

Domenico Pulitanò

Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi

1. *Etica della verità ed etica del dubbio nel paradigma cognitivo del garantismo*

Il dubbio inteso come virtù etica e civile, è il tema proposto (citando uno scritto intitolato ‘contro l’etica della verità’) dal documento di presentazione del seminario 2019. Il dubbio “*nasce a guisa di rampollo / al piè del vero*”, leggiamo in Dante, Paradiso, IV, 130-31. L’etica del dubbio va intesa contro l’etica della verità, o come un suo aspetto, una dimensione critica *al piè del vero*?

Con specifico riguardo al diritto penale e alla sua attuazione giudiziaria, il tema del dubbio si pone sullo sfondo di un paradigma epistemologico e normativo che presuppone la possibilità e avanza la pretesa di certezza del diritto, e di verità attingibili sul mondo di fatti e di valori rilevanti per il diritto. È il paradigma cognitivo del garantismo, presentato Luigi Ferrajoli

come uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare, rispetto ad altri modelli di diritto penale storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l’arbitrio¹.

Del garantismo penale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, la legge generale e astratta che pone i precetti, i criteri di attribuzione di responsabilità e le regole relative alla risposta al reato; sul piano processuale un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie «la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazio-

¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 6.

ne»². Per la *giustizia penale* la verità *fa problema*: è una condizione *necessaria*; non di per sé sufficiente, se per giustizia intendiamo un valore non meramente epistemico.

Oltre il ragionevole dubbio, è il criterio epistemologico ed etico dell'affermazione di responsabilità. Non è un principio meramente processuale, bensì il risolto processuale del principio sostanziale di legalità. Accontentarsi di un accertamento 'probabilistico' significherebbe aprire la strada all'affermazione di responsabilità in casi in cui sia possibile "non esservi stato delitto nessuno"³ o l'imputato possa essere innocente. L'etica del dubbio, sottesa al paradigma cognitivo del garantismo, non è contro l'etica della verità: ne è la dimensione critica.

La rilevanza del dubbio nell'applicazione del diritto penale è per così dire speculare alla rilevanza del dubbio (sul fatto e sul diritto) per il soggetto che agisce (che ha agito, nella prospettiva del giudizio penale). In un ordinamento penale fondato sul principio di legalità e sul principio di colpevolezza, l'agire in stato di dubbio è questione che ha rilievo per l'imputazione soggettiva. Ha a che fare con i confini del dolo, che talora (di regola nell'ambito dei delitti) sono confini della responsabilità penale, e talora confini oltre i quali si pone il problema di una diversa (meno grave) responsabilità. Ha a che fare con i problemi di individuazione di cautele doverose, di possibile rilevanza ai fini della colpa. I problemi del dubbio attraversano a tutto campo la teoria del reato.

Ragionare sul dubbio epistemico significa ragionare sulla verità, fare un uso scettico dell'idea di verità, nel senso indicato da Franca D'Agostini: l'idea di verità orienta la *skepsis*, la ricerca. Usiamo la funzione 'verità' per inferire, dubitare, discutere⁴. L'idea della verità come corrispondenza⁵ definisce "ciò che intendiamo quando diciamo che una proposizione o una teoria è vera"⁶, "non appartiene a un regno più sublime dell'umile dominio dei fatti"⁷; lascia aperti tutti gli interrogativi, se e come la verità di asserzioni su fatti possa essere verificata.

² Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 8.

³ F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, Fratelli Cammelli, 1910, p. 59. Per un particolare approfondimento di questo tema, da parte di un maestro del diritto penale sostanziale, F. Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴ F. D'Agostini, *L'uso scettico della verità*, in G. Forti, G. Varraso, M. Caputo (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene, 2014, pp. 25 s.

⁵ Fra i tanti, K. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 382 s.; F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011. Nel mondo dei giuristi italiani, il recupero epistemologico dell'idea di verità come corrispondenza ha trovato chiara e ferma esposizione dalla penna autorevole di M. Taruffo, *La semplice verità*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Ma già Id., *Sui confini*, Bologna, il Mulino, 2002.

⁶ Ch. Larmore, *Dare ragioni*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2008, p. 48. «Le teorie filosofiche della verità, più o meno ambiziose, hanno quasi certamente una storia, mentre non ce l'ha il concetto di verità»: B. Williams, *Genealogia della verità*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 62.

⁷ D. Marconi, *Per la verità*, Torino, Einaudi, 2007, p. 151.

In questa sede propongo una ricognizione di problemi concernenti il dubbio – sul diritto o sul fatto – dall’angolo visuale del giurista che studia il diritto o che partecipa al processo.

