

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
“Lumsa”

MARIO CARAVALE

Prof. Em. Università
di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO

FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
“Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma “La Sapienza”



STEM Muccchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
Rettore Università
“Lumsa”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli “Federico II”

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma “La Sapienza”

JAVIER FRANCISCO
FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
“Tuscia” di Viterbo

PAOLO MENGONI
Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
Cat. Universitat
de Barcelona

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma “La Sapienza”

Anno CLV - Fascicolo 1 2023



STEM Mucchi editore

Amministrazione: Stem Mucchi editore S.r.l.

Direzione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna

Redazione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna; Via della Trasportina, 21 - 00193 Roma

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia	€ 125,00
Formato cartaceo estero	175,00
Formato digitale (con login)	96,00
Formato digitale (con ip)	105,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	194,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	153,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip)	203,00
Fascicolo singolo cartaceo*	32,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2023

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it/prodotto/archivio-giuridico-filippo-serafini/

www.archiviogiuridiconline.it - www.facebook.com/mucchieditore - www.twitter.com/MucchiEditore
www.instagram.com/mucchi_editore/?hl=it

Tipografia, impaginazione, web: Stem Mucchi Editore (MO). Stampa: Legodigit (TN).

Finito di stampare nel mese di marzo del 2023.

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Toscana” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma

Giuseppe Rivetti – Università di Macerata

Gianni Santucci – Università di Bologna

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Avv. Daniela Bianchini; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Norme e criteri redazionali

- L’Autore di un’opera o di un articolo citato in nota va riportato con l’iniziale del nome precedente il cognome in maiuscolo (es.: A. GELLIO); l’iniziale del nome e il cognome di più Autori di un’opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un’opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella “in” che precede il titolo di un’opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch’esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L’abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all’interno del testo. Il titolo di un contributo o di un’opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l’abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all’interno del testo.
- L’indicazione del luogo e dell’anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L’indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l’anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l’indicazione del numero o della parte in tondo dopo l’anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L’indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da “p.” (pagina) o “pp.” (pagine) oppure da “c.” (colonna) o “cc.” (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire “ss.” (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, 1, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni “cit.” e “loc. cit.”, indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l’abbreviazione “*op. cit.*”, indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella “*ivi*”): “*op. cit.*” si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Mario Caterini

IN POENIS BENIGNIOR EST INTERPRETATIO FACIENDA*

SOMMARIO: 1. La *benignior interpretatio* dal diritto romano classico a quello postclassico cristiano. – 2. L'*interpretatio benevola* dal diritto penale germanico a quello canonico medioevale. – 3. La *benignior interpretatio* nel probabilismo teologico dell'età moderna. – 4. L'*interpretatio benevola* nelle codificazioni canoniche dell'età contemporanea. – 5. Dalla modernità dell'antica *benignior interpretatio* all'immaturità efficientista del sistema penale italiano.

1. La benignior interpretatio dal diritto romano classico a quello postclassico cristiano

Già nell'antichità si tentò di porre argini alla discrezionalità intepretativa del giudice penale attaverso il critrio dell'*in dubio pro reo*. Sebbene alcuni segni in tal senso fossero percepibili già nelle opere di Cicerone¹ e di Seneca², è con Traiano³ che il *favor rei* – quantunque in forma embrionale – si trasformò in vero principio di diritto, di matrice stoica, nel clima culturale e filosofico che caratterizzò l'impero romano a partire dal I sec. d.C.⁴. Man mano, infatti, si affermò la necessità di evitare decisioni ispirate alle mere opinioni personali del giudice, ovvero volte a procurarsi 'gloria' mediante una peculiare severità o clemenza, dovendo egli piuttosto moderare e

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In tema, G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor rei e il suo consolidarsi anche in campo privatistico*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, pp. 6-12.

² SENECA, *Epistula ad Lucilium*, Ep. 10.81.26.

³ G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano*, cit., pp. 13-16.

⁴ Sulla matrice stoica v. F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. SOLIDORO, Torino, 2016, p. 47 ss.

non esasperare il rigore delle disposizioni vigenti e applicare le pene «*cum aliquo temperamento benignitatis*»⁵. Dagli antichi giureconsulti emerse sì la propensione verso una libertà interpretativa, se però *in melius*, unica in grado di giustificare il superamento del dato letterale della norma⁶.

Il Digesto giustinianeo, più specificamente, ribadiva e consacrava il principio secondo cui «*in poenalibus causis benignius interpretandum est*»⁷, che ben si accordava all’altro, riferito segnatamente alla scelta della pena, stando al quale «*interpretatione legum poenae mollienda sunt potius quam asperanda*»⁸. La *benignitas* veniva utilizzata quale criterio di orientamento delle decisioni, frutto non già di un’astratta filantropia compassionevole, ma di un’esigenza etico-sociale indirizzata all’*utilitas communis*⁹. L’*interpretatio* benevola assunse così una portata molto ampia utile ad un equilibrio tra le opposte esigenze: della conservazione dell’ordine sociale, da un lato e, dall’altro, della protezione dell’individuo, tale da farvi rientrare tutto il complesso iter di accertamento dei reati, non solo dunque l’interpretazione delle norme in senso stretto, ma anche la valutazione delle prove¹⁰. Si può dire, perciò, che l’*in dubio pro reo* si affermò come principio giuridico in

⁵ Digesto, 48.19.11pr., *Marcianus 2 de publicis iudiciis*. In tema, U. BRASIELLO, *La repressione penale del diritto romano*, Napoli, 1937, p. 571 ss.

⁶ F. FASOLINO, *Alle origini del principio in dubio pro reo*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. PIRO, Tricase, 2016, pp. 567-582.

⁷ Digesto, 40.17.155, *Paulus libro 65 ad edictum*, cfr. M.P. IRIGOYEN TROCOMIS, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*, Città del Messico, 2005, p. 17.

⁸ Digesto, 48.19.42, *Hermogenianus 1 epit.* Su questo brano, A. BERGER, *In dubiis benigni ora*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto*, II, a cura di G. MOSCHETTI, Milano, 1953, p. 187 ss., p. 201 ss.; A. PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1997, p. 90, p. 148 ss. Più recentemente, L. SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di civil law*, in *De Iustitia*, 2016, 3, pp. 91-104.

