

BARBACOVÌ ‘CRIMINALISTA’:

SULLA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE NELLA VALUTAZIONE DEGLI INDIZI

Giovanni Rossi

1. Francesco Vigilio Barbacovi (1738-1825) incarna una delle voci più consapevoli ed originali nel vivace dibattito sviluppatosi in buona parte d'Europa negli ultimi decenni del XVIII secolo, intorno alla necessaria riforma del diritto¹. Egli si distingue tra l'altro perché la sua attività spaziò in tutti i campi su cui si articola la vita giuridica: docente in anni giovanili a Trento sulla cattedra cittadina di diritto civile già di Carlo Antonio Pilati, egli fu anzitutto alto funzionario e magistrato al servizio del principe vescovo, giungendo sino a ricoprire la carica di cancelliere aulico; nell'ultima fase della sua vita, allontanato da tale ufficio e costretto poi a confrontarsi con i rivolgimenti politici che portarono al governo del Trentino prima i Francesi e poi gli Austriaci, si dedicò alla riflessione teorica sui più vari argomenti giuridici, dimostrandosi al contempo capace di esercitare con perizia e discreto successo l'avvocatura. Peraltro, la sua copiosa produzione si distingue per qualità e versatilità. L'apporto barbacoviano di maggiore rilievo e spessore tecnico ha sicuramente riguardato l'approntamento del *Codice giudiziario nelle cause civili pel principato di Trento*, entrato in vigore nel 1788, degno di figurare nel panorama europeo come uno dei migliori prodotti di quella fertile stagione di rinnovamento in cui fiorirono i

¹ Il pieno recupero di questo giurista all'attenzione della storiografia è avvenuto non molti anni fa, per merito di un pregevole studio monografico (M.R. DI SIMONE, *Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento. Francesco Vigilio Barbacovi tra assolutismo e illuminismo*, Bologna 1992), che ha consentito di porne la figura in piena luce determinando la definitiva revisione di un datato giudizio critico, fondato su riserve generiche sul valore della sua opera (cfr. la 'voce' di C. FRANCOVICH, *Barbacovi, Francesco Vigilio*, nel *Dizionario biografico degli italiani*, VI, Roma 1964, pp. 20-21, dove si censura la sua "strabocchevole produzione a stampa", fino ad affermare che "nonostante la sua dottrina [egli] non può essere esente dalla taccia di grafomane": p. 21).

primi codici, ma tra gli scritti del Nostro sono presenti anche molti contributi relativi al diritto criminale².

2. L'attenzione per la sfera del diritto criminale appare facilmente comprensibile, ove poniamo mente al posto centrale rivestito dalla "questione penale" nel pensiero riformatore del maturo illuminismo giuridico³. Il dibattito dei *philosophes* (e più in generale di tutti coloro che avevano a cuore una riforma radicale del sistema, compresi ormai molti giuristi) si svolse serrato intorno alla necessità che la individuazione di determinati comportamenti come criminosi avvenisse unicamente per mezzo della legge e che la sanzione – anch'essa fissata dalla legge – fosse commisurata unicamente al reato commesso e non allo *status* del reo, ma si nutrì nondimeno dell'atteggiamento vivacemente critico assunto verso alcuni istituti cruciali del meccanismo processuale precodicistico deputato all'accertamento ed alla repressione dei reati, bollato dal comune sentire come iniquo e disumano nella sua conformazione tradizionale, risalente addirittura al Medioevo. In tal modo venivano posti in discussione i capisaldi stessi di quel vecchio tipo di processo e si dava luogo ad un profondo ripensamento di matrice anzitutto dottrinale ma destinato a sfociare ben presto in un'abbondante e cospicua produzione legislativa, dai caratteri formali e sostanziali fortemente innovativi, saldando inscindibilmente riflessione teorica, attività normativa e prassi giudiziale applicativa.

L'intera impalcatura dell'apparato repressivo statale, sul piano del diritto sostanziale non meno che di quello processuale, venne così, forse per la prima volta nella storia, al centro di un pubblico dibattito politico-giuridico dove le voci dei filosofi e dei giuristi, entro il vasto coro dell'*intelligentzia* del tempo, si confrontavano a tutto campo, influenzando direttamente l'azione di governo e la creazione di nuove leggi da parte dei sovrani illuminati, come nel caso esemplare dei figli di Maria Teresa d'Austria, Giuseppe II e Leopoldo II.

Allargando lo sguardo ad un orizzonte più ampio, tale relevantissima vicenda, volta all'ammodernamento della giustizia criminale, non può essere d'altro canto separata dalla affermazione *tout court* dell'illuminismo giuridico tardosettecentesco nelle sue varie ma collegate espressioni, che sviluppò una concezione globalmente alternativa rispetto al diritto di Antico Regime, ne infranse tutte le certezze e pose le fondamenta per l'av-

² Sulle maggiori opere penalistiche del Nostro si veda l'analisi avviata in M.R. DI SIMONE, *Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento*, cit., pp. 144-155.