2. *Verità e potere*

La verità – ha scritto Hannah Arendt – se

considerata dal punto di vista della politica, ha un carattere dispotico. Essa è per questo odiata dai tiranni, che giustamente temono la concorrenza di una forza coercitiva che non possono monopolizzare, e gode di uno status piuttosto precario agli occhi dei governi che si basano sul consenso. I fatti sono al di là dell’accordo e del consenso ... i fatti sgraditi possiedono un’exasperante ostinatezza che può essere scossa soltanto dalle pure e semplici menzogne... i fatti non hanno alcuna ragione decisiva per essere ciò che sono; essi avrebbero sempre potuto essere altrimenti, e questa fastidiosa contingenza è letteralmente illimitata⁸.

Dispotismo delle verità di fatto, nel linguaggio arendtiano, è la oggettiva durezza dei fatti, che sono quello che sono, piacciono o non piacciono. Giusto il contrario dell’arbitrio decisionale di qualsiasi potere, cui le verità di fatto oppongono un limite: non nel senso che il potere non sia in grado di manipolare le conoscenze e le coscienze (è questo un tratto portato all’estremo da ordinamenti totalitari, come ci ricorda l’apologo orwelliano⁹) ma nel senso che nessun potere può rendere vero ciò che tale non è.

Sull’esigenza di protezione dal potere sembrano d’accordo sia chi afferma la possibilità ed il valore della verità, sia i banditori dell’addio alla verità¹⁰. Ma un addio alla verità lascerebbe disarmati, privi di ragioni opponibili *con pretesa di validità* a discorsi *falsi* di detentori di potere. La rivendicazione di libertà – di ricerca e di parola – può validamente opporsi a ‘verità’ imposte.

Sono importanti modi esistenziali di dire la verità, elencati da H. Arendt, *la solitudine del filosofo, l’isolamento dello scienziato e dell’artista, l’imparzialità dello storico e del giudice e l’indipendenza di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista*. Queste figure sono ricercatori indipendenti di verità di ragione e di semplici verità di fatto, non muniti (salvo il giudice) di potere. «Nessun mondo umano destinato a durare più a lungo della breve vita dei mortali potrà mai sopravvivere in assenza di uomini disposti a fare quello

⁸ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 47.

⁹ «L’aspetto più terrificante dell’orwelliano Ministero della Verità non è la sua abilità nel far credere menzogne alla gente, ma il suo indurla ad abbandonare la stessa idea della verità.... Eliminare l’idea stessa di giusto o sbagliato, come indipendente da quel che il Governo dice, significa sradicare non solo il dissenso, ma la stessa possibilità del dissenso»: M. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, Milano, R. Cortina, 2004, p. 231. Cfr. anche Williams, *Genealogia*, cit., pp. 138 s.

¹⁰ G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, Meltemi, 2009.

che Erodoto fu il primo a intraprendere consapevolmente»: dire le cose come stanno, *leghein tà eonta*¹¹.

Il *giudice* è munito di un potere peculiarmente caratterizzato da imparzialità e indipendenza. Per istituzioni di giustizia, la ricerca e la pronuncia della verità e del diritto applicabile sono anche esercizio di potere. I problemi della giurisdizione hanno a che fare con la tensione fra verità e potere. L'etica del dubbio è un aspetto essenziale sia della funzione giurisdizionale, sia dell'approccio critico verso di essa.

Necessaria per la vita e la sopravvivenza della *polis*, la verità non è disponibile da parte di detentori di potere. Prendere sul serio la *ricerca della verità* è per le società democratiche un'esigenza vitale¹². La democrazia, *forma di governo esigente*, è 'sensibile alla verità'¹³;

l'interesse per la verità è parte costitutiva della democrazia liberale", "se si rinuncia alla cura per la verità, si rinuncia al tempo stesso, come recitava un vecchio slogan dei tempi delle lotte per i diritti civili, a dire la verità al potere"¹⁴.

La ricerca delle verità che contano, e il dire le cose che contano, ha innanzi tutto bisogno di *protezione dal potere*. Di fronte ai portatori di verità sgradite il potere assume facilmente il volto del persecutore. *Wahrheit wagt ich kuhn zu sagen / und die Ketten sind mein Lohn*: l'aria di Florestano, variazione sul tema dell'audacia del dire la verità (il *sapere aude* dell'illuminismo kantiano), sta per i tanti, troppi esempi di persecuzione (anche formalmente legale) dei quali la storia (anche del nostro tempo) è tragicamente intessuta.

3. Principio di legalità e vincolo di realtà

Nel mondo dei giuristi, questioni di verità e di accertamento di fatti sono trattate soprattutto con riguardo al processo; ma la rilevanza dell'accertamento di fatti, accertabili attraverso appositi istituti e strumenti (processuali), ha radice nel diritto sostanziale, nelle norme volte a disciplinare fatti della vita.

