

FRANCESCA RUGGIERI

LA CIRCOLAZIONE DI “LIBERO CONVINCIMENTO E GIURIA”
ALL'EPOCA DEL PRIMO CODICE UNITARIO:
GLI EQUIVOCI DI UN TRAPIANTO SBAGLIATO ^(*)

*And the end of all our exploring
Will be to arrive where we started
And know the place for the first time.
T.S. Elliot “Little Gidding”*

SOMMARIO: 1. La problematica circolazione degli istituti giuridici dal sistema anglosassone ai Paesi di *civil law*. – 2. L'oggetto del trapianto. Il giudizio davanti alla giuria in Inghilterra alla fine del XVIII secolo. – 3. La prospettiva continentale nella ricezione dell'*intime conviction*. L'erroneo assunto circa una netta separazione tra fatto e diritto all'epoca della Rivoluzione francese. - 3.1. L'impossibilità di distinguere nettamente tra fatto e diritto nell'esperienza del codice italiano del 1865. – 4. La ricezione della giuria quale simbolo di libertà nell'Assemblea costituente del 1791. - 4.1 Giudici, giurati e principio della divisione dei poteri. – 5. L'ignoranza della “*law of evidence*” e l'abbandono anche del sistema delle prove legali negative. – 6. L'attribuzione del principio dell'*intime conviction* al giudice togato: *ratio* e limiti.

1. *La problematica circolazione degli istituti giuridici dal sistema anglosassone ai Paesi di civil law*

L'analisi di un istituto da tempo scomparso nel nostro sistema giuridico quale è quello della giuria è l'occasione, o meglio costituisce la provocazione, per interrogarsi, sulla scia di un grande studioso della materia¹, su una delle tematiche più attuali del diritto processuale penale: il principio del libero convincimento del giudice.

^(*) Il testo costituisce la rielaborazione della relazione orale tenuta a Milano il 23.6.2011 al seminario *Il diritto delle prove penali dall'Unità d'Italia alla Costituzione Repubblicana*.

¹ Il riferimento è ad ENNIO AMODIO, la cui voce *motivazione* (*Enc.dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977) rappresenta ancora oggi uno dei principali punti di partenza per qualsiasi riflessione in tema di principio di libero convincimento del giudice e che proprio al Convegno di Milano si è chiesto se e in quale misura la connotazione irrazionale che caratterizza il principio nel nostro ordinamento sia riconducibile alle modalità della sua ricezione negli ordinamenti europei di diritto continentale attraverso l'esperienza francese all'epoca della rivoluzione.

È prospettiva usuale, infatti, accostare la storia dell'organo giurisdizionale a composizione laica alle vicende dell'*intime conviction*². Ed è convinzione altrettanto diffusa che il richiamo a quello che è stato anche definito il principio della "prova morale"³ sia approdato nel continente, quando fu abbandonato (e in contrapposizione a) il sistema delle prove legali, proprio a seguito della ricezione della giuria di tradizione anglosassone durante gli anni della Rivoluzione francese⁴.

Nonostante la storia relativamente recente dell'uno e dell'altro istituto, e gli approfondimenti di volta in volta dedicati dalla dottrina ad entrambi, non è stata tuttavia ancora completamente chiarito come mai oggi nel nostro Paese, diversamente dagli ordinamenti di *common law*⁵ l'*intime conviction* si colori di un'aura più meno estesa di irrazionalità⁶. Pacifica la diversa natura del principio in In-

² Emblematicamente cfr. J.H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury in England, France, Germany*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, 33, secondo il quale "under the substitute theory of moral proofs, conviction required the moral persuasion of the trier (conviction intime, freie Beweiswürdigung). This conception of proof had been in effect in England for centuries as a natural result of the use of jury trial. Moral persuasion was the only workable standard of proof in a system of lay adjudication. Laymen could never have mastered the law of proof of the *ius commune*; and, in any event, the purpose of that body of law was to control the professional judiciary".

³ Per tutti, sull'uso di tale espressione cfr. F. HÉLIE, *Trattato della istruzione criminale o teoria del codice di istruzione criminale*, tradotto ed annotato da G. Ruffo, Palermo-Napoli, 1864, vol. II, 443 citando Filangieri: "Filangieri dimostrò più tardi che quella certezza possa soltanto risiedere nella coscienza del giudice; e questo principio, col quale allo edificio dei fatti probanti veniva sostituito il convincimento del giudice, e alla prova giuridica la prova morale, divenne base della riforma delle nostre leggi criminali". Sempre nella citazione di F. HÉLIE, *ivi*, 437, secondo Filangieri la certezza morale, che può essere definita come "lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione che riguarda la esistenza di un fatto che non è passato sopra i nostri occhi..." «è al tempo stesso quella che è più esposta ai pericoli dello errore e colla quale si forma il convincimento del giudice»...

⁴ Cfr. di M. NOBILI, *Il principio di libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, 10 ss. per una panoramica di questa diffusa convinzione. L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbera ed., 1905, 3^a ed. riveduta ed ampliata, § 149, 174-175, parla di prova o certezza razionale, ovvero di *intimo convincimento*, «portato naturale...» del «trapiantarsi nel continente europeo del principio accusatorio e col trionfo delle nuove dottrine filosofiche».

⁵ *Ex multis*, anche per la particolare prospettiva di diritto comparato v. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2000, 101 ss. e *ivi*, in nota 92, a proposito dell'attuale sistema angloamericano là ove, anticipando alcune delle conclusioni di questo lavoro, nota: «domande quali "le prove offerte alla giuria sono dotate di un sufficiente valore cognitivo?", "le istruzioni fornite ai giurati sono adeguate a parametri razionali?" assumono importanza cruciale nella dinamica processuale del sistema americano, ed una valutazione negativa da parte del giudice d'appello in ordine alla razionalità delle scelte effettuate sul materiale probatorio a disposizione del giudice del fatto comporterà una valutazione negativa in ordine alla razionalità della decisione, che verrà quindi posta nel nulla. Il rispetto delle regole probatorie garantisce la razionalità del verdetto immotivato e la loro violazione ne produce, se si tratta di un verdetto di condanna, l'annullamento».

⁶ Emblematico di tale sentire è quanto riferito ancora da M. NOBILI, *op.cit.*, 22 ss. Sul punto

ghilterra e da noi⁷, anche se non è ovviamente possibile in questa sede indagare univocamente ed in via definitiva una simile problematica, uno sguardo alle forme di circolazione di giuria e libero convincimento dal sistema anglosassone al continente nel momento in cui quegli istituti sono “sbarcati” anche nel nostro ordinamento unitario, consente alcune riflessioni rilevanti anche per lo studioso contemporaneo.

Nella prospettiva del comparatista di diritto positivo, che azzarda anche escursioni nell’ottica diacronica dello storico⁸, le ipotesi su cui lavorare sono relativamente poche e chiare. Sull’assunto della odierna e risalente valenza (positiva e, soprattutto razionale) del principio del libero convincimento di fronte alla *Crown Court* e del diverso e contrapposto valore del principio nel nostro Paese (tendenzialmente negativo e percepito come un criterio il più delle volte irragionevole) si devono approfondire almeno quattro aspetti.

Si deve capire se la diversa caratterizzazione del (medesimo) principio sia o meno una conseguenza della trasposizione o trapianto⁹, alla fine del XVIII secolo nell’ambito del diritto continentale di istituti tipici della tradizione anglosassone: e quindi, anzitutto, mettere a fuoco la disciplina allora prevista a questo proposito nella terra di Shakespeare¹⁰ (*infra*, § 2). Si deve quindi comprendere se l’oggetto,

di recente v. anche F. CAPRIOLI, *La disciplina delle prove penali nel codice del 1913: un modello “empiricamente” reazionario?*, in *La Corte d’Assise* n. 2, 2011, 512 e 514, per la ricostruzione della circolazione e trasformazione del principio nel secondo codice repubblicano, nonché G. DELLA MONICA, *La parabola del libero convincimento*, in *La prova penale*, a cura di A. GAITO, Torino, Wolte Kluwer, 2008, 284 ss.

⁷ Cfr. ampiamente M. NOBILI, *ult. loc. cit.*

⁸ Sulle differenze e le analogie tra l’attività del comparatista e quella dello storico cfr. tra molti gli ormai classici lavori di G. GORLA (*Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*) in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè 1981, 876 ss.), V. DENTI (*Diritto comparato e scienza del processo*, in AA.VV. *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, 201 ss.) e A. PIZZORUSSO (*La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, *ivi*, 59 ss.). Più di recente cfr. R. ZIMMERMANN, *Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsdogmatik, Beitrage zum 32 Deutschen Rechtshistorikertag in Regensburg, Sonderheft der ZEuP, Zeitschrift für Europaisches Privatrecht*, 1999, 494 ss. e *ivi*, 513 ss. anche M. REIMANN, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte in Dialog*. La circostanza di studiare un fenomeno in prospettiva diacronica (e sincronica con riferimento dagli ordinamenti stranieri) senza ovviamente possedere tutti gli strumenti dello storico segna necessariamente la tipologia delle fonti utilizzate: soprattutto studi dottrinali, di storici del diritto o di comparatisti contemporanei (KÜPER, LANGBEIN, LIEBER, NOBILI, PADOA-SCHIOPPA) o del tempo (BORSANI, CASORATI, HÉLIE, MITTERMAIER).

⁹ Su questo concetto, oggetto di diverse riflessioni nei recenti studi di diritto comparato cfr. tra i molti M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 45 (2004), 29 e ss. e M. DAMAŠKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *The Americ.Journ.of Comparative Law*, 1997 (vol. 45), 839 e ss.

¹⁰ È proprio questo il proposito di J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury*, cit., 13

così ricostruito, sia stato o meno correttamente compreso dagli studiosi di *civil law* impegnati nella ricezione dell'ostico sistema inglese (*infra* § 3 e 3.1). Sulla base della risposta negativa a questa domanda, ci si deve interrogare sulle modalità di circolazione sul continente di istituti comunque in parte diversi da quelli originari del sistema anglosassone (*infra*, §§ 4 e 4.1.) e abbozzare, sulle risultanze di queste iniziali problematiche, alcune riflessioni sul significato del regime probatorio di fronte ai giudici laici ed a quelli togati (*infra*, § 5) nonché, in conclusione, sull'attribuzione – appunto tutta continentale- del criterio di valutazione del libero convincimento al giudice togato (*infra*, § 6).

Lo studio delle prime questioni consente di individuare almeno un errore di fondo nell'iniziale trapianto del giudizio in capo a laici dall'ordinamento anglosassone al sistema francese. L'approfondimento successivo permette di ipotizzare limiti e fraintendimenti di una circolazione improntata pressoché esclusivamente a considerazioni di prestigio piuttosto che a scelte di carattere giuridico, e, conseguentemente, di proporre qualche (timida) riflessione sulla deriva del principio del libero convincimento e, con esso, del nostro diritto probatorio.

2. *L'oggetto del trapianto. Il giudizio davanti alla giuria in Inghilterra alla fine del XVIII secolo*

Come già osservava il grande studioso e comparatista Mittermaier, ogni legislatore mira ad assicurare la certezza della ricostruzione dei fatti o attraverso la qualità e il numero dei giudicanti o mediante regole che indirizzino le modalità di formazione del convincimento: nel primo caso scegliendo tra un corpo giudicante laico o giudici professionisti; nel secondo optando tra un sistema di prove legali ovvero una valutazione libera delle prove¹¹.

Secondo quanto si avrà modo di osservare, non vi è necessariamente un rapporto biunivoco tra le ipotesi dell'una e dell'altra alternativa: non vi è cioè una dipendenza necessaria tra laici e libero convincimento da un lato e togati e prove legali dall'altro. All'epoca della Rivoluzione francese, tuttavia, il sistema anglosassone, prospettando un giudizio penale ad opera di giudici non professionisti, che avrebbero dovuto decidere secondo il proprio intimo convincimento sem-

e 14 per la sintesi delle diverse parti dell'articolo, che ricostruisce struttura, fasi e composizione della giuria inglese all'epoca della Rivoluzione francese, in particolare sulla base dei *Reports dell'Old Bailey* ovvero della principale corte penale inglese, con sede a Londra, di quel periodo (*ivi*, 19).

¹¹ C.J.A. MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*, J.W. Heyer's Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, 76.

brava offrire una alternativa al diverso modello continentale di un giudizio ad opera di professionisti, nel rispetto di un rigido sistema di regole probatorie predeterminate dal legislatore.

A quell’epoca, la giuria anglosassone, trasformatosi ormai i laici “*self-informing*”¹² dagli originari testimoni che si informavano degli illeciti compiuti nel proprio territorio nei membri della corte di merito¹³, godeva di ampi poteri di ricostruzione e di valutazione del fatto sottoposto alla sua attenzione¹⁴ nel dibattimento (*trial*), pubblico e, soprattutto, orale¹⁵. Tale caratteristica, particolarmente apprezzata nell’ottica del diritto continentale¹⁶, si accompagnava ad una *pretrial procedure* in quel periodo sostanzialmente nella mani private¹⁷, volta a raccogliere

¹² N. LIEBER, *Schöffengericht und Trial by Jury. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entstehung, gegenwärtigen Praxis und möglichen Zukunft zweier Modelle der Laienbeteiligung am Strafverfahren in Europa*, Dunkler & Humblot, Berlin, 2010, 90 ove sottolinea come nel XVIII secolo la discussione sull’estensione del sindacato in tema di diffamazione a mezzo stampa (*sedition libel*) dei giurati non riproducesse l’ormai risalente (e in parte composto) conflitto tra fatto e diritto ma si ascriveva proprio nell’ambito della cognizione di fatto dei giurati. Cfr. soprattutto l’ampia ricostruzione effettuata da T.A. GREEN, *The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution* in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury*, cit., 44 ss. anche per le modifiche del ruolo dei giurati da soggetti *self-informing* ovvero da soggetti volti a ricercare ed a costituire essi stessi prova a giudici nel senso odierno, a seguito della affermazione della funzione accusatoria e in senso lato istruttoria del *justice of the peace* nel XV e XVI secolo.