³ Una penetrante interpretazione complessiva del fenomeno è offerta in G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, specie pp. 383-483; una trattazione estesa della materia (con ampia discussione della storiografia recente) si trova in I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 444-510; nonché in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, *passim*; importante pure ID., *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, che tocca tutti i principali nodi della "questione penale" tardosettecentesca.

vento degli opposti caratteri propri della successiva età delle codificazioni; quest'ultima si fondava, infatti, sulla *reductio ad unum* delle fonti giuridiche, nel segno della assoluta prevalenza della legge formale, assunta aprioristicamente quale sinonimo di regola chiara e certa ed elevata ad unica espressione ammissibile della vocazione del diritto a regolamentare i rapporti sociali. La legge venne così – per una precisa scelta ideologica – assunta quale valore positivo in sé, per il suo significato intrinsecamente egualitario e per la promessa implicita che recava di superamento delle differenze cetuali tipiche della società europea di Antico Regime, ormai avvertite come intollerabili sul piano politico ed economico ed invece tutelate e perpetuate dal tardo diritto comune; da tale contrasto deriva la delegittimazione e l'anelito al superamento dell'intero vecchio assetto giuridico di ascendenza medievale, che di quella diversità di *status* soggettivi era custode efficace ed interessato, poiché riconosceva in essa una realtà fattuale strutturale e l'assumeva quindi ad ineliminabile pilastro dell'organizzazione giuridica, insieme al fenomeno collegato del rigoglioso pluralismo di ordinamenti e di giurisdizioni, dominante ancora in pieno XVIII secolo⁴.

La norma legale, sul presupposto della sua generalità ed astrattezza e quindi della sua identità di contenuto a prescindere dal soggetto destinatario del comando, viene posta al centro della nuova esperienza giuridica, soprattutto ove si manifesti nella forma inedita e pregnante del codice⁵: tutto ciò è possibile in quanto essa è il prodotto dell'attività normativa esercitata dal legittimo rappresentante del corpo politico, non più scomponibile in separati *stände* e *corpora*, bensì considerato quale ente unitario dotato di un'unica volontà e di un'unica voce, quella della legge, livellatrice delle differenze formali esistenti nella società e capace d'imporre una reale riforma sociale e politica.

Se questo è il quadro complessivo, segnato dall'avvicinarsi di due civiltà giuridiche per molti versi speculari, è pur vero che i difetti, le manchevolezze e le insuperabili storture del sistema giuridico europeo antecedente alla Rivoluzione francese si manifestavano in tutta la loro insopportabile iniquità proprio in campo penalistico, suscitando le critiche e lo sdegno degli intellettuali più aperti e sensibili e dando vita ad un moto di pensiero riformatore destinato a trovare ampia risonanza nella società civile e concreta attuazione anche nelle leggi e nei codici, con i quali l'Europa cercava di lasciarsi alle spalle un assetto giuridico ormai sclerotizzato ed anacronistico, specchio di una realtà sociale e politica superata e comunque non più vitale.

3. Entro tale cornice, il presente contributo intende mettere a fuoco il pensiero barbacoviano intorno al tema della valutazione degli indizi da parte del giudice nel processo penale: si tratta di un punto specifico e ben circoscritto ma di estrema impor-

⁴ Rimandiamo, facendola nostra, alla interpretazione complessiva dell'avvento dell'esperienza giuridica contemporanea formulata in P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007³.

⁵ Su di essa basti qui rinviare ai saggi contenuti in *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000), a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Milano 2002.

tanza per definire la latitudine dei poteri in concreto spettanti al giudice per l'accertamento del fatto nel singolo giudizio, in rapporto alle determinazioni in astratto assunte dal legislatore⁶.

Sull'argomento il giurista trentino scrive un apposito trattatello, intitolato *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*: opera assai tarda, come indicato nella *Prefazione*, il *Ragionamento* è stato composto dall'autore "all'età d'anni ottantadue"⁷, con l'intento di proseguire, appunto, il prolungato ed intenso lavoro di analisi dedicato al diritto penale ed al processo connesso, appuntando l'attenzione su un aspetto di cruciale rilievo per delimitare poteri e ruolo riconosciuti dall'ordinamento al giudice. All'interno della materia probatoria, infatti, le legislazioni sopravvenute ad inizio Ottocento non hanno potuto eliminare del tutto il margine d'incertezza relativo al peso da attribuire ad argomenti ed indizi, in quella sorta di zona grigia che si interpone tra l'acquisizione di prove certe e il mancato reperimento di qualsiasi utile elemento probatorio. Il problema non può certo dirsi inedito, essendo stato dibattuto con ampiezza da tutti i maggiori criminalisti della seconda metà del XVIII secolo, ma si pone con una evidenza del tutto particolare in epoca di diritto penale codificato, poiché prospetta il rischio concreto di lasciare aperto un varco al riemergere del tanto deprecato *arbitrium iudicis*, vero obiettivo polemico della pamphlettistica illuministica settecentesca.

Barbacovi si accolla così il compito di precisare i contorni teorici del problema e di prospettare una soluzione equilibrata, capace di temperare le diverse esigenze: da un lato, infatti, milita l'interesse pubblico alla repressione dei reati e dunque all'ottenimento di una sentenza di condanna del reo anche in mancanza di prove certe e definitive della sua colpevolezza, ove supplite da indizi gravi ed univoci tali da convincere in tal senso il giudice senza lasciare adito a seri dubbi; dall'altro sta il diritto dell'imputato ad essere giudicato sulla base delle effettive risultanze processuali e ad ottenere quindi l'assoluzione ove egli non risulti 'convinto'⁸ della sua responsabilità, in forza del principio della presunzione di innocenza, valida fino a prova contraria (giudizialmente accertata). Si tratta, insomma, di far sì che l'intimo convincimento del giudice (specie ove vada nel senso della colpevolezza del *reus*) scaturisca da elementi di prova per quanto possibile oggettivi e verificabili, pur se non propriamente tali da consentire di affermare che la responsabilità dell'imputato sia dimostrata in modo pieno; a tale condizione i sistemi giudiziari di primo Ottocento ammettono che si giunga ad una condanna anche nell'ipotesi in cui ci si possa fondare soltanto su indizi tali da far intuire, da far 'sentire' la verità, senza tuttavia offrirne la piena dimostrazione.