Per il diritto criminale/penale, il principio formale di legalità implica un *vincolo di realtà*, a tutto campo, nella individuazione della materia da regolare. È il profilo che la Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. (delitto di plagio) per violazione del principio di legalità (sentenza n. 96 del 1981). È

¹¹ Arendt, *Verità*, cit., p. 32.

¹² P. Habermas, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi, 2000.

¹³ J. Habermas, *Fra scienza e fede*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 47.

¹⁴ Lynch, *La verità*, cit., p. 228.

onere della legge penale determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intelligibile della fattispecie astratta ... e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili ... E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà.

La prospettiva della storica sentenza del 1981 rappresenta uno sviluppo del principio di determinatezza, che va oltre il piano della precisione ed intellegibilità concettuale della descrizione legislativa del tipo di reato, ma che la Corte ha riconosciuto *logicamente implicito* nel principio di legalità. Sarebbe *assurdo*, sovvertitore dei *più ovvii principi che sovrintendono necessariamente ad ogni sistema legislativo*, ritenere legittime norme che “esprimano situazioni o comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili”. In questi termini, la Corte costituzionale ha espresso un principio per così dire costitutivo della ragione giuridica: la legittimità del precetto legale dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere – e di descrivere in modo intellegibile – fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale e alla verifica empirica¹⁵.

I principi della teoria del reato, che costituiscono articolazioni del principio di legalità, danno rilievo a *profili di realtà* ritenuti rilevanti per valutazioni e scelte di competenza del diritto penale, specificando il vincolo di realtà genericamente insito nel principio di legalità in specifici vincoli contenutistici: offensività verso interessi afferrabili, personalità della responsabilità, colpevolezza per il fatto. Possiamo riassumere: i principi fondamentali pongono *vincoli di realtà richiesti da esigenze normative* (di valore).

La scienza giuridica, anche quando esprime scetticismo su se stessa – sulla possibilità di definirsi propriamente ‘scienza’ – non mette in discussione la possibilità e l'esistenza di un sapere affidabile sul mondo dei fatti. Presuppone un sapere sul mondo ed una qualche *humanarum rerum notitia*, che non sono propriamente scienza *giuridica*; il diritto e la scienza giuridica ne hanno bisogno per la costruzione e la salvaguardia di un ordinamento razionale.

¹⁵ «Come le asserzioni, anche le norme sono senza significato se non siamo in grado di identificare gli stati di cose e gli eventi cui si riferiscono»: U. Scarpelli, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, p. 52.

4. *Fatti e valori: una distinzione non dicotomica*

Dell'orizzonte di cultura del nostro tempo fa parte l'idea (o ideale) di una scienza *wertfrei*¹⁶. La c.d. legge di Hume (impossibilità di dedurre conclusioni di valore da premesse di puro fatto: c.d. fallacia naturalistica è considerata premessa di un'etica della libertà, e

sorella siamese inseparabile dalla legge di Hume inversa (dal direttivo al descrittivo non c'è passaggio logico necessario, ovvero da norme e valori non si possono dedurre fatti) a tutela della conoscenza empirica¹⁷.

Nel lavoro del giurista – teorico e pratico – si pone il problema di distinguere fra questioni di fatto (di verità/corrispondenza) e questioni di validità giuridica o di valutazione secondo criteri posti da altre fonti normative. Distinzione, non dicotomia. L'autorevole filosofo che ha riaperto la discussione, e intitolato un suo saggio a *The collapse of the fact/value Dichotomy*¹⁸, ha richiamato l'attenzione sugli intrecci fra giudizi di valore e giudizi di fatto; su concetti etici 'spessi', che uniscono un significato valutativo a riferimenti fattuali; sulla rilevanza dei fatti per i giudizi di valore; su valori epistemici che reggono l'impresa scientifica. La polemica è rivolta contro le tesi di un vecchio neo-positivismo: contro l'irrigidimento metafisico della dicotomia fatto/valore, e contro la riduzione del discorso sui valori a questione puramente soggettiva, espressione di emozioni e di preferenze, estranea al discorso razionale¹⁹.

Nel mondo penalistico italiano, lo studioso che ha ripreso questo discorso vi ha ravvisato (correttamente) un

orientamento teorico incline a superare la concezione che i valori siano aspetti meramente soggettivi dell'esperienza umana, e a dimostrare il possibile intreccio tra giudizi di valore e giudizi di fatto, con la conseguenza che anche sui valori si può argomentare in modo oggettivo²⁰.

Di fatto,

gli interpreti del diritto (e dello stesso diritto penale), nella loro attività concreta, mescolano insieme giudizi di fatto e giudizi di valore"; una mescolanza che, "lunghi dal rappre-

¹⁶ Il riferimento d'obbligo è a M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1974.

¹⁷ U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 111.

¹⁸ In traduzione italiana in H. Putnam, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Roma, Fazi, 2004.