⁹ P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, I, *L’interpretazione degli atti autoritativi*, in *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, XXXVIII, 1985, p. 95 ss.; A. PALMA, *Benignior interpretatio*, cit., p. 86 ss.

¹⁰ F. FASOLINO, *Regole di giudizio*, cit., p. 50.

riferimento alla *quaestio iuris* e solo successivamente anche a proposito della *quaestio facti*.

Nell'ordinamento giuridico, dunque, vennero introiettati tali principi di promanazione umanitaria e stoica che furono amplificati dalla dottrina cristiana. Infatti, è nell'età postclassica (IV e V sec. d.C.) che le diverse implicazioni del *favor rei* si affermarono con maggiore forza grazie all'influenza che il *favor miserarum* e l'*humanitas* di matrice cristiana ebbero sul diritto classico¹¹. Con il riconoscimento della fede cristiana quale religione ufficiale dell'Impero, infatti, la Chiesa entrò nell'organizzazione politico-sociale dello Stato, con inevitabili e notevoli sviluppi anche nella sfera giuridica¹².

2. *L'interpretatio benevola dal diritto penale germanico a quello canonico medioevale*

Se l'*interpretatio benevola* ebbe valore nell'epoca postclassica, verosimilmente non altrettanta fortuna poté avere nel diritto barbarico e ciò perché, almeno secondo l'opinione più classica, in quel contesto ordinamentale in genere il processo penale si esauriva in una sorta di giudizio divino, come l'ordalìa, che attraverso una prova fisica determinava le sorti dell'imputato, senza spazi per particolari dubbi interpretativi

¹¹ Specificamente in tema M.A. DE DOMINICIS, *Brev. Pauli Sententiarum IV*, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio “*in dubiis pro reo*”, in *Archivio penale*, 1962, p. 411 ss.; Id., *Ancora sulla «formula dubitativa»*, in *Archivio penale*, 1965, p. 534 ss.; più recentemente A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones, Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocencia en el ámbito penal romano*, in *Fundamenta iuris*, a cura di P. RESINA SOLA, Almería, 2012, p. 380 ss.; F. FASOLINO, *Alle origini del principio in dubio pro reo*, cit., p. 575 ss.; Id., *Regole di giudizio*, cit., p. 51 ss.; L. SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale*, cit., p. 97; G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor*, cit., pp. 30-31.

¹² Sui rapporti tra diritto romano e cristianesimo, fondamentale B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, in particolare vol. III, Milano, 1954, *passim*, spec. p. 183. Più in generale, O. ROBLEDA, *Perché il mondo latino nel suo diritto si lascia influenzare dal Cristianesimo?*, in *Gregorianum*, 1985, pp. 111-128.

o incertezze decisionali, incompatibili con una verità superiore di promanazione sovrannaturale capace sempre di garantire l'innocente¹³.

Il sistema processuale canonico, dopo aver risentito fino al XII sec. delle influenze magico-naturalistiche del diritto germanico, si dotò di una struttura più stabile e unitaria¹⁴. Così, mentre nel processo barbarico al giudice era affidata la prevalente funzione di dichiarare il risultato della prova ordalica, in quello romano-canonico dopo il XII sec. si riaffermò – sebbene in maniera inquisitoria – la necessità di una valutazione in fatto e in diritto da parte del giudice¹⁵.

In tale forma di processo penale riprese vigore l'autorità del giudice, al quale venne nuovamente affidato il ruolo atti-

¹³ J.-P. LÉVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age*, Parigi, 1939, pp. 112-115. In verità, la storiografia ha ridimensionato la rappresentazione tradizionale del processo germanico come mera applicazione di ordalie, duelli e giuramenti: la documentazione dimostra anche l'uso di prove documentali e testimoniali. Si rinvia a F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo. Legislazione e prassi da Rotari ad Astolfo*, Milano, 1968; più recentemente A. PADOA SCHIOPPA, *Aspetti della giustizia nei placiti longobardi: note sul sistema delle prove*, in *Leges - Gentes - Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*, Berlino, 2006, p. 336 ss.; L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano, 2004.

¹⁴ C. TAMMARO, *Rilevanza delle ordalie e dei giudizi di Dio ed analisi strutturale e funzionale della "confessio iudicialis" nel sistema probatorio del processo canonico medievale "in re penali"*, in *Periodica de re canonica*, 2006, pp. 343-363. Più in generale, vedasi M. CAVINA, *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Bari-Roma, 2005; E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, 2013, p. 13 ss.

¹⁵ Dal XIII secolo le ordalie vennero avversate dalla Chiesa, che le aveva tollerate e in precedenza talvolta approvate. Su tale fase precedente e sul largo uso del giuramento, si rinvia ad A. FIORI, *Il giuramento canonico di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della purgatio canonica*, Frankfurt am Main, 2012. Nel IV Concilio Lateranense del 1215 si fece divieto agli ecclesiastici di intervenire con la loro benedizione ai riti delle ordalie; nel Concilio di Valladolid del 1322 si previde la scomunica immediata a quanti avessero parte nell'esecuzione di un'ordalia. Il modello inquisitorio fu introdotto da una serie di decretali di Innocenzo III (*Licet Heli* del 1198, *Qualiter et quando* del 1206 e *Inquisitionis negotium* del 1212) i cui contenuti furono poi confermati e ampliati sempre dalle disposizioni del IV Concilio Lateranense.

vo di accettare i fatti e di stabilirne la difformità dalle norme. Questa fase del diritto penale si caratterizzò per un robusto recupero delle fonti romanistiche che però vennero selezionate e adattate al carattere teandrico del diritto canonico¹⁶.

Infatti, la *regula iuris* XLIX del *Liber Sextus* promulgato da Bonifacio VIII nel 1298¹⁷ – poi confluito nel *Corpus Iuris Canonici* pubblicato ufficialmente da Gregorio XIII nel 1582 – recuperò il menzionato principio giustinianeo del Digesto 40.17.155¹⁸, affermando che «*in poenis benignior est interpretatio facienda*»¹⁹. Secondo la dottrina canonistica settecentesca tale *regula* trovava applicazione solo nei casi dubbi, quando la legge fosse incerta; in caso contrario il giudice la doveva applicare secondo il testo esplicito, senza mitigarne né inasprirne il contenuto²⁰. «*Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est. Ratio est; quia Odia restringi, et favores convenit ampliari [...]. Et semper in dubiis benigniora praferenda sunt. [...] atque In obscuris minimum (id est, minus gravans, et obligans) est sequen-*

¹⁶ B. BASDEVANT-GAUDEMEL, *Les sources du droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien*, in *Revue de droit canonique*, 1977, pp. 193-242; C. LEFEBVRE, *Procédure*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VII, Parigi, 1965, cc. 281-309.