¹³ Cfr. J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 22 che, a proposito delle medievali “*jury of accusation*” or “*jury of presentment*” precisa tra l’altro: «*in the system instituted after the Assize of Clarendon in 1166, presentment juries were assembled periodically from each community (hundred). Royal judges on circuit placed the jurors under oath and required them collectively to report whether they suspected any of their neighbors of crimes. When the jurors accused (“presented”) someone of an offense, he had to stand trial-originally by ordeal, later by jury (that is, by trial jury, also called the petty jury to distinguish it from the grand jury). The presentment system was based on the idea that in small and static communities (mostly rural and engaged in the highly interdependent form of medieval agriculture known as the open field system, a jury of neighbors would already possess information about crimes committed*»). Cfr. anche T. A. GREEN, *loc. cit.*

¹⁴ Secondo F. HÉLIE, *Trattato della istruzione criminale o teoria del codice di istruzione criminale*, nella trad. ital. con annotazioni di L. SAMPOLO, Palermo-Napoli 1869, vol. IV, 363 «*Da più secoli è principio in questa legislazione [inglese] che i giurati sono giudici supremi dei processi, e il loro verdetto è una vera sentenza, che per la formula guilty or not guilty essi abbracciano il fatto e il diritto e pronunziano su tutte le questioni che solleva l’accusa*».

¹⁵ Per le diverse fasi del dibattimento (*case for the prosecution, for the defence*), durante il quale, in assenza di una stabile figura di legale, era il giudice togato a condurre l’esame dei testi v. J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 29 ss. Risale ai primi trenta anni del XVIII sec. l’affermazione della presenza di un difensore per l’accusato e quindi la nascita del processo accusatorio nel senso di contraddittorio: N. LIEBER, *op.cit.*, 84-85.

¹⁶ Come osserva J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 31, “*perhaps no attribute of eighteenth-century English criminal jury trial made so great an impression upon European observers as the orality of the proceedings*.” E ancora, *ivi*, 32: «*Europeans saw in orality a safeguard against political subservience and bias in the professional magistracy*».

¹⁷ J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 19 ss. anche per lo sviluppo di organi

le prove che sarebbero state poi presentate al giudizio. Non pare avventato sostenere a questo proposito che il principio dell'oralità si è affermato proprio per la mancanza di una istruttoria scritta e di organi istruttori pubblici¹⁸.

La corte era composta da dodici giurati¹⁹ e da un giudice togato. Benché sia famosa e citata ovunque la frase di Sir Edward Coke che già nel 1620 precisava che “*ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem juris non respondent juratores*”²⁰, la distinzione tra le funzioni dei primi e il ruolo del secondo non era affatto netta, né allora né soprattutto nel XVIII secolo, quando la discussione su fatto e diritto, sul ruolo dei giurati come *law finder* o *fact finder*²¹ era particolarmente accesa²².

Il rapporto tra i laici, esponenti delle esigenze dei nuovi strati sociali più sensibili ai nuovi diritti, ed i togati era improntato anzitutto a considerazioni in senso lato politiche. Alla fine del XVIII secolo giurati e giudice si confrontavano sia nel controllo del secondo attraverso il governo delle regole probatorie (tra cui l'*hearsay*)²³, sia, sempre più spesso, nell'affermazione dei primi nelle decisioni volte a mitigare le spesso non condivise gravi sanzioni penali.

Il giudice togato, che conduceva il dibattimento ed a cui spettava ogni deci-

pubblici di accusa (l'istituzione dei *bobbies*, ovvero della famosa polizia metropolitana londinese, ad esempio, risale a 1829), in particolare con riferimento al ruolo del *Justice of the peace* (JPs).

¹⁸ È l'opinione di J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 32.

¹⁹ J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 24 ss. per la selezione e i requisiti richiesti per farne parte.

²⁰ E. COKE, *First Part of the Institutes of the Laws of England, or Commentary upon Littleton*, London 1628, 155 b, citato tra i molti da J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial The trial jury*, cit., 44 ss., 34, da C.G.A. MITTERMAIER *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, in Zusammen mit dem politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in der Einzelheiten der Rechtsübung*, Erlangen, von Ferdinand Enke, 1851, 370, sub nota 32 (“*ad quaestione facti non respondent iudices, and matters in law the judge ought to decide and discusse, ad quaestionem juris non respondent juratores*”) e, in Italia, da G. BORSANI - L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, vol. V, Milano, Pirola, 1883, § 1853, 355. Nei primi anni dell'Unità v. anche L. CASORATI, *Intorno alla competenza rispettiva dei giudici e dei giurati*, in *Riv.pen.*, vol. XII, 323 ss. e *ivi*, con riferimento alla contemporanea esperienza austriaca G. GLASER, *Dei rapporti tra la magistratura giudicante e la giuria*, 325 ss. Nella particolare prospettiva della retorica e della dialettica v. anche A. GIULIANI, *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *Judicial Review The Law Journal of the Scottish Universities* (69), 1962, 237, che, a proposito della procedura inquisitoria sviluppatasi sul continente nel XVI secolo ricorda, al contrario, come “*questio facti est in arbitrio iudicis*”.

²¹ N. LIEBER, *op. cit.*, 72 ss. per la discussione nel secolo precedente (XVII sec.), allorché, conclusasi la fase del ruolo della giuria «*self-informing*» si iniziò appunto a discutere dell'ambito del suo potere di giudizio.

²² Cfr. ancora T. A. GREEN, *op. cit.*, 52 ss., 61 ss.

²³ N. LIEBER, *op. cit.*, 82 ss.; *ivi* 99, a proposito della circostanza che nel XIX sec. il togato si afferma sempre più come il “*controllore-garante*” della giuria attraverso un accorto uso dei commenti sull'esito e dell'utilizzabilità delle risultanze dell'istruzione dibattimentale.

sione in tema di ammissione della prova²⁴, alla fine del giudizio doveva riassumere le risultanze dell'istruttoria e dare le più opportune istruzioni: *summing up* e *instruction* corrispondevano rispettivamente ai profili di fatto e di diritto del giudizio²⁵. I rapporti tra le due parti della corte, solitamente ispirati alla medesima visione, consentivano comunque in realtà la (pressochè assoluta) prevalenza del giudice togato allorché i giurati non ritenessero di seguire le sue indicazioni. La condanna secondo il giudice togato ingiustificata, o più precisamene non fondata per insufficienza di prove, era di regola seguita dalla grazia sovrana²⁶. All'assoluzione che il giudice togato non condivideva poteva seguire la convocazione di un'altra giuria²⁷.

D'altro canto, la facoltà riconosciuta ai laici di qualificare in diritto il fatto sottoposto al loro esame, consentiva ai giurati di calibrare le circostanze della fattispecie alla pena da loro ritenuta più opportuna²⁸. È Mittermaier, con riguardo ai sistemi

²⁴ Come ricorda sempre J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 32 all'epoca della Rivoluzione francese non si era ancora affermata la figura del legale e quindi i testimoni erano assunti ed esaminati direttamente dal giudice (togato).

²⁵ Cfr. ancora J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 35, secondo il quale «*the distinction between summation and instruction corresponded to that between fact and law. The judge's opinion upon a matter of law was in theory binding upon the jury*».

²⁶ Secondo J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 36 «*if the jury attempted to return a verdict (whether of guilt or innocence) that displeased the judge, the judge had the power to reject it provisionally. He would then question the jurors about their thinking, explain to them why he differed with them (be it on matters of law or fact), and require them to deliberate and decide again. It took a determined jury to resist such pressure. If the jury persisted in returning a verdict contrary to the judge's wishes, it mattered greatly whether the verdict was one of conviction or acquittal. Juries all but never convicted against the will of the judge, because they knew it would be futile. The judge effectively controlled the pardon process by which the conviction could be vitiated...*». Il sovrano non aveva alcuna remora a seguire le indicazioni del giudice togato. Cfr. anche J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, (reprinted) 2010, 324 ss.

²⁷ T. GREEN, *ult. loc. cit.* Cfr. anche di nuovo J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 35-6 sulla base dei report dell'*Old Baley* per le diverse ipotesi di *direct verdict*, ovvero delle tre ipotesi di proscioglimento conseguenti, secondo le indicazioni del giudice, ad una situazione di insufficienza di prove («*early in the nineteenth century the modern standard of proof (beyond reasonable doubt) was articulated, but it seems to have been crudely implicit long before*»), di mancata *corroboration* in caso di chiamata in correità, di inammissibilità della confessione perché resa solo a seguito di promessa di clemenza. In generale sullo sviluppo del diritto alla prova in Inghilterra cfr. anche J. H. LANGBEIN, *Historical foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryder Sources*, in 96 *Colum. L. Rev.* 1168 1996, 1168 ss.

²⁸ J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit. 37 ss. con numerosi esempi attraverso cui i giurati, prospettando diversamente i fatti, in realtà sceglievano se irrogare la pena capitale, quella detentiva o la sanzione della fustigazione. Come ricorda ancora l'Autore, (*ivi, loc. cit.*) «*In a famous phrase, Blackstone called it «pious perjury», by which he meant that the jury knowingly returned a false verdict (in our example, theft rather than burglary) in order to reduce the sanction*». Per alcuni dati statistici che correlano l'aumento dei reati puniti con la pena capitale nel XVIII secolo e il fenomeno

di *civil law*, che approfondisce, non ascoltato (v. anche *infra*, § 4), la stretta interdipendenza tra *law and fact*: quando ritiene relativamente pacifico che l'asserita demarcazione tra fatto e diritto non sia possibile proprio nei reati a mezzo stampa²⁹, che, tra l'altro, sarebbero stati proprio quelli per i quali i giurati sarebbero stati chiamati a decidere anche sul continente; quando, conseguentemente, si chiede e ritiene che tale *modus procedendi*, in considerazioni delle inevitabili questioni di diritto connesse con qualunque ipotesi incriminatrice, non sia peculiare anche di altre fattispecie³⁰; quando, infine, dimostra che il sistema anglosassone, a ben vedere, non conosce una reale distinzione tra fatto e diritto³¹.

La storia del "verdetto" dei giudici non professionisti sarebbe sempre stato caratterizzato sia in Inghilterra sia sul continente dalla contrapposizione che, in tal modo, i laici opponevano al potere legislativo sovrano, allorché non condidessero incriminazione e sanzione³². Nella terra d'origine, significativamente,

del *pious perjury* v. anche ampiamente N. LIEBER, *op. cit.*, 86-88 e J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary*, *loc. cit.*, 335 ss.

²⁹ Cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 371 con ampi riferimenti bibliografici alla letteratura inglese del tempo. *Ivi*, pag 454-55 l'analogo caso previsto da una esplicita disposizione legislativa di Newyork ai sensi della quale "*das Gericht entscheidet über alle während der Verhandlung vorkommen rechts fragen. In Anklagen wegen Pressvergehen hat die Jury die Befugnis über Gesetz und Thatsachen zu entscheiden*". Per la ricostruzione storica dall'inizio del XVI sec. alla fine del XVI in ordine a fatto e diritto nella storia della giuria in Inghilterra v. ampiamente, anche per i necessari riferimenti bibliografici del tempo, N. LIEBER, *op. cit.*, 63 ss.

³⁰ Cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 455-6 ove l'Autore proprio nel discutere l'annosa questione della distinzione tra fatto e diritto, osserva che, poiché ai giurati sono rimesse tutte le questioni (anche di diritto) necessarie e/o preliminari alla pronuncia del verdetto "*wenn zwar durch ein später Gesetz die Geschworene ermächtigt wurden nur im Falle der Anklage wegen Pressvergehen (libel) auch über den rechtspunkt zu entscheiden, so darf man daraus keinen Schluss ziehen, dass sie in anderen Fällen nicht die nämliche Befugnis hatte*". L'Autore continua (456-8) ricordando come in Inghilterra la dottrina abbia già da tempo, e in effetti, riconosciuto che i giurati sono legittimati a decidere sia del fatto sia del diritto. I giurati, invero, devono decidere contestualmente: 1) se a) il fatto è accaduto, b) se l'accusato ne è l'autore; 2) la valutazione del fatto ai fini del giudizio ovvero: a) se il fatto integra tutti gli elementi necessari a ritenere l'imputazione fondata, b) se il fatto è stato commesso non in buona fede; c) intenzionalmente, d) ed è imputabile all'imputato.

³¹ "*Die nähere Betrachtung des Ganges des Rechtsprechung in England und die Besprechung mit englischen und schottischen Praktikern lehrt bald, wie irrig häufig die im Auslande verbreiteten Vorstellung von Trennung der That und Rechtsfrage ist*": C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 455.

³² I giurati potevano pronunciare condanna per un reato meno grave di quello oggetto di giudizio C.G.A. MITTERMAIER *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 449 ss. con diversi esempi e per la descrizione di una situazione in parte diversa nel sistema scozzese, ove vigeva una sorte di accusa alternativa. C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte, Lüderische Verlagsbuchhandlung*, Berlin 1866, 23-24, per il caso di una persona accusata di bigamia, assolta dalla giuria. L'assunto è radicato: nel volume *Die Lehre*

solo nei casi difficili la giuria avrebbe potuto riservarsi, su sollecitazione peraltro del giudice togato, uno *speciale verdetto* limitato esclusivamente al fatto³³.