⁶ Ottima la ricostruzione dogmatica e storica del problema in M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, specie pp. 5-266.

⁷ È stato infatti dato alle stampe nel 1820: *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali. Ragionamento del conte F.V. Barbacovi*, Milano 1820 (citazione nel testo da p. 5).

⁸ In proposito cfr. L. GARLATI GIUGNI, *Il diabolico intreccio. Reo convinto e indizi indubitati nel commento di Bartolomeo da Saliceto (C. 4.19.25): alle radici di un problema, in "Panta rei". Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di O. CONDORELLI, II, Roma 2004, pp. 387-419.

Il punto è particolarmente delicato, perché in qualche misura riapre le porte all'arbitrio del giudice e quindi espone al pericolo di reintrodurre quell'immotivata disuguaglianza di trattamento da caso a caso, prodotto inevitabile della discrezionale valutazione degli indizi da parte dell'organo giudicante, che era stata proprio il fattore scatenante della radicale critica illuministica al diritto penale d'Antico Regime. Collocare di nuovo per tale via al centro del concreto esercizio della giustizia criminale l'insindacabile decisione del giudice significa, in fondo, porre in dubbio lo stesso principio della riserva assoluta di legge su cui ad inizio Ottocento si fonda ormai il moderno sistema criminalistico, ben espresso dal celebre brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esteso certo anche all'attività di acquisizione e valutazione delle prove.

La soluzione opposta, d'altra parte, capace di salvaguardare appieno la subordinazione del giudice alla legge in ogni momento dell'*iter* processuale, sul presupposto che egli debba soltanto procedere a quel sillogismo perfetto invocato da Cesare Beccaria a garanzia dell'imparzialità del giudizio⁹, è salvaguardata solo da un regime di prove legali, per altro verso tipico del vecchio diritto precodificato¹⁰ e introduce una rigidità nell'accertamento del fatto che cozza con il tentativo di giungere in primo luogo alla verità, onde determinare correttamente e con esattezza le effettive responsabilità dell'imputato nella commissione del reato.

4. Il problema viene con chiarezza impostato sul piano teorico nelle pagine iniziali dello scritto, dove Barbacovi fornisce un preliminare inquadramento della materia: per condannare un uomo come reo occorre una piena prova della sua colpevolezza, che non si raggiunge raccogliendo semplici indizi; d'altra parte questi, intesi quali elementi probatori utili a far ritenere un determinato fatto od una concatenazione di eventi probabili, ma non certi, in virtù delle comuni regole d'esperienza, assumono una rilevanza che non deve essere trascurata, potendo addirittura in alcuni casi apparire così forti da determinare la certezza morale del giudice:

Vi vuole una certezza morale che l'accusato sia reo del delitto imputatogli, e perciò vi vuole una serie d'indizi tali e di tanta forza, che insieme riuniti producano in ogni uom ragionevole quell'intimo convincimento che sgombri dall'animo e rimuova ogni dubbio [...] gl'indizi talvolta essere possono in tanto numero, e di tal peso e tal forza, che portino la cosa a quel massimo grado di probabilità la quale pienamente persuade l'animo nostro, e ne toglie e sgombra ogni dubbio¹¹.

⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento, a cura di F. VENTURI, Torino 1965, § IV. *Interpretazione delle leggi*, pp. 15-16. Per una riconsiderazione delle tesi penalistiche del Beccaria, cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, cit., pp. 190-222.

¹⁰ Ricostruisce il sistema della prova legale nello *ius commune* e nelle dottrine della prima modernità G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo medio e moderno*, Napoli 1979.

¹¹ F.V. BARBACOVÌ, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, cit., Cap. I, pp. 8 e 10.

Per “certezza morale” si deve intendere quella certezza intorno alla verità di un fatto, per cui “ella non dimostra l’assoluta impossibilità del contrario, ma ella è tale però che noi vi veggiamo con una grandissima probabilità questa impossibilità del contrario [di modo che] è giusto l’acquietarvisi”: sulla base dell’esperienza comune la verità di cui fa fede è dimostrata al di là del ragionevole dubbio, tanto che “niun uomo di ragione dotato può negarle o ricusarle il suo assenso”¹². Le conseguenze che si traggono da simili premesse paiono dunque ben plausibili, nel senso di escludere categoricamente che un indizio possa indurre tale certezza, ma anche di ammettere che una pluralità di indizi concordi sommati insieme possa invece convincere pienamente il giudice:

[...] quando una o più ragioni, che tendono a farci credere un fatto, ci fanno solo sospettare o rendono solo verisimile la cosa di cui si tratta [...] allora esse non formano una prova, ma un sospetto soltanto o un indizio. Un indizio però può esser fortificato da uno o più altri indizi che tendono allo stesso scopo, quando ciascun degli indizi ha la sua forza particolare; imperciocché allora gli uni venendo all’appoggio degli altri, possono colla loro riunione e col loro cumulo formare un complesso di ragioni dimostranti la verità dell’accusato, e produrre una piena certezza morale¹³.