¹⁷ E. ROELKER, *An Introduction to the Rules of Law: Part II: Observations on the Rules of Law of Pope Boniface VIII*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 1950, pp. 417-436.

¹⁸ V. *supra* nota n. 7. Militano nello stesso senso, seppur non riferibili esclusivamente ai giudizi penali e non solo alla *quaestio iuris*, anche la *regula XI*: «*Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius, quam actori*», nonché la *regula II* del *Liber Sextus*: «*Dubia in meliorem partem interpretari debent*». In questi termini, A.S. SÁNCHEZ-GIL, *Il principio in dubio pro reo nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. CITO, Milano, 2005, p. 641 ss.

¹⁹ J.B. McGRAH, *The glossa ordinaria on regula juris 49 in the Liber sextus of Boniface VIII*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 1993, pp. 344-395. Tra i decretalisti, si veda D. MUXELLANI, *Commentarii in Regulas Iuris Pontificij*, Colonia, 1569, pp. 334-335.

²⁰ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, tomus sextus*, Venezia, 1735, p. 75.

dum [...]. Siquidem ea tanto digniora sunt imitatione, quanto excellentiora pietate»²¹.

La regola dell'interpretazione benevola in caso di dubbio, oltre ad avere derivazione romanistica, era anche un'implicazione del preceitto evangelico «*nolite iudicare et non iudicabimini, nolite condemnare et non condemnabimini»²²*. La *regula* trovava inoltre fondamento nella legge della carità, per cui un individuo si doveva presumere buono fino a quando non ne era provata la malvagità²³.

Se oggi il preceitto evangelico 'non giudicare per non essere giudicato' ha un peso anzitutto religioso, in passato aveva invece un'influenza più immediata sul giudizio penale²⁴. *L'in dubio pro reo*, infatti, in questa fase storica non ebbe ricadute volte tanto a evitare un'ingiusta punizione, ossia a fornire delle garanzie all'imputato, ma soprattutto a procurarle alle 'anime' dei giudici²⁵. Il principio, dunque, svolgeva la funzione di 'conforto morale' dei giudici, sollevandoli dalla responsabilità per la condanna che non vi poteva essere se era frutto di una decisione priva di ragionevoli dubbi²⁶. Ciò perché «*cum homo juste occiditur, lex eum occidit, non tu»²⁷*. Il giudice, quindi, non peccava giudicando e condannando, a condizione che avesse rispettato la legge, in tal caso ricadendo sulla legge stessa la responsabilità; dunque anche il dubbio sulla legge doveva essere risolto a favore dell'imputato, altrimenti il giudice poteva incorrere nel peccato.

²¹ *Ivi*, p. 76.

²² Mt, 7,1; Lc, 6,37.

²³ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum*, cit., sub. *Regula* II, p. 5.

²⁴ Già V. DE BEAUVAIS nel *Speculum maius* (1260) trattò del rischio in cui incorreva l'anima del giudice, che sparge il sangue per preservare la giustizia.

²⁵ J.Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, 2008, p. 3, pp. 9-26, parla di «*souls of the jurors*».

²⁶ *Ivi*, pp. 12-16, che parla di «*moral comfort*» dei giudici e del ragionevole dubbio capace di «*comfort the judge by forcing some other agent to assume all or part of the responsibility*».

²⁷ S. AGOSTINO, *Quaestiones in Heptateuchum libri VII, In Leviticum*, PL, 34, c. 707, qui in J.Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit., p. 53 ss.

La canonistica medioevale, per preservare l'anima del magistrato, pare aver così distinto la sua figura in due entità, quella soggettiva e quella legale, affidando solo alla seconda il compito di giudicare e condannare²⁸. In questo contesto storico il ruolo dell'*interpretatio* benevola non era più quello della sola *utilitas communis* romana, tesa a trovare un equilibrio tra la preservazione dell'ordine sociale e le garanzie dell'imputato, ma si tingeva di una connotazione teologica volta a salvare le anime dei giudici dal peccato.

3. *La benignior interpretatio nel probabilismo teologico dell'età moderna*

Da quanto sinora scritto, appare evidente che la dottrina del '700 era ben consapevole che la legge potesse essere dubbia e che dalla sua interpretazione potessero derivare diversi esiti, tanto che uno dei più noti canonisti dell'epoca ricordava che l'atto che poteva essere al contempo ricostruito quale delittuoso o non delittuoso, doveva essere interpretato come carente di delittuosità²⁹. All'incertezza o meglio all'*arbitrium* del giudice tipico del diritto penale premoderno³⁰, la dottrina canonista rispondeva concedendo al giudice un potere interpretativo *in melius*, potenzialmente in grado di smorzare il rigore espansivo del diritto penale. In tale ottica, dunque, il giudice non poteva essere quella mera «*bouche qui prononce les paroles de la loi*» come auspicava Montesquieu³¹. Ciò perché i canonisti ragionavano sull'antico materiale normativo che per le sue caratteristiche intrinseche necessitava d'interpretazione, mentre gli illuministi guardavano al futuro in una tensio-

²⁸ F. MOTTA, *In causa fidei*, Torino, 2017, p. 151.

²⁹ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum*, cit., sub. *Regula II*, p. 5: «*Actus, qui potest denotare delictum et non delictum, ut carens delicto interpretari debet. l. 51. ff. pro socio. l. 4. §. docere. 12. ff. de vi bon. rapt.*».

³⁰ M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

³¹ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Londra, 1777, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, p. 327.

ne ideal-politica riformista ancor'oggi non compiutamente realizzata, volta utopicamente a eliminare, ma più realisticamente a ridurre l'oscurità delle leggi e, di conseguenza, la loro interpretazione³².