Famosa a questo proposito è la vicenda legata al “*seditious libel*”, una delle fattispecie più utilizzata anche dal governo inglese per controllare la stampa e la relativa pubblicità³⁴ e riguardo alla quale il giudice togato, in considerazione della simpatia con cui i laici guardavano a questi scritti, solitamente attribuiva ai giurati appunto solo lo “*special verdict*”, ovvero il giudizio privo di alcuna valutazione in diritto. L’aspro confronto tra giurisprudenza e società civile³⁵ si concluse solo con il *Fox’s Libel Act* del Parlamento che, nel 1792, attribuì nuovamente ed esplicitamente alla giuria la qualificazione del fatto nel suo complesso: vietando il ricorso allo *special verdict*, ma vincolando la giuria alla legge, così come era spiegata ai laici dal giudice togato³⁶. Sono palesi gli incisivi poteri della giuria sulle decisioni politiche proprio quale rappresentante e garante delle libertà borghesi³⁷.

von Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, in J.W. Heyer’s Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, 115 l’Autore aveva già rilevato come, spesso, le assoluzioni dipendessero dalla estrema severità della pena che, in caso di condanna, sarebbe stata comminata. Per un più ampio approccio, all’interno del quale anche la ricostruzione di un caso più drammatico (un uxoricidio, il c.d caso Olivo lo squartatore) v. C. STORCHI STORTI, *Giuria penale ed errore giudiziario, Questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913*, in A. GOURON (a cura di), *Error iudicis: juristische Wahrheit und Justizielle Irrtum*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1998, 257 e per il caso 278 ss. Nel sistema anglosassone le vicende legate al «*pious perjury*» sono ricostruite anche da N. LIEBER, *Schöffengericht und Trial by Jury*, *op. cit.*, 84, e *ivi*, poco più oltre, 86 ss. le motivazione, i dati e il funzionamento di questa particolare forma di giurisdizione laica volta al proscioglimento piuttosto che alla condanna di fronte a pene ritenute eccessive rispetto al sentire sociale in ordine al disvalore di un certo fatto (l’Autore parla di “*Milderungspraxis*”).

³³ J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit. 38, che a questo proposito, altrettanto emblematicamente nota: “*The special verdict involved a radical reallocation of responsibility between judge and jury, and it was seldom employed. It is worth mention in this paper because it is the closest that the English procedure came to the devices that the nineteenth-century Europeans attempted to design, in which the judges put questions regarding the facts to the jury while reserving the actual judgment to the judiciary*”. Cfr. altresì J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary Criminal*, cit., 329 ss. Anche F. HÉLIE *op. cit.*, vol. IV, 363 chiarisce che di fronte alle questioni difficili, erano possibili [almeno] due rimedi: una (nuova) spiegazione del giudice e un “*verdetto speciale*” con cui i giurati deferivano alla corte il “*carattere legale dei fatti*”.

³⁴ N. LIEBER, *op. cit.*, 89. In generale sul *seditious libel* cfr. P. HAMBURGER, *Development of the Law of seditious libel and the Control of the Press*, in *Stanford Law Review*, 1985, (vol. 37) 660 ss. specie 669 ss.

³⁵ N. LIEBER, *op. cit.*, 90-1 e J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary*, *loc. cit.*

³⁶ N. LIEBER, *op. cit.*, 91.

³⁷ N. LIEBER, *op. cit.*, 95.

3. *La prospettiva continentale nella ricezione dell' "intime conviction". L'erroneo assunto circa una netta separazione tra fatto e diritto all'epoca della Rivoluzione francese*

È *luogo comune*³⁸ rappresentare la “scoperta” o meglio l’importazione sul continente del principio del libero convincimento³⁹ alla fine del XVIII secolo come conseguenza della ricezione della particolare esperienza della giuria dei sistemi anglosassoni⁴⁰ e della strettamente connessa “naturale” reazione alla tradizione legata al sistema delle prove legali nella valutazione del fatto tipiche del procedimento inquisitorio di *ancien régime*.

Tale corrente *vulgata*, pure corretta da un punto di vista generale, non è affatto precisa almeno sotto due profili. Da un lato, come è stato di recente ricordato, non era affatto sconosciuto alla tradizione francese dell’*ancien régime* il principio del libero convincimento; dall’altro, come ha avuto modo di ribadire la ricerca storica e come si è appena visto essere proprio dell’esperienza anglosassone del tempo, l’*intime conviction* “connaturale” al giudizio di un organo composto di laici non era affatto circoscritta al solo fatto.

Sotto il primo profilo, nella particolare ottica criminologica, una volta che si aveva iniziato a ridurre (in Francia come in Inghilterra) i reati puniti con pena capitale, fu giocoforza interrogarsi sui criteri probatori da seguire per l’irrogazione delle più miti “nuove” forme sanzionatorie. Se, invero, per i reati capitali si riteneva necessario ricorrere alla confessione a seguito di tortura per la valida irrogazione della pena di morte⁴¹, per pene diverse tale procedura non era ritenuta indispensabile. L’accerta-

³⁸ Come è noto, il concetto di “luogo” risale alla Topica di Aristotele, poi volgarizzato e svilito in luogo comune con la decadenza dell’arte retorica: per tutti, efficacemente, cfr. R. BARTHES, *La retorica antica, Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione*, Bompiani, Milano, 1994, 74 ss.

³⁹ Nelle parole di L. LUCCHINI, *Elementi, op. cit.*, § 150, 175, il principio ha origine “nella costituente francese con la formula di avvertimento ai giurati che poi passò nel codice di brumaio anno IV che costituisce tuttora l’art. 342 del cod. d’ist. crim.; di dove fu tratto l’art. 498 del nostro cod. di proc. pen.” ai sensi del quale “la legge non chiede conto ai giurati dei mezzi per i quali egli si son convinti. Essa non prescrive loro alcuna regola, dalla quale debban far dipendere la piena e sufficiente prova. Essa prescrive loro d’interrogare se stessi nel silenzio e nel raccoglimento, e di esaminare, nella sincerità della loro coscienza, quale impressione abbian fatto sulla loro ragione le probe riportate contro l’accusato e i mezzi della sua difesa. Essa propone loro questa sola domanda, che rinchiude tutta la misura dei loro doveri: “avete voi l’intima convinzione della reità o innocenza dell’accusato?”

⁴⁰ La bibliografia sul punto è ovviamente sterminata. Per tutti, e per rimarcare sin da subito almeno in parte l’imprecisione di questa affermazione nell’ottica, in particolare, sia della dottrina tedesca sia di quella francese, che discussero del principio di libero convincimento anche prima della introduzione della giuria, v. l’ormai classico lavoro di W. KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, W. de Gruyter & Co, Berlin, 1967, 174 ss.

⁴¹ Cfr. M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, in 87 *Yale L.J.* 860 1977-1978, 860 ss. che, recensendo il lavoro di J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1977, tratta dei diversi standard

mento della responsabilità dell’imputato era rimessa alla prudente valutazione del giudice, pure nell’ambito della raccolta di alcune prove di cui il legislatore aveva preventivamente individuato il valore⁴². Se di fronte ad un giudizio che poteva comportare la pena di morte la valutazione del giudice non poteva essere del tutto libera, per evitare che potesse (facilmente) degenerare in arbitrio, tale medesima preoccupazione non era ugualmente avvertita nel caso di sanzioni minori, ove il giudicante riacquistava un proprio potere autonomo di valutazione, connaturale all’attività giurisdizionale⁴³. In tali casi il giudice, come sarebbe stato poi teorizzato dalla dottrina (v. *infra*, § 5), per poter condannare non solo avrebbe dovuto ottenere specifiche garanzie probatorie, ma avrebbe dovuto essere altresì personalmente convinto della colpevolezza del prevenuto: sarebbe stata inconcepibile una pronuncia di condanna da parte di un giudice intimamente persuaso dell’innocenza dell’imputato.

Sotto il secondo profilo, l’equivoca riduzione del criterio del *libero convincimento* alla sola parte del giudizio riservata al fatto ha origini risalenti, che coincidono sostanzialmente con il momento a partire dal quale sul continente si sono cominciate a studiare le istituzioni anglosassoni. Le informazioni circa il giudizio dei pari d’oltremarina iniziano a diffondersi a partire dalla metà del secolo XVIII, più precisamente con la pubblicazione, nel 1748, dell’*Esprit des lois* di Montesquieu⁴⁴. Quanto osservato dal grande esponente francese, tuttavia, non era né ampio né, soprattutto, preciso. A Montesquieu che, nella prima edizione della sua opera più famosa scriveva che in Inghilterra, di fronte alla giuria, vigeva una rigida separazione tra fatto e diritto, un autore altrettanto famoso, Hume, direttamente dall’isola puntualizzava l’erroneità della circostanza, perché i giurati dovevano decidere della colpevolezza⁴⁵.

Solo quando ormai l’istituto era circolato sul continente, e quindi si era in qualche modo consolidato il mito della netta separazione tra fatto e diritto, sarebbe stato chiaro, sempre ad opera del grande comparatista tedesco dell’Ottocento, l’inscindibile correlazione tra l’uno e l’altro⁴⁶.

Le forme della giustizia laica del modello inglese, in origine non descritte con precisione neppure dal suo primo estimatore, al loro apparire sul continente non avevano del resto suscitato particolari apprezzamenti. Beccaria, almeno nelle prime due

di prova necessari all’attività del giudice inquirente e, in particolare, discute delle risultanze contenute nel libro di Langbein in ordine ai criteri – improntati al libero convincimento – per disporre la tortura, *ivi*, 862.

⁴² M. DAMAŠKA, *ult. loc. cit.*

⁴³ M. DAMAŠKA, *ult. op. cit.*, 863 ss., 869 ss.

⁴⁴ A. PADOA SCHIOPPA, I «philosophes» e la giuria penale, in ID. *La giuria penale in Francia. Dai “philosophes” alla costituente*, Led Ed. Un. Lett. Ec. Dir., Milano, 1994, 10; nello stesso senso, *ex multis*, v. anche W. KÜPER, *op. cit.*, 170-1 ss.

⁴⁵ A. PADOA SCHIOPPA, *ult. loc. cit.*

⁴⁶ Cfr. *supra*, § prec. le osservazioni di MITTERMAIER.

edizioni della sua opera più famosa, *Dei delitti e delle pene*, non ritenne di dovervi dedicare neppure una riga⁴⁷ e quando, successivamente, inserì nel suo oramai popolare testo una parte sulla giuria, neppure lettori pure particolarmente sensibili, quali ad esempio Voltaire, vi dedicarono a loro volta particolari commenti⁴⁸. È solo nella seconda metà del secolo dei lumi che, con la traduzione dell'opera di Blackstone⁴⁹, e conseguentemente ad un più diretto ed ampio accesso alla disciplina del giudizio dei laici⁵⁰, che l'istituto iniziò a raccogliere più ampi consensi e a tingersi di un significato sempre più politico, in qualità di simbolo dei diritti di libertà del singolo nell'ambito dei reati maggiormente sensibili alla volontà regia, quali quelli di stampa.

Neanche nell'immediatezza dello scoppio della Rivoluzione, diversamente da quanto talvolta si crede, "la giuria [era] tra gli istituti abitualmente richiamati da chi chiedeva l'abbandono del sistema penale d'ancien régime"⁵¹. Il riferimento alla decisione di semplici cittadini nei *cabiers de doléance* non costituisce ricorrenza frequente né generale; altre erano le urgenze che allora, auspicando una riforma penale e processuale penale, erano sottolineate sia dal terzo stato sia dalla *noblesse*⁵².

Non stupisce, quindi, che all'Assemblea Costituente la discussione intorno alla giuria si basasse più su credenze che su vere e proprie argomentazioni. Come osserva, pure nella (talvolta libera) traduzione italiana, un grande studioso francese dell'epoca, allora, "fondandosi sopra la legislazione [inglese] un po' confusa, la maggior parte dei pubblicisti dichiaravano che l'istituzione dei giurati importasse necessariamente la separazione del fatto dal diritto"⁵³. L'assemblea ritenne circostanza as-

⁴⁷ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 20-21 a proposito delle prime due edizioni dei *Delitti e delle pene*, l'elogio delle quali ad opera di MELCHIOR GRIMM fu appunto accompagnata dall' (unico) appunto circa l'assenza di riferimento alcuno all'istituto della giuria inglese. Neppure Bentham, che nel marzo del 1790 avrebbe presentato ai lettori francesi un suo progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, si sarebbe dichiarato favorevole alla giuria (per tale osservazione v. ancora A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assemblea costituente francese*, in *La giuria penale in Francia*, cit., 75-76).

⁴⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *I «philosophes» e la giuria penale*, cit., 21-2 anche per gli Autori che non si limitarono ad ignorare l'evocazione dell'istituto della giuria ma lo criticarono espressamente.

⁴⁹ V. ancora A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 30 per le più opportune indicazioni bibliografiche.

⁵⁰ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 31-35 per la sintesi delle caratteristiche tecniche del *trial by jury* secondo BLACKSTONE, anche per i riferimenti alle precedenti fonti di origine medievale.

⁵¹ A. PADOA SCHIOPPA, *Prefazione*, in *La giuria penale in Francia*, cit., 7.

