



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno XVI - n. 1-2021**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

**31**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XVI – n. 1-2021  
Gruppo Periodici Pellegrini

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttore fondatore*  
Mario Tedeschi †

*Direttore*  
Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dalla Torre del Tempio di Sanguinetto †, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni †, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

Parte I

SEZIONI

*Antropologia culturale*

*Diritto canonico*

*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*

*Diritto vaticano*

*Sociologia delle religioni e teologia*

*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

L. Caprara, V. Fronzoni

A. Vincenzo

M. Jasonni †

G.B. Varnier

V. Marano

M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*

*Giurisprudenza e legislazione canonica e vaticana*

*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale  
e comunitaria*

*Giurisprudenza e legislazione internazionale*

*Giurisprudenza e legislazione penale*

*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli,

F. Balsamo, C. Gagliardi

M. Carni, M. Ferrante, P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, C.M. Pettinato, I. Spadaro

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,  
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. d'Arienzo

AREA DIGITALE

F. Balsamo, A. Borghi, C. Gagliardi

### *Comitato dei referees*

Prof. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Carlo De Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Federico Aznar Gil – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustin Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof. Gian Battista Varnier – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof.ssa Ilaria Zuanazzi.

### *Direzione e Amministrazione:*

Luigi Pellegrini Editore

Via Camposano, 41 (ex via De Rada) Cosenza – 87100

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: [info@pellegrinieditore.it](mailto:info@pellegrinieditore.it)

Sito web: [www.pellegrinieditore.it](http://www.pellegrinieditore.it)

Indirizzo web rivista: <https://www.pellegrinieditore.it/diritto-e-religioni/>

### *Direzione scientifica e redazione*

I Cattedra di Diritto ecclesiastico Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli Federico II

Via Porta di Massa, 32 Napoli – 80134

Tel. 338-4950831

E-mail: [dirittoereligioni@libero.it](mailto:dirittoereligioni@libero.it)

Sito web: <https://dirittoereligioni-it.webnode.it/>

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

### *Classificazione Anvur:*

La rivista è collocata in fascia “A” nei settori di riferimento dell’area 12 – Riviste scientifiche.

# *La benignior interpretatio nel diritto penale canonico. Profili storici e comparati*

## *The benignior interpretation in the penal canon law. Historical and compared aspects*

MARIO CATERINI

*Mondo ti ho conosciuto. Addio Tribunali*

S. ALFONSO MARIA DE' LIGUORI<sup>1</sup>

### RIASSUNTO

Dopo aver indagato le origini e le alterne fortune del principio dell'*in dubio pro reo* tra il diritto romano e quello barbarico sotto il peculiare profilo dell'interpretazione in melius, il lavoro si sofferma sulla *benignior interpretatio* nella canonistica medioevale, utile a preservare l'anima del giudice dal peccato a condizione che nel condannare avesse sciolto il dubbio sulla legge a favore dell'imputato. La ricerca poi si sofferma sull'*interpretatio benevola* nella teologia morale del probabilismo dell'età moderna, avvalendosi in particolare del pensiero di Sant'Alfonso de' Liguori e del beato Antonio Rosmini. L'attenzione è volta agli sviluppi del probabilismo che anche con riferimento alle questioni di diritto tendeva a raggiungere un bilanciamento tra un lassismo volto a dare rilievo a qualsiasi minimo dubbio capace di liberare l'uomo da ogni legame morale, e un tuziorismo che risultava troppo rigoroso nel momento in cui negava rilevanza alle 'ragionevoli' opinioni diverse. L'articolo, quindi, dà conto delle ricadute dell'*interpretatio benigna* nelle codificazioni canoniche, da quella del 1917 a quella del 1983, senza trascurare il CCEO del 1990 che, più attento a richiamare gli antichi canoni, ha mantenuto l'originaria formula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*». Le conclusioni sono affidate alla comparazione col sistema penale italiano che, sotto quest'angolazione, non sembra presentare condizioni di sufficiente 'maturità' e 'serenità' per emulare i principi in tema di *stricta interpretatio* rinvenienti nel sistema penale canonico, luogo di sedimentazione d'imprescindibili canoni ermeneutici che, a dispetto della loro vetustà, conservano un'estrema modernità.

---

<sup>1</sup> Frase riportata da ANTONIO M. TANNOIA, *Vita di S. Alfonso Maria de Liguori*, Marietti, Torino, 1880, p. 20, pronunciata dal Santo prima di abbracciare il sacerdozio a sèguito di una disillusione nella vita forense per una sconfitta giudiziaria. V. *infra* nota n. 39.

**PAROLE CHIAVE**

*In dubio pro reo, dubbio interpretativo, benignior interpretatio, probabilismo.*

**ABSTRACT**

*After analyzing the origins of the in dubio pro reo in the Roman law and in the barbarian one under the aspect of the in melius interpretation, the paper pauses on the benignior interpretatio in the medieval canon law, useful to save the judge from sin, providing that he would have resolved doubt on the law in favor of the defendant.*

*Then, the research pauses on the interpretatio benevola in the moral theology of the probabilism of the modern age, taking advantage of the thought of Sant'Alfonso de' Liguori and the blessed Antonio Rosmini. The attention focuses on the developments of probabilism, which aimed to achieve a balance between laxity, according to which every doubt was significant to release the human being from every moral bond, and tutorism, which was too strict when denied relevance to the 'reasonable' different opinions, in order to legal matters as well.*

*The paper, therefore, examines the effects of the interpretatio benigna in the canon law codes, from 1970 to that one of 1983, without disregarding the CCEO of 1190, which, more careful to ancient canons, kept the original formula «in poenis benignior est interpretatio facienda». The conclusions rely on the comparison with the Italian criminal law system, which, under this perspective, does not seem characterized by conditions of sufficient 'maturity' and 'serenity' to emulate the principles on the stricta interpretatio of the penal canon law which, despite their antiquity, keep exceptional modernity.*

**KEYWORDS**

*In dubio pro reo, interpretative doubt, benignior interpretatio, probabilism.*

**SOMMARIO:** 1. Dall'*in dubio pro reo* della retorica ciceroniana all'*interpretatio benevola* della prima dottrina cristiana. – 2. Dalla certezza divina del giudizio ordalico alla *benignior interpretatio* della canonistica medioevale per preservare l'anima del giudice dal peccato – 3. L'*interpretatio benevola* nella teologia morale del probabilismo dal XVI al XIX sec. – 4. La *benignior interpretatio* nelle codificazioni canoniche del '900. – 5. Un succinto epilogo: ciò che il sistema canonico può insegnare al diritto penale laico contemporaneo.

## 1. Dall'in dubio pro reo della retorica ciceroniana all'interpretatio benevola della prima dottrina cristiana

Dopo alcuni prodromi dell'*in dubio pro reo* rinvenienti in scritti di Cicerone<sup>2</sup> e di Seneca<sup>3</sup>, è con Traiano<sup>4</sup> che il *favor rei*, sebbene in forma embrionale, si trasformò in vero principio di diritto, di matrice stoica, nel clima culturale e filosofico che caratterizzò l'impero romano a partire dal I sec. d.C.<sup>5</sup>. Si può dire, dunque, che già nell'antichità i giuristi iniziarono a porre seri limiti alla discrezionalità del giudice, anche nell'interpretazione delle norme penali. Man mano, infatti, si affermò la necessità di evitare decisioni ispirate alle convinzioni personali ovvero volte a procurarsi "gloria" mediante una peculiare severità o clemenza, dovendo piuttosto il giudice moderare e non esasperare il rigore delle disposizioni vigenti e applicare le pene «*cum aliquo temperamento benignitatis*»<sup>6</sup>. Dagli antichi giureconsulti emerse la propensione verso una libertà interpretativa, se però *in melius*, unica in grado di giustificare il superamento del dato letterale della norma<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> La *regula in dubio pro reo*, sotto forma di carenza di prove, fu utilizzata nella pratica forense da CICERONE come argomento retorico a favore di un suo difeso, nella *pro Roscio Amerino*, l'arringa pronunciata nell'80 a.C. in difesa di un giovane nobile di Ameria, accusato di parricidio. Cfr. GIOVANNA COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor rei e il suo consolidarsi anche in campo privatistico*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, pp. 6-12.

<sup>3</sup> SENECA, *Epistula ad Lucilium*, Ep. 10.81.26: «*Quemadmodum reus sententiis paribus absolvitur et semper quidquid dubium est humanitas inclinatur in melius [...]*». Nel caso di collegi giudicanti che non raggiungevano una maggioranza a favore o contro l'imputato, bisognava assolverlo. In tema, ADELA LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocencia en el ámbito penal romano*, in PEDRO RESINA SOLA (a cura di), *Fundamenta iuris*, Universidad de Almería, Almería, 2012, p. 381.

