi, in quanto, anche se si escludessero, resterebbe pur sempre una quota di percentuale ignota. Con la conseguenza che, mentre si possono escludere decorsi causali alternativi nel caso della patologia del mesotelioma pleurico o del contagio hiv, rispetto ai quali si conoscono tutte le cause possibili, al contrario non risulta possibile escludere decorsi causali alternativi nel caso del carcinoma polmonare, come tuttavia fa la giurisprudenza.

8.2 *Il dubbio sulla spiegazione scientifica*

Il secondo problema che si pone rispetto al decorso causale reale è cosa fare in presenza di dubbi in ordine all'efficacia esplicativa sul piano scientifico.

Preliminarmente occorre chiarire una distinzione fondamentale tra incertezza derivante da contrasto probatorio e incertezza derivante da contrasto esplicativo. Il contrasto probatorio, come abbiamo visto, si ha quando all'interno di un processo vengono prospettate ipotesi di decorsi causali alternativi, ipotesi che però risultano essere tutte scientificamente fondate. In questo caso

non si contesta la portata scientifica di una ricostruzione causale, bensì si dibatte della plausibilità sul piano della effettiva verifica storica di una determinata ricostruzione causale e rispetto a queste ipotesi, come abbiamo visto, il giudice è “libero” di scegliere l’opzione che, alla luce delle evidenze dei fatti, riterrà maggiormente fondata sul piano probatorio rispetto al caso concreto. Diversamente, un reale problema di incertezza scientifica sorge quando la stessa spiegazione causale di un determinato decorso viene già in astratto contestata sul piano scientifico. In questa ipotesi ciò che si contesta è la stessa legge scientifica esplicativa del decorso. E la vicenda paradigmatica di incertezza scientifica che si pone con frequenza sul piano applicativo riguarda il c.d. effetto acceleratore prodotto sul mesotelioma pleurico dalle successive esposizioni all’amianto.

Il punto problematico concerne il contegno che deve tenere il giudice in presenza di questa incertezza esplicativa. Se si dovesse ragionare in termini rigorosi, si dovrebbe concludere nel senso che in queste ipotesi il giudice non può che alzare le mani e arrendersi davanti alla inesplorabilità del decorso causale. Nel momento in cui esperti del sapere scientifico che viene in gioco nel singolo processo non si trovano d’accordo in ordine all’efficacia esplicativa di una determinata legge, la conclusione non può che essere nel senso della irresponsabilità. Anche perché, se al giudice si attribuisse un ruolo nella scelta tra le due opzioni ricostruttive, o il giudice entrerebbe nell’ambito scientifico che non gli compete oppure si scivolerebbe da una prospettiva deduttiva a una prospettiva induttiva, che tuttavia, come abbiamo detto più volte, attiene alla prova dei fatti e non alla ricostruzione del decorso causale reale.

D’altra parte, non si può nemmeno negare la circostanza che nelle singole ipotesi concrete si ponga l’esigenza di un certo vaglio da parte del giudice in ordine alla affidabilità di una determinata legge scientifica che si pone in discussione, anche perché, diversamente, si verrebbe a creare una situazione per cui è sufficiente esprimere il minimo dubbio sulla efficacia esplicativa di una determinata legge scientifica per indurre alla conclusione della irresponsabilità del soggetto. Ed è in queste ipotesi che si viene a creare un intreccio tra dimensione sostanziale e dimensione processuale particolarmente delicato e complesso.

Ebbene, il problema della incertezza derivante da contrasto esplicativo non può essere risolto scaricando sul giudice di merito il compito di verificare la fondatezza delle leggi esplicative, ragion per cui il giudice di merito dovrebbe verificare se «se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi, una legge scientifica in ordine all’effetto acceleratore della protrazione dell’esposizione», impiegando criteri di valutazione critica in ordine alla attendibilità scientifica delle leggi esplicative (esame degli studi che la sorreggono; ampiezza, rigidità oggettiva della ricerca; grado di soste-

gno che i fatti accordano alla tesi; discussione critica; attitudine esplicativa; grado di consenso nella comunità scientifica)⁹.

Tale soluzione è senz'altro da apprezzare nel momento in cui cerca di trovare un punto di equilibrio tra la prospettiva "deduttiva" che impone al giudice di essere fruitore delle leggi scientifiche e l'esigenza realistica che impone al giudice di prendere una certa posizione sul sapere scientifico. D'altra parte, è anche vero che questo punto di equilibrio finisce per negare al giudice il suo ruolo di fruitore delle leggi scientifiche, emergendo così una indiscutibile contraddizione, confermata dal fatto che anche nelle sentenze successive che si sono occupate del tema, gli esiti processuali sono risultati contrastanti.

Alla stessa stregua, sarebbe errato chiamare in causa la Corte di cassazione a Sezioni Unite per stabilire se la legge scientifica sia affidabile o meno: «le Sezioni Unite non potrebbero attestare l'esistenza o l'assenza della legge dell'effetto acceleratore [...] non si tratta di interpretazioni giuridiche, ma di giudizi di fatto di segno opposto, rispetto ai quali non si crede che le Sezioni Unite possano prendere una posizione»; dall'altro lato, si è precisato che «le poche decisioni che prendono posizione sulla maggiore validità di una teoria scientifica rispetto ad altra [...] non fanno che negare l'assunto di un giudice fruitore di leggi causali che rinvergono nel contesto scientifico il marchio di validità»¹⁰, tornando quindi a ribadire il ruolo del giudice di fruitore delle leggi scientifiche.

Ecco allora che la giurisprudenza rischia di farsi imprigionare nel seguente paradosso. Da un lato, non potendo prendere posizione sulla valenza scientifica, la Corte scarica la scelta sul giudice di merito; dall'altro lato, però, preso atto che permangono contrasti giurisprudenziali, si rende conto che lo scaricare sul giudice il vaglio sulla affidabilità della legge scientifica finisce per sortire un effetto che non solo non è risolutivo, ma che addirittura alimenta il contrasto, in quanto i giudici di merito, attraverso il loro vaglio, tendono poi a ritenere affidabili teorie scientifiche diverse.

Per uscire da questa sorta di *impasse*, è forse opportuno distinguere due situazioni diverse. Anzitutto, v'è l'ipotesi in cui l'incertezza sulla spiegazione scientifica si pone – per così dire – per la prima volta all'interno di un determinato procedimento. In questa ipotesi, non c'è dubbio che possano e debbano operare i criteri elaborati dalla giurisprudenza anche nella valutazione della affidabilità della legge scientifica, sia perché la prospettazione di qualsiasi dubbio potrebbe divenire un espediente artificioso per portare ad escludere la responsabilità, sia perché riproducendosi nel processo quel dibattito che è vivo nella comunità scientifica, è ben possibile che il giudice opti per la ricostru-

⁹ Cass. pen., Sez. IV, n. 43786/2010.

¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 12175/2016.

zione scientifica più plausibile in virtù della sua capacità di resistere all'urto del contraddittorio tra i saperi. Se per certi aspetti si può trattare di una presa di posizione giuridica sulla scienza, tuttavia, tale presa di posizione ci sembra in definitiva ragionevolmente ammissibile soprattutto se poi si adottano due accorgimenti. Da un lato, appare evidente che se già all'interno degli stessi gradi del procedimento si viene a creare un contrasto, la Cassazione non può che prendere atto dell'incertezza esplicativa. Inoltre, per controbilanciare possibili condanne contraddette da successive scoperte scientifiche, si potrebbe pensare a una ipotesi di revisione del processo *pro reo* nel momento in cui l'incertezza scientifica risulta essere – per così dire – successivamente confermata.

In secondo luogo, v'è l'ipotesi in cui l'incertezza della spiegazione dà luogo ad esiti processuali contrastanti sul piano della legittimità. Ebbene, là dove il contrasto all'interno della scienza rispetto all'esplicazione di un certo fenomeno risulta confermata da esiti giudiziali opposti, è del tutto evidente che manca una certezza in ordine alla spiegazione e che questa mancanza di certezza non può essere risolta dal giudice sindacando il valore scientifico delle diverse spiegazioni, in quanto al giudice verrebbe attribuito un ruolo che non è di mero fruitore delle leggi scientifiche, ma piuttosto di valutatore delle stesse.

In buona sostanza, si deve ritenere che in presenza di un dubbio che risulta insuperabile in virtù della sussistenza di esiti processuali differenti, si debba prendere atto dell'incertezza scientifica con conseguente esclusione della responsabilità. E tale esclusione deve avvenire non sulla base della presenza di un dubbio che deve giocare a favore della persona imputata, perché in realtà non si stanno ponendo problemi di prova, ma per evitare la violazione del principio di personalità della responsabilità penale.

9. *Certezza e dubbio nella colpa*

Problematiche di rapporto tra certezza/dubbio e diritto penale sostanziale si pongono anche quando si entra nel contesto imputativo della colpa.

È bene precisare che si tratta di un contesto diverso da quello della causalità, perché dal contesto reale, *ex post*, esplicativo, scientifico tipico della causalità, si passa a un contesto irreali, *ex ante*, ipotetico, probabilistico tipico della colpa, con la conseguenza che non ha più senso ragionare in termini di certezza deduttiva, ma si deve ragionare in termini di credibilità razionale, vale a dire in termini analoghi a come si ragiona in ambito probatorio: insomma, non si tratta di spiegare, ma di prevedere, e le prognosi devono risultare razionalmente e argomentativamente credibili e giustificate.

In questo ambito del diritto penale sostanziale entra quindi in funzione una certezza normo-valutativa derivante dalla struttura prognostico-probabilistica del contesto normativo. Ecco allora che in presenza di una probabilità, che

risulta essere strutturalmente priva di quella certezza empirica che contraddistingue i contesti esplicativi, si può comunque imputare l'evento.

Anche all'interno di questo contesto si pongono due questioni problematiche entrambe concernenti l'elaborazione delle regole cautelari: da un lato, si pone il problema se si debba fare riferimento alla migliore scienza ed esperienza del momento storico oppure se si possa avanzare una pretesa meno elevata, facendo riferimento alle buone pratiche diffuse in un certo contesto spazio-temporale; dall'altro lato, si pone il problema se si possano elaborare regole cautelari rispetto a contesti che si sanno rischiosi, ma dove manca un sapere esplicativo certo.

Per comprendere queste problematiche, si deve aver presente due aspetti. Anzitutto, la differenza che intercorre tra la colpa specifica derivante dalla violazione di regole cautelari scritte e colpa generica derivante invece dalla violazione di regole cautelari non scritte. In secondo luogo, si deve aver presente il fatto che spesso, in mancanza di colpa specifica perché si rispettano le regole cautelari scritte, si fa residuare una colpa generica in virtù della violazione di ulteriori regole cautelari non scritte.

9.1 Utilizzabilità del parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico

Ebbene, sotto il primo profilo dell'utilizzo del parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico, si deve ritenere che ciò sia plausibile quando si devono forgiare regole scritte: una valutazione che eleva al massimo grado la pretesa comportamentale risulta plausibile solo se è l'ordinamento che la compie in modo chiaro e netto mediante la cristallizzazione delle condotte dovute.

Diversamente, quando vengono in gioco regole cautelari non scritte, o comunque regole cautelari c.d. elastiche che pur essendo scritte rinviano comunque a regole non scritte, non ha molto senso richiamare la migliore scienza ed esperienza del momento storico, anche perché l'individuazione della stessa finisce per essere rimessa nelle mani del giudice.

Una conferma a questa prospettiva proviene ancora una volta dalla Corte costituzionale. Nell'affrontare il problema interpretativo di cosa si dovesse intendere per misure "concretamente attuabili" in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro, la Corte ha precisato che con tale espressione il legislatore si è riferito alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, «corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti

dell'imprenditore dagli standard di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive. Ed è in questa direzione che dovrà, di volta in volta, essere indirizzato l'accertamento del giudice: ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli standard di produzione industriale, o specificamente prescritta»¹¹.

Da ciò consegue un altro esito fondamentale: proprio perché il parametro della migliore scienza ed esperienza può essere utilizzato soltanto in presenza di regole cautelari scritte, se la regola cautelare scritta non è formulata mediante il parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico, a maggior ragione non è possibile fare residuare una colpa generica basandola sul parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico, anche perché una colpa generica può residuare soltanto se muta la situazione di rischio che si deve fronteggiare.

9.2 La formulazione delle regole cautelari in contesti di incertezza scientifica esplicativa ovvero la problematica del principio di precauzione

Altro punto problematico in tema di colpa è l'imputazione dell'evento in contesti di incertezza scientifica.

Se, da un lato, vi sono posizioni rigorosissime che escludono addirittura la possibilità di formulare regole cautelari in contesti di incertezza scientifica, dall'altro lato, vi sono posizioni eccessivamente cedevoli che addirittura ritengono che l'evento possa essere imputato anche sulla base dello stesso principio di precauzione.

A me pare necessario distinguere le problematiche della colpa da quelle della imputazione dell'evento e impostare la questione nel modo seguente.

Da un lato, non sembrano esservi ostacoli a che il legislatore formuli regole cautelari che si ispirano al principio di precauzione, potendo oltretutto sanzionare la loro inosservanza, non solo perché è più che plausibile circondare una certa attività di cautele senza conoscere con esattezza i meccanismi operativi di una determinata sostanza, ma anche perché le scelte valoriali di tutela, posto che devono risultare empiricamente realizzabili, non devono avere necessariamente un fondamento scientifico. Insomma, la stessa incriminazione dei reati di pericolo astratto è senza dubbio legittima, ponendosi semmai un problema di offensività e proporzione.

Dall'altro lato, ammessa la formulabilità di regole cautelari sulla base del principio di precauzione, il vero punto problematico diviene la possibilità di configurare una eventuale responsabilità colposa per l'evento che si è pro-

¹¹ Corte cost., sent. n. 312/1996.

dotto in violazione delle regole cautelari precauzionali. E a me pare che tale possibilità sia difficilissima da raggiungere.

Anzitutto, sul piano della causalità, è necessario che sopravvengano le conoscenze scientifiche che consentano per l'appunto l'imputazione causale mediante la spiegazione scientifica. Vero che le regole cautelari possono essere formulate in assenza di conoscenze scientifiche è anche vero che in assenza di conoscenze scientifiche un evento non può essere imputato.

In secondo luogo, anche là dove sopravvengano le conoscenze scientifiche, è ben possibile che, proprio sulla base delle conoscenze scientifiche sopravvenute, la regola cautelare si riveli del tutto inefficace. Insomma, se vero che si possono elaborare regole cautelari in assenza di una totale conoscenza scientifica, tuttavia vi sono alte probabilità che una regola cautelare elaborata in tale contesto possa risultare inefficace proprio perché mancavano le conoscenze scientifiche.

Ma la vera questione è la seguente: in presenza di un sapere incerto, ancora una volta la regola cautelare non può che essere scritta: proprio perché manca un sapere scientifico, la valutazione che sta alla base della individuazione del comportamento dovuto non può essere rimessa al singolo giudice.

Con la conseguenza ulteriore che, in presenza del rispetto delle regole cautelari precauzionale, non può residuare la colpa generica, anche perché risulterebbe problematicissima la misura soggettiva della colpa, in quanto, ammesso che vi sia stata una mutazione di rischio che giustifica una nuova e diversa regola cautelare non scritta, proprio la mancanza di conoscenze scientifiche non consente di rendersi conto del mutamento del rischio.

Il tema, che può apparire sofisticato, è in realtà di estrema attualità, perché si lega ai processi attivati rispetto all'amianto e alle nuove sostanze pericolose. Ebbene, riguardo a questi processi, se, da un lato, si possono individuare regole cautelari scritte elaborate in una fase di incertezza scientifica (le regole per affrontare l'asbestosi) e risultano sopraggiunte conoscenze scientifiche esplicative dell'eziologia degli eventi (l'eziologia del mesotelioma pleurico è oggi certa), dall'altro lato, però, si deve osservare come le regole cautelari elaborate in assenza di conoscenze scientifiche si siano poi rivelate inefficaci proprio in virtù delle conoscenze scientifiche (si pensi alla inefficacia delle mascherine), e come spesso la giurisprudenza abbia fatto residuare una colpa generica derivante da un generico dovere di informarsi oltretutto forgiato sulla migliore scienza ed esperienza, senza tuttavia che fosse evidente e conoscibile da parte dell'agente una mutazione del rischio (le morti da mesotelioma si sono verificate dopo almeno dieci anni dalle condotte colpose).

10. *Certezza e dubbio nella colpevolezza*

Venendo al piano della imputazione soggettiva, merita attenzione il dubbio rispetto al fatto e rispetto al precetto. All'interno del nostro ordinamento v'è infatti una diversa disciplina: mentre il dubbio sul fatto è pienamente compatibile col dolo, il dubbio sul precetto di per sé nulla ci dice, dovendosi andare a scandagliare se era evitabile oppure inevitabile, perché se era evitabile è compatibile con la responsabilità, mentre se era inevitabile il dubbio esclude la responsabilità.

Il punto che merita interesse è la ragione di questa particolare disciplina del dubbio sul precetto: da un lato, infatti, si potrebbe essere indotti a ritenere che ogni volta che c'è un dubbio sul precetto ci dovrebbe essere responsabilità, mediante una disciplina simile a quella che c'è per il dubbio sul fatto; dall'altro lato, si potrebbe invece essere indotti a ritenere che ogni volta che c'è un dubbio, sia esso evitabile o inevitabile, si dovrebbe concludere per l'irresponsabilità.