⁵² "Universalmente proclamata è l'esigenza di una riforma penale e processuale, i cui capisaldi sono la pubblicità del procedimento, le garanzie della difesa, l'addolcimento delle pene, la drastica riduzione dell'arbitrio giudiziale, l'abolizione delle giurisdizioni signorili": così A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria nei cabiers de doléance*, § 5, 54 del capitolo I «philosophes» e la giuria penale, cit. che, dopo aver osservato come "non altrettanto generale appare la convinzione dell'urgenza di istituire la giuria", ricorda emblematicamente che "né Rouen né Dijon, né Toulouse né Marseille, né Lyon" la chiedessero. *Ivi*, 54 ss., anche un'ampia ricognizione sull'estrazione sociale delle città che nei *cabiers* introdussero richieste in tema di giuria, o meglio di "giudizio di pari".

⁵³ Cfr. F. HÉLIE, *op. cit.*, vol. IV, 363. Lo studioso, a supporto delle proprie affermazioni sulla distinzione tra fatto e diritto, richiama non a caso gli Autori che avevano inizialmente indotto questa

solitamente pacifica che la decisione dei giurati comportasse una netta distinzione tra fatto e diritto⁵⁴.

Quasi tutti i componenti dell’Assemblea, come Duport e Lepelletier di Saint-Fargeau, individuavano nei «giurati che giudicano della verità del fatto» e nel “tribunale che in seguito applica le legge» una «forma [di giudizio] che esclude ogni arbitrio»⁵⁵: una asserita forma di garanzia che avrebbe caratterizzato tutti i successivi provvedimenti legislativi del decennio rivoluzionario.

Ai sensi dell’art. 9 cap. 5 della Costituzione del 3 settembre «dopo ammessa l’accusa, il fatto sarà riconosciuto e dichiarato dai giurati. L’applicazione della legge si farà per mezzo dei giudici.... La cost.del 5 frutt. anno III stabiliva parimenti come principio che in materia di reati che portano a pena afflittiva o infamante “il fatto è riconosciuto da un giurì, e la pena sarà applicata dai tribunali criminali (art. 228)», così come il codice 3 brumario anno IV (“con la precisazione, art. 250 che i giudici non possono proporre ai giurati alcuna questione complessa”) e la cost. 22 frim., anno VIII⁵⁶.

Come afferma lapidariamente ancora Hélie, “dal 1791 questa duplice attribuzione [alla componente laica ed a quella togata]...non è stata più cancellata”. Non è affatto un caso che “non si rinvenga nei lavori preparatori del codice [napoleonico] nessuna discussione relativa a codesto punto: [la separazione tra fatto e diritto, ovvero rispettivamente tra laici e togati] “vien riconosciuta da tutti ... anzi più volte è invocata da alcuni non già come una regola da stabilirsi ma come regola acquisita, come ragion di diritto”⁵⁷.

convinzione, ovvero Montesquieu (citato per lo *Spirito delle leggi*, L.VI, C.IV) e Beccaria (di cui si riporta *Dei delitti e delle pene*, §7 ed. 1856).

⁵⁴ Cfr. F. HÉLIE, *op. cit.*, vol. IV, 364. Analogamente, B. SCHNAPPER, *Le jury français aux XIX et XXème siècle*, in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury*, cit., 180, ritiene che, con il codice napoleonico, la separazione tra fatto e diritto e tra togato e laico sia divenuta una sorta di dogma; poco oltre l’Autore precisa efficacemente: «la séparation droit/fait signifiât sous la Révolution la prépotence du Jury, mais depuis le C.I.C. l’antagonisme de la cour et du jury. Elle entraînaît un peu le mêmes effets pervers que la séparation radicale des pouvoirs dans un régime politique: pression de la cour sur le jury, acquittements abusifs, reprise du procès «manqué» en correctionnelle et finalement sclérose du droit pénal incapable d’évoluer sous la pression des jurés» (*ivi*, 181).

⁵⁵ F. HÉLIE, *ult. loc. cit.*

⁵⁶ F. HÉLIE, *ult. loc. cit.* Per un’altra versione in lingua italiana, secondo cui nella costituzione del 1791 si sancisce che «del fatto conoscono e decidono i giurati, l’applicazione della legge spetta ai giudici», dicitura poi ripresa nella costituzione dell’anno III della Repubblica («il fatto è stabilito dai giurati, e la pena, che la legge determina, è applicata dal tribunale criminale») e quindi in quella dell’anno VIII, base delle carte del primo e del secondo impero v. G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1853, 356.

⁵⁷ F. HÉLIE, *ult. loc. cit.* Anche G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.* § 1853, 356 hanno modo di rilevare come il principio che in Inghilterra si esprime nella scelta tra il verdetto di *guilty* e quello di *not guilty*, essendo rimessa al magistrato togato la istruzione anteriore alla decisione e l’eventuale commisurazione della pena in caso di condanna, in Francia è “receptivo” come una netta distinzione tra fatto e diritto.

3.1. *L'impossibilità di distinguere nettamente tra fatto e diritto nell'esperienza del codice italiano del 1865*

Si comprendono, in questo contesto, le difficoltà che, nel trapianto dell'istituto sul continente⁵⁸, hanno avuto le legislazioni continentali nel cercare (vanamente) di perpetuare (o introdurre *ex novo*) una separazione sicuramente insussistente (o almeno diversamente intesa) nel Paese d'origine tra fatto e diritto⁵⁹.

Il mondo degli operatori è caratterizzato da considerazioni confuse: “*esprimendosi gli uni in modo da far supporre che separare il diritto ed il fatto voglia dire lasciare ai giudici la sola facoltà di pronunciare la pena, e deducendosi dal detto degli altri che, per effetto di tale separazione, ai giudici appartenga anche di dichiarare se il fatto affermato nel verdetto sia o no un reato*”⁶⁰.

In Italia, dove la giuria fu introdotta nel 1848 limitatamente ai delitti col mezzo della stampa e quindi estesa ad altre ipotesi di reato particolarmente gravi⁶¹, a

⁵⁸ In Germania la discussione sulla (difficile) distinzione tra fatto e diritto avrebbe condotto allo scabinato ove, come è noto e come accade ancora oggi nell'ordinamento tedesco dove l'istituto è nato e si è sviluppato, laici e togati sono investiti, insieme, sia della decisione in ordine alla eventuale colpevolezza dell'imputato sia della consequenziale determinazione della pena: cfr. P. LANDAU, *Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19 Jahrhundert bis 1870* in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury*, cit., 279 anche per il – in parte – diverso approccio alla questione, in considerazione che, diversamente che in Francia, a quel tempo gli stati tedeschi non avevano ancora una articolata legislazione di diritto penale sostanziale e, per la dettagliata ricostruzione in ordine all'introduzione dello scabinato, *ivi*, 290 ss. Cfr. altresì ampiamente C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt*, *op. cit.*, 15 ss., per le differenze tra scabinato e giuria. Di recente, è stata riproposta nella traduzione italiana il lavoro di F. C. VON SAVIGNY, *Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale (Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozess-Ordnung*, Berlin, 1846), Milano, Giuffrè, 2012, ove una parte è dedicata proprio alla giuria, o meglio allo scabinato nel sistema tedesco, anche con riguardo al giudizio di fatto e/o di diritto: *ivi*, 61 ss.

⁵⁹ Il problema della delimitazione del potere sulla valutazione di solo fatto ai laici, peraltro, è solo uno, ma forse il più emblematico, dei tanti problemi applicativi del (nuovo) istituto della giuria. Ad esempio, diversamente dal quanto accade davanti ai giudici popolari inglesi, scozzesi e nordamericani, alla giuria francese, tedesca o italiana il presidente pone specifiche domande. Poiché i primi devono semplicemente decidere se l'imputato è colpevole o meno del reato contestato, gli ordinamenti anglosassoni non conoscono, quindi, le frequenti discussioni che caratterizzano i sistemi riconducibili alle scelte del legislatore francese (C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit. 446-449). Nel dibattito se attribuire il potere di proporre le questioni al presidente o al rappresentante della pubblica accusa, chi privilegia il secondo sottolinea in tal modo l'opportunità di circoscrivere il potere del presidente e consentire più ampio spazio alla difesa che, in tal caso, non avrebbe il timore a intelorloquire legato alla soggezione nei confronti del giudicante (G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1851, 350 ss.). Nella stragrande maggioranza dei paesi, compresa l'Italia, il potere tuttavia è attribuito al presidente (G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.* § 1851, 351 ss.).

⁶⁰ G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1853, 357.

⁶¹ Per la sintetica storia della competenza della Corte d'Assise cfr. L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, in *Il Digesto Italiano, Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, diretta da L. Lucchini, vol. VIII, p. IV, Torino, Utet, 1902, 35. Diversamente dal sistema anglosassone la parte togata della Corte non era monocratica, essendo formata da un presidente e da due assessori.

dire il vero, la dottrina più attenta era consapevole della difficoltà di distinguere nettamente le due tipologie di giudizio⁶². I primi commentatori al codice di rito unitario sono consci dell’esistenza di “*due sistemi radicalmente opposti*”⁶³: quello in cui fatto e diritto sono uniti, dovendo la giuria decidere se l’imputato è colpevole o meno⁶⁴; e quello francese, diffuso in molti sistemi europei, ove ai giudici laici sono poste singole *questioni* sul fatto principale e sulle ulteriori circostanze⁶⁵. Gli autori propendono per il secondo⁶⁶.

Nella Corte d’Assise, strutturata secondo il modello francese⁶⁷ ove la parte togata era formata da un presidente e da due assessori⁶⁸, nel timore di invadere il campo del diritto, il legislatore italiano affina progressivamente le modalità con cui rivolgersi ai laici. Il nostro ordinamento passa dalla formula del 1859 (“*l’accusato è egli colpevole del reato di ...?*”) a quella del 1865 (“*l’accusato è egli colpevole d’omicidio volontario, di grassazione, di furto, ecc. (s’indicherà il nome del reato, per avere.....?)*”) sino alla riforma del 1874 (“*l’accusato è egli colpevole di avere... (s’indicheranno il*

⁶² L. LUCCHINI, voce *Corte d’assise*, cit., 33, che apre la discussione *intorno alla possibile separazione ... delle questioni e del giudizio in diritto dalle questioni e dal giudizio* di fatto [corsivo nel testo] ricordando come «Napoleone I aveva detto già in seno al Consiglio di Stato che “la distinction entre les juges de droit e les juges de fait est dans la nature des choses”. Ma non sembra che fosse cosa molto semplice a ritenere perché tutti i legislatori europei del continente... si affacciarono, e pare sinora con poco profitto, per determinare la formola vera di tale distinzione, e molti sono gli scrittori e i giuresconsulti autorevoli che ritennero vano ogni conato di questa specie, così da dover far disperare di trovarne mai il modo».

⁶³ G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1849, 344.

⁶⁴ G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1849, 344-5, anche per la descrizione delle opzioni della giuria per un verdetto di colpevolezza in ordine al fatto di reato meno grave (anche in tal caso spesso per evitare, in caso di condanna, la pena capitale); *ivi*, 356 ss. per ulteriori approfondimenti.

⁶⁵ G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1849, 345-6 ove si sottolineano, diverse modalità di realizzazione: in Italia “*la proposizione delle questioni è improntata al principio della assoluta separazione del diritto e del fatto attribuendo la decisione di questo ai giudici popolari, e la decisione di quello ai giudici togati*”. Come sottolinea L. LUCCHINI, voce *Corte d’assise*, cit., 26 e come si è ripetutamente ricordato il sistema anglosassone non conosceva le questioni.

⁶⁶ G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.* § 1850, 347 ss.

⁶⁷ L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 38, 43, è lapidario: «*le origini del codice processuale italiano sono da ricercarsi nella legislazione francese: esso non è che una copia, qua e là ritoccata, del codice napoleonico del 1808*». Sulle scelte del codice napoleonico cfr. in dettaglio, con spunti critici, B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 175 ss. Rispetto al modello inglese, anche il ruolo del presidente italiano è oggetto di critica. Come rileva L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 179 e per una ulteriore discussione sul valore di tale riassunto anche *ivi*, § 315, 344-345: “*Nei giudizi popolari, che non ammettono motivazione di verdetto, costituisce surrogato della motivazione e preparazione del verdetto medesimo il riassunto presidenziale del dibattimento... che richiede, onde riesca utile, autorevole e imparziale sussidio ai giurati, senza compromettere le ragioni della verità e della giustizia, che la posizione del presidente sia molto elevata e rispettata e che il dibattimento sia informato al sistema accusatorio. Quindi non può approvarsi il riassunto qual è regolato nel procedimento italiano, a sistema misto, costituendo un esorbitante potestà del presidente; per cui ben si giustifica la chiestane soppressione*”.

⁶⁸ Dal 1865 si tratta di giudici del tribunale in luogo dei precedenti consiglieri d’appello per ragioni di economia: L. LUCCHINI, voce *Corte d’assise*, cit., 38.

fatto o i fatti che formano il soggetto dell'accusa e che costituiscono gli elementi materiali e morali del reato imputato, senza dar loro alcuna denominazione giuridica?)⁶⁹ al fine di eliminare qualsiasi riferimento al diritto, anche sotto il profilo della qualificazione giuridica.

È significativo, tuttavia, che lo stesso autore della riforma del 1874 (Casorati) “*fniva col riconoscere che, eliminato pure il nomen iuris dalla questioni ai giurati e proscritta qualsiasi denominazione giuridica, non rimaneva meno insoluto il quesito della separazione del giudizio sul fatto da quello sul diritto, così da far credere introvabile una linea di demarcazione tra i due*”⁷⁰. L'illusoria speranza tra fatto e diritto colora di un aerea di irrazionalità l'intero giudizio⁷¹.