In prima approssimazione, dunque, Barbacovi non sembra ravvisare difficoltà nell’aderire alla tradizionale dottrina della rilevanza degli indizi, calcolata secondo le regole di una complicata e sofisticata contabilità probabilistica¹⁴; il legislatore deve a suo avviso ammettere l’ipotesi che si dia “un concorso d’argomenti o d’indizi che pel loro vicendevole appoggio formano una certezza morale” ed in tal caso “dee dar loro la forza d’una prova legale, ed ordinare che il reo sia condannato interamente nella pena al suo delitto dovuta”. D’altra parte, la legge non può fare di più, cioè “prescrivere un metodo certo ed infallibile, onde valutare con un’esattezza matematica le prove o gli indizi in ciascun caso”; la conclusione appare dunque obbligata: dopo decenni di polemiche e di battaglie per far sì che il giudice cedesse lo scettro al legislatore e si adattasse ad un ruolo meramente esplicativo-esecutivo della norma di legge, gli estremi paiono toccarsi e, chiuso il cerchio, in pieno Ottocento e sotto la vigenza del codice tutto viene ancora rimesso “al discernimento ed alla penetrazione [...] alla religione, ai lumi ed alla perspicacia de’ giudici”¹⁵, con una motivazione che

¹² *Ibidem*, p. 10.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁴ Si veda la ricostruzione attenta della nozione di prova indiziaria nel diritto comune offerta da I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna*, Milano 1995; sulla valutazione degli indizi ‘secondo coscienza’ cfr. A. CAVANNA, *La “coscienza del giudice” nello stylus judicandi del Senato di Milano*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano 1999, pp. 581-626: 601-613.

¹⁵ F.V. BARBACOVI, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, cit., Cap. II, p. 14.

non tollera obiezioni: “perché la condizione delle cose umane non permette di poter fare altrimenti”¹⁶.

La difficoltà di raggiungere una prova piena e quindi di punire i colpevoli di delitti anche gravi se non ricorrendo alla valutazione degli indizi, con il pericolo concreto di “compromettere la sicurezza e la tranquillità de’ cittadini”¹⁷, beni supremi da tutelare con ogni mezzo, non lascia spazio alle cautele garantiste di quanti paventano l’errore giudiziario e toglie forza alle tesi di stampo illuministico contrarie alla attribuzione di un potere di valutazione arbitrario in capo al giudice.

5. Peraltro Barbacovi sa bene che la sua posizione non è condivisa da tutti e che in proposito sussiste un dibattito teorico vivace (in realtà risalente agli ultimi decenni del XVIII secolo), di cui non è possibile tacere: egli elegge perciò a rappresentante della dottrina avversa la voce autorevole di Gaetano Filangieri¹⁸; l’attualità del dibattito rende tra l’altro evidente come, nonostante tutto, l’avvento dei codici non abbia risolto ogni problema né reso superfluo il lavoro del giurista, che può e deve continuare la sua opera di *interpretatio* su qualsiasi fonte normativa, senza acquietarsi nella pura esegesi della legge. In concreto Filangieri, nel libro terzo, dedicato alla procedura criminale (1783), della sua *Scienza della legislazione*¹⁹ sostiene l’adozione di un modello misto, o composito, nel quale il giudice dovrebbe al contempo rispettare il criterio legale posto per la valutazione delle prove e tener fede alla certezza morale raggiunta nella propria coscienza, con la conseguenza, rigettata con decisione dal Nostro, che potrebbe dare risposte confliggenti sui due diversi piani, negando di esser convinto in coscienza della responsabilità di taluno indicato invece come colpevole applicando il criterio legale di valutazione della prova, o viceversa; solo in presenza di risultanze concordi la decisione potrebbe esser presa, negando così l’assoluta pre-va-lenza dell’applicazione del puro criterio legale ovvero del solo convincimento del giudice²⁰. Barbacovi rileva però in tale impostazione un grave errore logico:

Il giudice dunque, sia nel condannare, sia nell’assolvere, non può che seguire e non segue mai se non quella certezza vera o falsa ch’è nell’animo suo. Se la certezza

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁸ *Ibidem*, Cap. III, dove *Si confutano i divisamenti intorno alla certezza morale ne’ criminali giudizi, del cavalier Filangieri* (pp. 19-25).

¹⁹ Opera giustamente famosa e senz’altro fuori dal comune, non a caso scelta dal Nostro a rappresentare simbolicamente la parte migliore della dottrina giuridica dell’epoca; per l’interpretazione del pensiero del Filangieri ‘penalista’ cfr. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano 1989, pp. 169-186; per uno sguardo complessivo a tale autore si veda I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine*, cit., pp. 510-537, con ulteriore bibliografia.

²⁰ La dottrina è illustrata in G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro III, Parte I, *Delle leggi criminali. Della procedura*, parte III, cap. IX-XV (ci siamo valse dell’ed. critica diretta da Vincenzo Ferrone, il cui vol. III è curato da F. Toschi Vespasiani).

ch'è nell'animo suo, è vera, e si accorda con quella che risulta dalle prove giuridiche che sono negli atti, egli pronunzierà una giusta sentenza. Se poi la certezza ch'è nell'animo suo, non è conforme alle prove giuridiche risultanti dagli atti, egli non può che pronunciare una sentenza ingiusta; ma egli segue sempre, sì nell'uno che nell'altro caso, ciò che gli detta la sua coscienza, sia ella vera, o sia falsa ed erronea²¹.