<sup>4</sup> È, infatti, agli inizi del II sec. che si colloca la prima formale attestazione del principio nel rescritto dell'imperatore Traiano, tramandatoci da Ulpiano e contenuto in un brano del suo settimo libro *de officio proconsulis*, successivamente raccolto dai Compilatori, in Digesto 48.19.5 pr.; cfr. Cfr. GIOVANNA COPPOLA BISAZZA, *Traiano*, cit., pp. 13-16. In caso di meri sospetti sull'imputato il colpevole doveva rimanere impunito, perché ciò era preferibile all'eventuale condanna di un innocente. Il principio, del resto, si riferiva solo al caso dell'esistenza di mere *suspiciones* a carico del reo, rivelando così l'*in dubio pro reo* nella sua fase embrionale. In tema MARIO ANTONIO DE DOMINICIS, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubiis pro reo"*, in *Archivio penale*, I, 1962, pp. 411-417.

<sup>5</sup> Sulla matrice stoica v. FRANCESCO FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in LAURA SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 47 ss.

<sup>6</sup> Digesto, 48.19.11pr., *Marcianus 2 de publicis iudiciis*, «*Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituitur, quam causa deposcit: nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso iudicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi*». In tema, UGO BRASIELLO, *La repressione penale el diritto romano*, Jovene, Napoli, 1937 p. 571 ss.

<sup>7</sup> FRANCESCO FASOLINO, *Alle origini del principio in dubio pro reo*, in ISABELLA PIRO (a cura di),

Il Digesto giustiniano, più specificamente, ribadiva e consacrava il principio – espresso da *Paulus Prudentissimus* – secondo cui «*in poenalibus causis benignius interpretandum est*»<sup>8</sup>, che ben si accordava all'altro, riferito segnatamente alla scelta e alla quantificazione della pena, stando al quale «*interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*»<sup>9</sup>. La *benignitas* veniva utilizzata quale criterio di orientamento delle decisioni, frutto non già di un astratto umanesimo compassionevole, ma di un'esigenza etico-sociale indirizzata all'*utilitas communis*<sup>10</sup>. L'*interpretatio benevola* assunse così una portata molto ampia utile ad un equilibrio tra le opposte esigenze: della conservazione dell'ordine sociale, da un lato e, dall'altro, della protezione dell'individuo, tale da farvi rientrare tutto il complesso iter di accertamento dei reati, non solo dunque l'interpretazione delle norme in senso stretto, ma anche la valutazione delle prove<sup>11</sup>. Si può dire, perciò, che l'*in dubio pro reo* si affermò come principio giuridico in primo luogo in riferimento alla *quaestio iuris* e poi anche a proposito della *quaestio facti*, uso, il secondo, invalso poi modernamente.

Nell'ordinamento giuridico, dunque, vennero introiettati tali principi di promanazione umanitaria e stoica che furono amplificati dalla dottrina cristiana. Infatti, è nell'età postclassica (IV e V sec. d.C.) che le diverse implicazioni del *favor rei* si affermarono con maggiore forza grazie all'influenza che il *favor miserarum* e l'*humanitas* di matrice cristiana ebbero sul diritto classico<sup>12</sup>.

---

Scritti per Alessandro Corbino, Tricase, Libellula edizioni, pp. 567-582.

<sup>8</sup> Digesto, 40.17.155, *Paulus libro 65 ad edictum*, cfr. MARTHA PATRICIA IRIGOYEN TROCOMIS, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2005, p. 17.

<sup>9</sup> Digesto, 48.19.42, *Hermogenianus 1 epit.* Su questo brano, ADOLF BERGER, *In dubiis benigni ora*, in GUISCARDO MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto*, Verona 27-28-29 settembre 1948, vol. II, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 187 ss., pp. 201 ss.; ANTONIO PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 90, p. 148 ss. Più recentemente, LAURA SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di civil law*, in *De Iustitia*, n. 3/2016, pp. 91-104. In età adrianea, poi, il proculiano Giuvenzio Celso figlio, affermava che «*Benignius leges interpretandae sunt*» (Celsus, 29 *Digestorum*, D. 1.3.18), suggerendo un'interpretazione della legge ispirata al *favor rei*. Nello stesso senso si esprimevano altri giuristi come, ad esempio, Gaio secondo cui «*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*» (Gaius, 3 *De legatis ad edictum urbicum*, D. 50.17.56).

<sup>10</sup> PIETRO CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, I, *L'interpretazione degli atti autoritativi*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, vol. XXXVIII, 1985, p. 95 ss.; ANTONIO PALMA, *Benignior interpretatio*, cit., p. 86 ss.

<sup>11</sup> FRANCESCO FASOLINO, *Regole di giudizio*, cit., p. 50.

<sup>12</sup> Specificamente in tema MARIO ANTONIO DE DOMINICIS, *Brev. Pauli*, cit., p. 411 ss.; Id., *Ancora sulla «formula dubitativa»*, in *Archivio penale*, 21, 1965, p. 534 ss.; più recentemente ADELA LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones*, p. 380 ss.; FRANCESCO FASOLINO, *Alle origini*, cit., p. 575 ss.; Id., *Regole*

Con il riconoscimento della fede cristiana quale religione ufficiale dell'Impero, infatti, la Chiesa entrò nell'organizzazione politico-sociale dello Stato, con inevitabili e notevoli sviluppi anche nella sfera giuridica<sup>13</sup>.

## 2. Dalla certezza divina del giudizio ordalico alla benignior interpretatio della canonistica medioevale per preservare l'anima del giudice dal peccato

Se l'*interpretatio benevola* ebbe valore nell'epoca postclassica, non altrettanta fortuna poté avere nel diritto barbarico e ciò perché, com'è noto, in quel contesto ordinamentale in genere il processo penale si esauriva in una sorta di giudizio divino, come l'ordalia, che attraverso una prova fisica determinava le sorti dell'imputato, senza spazi per dubbi interpretativi o incertezze decisionali, incompatibili con una verità superiore di promanazione sovranaturale capace sempre di garantire l'innocente<sup>14</sup>.

Il sistema processuale canonico, dopo aver risentito fino al XII sec. delle influenze magico-naturalistiche del diritto germanico, si dotò di una struttura più stabile e unitaria<sup>15</sup>. Così, mentre nel processo barbarico al giudice era affidata la sola funzione di dichiarare il risultato della prova ordalica, in quello romano-canonico dopo il XII sec. si riaffermò – sebbene in maniera inquisitoria – la necessità di una valutazione in fatto e in diritto da parte del giudice. In tale forma di processo penale riprese vigore l'autorità del giudice, al quale venne nuovamente affidato il ruolo attivo di accertare i fatti e di stabilirne la difformità dalle norme. Questa fase del diritto penale si caratterizzò per un

---

di giudizio, p. 51 ss.; LAURA SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale*, cit., pp. 97; GIOVANNA COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor*, pp. 30-31.

<sup>13</sup> Sui rapporti tra diritto romano e cristianesimo, fondamentale BIONDO BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, in particolare vol. III, Giuffrè, Milano, 1954, *passim*, spec. p. 183, il quale attribuisce addirittura *ex novo* al prevalere delle concezioni cristiane, e quindi al Tardoantico, la genesi della regola *in dubio pro reo*. Più in generale, OLÍS ROBLEDA, *Perché il mondo latino nel suo diritto si lascia influenzare dal Cristianesimo?*, in *Gregorianum*, 1985, Vol. 66, n. 1, pp. 111-128.

<sup>14</sup> Sul tema, in generale TOMMASO SORRENTINO, *Storia del processo penale, Dall'ordalia all'inquisizione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, *passim*, spec. p. 28 ss. Sulla certezza di tali giudizi e sull'infalibilità divina che non avrebbe tollerato il trionfo di chi fosse nel torto e l'oppressione di chi avesse ragione, cfr. JEAN-PHILIPPE LÉVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age*, Librairie du Recueil Sirey, Parigi, 1939, pp. 112-115.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione storica dell'ordalia e l'influenza sulla dottrina cristiana, si veda FEDERICO PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Fratelli Bocca, Torino 1890, p. 164 ss. I canonisti indicarono l'ordalia come *purgatio vulgaris*, in opposizione alla *purgatio canonica*, rappresentata dal giuramento dell'imputato, ordalia in parole anziché in azione. Per le ordalie nella giurisdizione ecclesiastica, le relative resistenze e per la loro irrazionalità a fronte della razionalità dei giuramenti di purgazione nella prospettiva canonistica, si veda ANTONIA FIORI, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medioevale*, Klostermann, Francoforte, 2013, p. 141 ss.

robusto recupero delle fonti romanistiche che però vennero selezionate e adattate al carattere teandrico del diritto canonico<sup>16</sup>.