⁶⁹ Per questa ricostruzione e le diverse citazioni v. ancora L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 33. L'ultima riforma riprende molto dall'esperienza francese ove nella sale delle deliberazioni si leggeva: “*La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convancuns; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la sufficance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le sincérité de leur conscience, quelle impression on faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et le moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: «Vous tiendrez pour vraiz tout fait attesté par tel ou tel nombre de temoins»; elle ne dit pas non plus: «Vous ne regardez pas comme suffissament établie toute preuve que ne sera pas formée de tel proceés-verbal, de telles pièces, de tant de temoins ou de tant d'indice»; elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: «Avez-vous une intime conviction?»*» Il testo è citato da A.C.A. MANGIAMELI, *Dal pre-giudizio al giudizio note in margine al sistema della prova*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio, una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. MARCHETTI, Ed. Scient. It., Napoli, 2007, 65; *ivi*, 65-66 anche l'analoga formula con cui il Presidente della Corte d'Assise francese si rivolgeva ai giurati e il testo, pressochè identico, dell'attuale art. 353 del codice di procedura penale francese.

⁷⁰ Cfr. ancora L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 33 che a tal fine cita il lavoro di CASORATI, *Intorno alla competenza dei giudici e dei giurati*, in *Riv. pen.*, vol. XII, 321. *Ivi*, 34 l'Autore prosegue poi elogiando Glaser che, riprendendo l'esperienza inglese ove «*il giudice divide coi giurati la missione d'applicare la legge ai fatti della causa*», disponeva che, per il codice austriaco del 1873 «*nella questione principale devono comprendersi tutti gli estremi legali del reato (§ 318)*» e, dall'altro, il presidente è tenuto a spiegare ai giurati «*i caratteri legali del reato e il significato delle espressioni legali contenute nelle questioni (§ 325)*».

⁷¹ Emblematica, tra le molte, l'esperienza toscana, e più nello specifico la legge del 2 agosto 1838, (sostanzialmente un Codice dell'organizzazione giudiziaria che pure non prevedeva la giuria): “*ai sensi dell'art. 222 della [quale] i giudici decidono soltanto intorno al fatto e a seconda della loro convinzione morale, senza essere vincolati all'obbligo di dare i motivi delle loro decisioni; nondimeno i giureconsulti toscani unanimamente ritengono che per convinzione morale, espressione non troppo ben scelta dal legislatore, non vuolsi già intendere quella convinzione che basta per i giurati, ma sì bene che i giudici debbano dirigersi nelle ricerche della certezza secondo le norme della ragione.*”: C.G.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico e per giurati secondo le varie legislazioni*, vers. dal tedesco, Calderini-Zanichelli, Reggio Modena, 1851, 127 (per la denominazione come “*codice*” alla legge indicata) e 129 per la successiva citazione.

4. La ricezione della giuria quale simbolo di libertà nell'Assemblea costituente del 1791

L'istituzione della giuria negli ordinamenti di diritto continentale, anche là ove si ispirò al modello francese, fu differente da Paese a Paese⁷²: diversa fu la configurazione della natura della decisione dei laici, diverso ne fu l'oggetto, diversa ne fu l'articolazione con riferimento ai rapporti con il/i giudice/i togato/i⁷³. L'unica nota comune alla diffusione dell'istituto della partecipazione dei laici alla giustizia nel XIX secolo fu solo la forza evocativa della giuria, dal punto di vista politico emblema dei diritti del nuovo cittadino⁷⁴.

Come è stato osservato da uno studioso contemporaneo, il paradosso della giuria risiede nel fatto che al suo successo politico ha corrisposto il suo fallimento giudiziario⁷⁵. Nulla di quanto accadeva nel sistema anglosassone, e che sarebbe stato compreso correttamente solo dopo la Rivoluzione, ebbe un qualche riflesso nel territorio francese, i cui esponenti rivoluzionari furono abbacinati esclusiva-

⁷² Cfr. efficacemente C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöfengerichte*, cit., 8 ss. per una panoramica dell'istituzione negli ordinamenti anglosassoni (in particolare Inghilterra, Scozia) e nel diritto continentale (stati tedeschi, Francia) nonché, anche per la storia della giuria nella prospettiva dello studioso continentale, ancora ID., *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 362 ss. Sulle diverse discipline in tema di giuria, con particolare riferimento ai criteri di selezione, dalle normativa norvegese a quella ungherese, austriaca o statunitense cfr. anche la voce *Giurati* di A. ZERBOGLIO, in *Enc.giur,Italiana*, Vol. VII, PI, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1914, 807 ss.

⁷³ Emblematicamente, su alcuni osservazioni del quale cui si avrà modo di soffermarsi ancora, v., per rimanere nelle citazioni dell'epoca, il lavoro di C.G.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico e per giurati secondo le varie legislazioni*, cit.

⁷⁴ Cfr. paradigmaticamente le argomentazioni, sociologiche e giuridiche insieme, dello stesso C.G.A. MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse*, op. cit., 101 ss., ove l'Autore disamina vantaggi e svantaggi della giuria, ovvero di un governo composto di laici, ricusabili dall'imputato, che decidono secondo la propria *intime conviction* senza motivare nè alla luce di specifiche regole probatorie. In senso critico l'Autore ricorda, tra l'altro: il caso che può governare la scelta dei dodici giurati, che potrebbero anche risultare del tutto inadeguati; i pericoli connessi a valutazioni che, prive di regole e di motivazione, potrebbero anche costituire il risultato di una mera (e infondata) intuizione assolvendo il colpevole e viceversa; il giudizio come risultato di una dinamica dei vari componenti del collegio, ad esempio dei più loquaci; l'assenza di alcuno strumento di impugnazione; la ben nota incidenza delle remore costituite dalla severità della pena che potrebbe essere comminata che stravolgono il giudizio di colpevolezza o innocenza secondo parametri diversi dalla fondatezza o meno dell'accusa (*ivi*, 101-102); l'illusione (con l'espressione di Fuerbach) di quella distinzione tra fatto e diritto che dovrebbe differenziare giuria e giudice togato poiché in realtà le cosiddette questioni di fatto contengono innumerevoli profili di diritto (*ivi*, 103). A favore dell'istituto l'Autore sottolinea come i giudici laici possano essere più vicini alla sensibilità sociale di quanto possano essere i giudici togati, avendo maggiore sensibilità nella valutazione di certe circostanze di fatto, ad esempio proprio in tema di diffamazione a mezzo stampa (*ivi*, 106-7). La struttura dell'organo, inoltre, prevedendo un numero di componenti superiore a quello previsto nei collegi togati (dodici persone rispetto a tre), può contribuire ad una maggiore affidabilità della decisione (*ivi*, 108).

⁷⁵ In tali termini, B. SCHNAPPER, op.cit., 238.

mente dal valore politico dell'istituto. Né alla giuria, quale istituzione giuridica, fu dedicata specifica attenzione dai successivi legislatori sul continente⁷⁶.

Dal punto di vista giuridico, come è stato acutamente osservato a proposito del *grand jury*⁷⁷, nel 1789 in Inghilterra “*an anachronism, more a ceremonial than an instrumental component of the criminal procedure*”, “*in the French reception of the jury system, ... the attempt to transplant the grand jury into France is one of the most important indications that the men who engineered the French reception of the English jury system may not have had a very firm understanding of the institutions that they were borrowing*”⁷⁸.

Le vicende del recepimento della “*petty jury*”, nella voce dei suoi più noti protagonisti sul territorio francese all'epoca della Rivoluzione del 1789, racconta una storia per molti aspetti analoga. Non solo la giuria ed i principi in tema di formazione dei relativi principi di giudizio sono intesi, in modo diverso dalla (reale) estensione dei relativi istituti nell'ordinamento inglese di fine Settecento; ma le tappe della ricezione di quanto così già poco precisamente conosciuto, a cominciare dalle richieste contenute nei *cabier de doléance* passando dalla discussione in seno dell'Assemblea costituente sino ad arrivare alla redazione del codice napoleonico, sono altresì caratterizzate da una serie di affermazioni a dir poco tautologiche.

Non è esagerato affermare che giuria e principio del libero convincimento circolarono dalla terra di origine sul continente grazie al particolare alone di libertà che li circondava⁷⁹. Se è relativamente pacifico che la regola dell'*intime conviction* derivi

⁷⁶ Nelle parole di A. GABELLI, *I giurati nel nuovo regno italiano*, Milano, Tipografia di G. Bernardoni, 1861, 13, «*Se in luogo di introdurre il giuri come una guarentigia di libertà, lo si fosse accolto come un mezzo particolare di amministrare la giustizia, in modo da accrescere verso di essa la fiducia comune, assicurandolo con forme corrispondenti a quest'ultimo aspetto, si sarebbero evitato, almeno in parte, cangiamenti, che, oltre a render vacillante l'istituzione, fanno nascere il dubbio e la diffidenza sulla giustizia sociale*». Aristide Gabelli (1830-1891), noto positivista e famoso pedagogo (tra l'altro, fece parte del Consiglio Superiore della pubblica Istruzione sino al 1874), politico dell'Italia Unita (parlamentare, fu incaricato da Crispi di elaborare i programmi della scuola elementare dell'obbligo appena istituita), fu anzitutto e prima di tutto un giurista, studiando legge a Venezia, perfezionandosi quindi a Vienna, anche se non conseguì mai la laurea: cfr. G. SIRCANA, voce *Gabelli Aristide*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, in Treccani.it/enciclopedia/aristide-gabelli (Dizionario_Bibliografico) / (sito consultato il 15.6.2011) per i più opportuni riferimenti con riguardo sia alle sue opere sia alle fonti bibliografiche di riferimento.

⁷⁷ Ovvero della giuria d'accusa che sarebbe si sarebbe in breve tempo trasformata in quella che oggi è usualmente denominata giurisdizione istruttoria e che nella forma conosciuta oltremare sarebbe stata abolita da Napoleone.

⁷⁸ J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 22.

⁷⁹ Cfr. E. GRANDE, *op. cit.*, 43-44 che ritiene che un modello “scientifico culturale” circola se, come nel caso della giuria anglosassone (e nel caso di cui al testo a proposito della pandettistica tedesca e della dottrina privatistica americana dal realismo in poi), “*gode di una posizione di predominio all'interno del proprio sistema*” ove “*è riconosciuta quale componente autorevole del diritto*” ed è “*caratterizzato da un forte metapositivismo metodologico, laddove solo una cultura giuridica di ampio respiro, capace di elaborare indirizzi ed approcci al diritto che trascendano le singole peculiarità locali,*

dalla tradizione maturata nell’ambito del processo davanti ai propri pari sul suolo anglosassone⁸⁰, il trapianto nel Paese ed all’epoca di Robespierre di tale disciplina non fu un fenomeno unitario; natura del giudicante e criteri di giudizio furono considerati l’una indipendentemente dall’altro. E gli istituti circolarono quasi a seguito di una sorta di effetto trascinalamento per la sconfinata ammirazione che destavano le istituzioni inglesi⁸¹ piuttosto che a seguito di approfondite riflessioni sulla loro struttura⁸².

“*A la chute de Napoléon 1^{er}.. étaient posés tous les termes antagonistes, étaient fixées toutes les opposition qui en firent l’histoire jusqu’à nos jours. Le jury conçu comme le palladium de la liberté est devenu un mythe puissant*”⁸³.

4.1. Giudici, giurati e principio della divisione dei poteri

Anche se l’introduzione del magistrato non professionista nell’ambito delle riforme promosse dall’Assemblea Costituente nel 1789-1790 non fu “*affatto scontata*”⁸⁴, “*una riforma che alla vigilia poteva sembrare remota, e che certo non molti francesi chiedevano, fu fatta considerare sin dall’inizio come indiscutibile da parte dei pochi costituenti che davvero la volevano*”⁸⁵.

Le ragioni di una simile, rapida ed in qualche misura acritica ricezione, sono probabilmente da individuarsi nello stesso coinvolgimento nella funzione giurisdizionale di giudici non professionisti, in quanto tali contrapposti sia al potere legislativo sia al potere giudiziario: mitigando l’eccessiva durezza di certe disposizioni sanzionatorie⁸⁶ del primo; lasciando al secondo la mera applicazione della legge.

L’applicazione della legge nel rispetto (anche) della particolare sensibilità popolare costituiva una ben precisa limitazione dello stesso potere legislativo che,

può aspirare all’emanazione di quel fascino che la fa apparire come un prodotto non esclusivamente nazionale e quindi desiderabile da parte di altri sistemi”. V. anche E. AMODIO, Miti e realtà della giustizia nordamericana. Il modello accusatorio statunitense e il codice procedura penale del 1989, in Processo penale diritto europeo e common law, Milano, Giuffrè, 2003, 195, per il significato che ancora oggi un certo istituto può avere su questo piano, al fine del suo trapianto da un sistema all’altro: in occasione del primo codice dell’Italia repubblicana, dal sistema accusatorio statunitense, paradigmatico della tutela nel processo dei diritti fondamentali della persona, al suolo italiano.

⁸⁰ Cfr per tutti ancora J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, *supra*, sub nota 2.

⁸¹ Cfr. esemplificatamente, all’Assemblea Costituente, Andrien Dupont (citato da A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, cit., 96) secondo il quale la giuria, vero palladio di libertà, costituiva l’unico ed il più efficace strumento per superare il sistema delle prove legali.