La *benignior interpretatio*, in sostanza, era un principio capace di sciogliere i dubbi interpretativi, che indirizzava i giudici in una direzione imposta dai precetti cristiani. Si profila così un'intima connessione dell'interpretazione benevola con la teoria del probabilismo³³ nella teologia morale³⁴, al fine di delimitare quella che con linguaggio moderno potremmo definire la ragionevolezza del dubbio interpretativo, onde impedire un ingiustificato lassismo che si realizzerebbe se, viceversa, si attribuisse rilievo a qualsiasi dubbio. Il probabilismo, infatti, forgiava un principio universale secondo il quale, quando il confine dell'obbligatorio appariva incerto, bisognava favorire la libertà di coscienza rispetto alla legge. La ragionevolezza del dubbio che legittimava la libertà dell'agire, secondo tale teoria, si aveva quando l'ipotesi più favorevole fosse probabile, ancorché l'altra sfavorevole fosse più probabile. In altri termini, nell'incertezza prevaleva sempre la libertà, purché suffragata da un parere autorevole in grado di conferire 'probabilità' o serietà all'ipotesi – oggi potremmo dire ragionevolezza – escludendo così i pretesti temerari o le ragioni meramente ap-

³² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1981, §§ IV-V, pp. 68-71.

³³ Per un'efficace e sintetica esposizione del probabilismo nel pensiero antico, cfr. voce *Probabilismo*, in *Dizionario di filosofia*, Treccani, on line. Per l'epoca medioevale, G. PRETI, *Dialettica terministica e probabilismo nel pensiero medievale*, in *La crisi dell'uso dogmatico della ragione*, a cura di A. BANFI, Roma, 1953, pp. 61-97. Per una recente e ampia ricostruzione storica del probabilismo della prima età moderna e delle sue implicazioni teologiche, intellettuali e culturali, si rinvia a S. TUTINO, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism. A History of Probabilism*, Oxford, 2017.

³⁴ In tema, A. BERNAREGGI, *La personalità scientifica di Francesco Suarez*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 1919, pp. 6-36. Più recentemente, E. COLOMBO, *Contro il probabilistico sistema: lettere di Gaetano da Bergamo a Pietro Ballerini (1734-1738)*, in *Rivista di storia della Chiesa in Italia*, 2008, pp. 81-111. Sul probabilismo in generale si rinvia a S. MORINI, *Probabilismo. Storia e teoria*, Milano, 2003, *passim*.

parenti³⁵. Da ciò discendevano le tesi fondamentali con le quali si concludeva uno dei più noti trattati sulla coscienza morale: «*Lex dubia non obligat*» e «*Lex incerta non potest certam obligationem inducere, quia hominis libertas anterius ad legis obligationem possidet*»³⁶.

A dispetto della sua denominazione, il probabilismo era considerato uno strumento di certezza, non perché tramutava il probabile in certo, ma perché illuminava le coscienze in modo da chiarire il confine del lecito tutte le volte in cui v'erano ragioni serie a favore della libertà, senza eliminare necessariamente i dubbi speculativi³⁷. In sintesi: l'atto era lecito se fosse fondato su ragioni 'probabili', pur se la speculazione non risolveva tutti i dubbi che militavano contro la libertà³⁸.

Anche in questo caso erano evidenti le implicazioni teologiche di una teoria basata sulla libertà donata all'uomo da Dio, che non poteva essere limitata con l'imposizione di un obbligo morale, prima che giuridico, tutte le volte in cui tale supposto obbligo non fosse comprovato dalla carenza di serie ragioni a favore della libertà³⁹. Contro il più rigoristico 'leggismo', il probabilismo insegnava che non si è «tenuti a seguire la volontà materiale di Dio», cioè la verità oggettiva che non sia ben conoscibile all'uomo, ma che deve seguirsi «solamente la volontà formale, cioè quella che è manifestata». Né d'altronde l'equi-probabilità che la legge esistesse o no era sufficiente affinché la legge si ponesse come volontà formale di Dio: «Insegna S. Tommaso, così egli, che la legge per obbligare deve esser certa e manifesta con certa scienza»⁴⁰. Il probabilismo, per que-

³⁵ A.M. DE' LIGUORI, *Istruzione e pratica per un confessore*, Venezia, 1761, p. 18; ID, *Dell'uso moderato dell'opinione probabile*, Napoli, 1765, p. 254.

³⁶ A.M. DE' LIGUORI, *Theologia Moralis*, tomo I, Roma, 1767, pp. 11 e 16.

³⁷ A.M. DE' LIGUORI, *Risposta apologetica ad una lettera d'un religioso circa l'uso dell'opinione egualmente probabile*, in *Confessore diretto per le confessioni della gente di campagna*, Venezia, 1764, pp. 506-510.

³⁸ M. D'HERBIGNY, *La théologie du révélé*, Parigi, 1921, p. 230.

³⁹ A.M. DE' LIGUORI, *Istruzione*, cit., pp. 20-23.

⁴⁰ A.M. DE' LIGUORI (1764), *Corrispondenza speciale*, *Lettere III*, Roma, 1890, pp. 525-527. Sul probabilismo nell'opera di de' Liguori, si veda D. CAPO-NE, *Dissertazioni e note di S. Alfonso sulla probabilità e la coscienza dal 1764 al 1769*, in *Studio moralia*, II, Roma, 1964, pp. 89-155.

sta via, tendeva a raggiungere un bilanciamento tra un lassismo volto a dare rilievo a qualsiasi minimo dubbio capace di liberare l'uomo da ogni legame morale, e un tuziorismo che risultava troppo rigoroso nel momento in cui negava rilevanza alle 'ragionevoli' opinioni diverse⁴¹. Ciò, sia quando il dubbio fosse caduto sul diritto, sia allorché avesse avuto ad oggetto il fatto⁴².