Infatti, la *regula iuris* XLIX del *Liber Sextus* promulgato da Bonifacio VIII nel 1298<sup>17</sup> – poi confluito nel *Corpus Iuris Canonici* pubblicato ufficialmente da Gregorio XIII nel 1582 – recuperò il menzionato principio giustiniano del Digesto 40.17.155<sup>18</sup>, affermando che «*in poenis benignior est interpretatio facienda*»<sup>19</sup>. Secondo la dottrina canonistica settecentesca tale *regula* trovava applicazione solo nei casi dubbi, quando la legge fosse incerta; in caso contrario il giudice la doveva applicare secondo il testo esplicito, senza mitigarne né inasprirne il contenuto<sup>20</sup>. «*Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est. Ratio est; quia Odia restringi, et favores convenit ampliari [...]. Et semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. [...] atque In obscuris minimum (id est, minus gravans, et obligans) est sequendum [...]. Siquidem ea tanto digniora sunt imitatione, quanto excellentiora pietate*»<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET, *Les sources du droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien*, in *Revue de droit canonique*, 1977, pp. 193-242; CHARLES LEFEBVRE, *Procédure*, in *Dictionnaire de droit canonique*, vol. VII, Letouzey et Ané, Parigi, 1965, cc. 281-309.

<sup>17</sup> Per un'introduzione alle norme del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII, si veda EDWARD ROELKER, *An Introduction to the Rules of Law: Part II: Observations on the Rules of Law of Pope Boniface VIII*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, vol. 9, 1950, pp. 417-436. Sulle *regulae iuris* in generale e il significato e la funzione di queste nella collezione di Bonifacio VIII, PETER STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1966, *passim*, spec. pp. 148-152.

<sup>18</sup> V. *supra* nota n. 8. Militano nello stesso senso, seppur non riferibili esclusivamente ai giudizi penali e non solo alla *quaestio iuris*, anche la *regula* XI: «*Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius, quam actori*», nonché la *regula* II del *Liber Sextus*: «*Dubia in meliorem partem interpretari debent*». In questi termini, ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *Il principio in dubio pro reo nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica*, in DAVIDE CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 641 ss.

<sup>19</sup> Per un'ampia disamina di questa *regula* si rinvia a JOSEPH B. McGRATH, *The glossa ordinaria on regula juris 49 in the Liber sextus of Boniface VIII*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, vol. 53, 1993, pp. 344-395, con l'ausilio delle glosse di cui al *Liber Sextus Decretalium* del canonista del XIV sec. JOHANNES ANDREAE. Tra i decretalisti, si veda DYNI MUXELLANI, *Commentarii in Regulas Iuris Pontificij*, Colonia, 1569, pp. 334-335, che tra le esemplificazioni della *regula* annovera il dubbio sul dolo.

<sup>20</sup> ANAKLET REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, tomus sextus*, Bortoli, Venezia, 1735, p. 75: «*Regulam tantum procedere in dubio, seu tunc, quando in lege, statuto, vel alia dispositione poena certa claris verbis non invenitur imposita. [...] Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est*».

<sup>21</sup> ID., p. 76. «*Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est. Ratio est; quia Odia restringi, et favores convenit ampliari. [...] Et semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. [...] atque in obscuris minimum (id est, minus gravans, et obligans) est sequendum. [...] Siquidem ea tanto digniora sunt imitatione, quanto excellentiora pietate [...]*». L'Autore, del resto, enunciava delle eccezioni alla

La regola dell'interpretazione benevola in caso di dubbio, oltre ad avere derivazione romanistica, era anche un'implicazione del precetto evangelico «*nolite iudicare et non iudicabimini, nolite condemnare et non condemnabimini*»<sup>22</sup>. Argomentando sempre con le parole dei canonisti del XVII sec., colui che aveva una cattiva opinione del prossimo, senza sufficiente ragione, commetteva ingiuria nei suoi confronti e lo giudicava in maniera approssimativa ed indirettamente lo condannava, il che non era lecito appunto secondo il richiamato insegnamento di Cristo. La *regula* trovava inoltre fondamento nella legge della carità, per cui un individuo si doveva presumere buono fino a quando non ne era provata la malvagità<sup>23</sup>.

Se oggi il precetto evangelico “non giudicare per non essere giudicato” ha un peso anzitutto religioso, in passato aveva invece una cogenza più immediata sul giudizio penale<sup>24</sup>. *L'in dubio pro reo*, infatti, in questa fase storica non ebbe ricadute volte tanto a evitare un'ingiusta punizione, ossia a fornire delle garanzie all'imputato, ma soprattutto a procurarle alle “anime” dei giudici<sup>25</sup>. In sostanza, la necessità di risolvere i dubbi a favore dell'imputato serviva per permettere ai giudici di condannare senza l'angoscia di aver violato il precetto evangelico. Il principio, dunque, svolgeva la funzione di “conforto morale” dei giudici, sollevandoli dalla responsabilità per la condanna che non vi poteva essere se era frutto di una decisione priva di ragionevoli dubbi<sup>26</sup>. Ciò perché «*cum homo iuste occiditur, lex eum occidit, non tu*»<sup>27</sup>. Era dunque la legge, non l'uomo, che condannava,

---

regola dell'interpretazione benevola: nei fatti che prevedevano la pena della scomunica, nei casi di contumacia e nei delitti più gravi, portando l'esempio di quelli di lesa maestà nei quali si poteva derogare sfavorevolmente alla regola della necessità che l'intenzione si tramutasse in azione, essendo, in tali casi, sufficiente la prima.

<sup>22</sup> MATTEO, 7,1; LUCA, 6,37.

<sup>23</sup> ANAKLET REIFFENSTUEL, *Jus canonicum*, cit., sub. *Regula II*, p. 5: «... quia ille, qui habet malam opinionem de proximo absque sufficienti ratione, facit ei injuriam, eumque temere iudicat, et indirecte contemnit, quod licite facere non potest juxta illud Salvatoris Matth 7. v. 1. et Luca 6. v. 37. Nolite iudicare (intellige temere sine sufficienti ratione) et non iudicabimini: nolite condemnare, et non condemnabimini. Fundatur etiam in lege charitatis volente, ut quis praesumatur bonus et innocens, donec probetur malus. arg. c. unico de Scrutinio. c. fin. de Praesumpt. et l. merito 51. ff. pro Socio». Sulle origini del principio di presunzione d'innocenza fino a prova contraria, KENNETH PENNINGTON, *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, vol. 63, 2003, pp. 106-124, scaricabile al link <https://scholarship.law.edu/scholar/172/>.

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

<sup>25</sup> JAMES Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, New Haven, 2008, p. 3, pp. 9-26, parla di «souls of the jurors».

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

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

se ciò però avveniva giustamente, appunto *secundum ius*. Il giudice, quindi, non peccava giudicando e condannando, a condizione che avesse rispettato la legge, in tal caso ricadendo sulla legge stessa la responsabilità; dunque anche il dubbio sulla legge doveva essere risolto a favore dell'imputato, altrimenti il giudice poteva incorrere nel peccato. Il dubbio interpretativo sulla legge si trasformava in dubbio sul peccato del giudice, con la compromissione della serenità della decisione per il tormento derivante dall'aver violato il precetto evangelico.

La canonistica medioevale, per preservare l'anima del magistrato, pare aver così distinto la sua figura in due entità, quella soggettiva e quella legale, affidando solo alla seconda il compito di giudicare e condannare<sup>28</sup>. In questo contesto storico il ruolo dell'*interpretatio benevola* non era più quello della sola *utilitas communis* romana, tesa a trovare un equilibrio tra la preservazione dell'ordine sociale e le garanzie dell'imputato, ma si tingeva di una connotazione teologica volta a salvare le anime dei giudici dal peccato. Né era d'ostacolo a tale soluzione la considerazione che il giudice, chiamato a dare un'interpretazione benigna, poteva spesso errare, perché, secondo San Tommaso, ciò era comunque più accettabile rispetto a chi sbagliava avendo una cattiva opinione di un uomo giusto, giacché in quest'ultimo caso si realizzava un'ingiuria nei suoi confronti<sup>29</sup>. D'altronde, invocando San Giovanni Crisostomo, meglio render conto della misericordia che della crudeltà<sup>30</sup>.

### 3. *L'interpretatio benevola nella teologia morale del probabilismo dal XVI al XIX sec.*

Da quanto sinora è emerso, appare evidente che la dottrina del '700 era ben consapevole che la legge potesse essere dubbia e che dalla sua interpretazione

---

<sup>28</sup> FRANCO MOTTA, *In causa fidei*, Libreria stampatori Torino, Torino, 2017, p. 151.