Ebbene, l'ordinamento è voluto uscire proprio da questa secca alternativa basando la disciplina su un giudizio di evitabilità/inevitabilità dell'errore/dubbio sul precetto.

A fondamento di tale scelta si è soliti affermare che vi sarebbe l'esigenza politico-criminale di non comprimere la sfera di tutela dei beni giuridici: la presenza di una pretesa che impone di evitare la produzione di una determinata causa di discolpa, come anche di un certo evento dannoso, rappresenterebbe, in sostanza, un meccanismo per soddisfare mere esigenze di prevenzione generale.

A nostro avviso, a questa ragione del tutto condivisibile e comune a qualsiasi giudizio normativo di evitabilità, se ne possono tuttavia aggiungere anche altre che attengono in modo precipuo ai giudizi di evitabilità presenti negli istituti che incarnano la colpevolezza e che hanno natura – per così dire – personalistica¹².

A ben vedere, infatti, la previsione di questo giudizio, presente anche all'interno dell'imputabilità e dello stato di necessità, non consente soltanto di soddisfare pretese preventive, ma anche di raggiungere un importante punto di equilibrio tra tali esigenze e quelle personalistiche di garanzia espresse dal sottoprincipio di relazione psichica tra il soggetto e il reato. Se infatti il legislatore non formulasse i propri istituti facendo riferimento alla evitabilità di una certa situazione si troverebbe costantemente di fronte alla seguente alternativa di non facile soluzione: o affermare l'irrilevanza di tutta una serie di cause di discolpa, rispondendo così interamente alle istanze di tutela socia-

¹² V. Corte cost., sent. n. 364/1988.

le, ma violando così anche il principio di relazione psichica tra il soggetto e il reato; oppure sancire la totale rilevanza delle cause di discolpa, dando così piena attuazione al principio di colpevolezza, ma frustrando inevitabilmente le esigenze preventive.

Ora, proprio i giudizi di evitabilità sono in grado di conciliare queste due esigenze contrapposte, nel senso che, da un lato, presupponendo – per così dire – un’illimitata rilevanza delle cause di discolpa, rendono gli istituti pienamente conformi al principio di colpevolezza e, più precisamente, al sottoprincipio della relazione psichica tra il soggetto e il reato; dall’altro lato, comportando la responsabilità in caso di evitabilità della situazione di discolpa da parte del soggetto, consentono di appagare le esigenze di prevenzione generale.

Inoltre, la ragione della previsione dei giudizi normativi negli istituti che incarnano la colpevolezza non risiede solo e semplicemente nell’esigenza di trovare un punto di equilibrio tra colpevolezza e prevenzione, ma anche, e soprattutto, nel diverso ruolo giocato dal “fatto” e dal “diritto” all’interno dello stesso procedimento motivazionale. Ed invero, mentre, il fatto rappresenta soltanto il *mezzo* per realizzare un determinato interesse perseguito dal soggetto agente, il diritto incardina un *interesse*, che può coincidere con quello perseguito dal soggetto agente oppure confliggere. In particolare, la conoscenza del fatto è un presupposto *fondamentale* per assumere un orientamento cosciente nei confronti dei valori tutelati dall’ordinamento, poiché solo chi conosce i fatti può prendere decisioni concernenti il proprio comportamento; tuttavia, tale conoscenza è – per così dire – esterna al procedimento di formazione della decisione, in quanto il fatto non esprime di per sé un valore di cui invece è portatore il diritto, ma soltanto l’oggetto della valutazione. All’opposto, la conoscenza del diritto è presupposto fondamentale e “interno” al procedimento motivazionale, dal momento che, proprio perché esprime una qualificazione (di valore/disvalore) del fatto, concorre a pieno titolo alla formazione della decisione orientata ai valori tutelati dall’ordinamento.

Da qui un’ulteriore conseguenza assai rilevante: mentre esiste una naturale propensione alla conoscenza del fatto e degli elementi che lo compongono, per il diritto esiste, invece, una fisiologica tendenza alla disconoscenza. Proprio perché la conoscenza del fatto è un presupposto fondamentale per prendere decisioni, ma esterno al procedimento motivazionale, il soggetto è indotto a conoscere la realtà su cui agisce; al contrario, esprimendo la norma penale un interesse e un valore potenzialmente contrastanti con l’interesse e il valore perseguito dal soggetto attraverso la realizzazione del fatto, appare evidente come vi sia una certa inclinazione a non conoscere proprio ciò che alla fine può costituire un limite alla realizzazione dei propri interessi. In sostanza, appartiene alla stessa “essenza” del procedimento motivazionale la propen-

sione a crearsi situazioni di “non colpevolezza”, in quanto la presenza di una causa di discolpa consente di agire con la massima libertà.

11. *Certezza e dubbio nei giudizi di pericolosità*

Pochissime battute sui giudizi di pericolosità, per osservare come essi si basino su un sapere fortemente dubitativo: com'è possibile formulare una prognosi di recidiva su un comportamento futuro?

Ebbene, a me pare che la pericolosità possa avere una sua plausibilità allorquando è connessa a particolari situazioni patologiche, con la conseguenza che il sistema delle misure di sicurezza si giustifica appieno con riferimento ai soggetti non imputabili, visto che oltretutto si richiede che lo stesso fatto sia causato dal fattore che esclude l'imputabilità, con riflessi anche sul giudizio di pericolosità, per cui sempre lo stesso fattore deve poter essere anche causa di un possibile nuovo reato.

Diversamente, problemi si pongono per i giudizi di pericolosità rispetto ai soggetti imputabili, proprio perché manca un fattore peculiare su cui incentrare il giudizio di pericolosità. Attenzione: ciò non significa che un giudizio di pericolosità sull'imputabile non possa essere formulato. Piuttosto, significa che esso dovrebbe essere impiegato per decidere della applicazione di istituti che incidono sulla punibilità (es. sospensione condizionale della pena), piuttosto che della applicazione di misure ulteriori come le misure di sicurezza. Anche perché l'imputabile finisce per andare incontro a conseguenze afflittive che alla fine sono sproporzionate, essendo sottoposto sia alla pena che alle misure di sicurezza.

Problemi ancora più consistenti si pongono per i giudizi di pericolosità relativi alle misure di prevenzione, anche perché qui addirittura manca l'accertamento di un fatto. E la sensazione che si ha è che si sia arrivati a un vero e proprio eccesso di normativismo (fallacia normativistica), per cui il giudizio di pericolosità è compiuto in completa assenza di fatti, con la conseguenza che risulta interamente spostato sulla personalità del soggetto basandosi sulla mera esistenza di precedenti.

12. *Una conclusione su certezza e dubbio dalla prospettiva del costituzionalismo penale*

Se volessimo tirare una sorta di conclusione da tutto quello che abbiamo detto fin qui, si potrebbe dire che la riflessione sui rapporti tra certezza/dubbio e diritto penale spinge inevitabilmente ad estenderla ai rapporti tra certezza/dubbio e Costituzione.

Ebbene, sul piano delle scelte di criminalizzazione la Costituzione è custode della verità empirica, come anche della dialogicità dubitativa valoriale.

Sul piano della formulazione/interpretazione dei precetti, se il dubbio interpretativo e il contrasto giurisprudenziale appartengono fisiologicamente all'ordinamento e quindi non escludono la prevedibilità, problemi di prevedibilità si pongono invece allorché il contrasto torna a porsi reclamandosi un ulteriore intervento delle Sezioni Unite.

Sul piano della imputazione oggettiva, la Costituzione spinge per una vera e propria subordinazione del diritto penale sostanziale al sapere scientifico.

Sul piano della imputazione soggettiva, la Costituzione è per l'equilibrio e il buon senso, e se non pone limiti alla formulazione delle pretese comportamentali, spaziando dalla migliore scienza ed esperienza del momento storico al principio di precauzione, tuttavia pretese comportamentali con parametri siffatti devono provenire soprattutto da fonti scritte.

Sul piano della imputazione soggettiva, non si può non distinguere tra la conoscenza del fatto e la conoscenza del precetto, perché esiste una naturale propensione alla conoscenza del fatto, mentre per il diritto esiste una fisiologica tendenza alla disconoscenza.

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 che evidenziano eccessi di normativismo.

Grazia Mannozi

A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice

1. Introduzione e ipotesi di lavoro

Poiché non possiamo pensare altrimenti che per mezzo della nostra lingua, ci muoviamo da sempre all'interno delle categorie e delle relazioni semantiche forniteci dalle parole¹.

Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità².

Queste due citazioni, tratte dai saggi rispettivamente di una linguista e di un giurista, sono utili a delimitare il perimetro della riflessione sul ruolo del dubbio nel sistema penale.

Dove vi è la *parola*, come cellula elementare del pensiero e perciò anche del racconto, là vi è necessariamente terreno fertile per il dubbio. Neppure le narrazioni bibliche, alla base della formulazione dei dogmi cristiani, sono esenti dal dubbio. Lo conferma, da ultimo, Bettini quando ricostruisce le differenti trame narrative della Natività presentate nei Vangeli, tra loro incompatibili quanto a luoghi, presenze e dettagli minori³.

Occorre allora chiedersi se e come il diritto – che è un'architettura complessa di parole e che da sempre ambisce alla completezza⁴ e alla certezza⁵ per esigenze di garanzia – possa gestire il dubbio: sia quello che alberga nelle pieghe della lingua giuridica per il tramite della quale vengono positivizzate e interpretate le norme⁶, sia quello che può presentarsi nell'ambito delle scelte

¹ A. Assmann, *Formen des Vergessens*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2016, tr. it. *Sette modi di dimenticare*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 9.

² G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. vii.

³ M. Bettini, *Il presepio*, Torino, Einaudi, 2018, pp. 5-16.

⁴ Ma v. le illuminanti riflessioni critiche alla tesi della completezza della legge di L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 2012, pp. 31 ss.

⁵ Sulla certezza del diritto ci si limita ad indicare due classici: N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1951, pp. 146 ss.; F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, «Rivista di diritto civile», 1943, pp. 81 ss.

⁶ Lombardi Vallauri include – tra le lacune statiche della legge – l'incapacità di quest'ultima di

comportamentali proprie degli attori istituzionali del processo penale (giudice, pubblico ministero, imputato e vittima)⁷.

Rispetto a un sistema giuridico 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.

Il processo si occupa di ricostruire fatti, ambisce alla verità, raggiunge infine la verità processuale dei fatti⁸ attraverso *narrazioni*. Le narrazioni sono un impasto di parole e di silenzi, ciascuno con il proprio spessore di significato tale da comporre molteplici e multiformi bagagli comunicativi. In ogni narrazione, da parte dei diretti interessati da un reato (autore e persona offesa) o dei testimoni, alla dimensione oggettiva di fatti vengono incorporati non soltanto la percezione dell'io conoscente, ma anche emozioni primarie e secondarie⁹, inclusi la capacità di ricordare o il desiderio inconscio di dimenticare¹⁰.

Da altro punto di vista, tuttavia, il dubbio è fecondo di possibilità: poiché il linguaggio giuridico non è un veicolo completamente neutro – sostiene March – essere in dubbio sull'interpretazione di una norma porta a utilizzare «le aperture della lingua per sviluppare interpretazioni, [...] a estrarre ciò che è sepolto nei profondi recessi dell'esperienza linguistica»¹¹. Continua March:

Come i giudici, i lettori di poesie o gli interpreti di decisioni possono sfruttare l'ambiguità a favore degli interessi e delle ideologie, ma i migliori di loro, giudici compresi, usano il linguaggio per evocare significati più profondi¹².

«fissare in modo univoco il significato di tutte le proprie parole» (Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 32).

⁷ G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, «Diritto penale contemporaneo», 20 luglio 2018, Archivio dpc, <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6183-il-dubbio-e-la-legge>>, marzo 2020, p. 1.

⁸ Ma v. le considerazioni di L. Laudan, *The Law's Flaws: Rethinking Trials and Errors?*, London, College Publications, 2016.

⁹ Per la distinzione tra emozioni primarie e secondarie si rinvia alle principali e originarie opere di riferimento: P. Ekman, *Basic Emotions*, in T. Dalgleish, M. Power Sussex (eds.), *Handbook of Cognition and Emotion*, U.K., John Wiley & Sons Ltd, 1999; R. Plutchik, *The Emotions: Facts, Theories and a New Model*, New York, Random House, 1962.

¹⁰ Si rinvia ancora alle considerazioni di Assmann, *Sette modi di dimenticare*, cit., pp. 51 s., la quale distingue tra memoria *contenitore* (che è alla base dell'archiviazione di atti, documenti, reperti) e memoria *funzionale*. Rilevanti, sulla negazione maniacale del ricordo, le riflessioni di M. Recalcati, *Incontrare l'assenza. Il trauma della perdita e la sua soggettivazione*, Bentivoglio, ASMEPA Edizioni, 2016.

¹¹ J. March, *A Primer on Decision Making. How Decisions Happen*, New York, The Free Press, 1994; tr. it., *Prendere decisioni*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 222.

¹² *Ibidem*.

Ci si occuperà, qui, del ruolo che il sistema penale riconosce o assegna al dubbio a partire da quattro diverse angolature prospettiche, ognuna delle quali correlata a uno specifico «attore», tra quelli istituzionalmente necessari, del processo: il *reo*, la *vittima*, il *pubblico ministero*, il *giudice*.

Il dubbio, dunque, rispetto ai soggetti così selezionati, verrà assunto nella *duplice natura*: (a) di irrisolutezza nella scelta tra più argomenti diversi o contrari; (b) di metodo conoscitivo che promuove la ricerca della verità.

La riflessione sarà preceduta da alcune sintetiche osservazioni linguistiche volte a illustrare il significato che si attribuisce al dubbio nell'economia del presente lavoro.

2. Il dubbio: statica e dinamica

Il dubbio può essere osservato nella sua *dimensione statica* e nella sua *proiezione dinamica*.

Nella prima accezione, il dubbio è assunto come stato di incertezza, di indecisione di fronte a un «bivio», sia esso rappresentato una coppia di opzioni antitetiche, dalla scelta tra più risposte possibili, dall'individuazione della verità di un fatto, oppure dall'alternativa tra modelli comportamentali o strategie.

Tale accezione si coglie anzitutto a partire dall'etimologia del termine: nella lingua italiana, «dubbio» deriva dal latino *dubium* ed etimologicamente richiama l'idea di *dualità*. Stessa pregnanza di significato è presente nella parola greca δοῦάζειν (*doiazein*), che significa appunto dubitare. Medesimo discorso può essere fatto per il termine francese *doutes* ma anche per quello inglese *doubt*, riconducibile sia all'*old french doter*, sia al latino *dubitare*.

La lingua tedesca restituisce analoga cifra di significato ma offre un'indicazione in più: la parola *Zweifel* – con la quale si esprime il dubbio – deriva dalla fusione tra «*Zwei*» (due) e il suffisso *-falt*, a sua volta originato etimologicamente dal sostantivo *Falte*, che significa piega, corrugamento¹³. Il dubbio sembrerebbe pertanto rimandare a una realtà naturalistica – come peraltro accade per molti termini, anche giuridici, assurti solo in un secondo tempo a tecnicismi – che rinvia a una biforcazione naturale.

L'uniformità di *significati* e la similitudine dei *significanti* trova una spiegazione nella riconducibilità dei termini sopra evocati alla radice protoindoeuropea (PIE) *dwo*¹⁴, fondativa rispetto al termine *dubbio* per come declinato

¹³ La derivazione è dall'*althochdeutsch* «*zwīfal*», e cioè *Zwei* e *Falten*.

¹⁴ C. Watkins (ed.), *The American Heritage dictionary of Indo-European Roots*, Boston-New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2011, p. 22. Nell'introduzione si osserva come, in origine, le lingue indoeuropee esprimano un sistema decimale (p. xxii).

nelle diverse lingue indoeuropee (latino, greco, lingue germaniche, lingue romanzee, sanscrito) a partire dalla radice *dva* o *dvi* (due).

Alla luce di queste sintetiche considerazioni linguistiche, è possibile concludere che il dubbio possa essere identificato in uno stato di indecisione *emotivamente caratterizzato* tra due possibilità concrete o orientamenti di pensiero. Aristotele, in particolare, suggerisce che il dubbio sia originato dall'equivalenza di ragionamenti contrari¹⁵.

La ricostruzione del pensiero filosofico occidentale da S. Tommaso a Cartesio consente di dire che, nell'accezione indicata come *statica*, il dubbio ha valenza prevalentemente *soggettiva*, palesandosi come *irrisolutezza interiore*. Nella dimensione soggettiva del dubbio rientra anche il c.d. «dubbio patologico», in cui l'indecisione trascende la ragionevolezza per diventare ostacolo paralizzante e fonte di sofferenza psicologica¹⁶.

Tornando alla prospettiva filosofica, vi è un punto di svolta, che sposta l'asse della visione del dubbio e, perciò, ristrutturata in termini oggettivati la funzione che può svolgere quest'ultimo. Con Cartesio, il dubbio esce dalla dimensione soggettiva dell'io pensante per assurgere a *metodo* e assolve una funzione critica rispetto al sapere proposto in forma di asserzioni o di dogmi. Con la prima regola, Cartesio si autoimpone di:

non accettare mai alcuna cosa per vera che non conoscessi essere evidentemente tale, cioè di evitare accuratamente la precipitazione e la prevenzione e di non comprendere nulla più nei miei giudizi se non ciò che si presentasse così chiaramente e distintamente alla mia ragione da non avere alcuna occasione di metterlo in dubbio¹⁷.