Il tema dell'interpretazione benevola fu approfondito anche dalla teologia morale dell'800, pure sotto il particolare profilo della formazione della coscienza quando il dubbio sull'illiceità dell'azione era causato da un dubbio sulla legge positiva. Tra le diverse categorie di tale dubbio, si annoverava quello che si ha quando «interviene nella legge tal difetto di esposizione, pel quale non appar chiaramente che certi casi siano contemplati in essa»⁴³. Dunque, nel momento in cui il vizio delle leggi positive «giace nell'oscura loro esposizione», il dubbio s'incarna nella domanda «se un caso sia compreso nella esposizione

⁴¹ Il probabilismo fu fortemente avversato del giansenismo, secondo cui l'obbligazione morale poteva essere superata solo se fosse assolutamente certa l'opinione in favore della libertà. Anche tra i moralisti cattolici si ebbe una reazione in senso rigoristico, così il probabilismo fu censurato dai teologi della Scuola di Lovanio e fu avversato anche da Pascal nelle c.d. *Provinciales*. Dopo la condanna del rigorismo giansenista da parte di Innocenzo X nel 1653, i teologi probabilisti (soprattutto gesuiti) si trovarono contrapposti a quelli probabilioristi (prevalentemente domenicani), per i quali ultimi, nel dubbio tra la liceità e l'illiceità di un'azione, si doveva necessariamente scegliere quell'opinione che avesse un maggiore grado di probabilità. Per tentare di conciliare quest'opposizione sorse l'equiprobabiliorismo, secondo cui era lecito scegliere tra l'osservanza o meno della legge se le opinioni a favore o contro avevano un eguale grado di probabilità. Per la contesa tra probabilisti e rigoristi, modernamente v. D. PASTINE, *Juan Caramuel: probabilismo ed enciclopedia*, Firenze, 1975; G. DE ROSA, *Chiesa e religiosità dalla crisi del probabilismo al rigorismo neotrentino*, in *Classi sociali e fermenti culturali (1650-1760)*, a cura di L. DE ROSA, L.M. ENCISO RECIO, Napoli, 1997, pp. 91-102. Sul giansenismo, fondamentale A.C. JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Bari, 1928.

⁴² C.M. NAGLE, *Giving Due Emphasis to the Human Person in Catholic Moral Teaching*, in *The Australasian Catholic Record*, 2013, p. 59: «*The principle of Probabilism states that you cannot bind people to observance when there is a doubt of law or a doubt of fact*».

⁴³ A. ROSMINI, *Filosofia della morale*, III, *Trattato della coscienza morale*, libro III, in *Opere*, XI, Napoli, 1844, p. 213.

della legge» e – non potendolo sciogliere ricorrendo al legislatore – ad essere dubbia è «l'esistenza stessa della legge» che, per tale ragione, «non ha forza obbligante. Non basta che il caso sia probabilmente racchiuso nella legge, dee esservi contenuto con certezza, o almeno con una somma probabilità atta a produrre il pieno assenso opinativo»⁴⁴.

Anche nel pensiero del XIX sec., dunque, era ben saldo il probabilismo fondato sulla massima *in poenis benignior est interpretatio facienda*, riferibile ad «una legge positiva dubbia in sé stessa», a prescindere dall'altro caso in cui il dubbio derivasse «da una nostra ignoranza e non dalla legge stessa»⁴⁵. Si difendeva, così, la parte «vera» del probabilismo ingiustamente censurata, cercando di distinguerla dalle altre «false», confusione generata dal «troppo largo significato della parola *opinione*» che andava invece ben specificato in base all'oggetto dell'opinione stessa. La parte 'vera' del probabilismo, dunque, era considerata quella «che ha per oggetto l'incertezza della legge in sé stessa, cioè l'incertezza della legge per vizio ad essa legge intrinseco. Indi è venuta la conseguenza, che non solo noi non siamo obbligati in tali casi di seguire l'opinione egualmente probabile a favore della legge, ma né anco la più probabile. Conciossianché fino a tanto che ci resta un fondato dubbio di vizio intrinseco alla legge, la legge non esiste e non obbliga, foss'anco più probabile che questo vizio che annulla la legge ci avesse»⁴⁶.

4. *L'interpretatio benevola nelle codificazioni canoniche dell'età contemporanea*

L'interpretatio benigna è giunta così alla prima codificazione canonica, quella del 1917, carica del bagaglio di dottrina morale e giuridica che per secoli l'ha accompagnata. Il

⁴⁴ *Ivi*, pp. 216-218.

⁴⁵ *Ivi*, pp. 224-229, anticipava le categorie dell'ignoranza colpevole vincente e incolpevole invincibile.

⁴⁶ *Ivi*, pp. 219-220. Per un'analisi del probabilismo nelle opere di Rosmini, G. MATTAI, *Antonio Rosmini e il probabilismo*, Torino, 1951.

can. 2219 del Codice pio-benedettino, infatti, al § 1 consacrava nuovamente la formula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*», riprendendola pedissequamente dalla *regula iuris XLIX* del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII e, dunque, dal *Corpus Iuris Canonici*⁴⁷. Il § 3, invece, aggiungeva il divieto di estendere la fattispecie a casi analoghi, anche se vi fossero uguali o maggiori ragioni a favore della punizione⁴⁸. Il can. 19 inoltre, come disposizione più generale, imponeva l'interpretazione *stricta* in materia penale⁴⁹. Dunque, non solo stretta, ma anche benevola doveva essere l'interpretazione delle *leges quae poenam statuunt*. L'interpretazione stretta, del resto, sembrava di per sé benevola perché riduceva la possibilità che la pena fosse applicata o ne conteneva la misura, concependo per benevola quell'interpretazione che favoriva l'accusato, dato che si supponeva che la sua volontà fosse opposta alla pena. La dottrina, inoltre, non aveva incertezze nell'applicare l'interpretazione stretta più benevola sia al dubbio di fatto, sia a quello sul diritto⁵⁰.

La lunga preparazione del nuovo Codice canonico latino avviata negli anni '60, in un primo momento trascurò alcune delle principali implicazioni del principio di legalità penale, al punto che lo schema di revisione del Libro V originaria-

⁴⁷ In generale, sui canoni interpretativi prima del nuovo Codice canonico del 1983, si veda J.A. CORIDEN, *Rules for Interpreters*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 1982, pp. 277-303.

⁴⁸ «*Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, quamvis par adsit ratio, imo gravior, salvo tamen praescripto can. 2231*». Il can. 2231 disciplinava la pena per i concorrenti nel delitto; sul punto, G. SPECIALE, *Il can. 2209 del Codex iuris canonici del 1917: appunti sulla disciplina del concorso di persone nel reato dal ius commune ai codici*, in *Historia et ius*, 2018, pp. 12-13.

⁴⁹ «*Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*». Per un commento si rinvia a E. ROELKER, *The Strict Interpretation of Law*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 1950, pp. 9-34.