<sup>29</sup> Sulle radici nel diritto naturale e nello *ius gentium* dell'equilibrio fra la tutela del diritto di difesa della comunità e quello del singolo, cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 47-84; Id., *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in DAVIDE CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 2005, in nota 11, pp. 63-143; Id., *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede*, in *Archivio giuridico*, 2012, pp. 165-224 (prima parte) e pp. 293-357 (seconda parte).

<sup>30</sup> ANAKLET REIFFENSTUEL, *Jus canonicum*, cit., sub. *Regula II*, p. 5: «*Nec obstat, contingere posse, quod ille qui in meliorem partem interpretatur, frequentius fallatur; Respondetur enim, melius esse, quod quis fallatur habens malam opinionem de homine bono; quia ex hoc fit proximo injuria, non autem de primo, ut bene advertit S. Thom. l. c. art. 4. Hinc etiam arg. can. alligant. cau. 26. q. 7. melius est, de misericordia argui, quam de crudelitate; nam ut habet S. Chrysost. citato can. relatus: nonne melius est propter misericordiam rationem reddere, quam propter crudelitatem?*».

potessero derivare diversi esiti, tanto che uno dei più noti canonisti dell'epoca ricordava che l'atto che poteva essere al contempo ricostruito quale delittuoso o non delittuoso, doveva essere interpretato come carente di delittuosità<sup>31</sup>. All'incertezza tipica del diritto penale premoderno – caratterizzato, com'è noto, da un'oscura definizione normativa dei reati in carenza di una codificazione in senso moderno e dalla caotica sovrapposizione delle norme<sup>32</sup> – la dottrina canonista rispondeva concedendo al giudice un potere interpretativo *in melius*, potenzialmente in grado di smorzare il rigore espansivo del diritto penale. In tale ottica, dunque, il giudice non poteva essere quella mera «*bouche qui prononce les paroles de la loi*» come auspicava Montesquieu<sup>33</sup>. Ciò perché i canonisti ragionavano sull'antico materiale normativo che per le sue caratteristiche intrinseche necessitava d'interpretazione, mentre gli illuministi guardavano al futuro in una tensione ideal-politica riformista ancor'oggi non compiutamente realizzata, volta utopicamente a eliminare, ma più realisticamente a ridurre l'oscurità delle leggi e, di conseguenza, la loro interpretazione<sup>34</sup>.

La *benignior interpretatio*, in sostanza, era un principio capace di sciogliere i dubbi interpretativi, che indirizzava i giudici in una direzione imposta dai precetti cristiani. Del resto, le *regulae iuris*, almeno da Leibniz in poi, sono state concepite come una sorta di algoritmo della giusta decisione per la soluzione dei casi *perplexi*<sup>35</sup>: dei princìpi superiori capaci di risolvere situa-

<sup>31</sup> ID.: «*Actus, qui potest denotare delictum et non delictum, ut carens delicto interpretari debet. l. 51. ff. pro socio. l. 4. §. docere. 12. ff. de vi bon. rapt.*».

<sup>32</sup> Diffusamente MIRJAN R. DAMAŠKA, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in *Criminalia*, 2012, p. 27 ss.

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Garnier, Londra, 1777, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, p. 327.

<sup>34</sup> CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Rizzoli, Milano, 1981, §§ IV-V, pp. 68-71. «Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro, l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione». Per una recente disamina della modernità del pensiero di Beccaria, si rinvia a VINCENZO MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in *DisCrimen*, on line 18 novembre 2020, pp. 22-23, che chiarisce come sarebbe ingeneroso e fuorviante giudicare il perfetto sillogismo invocato dall'illuminista milanese con le lenti delle raffinate consapevolezze ermeneutiche contemporanee, mentre lo stesso deve essere inquadrato nella sua ottica eminentemente politica volta a garantire il cittadino nei rapporti con l'istituzione punitiva, alla stregua di un parametro regolativo ideal-normativo.

<sup>35</sup> CARMELO M.L. DE IULIIS, *I casi perplexi, il metodo geometrico e la topica*, in GOTTFRIED WILHELM VON LEIBNIZ, *I casi perplexi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. IX ss.; UMBERTO VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Cedam, Padova, 2008, pp. 64-67. Del resto, ID., *La monadologia* (1720), Firenze, Sansoni, 1935, p. 31, riteneva di poter «ridurre tutti i ragionamenti umani ad una specie di calcolo che servirebbe a scoprire la verità, nei limiti di ciò che è possibile *ex datis*, posto cioè quel che ci è dato o conosciuto». Per Leibniz, infatti, l'interpretazione non è un'attività passiva di recezione intellettuale, ma di ricostruzione logica in cui regole generali vengono sì enucleate induttivamente, ma consentono poi una vasta operazione deduttiva da condurre con metodo matematico, capace di colmare le lacune del sistema. Cfr. ENNIO CORTESI, voce *Norma (storia)*, in *Enc.*

zioni in cui tesi opposte erano entrambe sostenibili<sup>36</sup>.

A questo punto si profila un'intima connessione dell'interpretazione benevola con la teoria del probabilismo<sup>37</sup> nella teologia morale<sup>38</sup>, al fine di delimitare quella che con linguaggio moderno potremmo definire la ragionevolezza del dubbio interpretativo, onde impedire un ingiustificato lassismo che si realizzerebbe se, viceversa, si attribuisse rilievo a qualsiasi dubbio. Il probabilismo, infatti, forgiava un principio universale secondo il quale, quando il confine dell'obbligatorio appariva incerto, bisognava favorire la libertà di coscienza rispetto alla legge. La ragionevolezza del dubbio che legittimava la libertà dell'agire, secondo tale teoria, si aveva quando l'ipotesi più favorevole fosse probabile, ancorché l'altra sfavorevole fosse più probabile. In altri termini, nell'incertezza prevaleva sempre la libertà, purché suffragata da un parere autorevole in grado di conferire 'probabilità' o serietà all'ipotesi, oggi potremmo dire ragionevolezza, escludendo così i pretesti temerari o le ragioni

---

*dir.*, vol. XXVIII, p. 407, con letteratura ivi indicata.

<sup>36</sup> OSVALDO SACCHI, *La regula iuris del giurista romano e i casi perplexi di Leibniz tra analogia e anomalia nel diritto*, in *Právněhistorické studie*, 2018, pp. 111-124.

<sup>37</sup> È con Aristotele che prese avvio il primo tentativo di un'analisi scrupolosa della conoscenza 'probabile' non riconducibile alla decisa contrapposizione platonica tra ἐπιστήμη e δόξα, che definì le premesse delle argomentazioni dialettiche e retoriche come opinioni che sono in "fama" (ἔνδοξα), vale a dire opinioni «condivise da tutti o dai più o dai sapienti, e tra questi o da tutti o dai più o dai più noti e famosi» (Topici, I, 100 b 21-23). Né 'probabili' in senso statistico, né 'verosimili', le premesse ἔνδοξα costituivano le opinioni autorevoli, importanti, alle quali si doveva dare necessario credito nell'argomentazione non apodittica e da cui non ci si poteva discostare. La distinzione tra ἐπιστήμη e δόξα fu oggetto di riesame nel successivo orientamento, di stampo 'probabilistico', assunto dalla 'Nuova Accademia', che con Arcesilao di Pitane (ca 315-241 a.C.) indicò nel 'ragionevole' (εὐλογον) il criterio pratico di giudizio, mentre con Carneade (214-129 a.C.) lo identificò con il 'persuasivo' o 'approvabile' (πίθανον), discriminando le conoscenze secondo il loro grado di probabilità. Cicerone introdusse il concetto nella cultura latina rendendo il greco con l'attributo *probabiles*, nel senso primitivo di 'approvabili', le rappresentazioni che Carneade chiama 'persuasive', determinando così l'origine del termine probabilismo. Per un'efficace e sintetica esposizione del probabilismo nel pensiero antico, cfr. voce *Probabilismo*, in *Dizionario di filosofia*, Treccani, on line. Per l'epoca medioevale, GIULIO PRETI, *Dialettica terministica e probabilismo nel pensiero medievale*, in ANTONIO BANFI (a cura di), *La crisi dell'uso dogmatico della ragione*, Bocca, Roma, 1953, pp. 61-97.