Il dubbio metodologico cartesiano conduce, dunque, alla *dinamica* del dubbio: precede e anticipa il modello popperiano di verifica empirica delle ipotesi, che prende il nome di *falsificazione*¹⁸. Impossibile non cogliere in Occam un antesignano, almeno nella prospettiva della riflessione sul fondamento della certezza, speculare, appunto, al superamento dello stato di dubbio.

Ancora una riflessione linguistica può aiutare a impostare l'analisi del ruolo del dubbio nel sistema penale: quella concernente le differenze tra *dubbio* e *dilemma*. Il termine «dilemma» – anch'esso composto dal prefisso *di-*, che esprime dualità – è uno di quelli più frequentemente «manomessi»¹⁹: spesso utilizzato quale sinonimo di dubbio, e cioè in riferimento alla scelta tra due

¹⁵ Cfr. N. Abbagnano, G. Fornero, *Dubbio* (voce), «Dizionario di filosofia», Torino, UTET, 2001, p. 331.

¹⁶ G. Nardone, G. De Santis, *Cogito ergo soffro*, Milano, Ponte alle Grazie, 2011.

¹⁷ Cartesio, *Discorso sul metodo* (1637), Roma, Tip. L'airone, 1949, p. 66.

¹⁸ K. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, Einaudi, 1970.

¹⁹ L'espressione è mutuata da G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Milano, Rizzoli, 2010.

alternative, implica invece l'esistenza di due opzioni (o premesse) che portano al medesimo risultato (o conclusione).

Il dilemma non è, dunque, un tipo di dubbio e neppure una forma di scetticismo metodologico; rappresenta piuttosto una biforcazione di argomenti seguendo i quali si giunge alla medesima conseguenza, e la scelta tra i quali viene, di norma, lasciata ad altri (per esempio all'avversario). Non a caso il dilemma è stato usato dai grammatici e dai logici dal II secolo dopo Cristo in avanti per indicare i ragionamenti insolubili che ricorrevano di frequente nei testi degli Stoici²⁰. Il termine viene altresì impiegato nella teoria dei giochi: basti pensare al ben noto *dilemma del prigioniero*²¹.

È interessante la definizione di *dilemma* che si trova nel Vocabolario etimologico della lingua italiana del Bonomi, con una esemplificazione che include il dubbio (assunto in chiave metodologica):

Sorta di argomentazione chiamata anche cornuta, che consta di due proposizioni contrarie, che pure hanno la stessa conseguenza, e delle quali si lascia la scelta all'avversario per convincerlo egualmente, qual delle due egli scelga. Per esmp. O è vero che si dee dubitare di tutto, o è falso, se è vero, dunque esiste qualche verità: se è falso, dunque non si deve dubitare di tutto²².

Il dilemma, dunque, va tenuto distinto dal dubbio; esso può condizionare, come si vedrà più avanti, il comportamento dell'autore di reato in sede processuale.

In generale, e prima di addentrarsi nei quattro filoni di riflessione individuati – il dubbio del reo, quello della vittima, quello del pubblico ministero e quello del giudice – va ribadito che il dubbio è immanente al sistema penale e, in particolare, al processo.

«Il giudice in udienza dubita»²³. Il testimone esita. Forse non esiste un testimone obiettivo. «Ogni testimone tende inconsciamente a mescolare il vissuto con l'invenzione»²⁴. Il potere può usare malamente la spada: «la mia falsità è in grado di schiacciare la tua verità»²⁵. Evocare Shakespeare o Dürrenmatt è solo una suggestione letteraria, tra le molte possibili, per riconoscere che il dubbio è il «convitato di pietra» nel banchetto del processo.

²⁰ Abbagnano, Fornero, *Dubbio* (voce), cit., p. 287.

²¹ L. Mérò, *Calcoli morali. Teoria dei giochi, logica e fragilità umana*, Bari, Dedalo, 2000, pp. 45 ss.; A. Dixit, B. Nalebuff, *Io vinco tu perdi*, Milano, Il Sole 24 Ore, 1993; A. Barone, *Dilemma del prigioniero e meccanismi che inducono alla cooperazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

²² F. Bonomi, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, 2004-2008, Dizionario etimologico online, <<https://www.etimo.it/?term=dilemma>>, marzo 2020.

²³ W. Shakespeare, *Il racconto d'inverno*, III, 2, 136.

²⁴ F. Dürrenmatt, *Justiz*, Zürich, Diogenes Verlag, 1985; tr. it., *Giustizia*, Milano, Garzanti, 1986, p. 123.

²⁵ W. Shakespeare, *Misura per misura*, II, 4, 155.

In un certo senso, il dubbio costituisce una variabile indipendente: c'è, esiste, è costantemente in agguato, si fa beffe delle pretese del sistema di rispondere a una logica binaria o a criteri di razionalità assoluta; teme l'intelligenza emotiva e l'inconscio collettivo. Resiste, difficilmente si fa ingabbiare, non muore mai del tutto anche quando sembra essere superato o risolto. Il dilemma è forse altrettanto presente, appartiene al settore di «calcoli morali»²⁶ e può essere utilizzato dal sistema penale, come si vedrà più avanti, in modo machiavellico, a servizio di logiche preventive o premiali (legate a un *facere* positivo, come nella sospensione del processo con messa alla prova, o alla rinuncia a garanzie, come nel patteggiamento) tali da condizionare il comportamento dell'accusato²⁷.

3. *Il dubbio del reo*

Molteplici sono le situazioni di dubbio in cui può trovarsi l'autore di reato, talune specificatamente prese in considerazione e risolte normativamente dal sistema penale.

Tra le principali situazioni normativizzate nelle quali il dubbio assume rilevanza, sia pure sotto forme e con ruoli diversi, si possono annoverare:

- 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 l'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.²⁸ – cioè per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova. La questione verrà ripresa più avanti, nell'ambito dell'analisi del dubbio dell'organo giudicante.

Ciascuna delle questioni sopra individuate verrà esaminata sinteticamente e nell'ordine.

²⁶ In generale, Mérò, *Calcoli morali*, cit., *passim*.

²⁷ E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale: Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 456 s., richiamando, tra gli altri, V. Patalano, *Etica degli affari e diritto penale*, «Critica del diritto», 1-3, 2006, pp. 33-56.

²⁸ Si riporta, per comodità di lettura, il testo dell'art 530, comma 2, c.p.p.: «Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile».

a) Il tema del dubbio dell'autore del reato circa la scelta criminale incrocia dimensioni di ricerca di più ampio orizzonte: da quella filosofica sul libero arbitrio, a quella sociologica e criminologica²⁹ – le quali lavorano sul contesto di vita e sugli universi simbolici di riferimento – a quella delle neuroscienze; si tratta di questioni che non è ovviamente possibile affrontare nell'economia del presente lavoro.

Sotto il *profilo criminologico*, uno dei modelli eziologici del crimine – la teoria di Matza – potrebbe forse descrivere meglio di altri l'operare del dubbio circa la scelta criminale. Matza muove infatti dalla premessa che il comportamento deviante non va considerato solo nelle sue cause interne ma nella sua *convenzionalità*: la commissione di un reato avviene all'interno di un contesto che permette un'*alternativa* comportamentale, nota al soggetto agente. Di tutta evidenza è qui il rigetto di ogni logica deterministica che annienta, viceversa, il ruolo del dubbio.

Matza fa anche riferimento al concetto di «*drift*»: termine intraducibile nella lingua italiana, che potrebbe essere reso al meglio, attraverso un'opera di adattamento linguistico, con il sostantivo «oscillazione». Il fatto che il soggetto oscilli tra condotta criminale e comportamento conforme sembrerebbe esaltare il ruolo del dubbio. In realtà l'oscillazione di cui parla Matza fa riferimento non tanto a uno stato di dubbio rispetto all'opzione criminosa bensì a una condizione *esistenziale*, o più semplicemente *ambientale*, in cui la scelta criminale, sebbene ricorrente, è intervallata da fasi in cui prevale la conformità alle norme. Ciò si adatta, ad esempio, alla descrizione dei reati sottoculturali, in cui accanto a scelte radicalmente criminose, con reiterazione di singole e specifiche condotte antiggiuridiche, si pongono dinamiche comportamentali iper-tradizionali e conformi. Spesso, quando è presente il fattore culturale – sia nei reati legati a subculture, sia nei reati rispetto ai quali possono operare le c.d. *cultural defences* – il dubbio può investire persino la conoscenza del precetto penale nei suoi elementi costitutivi.

Più che la questione delle cause del comportamento criminale, sono però le caratteristiche criminologiche di taluni reati a offrire la chiave di lettura che consente di comprendere le scelte codicistiche di «parte generale» relative alla gestione del «dubbio» del reo nella deliberazione dell'atto criminoso.

Il dubbio sembra essere insussistente nei c.d. reati d'impeto, dove la deliberazione criminosa avviene in un lasso di tempo particolarmente breve: il soggetto, con una reazione «a corto circuito», agisce d'impulso, quasi senza riflettere. Coerente con tale situazione empirica è la scelta del legislatore di prevedere una specifica attenuante per colui che abbia agito in stato d'ira de-

²⁹ V. Punzo, *Scelta razionale e sociologia del crimine: un approccio critico e un modello di simulazione ad agenti*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pp. 93-169.

terminato da fatto ingiusto altrui, situazione tipica che talvolta, non sempre, fa da sfondo, appunto, ai reati d'impeto.

Si spiega allora, per converso, anche la previsione di una circostanza aggravante per la premeditazione, dove il lasso temporale deliberativo è, in genere, ampio: l'ordinamento assume che la preparazione attenta e dettagliata del piano criminoso richieda un tempo tale da consentire al soggetto di formulare a se stesso il dubbio circa la propria scelta criminale, e di lasciare che nello spazio interiore possano dispiegare la propria efficacia «controspinte» di varia natura (ad esempio quella che proviene dalla minaccia della norma penale incriminatrice e dal suo intrinseco nucleo valoriale).

Rispetto a scelte criminali che appaiono radicate, il sistema, con categorie dogmatico-criminologiche ormai obsolete, opta per irrigidimenti sanzionatori e preclusioni fondate sull'assenza di *dubbio* circa le possibilità di recupero sociale del soggetto: ci si riferisce alle dichiarazioni di delinquenza abituale, professionale o per tendenza, ormai retaggi di una criminologia definitivamente superata³⁰, che finiscono con l'identificare il soggetto con la somma degli atti criminosi compiuti.

b) Rispetto alla *conoscenza del precetto penale*, l'art. 5 del codice penale esordisce con una formulazione normativa riassumibile nel brocardo *ignorantia legis non excusat*. Il rigorismo della scelta del legislatore del 1930 è stato temperato da successivi interventi della Corte costituzionale che hanno cercato di rendere compatibile il dettato dell'articolo 5 c.p. con l'articolo 27, comma 1 e 3, della Costituzione; la sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, ha segnato il punto di svolta, dando piena costituzionalizzazione al principio della *personalità della responsabilità penale*.

La questione dell'errore (o dell'ignoranza) del precetto penale viene risolta nei termini dell'inescusabilità dell'errore che risulti *evitabile* usando l'ordinaria diligenza. Alla condizione soggettiva di errore o di ignoranza è assimilabile lo *stato di dubbio* circa la liceità della condotta che si intende tenere e che il soggetto agente dovrebbe risolvere accedendo alle fonti di produzione normativa, acquisendo rassicurazioni da parte dell'autorità o consultando esperti.

In questo modo, si costituisce in capo al cittadino un onere di soluzione dello stato di dubbio rispetto al precetto penale, situazione non infrequente soprattutto qualora l'iperproduzione legislativa crei situazioni labirintiche, dominate dall'incertezza sul dato normativo vigente o applicabile al caso con-

³⁰ Si vedano: E. Altavilla, *Abituali e professionali (delinquenti)* (voce), in E. Florian, A. Niceforo, N. Pende, *Dizionario di criminologia*, Milano, Vallardi, 1943, p. 1, il quale fa riferimento anche al delinquente c.d. «costituzionale»; G.G. Perrando, *Antropologia criminale* (voce), in E. Florian, A. Niceforo, N. Pende, *Dizionario di criminologia*, Milano, Vallardi, 1943, pp. 68 s., dove compaiono i delinquenti per «esagerato temperamento emotivo», i «delinquenti per preponderante influsso di congenita costituzione», tra i quali si collocano i «criminali nati».

creto. In buona sostanza, l'ordinamento richiede un dovere di conoscenza della norma penale e relativizza la conoscibilità del precetto all'uomo medio, identificabile con il cittadino rispettoso delle leggi e accorto, fatta salva la verifica di limiti soggettivi non superabili.

c) Diverso è il ruolo del dubbio nell'ambito del dolo, normale criterio di imputazione soggettiva e forma più grave di colpevolezza prevista dal diritto penale.

Al riguardo, la dottrina è unanime nel ritenere che il dolo sia compatibile con lo stato di dubbio: l'ordinamento opera una sorta di *fictio juris* ascrivendo al soggetto la pienezza delle componenti della volizione e della rappresentazione, quali indefettibili elementi costitutivi del dolo, anche laddove esse appaiono avere basi cognitive meno sicure. La disciplina del dolo, pertanto, si colloca nel solco della scelta già operata rispetto alla non conoscenza del precetto penale.

Ancor più interessante il ruolo del dubbio nella ricostruzione dell'elemento soggettivo che si pone ai confini tra dolo eventuale e colpa cosciente. Qui, dopo le Sezioni Unite della Cassazione del 2009³¹, una piccola rivoluzione copernicana ha fatto sì che il dubbio sia ritenuto compatibile anche con la colpa cosciente. L'*argumentum* della sentenza *Nocera* fa leva sulla valutazione dell'adesione al dubbio da parte del soggetto agente³², così superando la concezione che per versare in dolo eventuale basta volere la condotta nel dubbio sulle conseguenze³³.

La necessità di una piena *mindfulness* del soggetto perché versi in dolo eventuale apre una nuova riflessione anche sulla colpa cosciente – circostanza aggravante ai sensi dell'art. 61 n. 3 – quanto allo spessore di significato da accordare alla «previsione» dell'evento. Il sicuro convincimento che l'evento

³¹ Cass. pen. SS.UU. 26 novembre 2009, n. 12433, *Nocera*, «Cassazione Penale», 2010, 2548 ss. Ma v. anche Cass. pen., sez. IV, 5 settembre 2013, n. 36399, secondo la quale il dubbio «descrive una situazione irrisolta, perché accanto alla previsione della verificabilità dell'evento vi è la previsione della non verificabilità. Il dubbio corrisponde ad una condizione di incertezza, che appare difficilmente compatibile con una presa di posizione volontaristica in favore dell'illecito, ad una decisione per l'illecito; ma che ove concretamente superato, avendo l'agente optato per la condotta anche a costo di cagionare l'evento, volitivamente accettandolo quindi nella sua prospettata verifica, lascia sussistere il dolo eventuale» (§ 5.4).

³² M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2014, p. 77, DpC, <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwrok.eu/pdf/DPC_Trim_01_2014-75-122.pdf>, marzo 2020. Osserva Donini come «un'acquisizione tra le più recenti in giurisprudenza, raggiunta dalle Sezioni Unite in tema di scelta tra fattispecie dal disvalore fortemente divergente, ma "contigue", cioè la contravvenzione di incauto acquisto (art. 712 c.p.) e il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), è l'idea che il dubbio sia compatibile con la colpa con previsione e che esso perciò non significhi, automaticamente, dolo eventuale» (p. 90).

³³ M. Gallo, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 750 ss. Imprescindibile il rinvio a S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999.

non si verificherà, richiesto per riconoscere gli estremi della colpa cosciente, è spesso distante dalla realtà: e cioè «dall'opacità di un agire superficiale, affrettato o sconsiderato, dove al dubbio sul futuro non si accompagna un convincimento lucido, ma soltanto un comportamento irragionevole»³⁴.

d) Le riflessioni sopra svolte introducono agli spazi di rilevanza rivestiti dal dubbio nell'ambito della colpa, criterio di imputazione soggettiva di matrice prettamente normativa, fondato sul rispetto di regole a contenuto precauzionale o cautelare (di fonte *sociale* oppure *giuridica*, la violazione delle quali fonda, rispettivamente, il rimprovero per colpa *generica* e quello per colpa *specificata*) volte a minimizzare il rischio di verificazione di eventi lesivi, dannosi o pericolosi³⁵.

Sulle regole cautelari note e convalidate dalla scienza³⁶ non sorgono particolari questioni: l'ordinamento giuridico pone dei vincoli comportamentali e si attende dal soggetto agente un dovere di conoscenza e di rispetto pieno delle regole. Più complessa e controversa è la questione dell'imputazione colposa legata a condotte non ancora note o non cristallizzate normativamente nelle forme della «colpa specifica» ma che rientrerebbero in più generici doveri di diligenza, di prudenza o di perizia³⁷. La *colpa generica* può essere considerata, infatti, il terreno di elezione del dubbio, la cui rilevanza è intuitibile: non vi sono regole cautelari predefinite, sempre (ri)conoscibili *ex ante*. Il soggetto agente è chiamato a scelte, a decisioni talvolta rapide, in contesti di informazioni spesso incomplete, e dubita circa le alternative, potenzialmente illimitate³⁸; l'assenza di vincoli positivizzati rispetto alla condotta da tenere ha un peso tale da rendere evanescenti i confini tra la colpa e la responsabilità oggettiva. Con particolare acutezza il problema si pone negli ambiti della *Risikogesellschaft*³⁹, delle imprese a rischio di incidenti rilevanti, delle sfide poste dalla scienza e dalla tecnologia avanzate, del rischio ambientale⁴⁰. Le

³⁴ Così Donini, *Il dolo eventuale*, cit., p. 92.