⁵⁰ L.M. DOMINGUEZ, *Comentario al can. 2219*, in *Código de derecho canónico y legislación complementaria*, a cura di L.M. DOMINGUEZ, S. ALONSO MORAN, M. CABREROS DE ANTA, Madrid, 1980, p. 913; T. GARCÍA BARBERENA, *Comentario al can. 2219*, in *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, a cura di M. CABREROS DE ANTA, A.A. LOBO, S. ALONSO MORAN, Madrid, 1964, p. 293.

mente non riproduceva il divieto di estensione analogica del can. 2219⁵¹, verosimilmente per la ragione che le norme penali erano da considerarsi norme volte al bene pubblico e, quindi, non di per sé ‘odiose’, ma favorevoli e dunque da applicare non restrittivamente⁵². Sebbene detto divieto sia stato poi confermato e introdotto nel *Codex* del 1983 (can. 19) insieme alla necessità della stretta interpretazione delle norme penali (can. 18)⁵³, nel Codice latino oggi vigente manca proprio quella disposizione che invece nel Codice del 1917 imponeva la *benignior interpretatio*⁵⁴. Ciò, forse, perché l’interpretazione stretta e quella benevola sarebbero concetti sovrapponibili, cosa che, invece, per come si vedrà non sembra esser propriamente tale⁵⁵.

Va ricordato, comunque, che anche il Codice del 1983 al can. 14 ha confermato l’antica massima secondo cui «*leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent*», proveniente dalla rievocata teologia morale. Dunque, il dubbio di diritto, non meramente soggettivo, rende la legge non cogente in quanto un comando equivoco, in realtà, inficia la stessa promulgazione della legge giacché con essa non può venir reso noto altro che ciò che la legge per sé oggettivamente

⁵¹ J. ARIAS-GÓMEZ, *El principio de legalidad en la reforma del libro V del CIC*, in *Ius canonicum*, 1978, pp. 291-318, spec. p. 298 e p. 317. Recentemente, sul principio di legalità penale nel sistema canonico, v. G. SCIACCA, *Princípio di legalità e ordinamento canonico e suoi riflessi nel diritto penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 25 marzo 2019.

⁵² Per la confutazione della tesi secondo cui tra le leggi favorevoli rientrebbero anche quelle penali perché introdotte per il bene pubblico, si veda P. FELICI, *Una questione elegante: favorevole o odiosa la norma penale?*, in *Communicationes*, 1978, pp. 273-280. Sul tema, più recentemente, D.G. ASTIGUETA, *La legge penale più favorevole (can. 1313)*, in *Periodica de re canonica*, 2007, pp. 183-248.

⁵³ Nella manualistica, G. GHIRLANDA, *Il diritto della Chiesa*, Cinisello Balsamo (MI), 2000, pp. 475-476.

⁵⁴ Sulla conferma nel Codice del 1983 del divieto d’analoga e del criterio dell’interpretazione stretta, si veda *Ex actis Pontificiae Commissionis Codici iuris canonici recognoscendo*, in *Communicationes*, 1991, 2, pp. 157-158.

⁵⁵ Per una disamina generale della presunzione d’innocenza nel sistema canonico, si veda A.S. SÁNCHEZ-GIL, *Il principio ‘in dubio pro reo’ nel diritto penale canonico*, cit., pp. 631-650.

esprime, in definitiva valendo ancora l'antico adagio secondo cui *lex dubia non obligat*⁵⁶.

Che l'interpretazione più favorevole e quella stretta siano concetti non sempre coincidenti, appare dimostrato implicitamente dal *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990 che, più attento a richiamare gli antichi canoni e confermando i principi del Codice del 1917, nel can. 1404, § 1 ha mantenuto l'antica formula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*» e, al § 2, ha specificato il divieto d'interpretazione estensiva in materia penale, mentre al can. 1500 ha pure ribadito che le «*leges, quae poenam statuunt [...] strictae interpretationi subsunt*»⁵⁷. Orbene, se la *benignior interpretatio* e quella *stricta* esprimessero un concetto identico, sia il Codice del 1917, sia il Codice orientale del 1990 sul punto avrebbero replicato una norma, quella sull'interpretazione benevola, in maniera ridondante e, quindi, superflua, ingenerando la confusione tipica di quei casi in cui il legislatore ripete disposizioni del tutto sovrapponibili. Il primo Codice canonico per i fedeli orientali, d'altronde, ha beneficiato dell'esperienza delle due precedenti codificazioni latine e, dunque, ha avuto l'opportunità di apportare correzioni e miglioramenti alla luce delle stesse⁵⁸. Queste ragioni hanno spinto a prestare molta attenzione al Codice dei canoni delle Chiese orientali e a conferirgli particolare considerazione nello studio del sistema canonico, in quanto parte integrante di un unico *Corpus iuris canonici*⁵⁹. Tanto che, appunto a proposito dell'*interpretatio benevola*, è stato auspicato l'utilizzo del can. 1404 del Codice

⁵⁶ O. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Milano, 1935, p. 58.

⁵⁷ Il can. 1496, inoltre, come il Codice del 1983, riafferma anche il principio secondo cui la legge dubbia, non obbliga.

⁵⁸ B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Venezia, 2014, p. 69; P. SZABÓ, *Tradizioni orientali e codificazione orientale*, in *Ius ecclesiae*, 2017, pp. 635-658.

⁵⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso di Giovanni Paolo II in occasione della presentazione del Codice dei canoni delle Chiese orientali*, 25 ottobre 1990, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1991, nn. 4 e 8, pp. 488 e 490; la versione in lingua italiana del discorso è consultabile all'indirizzo internet www.vatican.va.

orientale per integrare quello latino, essendo il principio parte essenziale della tradizione canonica⁶⁰.

5. *Dalla modernità dell'antica benignior interpretatio all'immaturità efficientista del sistema penale italiano*

Il sistema penale canonico considerato nel suo complesso, alla luce di quanto s'è detto sinora, ancora oggi riflette una serie di principi generali e norme cogenti risalenti alla tradizione più antica, secondo cui nel diritto penale, nel dubbio oggettivo di diritto, deve essere scelta l'opzione interpretativa più favorevole all'inculpato, in maniera simile alla *rule of lenity* del sistema statunitense⁶¹. La teologia morale del probabilitismo ha dato pure delle imprescindibili indicazioni su come ancora oggi si possa intendere il dubbio 'ragionevole' di diritto: in primo luogo, sarà un dubbio che cade sulle caratteristiche intrinseche e oggettive delle norme e non derivante da un'ignoranza puramente soggettiva; in secondo luogo, la ragionevolezza del dubbio sulla *quaestio iuris* dipenderà dalla serietà e autorevolezza dell'ipotesi interpretativa alternativa, senza che questa debba essere necessariamente la più 'probabile', nel senso di più accreditata⁶².