<sup>38</sup> A partire dalla metà del XVI sec. in Europa si sviluppò una teologia morale probabilista che si fondava sulla definizione tomistica dell'opinione probabile come quella sorretta dall'autorità e dalla rettitudine della testimonianza. In detto ambito, la prima elaborazione sistematica fu del domenicano Bartolomé de Medina (1527-1580), il quale sostenne che in caso di dubbio per essere liberi davanti alla legge, era sufficiente una sentenza 'probabile', cioè suffragata da motivi ragionevoli e plausibili. La tesi fu accolta anche dai teologi gesuiti, tra i quali Gabriel Vázquez (1551 - 1604), Lenaert Leys (1554 - 1623) e Francisco Suárez (1548 - 1617), e da molti domenicani, tra cui Domingo Báñez Báñez (1528 - 1604). In tema, ADRIANO BERNAREGGI, *La personalità scientifica di Francesco Suárez*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, vol. 11, 1919, pp. 6-36. Più recentemente, EMANUELE COLOMBO, *Contro il probabilistico sistema: lettere di Gaetano da Bergamo a Pietro Ballerini (1734-1738)*, in *Rivista di storia della Chiesa in Italia*, vol. 62, 2008, pp. 81-111. Sul probabilismo in generale si rinvia a SIMONA MORINI, *Probabilismo. Storia e teoria*, Bruno Mondadori, Milano, 2003, *passim*.

meramente apparenti<sup>39</sup>. Da ciò discendevano le tesi fondamentali con le quali si concludeva uno dei più noti trattati sulla coscienza morale: «*Lex dubia non obligat*» e «*Lex incerta non potest certam obligationem inducere, quia hominis libertas antea ad legis obligationem possident*»<sup>40</sup>.

A dispetto della sua denominazione, il probabilismo era considerato uno strumento di certezza, non perché tramutava il probabile in certo, ma perché illuminava le coscienze in modo da chiarire il confine del lecito tutte le volte in cui v'erano ragioni serie a favore della libertà, senza eliminare necessariamente i dubbi speculativi<sup>41</sup>. In sintesi: l'atto era lecito se fosse fondato su ragioni 'probabili', pur se la speculazione non risolveva tutti i dubbi che militavano contro la libertà<sup>42</sup>.

Anche in questo caso erano evidenti le implicazioni teologiche di una teoria basata sulla libertà donata da Dio all'uomo, che non poteva essere limitata con l'imposizione di un obbligo morale, prima che giuridico, tutte le volte in cui tale supposto obbligo non fosse comprovato dalla carenza di serie ra-

---

<sup>39</sup> ALFONSO MARIA DE' LIGUORI, *Istruzione e pratica per un confessore*, Remondini, Venezia, 1761, p. 18, dopo aver respinto la tenue probabilità, aggiungeva: «E lo stesso diciamo dell'opinione probabilmente probabile, mentre per essere un'opinione veramente probabile, bisogna ch'abbia fondamento certo che sia non solo probabilmente, ma certamente sodo». Id, in *Dell'uso moderato dell'opinione probabile*, Di Domenico, Napoli, 1765, p. 254, rettifica un po' la definizione: «L'opinione veramente probabile è quella che ha fondamenti intrinseci ed estrinseci egualmente o quasi egualmente validi che ha la contraria per la legge; in modo che la legge apparisce certamente e strettamente dubbia». Chissà quanto ha inciso nel pensiero di Sant'Alfonso il fatto di aver eccellentemente svolto, prima d'indossare l'abito talare, la professione forense, abbandonata dopo una disillusione in un importante processo nell'agosto del 1723, dalla quale la sua celebre espressione: «Mondo ti ho conosciuto. Addio Tribunali». Sulla vita del Santo, VINCENZO RICCI, *Alfonso Maria de Liguori: maestro di vita spirituale*, Gribaudi, Milano, 1998, *passim*, spec. p. 25; inoltre, si vedano VINCENZO MAIELLO, *Etica della funzione difensiva e scopi della giustizia penale: riflessioni da una decostruzione dei 'comandamenti' forensi di Alfonso M. de Liguori*, in *Critica del diritto*, 2002, pp. 144-178; BENITO PERRONE, *Anche i giuristi vanno in paradiso: Sant'Alfonso de' Liguori e le regole morali della professione forense*, in *Iustitia*, 2013, pp. 371-376.

<sup>40</sup> ALFONSO MARIA DE' LIGUORI, *Theologia Moralis*, tomo I, Sumptibus Remondinianis, Roma, 1767, p. 11 e 16.

<sup>41</sup> «Parlando de' direttori delle coscienze, forse la loro santità e perfezione consiste nel tenere ed insegnare per certi tutti gli obblighi che sono dubbi? Ciò non è né santità, né perfezione, ma presunzione ed indiscrezione. [...] Mi scrive in oltre che la "regola di attenersi alle opinioni più sicure (cioè alle opinioni favorevoli alla legge) rende più sicura la salute eterna". Ma prima di rispondere a quest'altro punto, vorrei da V.P. sapere se veramente crede che tutti coloro che vanno a confessarsi a' probabilioristi facciano vita più innocente, e commettano meno peccati degli altri, con tanti obblighi di più che gli altri non hanno? Io per me non lo credo. Ora rispondo e dico che la rigida sentenza, quantunque per sé parlando sia più sicura, non è però la più sicura parlando comunemente, per la salvezza delle anime; poiché ella le espone a molto più gran pericolo di peccare e di dannarsi», *cfr.* ALFONSO MARIA DE' LIGUORI, *Risposta apologetica ad una lettera d'un religioso circa l'uso dell'opinione egualmente probabile*, in *Confessore diretto per le confessioni della gente di campagna*, Remondini, Venezia, 1764, pp. 506-510.

<sup>42</sup> MICHEL D'HERBIGNY, *La théologie du révélé*, Beauchesne, Parigi, 1921, p. 230.

gioni a favore della libertà<sup>43</sup>. Contro il più rigido leggismo, il probabilismo insegnava che non si è «tenuti a seguire la volontà materiale di Dio», cioè la verità oggettiva che non sia ben conoscibile all'uomo, ma che deve seguirsi «solamente la volontà formale, cioè quella che è manifestata». Né d'altronde l'equiprobabilità che la legge esistesse o no era sufficiente affinché la legge si ponesse come volontà formale di Dio: «Insegna S. Tommaso, così egli, che la legge per obbligare deve esser certa e manifesta con certa scienza»<sup>44</sup>. Il probabilismo, per questa via, tendeva a raggiungere un bilanciamento tra un lassismo volto a dare rilievo a qualsiasi minimo dubbio capace di liberare l'uomo da ogni legame morale, e un tuziorismo che risultava troppo rigoroso nel momento in cui negava rilevanza alle 'ragionevoli' opinioni diverse<sup>45</sup>. Ciò, sia quando il dubbio fosse caduto sul diritto, sia allorché avesse avuto ad oggetto il fatto<sup>46</sup>.

Il tema dell'interpretazione benevola fu approfondito anche dalla canonistica dell'800, pure sotto il particolare profilo della formazione della coscienza quando il dubbio sull'illiceità dell'azione era causato da un dubbio sulla

---

<sup>43</sup> ALFONSO MARIA DE' LIGUORI, *Istruzione*, cit., pp. 20-23.

<sup>44</sup> ALFONSO MARIA DE' LIGUORI (1764), *Corrispondenza speciale, Lettere III*, Società S. Giovanni, Roma, 1890, pp. 525-527. Sul probabilismo nell'opera di de' Liguori, si veda DOMENICO CAPONE, *Dissertazioni e note di S. Alfonso sulla probabilità e la coscienza dal 1764 al 1769*, in *Studia moralia*, vol II, Desclée & socii, Roma, 1964, pp. 89-155.

<sup>45</sup> Il probabilismo fu fortemente avversato del giansenismo, secondo cui l'obbligazione morale poteva essere superata solo se fosse assolutamente certa l'opinione in favore della libertà. Anche tra i moralisti cattolici si ebbe una reazione in senso rigoristico, così il probabilismo fu censurato dai teologi della Scuola di Lovanio e fu avversato anche da Pascal nelle c.d. *Provinciali*. Dopo la condanna del rigorismo giansenista da parte di Innocenzo X nel 1653, i teologi probabilisti (soprattutto gesuiti) si trovarono contrapposti a quelli probabilitoristi (prevalentemente domenicani), per i quali ultimi, nel dubbio tra la liceità e l'illiceità di un'azione, si doveva necessariamente scegliere quell'opinione che aveva un maggiore grado di probabilità. Per tentare di conciliare quest'opposizione sorse l'equiprobabiliorismo, secondo cui era lecito scegliere tra l'osservanza o meno della legge se le opinioni a favore o contro avevano un eguale grado di probabilità. Su questi temi, si rinvia al domenicano DANIELO CONCINA, *Della storia del probabilismo e del rigorismo*, Simone Occhi, Lucca, 1761, noto per il suo rigorismo e per essere stato un vigoroso polemistia antigiesuita nella contesa tra probabilismo e lassismo. Tra l'altro nei suoi testi di teologia morale non trascurava mai di condannare duramente sia i balli sia gli spettacoli teatrali la cui frequenza ritiene peccato mortale. Sulla vita e le opere di Concina (1687-1756) si veda PAOLO PRETO, voce *Concina, Daniele*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXVII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1982, pp. 716-722. Per la contesa tra probabilisti e rigoristi, modernamente v. DINO PASTINE, *Juan Caramuel: probabilismo ed enciclopedia*, La Nuova Italia, Firenze, 1975; GABRIELE DE ROSA, *Chiesa e religiosità dalla crisi del probabilismo al rigorismo neotridentino*, in LUIGI DE ROSA, LUIS MIGUEL ENCISO RECIO (a cura di), *Classi sociali e fermenti culturali (1650-1760)*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, pp. 91-102. Sul giansenismo, fondamentale ARTURO CARLO JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Laterza, Bari, 1928.