¹⁹ H. Putnam, *Etica senza ontologia*, Milano, Mondadori, 2005, p. 10. Cfr. anche H. Putnam, *La dicotomia fatto/valore e i suoi critici*, in M. De Caro, D. Macarthur, *La filosofia nell'età della scienza*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 185 ss.

²⁰ G. Fiandaca, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 43.

sentare una patologia o devianza, costituisce la conseguenza fisiologica della necessaria presenza dei giudizi di valore nei discorsi dei giudici e dei giuristi²¹.

Parlare di mescolanza fra giudizi di fatto e giudizi di valore presuppone la loro distinzione, il riconoscimento che le buone ragioni delle etiche normative e del diritto – che pure non si esauriscono in verità fattuali – non sono indipendenti da presupposti di fatto, cioè da questioni di verità²².

Nei discorsi che interessano i mondi normativi (il diritto fra questi) hanno rilevanza sia valori che la dicotomia fatto/valore collocherebbe nella sfera del dover essere e dei discorsi prescrittivi, sia valori epistemici. Sulla critica del soggettivismo o relativismo etico a tutto campo può ritrovarsi d'accordo chiunque prenda sul serio (vuoi parlando di *etica senza verità*, vuoi parlando di *collasso della dicotomia*) il problema della giustificazione razionale dei giudizi di valore.

Nello schema concettuale che distingue le questioni di essere e di dover essere, trova una idonea cornice concettuale l'analisi dei linguaggi in cui giudizi di fatto e di valore si mescolano. È la distinzione fatto/valore che dà senso al parlare di concetti etici 'spessi', che uniscono un significato valutativo a riferimenti fattuali. L'irriducibilità del dover essere all'essere rispecchia l'autonomia dell'etica e del discorso morale, l'insostenibilità di qualsiasi riduzionismo dell'etica alla biologia o alla psicologia²³. Dentro l'orizzonte artificiale del diritto, è proprio questa la premessa su cui può essere fondata la ricerca, anche in concetti o istituti che appaiono costruiti su elementi 'naturalistici' o 'psicologici' (poniamo, il dolo), di *componenti a carattere normativo e assiologico*, che nell'orizzonte penalistico hanno a che fare con i criteri di ascrizione di responsabilità e con le finalità delle risposte al reato²⁴.

5. Il dubbio e l'ermeneutica del diritto penale

Il c.d. sillogismo giudiziario – *ultimo* tratto del percorso ermeneutico e probatorio²⁵ che si conclude con la qualificazione giuridica del fatto – ha *come premesse* (problemi da risolvere 'a monte') l'accertamento del fatto e l'individuazione e interpretazione delle norme pertinenti. Ha a che fare sia

²¹ G. Fiandaca, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano, Jovene 2011, p. 269.

²² *Ex multis* R.M. Hare, *Saggi di teoria morale*, Milano, Il saggiatore, 1992, in particolare pp. 37 s.

²³ Un buon esempio: M. De Caro, *La moralità è riducibile alle emozioni?*, in M. De Caro et al., *Siamo davvero liberi?*, Torino, Codice edizioni, 2010.

²⁴ G. Fiandaca, *Appunti sul pluralismo dei modelli e delle categorie nel diritto penale contemporaneo*, «La Corte d'assise», 1, 2011, p. 88.

²⁵ M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2015, p. 172.

con il giudizio di fatto, sia con il diritto, la questione dei saperi sul mondo (propriamente scientifici o d'altra natura).

Nel discorso degli illuministi, padri nobili del pensiero penale moderno, l'interpretazione è guardata con sospetto:

Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel di più è la misura della facoltà legislativa che si arroga il giudice. Dunque l'interpretare la legge fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica di una nazione²⁶.

Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni si del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti [...]²⁷.

La pretesa di azzerare il problema dell'interpretazione appare oggi espressione di un'ideologia ingenua²⁸. Fra la realtà degli ordinamenti positivi e il dover essere additato dal modello ideale, c'è uno scarto col quale è giocoforza fare i conti, nella teoria e nella prassi²⁹. Nell'agone giudiziario emergono problemi anche di diritto, e questo costituisce un problema serio, se, seguendo i nostri padri illuministi, riteniamo essenziale *non confondere le due persone del legislatore e del giudice*.

Nel principio penalistico di legalità leggiamo un'esigenza stringente di determinatezza e precisione. Nel mondo in cui viviamo, le norme del giusto e dell'ingiusto (di morali condivise, prima che di diritto) consentono spesso giudizi sicuri, all'altezza del modello di Beccaria; talora (spesso) lasciano spazio a controversie. Per chi agisce nella società giuridicamente regolata, è problema cruciale il discrimine fra il lecito e l'illecito *secondo interpretazioni prevedibili*. La formulazione delle norme di legge deve rendere possibile l'adempimento di doveri di conoscenza, strumentali al dovere d'osservanza. In un contesto di *doveri reciproci* dei cittadini e dello Stato, proprio dello Stato liberale di diritto, "lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato": su queste basi la Corte Costituzionale, nella storica sentenza n. 364 del 1988, ha fondato il principio di 'riconoscibilità' dei contenuti delle norme penali, e la conseguente illegittimità

²⁶ P. Verri, *L'interpretazione della legge*, in *Opere varie*, 1847, pp. 208 s.

²⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, §. 4.

²⁸ Cfr. per es. W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, hrsg. von Arth. Kaufmann, W. Hassemer, Heidelberg, Karlsruhe, 1981.

²⁹ Cfr. A. Cadoppi, *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, «L'Indice Penale», 2015, pp. 569 s.

parziale dell'art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale.

La prevedibilità della decisione è sostanza del principio di legalità nel sistema della CEDU. Partendo dalla *precomprensione ermeneutica della Convenzione EDU come neutra fra civil law e common law, ugualmente rispettosa dei diversi tipi d'ordinamento*, la giurisprudenza di Strasburgo va intesa come allargamento (e non già come restrizione) dei requisiti della legalità, che debbono intendersi comunque vincolati al sistema delle fonti dell'ordinamento. Come *ulteriore* requisito della legalità europea, la prevedibilità incorpora quello che la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 5 cod. pen. ha definito "secondo aspetto del principio di legalità": la riconoscibilità dell'illecito come condizione della soggettiva colpevolezza.

Per i destinatari dei precetti penali, il problema della conoscenza o ignoranza di legge prende la forma di problema di valutazione di una scelta d'azione d'un dato tipo, che venga in considerazione in dati contesti di vita. Ai fini dell'attribuzione di responsabilità colpevole, dal destinatario dei precetti non ci si attende (non è richiesta) una astratta conoscenza della legge penale violata; necessaria e sufficiente è la possibilità di comprendere l'illiceità di quanto realizzato.

Di fronte a questioni di legittimità costituzionale per asserito difetto di tassatività, la Corte costituzionale ha affermato la priorità del procedimento ordinario di interpretazione³⁰: non eludibile come indicazione *di principio*, è solo una premessa dei problemi ermeneutici. Di fatto la Corte costituzionale, facendo leva sulla possibilità di precisare le fattispecie in sede di interpretazione giudiziale, ha respinto la maggior parte delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al principio di determinatezza. Sentenze di rigetto sono state pronunciate anche su disposizioni la cui interpretazione ed applicazione è sempre stata controversa. Il *self restraint* della Corte costituzionale, nella valutazione della determinatezza delle fattispecie, ha lasciato alla giurisprudenza margini di apprezzamento maggiori di quanto vorrebbe l'idea (il bisogno) di stretta legalità.

³⁰ Di fronte a una prassi legislativa in cui "spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative", l'interprete della legge è chiamato al suo ufficio di "attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l'inserzione del caso concreto in una fattispecie molto ampia e di non agevole interpretazione": così la prima sentenza relativa a un problema di determinatezza di una norma penale (n. 27 del 1961, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1961, p. 537, con nota di Esposito) ha espresso un indirizzo rimasto costante nel tempo.

Si occupano di questo campo di problemi le teorie dell'interpretazione. Negli ultimi decenni è entrata nel mondo penalistico italiano la moderna ermeneutica filosofica, quella che sembra presentarsi “sempre più nella veste di una *koiné*, cioè di una sorta di idioma comune della ricerca e della discussione nel campo delle scienze umane e sociali”³¹; non metodo, ma “riflessione sulle condizioni non epistemologiche dell'epistemologia”, “rifiuto di una logica contrappositiva e antagonista tra progetti filosofici e affermazione di una logica di apertura, di dialogo, di mediazione”³². Concezioni ermeneutiche – scrive Ombretta Di Giovine –

rivendicano di voler non già orientare la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento.

Ponendo l'accento sul ruolo della *precomprensione*, si interessano della *dimensione tipicamente soggettiva dall'interpretazione*³³, ma non riducono l'interpretazione a impresa soggettiva.

Senza entrare in questa sede nel merito delle teorie, mi limito a rilevare che la discussione sulle teorie e sulle prassi ermeneutiche deve prendere sul serio, nell'approccio, l'etica del dubbio come etica della ricerca. Ma l'interprete mira al ritrovamento (*inventio*, direbbe Paolo Grossi) di significati normativi sui quali sia possibile un condiviso riconoscimento. Se l'interpretazione del diritto è un'impresa conoscitiva, ha a che fare con una possibile *verità nell'interpretazione*³⁴, e con l'etica della scienza.

Ragionare sul dubbio ermeneutico significa mettere alla prova la tenuta della certezza del diritto. Per il giurista e il giudice imparziale, è in gioco la loro professione intellettuale. Per un soggetto agente, chiunque esso sia, è in gioco il rapporto con l'ordinamento giuridico.