Comparando ciò col sistema penale italiano, emerge che nello stesso, né a livello costituzionale, né codicistico, esistono delle norme che espressamente riconoscano l'interpretazione

⁶⁰ J.B. McGRATH, *The glossa ordinaria*, cit., pp. 352-353; J.B. HESCH, *Lack of due discretion*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 1992, p. 734, nt. 42.

⁶¹ Sulle origini della regola della 'lenità' negli USA, sul suo fondamento costituzionale e sulle concrete applicazioni giurisprudenziali, tra i tanti, A. SCALIA, *A matter of interpretation*, Princeton, 2018; S. HOPWOOD, *Clarity in Criminal Law*, in *American Criminal Law Review*, 2017, pp. 695-750; Z. PRICE, *The rule of lenity as a rule of structure*, in *Fordham Law Review*, 2004, pp. 885-942; B.C. KARKKAINEN, "Plain Meaning": Justice Scalia's Jurisprudence of Strict Statutory Construction, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1994, p. 401 ss.; W. POPKIN, *Law-Making Responsibility and Statutory Interpretation*, in *Indiana Law Journal*, 1993, p. 865 ss.

⁶² V. *supra*, § 3.

benigna, sebbene la stessa sia stata considerata – di certo in maniera non diffusa – alla stregua di una diretta implicazione dei principi costituzionali in materia penale⁶³. Mentre altri sistemi penali laici hanno codificato il principio dell'interpretazione stretta, come quello francese⁶⁴, nei sistemi sovranazionali si trovano norme che oltre a formalizzare tale criterio ermeneutico, militano più propriamente anche verso il modello dell'interpretazione benevola. È il caso dell'art. 22, co. 2, dello Statuto della Corte penale internazionale, nonché dell'art. 6, co. 2, della Direttiva dell'Unione europea n. 2016/343 in tema di presunzione d'innocenza, secondo cui «gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato»⁶⁵.

La tradizione modernamente maturata nel sistema penale italiano, invece, ammette com'è noto l'interpretazione estensiva, tentando di distinguerla da quella analogica che sarebbe l'unica vietata⁶⁶. Le tendenze nella penalistica italiana sono autorevolmente volte verso l'esigenza politico-criminale di sottrarsi alla *stricta* interpretazione poiché, altrimenti, il si-

⁶³ La tesi è argomentata in M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di P.B. HELZEL, A.J. KATOLO, Padova, 2012, p. 99 ss.

⁶⁴ Art. 11-4 *code pénal*: «*La loi pénale est d'interprétation stricte*». Su tale norma, a livello manualistico, J. LEROY, *Droit pénal général*, Parigi, 2020, p. 56. V. inoltre, J.-C. SAINT-PAU, *L'interprétation des lois*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, 2, pp. 273-285.

⁶⁵ In tema, sia permesso il rinvio a M. CATERINI, *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Politica del diritto*, 2018, pp. 327-226.

⁶⁶ Per la tradizionale distinzione tra interpretazione estensiva e analogica, si rinvia a M. BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, *passim*, spec. p. 80 ss. Sulla perdita di effettivo significato del tradizionale distinguo tra interpretazione restrittiva, estensiva e analogica, si vedano W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007, *passim*, spec. p. 152 ss; Id., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 190 ss.

stema si arresterebbe in una rigorosa fissità concettuale, storicamente impensabile e socialmente falsa⁶⁷.

I tempi non sembrano tanto maturi, perciò, per emulare i principi in tema di *stricta interpretatio* rinvenienti nel sistema penale canonico, luogo di sedimentazione d'imprescindibili norme che, a dispetto della loro vetustà, conservano un'estrema modernità. Ancora meno maturi sembrano i tempi in Italia per una consacrazione legislativa esplicita del criterio della *benignior interpretatio*, il quale custodisce una sua autonomia rispetto a quello dell'interpretazione restrittiva. Infatti, non è sempre detto che l'interpretazione stretta sia la più favorevole per l'imputato. È stato osservato, in realtà, che in alcuni casi il giudice penale allorché tenda, tra i possibili, verso i risultati ermeneutici più sfavorevoli, dovrebbe adottare una filosofia interpretativa rigida, sterile, per nulla creativa, limitando il significato delle norme al loro nucleo di significanza testuale, evitando opzioni ermeneutiche elastiche capaci di ampliare la risposta punitiva. Al contrario, quando l'ermeneutica, in base ai principi sovraordinati, può volgere verso esiti idonei a minimizzare l'area del penalmente rilevante, l'attività del giudice dovrebbe aprirsi a opzioni interpretative più flessibili, più duttili, più feconde, che si possono proiettare pure oltre il nucleo di significanza testuale della singola norma incriminatrice per aprirsi verso opzioni metatestuali suggerite da principi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori⁶⁸. In quest'ultimo caso si può realizzare quel fenomeno ove l'interpretazione più elastica anziché coincidere come sovente avviene con quella più sfavorevole, corrisponde invece a quella più favorevole la quale, comunque, dovrebbe imporsi in ragione del principio dell'*interpretatio benevola*.

⁶⁷ Sull'inopportunità politico-criminale di restringere l'interpretazione al solo 'nucleo centrale' della norma ed escluderne l'alone marginale', si veda F. PALAZZO, *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 531; Id., *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato*, 2001-2002; nonché Id., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 280.

⁶⁸ Sia consentito il rinvio a M. CATERINI, *Il giudice penale come Janus bifrons: un auspicabile "strabismo" interpretativo*, in *Politica del diritto*, 2017, p. 163 ss.