³⁵ D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

³⁶ P. Veneziani, *Regole cautelari proprie e improprie. Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003. D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, «Diritto penale e processo», 14, 5, 2008, pp. 647-654.

³⁷ In argomento C. Piergallini, *Colpa*, «Enciclopedia del diritto. Annali», X, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 222-265.

³⁸ Sul ruolo dei vincoli nelle scelte e nelle decisioni, di particolare interesse è il saggio di J. Elster, *Ulysse Unbound. Studies in Rationality. Precommitment and Constraints*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000; tr. it., *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna, il Mulino, 2004.

³⁹ Il termine è coniato da U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2013; dello stesso Autore, sugli aspetti ecologici e tecnologici del rischio, *La società globale del rischio*, Trieste, Asterios, 2018.

⁴⁰ Imprescindibile il rinvio all'ampia e documentata monografia di C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010; cfr. anche F. Herzog, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani

istanze della c.d. «società del rischio» portano a prendere in considerazione dinamiche rischiose o pericolose non ancora indagate o pienamente verificate a livello scientifico e verso le quali la situazione di dubbio rispetto alle regole precauzionali da seguire, in mancanza di indicazioni normative, è la regola⁴¹.

I casi, ormai storici, delle lesioni da amianto o da polveri di legno sono indicativi dell'opzione, fatta propria dall'ordinamento giuridico, di esigere il rispetto di condotte precauzionali che non trovano una base sicura nel sapere scientifico e che perciò si collocano nell'ambito della colpa generica. L'ordinamento indica al soggetto il dovere di risolvere lo stato di dubbio nella direzione di una *minimizzazione del rischio*, così da porsi al riparo da eventuali imputazioni colpose⁴² soprattutto in settori particolarmente nevralgici e delicati, quali sono, ad esempio, la sicurezza nei luoghi di lavoro o l'ambito della protezione civile⁴³. Il rischio è una iper-normativizzazione della colpa e comporta un'enfatizzazione di dinamiche ascrittive di matrice causale⁴⁴ non sempre fondate su una piena rimproverabilità⁴⁵.

Un settore particolarmente complesso è quello della colpa medica, per come riformata dalla legge Balduzzi e poi dalla legge Gelli-Bianco⁴⁶. In ambito medico, una situazione di dubbio tale da generare conseguenze penali concerne, ora, tipicamente, il rispetto delle linee-guida nel singolo caso concreto. L'imputazione colposa, infatti, può scattare sia per il mancato rispetto delle

(a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo – L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁴¹ D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, «Diritto penale e processo», 2008, pp. 647 ss.; C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1744-1777; da ultimo, G. De Francesco, G. Morgante (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio: un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema. Atti del Ginnasio dei penalisti: 6. edizione, 18-19 marzo 2016, Scuola superiore Sant'Anna*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁴² Ma v. i rilievi critici di F. Palazzo, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, «Diritto penale e processo», 2016, pp. 1545 ss., in relazione alle prospettive di azzeramento o riduzione del rischio e alle relative conseguenze sull'imputazione colposa.

⁴³ Sui rapporti tra valutazione del rischio e individuazione della regola cautelare v. C. Perini, *Una lettura penalistica della valutazione del rischio di competenza della protezione civile, La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema della protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa, ETS, 2019, pp. 79-91.

⁴⁴ C. Piergallini, «Civile» e «penale» a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», (4), 2012, pp. 1299-1333 (in particolare p. 1319).

⁴⁵ G. Civello, *Colpa eventuale nella società del rischio: epistemologia dell'incertezza e verità soggettiva della colpa*, Torino, Giappichelli editore, 2013. Parla di «torsione dei criteri normativi della colpa dovuta agli straripamenti del modello precauzionistico» L. Cornacchia nella *Recensione a "La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa"*, *Giappichelli, Torino, 2013, p. 372 di Gabriele Civello*, «Archivio Penale», (2), 2014, p. 4.

⁴⁶ Si tratta del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (il c.d. decreto Balduzzi) e della l. 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco). In argomento, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 261 ss., 343 ss.

linee-guida, sia per il rispetto di quest'ultime se il caso concreto avesse richiesto altro e diverso intervento terapeutico⁴⁷.

e) Sotto il profilo delle scelte sottese alla collaborazione processuale, mai facili e sempre sofferte per i rischi di intimidazioni o di ritorsioni⁴⁸, il dubbio è un elemento di straordinario interesse.

Quanto più la strategia processuale prende le forme di un delta ramificato, tanto più essa diventa oggetto di dubbio: si pensi, ad esempio, alla possibilità, consentita dall'ordinamento giuridico italiano di scegliere tra il pieno dibattimento, il giudizio abbreviato, il c.d. «patteggiamento», la sospensione con messa alla prova o l'acquiescenza al decreto penale di condanna. Tramontata la centralità del dibattimento⁴⁹, il dubbio si risolve, in questo caso, in un pensare strategico, in cui l'imputato, assistito dal difensore, cerca di perseguire il miglior risultato processuale, bilanciando possibilità e rinunce⁵⁰.

L'ordinamento, peraltro, al di là della ramificazione tra rito ordinario e riti differenziati, tende a *insinuare il dubbio* nell'imputato prospettandogli possibili percorsi premiali dei quali si prova a ricostruire una essenziale tassonomia:

- aa) già nel codice penale del 1930 erano previste le ipotesi di desistenza volontaria e di recesso attivo, le quali muovono dalla teoria del c.d. «ponte d'oro» con l'intento di mostrare la convenienza di un ritorno alla legalità del proprio agire;
- bb) la legislazione penale speciale contiene una serie di istituti che premiano la collaborazione processuale, volti a riconoscere diminuzioni di pena o un più rapido accesso ai benefici penitenziari⁵¹;

⁴⁷ Cfr. M. Caputo, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, «Rivista italiana di medicina legale e diritto in campo sanitario», 2017, pp. 1361-1369.

⁴⁸ L'endiadi «intimidazioni e ritorsioni» compare più volte in diversi considerando e negli articoli 12 e 18 della Direttiva del 2012. Cfr. A. Ceretti, R. Cornelli, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, «Diritto penale e processo», 2019, pp. 1481 ss.

⁴⁹ M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997; tr. it., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 186 s.

⁵⁰ Cfr. L. Eusebi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, «Diritto penale e processo», 2019, p. 1697.

⁵¹ Le norme a cui si fa riferimento sono la l. 6 febbraio 1980, n. 15 (c.d. legge Cossiga), destinata ad intervenire sul fenomeno del terrorismo; il d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 marzo 1991 n. 82, che ha disciplinato per la prima volta la figura del «collaboratore di giustizia»; la l. 13 febbraio 2001 n. 45 che, modificando la norma del 1991, ha introdotto la figura del testimone di giustizia. In argomento si rinvia a C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. pp. 406 s., 478-485 e bibliografia ivi richiamata. Ormai un classico, il saggio di T. Padovani, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 39-73. Per un contributo di taglio sociologico v. A. Dino (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006.

cc) da ultimo, vi è la causa di non punibilità prevista dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, la quale, introducendo un secondo comma nell'art. 323-bis c.p., disciplina le conseguenze penali di chi, autore di reati contro la pubblica amministrazione, decida di collaborare con l'autorità giudiziaria⁵². Operando su dinamiche di scelta condizionate dal c.d. «dilemma del prigioniero», il legislatore ha pensato di poter «rompere il vincolo considerato indissolubile tra corrotto e corruttore, in quanto fondato sulla convenienza reciproca a scambiarsi utilità»⁵³.

f) Venendo, infine, alla questione delle formule assolutorie va ricordato come esse si fondino non solo sulla *manca* della prova ma anche sull'*insufficienza* o sulla *contraddittorietà* di quest'ultima, ipotesi che ricorrono quando la prospettazione accusatoria lasci persistere un *ragionevole dubbio*⁵⁴ sulla responsabilità dell'imputato.

«Poiché l'innocenza dell'imputato, come tale, non è tema di prova nel processo penale, il ragionevole dubbio sulla reità è necessario e sufficiente perché si pervenga all'assoluzione»⁵⁵. La legge ha deciso in che direzione risolvere il dubbio, recidendo il nodo gordiano dell'incertezza probatoria. Essendo im-

⁵² Tra i molti, V. Mongillo, *La: "legge spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2, 2019, p. 262.

⁵³ La norma non prevede, come nel Progetto Cernobbio (presentato il 14 settembre 1994 da G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia) un'esclusione della punibilità bensì una «consistente diminuzione della pena (da un terzo a due terzi) a chi, con comportamento *post delictum*, si adopera per conseguire uno dei seguenti obiettivi: evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro delle somme o utilità trasferite all'*intraneus*». Così R. Cantone, A. Milone, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, «Diritto penale contemporaneo», 6, 2019, pp. 5-22, <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7359-cantonemilone2019a.pdf>>, gennaio 2020, p. 7. La normativa non è esente da critiche, tant'è che i «nodi problematici rappresenteranno, infatti, un sicuro disincentivo a chi intende fare uso della causa di non punibilità, insinuando il dubbio sulla possibilità di poterla effettivamente conseguire» (così Cantone, Milone, *Prime riflessioni*, cit., p. 20). In argomento, D. Pulitanò, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, «Diritto penale e processo», 2019, pp. 600 ss.; V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, «Diritto penale contemporaneo», 15 dicembre 2015, <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4359-le-riforme-in-materia-di-contrasto-alla-corruzione-introdotte-dalla-legge-n-69-del-2015>>, gennaio 2020. Sul Progetto Cernobbio v. F. Stella, *La filosofia della proposta anticorruzione*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1994, pp. 935-940; D. Pulitanò, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, pp. 3-41.

⁵⁴ Per la nozione di «dubbio ragionevole» si rinvia, tra i molti, a Canzio, *Il dubbio e la legge*, cit., p. 2: «Si assume per tale non qualsiasi, possibile dubbio, astrattamente sempre configurabile, né il dubbio marginale, ma solo quello che, sorretto da oggettive evidenze probatorie, sia in grado di destrutturare l'apparente solidità dell'enunciato di accusa e, grazie all'opera maieutica del contraddittorio, immettere nel ragionamento giudiziale una plausibile spiegazione alternativa del fatto».

⁵⁵ Così P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 765.

possibile un *non liquet* del giudice⁵⁶, si opta, alla luce di meta-valori (*in primis* quello della presunzione di innocenza), per un risultato processuale che sposta l'asse dell'incertezza a favore dell'imputato. Ma la clausola di equivalenza dell'art. 533, comma 2, c.p.p. se, da un lato, consente il trionfo della *presunzione di innocenza* sul *dubbio*, dall'altro lato, rimbalza la questione della valenza comunicativa del dubbio sull'imputato prosciolti, potendo veicolare una debole ma pur sempre concreta stigmatizzazione o un danno all'immagine. La trama motivazionale che sorregge l'assoluzione e che si incorpora al dispositivo contiene, nei fatti, frammenti accusatori non definitivamente provati capaci di alimentare perplessità, nonostante il diverso avviso della Corte di cassazione, la quale ribadisce come la formula *ex art. 533, comma 2*, «non comporti una minore pregnanza della pronuncia assolutoria»⁵⁷. In prospettiva garantista, tale formula assolutoria – «frutto di una semplificazione breviloquente»⁵⁸ che lascia l'ombra del dubbio – legittimerebbe pertanto, almeno secondo un filone giurisprudenziale, l'interesse ad impugnare⁵⁹. Emerge, così, un'intelaiatura del sistema le cui linee «convergono verso la presunzione di innocenza, nel cui nucleo si sostanzia una tra le più cospicue poste in gioco»⁶⁰.

In definitiva, a un primo e parziale bilancio relativo alla figura dell'autore di reato, molteplici paiono essere i profili del *dubbio* che il soggetto è tenuto ad affrontare e a sciogliere; ai dubbi che rilevano in sede di ricostruzione dell'elemento soggettivo si aggiungono quelli concernenti le scelte di strategia processuale, indotti dalle logiche premiali presenti nel sistema penale o da considerazioni di convenienza, come nell'ambito dei reati di corruzione, dove il *dubbio* incrocia le dinamiche del *dilemma*. Il dubbio sulla responsabilità penale da formula assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova allunga la sua ombra sinistra sulla proiezione pubblica dell'immagine dell'imputato prosciolti.

⁵⁶ Sul divieto del *non liquet* v. le riflessioni, condotte in relazione alle lacune dell'ordinamento, da Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 40 s.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen. 26 settembre 2014, n. 49580.

⁵⁸ In questi termini G. Di Chiara, *Icone e boschi narrativi. Formule assolutorie, logiche del dubbio, meccaniche della presunzione di innocenza, interesse a impugnare: traslazioni, incidenze, danni da processo*, in G. Spangher (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 224.

⁵⁹ Cfr. Di Chiara, *Icone e boschi narrativi*, cit., p. 224.

⁶⁰ *Ibidem*.

4. *Il dubbio della vittima*

Anche la rilevanza del dubbio nell'ambito del comportamento della vittima⁶¹ è questione complessa e delicata, che può essere osservata da differenti prospettive, tra le quali sono meritevoli di attenzione:

- a) quella della propensione alla denuncia;
- b) quella dell'identificazione dell'illiceità del proprio comportamento, soprattutto nelle situazioni controverse, quando la condotta si pone al crocevia tra *autoria* e *vittimizzazione*;
- c) quella della scelta di partecipare a percorsi di giustizia riparativa⁶².

Come per il reo, anche per la vittima ciascuna delle questioni sopra individuate verrà esaminata sinteticamente e nell'ordine.

a) La propensione alla denuncia è uno snodo fondamentale per l'effettività del sistema penale. È la vittima, infatti, a costituire, potenzialmente, uno dei principali vettori di emersione del crimine; attraverso la denuncia e la querela, fatti illeciti vengono portati a conoscenza delle agenzie del controllo formale, chiamate a svolgere, in questo caso, una funzione non già *proattiva* bensì *reattiva*.

La propensione alla denuncia può essere condizionata da molteplici fattori, tipicamente dalla paura di subire ritorsioni o intimidazioni, dal senso di colpa per il destino processuale dell'autore di reato, dal timore della vittimizzazione secondaria oppure dalla scarsa fiducia nelle istituzioni deputate a tutelare o proteggere la persona offesa da vittimizzazione ripetuta⁶³. I condizionamenti che incidono sulla propensione alla denuncia possono variare a seconda della tipologia delittuosa: solo per fare un esempio, le vittime di estorsione o di reati associativi di stampo mafioso sono esposte a un elevato rischio di intimidazioni e di ritorsioni; una forte componente intimidatoria caratterizza i reati di riduzioni in schiavitù e i maltrattamenti in famiglia; l'esposizione sociale e la vittimizzazione secondaria sono parametri di valutazione che incidono nella scelta di denunciare i reati contro la persona, soprattutto se a sfondo sessuale⁶⁴, con componente violenta o discriminatoria (omofobica o razzista) o gli episodi riconducibili al fenomeno del *mobbing*.

⁶¹ In generale, sul ruolo della vittima nel sistema penale v. M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

⁶² Sia consentito il rinvio a G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 357 ss.

⁶³ Cfr. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Cortina, 2000, pp. 408 ss.

⁶⁴ Lo riconosce anche l'ISTAT, nel commento ai dati sulle denunce alle forze di polizia, disponibili a: Istat, <<https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-percorso-giudiziario/denunce>>, marzo 2020.

Il dubbio se denunciare o meno un reato va di pari passo con le valutazioni di tipo costi-benefici circa i potenziali vantaggi derivanti dal chiedere giustizia⁶⁵ e con le dinamiche fiduciali che è in grado di promuovere il sistema penale. Tale profilo è preso in particolare considerazione dalla direttiva 2012/29/UE⁶⁶ – in materia diritti minimi a tutela delle vittime – la quale individua tre diversi livelli di fiducia, e indica nella fiducia intesa come «*confidence*» rispetto alle agenzie del controllo formale uno dei fattori condizionanti la disponibilità a denunciare un illecito. Dalla Direttiva si coglie altresì come, rispetto alla propensione alla denuncia, l'emergere e il consolidarsi del paradigma della giustizia riparativa – volto a favorire la presa in carico dei bisogni⁶⁷ delle vittime e la riparazione dell'offesa secondo modalità inclusive e dialogiche – possa contribuire a migliorare proprio il livello di *confidence* della vittima nei confronti dell'autorità. I principi cardine della giustizia riparativa – se tradotti in una normativa di settore e in servizi affidabili, efficaci e diffusi sul territorio nazionale, atti a garantire alla vittima un trattamento professionale, rispettoso, dignitoso, attento a evitare vittimizzazione secondaria – possono contribuire a garantire alla vittima quella «base sicura» che ne favorisce la disponibilità a denunciare gli illeciti subiti.

b) Nell'ambito della propensione alla denuncia, un profilo di dubbio rilevante caratterizza le situazioni in cui il comportamento della vittima può oscillare tra co-autoria e vittimizzazione: la vittima, cioè, potrebbe venirsi a trovare in un «limbo» che rende difficile la presa di decisione circa l'opportunità di portare l'illecito a conoscenza dell'autorità.

Un esempio paradigmatico si desume dalla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione operata con la c.d. legge Severino, la quale ha incorporato dalla fattispecie di *concussione ex art. 317 c.p.* (che ora sopravvive solo nella forma della *costrizione*), autonomizzandola pienamente, la fattispecie di *induzione indebita a dare o promettere utilità*, di cui all'art 319-*quater* del codice penale⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Forti, *L'immane concretezza*, cit., p. 409.