<sup>46</sup> CORMAC M. NAGLE, *Giving Due Emphasis to the Human Person in Catholic Moral Teaching*, in *The Australasian Catholic Record*, 2013, p. 59: «The principle of Probabilism states that you cannot bind people to observance when there is a doubt of law or a doubt of fact».

legge positiva. Si distingueva il dubbio che cadeva sull'esistenza o la forza obbligatoria della stessa legge positiva, da quello che aveva origine nel «difetto della notizia che [si ha] della legge». Nel primo caso veniva fatto rientrare, tra l'altro, «il dubbio [che] cade su qualche intrinseco difetto toccante il senso della legge, pel quale la legge cesserebbe dall'esser legge, o di obbligare nel caso particolare», ovvero allorché «interviene nella legge tal difetto di esposizione, pel quale non appar chiaramente che certi casi siano contemplati in essa»<sup>47</sup>.

Quando il vizio delle leggi positive «giace nell'oscura loro esposizione [in quanto] è sommamente difficile esporre la legge in modo che comprenda tutti i casi che entrano nelle vedute del legislatore e niun altro di più ne comprenda», il dubbio s'incarna nella domanda «se un caso sia compreso nella esposizione della legge» e, non potendolo sciogliere ricorrendo al legislatore, ad essere dubbia è «l'esistenza stessa della legge» che, per tale ragione, «non ha forza obbligente. Non basta che il caso sia probabilmente racchiuso nella legge, dee esservi contenuto con certezza, o almeno con una somma probabilità atta a produrre il pieno assenso opinativo»<sup>48</sup>.

Anche nella dottrina del XIX sec., dunque, era ben saldo il probabilismo fondato sulla massima *in poenis benignior est interpretatio facienda*, riferibile ad «una legge positiva dubbia in sé stessa», a prescindere dall'altro caso in cui il dubbio derivasse «da una nostra ignoranza e non dalla legge stessa»<sup>49</sup>. Si difendeva, così, la parte «vera» del probabilismo ingiustamente censurata, cercando di riconoscerla dalle altre «false», confusione generata dal «troppo largo significato della parola opinione» che andava invece ben specificato in base all'oggetto dell'opinione stessa. **La parte 'vera' del probabilismo, dunque, era considerata quella «che ha per oggetto l'incertezza della legge in sé stessa, cioè l'incertezza della legge per vizio ad essa legge intrinseco. Indi è venuta la conseguenza, che non solo noi non siamo obbligati in tali casi di seguire l'opinione egualmente probabile a favore della legge, ma né anco la più probabile. Conciosianché fino a tanto che ci resta un fondato dubbio di vizio intrinseco alla legge, la legge non esiste e non obbliga, foss'anco più probabile che questo vizio che annulla la legge ci avesse»<sup>50</sup>.**

---

<sup>47</sup> ANTONIO ROSMINI, *Filosofia della morale*, vol. III, *Trattato della coscienza morale*, libro III, in *Opere*, vol. XI, Di Caro Battelli, Napoli, 1844, p. 213.

<sup>48</sup> *Ivi*, pp. 216-218.

<sup>49</sup> *Ivi*, pp. 224-229, anticipava le categorie dell'ignoranza colpevole vincibile e incolpevole invincibile.

<sup>50</sup> *Ivi*, pp. 219-220. Per un'analisi del probabilismo nelle opere di Rosmini, GIUSEPPE MATTAL, *Antonio Rosmini e il probabilismo*, Scuola tipografica salesiana, Torino, 1951.

#### 4. La benignior interpretatio nelle codificazioni canoniche del '900

L'*interpretatio benigna* è giunta così alla prima codificazione canonica, quella del 1917, carica del bagaglio di dottrina morale e giuridica che per secoli l'ha accompagnata<sup>51</sup>. Il can. 2219 del Codice pio-benedettino, infatti, al § 1 consacrava nuovamente la formula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*», riprendendola pedissequamente dalla *regula iuris* XLIX del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII e, dunque, dal *Corpus Iuris Canonici*<sup>52</sup>. Il § 3, invece, aggiungeva il divieto di estendere la fattispecie a casi analoghi, anche se vi fossero uguali o maggiori ragioni a favore della punizione<sup>53</sup>. Il can. 19 inoltre, come disposizione più generale, imponeva l'interpretazione *stricta* in materia penale<sup>54</sup>. Dunque, non solo stretta, ma anche benevola doveva essere l'interpretazione delle *leges quae poenam statuunt*. L'interpretazione stretta, del resto, sembrava di per sé benevola perché riduceva la possibilità che la pena fosse applicata o ne conteneva la misura, concependo per benevola quell'interpretazione che favoriva l'accusato, dato che si supposeva che la sua volontà fosse opposta alla pena. La dottrina, inoltre, non aveva incertezze nell'applicare l'interpretazione stretta più benevola sia al dubbio di fatto, sia a quello sul diritto<sup>55</sup>.

La lunga preparazione del nuovo codice canonico latino avviata negli anni

---

<sup>51</sup> Sul codice del 1917 si vedano CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 525 ss.; PAOLO GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985, pp. 590-592.

<sup>52</sup> In generale, sui canoni interpretativi prima del nuovo codice canonico del 1983, si veda JAMES A. CORIDEN, *Rules for Interpreters*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, vol. 42, 1982, pp. 277-303.

<sup>53</sup> «*Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, quamvis par adsit ratio, imo gravior, salvo tamen praescripto can. 2231*». Il can. 2231 disciplinava la pena per i concorrenti nel delitto; sul punto, GIUSEPPE SPECIALE, *Il can. 2209 del Codex iuris canonici del 1917: appunti sulla disciplina del concorso di persone nel reato dal ius commune ai codici*, in *Historia et ius*, n. 14/2018, pp. 12-13. Si rinvia anche a FRANZ XAVER WERNZ, PETRI VIDAL, *Ius canonicum*, Tomus VII, *Ius poenale ecclesiasticum*, Apud Aedes Universitatis Gregorianae, Roma, 1937, p. 208, più in generale sul canone 2219, p. 180 ss.

<sup>54</sup> «*Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*». Per un commento si rinvia a EDWARD ROELKER, *The Strict Interpretation of Law*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, vol. 9, 1950, pp. 9-34.

<sup>55</sup> LORENZO MIGUELEZ DOMINGUEZ, *Comentario al can. 2219*, in LORENZO MIGUELEZ DOMINGUEZ, SABINO ALONSO MORAN Y MARCELINO CABREROS DE ANTA (a cura di), *Codigo de derecho canonico y legislacion complementaria*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1980, p. 913; TOMAS GARCÍA BARBERENA, *Comentario al can. 2219*, in MARCELLINO CABREROS DE ANTA, ARTURO ALONSO LOBO, SABINO ALONSO MORAN (a cura di), *Comentarios al Codigo de Derecho Canonico*, La Editorial catolica, Madrid, 1964, p. 293.

'60<sup>56</sup>, in un primo momento trascurò alcune delle principali implicazioni del principio di legalità penale, al punto che lo schema di revisione del Libro V originariamente non riproduceva il divieto di estensione analogica del can. 2219<sup>57</sup>, verosimilmente per la ragione che le norme penali erano da considerarsi norme volte al bene pubblico e, quindi, non di per sé 'odiose', ma favorevoli e dunque da applicare non restrittivamente<sup>58</sup>. Sebbene detto divieto sia stato poi confermato e introdotto nel *Codex* del 1983 (can. 19)<sup>59</sup> insieme alla necessità della stretta interpretazione delle norme penali (can. 18)<sup>60</sup>, nel Codice latino oggi vigente manca proprio quella disposizione che invece nel Codice del 1917 imponeva la *benignior interpretatio*<sup>61</sup>. Ciò, forse, perché l'interpretazione stretta e quella benevola sarebbero concetti sovrapponibili, cosa che, invece, per come si vedrà non sembra esser propriamente tale<sup>62</sup>.