La secolarizzazione del diritto penale pare avere invece congedato le radici romanistiche, canoniche e teologiche del ragionevole dubbio che, storicamente, sono nate e hanno attecchito soprattutto nel dubbio *in iure*, mentre oggi solitamente il discorso sul ragionevole dubbio è pressoché del tutto esaurito nella *quaestio facti*. Non essendo possibile ripercorrere qui neppure per sommi capi le tante implicazioni di tutto ciò, ci si può limitare a ricordare la posizione della giurisprudenza italiana di legittimità a proposito dell'applicabilità del principio d'irretroattività all'interpretazione giurisprudenziale sopravvenuta sfavorevole (c.d. *overruling in malam partem*). Prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte EDU che non ammette l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale laddove il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui è stata realizzata la condotta⁶⁹, la Corte di Cassazione è concorde nel sostenere che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e di conseguenza – sempre la Cassazione – in tali casi nega che si tratti di una forma di retroattività della relativa regola di fonte giurisprudenziale⁷⁰.

Lasciando da parte molte altre possibili considerazioni, ma limitandoci a ricordare quanto prima scritto a proposito della teoria del probabilismo, è evidente che qualora nel sistema penale italiano fosse implementato formalmente il criterio della *benignior interpretatio*, le soluzioni dell'*overruling in peius*

⁶⁹ Corte EDU, 22 novembre 1995, sentenze S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito; e 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. In tema, per tutti si rinvia a M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 346 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. PALIERO, S. MOCCHIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSEIRO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, Napoli, 2016, p. 214 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1064 ss.

⁷⁰ Recentemente, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 11 settembre 2020, n. 25944, e ivi altri copiosi precedenti citati, anche delle Sezioni unite.

dovrebbero essere opposte a quelle attualmente disegnate dal giudice di legittimità. Difatti, come s'è visto, se il dubbio sulla *quaestio iuris* deriva da un'opinione seria e autorevole, come potrebbe essere un precedente o un orientamento giurisprudenziale, lo stesso dubbio dovrebbe qualificarsi come ragionevole ed essere sciolto a favore dell'opzione più favorevole all'inculpato, senza neanche il bisogno che detta opzione risulti la più 'probabile', ossia la più accreditata. Non si dovrebbe trattare, dunque, di una mera opinione, magari pretestuosa, ma di un'argomentazione razionalmente collaudata, di una dottrina qualificata, anche se non incontrastata. In tal modo, lo stesso ruolo della dottrina potrebbe essere meno marginale di quello che negli ultimi tempi ha avuto rispetto alla *law in action*. D'altronde e ovviamente, la serietà dell'opzione più favorevole si potrebbe fondare anche su altri precedenti della Cassazione, anche a sezioni semplici, utili a dimostrare la non implausibilità degli argomenti *in melius*. Sembra questa una via adeguata all'integrazione della cultura del precedente con il principio del *favor rei*: una sorta di vincolatività relativa dal *dictum* giurisprudenziale solo se in *bonam partem*, soprattutto se di Cassazione.

Sino a quando non si riuscirà ad allestire un apparato giudiziale impenrito sulla *benignior interpretatio* capace di arginare concretamente l'eccessiva discrezionalità del c.d. diritto vivente, probabilmente suoneranno sempre attuali le parole di Sant'Alfonso de' Liguori: «Mondo ti ho conosciuto. Addio Tribunali»⁷¹.

⁷¹ Frase riportata da A.M. TANNOIA, *Vita di S. Alfonso Maria de Liguori*, Marietti, Torino, 1880, p. 20, pronunciata dal Santo prima di abbracciare il sacerdozio a seguito di una disillusione nella vita forense per una sconfitta giudiziaria.

Abstract

MARIO CATERINI, *In poenis benignior est interpretatio facienda*

Il saggio si occupa dell'interpretazione *in melius* nel diritto penale, prendendo le mosse dall'*in dubio pro reo* dal diritto romano a quello barbarico, per concentrarsi poi sulla *benignior interpretatio* nella canonistica medioevale e sull'*interpretatio benevolia* nella teologia morale del probabilismo dell'età moderna. Il lavoro, inoltre, esamina le implicazioni dell'*interpretatio benigna* nelle codificazioni canoniche del XX secolo, mentre le conclusioni sono affidate alla comparazione col sistema penale italiano.

Parole chiave: dubbio interpretativo, *in dubio pro reo*, probabilismo, *benignior interpretatio*.

MARIO CATERINI, In Criminal Law, The Interpretation More Favorable To The Defendant Must Be Made

The essay deals with interpretation *in melius* in criminal law, starting with *in dubio pro reo* from roman to barbaric law, and then focusing on *benignior interpretatio* in medieval canonistics and *benignior interpretatio* in the moral theology of probabilism of the modern age. In addition, the paper examines the implications of *interpretatio benigna* in the canonical codifications of the 20th century, while the conclusions are entrusted to a comparison with the Italian penal system.

Key words: interpretative doubt, *in dubio pro reo*, probabilism, *benignior interpretatio*.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

Laura D'AMATI, Professoressa ordinaria di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Foggia

Girolamo SCIULLO, già Professore ordinario di Diritto amministrativo, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Filippo VARI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Europea di Roma

Mario CATERINI, Professore associato di Diritto penale, Università della Calabria

Manuel GANARIN, Professore associato di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Saverio GENTILE, Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università Cattolica del Sacro Cuore (sede di Piacenza)

Paolo COTZA, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Cagliari

Francesco Salvatore REA, Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e Diritto canonico, Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Giovanni PARISE, Dottore in Diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce

Ilaria SAMORÈ, Dottoranda di ricerca in Diritto ecclesiastico e Diritto canonico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

INDICE DEL FASCICOLO 1 2023

Miscellanea

<i>Laura D'Amati</i> , La morte e il mare: riflessioni a margine di Cic. leg. 2.22.57	11
<i>Filippo Vari</i> , The Legacy of Rosario Livatino's Legal Thinking.....	39
<i>Mario Caterini</i> , <i>In poenis benignior est interpretatio facienda</i>	51
<i>Saverio Gentile</i> , I magistrati del Tribunale della razza alla Corte Costituzionale: <i>fiat iustitia ne pereat mundus</i>	71
<i>Paolo Cotza</i> , Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al 'dato positivo' (oggetto' e 'riparto').....	103
<i>Francesco Salvatore Rea</i> , Responsabilità penale degli enti religiosi e riforma del terzo settore	165

Rassegne e note

<i>Manuel Ganarin, Ilaria Samorè</i> , Sinodalità, <i>munus legiferandi</i> , scienza canonistica. La comunità scientifica si confronta su due proposte di Costituzione Apostolica	257
--	-----

<i>Recensioni</i>	271
-------------------------	-----

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredata di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredata di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze sociali e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.