Per la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, il vincolo del giudice alla legge è il punto di forza che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili*. Fonda il diritto della parte a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni introdotte; soprattutto se si tratta di ragioni nuove, nelle conclusioni o negli argomenti.

³¹ Così l'Introduzione (a firma di G. Bertolotti, S. Natoli, C. Sini, G. Vattimo, V. Vitiello) al volume *Ermeneutica*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003, p. 3. Dell'ermeneutica come “una sorta di *koiné* filosofica della cultura contemporanea” parla G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 82.

³² Zaccaria, *La comprensione*, cit., p. VII.

³³ O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, «Criminalia», 2012, pp. 270, 268.

³⁴ G. Zaccaria, *Tre osservazioni su New realism ed ermeneutica*, «Ragion pratica», 2014, pp. 341 s.

Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale (sentenza n. 230/2012) ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*. È anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali. L'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sull'autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale – sarebbe di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

Non è in discussione l'ovvia esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale, della quale ha bisogno la tenuta di un sistema di legalità. Proprio il primato della legalità segna il limite anche di quell'ovvia esigenza: la norma generale e astratta come vincolo per tutti (per i consociati e per le istituzioni) e come garanzia anche di fronte all'autorità di nomofilachia. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola. L'etica dell'interpretazione è *etica del dubbio*, che presuppone il paradigma epistemologico della verità.

6. Il dubbio e il giudizio di fatto

Attraverso il diritto il giurista seleziona i fatti rilevanti, e ne fa eventuale oggetto di accertamento; “il giudice indaga il fatto per classificarlo giuridicamente”³⁵. I problemi del giudizio di fatto – che pure stanno al centro della giustizia penale in azione, e secondo il modello di Beccaria ne dovrebbero essere l'oggetto esclusivo – fuoriescono dai problemi di diritto e di scienza giuridica. Nella giurisprudenza della Corte di cassazione emergono come problemi di razionalità del giudizio, talora collegati all'affermazione di un principio di diritto che costituisce la premessa del problema probatorio. Custodia del *logos* (della razionalità del giudizio) come completamento della custodia del *nomos*, di scelte normative di competenza del legislatore.

6.1 La sentenza forse più famosa della Cassazione penale all'inizio di questo secolo³⁶, investita di un conflitto di giurisprudenza in tema di causalità omissiva, lo ha risolto riaffermando un principio di diritto (il paradigma causale nei delitti d'evento, l'idea di causa come condizione necessaria) e traendone le conseguenze per l'*impostazione del problema probatorio* della causalità

³⁵ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 215.

³⁶ Cass. S.U. 10 luglio 2002, Franzese (est. Canzio).

anche omissiva. Premessa giuridica del problema probatorio è la selezione normativa del tipo di fatto rilevante per il diritto: nella specie, la causalità come *requisito oggettivo della fattispecie* nei delitti con evento naturalistico, e quindi oggetto di prova. In questo quadro si inserisce il ruolo che compete alle scienze dure (al sapere scientifico in senso stretto): il giudizio di causalità nel caso concreto va effettuato alla luce di una legge scientifica o una generalizzata regola d'esperienza; possono venire in rilievo anche leggi probabilistiche.

Ultimo decisivo anello probatorio, *l'esclusione di ipotesi esplicative alternative*. È la razionalità probatoria richiesta dal principio *normativo* dell'oltre il ragionevole dubbio, applicata al caso in cui la prova ha bisogno di un sapere scientifico. Per la prova della causalità (da intendere come condizione necessaria) “non possono non valere gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che valgono per tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato”. “Pretese difficoltà di prova non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore”.

Tutto questo rientra nell'ottica della nomofilachia: è, per così dire, la *cura dei confini* fra ciò che compete al livello normativo del porre e dire il diritto, e ciò che compete al sapere sul mondo (in particolare alle scienze *dure*, le scienze della natura). Risponde all'esigenza che il giudice di legittimità – oltre ad affermare i pertinenti principi di diritto sostanziale e/o processuale – eserciti un controllo sulla correttezza epistemologica del giudizio di merito. I criteri di controllo, peraltro, hanno uno statuto che non è normativo (disponibile da parte del legislatore) ma logico o epistemologico.

Il modello di razionalità probatoria delineato dalla sentenza Franzese con riguardo al problema causale ha una valenza più generale, non ancora valorizzata a pieno: serve a controllare l'uso (e il rischio di abuso) di supposte massime d'esperienza, generalizzazioni fondate sui esperienze passate, usate come ‘ponti inferenziali’³⁷, premesse non implausibili (se correttamente individuate) di *ipotesi d'indagine*, di *accuse da verificare*.