Va ricordato, comunque, che anche il CIC del 1983 al can. 14 ha confermato l'antica massima secondo cui «*leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent*», proveniente dalla rievocata teologia morale<sup>63</sup>. Dun-

---

<sup>56</sup> Per un'indagine storica sulla codificazione canonica e le relative implicazioni, FRANCESCO D'OSTILIO, *La storia del nuovo codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1983. Per i rapporti fra nuova codificazione e Concilio Vaticano II, v. JEAN B. BEYER, *Il codice del Vaticano II. Dal Concilio al codice*, Edizioni Dehoniane, Bologna 1984. Recentemente, GIORGIO FELICIANI, *La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, on line, 26 novembre 2018; MARIA D'ARIENZO, *Diritto canonico e storia. I paradossi interpretativi tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e religioni*, 2018, n. 1, pp. 69-86, spec. § 2-3.

<sup>57</sup> JUAN ARIAS-GÓMEZ, *El principio de legalidad en la reforma del libro V del CIC*, in *Ius canonicum*, 1978, vol. XVIII, p. 291-318, spec. p. 298 e 317. Recentemente, sul principio di legalità penale nel sistema canonico, v. GIUSEPPE SCIACCA, *Principio di legalità e ordinamento canonico e suoi riflessi nel diritto penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, on line, 25 marzo 2019.

<sup>58</sup> Per la confutazione della tesi secondo cui tra le leggi favorevoli rientrerebbero anche quelle penali perché introdotte per il bene pubblico, si veda PERICLE FELICI, *Una questione elegante: favorevole o odiosa la norma penale?*, in *Communicationes*, 1978, pp. 273-280, il cardinale considera l'artefice della revisione del Codice canonico. Sul tema, più recentemente, DAMIAN G. ASTIGUETA, *La legge penale più favorevole (can. 1313)*, in *Periodica de re canonica*, 2007, fasc. 2, pp. 183-248.

<sup>59</sup> «*Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principii cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia*».

<sup>60</sup> «*Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*». Nella manualistica, GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il diritto della Chiesa*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Cinisello Balsamo, 2000, pp. 475-476.

<sup>61</sup> Sulla conferma nel codice del 1983 del divieto d'analogia e del criterio dell'interpretazione stretta, si veda *Ex actis pontificiae commissionis codici iuris canonici recognoscend*, in *Communicationes*, 1991, n. 2, pp. 157-158.

<sup>62</sup> Per una disamina generale della presunzione d'innocenza nel sistema canonico, si veda ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *Il principio 'in dubio pro reo' nel diritto penale canonico*, cit., pp. 631-650.

<sup>63</sup> Sebbene la norma non specifichi la natura del dubbio, pare però che non possa essere invocata

que, il dubbio di diritto, non meramente soggettivo, rende la legge non cogente in quanto un comando equivoco, in realtà, inficia la stessa promulgazione della legge giacché con essa non può venir reso noto altro che ciò che la legge per sé oggettivamente esprime, in definitiva valendo ancora l'antico adagio secondo cui *lex dubia non obligat*<sup>64</sup>.

Che l'interpretazione più favorevole e quella stretta siano concetti non sempre coincidenti, appare dimostrato implicitamente dal *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990 che, più attento a richiamare gli antichi canoni e confermando i principi del CIC del 1917, nel can. 1404, § 1, ha mantenuto l'antica formula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*» e, al § 2, ha specificato il divieto d'interpretazione estensiva in materia penale<sup>65</sup>, mentre al can. 1500 ha pure ribadito che le «*leges, quae poenam statuunt [...] strictae interpretationi subsunt*»<sup>66</sup>. Orbene, se la *benignior interpretatio* e quella *stricta* esprimessero un concetto identico, sia il CIC del 1917, sia il CCEO del 1990 sul punto avrebbero replicato una norma, quella sull'interpretazione benevola, in maniera ridondante e, quindi, superflua, ingenerando la confusione tipica di quei casi in cui il legislatore ripete disposizioni del tutto sovrapponibili. Il primo codice canonico per i fedeli orientali, d'altronde, ha beneficiato dell'esperienza delle due precedenti codificazioni latine e, dunque, ha avuto l'opportunità di apportare correzioni e miglioramenti alla luce delle stesse<sup>67</sup>. Queste ragioni hanno spinto a prestare molta attenzione al CCEO e a conferirgli particolare considerazione nello studio del sistema canonico, in quanto parte integrante di un unico *Corpus iuris canonici*<sup>68</sup>. Tanto che,

---

laddove il dubbio sulla *quaestio iuris* sia meramente soggettivo e, si potrebbe dire, evitabile, altrimenti l'obbligatorietà della legge risulterebbe condizionata dal grado di conoscenza della stessa da parte dei suoi destinatari. Del resto, su questa tematica si rinvia ad ANTONIO ROSMINI, *Filosofia della morale*, cit., p. 221 ss., che tratta dei dubbi intorno alla legge derivanti «da nostra ignoranza e non dalla legge stessa».

<sup>64</sup> ORIO GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 1935, p. 58, che ricorda sul punto la dottrina di Sant'Alfonso Maria de' Liguori; v. *supra* note nn. 39, 40, 41 e 43.

<sup>65</sup> «*Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, etsi par adest ratio, immo gravior*».

<sup>66</sup> «*Leges, quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coartant aut exceptionem a lege continent, strictae interpretationi subsunt*». Il can. 1496, inoltre, come il CIC del 1983, riafferma anche il principio secondo cui la legge dubbia, non obbliga.

<sup>67</sup> BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2014, p. 69; PÉTER SZABÓ, *Tradizioni orientali e codificazione orientale, in Ius ecclesiae*, 2017, pp. 635-658. Per la manualistica concernente il sistema penale della Chiesa dopo il 1983, si rinvia anche a VELASIO DE PAOLIS, DAVIDE CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al codice di diritto canonico. Libro VI*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2000.

<sup>68</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso di Giovanni Paolo II in occasione della presentazione del Codice dei canoni delle Chiese orientali*, 25 ottobre 1990, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXIII, 1991, nn.

appunto a proposito dell'*intepretatio benevola*, è stato auspicato l'utilizzo del can. 1404 del codice orientale per integrare quello latino, essendo il principio parte essenziale della tradizione canonica<sup>69</sup>.

### 5. Un succinto epilogo: ciò che il sistema canonico può insegnare al diritto penale laico contemporaneo

Da quanto è sinora emerso – a prescindere dalla mancata espressa formalizzazione del principio della *benignior interpretatio* nel CIC del 1983 – si può concludere che il sistema penale canonico considerato nel suo complesso, ancora oggi riflette una serie di principi generali e norme cogenti risalenti alla tradizione più antica, secondo cui nel diritto penale, nel dubbio oggettivo di diritto, deve essere scelta l'opzione interpretativa più favorevole all'incolpato. La teologia morale del probabilismo ha dato pure delle imprescindibili indicazioni su come ancora oggi si possa intendere il dubbio 'ragionevole' di diritto: in primo luogo, sarà un dubbio che cade sulle caratteristiche intrinseche e oggettive delle norme e non derivante da un'ignoranza puramente soggettiva; in secondo luogo, la ragionevolezza del dubbio sulla *quaestio iuris* dipenderà dalla serietà e autorevolezza dell'ipotesi interpretativa alternativa, senza che questa debba essere necessariamente la più 'probabile', nel senso di più accreditata<sup>70</sup>.

Comparando ciò col sistema penale italiano, emerge che nello stesso, né a livello costituzionale, né codicistico, esistono delle norme che espressamente riconoscano l'interpretazione benigna, sebbene la stessa sia stata considerata – di certo in maniera non diffusa – alla stregua di una diretta implicazione dei principi costituzionali in materia penale<sup>71</sup>. Mentre altri sistemi penali laici hanno codificato il principio dell'interpretazione stretta, come quello francese<sup>72</sup>, nei sistemi sovranazionali si trovano norme che oltre a formalizzare il cri-

---

4 e 8, pp. 488 e 490; la versione in lingua italiana del discorso è consultabile all'indirizzo internet [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>69</sup> JOSEPH B. McGRATH, *The glossa ordinaria*, cit., pp. 352-353; JOHN B. HESCH, *Lack of due discretion*, in *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, vol. 52, 1992, p. 734, nota n. 42,

<sup>70</sup> V. *supra* § 3.

<sup>71</sup> La tesi è argomentata in MARIO CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in PAOLA B. HELZEL, ARTHUR J. KATOLO (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Cedam, Padova, 2012, p. 99 ss., ove comunque si sostiene la necessità d'inserire una norma, quantomeno a livello codicistico, che espliciti il criterio dell'interpretazione benevola.