⁶⁶ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (mai attuata dall'Italia), disponibile a: Eur-lex, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>>, febbraio 2020.

⁶⁷ E. Tizzani, *L'incontro con la vittima: dalle reazioni ai bisogni*, in A.M. Giannini, F. Cirillo (a cura di), *Itinerari di vittimologia*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 384-401.

⁶⁸ Tra i molti v., da ultimo, in relazione alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 12228/2013 che si è pronunciata sulla distinzione tra concussione e induzione indebita, G.L. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, «Diritto penale contemporaneo», 17 marzo 2014, Archivio Dpc, <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e--induzione-indebita--minaccia-di-un-d>>, marzo 2020.

La differenza macroscopica fra le due fattispecie è data dal fatto che, nel primo caso, il privato che dà o promette al pubblico funzionario denaro o altra utilità dietro *costrizione* viene considerato *persona offesa*, con le corrispondenti prerogative processuali, ed è esente da qualsivoglia conseguenza sanzionatoria; nel secondo caso, invece, il privato che si lasci *indurre* a dare o promettere utilità – da una condotta del pubblico funzionario subdola e priva di connotazioni costrittive – è punibile, sia pure con pena di ampiamente inferiore rispetto a quella prevista per il pubblico funzionario.

A seconda di come venga qualificata giuridicamente la condotta del pubblico ufficiale (*intraeus*), se concussione o induzione indebita, la *medesima* condotta del privato (*extraneus*) – che si sostanzia nel dare o promettere utilità – può risultare giuridicamente neutra (*l'extraneus* sarà pertanto persona offesa) o illecita (*l'extraneus* sarà invece punibile).

La *ratio* della diversificazione del ruolo del privato – che da vittima può diventare co-autore e, perciò, della comminatoria edittale in caso di induzione indebita – si rinviene nella scelta dell'ordinamento di attribuire al cittadino un onere di resistenza, legato a doveri etici e civili, rispetto alle pressioni indebite del pubblico funzionario, qualora queste non raggiungano gli estremi della costrizione prevista dall'articolo 317 c.p.⁶⁹. L'induzione indebita si pone criminologicamente a confine con la corruzione – rappresentando quasi un'area «intermedia» – dato che le norme sulla corruzione incriminano un *pactum sceleris* stretto in condizioni di parità, dove, ai sensi dell'articolo 321 c.p., autore e vittima sono punibili con la medesima sanzione. Da sempre, la corruzione è reato bilateralmente illecito, in cui le parti hanno un convergente interesse al silenzio, cosa che rende tale fenomeno criminoso ad elevata cifra nera.

È nell'insidioso e indefinito «rito di passaggio» tra la concussione per costrizione e l'induzione indebita a dare o promettere utilità, che si svolge la riflessione del privato sulla valenza del proprio comportamento: identico nella sua materialità oggettiva ma valutato diversamente dall'ordinamento non già in base ai soli coefficienti di rappresentazione e volontà, bensì anche e soprattutto in ragione della coloritura illecita ravvisata nelle modalità dell'azione del pubblico ufficiale.

È in tale «zona grigia» che si colloca, dunque, lo spazio di decisione del cittadino circa il comportamento da tenere nei confronti del pubblico funzionario. È qui che rileva il fattore della consapevolezza dell'illiceità della propria condotta e che possono sorgere almeno due diversi dubbi:

⁶⁹ Parla, per il privato, di un «obbligo giuridico di *resistenza*, la cui violazione è penalmente sanzionata», F. Palazzo, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penale contro la corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 20.

a) in primo luogo, se cedere o resistere alle richieste del pubblico funzionario, dato che ciò può avere, per il privato, conseguenze opposte;

b) in secondo luogo, se denunciare o meno una (presunta) concussione, dato che dalla eventuale riqualificazione del fatto come induzione indebita potrebbe derivare per il privato l'essere indicato come autore, anziché come vittima, con le relative conseguenze sanzionatorie⁷⁰.

Ne deriva che l'area di illiceità il cui perimetro è delimitato dalla coppia di norme sulla *concussione* (ex art. 317 c.p.) e sull'*induzione indebita a dare o promettere utilità* (ex art. 319-*quater*) si caratterizza per la presenza di una vittima dubbiosa e forse anche «inibita», visto l'incerto crinale che separa le due norme. Le complessità ermeneutiche sollevate da tali fattispecie – tanto da aver richiesto l'intervento delle sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷¹ – riguardano l'identificabilità di una frontiera certa, e cioè tale da risolvere ogni dubbio, tra la condotta costrittiva e la condotta induttiva.

c) Rispetto alla partecipazione a programmi di giustizia riparativa per la vittima – ma il discorso vale, con alcune differenze, anche per l'autore di reato – il dubbio può essere alimentato dalla non conoscenza del significato, della valenza, delle opportunità, delle garanzie o dei rischi relativi a una mediazione o altro percorso *restorative*. Per la vittima può non essere semplice affrontare il nodo del reato attraverso un incontro diretto con l'autore; per il responsabile la mediazione faccia a faccia può essere ancora più complessa perché la vittima è l'immagine della propria colpa, ricorda un passato che non passa mai davvero, è il soggetto verso il quale si è chiamati a maturare sentimenti di responsabilità o impegni riparativi⁷².

⁷⁰ Possibilità consentita anche in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti. V., al riguardo, A. Di Tullio D'Elisiis, *In tema di applicazione della pena concordata, spetta al giudice la verifica non solo formale, ma anche sostanziale, della qualificazione giuridica del fatto*, «Diritto.it», 16 ottobre 2013, <<https://www.diritto.it/in-tema-di-applicazione-della-pena-concordata-spetta-al-giudice-la-verifica-non-solo-formale-ma-anche-sostanziale-della-qualificazione-giuridica-del-fatto/>>, febbraio 2019.

⁷¹ Cass. pen., SS. UU. 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera e altri, «Diritto penale e processo», 2014, pp. 546 ss., con note di S. Seminara, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, pp. 563 ss. e di P. Pisa, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, p. 568 ss.; la stessa sentenza è altresì in «Diritto penale contemporaneo», 17 marzo 2014, con nota di G. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*, Archivio Dpc, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e-induzione-indebita-minaccia-di-un-d>>, marzo 2020. Da ultimo v. M.T. Collica, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2, 2017, pp. 195 ss., Archivio Dpc, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8156-collica217.pdf>>, marzo 2020.

⁷² Sulle motivazioni che possono aiutare l'autore del reato a superare il dubbio circa la partecipazione a programmi di giustizia riparativa v. S. Miller, *After the Crime: The Power of Restorative Justice Dialogues between Victims and Violent Offenders*, New York, New York University Press, 2011, pp. 169 s.

Sulle motivazioni sottese a fornire l'indispensabile consenso alla partecipazione a percorsi di giustizia riparativa, rispetto al quale molteplici possono essere i motivi di dubbio, incidono diversi fattori⁷³. Tra i principali vi sono:

- aa) la capacità dei mediatori di offrire un'informazione adeguata, completa e veritiera: la professionalità – da intendersi come padronanza di competenze dialogiche atte a non indurre vittimizzazione secondaria – è al riguardo decisiva;
- bb) lo squilibrio di potere fra le parti: il *power imbalance* (derivante da dipendenza economica, sudditanza psicologica o da intrinseche condizioni di vulnerabilità correlate al genere, all'età, alle condizioni psico-fisiche della vittima)⁷⁴ può rendere quest'ultima estremamente incerta circa la partecipazione a percorsi di giustizia riparativa;
- cc) anche il timore di subire vittimizzazione ripetuta, intimidazioni e ritorsioni può essere un fattore che fomenta il dubbio, al pari del timore di incorrere in vittimizzazione secondaria.

Per avviare percorsi di giustizia riparativa, superando dubbi e perplessità delle parti, sono fondamentali le modalità di *engagement*⁷⁵, le quali richiedono anche la presa in carico da parte dei mediatori delle emozioni delle persone coinvolte, come peraltro suggerito dalla Direttiva 2012/29/UE che ha istituito norme minime a tutela delle vittime⁷⁶.

5. Il dubbio del pubblico ministero

Esaminate le prospettive del dubbio di reo e vittima, occorre ora volgere lo sguardo alla magistratura requirente e giudicante.

Rispetto alle funzioni dell'accusa, l'ambito del dubbio proprio del pubblico ministero sembra incontrare un limite significativo nel principio di obbligatorietà dell'azione penale (monopolio del pubblico ministero, procedibilità

⁷³ V., al riguardo, I. Aertsen, V. De Mesmaecker, D. Bolívar, N. Lauwers, *Restorative justice and the active victim: exploring the concept of empowerment*, «Temida», 14, 1, 2011, p. 5; D. Bolívar, *For Whom is Restorative Justice?*, «Restorative Justice. An International Journal», 1, 2, 2013, pp. 190-214.

⁷⁴ Su *power imbalance* e *empowerment* v. C.K.B. Barton, *Restorative justice. The empowerment model*, Annadale, Hawkins Press, 2003.

⁷⁵ J. Larson Sawin, H. Zher, *The Ideas of Engagement and Empowerment*, in G. Johnstone, D.W. Van Ness (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Cullumpton, Willan Publishing, 2007, pp. 41-58. Sull'uso del termine v., in part., pp. 45 ss., dove si specifica la differenza tra *engagement* (partecipazione volontaria al percorso di giustizia riparativa) e *empowerment* (capacità di attingere alle risorse necessarie per prendere una decisione e mantenerla).

⁷⁶ Cfr. la Direttiva 2012/29/UE, Considerando 63. In argomento sia consentito rinviare a G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, «Discrimen», 2020, <<https://discrimen.it/wp-content/uploads/Mannozi-Sapienza-del-diritto.pdf>>.

d'ufficio e irretrattabilità) che, almeno in linea teorica, impone di esaminare tutte le *notitiae criminis*.

In verità, la prassi mostra come il processo di selezione fattuale delle notizie di reato sia inevitabile; le maglie valutative dell'ufficio del pubblico ministero lasciano passare, almeno rispetto alla criminalità medio bassa contro il patrimonio, prevalentemente le *notitiae criminis* rispetto alle quali le indagini non appaiono manifestamente infruttuose in termini accusatori; il c.d. *effetto funnel* prosegue peraltro per filtri successivi, come documentato dalla letteratura in materia⁷⁷.

Il principale *locus* del dubbio, per un pubblico ministero, è nel segmento temporale della presa di decisione circa l'esercizio dell'azione penale. *Nulla quaestio* in caso di flagranza di reato, di ammissione di colpevolezza o in caso di prove schiaccianti. Nei casi caratterizzati da soli elementi indiziari, la valutazione del pubblico ministero ex art. 125 disp. att. c.p.p. ha una componente prognostica fondata sull'idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa. E qui il dubbio fa sentire il suo peso, sebbene a scioglierlo contribuisca il fatto che, nell'esercizio della propria funzione, il pubblico ministero è tenuto a raccogliere ogni elemento di prova, sia a discapito che a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.). Resta, comunque, il peso dell'onere della prova circa i fatti indicati nel capo di imputazione, che orienta la soluzione del dubbio e fa sì che possa risolversi nel mancato esercizio dell'azione penale. In altre parole, è possibile ipotizzare che quanto più il filtro della valutazione del pubblico ministero circa l'idoneità probatoria degli elementi da portare in giudizio sarà serrato, tanto meno verrà emessa la richiesta diretta al giudice di decidere sull'imputazione; quanto più il filtro sarà largo, tanto maggiore sarà la propensione a esercitare l'azione penale.

«L'accusa ha l'onere di persuadere il giudice che la ricostruzione dei fatti prospettata non lascia spazio a dubbi ragionevoli»⁷⁸ – osserva Federico Stella – e l'opera di persuasione del pubblico ministero si contrappone, d'altra parte, all'«impegno ad oltranza degli avvocati nella ricerca di ragionevoli dubbi»⁷⁹. Tale consapevolezza – e cioè che sul dubbio prevale il principio di presunzione di innocenza – entra nella decisione, intrinsecamente prognostica, di esercitare l'azione penale, sulla quale possono incidere elementi oggettivi e soggettivi: da

⁷⁷ Resta insuperata, per completezza e livello di approfondimento, la tematizzazione dei processi di selezione secondo il *Trichtermodell* (o «*funnel effect*») svolta da C.E. Paliero, «*Minima non curat praetor*». *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, pp. 203-251. Cfr. anche Forti, *L'immane concretezza*, cit., p. 407. Per un riscontro applicativo dei processi di selezione v. P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 117-138.

⁷⁸ F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 209.

⁷⁹ Così, ancora, *ivi*, p. 209.

un lato la complessità della materia oggetto d'indagine⁸⁰, dall'altro la propensione individuale al rischio⁸¹.

La valutazione circa la proposta di archiviazione da parte del pubblico ministero è questione che rimanda al profilo di rilevanza del dubbio dell'organo giudicante.

6. Il dubbio del giudice: ipotesi di lavoro

Rispetto al ruolo e alle funzioni del giudice, il dubbio ha molteplici profili di rilevanza, primo fra tutti quello derivante da eventuali lacune della legge. L'incertezza circa la regola decisoria – stante il divieto del *non liquet* – comporta che si assuma a dogma la completezza dell'ordinamento. Indiscussa chimera che legittima, nella materia non penale, il ricorso all'analogia⁸². Il dubbio è perciò questione che tocca le dinamiche interpretative delle norme e che legittima, nei casi prescritti, il sollevare questione di legittimità costituzionale. Ma l'incertezza interpretativa si annida anche nella giurisprudenza della Corte Suprema, che trova tuttavia rimedio nell'operato delle Sezioni Unite.

Ci si occuperà, qui, non dei dubbi interpretativi – questione di grandissimo interesse ma che richiederebbe una trattazione autonoma e unitaria – bensì solo del dubbio nelle dinamiche decisorie processuali, sia in relazione all'archiviazione, sia – e forse prevalentemente – in relazione all'accertamento della responsabilità dell'imputato, tramite il dibattimento o il giudizio abbreviato, riti a dimensione cognitiva piena.

Dove si consuma per lo più il dubbio? Nella camera di consiglio che prelude a una decisione.

La deliberazione è coperta dal segreto più assoluto. I giudici devono non soltanto poter dubitare al riparo dallo sguardo indiscreto del pubblico, ma anche evitare, in seguito, di rivelare alcunché di quanto avvenuto in quella fase⁸³.

La questione del convincimento del giudice è storicamente dibattuta da angolature prospettiche diverse: quella giuridica (sostanziale e processuale)

⁸⁰ Si veda l'intervento di A. Pastore in *La protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, Pisa, ETS, 2014, p. 35.

⁸¹ Tra gli studi più recenti sulla propensione al rischio (in particolare degli investitori) v., Y.J. Li, D.T. Kenrick, V. Griskevicius, S.L. Neuberg, *Economic decision biases and fundamental motivations: How mating and self-protection alter loss aversion*, «Journal of Personality and Social Psychology», 102, 3, 2012, pp. 550-561.

⁸² Per queste riflessioni v. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 41 s. al quale si rinvia anche per una tassonomia dei rimedi volti a superare l'incertezza interpretativa del giudice.

⁸³ A. Garapon, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001; tr. it. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Cortina, 2007, p. 134, il quale analizza anche la *ratio* della segretezza.

ma anche quella storica, filosofica e psicologica. Sotto il profilo giuridico, l'accertamento della colpevolezza chiede di incontrare uno standard elevato di certezza riassumibile nella cosiddetta clausola *Bard*, acronimo della formula anglosassone «*beyond any reasonable doubt*», tradotta in Italia con la perifrasi di convincimento *oltre il ragionevole dubbio*⁸⁴. Il termine «dubbio» – assunto in funzione *metodologica* – entra espressamente in una formula giuridica che esprime l'aspirazione a un livello di certezza tale da scongiurare il rischio di errore giudiziario⁸⁵.

Va osservato come la clausola dell'oltre il ragionevole dubbio, nel contesto in cui è stata elaborata, ha trovato un riscontro della propria logica interna nel dovere retributivo di punire. Paradossalmente, la clausola *Bard* appare coerente con un orizzonte giusfilosofico di *reciprocità* e *ritorsione* da cui molti sistemi penali contemporanei stanno, tuttavia, prendendo progressivamente le distanze. Là dove la giustizia sia pensata come retribuzione, infatti, e il fine della pena sia quello di evitare l'impunità – attraverso una sanzione *esemplare*, estrinsecazione della pedagogia del terrore⁸⁶, o *proporzionata* al male cagionato con il reato – la *certezza* circa la colpevolezza dell'imputato diventa elemento indefettibile e irrinunciabile. Il sillogismo è stringente e inchioda il fare giustizia a conseguenze estreme: quanto più grave è la materia criminale, tanto più severa sarà la sanzione; e quanto più severa sarà la sanzione, tanto più scevro da ogni dubbio dovrà essere l'accertamento. Logica infallibile che nella storia ha dato luogo a degenerazioni perverse, a una giustizia rovesciata, frutto di una studiata meccanica del potere⁸⁷, che – si pensi all'epoca dell'In-

⁸⁴ Il parametro è stato introdotto con l. 20 febbraio 2006, n. 46, che ha modificato l'art. 533, comma 1, c.p.p. In argomento, E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano, Giuffrè, 2016; Stella, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 195-218; sempre di E.M. Catalano, *I confini operativi della regola di giudizio incarnata dal paradigma "bard"*, «Processo Penale e Giustizia», 2017, pp. 6 ss.; P. Astorina, *Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2012, pp. 924-974. In relazione alla tutela ambientale v. F. Consulich, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'unione e pena nazionale*, «La Legislazione Penale», 2018, pp. 1 ss., <<http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2018/07/Consulich-approfondimenti.pdf>>, marzo 2020.