È entrato in uso il concetto di abduzione: *inferenza che formula un'ipotesi esplicativa*³⁸. La sentenza Franzese, in un passaggio in cui osserva che *la conoscenza giudiziale del fatto è sorretta da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo*, collega allo *schema argomentativo dell'abduzione* la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva probabile, rispetto alla quale

i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse.

³⁷ G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 181.

³⁸ È la definizione di Peirce, riproposta da G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 2. Sul ragionamento qui svolto, *ivi*, pp. 4-9.

Un buon *detective* formula ipotesi per via di abduzione; “per testare un’ipotesi si devono fare altre domande oltre a quelle iniziali”³⁹; vale la *regola aurea* dell’esclusione di ipotesi esplicative alternative. Questo modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto è sottoposto al controllo della Corte suprema⁴⁰.

6.2 Sugli aspetti sia normativi che epistemologici della prova scientifica, punto di riferimento importante è sentenza del 2010⁴¹:

La Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all’affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l’utilizzabilità nell’inferenza probatoria sia o meno fondata [...]. Tale valutazione attiene al fatto, è al servizio dell’attendibilità dell’argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere al mondo dalla scienza. Al contrario, il controllo che la Corte Suprema è chiamata ad esercitarne attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime.

Evidenziando i limiti del giudizio di legittimità, la sentenza Cozzini mette in guardia dall’attribuire il valore di *precedente giuridico* alle conclusioni raggiunte di volta in volta in singoli processi, relativamente allo stato del sapere scientifico su un dato problema: il *sapere scientifico* non è questione di *nomos*, di norme o di interpretazioni normative su cui possa essere esercitato il potere di nomofilachia della Corte suprema. È questione *di fatto*, che nel giudizio di cassazione può venire in rilievo se e in quanto si traduca in vizi di motivazione⁴².

Sul crinale fra principi di diritto (*nomos*) e implicazioni probatorie (*logos*) si collocano sentenze relative a pressoché tutti i problemi di parte generale. Criteri di razionalità probatoria sono additati dalla migliore giurisprudenza di Cassazione. Vanno incontro a resistenze le quali mostrano che la custodia del *logos*, della razionalità del giudizio di fatto, rischia di essere messa in discussione da preoccupazioni legate a problemi probatori di vicende concrete e a valutazioni in conflitto. In situazioni di incertezza scientifica sull’esistenza

³⁹ Tuzet, *Filosofia*, cit., p. 129.

⁴⁰ Su questi aspetti cfr. Cass. 22 ottobre 2014, n. 49029; Cass. 28 marzo 1995, n. 4668.

⁴¹ Cass., sez. 4°, 17.9.2010, n. 43786, Cozzini, in «Cassazione penale» 2011, pp. 1679 s., con nota di R. Bartoli. Fra i molti commenti, M. Barni, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, «Rivista italiana di medicina legale», 2011, pp. 489 s.; P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, «Diritto penale e processo», 2011, pp. 1341 s.

⁴² Lascio qui fra parentesi la questione di come il giudice di merito possa riuscire a distinguere il sapere disponibile dalla scienza spazzatura, e le questioni relative al merito scientifico delle diverse tesi che si confrontano nei processi penali. La scienza giuridica non ha competenza in materia di scienze naturali, e può restare a guardare dalla riva la battaglia scientifica. Magistrati e avvocati, invece, sono nel campo di battaglia; debbono discutere anche di scienza, come di ogni altra questione di fatto.

di una 'legge di copertura', e ancor più in situazioni d'incertezza fra più ipotesi esplicative concorrenti, la mancata prova della causalità è un esito che non sappiamo se sia, nel singolo caso, tutela dell'innocente, o non invece mancato riconoscimento di come siano davvero andate le cose (con conseguente mancata tutela delle vittime). E ciò tocca proprio situazioni in cui sono in gioco esigenze di tutela di beni fondamentali, come la salute o l'incolumità personale, di fronte a fattori di rischio riconosciuti o comunque non implausibili.

Argomenti assiologicamente colorati debbono essere tenuti fuori dalle questioni di accertamento fattuale. Una volta che sia stata fatta la scelta normativa, le conseguenze sul piano degli accertamenti fattuali sono questione di razionalità nell'accertamento di fatti che fanno *ostinata resistenza* a opzioni di valore o di potere. Sullo sfondo, un principio che è anche *normativo: in dubio pro reo*. L'etica del giudizio di fatto è – deve essere – etica del dubbio.