Altrettanto fallace ed impraticabile sarebbe l'idea del Filangieri di distinguere tra giudici del fatto e giudici del diritto, per cui i primi – in accordo con quanto già visto – dovrebbero dare tre diversi responsi, in sequenza, circa l'esistenza della prova legale, la verità dell'accusa, il grado del delitto, con quella distinzione riprovata da Barbacovi tra risultanze delle prove legali e certezza morale. Il giudice potrebbe cioè dichiarare esistente la prova legale ma ugualmente non provata l'accusa, perché non definitivamente convinto della colpevolezza dell'imputato, con la conseguenza che

in tal guisa sarebbe sempre in potere de' giudici del fatto di lasciar impunito e riporre nella primiera libertà qualunque malvagio, per quanto fosse convinto del suo delitto, sul pretesto che la loro certezza morale, ossia la loro persuasione non si combina colla prova legale risultante dagli atti; dottrina assurda, e di cui niun'altra potrebbe essere più perniciosa alla sicurezza e tranquillità pubblica²².

Ciò significherebbe non il contemperamento equilibrato di due diversi sistemi, ma la reintroduzione surrettizia del pieno *arbitrium* del giudice, per mezzo del reale prevalere del principio della libera convinzione: tesi palesemente erronea epperò pericolosa per la rinomanza dell'autore che l'ha formulata, "perché gli errori degli scrittori celebri possono divenire e divengono talvolta gli errori pure de' legislatori"²³.

Barbacovi non appare interessato a fare sfoggio di dottrina citando e discutendo le tesi di altri autori, che pure certamente conosce, né a recuperare le articolate categorie tecniche elaborate nei secoli²⁴; in effetti, l'argomento è delicato e, come abbiam rilevato, tutt'altro che nuovo e risulta anche a fine Settecento tra i più dibattuti in dottrina, invariabilmente trattato da ogni scrittore di cose criminali: Paolo Risi, Luigi Cremani, Tommaso Nani, Francesco Mario Pagano, Filippo Maria Renazzi, Giovanni Carmignani – per citare solo alcuni dei maggiori, operanti in contesti diversi – dedicano tutti al tema attente riflessioni, il cui rilievo non è sfuggito alla recente stori-

²¹ F.V. BARBACOVI, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, cit., p. 22.

²² *Ibidem*, p. 25.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Si veda e.g. il cap. XIV, *De indiciis et argumentis*, in PHILIPPI MARIAE RENAZZI... *Elementa juris criminalis liber III. De iudiciis criminalibus*, Editio altera Romana et quinta Italica, Romae 1802, pp. 173-204, dove il penalista romano fornisce la definizione d'indizio e ne dà una classificazione e un elenco ragionato, citando tra gli altri autori quali Carpzov, Böhmer, Menochio, Matthes, Claro, Bossi, ma anche Bianchi, Bruni, Tabor, González (l'opera risale nella I ed. al 1781).

grafia giuridica²⁵. La rinomanza di Filangieri, la caratura del suo pensiero e l'originalità della soluzione proposta hanno probabilmente indotto il giurista trentino a deviare brevemente dal suo intento precipuo, ch'è piuttosto quello di concentrarsi sulla dissonante disciplina prevista da "le regole prescritte dai moderni Codici criminali di due delle più grandi monarchie d'Europa"²⁶.

6. Il fatto singolare e nuovo per il giurista d'inizio Ottocento è dato infatti dalla presenza sul suo tavolo di lavoro del codice, monumento all'ambizione illuministica di creare un corpo normativo chiaro, certo e completo; novità accompagnata però, sul punto che ci interessa, da una difformità di disciplina chiaramente indicativa della difficoltà di raggiungere un ponderato punto di equilibrio tra le diverse esigenze: i due possibili corni dell'alternativa – come rilevato da Barbacovi – sono stati infatti tradotti ad inizio secolo in due testi legislativi pressoché coevi ma di contenuto opposto, rispettivamente cioè nel *Codice criminale Austriaco*²⁷ e nel *Codice criminale di Francia*²⁸ (in verità, il nostro autore qui si confonde e fa riferimento in concreto alle norme del *Codice di Procedura penale del Regno d'Italia*²⁹, il c.d. 'Codice Romagnosi', entrato in vigore nel 1807, che non è diretta filiazione di quello francese, ma che nasce comunque sotto la condizionante influenza culturale e politica, oltre che giuridica, transalpina).

²⁵ Si vedano le ricerche di E. DEZZA, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano 1992 (dedicato al *De indiciis* del Nani, del 1781, il volume offre anche una rapida carrellata su alcuni autori coevi: pp. 113-129); C. COGROSSI, *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla "certezza morale" antesignana del libero convincimento del giudice*, "Rivista di storia del diritto italiano", LXXIII (2000); pp. 121-235 (sul Barbacovi, tuttavia, solo brevi cenni in Dezza, pp. 126-127).

²⁶ Come affermato sin dalla *Prefazione*, p. 4.

²⁷ Barbacovi intende con ciò riferirsi al *Codice generale de' delitti e delle gravi trasgressioni di polizia*, designato poi come *Codice penale universale austriaco*, promulgato nel 1803 dall'imperatore Francesco II, la cui vigenza fu estesa al Regno Lombardo-Veneto a far data dal 1° gennaio 1816, sostituito soltanto nel 1852 dal nuovo *Codice penale generale* dell'Impero di Francesco Giuseppe. Il testo è ora disponibile in ristampa anastatica (Padova 1997) nella traduzione ufficiale in lingua italiana per i territori italiani dell'Impero (la seconda, del 1815); su di esso cfr. E. DEZZA, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, ivi, pp. CLV-CLXX-XIII, poi in ID., *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova 2001, pp. 141-169; nonché A. CAVANNA, *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel codice penale austriaco del 1803*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano 2002, pp. 101-144, poi rifluito in ID., *Storia del diritto moderno in Europa*, II, cit., pp. 314-335.