⁸⁵ F. Imposimato, *L'errore giudiziario: aspetti giuridici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 167 ss., il quale afferma come il dubbio debba essere l'atteggiamento mentale del magistrato di fronte a ogni caso che deve giudicare, al quale dovrebbero affiancarsi virtù e caratteristiche umane quali la prudenza, la duttilità e l'umiltà. Cfr. anche D. Carponi Schittar, *Al di là del ragionevole dubbio e oltre. Un tentativo di chiarezza sui principi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 65, il quale sottolinea come la collettività identifichi come errore giudiziario in senso stretto quello del giudice che condanni ingiustamente un innocente, mostrando una minore percezione della gravità dell'errore speculare: quello di una sentenza che proscioglia un colpevole.

⁸⁶ M. Foucault, *Les anormaux. Cours au College de France*, Paris, Gallimard-Seuil, 1999; tr. it. *Gli anormali. Corso al College de France (1974-1975)*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 81.

⁸⁷ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975; tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 148 s.

quisizione – ha legittimato persino la prassi della tortura⁸⁸. Tanto la pena come supplizio quanto quella come espiazione esigono che vi sia colpevolezza; la colpevolezza reclama una dinamica accertativa incontrovertibile; *ergo* la tortura diventa lo strumento per raggiungere una verità ad ogni costo. La concatenazione si rivela rovinosa: discutibili prassi di formazione della prova anticipano la crudeltà delle sanzioni⁸⁹.

Ma la clausola *Bard* trae linfa vitale non soltanto da logiche retributive e di esclusione sociale, peraltro in progressivo ripiegamento operativo-funzionale, bensì, anche da prospettive di prevenzione e recupero sociale, le quali ugualmente, e forse di più rispetto alla mera retribuzione, reclamano che la pena, proprio in quanto aperta a prospettive risocializzanti e inclusive, venga inflitta sulla base di prove che superino lo standard dell'oltre il ragionevole dubbio⁹⁰. In tale orizzonte, l'errore giudiziario, minando in radice l'utilità della pena per il raggiungimento di finalità specialpreventive, appare non soltanto imperdonabile ma anche disfunzionale rispetto alla legittimazione morale e politico-criminale delle sanzioni, nonché irrimediabilmente diseconomico.

Si potrebbe ipotizzare, allora, che *quanto più ci si allontani da sanzioni intrinsecamente afflittive, ancorché pragmaticamente orientate alla risocializzazione, tanto più l'esigenza di certezza circa la colpevolezza dell'imputato si affievolisca*.

L'ipotesi pare ricevere, all'interno del sistema penale italiano, almeno tre diverse conferme, derivanti da altrettanti istituti: l'*applicazione della pena su richiesta delle parti*⁹¹ (il c.d. «patteggiamento»); la *sospensione del processo con messa alla prova*, sperimentato dapprima nel processo penale minorile e, a partire dal 2014, introdotto in quello per gli adulti⁹²; il meccanismo di gestione del *dubbio sull'identità fisica della persona detenuta*, ex art. 667 del codice di procedura penale.

⁸⁸ F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 261-265.

⁸⁹ Tra i molti, B. Puleio, *Il linguaggio dei corpi straziati. Potere e semantica del potere nell'Italia del XVI secolo*, Firenze, Editrice Clinamen, 2007, p. 61, p. 180 (dove si ricorda la costruzione della Camera del Tormento da parte del Consiglio dei Dieci, organo di governo e di controllo della Repubblica di Venezia). Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 105 s.

⁹⁰ M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 132 ss. (*Considerazioni su dubbi e verità*).

⁹¹ Tale rito differenziato è stato introdotto con la riforma del codice di procedura penale. In argomento, tra i molti, M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 356 ss.

⁹² La sospensione del processo con messa alla prova è stata introdotta dalla l. 28 aprile 2014, n. 67. La disciplina sostanziale è all'art. 168-bis ss. del codice penale. In argomento V. Bove, *La messa alla prova*, Ospedaletto, Pacini Giuridica, 2018.

6.1 *Prima conferma*

Una prima conferma di validità dell'ipotesi formulata deriva, dunque, almeno nel nostro ordinamento, dalla presenza del patteggiamento, rito speciale che consente all'imputato di chiedere, a certe condizioni, l'applicazione di una pena concordata con la controparte processuale, il pubblico ministero. Su tale misura sanzionatoria il giudice ha un controllo di congruità (quanto alla qualificazione giuridica del fatto, all'assenza di cause di non punibilità e alla misura della sanzione concordata) sancito dalla Corte costituzionale⁹³ affinché, nonostante lo sconto di pena connesso alla scelta del rito, non vengano meno le esigenze di certezza, di retribuzione e di prevenzione. Rispetto all'applicazione della pena su richiesta delle parti non c'è alcuna dinamica accertativa classica della colpevolezza – formata cioè nel contraddittorio tra le parti⁹⁴ – sebbene la Corte costituzionale abbia statuito che il giudice, qualora sorgano perplessità in ordine al senso effettivo della richiesta abbia «ampia possibilità di sincerarsene, disponendo la comparizione dell'imputato per poterlo personalmente sentire: anche questo è un modo per accertare»⁹⁵.

Il patteggiamento, simile al pieno dibattimento e al giudizio abbreviato nell'*esito* – l'infissione di una pena – ha una «pietra di inciampo» nel dubbio che residua rispetto al mancato accertamento in contraddittorio della responsabilità dell'imputato che lo contraddistingue⁹⁶. Il dibattito giuridico e la controversia giurisprudenziale sorti circa l'equiparazione della sentenza di patteggiamento a una sentenza di condanna hanno infatti lavorato a partire dall'inevitabile dimensione anti-cognitiva del patteggiamento, intrinseca alla mancanza di un'ammissione di colpevolezza (*guilty plea*), la quale è, viceversa, presupposto indefettibile dell'omologo istituto nordamericano.

L'inefficacia del patteggiamento nei giudizi civili o amministrativi suona, dunque, come un'impetosa ammissione della debolezza accertativa di «meccanismi decisori che di accusatorio hanno ben poco»⁹⁷. Se il patteggiamento è, per definizione, *anti-cognitivo*, allora è coerente che una pronuncia espressio-

⁹³ Corte Cost. n. 313 del 2 luglio 1990, Consulta online, <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>>, febbraio 2020.

⁹⁴ Cfr. Cass. pen. 27 maggio 1998, «Diritto penale e processo», 1998, p. 1081.

⁹⁵ Cfr. anche Cass. pen., 12 maggio 1995 n. 6683, «Cassazione penale», 1996, p. 1202, pronuncia che specifica come a un ordinamento improntato al principio di legalità non siano «consone norme di metodologia processuale che ostacolano in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione».

⁹⁶ Cfr. Cass. pen. Sez. un., 8 maggio 1996, «Cassazione penale», 1996, p. 3579, in cui si afferma: «di 'pena' [...] si tratta in entrambi i casi – e sta in questo la ratio dell'equiparazione – ma, mentre nella sentenza ordinaria la condanna è indissolubilmente legata al previo 'giudizio' (di colpevolezza), nell'altra questo 'giudizio' manca del tutto».

⁹⁷ M. Daniele, P. Ferrua, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, «Diritto penale contemporaneo», 5, 2019, <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7020-danieleferrua2019a.pdf>>, febbraio 2020, p. 76.

ne di negoziabilità e ispirata da esigenze di economia processuale e probatoria, nonostante venga equiparata a una sentenza di condanna⁹⁸, sia priva di efficacia nei giudizi civili o amministrativi⁹⁹. Inequivoco, d'altra parte, è il disposto dell'art. 445, comma primo, c.p.p.; del tutto ragionevole appare il fatto che la sentenza *non dichiarati colpevole* l'imputato – secondo logiche ascrittive che richiedono una prova formata in contraddittorio – ma si limiti a statuire, appunto, che la pena viene applicata *su richiesta delle parti*.

Sarebbe d'altra parte pericoloso voler introdurre nel patteggiamento una pretesa di accertamento di colpevolezza. Scrivono al riguardo Daniele e Ferrua:

Il patteggiamento – intendendosi per tale l'istituto nel quale l'imputato con l'accordo dell'accusa chiede l'applicazione della pena – è e resterà sempre un rito essenzialmente anti-cognitivo, a meno di stravolgerne l'essenza, trasformandolo in una versione peggiorata del giudizio abbreviato, priva anche del semplice contraddittorio sulla prova. La sua caratteristica tipica e, in un certo senso, la sua forza stanno proprio nell'essere anti-cognitivo, ossia nel non pretendere di 'provare', ma nel reggere sul potere dispositivo dell'imputato, assunto come persona pienamente responsabile delle sue scelte (benché nei fatti a negoziare sia, più che l'imputato, il difensore)¹⁰⁰.

Stando così le cose è però inevitabile che la collettività si trovi a dover accettare un paradosso: una sentenza di condanna, espressione di una giustizia negoziale che comporta l'infliczione di una pena, non «spendibile» al di fuori del processo penale; paradosso che diventa ingombrante se si pensa, in prospettiva comparatistica, a un istituto piuttosto singolare, riconosciuto come valido in molti Stati nordamericani, che va sotto il nome di *Alford plea*¹⁰¹. Si tratta di una forma «estrema» di patteggiamento che prende il nome da un *leading case* del North Carolina¹⁰² legato alla vicenda del signor Alford: accusato di uxoricidio, preferì dichiararsi colpevole e ricevere la condanna all'ergastolo pur di non accettare il pieno dibattimento, che avrebbe comportato il rischio di una condanna alla pena capitale. Il *vulnus* rispetto alla certezza della colpevolezza dell'imputato si aprì quando il signor Alford, subito dopo la condanna, dichiarò alla stampa la propria innocenza esplicitando lo stato

⁹⁸ La Cassazione, a Sezioni unite, nella sentenza n. 3600 del 26 febbraio 1997, aveva escluso che il giudice fosse tenuto a procedere ad «accertamento giudiziale della responsabilità penale, formalmente estrinsecabile in una espressa dichiarazione di colpevolezza [...] in quella sentenza l'accertamento completo del fatto reato e della sua commissione da parte di un determinato soggetto sono sostituiti dalla ricognizione dell'accordo intervenuto tra le parti sul merito del processo e sulla pena da applicare» («Diritto penale e processo», 1997, p. 1484). L'orientamento è stato abbandonato dalle medesime Sezioni Unite nelle decisioni n. 17781 e 17782, entrambe del 29 novembre 2005.

⁹⁹ Caputo, *Il diritto penale*, cit., pp. 356-367.

¹⁰⁰ Daniele, Ferrua, *Venti di riforma*, cit., p. 83.

¹⁰¹ V., in argomento, S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 21 s.

¹⁰² *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

di costringimento psicologico invincibile (*duress*) che lo avrebbe costretto a un'ammissione di colpevolezza per evitare la condanna a morte. Il dubbio sulla colpevolezza del condannato è qui di straordinaria evidenza, se si considera la divaricazione tra la sentenza di condanna e il diniego della propria colpevolezza da parte del condannato. La collettività riceve due «verità» parallele e antinomiche: una processuale, l'altra soggettiva¹⁰³. Il dubbio ha vinto.

Un tale istituto stride altresì con il bisogno di certezza che è alla base dei meccanismi di prevenzione generale positiva, atti ad incoraggiare la stabilizzazione dei valori morali della collettività. Senza arrivare al paradosso dell'*Alford plea*, ogni condanna con contestuale dichiarazione di innocenza alimenta il dubbio e crea non soltanto una torsione dell'idea di giustizia ulpiana del «*suum cuique tribuere*»¹⁰⁴ ma anche una diseconomia della giustizia vincolata a eseguire una condanna – moralmente ed economicamente costosa – nei confronti di un probabile innocente.

6.2 Seconda conferma

La seconda conferma dell'ipotesi secondo la quale quanto più ci si allontani da sanzioni intrinsecamente afflittive tanto più si riduce l'esigenza di certezza sulla colpevolezza dell'imputato deriva dall'operatività dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, previsto dall'art. 168-*bis* c.p. e disciplinato, nel suo svolgersi, da norme processuali.

Nella sospensione del processo con messa alla prova si prescinde completamente da ogni dinamica accertativa essendo sufficiente la non contestazione dei fatti¹⁰⁵. In quest'istituto c'è una «scommessa» a base fiduciale sul futuro comportamento *law abiding* dell'autore del reato, la quale prevale sull'esigenza accertativa del passato in termini di colpevolezza per il fatto. In concreto, l'accusato e l'imputato possono chiedere al giudice la sospensione del proces-

¹⁰³ The United States Department of Justice, 9-27.000 *Principles Of Federal Prosecution* [updated February 2018], Department of Justice, <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.440>>, maggio 2020. In particolare, si veda *sub* 9-27.440 *Plea Agreements when Defendant Denies Guilt*: «As one court put it, “the public might well not understand or accept the fact that a defendant who denied his guilt was nonetheless placed in a position of pleading guilty and going to jail.” See *United States v. Bednarski*, 445 F.2d 364, 366 (1st Cir. 1971)».

¹⁰⁴ Sui profili della retribuzione nella modernità e nella postmodernità v. F. Zanusso, *A ciascuno il suo*, Padova, Cedam, 2000, pp. 106 s.

¹⁰⁵ P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. Daniele, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 187-189; G. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in G. Ubertis, *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 255; G. De Vero, *Circostanze del reato e sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 161 e in particolare pp. 184-185.

so e la sottoposizione a un periodo di prova, previa formulazione di un programma di trattamento ed espressione del consenso rispetto alla prestazione di lavoro di pubblica utilità.

La conformazione dell'istituto prevede che all'esito positivo della prova consegua l'estinzione del reato. Anche in questo caso si coglie un paradosso: si estingue qualcosa la cui esistenza non è mai stata accertata a monte. L'epilogo estintivo travolge il dubbio, ma lo lascia irrisolto. Criminologicamente, il caso non ha avuto una dinamica di *chiarimento*. Sotto il profilo della comunicazione, mille giustificazioni possibili potranno essere date dall'imputato in relazione alla propria responsabilità, in dichiarazioni formali o nella comunicazione informale.

La partita della messa alla prova non si gioca sul tavolo della retribuzione ma su quello della *prevenzione*, in cui prevale l'istanza di formulare una risposta costruttiva e *community oriented* – vista la previsione di lavori di pubblica utilità e di attività di volontariato di rilievo sociale – o la possibilità di aprire percorsi di giustizia riparativa da strutturare nel prevalente interesse della vittima di reato¹⁰⁶.

6.3 Terza conferma

La terza, e forse più indiretta, conferma dell'ipotesi secondo cui quanto più ci si approssimi a sanzioni intrinsecamente afflittive tanto meno il sistema è disposto ad accettare margini di dubbio riguarda il dubbio circa l'identità della persona detenuta, risolto dall'art. 667 c.p.p. Il dubbio, in questo caso, non può essere in alcun modo «metabolizzato» dal sistema, che lo rigetta e impone ulteriori accertamenti. Se neppure questi giovano a elidere ogni incertezza, l'art. 667 c.p.p. prevede che si ordini la sospensione dell'esecuzione della pena privativa della libertà e si disponga la liberazione del detenuto e, nel contempo, invita il pubblico ministero a procedere a ulteriori indagini¹⁰⁷. La situazione di incertezza è prevista e risolta dall'ordinamento in senso favorevole al condannato, come avviene per le formule assolutorie di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p. In queste ultime, il dubbio incrocia il principio fondante della presunzione di innocenza¹⁰⁸; rispetto all'identità del condannato, il modello di soluzione del dubbio si staglia nell'orizzonte valoriale del *favor libertatis*.

¹⁰⁶ Cfr. Eusebi, *La sospensione del procedimento*, cit., pp. 1693 ss., il quale parla di «risposta progettuale affrancata dalla dosimetria retributiva» (p. 1693).

¹⁰⁷ In argomento v. F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 294.

¹⁰⁸ Di Chiara, *Icone e boschi narrativi*, cit., p. 224.

7. Dal giudice «pantocratore» al giudice «profeta»: ruolo e dinamiche del dubbio nel sistema penale

A questo punto non resta che provare a trarre alcune sommarie quanto provvisorie conclusioni. Volutamente non sono stati trattati i profili di psicologia giudiziaria, i condizionamenti che operano rispetto alla presa di decisione¹⁰⁹, il fatto che il processo di *decision-making* operi in un ambito di razionalità limitata e sia influenzato sia dalle emozioni, sia dalle condizioni psico-fisiche del soggetto, fattori capaci di incidere sulla predisposizione all'assunzione di rischio che caratterizza i casi difficili¹¹⁰.

Credo si possa affermare – la prudenza è d'obbligo – che nel sistema penale italiano si registri una progressiva rinuncia alla dimensione accertativa della colpevolezza e, per converso, si consenta che lo stato di dubbio in relazione alla responsabilità dell'imputato abiti le pieghe del sistema attraverso istituti che consentono di evitare il processo e la pena.