<sup>72</sup> Art. 11-4 *code pénal*: «*La loi pénale est d'interprétation stricte*». Su tale norma, a livello manualistico, JACQUES LEROY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., Parigi, 2020, p. 56, ove si evidenzia che l'approvazione in Parlamento di questa norma non ha sollevato alcuna discussione. V. inoltre,

terio dell'interpretazione restrittiva, militano più propriamente anche verso il criterio dell'interpretazione benevola. È il caso dell'art. 22, co. 2, dello Statuto della Corte penale internazionale<sup>73</sup>, nonché dell'art. 6, co. 2, della Direttiva dell'Unione europea n. 2016/343 in tema di presunzione d'innocenza, secondo cui «**gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato**»<sup>74</sup>.

La tradizione modernamente maturata nel sistema penale italiano, dunque, ammette com'è noto l'interpretazione estensiva, tentando di distinguerla da quella analogica che sarebbe l'unica vietata<sup>75</sup>. Le tendenze nella penalistica italiana sono autorevolmente volte verso l'esigenza politico-criminale di sottrarsi alla *stricta* interpretazione poiché, altrimenti, il sistema si arresterebbe in una rigorosa fissità concettuale, storicamente impensabile e socialmente falsa<sup>76</sup>.

I tempi non sembrano tanto maturi, perciò, per emulare i principi in tema di *stricta interpretatio* rinvenienti nel sistema penale canonico, luogo di sedimentazione d'imprescindibili norme che, a dispetto della loro vetustà, conservano un'estrema modernità. Ancora meno maturi sembrano i tempi in Italia per una consacrazione legislativa esplicita del criterio della *benignior interpretatio*, il quale custodisce una sua autonomia rispetto a quello dell'interpre-

---

JEAN-CHRISTOPHE SAINT-PAU, *L'interprétation des lois*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, n. 2, pp. 273-285.

<sup>73</sup> «*The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted*». La norma è inserita nell'articolo dedicato al principio di legalità penale.

<sup>74</sup> In tema, sia permesso il rinvio a MARIO CATERINI, *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Politica del diritto*, 2018, pp. 327-226, ove si dimostra che il dubbio disciplinato da questa norma non può essere riferibile alla sola *quaestio facti* – com'è invalso nelle trattazioni odierne sulla presunzione d'innocenza – ma anche a quella *iuris*.

<sup>75</sup> Per la tradizionale distinzione tra interpretazione estensiva e analogica, si rinvia a MARCO BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, *passim*, spec. p. 80 ss. Sulla perdita di effettivo significato del tradizionale distinguo tra interpretazione restrittiva, estensiva e analogica, in quanto il processo esegetico sarebbe sempre analogico e la distinzione sarebbe perciò meramente quantitativa e non qualitativa, si vedano WINFRIED HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, Napoli, 2007, *passim*, spec. p. 152 ss.; ID., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 190 ss.; GIOVANNI FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 356 ss.; OMBRETTA DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 268. In senso critico sulla possibilità di individuare un effettivo confine dell'interpretazione estensiva, si veda pure TOMMASO SORRENTINO, *Il dilemma del divieto di analogia nella materia penale*, ESI, Napoli, 2001, p. 115 ss.

<sup>76</sup> Sull'inopportunità politico-criminale di restringere l'interpretazione al solo 'nucleo centrale' della norma ed escluderne l'alone marginale', si veda FRANCESCO PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato*, 2001-2002, vol. VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Cedam, Padova, 2003, p. 531; nonché ID., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 280.

tazione restrittiva. Infatti, non è sempre detto che l'interpretazione stretta sia la più favorevole per l'imputato. È stato osservato, in realtà, che in alcuni casi il giudice penale allorché tenda, tra i possibili, verso i risultati ermeneutici più sfavorevoli, dovrebbe adottare una filosofia interpretativa rigida, sterile, per nulla creativa, limitando il significato delle norme al loro nucleo di significanza testuale, evitando opzioni ermeneutiche elastiche capaci di ampliare la risposta punitiva. Al contrario, quando l'ermeneutica, in base ai principi sovraordinati, può volgere verso esiti idonei a minimizzare l'area del penalmente rilevante, l'attività del giudice dovrebbe aprirsi a opzioni interpretative più flessibili, più duttili, più feconde, che si possono proiettare pure oltre il nucleo di significanza testuale della singola norma incriminatrice per aprirsi verso opzioni metatestuali suggerite da principi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori<sup>77</sup>. In quest'ultimo caso si può realizzare quel fenomeno ove l'interpretazione più elastica anziché coincidere come sovente avviene con quella più sfavorevole, corrisponde invece a quella più favorevole la quale, comunque, dovrebbe imporsi in ragione del principio dell'*interpretatio benevola*.

La secolarizzazione del diritto penale pare avere invece congedato le radici romanistiche, canoniche e teologiche del ragionevole dubbio che, storicamente, sono nate e hanno attecchito soprattutto nel dubbio *in iure*, mentre oggi solitamente il discorso sul ragionevole dubbio è pressoché del tutto esaurito nella *quaestio facti*. Non essendo possibile ripercorrere qui neppure per sommi capi le tante implicazioni di tutto ciò, ci si può limitare a ricordare la posizione della giurisprudenza italiana di legittimità a proposito dell'applicabilità del principio d'irretroattività all'interpretazione giurisprudenziale sopravvenuta sfavorevole (c.d. *overruling in malam partem*). Prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte EDU che non ammette l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale laddove il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui è stata realizzata la condotta<sup>78</sup>, la Corte di cassazione è concorde nel

---

<sup>77</sup> Sia consentito il rinvio a MARIO CATERINI, *Il giudice penale come Ianus bifrons: un auspicabile "strabismo" interpretativo*, in *Politica del diritto*, 2017, p. 163 ss., ove si confuta la possibile obiezione secondo cui questa sorta di 'strabismo' del giudice penale sarebbe foriera di maggiore incertezza del diritto e, a monte, s'invoca il *favor rei* quale criterio capace di rendere univoca la direzione ermeneutica che il giudice dovrebbe seguire in caso di dubbio interpretativo, utile a conferire maggiore prevedibilità alle decisioni giurisdizionali e, dunque, maggiore certezza del diritto.

<sup>78</sup> Corte EDU, 22 novembre 1995, sentenze S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito; ID., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. In tema, per tutti si rinvia a FRANCESCO PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1064 ss.; MASSIMO DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*,

sostenere che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e di conseguenza – sempre la Cassazione – in tali casi nega che si tratti di una forma di retroattività della relativa regola di fonte giurisprudenziale<sup>79</sup>. Lasciando da parte molte altre possibili considerazioni, ma limitandoci a ricordare quanto prima scritto a proposito della teoria del probabilismo, è evidente che qualora nel sistema penale italiano fosse implementato formalmente il criterio della *benignior interpretatio*, le soluzioni dell'*overruling in peius* dovrebbero essere opposte a quelle attualmente disegnate dal Giudice di legittimità. Difatti, come s'è visto, se il dubbio sulla *quaestio iuris* deriva da un'opinione seria e autorevole, come potrebbe essere un precedente o un orientamento giurisprudenziale, lo stesso dubbio dovrebbe qualificarsi come ragionevole ed essere sciolto a favore dell'opzione più favorevole all'incolpato, senza neanche il bisogno che detta opzione risulti la più 'probabile', ossia la più accreditata. Non si dovrebbe trattare, dunque, di una mera opinione, magari pretestuosa, ma di un'argomentazione razionalmente collaudata, di una dottrina qualificata, anche se non incontrastata. In tal modo, lo stesso ruolo della dottrina potrebbe essere meno marginale di quello che negli ultimi tempi ha avuto rispetto alla *law in action*. D'altronde e ovviamente, la serietà dell'opzione più favorevole si potrebbe fondare anche su altri precedenti della Cassazione, anche a sezioni semplici, utili a dimostrare la non implausibilità degli argomenti *in melius*. Sembra questa una via adeguata all'integrazione della cultura del precedente con il principio del *favor rei*: una sorta di vincolatività relativa dal *dictum* giurisprudenziale solo se in *bonam partem*, soprattutto se di Cassazione. Sino a quando non si riuscirà ad allestire un apparato giudiziale imperniato sulla *benignior interpretatio* capace di arginare concretamente l'eccessiva discrezionalità del c.d. diritto vivente, probabilmente suoneranno sempre attuali le parole di Sant'Alfonso de' Liguori poste a esergo di questo lavoro.

---

2016, pp. 346 ss.; FRANCESCO VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in CARLO ENRICO PALIERO, SERGIO MOCCIA, GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, GAETANO INSOLERA, MARCO PELISSERO, ROBERTO RAMPIONI, LUCIA RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, p. 214 ss.

<sup>79</sup> Recentemente, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 11 settembre 2020, n. 25944, e *ivi* altri copiosi precedenti citati, anche delle Sezioni unite.