⁸² Sulla circostanza che, nella circolazione dell’istituto, l’alone di libertà di cui si voleva fosse espressione il giudizio della giuria prevalse, anche a scapito dei profili più prettamente di carattere giuridico, cfr. efficacemente C.G.A. MITTERMAIER, *Legislazione e giurisprudenza*, Erlangen, 1856.

⁸³ B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 181.

⁸⁴ A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, cit., 65.

⁸⁵ A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 89.

⁸⁶ Cfr. *supra*, sub note 28 e 32.

per i delitti che non erano più ritenuti tali dalla coscienza sociale, perdeva in tutto o in parte efficacia, in particolare con riferimento ai delitti in materia di libertà di stampa.

Nella prospettiva del bilanciamento tra i poteri, il coinvolgimento di non professionisti nell'amministrazione della giustizia rappresentava per molti profili un'inedita articolazione delle diverse branche dello Stato, ove quella giudiziaria, per la prima volta e in forme diverse nei singoli ordinamenti, si distaccava dalla giustizia regia, da cui sino ad allora era promanata e, il più delle volte, era (direttamente) dipesa. Nell'ottica dell'equilibrio delle componenti delle corti, analogamente, l'attribuzione di quello che era ritenuto (a torto o a ragione) un mero giudizio di fatto esclusivamente a laici, consentiva di sottrarre al giudice professionista quello che era percepito come il giudizio più esposto a decisioni di valore e quindi a valutazioni arbitrarie e talvolta prevaricatorie⁸⁷. Riservare al togato la (sola) applicazione della legge sembrava del resto opzione assolutamente coerente con la montesquieuana figura del giudice quale "bocca della legge"⁸⁸. Come osserva Zachariä (1806–1875), invero, poiché i laici avrebbero dovuto deciso della sola questione di fatto, che avrebbero potuto valutare meglio e più correttamente del giurista professionista⁸⁹, a quest'ultimo sarebbe rimasto, opportunamente, il solo ruolo di mero esecutore del potere legislativo⁹⁰.

Si tratta tutti di profili riconducibili alle problematiche proprie e tipiche della riflessione illuminista in tema di divisione dei poteri, al fine di assicurare un corretto esercizio sia delle prerogative regie sia delle particolari specificità dello *ius dicere*⁹¹.

In quest'ottica, la progressiva affermazione, specie nelle esperienze di diritto

⁸⁷ La giuria sembrava dunque attuare anche all'interno dell'attività giurisdizionale il principio della divisione dei poteri (*Gewaltenteilung*), assicurando quell'equidistanza dalle parti e dall'oggetto del processo che il giudice professionista del processo inquisitorio non poteva in alcun modo garantire: per questa ricostruzione W. KÜPER, *op. cit.*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, 172.

⁸⁸ Si ricordi, inoltre, come non sussista un necessario rapporto biunivoco tra illuminismo e abolizione delle prove legali, dovendosi anzi ritenere il sistema delle seconde in qualche misura connaturato alla riflessione illuministica in tema di separazione dei poteri: per tali osservazioni, sia nell'ottica della dottrina tedesca sia di quella francese, v. l'ormai classico lavoro di W. KÜPER, *op. cit.*, 132 ss. che, nel descrivere come la criminalistica tedesca del tempo dell'Illuminismo (*Aufklärung*) recepisce il processo penale di diritto comune e, con esso, il sistema delle prove legali senza modifica alcuna, rileva come tale recepimento fosse del tutto congeniale all'idea di attività giurisdizionale che allora dominava (*"wie sehr sie [die gesetzliche Beweistheorie] ihrer Vorstellung von richterlicher Entscheidungstätigkeit entsprach"*).

⁸⁹ W. KÜPER, *op. cit.*, 175 per i riferimenti e l'esatta citazione, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹⁰ W. KÜPER, *ult. loc. cit.*, che parla del ruolo di "*Subsumptionsautomaten*" del giudice.

⁹¹ Sintomatico a questo proposito il pur conciso giudizio di G. BORSANI-L. CASORATI, *op. cit.*, § 1852, 353 secondo cui, appunto, la giuria "*poggia essenzialmente sul principio della divisione dei poteri*".

continentale⁹², della componente togata su quella laica⁹³ non costituisce altro che il riflesso, sulla storia delle istituzioni giuridiche, del successo delle prospettive della restaurazione rispetto alle istanze maggiormente innovatrici, esplose soprattutto con le sommosse del 1848, quando appunto la giuria si era diffusa sui territori degli Stati europei.

5. L’ignoranza della “law of evidence” e l’abbandono anche del sistema delle prove legali negative

È stato dimostrato che non vi è una implicazione necessaria tra giuria e teoria dialettica della prova⁹⁴. Se pure la giuria nei sistemi di diritto continentale ha cer-

⁹² Con riferimento all’esperienza anglosassone, in relazione al controllo del togato sul laico anche attraverso il diritto alle prove v. comunque N. LIEBER, *op. cit.*, 99.

⁹³ Con riguardo al modello francese, sulla progressiva erosione dei poteri dei laici di fronte all’“ingerenza” del togato, vuoi nell’ambito del riassunto, vuoi con riferimento agli interventi dei togati allorchè i laici non raggiungessero la prevista maggioranza ovvero ancora nell’ambito di certe affermazioni giurisprudenziali sulla procedibilità di un reato per cui era invece intervenuto proscioglimento davanti alla giuria (che a quest’ultimo proposito parla di “*c’était une infraction formidable à l’autorité de la chose jugée et à l’impossibilité d’interner une deuxième procédure sur le même faits*”) v. B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 179 ss. Per l’esperienza italiana cfr. invece L. LUCCHINI, voce *Corte d’assise*, cit., 25, che, richiamando il pensiero di Mittermaier, osserva: «*il presidente..gode di una grande autorità, per la sua posizione elevata e per le doti eminenti di cui deve essere fornito. Egli è investito del potere discrezionale (discretionny power) il più ampio nell’esercizio delle sue attribuzioni, sino al punto di poter sospendere il giudizio e licenziare i giurati. A lui spetta statuire sull’ammissibilità delle proveed egli infine rivolge ai giurati un’istruzione (charge) che contiene il riassunto della discussione, indicando e spiegando i quesiti sui quali deve soffermarsi la loro attenzione*». Ivi, 26: «*chiude il dibattimento il riassunto finale del presidente, che consta essenzialmente di due parti: l’esposizione sommaria e ordinata delle risultanze processuali e la spiegazione delle questioni giuridiche attinenti alla causa*». Più avanti, a proposito dell’esperienza italiana, ivi, 33, l’Autore ribadisce «*E siccome, d’altra parte, nessuno pensava di voler monomare la potestà sovrana del giurato, e tutti perciò rifuggivano dal voler accordare al giudice togato, che sul continente europeo è ben lungi dal godere la riputazione e la fiducia che gode in Inghilterra, quel potere direttivo e moderatore di cui è colà investito, così fu un’affannosa cura di giuristi e di legislatori nell’invocare spedienti onde ottenere che il verdetto dei giurati, pure inquadrando ni termini della legge il fatto, non invadesse il campo e le questioni di diritto*». Per l’analoga organizzazione della giuria nel sistema tedesco v. P. LANDAU, *op. cit.*, 277 ss., che, a proposito dei poteri del presidente in ordine alla assunzione della prova, del riassunto conclusivo (*Schlussvortrag, Resumé*) e delle domande ai giurati specifica come anche in tal caso il modello di riferimento non possa essere ritenuto quello anglosassone ma quello francese (*ivi*), la citazione del pensiero di PLANCK J.W. che, nel 1857, parlava a questo proposito del *puvoir discrétionnaire* del Presidente appunto secondo il modello francese, al fine di perseguire la verità, “*zur Aufklärung der Wahrheit zu erlangen*”).

⁹⁴ Riferisce dell’opinione di A. GIULIANI (*op. cit.*) secondo cui lo sviluppo della *law evicence* anglosassone è improntata alla concezione originaria della prova come *argumentum*, M. NOBILI, *op. cit.*, 11-12. Cfr. ampiamente A. GIULIANI, *op. cit.*, 216 ss. specie 220 ss. là ove l’Autore ricostruisce la concezione classica della prova come *argumentum*, quale “*result of a complex development of rhetorical and dialectical theories*” e si sofferma sui principi sottesi a questa concezione, ovvero: a) una teoria

tamente contribuito alla diffusione del principio dell'*intime conviction*⁹⁵, la sua ricezione non ha comportato lo sviluppo di una sensibilità in tema di prova analoga a quella dei Paesi anglosassoni⁹⁶. Più precisamente, e provocatoriamente, la circolazione della giuria, o meglio del modello francese del giudizio dei laici, non si è accompagnata ad una riflessione in tema di prova analoga a quella che si è sviluppata nel medesimo periodo in Inghilterra⁹⁷.

A quel tempo, probabilmente anche a causa dell'iniziale equivoco sulla ritenuta e infondata rigida separazione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, solo pochi autori di diritto continentale, pure anch'essi affascinati dalla particolare autorevolezza dell'organo laico, sono riusciti a inquadrare correttamente il principio del "libero convincimento" e ad opportunamente circoscriverlo, al fine di non ridurre la disciplina della prova ad una mera questione di libertà nella valutazione del relativo materiale.

Il primo fu senz'altro l'Incorruttibile. Nella citazione di Hélie⁹⁸, per Robespierre era chiaro che *“la legge non può lasciare alla sola coscienza del giudice il diritto di decidere arbitrariamente. Ella gli dice: tu non condannerai se contro l'accusato non*

della formazione dell'*“issue (status, constitutio causae)”*, quale centro dell'argomentazione, per cui *“proofs are rigidly selected and subordinated to the issue “ad quem probationes partium referantur”*; b) una teoria del probabile e del normale non formulata secondo una prospettiva statistica ma basata su basi etiche; c) una teoria della rilevanza della prova formulata in termini negativi (certi metodi sono esclusi per evitare determinati errori). *Ivi*, 221 ss. la storia dello sviluppo della retorica e della dialettica da Aristotele sino all'*ars disputandi* nelle università medievali e alle procedura romano-canonica. Significativa, comunque anche l'osservazione di J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 33, secondo il quale *«the English did have some rules about proof, the so-called rules of evidence, which began an enormous expansion in the second half of the eighteenth century that continued to modern times. The origins of this development are little understood. It was probably associated with the rise of counsel in criminal trials and seems to have been heavily influenced by patterns of pleading and proof-taking in civil jury procedure»*.

⁹⁵ M. NOBILI, *op. cit.*, 12-3 e *sub* nota 14 là ove ricorda: *“non è comunque in contrasto con le opinioni di GIULIANI [che ha confutato la tradizionale opinione che vede nella law of evidence anglosassone una conseguenza del sistema delle giurie popolari], affermare che nei paesi di civil law fu, invece, proprio la giuria la principale causa della adozione del sistema del libero convincimento. Ciò non condusse ai medesimi risultati dei paesi anglosassoni – in ordine alla concezione della prova – proprio perché non esiste una implicazione necessaria tra giuria e law of evidence”*.

⁹⁶ M. NOBILI, *ult. loc. cit.* che, citando ancora GIULIANI (*op. cit.*, 248 ss.), rammenta come tra il XV e il XIX secolo il sistema scozzese, ad esempio, abbia conosciuto una concezione dialettica della prova senza prevedere la giuria.

⁹⁷ Come osserva J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 33-4, peraltro, *«the law of evidence has become a vast, clumsy, largely self-defeating body of rules, creating work for lawyers and appellate courts, while making jury trials so complex and time-consuming that they can no longer be regularly employed. There is no sadder paradox in comparative legal history than to observe the English in the later eighteenth century beginning to produce a law of proof nearly as bad as the one that the Europeans were just then abolishing»*.

⁹⁸ F. HÉLIE *op. cit.*, vol. II, 443. *Ivi*, 439 il ricorso a Mittermaier per la definizione di prova *“che [inoltre] può nondimeno esser preso in doppio significato, come mezzo onde giungere alla conoscenza della verità e come espressione di una verità già acquisita”* citando altresì Bentham.

esistano prove più chiare della luce del giorno. La legge ha stabilito inoltre talune regole per l’esame e l’ammissione delle prove; senza l’osservanza di queste regole i giudici non potrebbero condannare, sia qualsivoglia il loro convincimento. Le regole esistono, fa d’uopo che la loro osservanza si affermi, e mezzo di affermarla è la scrittura; senza di che si romperebbe il freno all’arbitrio e al dispotismo. La società deve essere sicura che l’accusato sia condannato alla base di prove incontrastabili...bisogna dunque conciliare la fede dovuta alle prove legali con quella che merita l’intimo convincimento del giudice (Tornata del 4.1.1791)”. Secondo Robespierre il principio dell’*intime conviction* non avrebbe potuto né dovuto essere sufficiente per pronunciare una condanna; per arginare l’arbitrio del giudicante sarebbe stato necessario prevedere comunque, ed anche, un sistema di prove legali, nell’ambito di una procedura che avrebbe dovuto rimanere scritta, in deroga al principio dell’oralità⁹⁹.

L’accertamento giurisdizionale, sia esso proveniente da un togato, sia esso rimesso ad un laico, in quanto esercizio di potere deve conoscere dei limiti¹⁰⁰. E come la dottrina più attenta del XX secolo avrebbe individuato anche nella *law of evidence* “un sistema di prove legali, seppure mitigate”¹⁰¹, così anche a ridosso della ricezione dell’istituto della giuria sul continente, alcuni dei maggiori esponenti dell’illuminismo, specie di area tedesca, non abbandonarono la riflessione sul punto in nome del principio del libero convincimento.