In sintesi, si potrebbero evidenziare tre diversi *livelli di rilevanza* del dubbio, presentati in ordine crescente:

a) Il primo e più modesto livello di rilevanza del dubbio si colloca nell'ambito del rito ordinario – apoteosi del processo *adversary* – che comporta l'accertamento pieno della responsabilità¹¹¹. Nel rito ordinario il giudice – si passi il paragone – ha un ruolo di «pantocratore»: ha cioè – stando all'etimologia del termine – *tutto il potere* necessario a governare il processo; decide sulla colpevolezza dell'imputato; è tenuto a prosciogliere in condizioni di incertezza¹¹². Solo il tempo può far risorgere il dubbio sulla colpevolezza del condannato come un'araba fenice dalle proprie ceneri: l'emersione di nuove prove a carico di soggetti diversi dal reo o la sopravvenienza di una nuova prova scientifica possono infatti legittimare l'istanza per la revisione del processo¹¹³. Il giudicato, pertanto, ha un confine cedevole: l'intangibilità è simulacro.

Il dubbio, dunque, chiede di essere *risolto*; l'ascrizione di responsabilità deve avvenire in contraddittorio, rispettare lo standard probatorio dell'oltre il ragionevole dubbio, che trova nella motivazione il necessario completamento

¹⁰⁹ In argomento, tra i molti, si rinvia a March, *A Primer on Decision Making*, cit., pp. 18 s.

¹¹⁰ A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, Bologna, il Mulino, 2017.

¹¹¹ C.E. Paliero, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, «Guida al Diritto», 10, 2006, p. 73; G. Canzio, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 303.

¹¹² V. gli articoli 425, comma 3; 530, comma 2; 125 disp. att. del codice di procedura penale. Rilievi critici sui criteri di decisione in merito al non luogo a procedere e all'archiviazione in Daniele, Ferrua, *Venti di riforma*, cit., pp. 76 s.

¹¹³ Cfr. G. Canzio, *La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, in R.E. Kostoris, A. Balsamo (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il caso «Dorigo»*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 479-502.

secondo l'epistemica del processo *adversary*¹¹⁴. Tanto ciò è vero che il giudizio abbreviato – in cui la decisione è assunta allo stato degli atti delle indagini preliminari, i quali assumono pur sempre piena valenza probatoria secondo la clausola *Bard* – a seguito della modifica operata con l. 12 aprile 2019 n. 33, è divenuto inapplicabile rispetto ai reati puniti con l'ergastolo. La *materia grave* richiede il vaglio dibattimentale e cioè che la prova si formi nel contraddittorio affinché la dialettica tra accusa e difesa abbatta ogni incertezza. La maieutica processuale è garanzia di risultato prossimo alla verità¹¹⁵.

b) Un livello intermedio di rilevanza del dubbio si ha nel patteggiamento: è un dubbio *parzialmente risolto*. Carente di ammissione di colpevolezza, il patteggiamento prende avvio con la richiesta di applicazione della pena da parte dell'accusato e si conclude con una sentenza che nominalmente non è di condanna, ma che alla condanna è equiparata e tuttavia non fa stato nei procedimenti civile e amministrativo¹¹⁶. Il giudice «pantocratore» è esautorato del potere accertativo, eroso dalle logiche economicistiche della negozialità: residua la potestà di controllare l'assenza di cause estintive del reato, la correttezza della qualificazione giuridica del fatto e la congruità della misura della pena.

c) Infine, vi è il *dubbio irrisolto*, che caratterizza la sospensione del processo con messa alla prova, dove una misura con componenti sanzionatorie viene elaborata come risposta a un fatto che non è stato mai accertato nei suoi contorni oggettivi, nelle dinamiche soggettivo-motivazionali e neppure rispetto al profilo di lesività nei confronti della persona offesa. La sospensione del processo con messa alla prova comporta, peraltro, l'estinzione del reato e cioè di un qualcosa che, a monte, è privo di accertamento¹¹⁷ ma compatibile soltanto con uno stato di dubbio. Il giudice abbandona, qui, il ruolo di «pantocratore» per assumere quello di «profeta»: il presupposto per la concessione della sospensione del processo con messa alla prova è infatti un'aspettativa *fiduciale* – sebbene fondata su elementi che consentono un favorevole giudizio prognostico di recupero sociale – circa l'esito positivo della prova. L'organo giudicante, dunque, non è chiamato ad accertare il passato (il fatto di reato) con soli esiti di penalità prescrittiva¹¹⁸, ma a un «dire» anticipatorio, che si sostanzia nel-

¹¹⁴ V. C. Conti, *Ragionevole dubbio e "scienza delle prove": la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, «Archivio penale», 2, 2012, p. 2.

¹¹⁵ Sulla verità convenzionale come epilogo del dibattimento v. Garapon, *Del giudicare*, cit., p. 135.

¹¹⁶ Taruffo, *Verso la decisione giusta*, cit., pp. 145 ss. (*Verità negoziata?*).

¹¹⁷ Sui rapporti tra messa alla prova e garanzie processuali v. ancora Eusebi, *La sospensione del procedimento*, cit., p. 1696. *Ivi* i confronti tra messa alla prova e patteggiamento, anche in tema di diritto ad impugnare (p. 1697).

¹¹⁸ Eusebi, *La sospensione del procedimento*, cit., p. 1695.

la «scommessa» sul futuro comportamento dell'imputato (quanto a rispetto delle prescrizioni, riparazione dell'offesa, mediazione con la vittima). Non è espressamente richiesta una favorevole prognosi di non recidiva, sebbene la commissione di un nuovo reato comporti la revoca della misura. Peraltro, in generale, sulle prognosi di non recidiva si allungano le ombre inquietanti degli algoritmi a supporto del giudice, già ammessi negli Stati Uniti¹¹⁹.

Dalla ricognizione normativa svolta esce confermata l'ipotesi formulata circa il rapporto inversamente proporzionale tra afflittività delle risposte sanzionatorie e livello di accettazione endosistemico del dubbio: il sistema penale, pur nell'ambire alla certezza del diritto, finisce con lo scendere a patti con il *dubbio*; lo ingloba attraverso istituti sorretti da logiche negoziali, economicistiche, di speditezza processuale o orientate in senso politico-criminale alla prevenzione.

Ciò è, al contempo, consentito e segnato da una resa, ancorché parziale: accettare il dubbio come dono dello «spirito maligno»¹²⁰ che offre un sistema rapido, efficiente, non desocializzante ma chiede in cambio rinuncia ad accertare nel merito molti fatti di reato.

È dubbio o dilemma? Intanto resta sullo sfondo, con il suo portato ambiguo e inquietante, a ricordare la fallibilità umana nel giudicare, l'antico brocardo *in dubio pro reo*¹²¹.

¹¹⁹ Canzio, *Il dubbio e la legge*, cit. L'A. rileva che: «Il dubbio del giudicante in ordine alla propensione dell'imputato a ripetere il delitto non trova più la soluzione in un criterio metodologico di accertamento del fatto e neppure in una puntuale prescrizione della legge, ma viene affidato a un algoritmo di valutazione del rischio, elaborato da un software giudiziario prodotto da una società privata (COMPAS: acronimo di Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)» (p. 4). Sul sistema COMPAS v. anche S. Carrer, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, «Giurisprudenza penale», 24 aprile 2019, <<http://www.giurisprudenzapenale.com/2019/04/24/lamicus-curiae-un-algoritmo-chiacchierato-caso-loomis-alla-corte-suprema-del-wisconsin/>>, marzo 2020. Il caso che ha originato la sentenza è Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, Case no. 2015AP157-CR, 5 April - 13 July 2016. Sui rischi degli algoritmi predittivi v. L. Maldonato, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2, 2019, <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetowork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_2_2019_maldonato.pdf>, marzo 2020, p. 410. Cfr. anche F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, «Diritto penale e uomo», 29 settembre 2019, Archivio Dpc, <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/3089-basile2019.pdf>>, marzo 2019.

¹²⁰ Mutuo la formula da G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse N.Y., Syracuse Univ. Press, 1985; tr. it. *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 11.

¹²¹ Digesto, 50.17.125.

Abstracts

Maurizio Migliori, *Se non c'è verità non può esserci il dubbio / If there is no truth, there can be no doubt*

Questo testo assume come premessa la complessità della realtà. Ciò richiede di procedere con grande cautela, al fine di poter identificare la migliore tesi nella nostra situazione.

Il dubbio appare come un momento decisivo per la nascita della filosofia moderna, ma a vantaggio della verità. Cartesio propone il dubbio in forma iperbolica per identificare una verità indubitabile, il Cogito. Nel corso dei secoli il ruolo della verità e del dubbio ha subito un'evoluzione straordinaria. L'affermazione delle scienze comportava una visione assoluta della verità. Di conseguenza, la razionalità sembra essere solo quella della scienza, condannando tutto il resto all'arbitrarietà o alla tradizione. Eppure la scienza stessa ha preso atto dei suoi limiti ed è diventata probabilistica. D'altra parte, in una società individualista e globalizzata la verità sembra essere in crisi, mentre il dubbio conferma la debolezza di ogni giudizio.

È pertanto necessario evitare posizioni unilaterali e riflettere innanzitutto sulla nostra «società liquida». La liquidità è innegabile, ma lo è anche la stabilità di un'infinità di dati. In questo contesto, sia la verità che il dubbio sembrano problematici. Molto meglio quindi ragionare in termini di «pensiero critico» che affronta la complessità usando un approccio multifocale. Devono essere usati paradigmi diversi, sempre ricordando i grandi limiti delle capacità umane. In questo modo è possibile opporsi sia alle posizioni assolute che al relativismo, riconoscendo anche i diversi sensi della verità (ad esempio la verità della fede è su un altro piano).

This text assumes the complexity of reality as a premise. This requires us to proceed with great caution, in order to be able to identify the best thesis in our situation.

The doubt appears as a decisive moment to the birth of modern philosophy, but to the advantage of truth. Descartes proposes the doubt in a hyperbolic form to identify an indubitable truth, the Cogito. Over the centuries the role of truth and doubt undergo an extraordinary evolution. The affirmation of the sciences entailed an absolute vision of the truth. Consequently, rationality seems to be only that of science, condemning everything else to arbitrariness or tradition. Yet science itself has taken note of its limitations and has become probabilistic. On the other hand, in

an individualistic and globalized society the truth seems to be in crisis, while doubt confirms the weakness of any judgment.

It is therefore necessary to avoid unilateral positions and to reflect first of all on our “liquid society”. Liquidity is undeniable, but so is the stability of infinity of data. In this context, both truth and doubt appear problematic. Much better therefore to reason in terms of “critical thinking” that deals with complexity using a multifocal approach. Different paradigms must be used, always remembering the great limits of human abilities. In this way it is possible to oppose both absolute positions as well as relativism, recognizing also the different senses of truth (for example the truth of faith is on another plane).

Parole chiave / Keywords: Scientismo, pensiero critico, paradigma, assoluto, relativismo / Scientism, critical thinking, paradigm, absolute, relativism.

Michel Porret, Dei delitti e delle pene: *il modello del patibolo nel dubbio beccariano* / On Crimes and Punishments: *the gibbet paradigm in Beccarian hermeneutics*

Durante l'Illuminismo, sostenendo la moderazione del regime penale e l'abolizione della pena di morte, il riformatore milanese Beccaria sfida la tradizione della giustizia patibolare come strumento di violenza legale nell'espressione dell'egemonia del diritto di punire. Con una risonanza cosmopolita, il suo progetto intellettuale delinea l'orizzonte di attesa dello Stato liberale per fondare la città politica giusta.

During the Enlightenment, promoting the moderation of the penal regime and the abolition of the death penalty, the Milanese reformer Beccaria challenged the tradition of scaffold justice as a device of legal and state violence for the punishing hegemony. With a cosmopolitan resonance, his intellectual project outlines the word to come for the liberal state and the human rights city.

Parole chiave / Keywords: Arbitrario, diritto di punire, illuminismo, stato liberale, patibolo / Arbitrary power, gallows, enlightenment, liberal state, right to punish.

Massimo Vogliotti, «Una lacrima nell'occhio della legge». *Sul dubbio del giurista tra diritto e letteratura* / «A tear in the eye of the law». *On the jurist's doubt between law and literature*

Dopo un lungo periodo di rimozione, il dubbio è tornato ad essere l'orizzonte invalicabile del giurista, il suo abito quotidiano. All'origine di questo ritorno vi è la riscoperta, nel secondo dopoguerra, della natura pratica del sapere giuridico e il conseguente ristabilimento del dualismo del diritto. In questo nuovo scenario, introdotto con un'incursione nel romanzo di Victor Hugo *I miserabili*, occorre immaginare un nuovo modello di educazione giuridica che non si esprima più all'indicativo, ma al congiuntivo.

After a long period of removal, the doubt has once again become the insurmountable horizon of the jurist, his daily habit. At the origin of this return

there is the rediscovery, after the Second World War, of the practical nature of legal knowledge and the consequent re-establishment of the dualism of law. In this new context, introduced with a foray into Victor Hugo's novel *Les misérables*, we need to imagine a new model of legal education that no longer expresses itself in the indicative, but in the subjunctive mood.

Parole chiave / Keywords: diritto e letteratura, modernità, certezza, dubbio, formazione giuridica / law and literature, modernity, certainty, doubt, legal education.

Fiorella Giusberti, *Il ragionevole dubbio / The reasonable doubt*

Il processo ragionato del giudice non può essere interpretato come un unico metro di giudizio di un ragionamento dimostrativo, formale, di tipo deduttivo, ma si basa anche, in larga misura, su inferenze di tipo induttivo e genera conclusioni il cui contenuto non è interamente incluso nelle premesse. Di fatto il ragionamento probatorio è costitutivamente legato alla probabilità, oggetto di indagine della psicologia cognitiva, che ha studiato molti aspetti della decisione in condizioni di incertezza, e di rischio, cioè quando l'individuo non possiede tutte le informazioni necessarie per giungere ad una conclusione certa, ma solamente probabile, oltre ogni ragionevole dubbio.

The judge's reasoning process cannot be interpreted as a single yardstick of a demonstrative, formal, deductive reasoning, but it is also based, to a large extent, on inductive inferences and generates conclusions whose content is not entirely included in the premises. In fact, probative reasoning is constitutively linked to probability, investigated by cognitive psychology, which has studied many aspects of the decision in conditions of uncertainty, and risk, that is, when the individual does not have all the necessary information to reach a certain, but only probable, conclusion, beyond any reasonable doubt.

Parole chiave / Keywords: ragionevole dubbio, decidere in condizioni di rischio, ragionamento giuridico / reasonable doubt, risk decision making, legal reasoning.

Paola Nicolini, *Il ruolo attivo della mente umana nella percezione e interpretazione del mondo sociale: tra dispositivi innati e culture di appartenenza / The active role of human mind in the perception and interpretation of the social world: between innate devices and culture*

Dal punto di vista della psicologia scientifica, la mente umana ha un ruolo attivo nella conoscenza di sé, degli altri e del mondo, per il suo stesso modo di funzionare, con procedure proprie e dispositivi innati.

From the point of view of scientific psychology, human mind has an active role in the knowledge of self, of others and of the world, because of its own way of functioning, with its own procedures and innate devices.

Parole chiave / Keywords: rappresentazioni mentali, rappresentazioni sociali, stereotipi, pregiudizi, culture / mental representations, social representations, stereotypes, prejudices, cultures.

Claudio Luzzati, *Alla luce del dubbio. La razionalità giuridica tra scetticismo e artificio* / *In light of doubt. The legal rationality between skepticism and artifice*

Non tutti i dubbi sono uguali. Lasciando da parte il caso dell'incertezza patologica, qui si distingue in particolare l'ipotesi del dubbio metodologico, ossia del dubbio finalizzato al progresso di un programma di ricerca, e l'ipotesi del dubbio filosofico dove riaffiorano sempre le stesse domande. Si vuole inoltre difendere l'illuminismo giuridico dalle tendenze nichilistiche. Le vecchie certezze, i "dogmi", su cui la dottrina si cullava sono crollate. Né i dubbi possono colmarsi facendo ricorso ad una sapienza riposta. Al contrario, per rendere il diritto conoscibile, o meglio determinabile intersoggettivamente, necessitiamo di standard formali e procedure condivise. Su tali formalismi si fondano le istanze di controllo interne ai sistemi giuridici e, in ultima analisi, il garantismo.

Not all doubts are equal. Leaving aside the case of pathological uncertainty, here we distinguish in particular the hypothesis of methodological doubt, that is, the doubt instrumental to development of a research program, and the hypothesis of philosophical doubt, where the same questions always resurface. We want moreover to defend legal enlightenment from nihilistic tendencies. Actually, the old certainties, or "dogmas", on which legal doctrine rested, have collapsed. Nor can doubts be resolved by resorting to a hidden wisdom. On the contrary, to make the law capable of being known, or better publicly determined, we need formal standards and shared procedures. Such mechanisms are the ground on which depends the possibility of constitutional control and the implementation of the rule of law.

Parole chiave / Keywords: concetti essenzialmente contestati, dubbio metodologico, neutralità liberale, nichilismo, illuminismo giuridico / essentially contested concepts, methodologic doubt, liberal neutrality, nihilism, legal enlightenment.

Ettore Dezza, «Sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare». *I dubbi del giudice e le risposte del giurista nel consilium I, 133 di Giasone del Maino* / «Sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare». *The judge's doubts and the jurist's replies in Giasone del Maino's consilium I, 133*

In un *consilium iudiciale* redatto nel 1487 Giasone del Maino risponde agli interrogativi rivoltigli dal podestà di Treviso sul tema dell'impunità riconosciuta all'uccisore di un bandito. In questa occasione il giurista affronta una serie di snodi cruciali della giustizia penale, tra i quali figurano, oltre all'omicidio e al bando, la confessione, la legittima difesa e la contumacia. Il *consilium* si segnala per l'accurata ricerca da parte del giurista dei principi generali sui quali basare la concreta

amministrazione della giustizia, e si colloca lungo un itinerario dottrinale di ampio respiro culturale inteso a mitigare gli aspetti di maggiore arbitrarietà e violenza che caratterizzano il sistema penale nell'età del diritto comune.