²⁸ Si tratta del *Code des délits et des peines* del 3 Brumaio dell'anno IV (cioè 25 ottobre 1795), redatto da Merlin de Douai, che legiferava tanto sul diritto penale quanto sulla procedura penale, succeduto alle leggi del 1791 e sostituito poi dal *Code d'Instruction Criminelle*, approvato dopo lungo lavoro preparatorio nel 1808 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1811 (di nuovo separato dal diritto sostanziale, consegnato invece ad un nuovo *Code des Délits et des Peines*, varato nel 1810).

²⁹ Su questo testo e sui suoi antecedenti prossimi si veda E. DEZZA, *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova 1983; nonché i materiali raccolti in ID. (a cura di), *Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico*, Milano 1985.

Nel primo testo l'assillo di escludere ogni spazio discrezionale in capo all'organo giudicante conduce a dettare una normativa dettagliatissima ed in apparenza esaustiva che prescrive minuziosamente quali indizi debbano essere presi in considerazione dal giudice (che dunque ne dovrà partitamente dar conto nella sentenza). In realtà, come inevitabile conseguenza della sua analiticità, la previsione del § 412 (Parte I del Codice) si rivela lacunosa e dall'efficacia assai dubbia e l'ansia di predefinire rigidamente ogni possibile circostanza fattuale rilevante ai fini della individuazione dell'autore materiale del reato si trasforma in un formidabile limite alla possibilità di acquisire e valutare ogni indizio scaturito dalle indagini; in tal modo si svela il vero obiettivo della norma, volta non tanto a consentire l'impiego di ogni elemento probatorio, pur se incompleto ed indiziario, nel giudizio, quanto a limitarne la libera valutazione da parte del giudice, per rendere effettiva la sua subordinazione alla legge anche nella fase dell'accertamento del fatto, oltre che in quella della sua qualificazione *de iure*³⁰. In tal modo assistiamo ad una paradossale ma pur plausibile inversione di segno della disciplina in materia: il sistema di prove legali, tipico dell'Antico Regime ed identificato con una procedura assai poco garantista e rispettosa dei diritti dell'imputato, anche perché incastonato entro il rito inquisitorio, riprodotto nel codice austriaco certamente con finalità illiberali, finisce tuttavia per mostrare un risvolto 'liberale', a tutela del *reus*: questi viene posto al riparo dall'esercizio arbitrario dei poteri del giudice proprio dalle minuziose previsioni legali che incanalano il procedimento entro argini molto costrittivi per tutti i soggetti in esso coinvolti³¹. Tale impostazione risulta evidente già dal testo del I comma (dedicato nella prima parte all'omicidio ed alle lesioni personali):

Ove si tratti di un omicidio o lesione corporale d'altra sorte, dovrà chiaramente constare dall'inquisizione della preesistenza dell'odio, inimicizia, gelosia, ira, sdegno, o somigliante veemente passione nodrita dall'incolpato contro la persona o uccisa, o lesa, della precedente minaccia di morte, o di ferite, o almeno dell'esternato desiderio per parte dell'incolpato, sia per avidità di guadagno, o per qualunque altra vista di privato interesse, o per rimuoversi un qualche impedimento.

L'attitudine casistica di questa norma viene poi esaltata con rigorosa consequenzialità nel II comma, che si risolve in una lunga lista tassativa di circostanze cui *ex lege* si riconnette la qualità d'indizi e quindi un prestabilito valore probatorio³².

³⁰ Per queste valutazioni si veda l'estesa analisi della norma svolta nel Capo IV, alle pp. 26-43.

³¹ In tal senso si veda la perspicua lettura di E. DEZZA, *L'impossibile conciliazione*, cit., pp. CLXXVIII-CLXXXIII, ripresa adesivamente da A. CAVANNA, *Ragioni del diritto e ragioni del potere*, cit., pp. 325-326 e 332-333.

³² "Oltre tutto ciò dovranno concorrere e provarsi legalmente contro l'incolpato almeno due delle qui sotto espresse circostanze, cioè: a) Che l'uccisione o lesione siasi commessa con uno strumento posseduto in quel tempo dal solo incolpato. b) Che l'incolpato sia stato veduto nel luogo del commesso delitto, e in quell'epoca precisa, senza ch'egli possa con verisimiglianza dimostrare un altro affare o causa che ve lo abbia condotto. c) Che dopo la divulgazione del delitto abbia l'incolpato senza qualche altro plausibile

La scelta del codice austriaco si pone così agli antipodi di quella operata nel coevo codice del Regno italico, parallela a quella dei codici francesi (anche se svincolata dall'istituto della giuria penale, centrale nel sistema francese e non previsto invece in Italia)³³: nel secondo caso, infatti, in spregio al tradizionale vincolo imposto dalla previsione di prove legali, il legislatore ha concesso totale libertà al giudice nella considerazione delle prove raccolte (e dunque anche nella valutazione degli indizi)³⁴, come si legge nell'art. 300 del libro II:

I giudici non adducono motivi de' loro giudizi sul fatto imputato. Questa parte di giudizio non è che l'espressione dell'intima convinzione che producono nell'animo dei giudici i mezzi di prova raccolti secondo la legge.