Significativa a questo proposito, anche perché molto simile alle riflessioni sviluppate da Robespierre, è l’elaborazione di un sistema di prove legali negative, sulla scia del pensiero di Feuerbach¹⁰² e, prima di lui, dell’italiano Filangeri, secon-

⁹⁹ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, 107 ed *ivi*, nota 235 che cita espressamente in francese il già citato pensiero del grande rivoluzionario (“*la loi ne peut pas abandonner à la seule conscience du juge le droit de décider arbitrairement [...] Il faut [...] réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge*”). Nella nota successiva i riferimenti all’opportunità della procedura scritta. Anche Tronchet, anziano ed autorevole avvocato già *bâtonnier* dell’ordine di Parigi, riteneva che non ci fosse contraddizione alcuna tra la procedura scritta (e, con essa, un sistema di prove legali) e il principio del libero convincimento: v. A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 98 e 109, ed *ivi*, in nota, una simile opinione contro l’oralità espressa da Condorcet; *ivi*, 115 anche i successivi interventi di Tronchet nei quali negava che l’oralità si identificasse con l’*intime conviction* e che il procedimento scritto comportasse a sua volta necessariamente un sistema di prove legali.

¹⁰⁰ Sul sistema delle prove legali come forme di contenimento dell’arbitrio dell’organo giurisdizionale v., tra i molti, per l’efficacia della sintesi W. KÜPER, *op. cit.*, 174 ss.

¹⁰¹ M. NOBILI, *op. cit.*, 10-11 anche per i necessari riferimenti bibliografici degli Autori che si esprimono in tal senso: BONNIER, CAPPELLETTI, DENTI, RACHED, RADBRUCH e, in particolare, TARUFFO (*ivi*, sub nt. 10).

¹⁰² Cfr. N. LIEBER, *op. cit.*, 154-155 e *ivi* 145-147 l’analisi del pensiero di Feuerbach (1775-1883) sulla istituzione dei giudici laici, che, politicamente incompatibili con uno Stato assoluto, erano criticati anche da un punto di vista giuridico, per la impossibilità, almeno nella versione francese, di distinguere il giudizio di fatto da quello di diritto. Come *ivi* ricordato, peraltro, la posizione di Feuerbach non può essere inserita tra gli oppositori della giuria. Semmai deve essere proprio letta alla luce

do il quale, come è noto, una pronuncia di condanna avrebbe potuto seguire solo alla congiunta presenza delle prove richiesta dalla legge e della certezza morale da parte del giudice. Più in particolare il grande giurista napoletano, dopo aver premesso che “*il legislatore dovrebbe stabilire che i giudici destinati ad esaminare la verità dell'accusa avessero tre risposte da dare: l'accusa è vera, l'accusa è falsa, l'accusa è incerta*” precisa: in caso di risposte affermative, nel primo caso dovrebbe seguire la condanna, nel secondo l'assoluzione, nel terzo la sospensione del giudizio, e in ogni caso la libertà dell'accusato¹⁰³.

Altrettanto sintomatica di una elaborazione che avrebbe potuto aprire orizzonti fecondi di ricerca qualora fosse stata perseguita, è la posizione di Mittermaier. Lo studioso tedesco, dopo essersi chiaramente orientato contro i pregiudizi che vedevano l'istituto della giuria incompatibile con qualsiasi *Beweistheorie*¹⁰⁴, influenzato dal pensiero dell'americano Livingstone¹⁰⁵ era giunto alla conclusione che regole legali avrebbero dovuto essere previste anche di fronte ad una giuria¹⁰⁶. Qualche

della sue riflessioni in tema di prove legali negative; qualora si fosse dovuto abbandonare un sistema di prove legali, piuttosto che affidarsi al principio della libera valutazione, avrebbe dovuto ritenersi male minore l'affiancare il giudice togato ai laici, che lo avrebbero potuto controllare. Sulla posizione di Feuerbach, che scrisse sulla giuria all'esito di un viaggio nei territori francesi e sulla base degli studi dei classici inglesi e americani (in particolare EDWARD LIVINGSTON, il cui libro sulla legislazione penale della Luisiana contiene una ampia parte sul regime delle prove e che Feuerbach pone a base delle proprie ricostruzioni in tema di prove legali negative) cfr. P. LANDAU, *op. cit.*, 246.

¹⁰³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione, tomo III (delle leggi criminali)*, (composto nel 1781); cit. dalla 1^a ed veneta, Venezia, 1793, 195-196, che quindi prosegue, esemplificando: “*Per dichiarare vera l'accusa bisognasse che la certezza morale del giudice sia unita al criterio legale; che per dichiararla falsa, dovesse mancare l'una e l'altro; e per dichiararla incerta, che vi fosse soltanto una delle due cose in favore dell'accusa, vale ch'essendovi la certezza morale del giudice, mancassero le pruove legali stabilite dalla legge, o essendovi le pruove legali, mancasse la moral certezza del giudice. Che ne deriverebbe da quello? Il giudice non avrebbe l'arbitrio illimitato né di condannare, né di assolvere giacchè non basterebbero la sua sola moral certezza né per condannare, ne per assolvere; egli non sarebbe neppure barbara coazione di tradire la sua coscienza nel dichiarar vera l'accusa, perché accompagnata dalle giuridiche pruove, quando, malgrado tutto questo egli avesse ragioni da dubitare della sua verità; la legge sarebbe un freno all'arbitrio dei giudici, e la coscienza dei giudici un rimedio alla necessaria imperfezione della legge. L'una e l'altra da se sola avrebbe bastante forza, per garantire l'innocenza; ma né l'una né l'altra avrebbero bastante forza per opprimerla. Per fare che un innocente fosse condannato bisognerebbe che si combinasse contro di lui l'esistenza delle pruove legali, coll'errore o colla malvagità dei giudici*”.

¹⁰⁴ Cfr. il riassunto del pensiero di Mittermaier (elaborato nell'articolo *Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten*, in *Neues Archiv des Criminalrechts* 12 (1832), 488 ss) in P. LANDAU, *op. cit.*, 248-249.

¹⁰⁵ Cfr. ancora P. LANDAU, *op. cit.*, 249 che ricorda come nell'articolo di Mittermaier citato *supra* alla nota precedente il *Code of Evidence* di Livingstons occupi dieci pagine.

¹⁰⁶ “*Auch in einer auf Geschworenengerichte gebauten Criminalordnung gesetzliche Beweisvorschriften gegeben werden sollen*”: citato in P. LANDAU, *op. cit.*, 249 che osserva come il pensiero del grande tedesco si sarebbe poi perfezionato nel volume *die Lehre von Beweise* del 1834. A quest'ultimo proposito cfr. invero MITTERMAIER che, nel discutere i sistemi di prove legali nella *Teoria della prova*

anno più tardi, tuttavia, l’Autore, probabilmente colpito anche dalle osservazioni di Tocqueville, ed in ogni caso senza seguito, avrebbe ritenuto inidoneo il modello americano per il sistema europeo¹⁰⁷.

6. *L’attribuzione del principio dell’intime conviction al giudice togato: ratio e limiti*

Non sussistono orientamenti univoci nella ricostruzione dei motivi che hanno condotto al riconoscimento del principio del libero convincimento anche al giudizio del magistrato togato¹⁰⁸. Tutte le circostanze legate alla circolazione di giuria e *intime conviction* sul continente si può dire abbiano concorso in vario modo a tale risultato. La principale causa, peraltro, deve essere probabilmente rinvenuta nella diffusione di tale criterio di giudizio fuori dal suo originario contesto, svincolato dalle specifiche peculiarità che lo caratterizzavano in Inghilterra.

La recezione nel nostro Paese è storia nota. Esclusa da Napoleone l’opportunità di introdurre nel nostro Paese l’istituto della giuria¹⁰⁹, il codice del Regno

nel processo penale, cit., 86-94, in ordine all’ordinamento inglese, si sofferma su sei profili: i criteri di ammissibilità (ove tratta, tra l’altro, della esclusione delle prove “ingannevoli”, ad esempio di quelle volte a dimostrare il cattivo carattere della persona e della disciplina dell’“udito dire”); le condizioni perché una prova sia valutata (di regola, solo testimonianze giurate); le modalità di assunzione (“*in qual modo si debba valersi delle prove*”, ove discute dei testimoni del pubblico ministero e del diritto all’esame incrociato); il numero delle prove richieste (istituto ormai in disuso); le presunzioni legali (il principio della presunzione d’innocenza e dell’onere della prova a carico del rappresentante dell’accusa); i criteri di valutazione dell’efficacia delle prove (ove sottolinea l’importanza che i giurati siano avvertiti della necessità di provare il fatto prima di ogni altra questione relativa alla colpevolezza).

¹⁰⁷ P. LANDAU, *op. cit.* 250-1.

¹⁰⁸ Già Hélie aveva avvertito chiaramente il pericolo di affidare il giudice togato al principio del libero convincimento: cfr. in particolare il riassunto del pensiero del grande studioso francese in M. NOBILI, *op. cit.*, 207-208 di cui è ricordata la diffidenza verso la pratica abituale del giudicare che, diversamente dalle questioni di diritto, sconsigliava l’attribuzione al giudice di carriera del criterio di giudizio informato al libero convincimento.

¹⁰⁹ Come ricorda anche C.G.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico*, cit., 114, “*in alcune parti di questo Paese vennero introdotti i codici d’oltremonte, coll’importante differenza per la procedura penale italiana, che Napoleone stesso non stimò suscettibili i propri concittadini di ricevere il giudizio per giurati. La veemenza delle passioni, lo spirito di partito, che dappertutto facilmente s’insinua, in principal modo la rivalità delle famiglie, che vi domina ancora non poco e l’inclinazione alla vendetta, giusta il consiglio di Napoleone vi rendevano sospetto quell’istituto*”. Precisa quindi in nota l’Autore (*ivi*, nt. 1) “*Napoleone il giorno 7 giugno 1805 dichiarò...ai membri del Corpo legislativo...«non ho creduto che le circostanze nella quali si trova l’Italia mi permettessero di pensare allo stabilimento dei giurati; ma i giudici devono pronunciare come giurati dietro la sola convinzione e coscienza, senza abbandonarsi ad un sistema di semiprove»*». La citazione era allora frequente in tutti gli studi sull’istituto del giudizio da parte dei laici, anche se con parole più o meno diverse: emblematicamente, v. A. GABELLI, *op. cit.*, 6-7. Non è senza significato che l’episodio sia riportato anche da uno dei primi autori

Italico, promulgato a Milano l'8 settembre 1807 "senza adottare il giuri" conservò tuttavia "tutto quello che questa istituzione poteva avere di vantaggioso"¹¹⁰ tra cui, nello specifico, il principio del libero convincimento¹¹¹. Diversamente da quanto sarebbe accaduto in Francia e nella stessa Germania, è solo successivamente all'introduzione dell'*intime conviction* che, "nel 1848 in via eccezionale nel 1859 in via generalizzata" fu introdotto l'istituto della giuria in Italia¹¹².

Anche in Francia, analogamente, la diffidenza verso la decisione di giudici non professionisti non travolse il relativo criterio ispirato al libero convincimento. Spezzata l'interdipendenza tra giuria e *intime conviction*¹¹³, in occasione della discussione in vista della promulgazione del codice del 1808 fu relativamente facile "compensare" l'abbandono del sistema delle prove legali, con l'attribuzione del principio del libero convincimento ai giudici professionisti¹¹⁴.

Sfumata la radicale contrapposizione tra le figure di giudicanti laici e togati, entrambi indipendenti rispetto agli altri poteri dello Stato¹¹⁵, nel XIX secolo viene progressivamente meno anche la ritenuta antitesi tra le due modalità di giudizio. Non

anglosassoni che, negli anni Trenta, spiegava le recenti riforme italiane nel senso dello scabinato al mondo statunitense: M. PLOSCOWE, *Jury Reform in Italy*, 25 *Am. inst. Crim. L. & Criminology*, 1934-1925, 576. Più di recente v. anche M. NOBILI, *op. cit.*, 201 ss.

¹¹⁰ Sono le parole che l'ex ministro di giustizia francese Abrial, che aveva contribuito alla stesura del codice di concerto con il Ministro di giustizia del Regno d'Italia Giuseppe Luosi, scrive a Napoleone alla conclusione dei lavori: il passo, ripreso da F. SCLOPIS (*Storia della legislazione italiana*) è citato da M. NOBILI, *op. cit.*, 203.

¹¹¹ Come rileva L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 150, 175, peraltro, il principio era addirittura implicito: «Il principio, comunque enunciato espressamente per il solo giudizio dei giurati, si dovrebbe ritenere comune, secondo lo spirito della legge, a ogni specie di giudizi».

¹¹² M. NOBILI, *op. cit.*, 205-206 ed *ivi* 210 ss. per le affermazioni del principio nei codici degli stati italiani pre-unitari.

¹¹³ Come nota M. NOBILI, *op. cit.*, 175-176, sulla base dei diversi pareri redatti dalle Corti d'Appello interpellate in vista di quello che sarebbe poi divenuto il codice del 1808, la diffidenza verso l'istituto della giuria era molto diffusa. Di fronte al fallimento ed al conseguente ripudio del sistema delle prove legali, risultava desiderabile quello della prova morale. Il recupero del criterio del libero convincimento in capo ai giudici di carriera si accompagnò (e in qualche misura concorse a giustificarla) all'abolizione delle giurie. Spezzata l'interdipendenza tra giuria e principio del libero convincimento fu facile ricorrere al secondo per il giudizio dei giudici professionisti, come avvenne nel codice per il regno d'Italia del 1807.