6.3 Per la qualificazione giuridica di un fatto si pongono problemi definibili di *interpretazione del fatto*: non di mera verifica materiale (per es.: quali parole l'imputato ha pronunciato?), ma anche di *ricognizione di significati* socioculturali di un fatto ben individuato nella sua materialità (sono parole offensive?). Questo esempio, relativo a una fattispecie costruita su un elemento normativo di valutazione culturale, pone in evidenza che l'ordinamento ha a che fare con un sostrato di concezioni culturali e normative, di cui la legge è specchio e prodotto. Ciò ha rilievo sia per l'interpretazione (la ricognizione del significato della norma) sia per la ricognizione di profili non meramente naturalistici del fatto concreto.

Ermeneutica del fatto ed ermeneutica della norma (della fattispecie) sono concettualmente distinguibili, ma la distinzione resta coperta da dimensioni culturali e valutative cui il diritto rinvia. Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione fattuale (socioculturale) appare assorbita nella qualificazione giuridica: nella conclusione (per es.) che una vignetta satirica è o non è un'offesa illecita della religione cattolica o di quella islamica. La susunzione presuppone, da un lato, un'ermeneutica del diritto: a quali elementi o valori socioculturali la norma fa riferimento? Dall'altro lato, un'ermeneutica del fatto, alla stregua dei valori socioculturali di riferimento. Su questo tema furono avviate negli anni '60, in un clima culturale che metteva in discussione la cultura giuridica tradizionale, indagini sui valori socioculturali nella giurisprudenza⁴³.

⁴³ Anche il sottoscritto ne è stato coinvolto: cfr. L. Bianchi D'Espinosa *et. al.*, *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Bari, Laterza, 1970.

Ciò che *fa problema* è il *retrotterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto*, fra di loro connesse ma concettualmente da distinguere. A quale sapere, a quale saggezza sulle cose del mondo attingono i giudici, sia di merito che di legittimità? La risposta a questi interrogativi, che pongono questioni di fatto, non può essere data una volta per tutte: le culture (e i limiti di cultura) di giudici e giuristi sono quel che sono. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, c'è da prendere atto che il giudizio del giudice ha sempre bisogno di un sapere sul mondo, necessario alla stessa comprensione del diritto, oltre che all'accertamento e all'ermeneutica del fatto. Anche la giurisprudenza di legittimità si confronta con problemi di questo tipo.

7. Istituti fuoriuscenti dal paradigma cognitivo

Sono affidati al *law enforcement* penalistico (al potere giudiziario) anche istituti – misure di sicurezza e misure di prevenzione – che consentono decisioni su una base che non è l'*oltre il ragionevole dubbio*, e dunque fuoriescono (in parte) dal paradigma cognitivo del garantismo, pur avendo contenuti di coercizione, di restrizione di diritti. Sono istituti la cui giustificazione e conformazione è legata all'idea di pericoli da contrastare. Idea guida non è la giustizia, ma la sicurezza da determinati pericoli, valutati possibili, con una probabilità più o meno grande.

La problematica delle misure personali di sicurezza è stata ridimensionata dalla ridefinizione del loro volto costituzionale e da restrizioni del campo di applicazione. Sta al centro di delicati problemi attuali il sistema delle misure di prevenzione. È formalmente al di fuori del diritto penale, ancorché ad esso collegato, e caratterizzato da contenuti coercitivi. Restano oggetto di critiche radicali nella dottrina antica e recente⁴⁴. La discussione e la critica si appuntano su deficit di legalità, e sul fondamento su giudizi prognostici, probabilistici. Per queste tipologie di istituti, i problemi epistemologici ed etici del dubbio si pongono con particolare acutezza. La protezione dello standard dell'*oltre il ragionevole dubbio*, che vale per le affermazioni di responsabilità, è qui solo parziale. Interventi della giurisprudenza costituzionale hanno eliminato alcuni vistosi deficit di legalità⁴⁵, con il risultato di consolidarne lo *status*. Il campo d'applicazione è stato ampliato da una serie di interventi legislativi.

⁴⁴ Un autorevole scritto recente: F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, «Criminalia», 2017, pp. 133 s. Altri interventi in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2, 2017.

⁴⁵ Per le misure di prevenzione, cfr. Corte cost. n. 33/2018, n. 24 e 25/2019.

La distanza dal paradigma cognitivo del garantismo (carenze di tassatività delle fattispecie ‘di prevenzione’, standard probabilistico del giudizio) è una fonte di pericolo per la sicurezza dei diritti. Nell’attuale situazione spirituale, non solo in Italia, misure diverse dalla pena – di utilità incerta, difficilmente verificabile – vengono accettate e valorizzate in nome della sicurezza securitaria, in particolare nel contrasto alla criminalità di tipo mafioso. Rappresentano un’incrinatura della sicurezza liberale, la valutazione degli effetti è difficile. Recuperare, anche in quest’ambito, il *valore etico del dubbio (e del principio dell’oltre il ragionevole dubbio come questione di giustizia, non sacrificabile a bene o male intese esigenze di sicurezza)* è un compito di spiccata attualità e rilevanza per una cultura giuridica liberale.