Il concetto chiave qui impiegato è quello della "intima convinzione" che deve formarsi "nell'animo dei giudici" e che non abbisogna di dimostrazione né, tantomeno, di argomentata e convincente esplicitazione nella motivazione della sentenza, espressamente sottratta, per tale aspetto, al sindacato di legittimità della cassazione³⁵.

motivo presa la fuga, o siasi tenuto nascosto. d) Ch'egli sia stato sorpreso con istrumenti atti a commettere il delitto scopertosi, de' quali egli non fosse per altro solito servirsi. e) Che precedentemente al delitto siasi esso veduto celato o come in agguato nel luogo solitamente frequentato dall'ucciso o dal ferito. f) Che sianglisi scoperti o nella persona o ne' vestimenti de' contrassegni del commesso delitto, o della resistenza da esso incontrata nel commetterlo. g) Che siasi ritrovato presso l'incolpato, o che inseguito nella fuga abbia gettato qualche cosa che fosse presso dell'ucciso o ferito, allorché fu commesso il delitto". Non muta l'impostazione della prescrizione dettata per i delitti diversi dall'omicidio e dalle lesioni personali, nel comma finale dello stesso § 412 della Parte I del *Codice criminale Austriaco*.

³³ Il *Code Merlin* si ispira sul punto allo stesso principio della *intime conviction* del giudice, espresso in modo vivo ed eloquente nell'art. 372 (che riprende le parole della legge del 29 settembre 1791), conservato poi dal *Code d'Instruction Criminelle* del 1808, che ne riproduce pressoché intatta la norma, nell'art. 342 (ancora presente nell'art. 353 del *Code de procédure pénale* del 1958). Essa si giustifica, nel contenuto e nel tenore, per l'adozione nel processo penale rivoluzionario della giuria popolare, introdotta nel 1791 e sopravvissuta nonostante tutto anche nel codice ottocentesco; questa l'istruzione rivolta ai giurati del *jury de jugement*: "La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils ne sont convaincus. Elle ne leur prescrit point de règles, desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve [...] elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: *Avez-vous une intime conviction?*". Su tutto ciò si veda anzitutto A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris 1882, rist. anast. Frankfurt am Main 1969, pp. 417-558; nonché M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 145-179; cfr. anche A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, II. *La procédure criminelle*, Paris 1979, pp. 136-145; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2000, pp. 353-405; sull'introduzione della giuria penale cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai «Philosophes» alla Costituente*, Milano 1994.

³⁴ Sul punto E. DEZZA, *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807)*, cit., pp. 336-340.

³⁵ La norma suindicata, infatti, viene confermata e resa effettiva mediante il coordinato disposto dell'art. 538, che vieta il ricorso avverso la sentenza in quanto viziata sul punto della valutazione del fatto, spettante – ex art. 300, come abbiamo visto – alla piena discrezione del giudice: "La corte di cassazione rigetta ogni ricorso nella parte che percuotesse direttamente il giudizio del fatto riservato all'intima convinzione dei giudici". Di tutto ciò Barbacovi dà conto nel Capo V del suo scritto, alle pp. 43-48.

Un affidamento totale alla coscienza del giudice ed alla sua capacità di giudizio, guidata dalle risultanze processuali, dunque, nel modello codicistico francese adottato anche nel Regno italo, contrapposto in quello austriaco ad una meticolosa contabilità dei più vari elementi indiziari che vuol privare il giudice di qualunque autonomia valutativa, quasi per dare letterale attuazione al monito del Beccaria che metteva in guardia dalla “fatale licenza di ragionare” dei giudici, formidabile cavallo di Troia per l’affermazione dell’arbitrio e dell’ingiustizia³⁶. L’oggettiva contrapposizione delle due discipline risalta in piena luce ed evidenza a chiare lettere, per il giurista che si interroga sulla migliore scelta in proposito, un nodo problematico da sciogliere, reso paradossalmente insolubile proprio in virtù dell’avvento del codice, carico di un’aspettativa quasi fideistica di razionalizzazione e certificazione del quadro normativo, per il valore di testo esaustivo e strettamente vincolante per l’interprete che connota questo tipo di fonte. Azzerata l’autonomia interpretativa del giudice ed il suo *arbitrium*, resa corredo puramente esplicativo l’esegesi dottrinale svolta sul testo legale, rimane comunque sul tappeto – sia pure solo *de iure condendo* – il quesito circa la individuazione di un accettabile punto di equilibrio tra le diverse istanze incarnate dai due modelli codicistici.

7. Fissata in modo chiarissimo in entrambi i casi la scelta del legislatore, Barbacovi, tradendo in tal modo la sua formazione di giurista d’*Ancien Régime*, abituato ad influire in modo diretto sul diritto positivo con la forza delle opinioni espresse ancor prima che facendosi docile e sapiente strumento della volontà sovrana nell’attività di redazione delle leggi, non può contentarsi di un ruolo meramente ancillare: spetta anzitutto al giureconsulto di proporre (non più direttamente al giudice, bensì al sovrano legislatore) soluzioni ben calibrate per ogni problema. Il fatto che i due codici citati adottino discipline opposte, ciascuna delle quali non esente da gravi pecche nella sua unilateralità, rappresenta la dimostrazione lampante del fatto che persino il codice non può sottrarsi alla feconda dialettica legge-dottrina-giurisprudenza pratica per proclamare una sua aprioristica e (in quanto tale) ideologica autosufficienza.

Per un verso, la soluzione asburgica non convince Barbacovi, che oppone un’obiezione improntata ad uno sperimentato realismo, giustamente scettico di fronte all’idea che la legge possa effettivamente prevedere ogni caso ed ogni circostanza:

Essendo infinito il numero delle circostanze che accompagnano le umane azioni, così infiniti pur sono gl’indizi che dimostrar possono l’autor d’un delitto, e una continua esperienza fa vedere immensa essere la moltitudine degli argomenti che le circostanze possono somministrare. Io credo dunque che il legislatore non debba stabilire né determinare alcuna di cotali circostanze, perché esser non possono determinate nell’infinita varietà de’ casi che tuttodi avvengono, dissomiglianti e diversi gli uni dagli altri³⁷.

³⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § IV. *Interpretazione delle leggi*, p. 17.

³⁷ F.V. BARBACOVÌ, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, cit., p. 43.

Ma, d'altro lato, neppure la via franco-italiana pare soddisfacente, poiché "espone l'innocenza ai più manifesti pericoli, e dà un arbitrio funesto e dispotico nelle mani de' giudici"; non è infatti chi non veda che in tal modo "viene a lasciarsi al giudice un illimitato ed impunito arbitrio sulla vita, sull'onore e sulla libertà del cittadino"³⁸; ciò risulta inaccettabile per la sensibilità del giurista d'inizio Ottocento, memore della lunga battaglia condotta per il superamento del sistema giudiziario d'Antico Regime e custode convinto dei risultati ottenuti: tra essi figura anzitutto la detronizzazione del giudice dal ruolo di arbitro-despota delle sorti del processo, non più titolare di un potere pressoché privo di limiti che lo conduceva – nelle sue espressioni apicali – a giudicare "*tamquam Deus*"³⁹, bensì ridotto in una condizione di stretta subordinazione alla legge.

La soluzione proposta dal Nostro cerca dunque di contemperare l'esigenza di certezza e predeterminazione legale del valore degli indizi con la confliggente necessità di tenere adeguatamente conto nell'accertamento del fatto delle innumerevoli circostanze che possono tradursi in significativi indizi di colpevolezza. La via indicata per raggiungere un ragionevole punto di equilibrio poggia sulla prescrizione al giudice da parte del legislatore non di lunghi elenchi tassativi di circostanze già valutate a priori come rilevanti, ma di criteri espressi e stringenti che il giudice ha l'onere di utilizzare per fornire nel caso di specie quella concreta valutazione che non può essergli comunque sottratta. Barbacovi non esita ad indicare quelli che gli paiono irrinunciabili, elencandoli ordinatamente: 1. anzitutto la richiesta di una pluralità di argomenti (a meno che non si tratti di un argomento necessario) ovvero di indizi (disgiunti e indipendenti fra loro) per formare la prova legale; 2. la prescrizione che la prova di ciascun indizio si abbia "colla deposizione di due testimoni idonei", pena il vincolo di valutare quello provato con un solo testimone come "indizio leggero"; 3. l'obbligo posto per il giudice di tener comunque conto anche degli "indizi non gravi e leggeri [...] poiché quando sono molti, possono insieme uniti formare un indizio grave, e congiunti ad altri gravi argomenti ed indizi produrre col loro complesso una piena prova ed una morale certezza"; 4. l'indicazione di considerare la deposizione di un solo testimone oculare del fatto

³⁸ *Ibidem*, Cap. V, pp. 44-45. Il ragionamento assume qui accenti e contenuti di chiara matrice beccariana: "Il convincimento particolare d'un giudice non dee bastare, perché questo convincimento dipende dalle disposizioni particolari dell'animo di colui che giudica. La prevenzione favorevole o contraria nell'animo d'un giudice, la sua maniera particolar di vedere o di pensare, ed altre molte cose possono muovere un giudice a credere indubitamente l'accusato reo del delitto imputatogli, e produrre un'intima convinzione nell'animo suo, quantunque i mezzi di prova e gli argomenti ed indizi che risultano dagli atti della causa, non sieno punto atti a formare una prova legale" (*ibidem*).

³⁹ Si tratta della nota formula usata per designare l'amplissima discrezionalità del Senato milanese: in proposito cfr. da ultimo A. MONTI, *Iudicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2003.

principale come mero indizio e non come prova piena; 5. l'obbligo per il giudice di valutare anche gli indizi che militino a favore dell'accusato⁴⁰.

In tal modo il ruolo del giudice non è annullato od ingiustamente deprezzato sulla base di una scelta miopemente ideologica, ma al contempo esso viene opportunamente circoscritto e reso sindacabile *ex post* su basi oggettive, perché risulterà facile verificare se siano state applicate correttamente ovvero violate le regole di giudizio indicate. Vincolare il giudice alla pura applicazione di un testo di legge tassativo e giocoforza non esauriente sarebbe insensato, poiché comporterebbe l'impossibilità di tener conto in moltissimi casi delle concrete circostanze emerse dalle indagini e non consentirebbe di giovare degli indizi di colpevolezza pur quando apparissero del tutto convincenti. Il ricorso all'istituto della certezza morale, ove applicato secondo le indicazioni suesposte, sembra dunque al Nostro conforme al buon senso e senz'altro necessario per una buona amministrazione della giustizia, nonostante il pericolo non remoto di un suo utilizzo arbitrario da parte del singolo giudice; d'altra parte, ogni uomo che voglia "godere il vantaggio di vivere sicuro nello stato civile sotto la protezione delle leggi", e che per tale fine sacrifica di buon grado "una parte di quella libertà di cui godea nello stato di natura", deve anche essere disposto al "sacrificio d'una piccola porzione della sua personale sicurezza ne' giudizi criminali"⁴¹, giusto prezzo da pagare per il buon funzionamento della macchina repressiva dello stato.

⁴⁰ F.V. BARBACOVÌ, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, cit., pp. 45-47.

⁴¹ *Ibidem*, p. 18.