¹¹⁴ M. NOBILI, *op. cit.*, 176 ss. *Ivi*, 177-178 l'ostilità alla proposta di Berenger, secondo il quale l'attribuzione ai giudici professionisti del principio del libero convincimento avrebbe comportato il riconoscimento a loro di un "potere formidabile". L'introduzione del principio all'inizio fu solo parziale; poi esso fu esteso, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche alle corti inferiori: *ivi* 179. Sui diversi pareri dei magistrati con riguardo specificatamente alla giuria prima del *code d'instruction criminelle* v. altresì B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 174-175 anche per l'iniziale ostilità al Consiglio di Stato nei confronti della giuria e la sua successiva riconsiderazione a seguito del definitivo abbandono del sistema delle prove legali.

¹¹⁵ N. LIEBER, *op. cit.*, 257.

stupisce che, dopo l’epoca dei grandi tumulti del 1848¹¹⁶, le scelte dei legislatori di lingua tedesca si siano orientate per l’affermazione del principio del libero convincimento anche nelle decisioni dei giudici togati, sebbene gran parte della riflessione precedente fosse andata in tutt’altra direzione¹¹⁷. In Germania, il principio del libero convincimento (*freie Beweiwürdigung*) era considerato una precisa alternativa al sistema delle prove legali (*gesetzlichen Beweisregelung*)¹¹⁸ che, solo per evitare arbitri, era stato inizialmente riconosciuto ai giurati nella valutazione delle prove¹¹⁹.

L’*intime conviction* nel giudizio sul fatto non sembrava neppure richiedere un qualche specifico controllo. All’inizio del XIX secolo, a proposito della legislazione del Regno d’Italia, era diffusa la convinzione che “*l’intima convinzione dei giudici determina il giudizio sul fatto*”, che, al contrario del diritto, non richiede alcuna motivazione perché “*espressione dell’intima convinzione che producono nell’animo dei giudici i mezzi di prova raccolti secondo la legge*”¹²⁰.

Se l’equivoca scissione tra qualità del giudicante e criterio decisorio avrebbe consentito l’attribuzione al giudice togato del medesimo principio sviluppatosi a proposito della decisione del laico, l’altrettanto ambigua separazione tra fatto e diritto avrebbe fatto perdere di vista le necessarie forme di controllo. Solo le riflessioni degli studiosi più attenti alle modalità del “mistero del processo”, a prescindere dalla natura laica o togata dell’organo giudicante avrebbe consentito di superare l’erroneo, irrazionale e istintivo giudizio dell’*intime conviction*¹²¹. A ben vedere,

¹¹⁶ La giuria fu introdotta in quasi tutti gli stati tedeschi all’esito dei moti del 1848: v. P. LANDAU, *op. cit.*, 241 anche per l’indicazione del testo di E. SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, 1926, quale lavoro per la ricostruzione delle vicende della giuria nei territori di lingua tedesca.

¹¹⁷ W. KÜPER, *op. cit.*, 218-219 anche per le specifiche scelte del legislatore tedesco del tempo che in tema di libero convincimento sarebbero poi state riprese pari pari dal codice di rito di Bismarck, ancora oggi vigente in Germania. Per l’introduzione dell’*intime conviction* negli stati tedeschi v. nello specifico ancora P. LANDAU, *op. cit.*, 281 ss.

¹¹⁸ Così, espressamente, N. LIEBER, *op. cit.*, 155.

¹¹⁹ Cfr. ancora N. LIEBER, *ult. loc. cit.* anche per l’osservazione che «*dass die freie Beweiwürdigung in Jener Zeit, wie Wilfred Küper es ausdrückte, „geradezu als eine Funktion des Geschworenengericht [W. KÜPER, op. cit., 217] „betrachtet wurde, sollte für die weitere Entwicklung große Bedeutung sein*».

¹²⁰ Il testo è quello dell’art. 73 del *Regolamento organico della Giustizia civile e punitiva del Regno*; il riferimento alla motivazione solo in diritto si ricava dal testo degli art. 299 e 300 del Codice. Così M. NOBILI, *op. cit.*, 204.

¹²¹ L’iniziale ricezione dal sistema anglossassone, come ricorda in modo molto efficace ancora Mittermaier, fu segnata da un profondo fraintendimento che ne avrebbe compromesso tutta la successiva vicenda. Le modalità di giudizio previste per la giuria francese, che avrebbe dovuto pronunciarsi “*nach innerer Überzeugung*” senza alcun chiara indicazione in tema di prova furono sin dall’inizio profondamente diverse da quelle proprie dell’esperienza inglese, già allora molto articolate proprio in tema di valutazione probatoria; in quest’ottica, sin dal suo primo operare, la decisione della giuria francese fu volta, del tutto impropriamente, a risolversi in un mera questione di sentimento (“*Gefühlsache*”): C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte*, cit., 13. Sul regime probatorio a quel tempo dei sistemi anglosassoni v. *supra*, § 2 e ancora C.G.A. MITTERMAIER *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 324 ss.

era stata la inesatta e limitata conoscenza del sistema inglese, e più precisamente la convinzione che la asserita mancanza di prove legali nella *common law* fosse addirittura dovuto alla ampia libertà di decisione riconosciuta ai giurati¹²², a indurre i francesi, nella loro (talvolta semplicistica) esaltazione dell'*intime conviction*, a connotare il giudizio dei laici alla luce del principio del libero convincimento.

Tale principio “*non va però inteso in un senso così assoluto da escludere affatto qualsiasi precetto o statuizione legale, che la prudenza legislativa e il coordinamento delle istituzioni possono suggerire*”¹²³. Similmente, in Germania, dove pure “*sorse, e si estese, ... l'opinione che la teoria delle prove legali sia dannosa... si venne facilmente agli eccessi, volendosi obbligare i giudici a seguire, al pare dei giurati, soltanto il loro intimo convincimento; laonde non si credette nemmeno più necessario di occuparsi scientificamente della dottrina della prova*”¹²⁴.

Se pure “*altre norme son suggerite e sancite per agevolare e guarentire nel giudice la formazione di un libero e maturo convincimento*”¹²⁵, in particolare con riferimento all'obbligo di motivare, sia in capo ai professionisti che in capo ai laici¹²⁶, il reale

¹²² L'osservazione appartiene a U. WESTHOFF, *Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrecht*, Berlin, 1955, come riportata da KÜPER, *op. cit.*, 176, che, 177, argomenta sul punto concludendo che alla dottrina francese rimase del tutto preclusa la conoscenza della reale portata della *law of evidence* britannica. Già C.J.A. MITTERMAIER (*Die Lehre von Beweise*, *op. cit.*, 110), peraltro, parlava della «*Unklarheit, mit welcher der französische Gesetzgeber das englische Institut ziemlich übereilt aus dem fremden Lande nach Frankreich verpflanzte*».

¹²³ L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 176 che a questo proposito precisa che «*le norme, condizioni e limitazioni in materia anno per oggetto_ -1° di assicurare la sincerità degli elementi probatori; -2° di favorire l'economia dei giudizi; -3° di coordinare la prova con le esigenze della penalità; -4° di coordinarla con altri rapporti giuridici; -5° di garantire la base probatoria del convincimento*».

¹²⁴ L'osservazione è ancora di Mittermaier a circa vent'anni dall'edizione tedesca (del 1834), in occasione della pubblicazione della traduzione nella nostra lingua del suo celebre *Die Lehre von Beweise: im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbucher*: C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, trad. it. sull'originale tedesco di F. Ambrosoli, Milano, Libreria di Francesco Sanvito, 1858, copia anastatica, 30. La notazione è ripresa anche più avanti, *ivi*, 42-43, discutendo della bontà delle idee del Carmignani a proposito dei pericolosi approcci dei legislatori alle novità senza alcuna seria riflessione, come è appunto il caso dell'“*attribuzione a torto a giudici permanenti del diritto di decidere senza alcuna teoria di prove e secondo il proprio intimo convincimento*”.

¹²⁵ L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 178 che poco oltre (179) ribadisce: “*la garanzia più importante in argomento è quella stabilita per i magistrati togati o tecnici, cui è fatto obbligo di motivare le sentenze (art. 323 cod. proc. pen.)*”.

¹²⁶ W. KÜPER, *op. cit.*, 221 ss. anche per gli opportuni riferimenti bibliografici; in particolare l'Autore, per dimostrare i suoi assunti, già percepibili all'inizio del XIX secolo, riprende la discussione di C.E. JARCKE (*Bemerkungen über die Lehre von unvollständigen Beweise*, 1825) (e Feuerbach) anche nella particolare ottica della (filosofica) impostazione data al problema del giudizio da parte di Hegel e di Kant, istintivo e irrazionale il primo, volto alla ricerca del consenso di esseri razionali il secondo. Al fine della ricerca della verità, cui deve tendere la decisione penale, l'unica garanzia è data dalla motivazione, dai motivi che conducono ad una certa affermazione e quindi della logica. Con le parole di Jarcke (*ivi*, 223). «*Wollen die Geschworene sich eine Überzeugung bilden, und eine Garantie für die*

problema dell’*intime conviction* risiede proprio nell’effetto-oblio che, almeno alla luce delle sue vicende storiche, tale criterio sembrerebbe aver avuto con riguardo a tutta la riflessione in tema di prova nei sistemi di diritto continentale¹²⁷. La errata convinzione¹²⁸ che la regolamentazione della disciplina probatoria sia incompatibile con un giudizio orale¹²⁹, ovvero che la decisione dei laici sfugga a qualsiasi norma in tema di prove¹³⁰, informa ancora oggi il nostro approccio ad un sistema probatorio che, pure nel nuovo codice di rito a vocazione accusatoria, lungi dal proporre una *law of evidence* di stile anglosassone, riproduce argomenti propri di un approccio prettamente inquisitorio.

Richtigkeit ihrer Überzeugung haben so stehen sie hierin...dem deutschen Richter ganz gleich. Sie müssen sich der Gründe ihrer Erkenntnis bewusst werden, diese einzelne prüfen und prüfen, ob dieselben in ihrer Gesamtheit zu einem Urtheil hinreichen. Dies Alles ist ein Geschäft der Reflexion, demnach können die Geschwornen also die Gewissheit dass ihr Urtheil richtig sey, nur durch Reflexion gewinnen».

¹²⁷ Emblematico, ancora una volta, il pensiero precursore di MITTERMAIER che, nel discutere i sistemi di prove legali nella *Teoria della prova nel processo penale*, teorizza e sistematizza differenti “classi” (ivi, 85 ss.) cui ancora oggi si potrebbe fare utilmente riferimento nella elaborazione di un efficace sistema probatorio: alla prima appartiene l’ipotesi in cui “il legislatore si limita a prescrivere che certe prove non possano assolutamente ammettersi”, ad es. la testimonianza dei parenti o dei fanciulli ovvero che debbano osservarsi alcune formalità (ad es. il giuramento); nella seconda “il legislatore dà anche una istruzione sulle prove non per vincolarvi assolutamente i giudici ma perché la tengano presente durante il processo, come norma fondamentale” (esemplare di questa categoria sono la *common law* inglese, a proposito della quale Mittermaier parla di “copiosa raccolta di precetti stabiliti in diversissime e molteplici condizioni”, e il *Code of evidence* dell’America settentrionale, la terza classe comprende la legislazione prussiana, bavarese ed austriaca (almeno sino al 1848) caratterizzate dalla predisposizione di regole che delimitano i casi in cui il giudice è vincolato ad una pronuncia di condanna, ovvero vi “è espresso divieto di condannare se la certezza non è stabilita con queste tassative prove legali” (ivi, 94); nella quarta classe si trovano i sistemi che, per condannare, richiedono, oltre la certezza legale, anche il convincimento del giudice, quali gli ordinamenti olandesi e del Granducato di Baden del 1845 (ivi, 94); la legge che «sciogla intieramente i giudici del fatto da qualunque teoria di prova» fa parte della quinta classe; infine, “compongono una classe speciale quelle legislazioni che dettano regole di prova in forza delle quali si deve ritenere provato un certo fatto. Ma non è possibile condannare se non vi è anche il convincimento del giudice sulla responsabilità dell’imputato senza dubbio alcuno, come è previsto in parte dal Regolamento austriaco” (ivi, 96).

¹²⁸ Cfr. concisamente ma efficacemente C.J.A., MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise*, op. cit., 112, secondo il quale “man irrte sehr, wenn man glaubte, dass die Geschworene völlig sich selbst überlassen, nur ihre Gefühle folgend, urtheilen dürften”.

¹²⁹ Come ricorda N. LIEBER, op. cit., 155, era Feuerbach a ritenere il sistema di prove legali, evidentemente inteso in un’ampia accezione, incompatibile con un giudizio orale: tale convinzione, tuttavia, “steht in einem ausfälligen Gegensatz zu der Entwicklung in England, wo bereits im 18. Jahrhundert eine Vielzahl von Beweisregeln entwickelt wäre, welche in 19. Jahrhundert noch weiter ausgearbeitete wurden”.

¹³⁰ Cfr. W. KÜPER, op. cit., 218-219 per il pensiero di Zachariä, che, ancora nel 1846, scriveva: “Der besonderen Natur des Geschworenengerichts mag man es für angemessen erklären, dass sein Urteil nicht an gesetzliche Beweisregeln, deren Anwendung durch Rechtskenntnis bedingt ist, gebunden werde; allein für das Urteil rechtsgelehrter Richterkollegen gehören sie zu den unumgänglich notwendigen Garantien und sind durch den Begriff des ihnen anvertrauten Rechtssprechen von selbst gegeben”.