In a *consilium iudiciale* drawn up in 1487 Giasone del Maino answers the questions raised by the podestà of Treviso on the issue of impunity granted for those who kill a *bannitus*. On this occasion, the jurist faces a series of crucial points of criminal justice, which include, in addition to the murder and the ban, confession, self-defense and trial *in absentia*. On one side, this *consilium* must be noted for the careful research by the jurist of the general principles on which to base the concrete administration of justice. On the other side, it is located along a doctrinal itinerary of broad cultural scope intended to mitigate the aspects of greater arbitrariness and violence that characterize the criminal law system in the age of *ius commune*.

Parole chiave / Keywords: Giasone del Maino, *consilia*, bando, omicidio, confessione, legittima difesa, contumacia / Giasone del Maino, *consilia*, ban, murder, confession, self-defense, trial *in absentia*.

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»* / *Doubt, certainty, decision, truth. The conscience of the judge and the interpretation of the jurist in civil justice from the modern age to the «age of uncertainty»*

Il saggio illustra alcune riflessioni della dottrina giuridica sulle sequenze dubbio-certezza e decisione-verità. Si inizia ad esaminare la funzione dei *dubia* del giudice alle parti nel processo civile, dalle radici canonistiche delle «cause dubbie nei giudizi civili» a De Luca, Barbacovi, Bosellini, Romagnosi, il *Progetto* di Chioventa, la *Relazione* di Calamandrei al 'codice Grandi'. Si considera poi la riflessione sull'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1865, che rende il «dubbio giuridico» un «valore per la giurisprudenza» (Del Vecchio, Brunetti, Ascarelli). Si ricostruisce il dibattito sui «dubbi dell'inesperto» e la «logica del giudice» (Guido Calogero, Calamandrei), e sui «dubbi» sul «costo della certezza della legge», l'«infallibilità del legislatore» (Carnelutti). Il saggio rileva che «dopo la «catastrofe» Capogrossi poneva «dubbi sulla Costituzione», e che Carnelutti vedeva nel dubbio l'architrave della prova, un «rimedio», «che cerca la verità». Satta (auto) rappresentava la «scienza che dubita di sè»; la «crisi» – parola chiave degli anni Cinquanta – suggeriva ai giuristi di guardare al «giudizio» come alla «tutela del diritto»; il «formalismo legislativo» non pareva appagare la ricerca della «verità». Calamandrei rivedeva 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». Carnelutti scriveva di «verità formale», «fissazione formale dei fatti». Capogrossi invitava giuristi e giudici a «credere nella verità» – posta fuori della «forza e della frode» – per «decidere, che è veramente la fine del dubbio». Nei primi anni Novanta Bobbio ha richiamato gli intellettuali a «seminare dubbi, non raccogliere certezze»; l'«odierna 'incertezza' del

diritto» pone al giurista domande cruciali (Alpa, Grossi, Irti, Garapon, Giovanni Perlingieri).

The essay illustrates some reflections of the legal doctrine on the doubt-certainty and decision-truth sequences. We begin to examine the function of the judge's *dubia* to the parties in the civil trial, from the canonical roots in the «dubious causes in the civil judgments» to De Luca, Barbacovi, Bosellini, Romagnosi, the Chiovenda *Project*, the Calamandrei *Report* to the 'Grandi code'. We then consider the debate on art. 3 of the preliminary provisions of the Italian civil code of 1865, which makes «legal doubt» a «value for jurisprudence» (Del Vecchio, Brunetti, Ascarelli). The essay reconstructs the discussion on the «doubts of the inexperienced» and the «logic of the judge» (Guido Calogero, Calamandrei), and on the «doubts» on the «cost of legal certainty», the «infallibility of the legislator» (Carnelutti). The essay notes that «after the catastrophe» Capogrossi posed «doubts about the Constitution», and that Carnelutti saw in doubt the lintel of evidence in civil trial, a «remedy», «that seeks the truth». Satta (self) represented the «science that doubts itself»; the «crisis» – the key word of the 1950s – suggested that jurists look at «judgment» as «protection of the right»; «legislative formalism» did not seem to satisfy the search for «truth». Calamandrei revised what was argued in *The judge and the historian*, about a truth «without adjectives»; staged a «judge», who «had to be satisfied with a surrogate of truth which is verisimilitude». Carnelutti wrote about a «formal truth», a «formal fixation of the facts». Capogrossi invited jurists and judges to «believe in the truth» – placed outside the «force and fraud» – to «decide, which is truly the end of the doubt». In the early nineties Bobbio called intellectuals to «sow doubts, not to gather certainties»; today's «legal uncertainty» poses crucial questions for the jurist (Alpa, Grossi, Irti, Garapon, Giovanni Perlingieri).

Parole chiave / Keywords: Storia della giustizia civile, interpretazione e coscienza del giudice, culture dei giuristi nel Novecento / History of civil justice, Interpretation and conscience of the judge, Cultures of jurists in the twentieth century.

Giacomo Pace Gravina, «*A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?*»: «*dubbi*» e «*certezze*» sull'imputabilità minorile tra Otto e Novecento / «*A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?*»: «*Doubts*» and «*certainties*» about child imputability between nineteenth and twentieth century

La storia dell'imputabilità minorile è disseminata da dubbi. Il saggio ne ricostruisce le vicende nell'età contemporanea, dal concetto di «Discernimento» alla «Capacità di intendere e di volere» del Codice Rocco: dopo circa un secolo dalla sua promulgazione, siamo ancora lontani da certezze in questo campo.

The history of criminal responsibility of minors is littered with doubts. The essay reconstructs its events in the contemporary age, from the concept of «Discernment» to the «mental Capacity» of the Italian Criminal Code: after about a century after its promulgation, we are still far from certainties in this field.

Parole chiave / Keywords: Imputabilità, discernimento, capacità di intendere

e di volere, Codice Penale italiano (1930), Mittermaier / Criminal responsibility of minors, Discernment, Mental Capacity, Italian Criminal Code (1930), Mittermaier.

Marco Nicola Miletto, *Ombre sull'innocenza. La formula dubitativa nel processo penale dell'Italia liberale / Shadows on Innocence. Dismissal With Prejudice in Criminal Procedure of Liberal Italy*

Il saggio ricostruisce le vicende della cd. formula dubitativa nella procedura penale dell'Italia liberale, entro l'arco cronologico ricompreso tra i primi due codici di rito del Regno unitario (1865-1913). La disciplina s'imperniava intorno al proscioglimento istruttorio per insufficienza d'indizi e all'assoluzione dibattimentale per non provata reità. Poiché il proscioglimento 'dubitativo' istruttorio consentiva la riapertura delle indagini, dottrina e giurisprudenza si interrogavano sulla corretta interpretazione della singola pronuncia liberatoria, nel timore che il pienamente prosciolto si vedesse accostato al prosciolto sul quale residuava l'ombra del sospetto. Al di là dei tecnicismi, dall'incrocio tra leggi tutt'altro che lineari, serrati confronti dottrinali ed espedienti giurisprudenziali emerge una tensione anzitutto ideologica tra le istanze del garantismo liberale a protezione dell'onore e le più o meno confessabili nostalgie del *non liquet*. L'indagine si diffonde su due cruciali tornanti del dibattito pubblico: la riforma del casellario giudiziale, laboratorio di sperimentazione progressista; e il varo del codice Finocchiaro-Aprile, che anche sul versante dell'insufficienza di prove non fu in grado di mantenere sino in fondo le premesse riformistiche dei primi progetti.

The essay describes the evolution of the so-called doubtful formula in the Italian criminal procedure during the period 1865-1913 (dates of the two first Kingdom codes). The laws established acquittals due both to insufficiency of evidence (at the end of the investigations) and unproven guilt (at the end of trial). The first type allowed the reopening of the investigation: therefore scholars and jurisprudence studied criteria to distinguish the 'fully' acquitted from the acquitted on which the shadow of doubt remained. The exegetical question implied an ideological opposition between supporters of liberal guarantees and nostalgics of *non liquet*. The research focuses on two moments of passionate public debate: the reform of court records (1902) and the processing of Finocchiaro-Aprile's code (1913).

Parole chiave / Keywords: Insufficienza di prove, non provata reità, proscioglimento, assoluzione, formula dubitativa, Casellario giudiziale, Codice di procedura penale 1913, *Non liquet* / Insufficient evidence, Not proven guilty, Dismissal with prejudice, Dismissal without prejudice, Doubtful formula, Court Records, Code of criminal procedure 1913, *Non liquet*.

Domenico Pulitanò, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi / The doubt and the criminal paradigm of certainty. An overview of problems*

Il dubbio è per la giustizia penale il criterio regolatore del paradigma cognitivo del garantismo, che richiede conformità alla legge e verificabilità empirica. Presuppone l'idea di verità come corrispondenza e l'uso scettico dell'idea di verità. Ha a che fare, in modi diversi, sia con l'ermeneutica giuridica e con giudizi di valore, sia con i giudizi di fatto.

Doubt is for criminal justice the regulatory criterion of the cognitive paradigm of garantism, which requires compliance with the law and empirical verifiability. It presupposes the idea of truth as correspondence and the skeptical use of the idea of truth. It has to do, in different ways, both with legal hermeneutics and with value judgements, and with factual judgements.

Parole chiave / Keywords: dubbio, verità, legalità, valori / doubt, truth, legality, values.

Roberto Bartoli, *Dubbio e certezza nel diritto penale / Doubt and certainty in criminal law*

Il diritto penale necessita di certezza restringendo al massimo l'operatività di eventuali dubbi, perché attraverso la certezza si soddisfano ineludibili esigenze di garanzia. Tuttavia, a un'analisi più approfondita, ci si rende conto che il diritto penale è una realtà molto complessa e articolata in una molteplicità di componenti, contesti e prospettive rispetto ai quali la dicotomia certezza/dubbio assume significati diversi e peculiari. Muovendo da questa premessa, l'Autore analizza la valenza della certezza e del dubbio nel diritto processuale penale e nel diritto penale sostanziale, nonché nelle scelte di incriminazione, nella formulazione/interpretazione della legge, nella imputazione causale e colposa dell'evento, fino alla colpevolezza e ai giudizi di pericolosità.

Criminal law requires certainty by restricting as far as possible the operation of any doubts, because through certainty unavoidable guarantee requirements are satisfied. However, upon a more in-depth analysis, we realize that criminal law is a very complex reality and articulated in a multiplicity of components, contexts and perspectives with respect to which the certainty / doubt dichotomy takes on different and peculiar meanings. Starting from this premise, the Author analyzes the value of certainty and doubt in criminal procedural law and in substantive criminal law, as well as in the choices of incrimination, in the formulation / interpretation of the law, in the causal and culpable imputation of the event, up to the guilt and dangerousness judgments.

Parole chiave / Keywords: Dubbio, certezza, diritto penale materiale, diritto penale processuale / Doubt, Certainty, criminal law, criminal procedure.

Grazia Mannozi, *A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice / Each in his own doubt: offender, victim, public prosecutor and judge*

Il dubbio ha una duplice proiezione concettuale: sotto il profilo *statico* si

manifesta come una sorta di irresolutezza rispetto alla scelta tra argomenti contrari; sotto quello dinamico esso ha invece una funzione metodologica e una capacità euristica. Ci si propone, in questo scritto, di analizzare la rilevanza che il sistema penale riconosce al dubbio rispetto a quattro attori del processo: il reo, la vittima, il pubblico ministero e il giudice. In particolare, si cerca di verificare se il livello di rilevanza e di accettazione del dubbio nell'ambito del sistema, e in relazione all'accertamento della colpevolezza dell'autore di reato, possa variare in relazione al tipo di risposta sanzionatoria prevista della legge e/o al criterio di legittimazione delle norme penali.

Doubt has a twofold conceptual projection: under the *static* profile it appears as a sort of irresoluteness with respect to the choice between contrary arguments; under the *dynamic* one, it has a methodological function and a heuristic capacity. This paper intends to analyze the relevance that the penal system recognizes to doubt with respect to four actors in the process: the offender, the victim, the prosecutor and the judge. In particular, it tries to verify whether the level of relevance and acceptance of the doubt within the system, and in relation to ascertaining the offender's responsibility, may vary in relation to the type of sanction provided by the law and / or the legitimacy criterion for the criminal justice system.

Parole chiave / Keywords: dubbio, dilemma, giudice, vittima, reo, pubblico ministero, processo adversary, patteggiamento, giudizio abbreviato, sospensione del processo, messa alla prova, clausola BARD, ragionevole dubbio, presunzione di innocenza, propensione alla denuncia, colpa, rischio / doubt, dilemma, judge, victim, offender, prosecutor, adversary trial, plea bargaining, summary trial, judgment, suspension of trial, probation, BARD clause, reasonable doubt, presumption of innocence, propensity to report crimes, guilt, risk.

Autori

Luigi Lacchè, Prof. ordinario di storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: lacche@unimc.it

Maurizio Migliori, già Prof. ordinario di storia della filosofia antica, Dipartimento di Studi umanistici, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: maurizio.migliori@gmail.com

Michel Porret, Professeur ordinaire d'histoire, Département d'histoire générale, Université de Genève, 24 rue du Général-Dufour, 1211 Genève 4, Confédération suisse, email: Michel.Porret@unige.ch

Massimo Vogliotti, Prof. ordinario di filosofia del diritto e di teoria generale del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali, Via Mondovì 6-8, Università del Piemonte Orientale, 15121 Alessandria, Italia, email: massimo.vogliotti@uniupo.it

Fiorella Giusberti, Prof.ssa ordinaria di psicologia generale, Dipartimento di Psicologia, Viale Berti Pichat 5, Università di Bologna, Alma Mater Studiorum, 40127 Bologna, Italia, email: fiorella.giusberti@unibo.it

Paola Nicolini, Prof.ssa associata di psicologia dello sviluppo e psicologia dell'educazione, Dipartimento di Studi Umanistici, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: paola.nicolini@unimc.it

Claudio Luzzati, Prof. ordinario di filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Via Festa del Perdono 3, Università di Milano, 20122 Milano, Italia, email: claudio.luzzati@unimi.it

Ettore Dezza, Prof. ordinario di storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Corso Strada Nuova 65, Università di Pavia, 27100 Pavia, Italia, email: ettore.dezza@unipv.it

Floriana Colao, Prof.ssa ordinaria di storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Mattioli 10, Università di Siena, 53100 Siena, Italia, email: floriana.colao@unisi.it

Giacomo Pace Gravina, Prof. ordinario di storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza Pugliatti 1, Università di Messina, 98122 Messina, Italia, email: giacomo.pace@unime.it

Marco Miletti, Prof. ordinario di storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Largo Papa Giovanni Paolo II 1, Università di Foggia, 71121 Foggia, Italia, email: marco.miletti@unifg.it

Domenico Pulitano, Prof. emerito di diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, Università Bicocca, 20126 Milano, Italia, email: domenico.pulitano@unimib.it

Roberto Bartoli, Prof. ordinario di diritto penale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Via delle Pandette 32, Università di Firenze, 50127 Firenze, Italia, email: roberto.bartoli@unifi.it

Grazia Mannozi, Prof.ssa ordinaria di diritto processuale penale, Dipartimento di diritto, economia e culture, Via Sant'Abbondio 12, Università degli Studi dell'Insubria, 22100 Como, Italia, email: grazia.mannozi@uninsubria.it

Quaderno di storia del penale e della giustizia

Tutti i numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono disponibili in *open access* nel sito della rivista e in quello dell'editore / Every issue is available in open access on the website of the journal and the publisher's: <riviste.unimc.it/index.php/qspg> - <<http://eum.unimc.it/it/>>

1 / 2019

La paura

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire

2 / 2020

Il dubbio

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire



m eum

Journal of Constitutional History

Giornale di Storia Costituzionale

39

Javier Aguirre
Benedetta Barbisan
Andrés Botero
Ronald Car
Lorenzo Castellani
Patrizia De Salvo
Giovanni Di Cosimo
Francesco Di Donato

Antonio Mastropaolo
Stefania Mazzone
Giuseppe Mecca
Giacomo Pace Gravina
Paola Persano
Sonia Scognamiglio
Claudia Storti
Monica Stronati

1st semester 2020

I semestre 2020

Eleonora Cappuccilli

La critica imprevista

Politica, teologia e patriarcato in Mary Astell

m eum biblioteca Giornale di Storia costituzionale



CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

Alberico Gentili

Libro di varie letture
virgiliane al figlio Roberto

(Lectiois Virgilianae Variiae Liber.
Ad Robertum filium, Hanau 1603)

introduzione, traduzione e note di Francesca Iurlaro



eum edizioni università di macerata

CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

Alberico Gentili

e lo *jus post bellum*.
Prospettive tra diritto e storia

Atti del convegno della
XVIII Giornata Gentiliana

San Ginesio, 21-22 settembre 2018

a cura di Luigi Lacchè e Vincenzo Lavenia



eum edizioni università di macerata

CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

Alberico e Scipione Gentili

nell'Europa di ieri e di oggi.
Reti di relazioni e cultura politica

Atti della Giornata Gentiliana
in occasione del IV centenario della morte
di Scipione Gentili (1563-1616)

San Ginesio, 16-17 settembre 2016

a cura di Vincenzo Lavenia



eum edizioni università di macerata



Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

a cura di
Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli,
Stefano Pollastrelli

m eum

