

Roberto Bartoli

Dubbio e certezza nel diritto penale

1. *Considerazioni introduttive*

Nel pensare al ruolo che il dubbio può avere nell'ambito del diritto penale, di primo acchito verrebbe da dire che non v'è alcuno spazio per questa particolare "forma conoscitiva": non solo l'errore, quindi, vale a dire la falsa rappresentazione della realtà che determina una divergenza tra quanto conosciuto e quanto effettivamente esiste, ma anche il dubbio, contraddistinto dal fatto che contiene, allo stesso tempo, due rappresentazioni, una difforme e una conforme alla realtà, sarebbero incompatibili con il diritto penale.

In una prospettiva, infatti, volta a dare piena e totale soddisfazione alle istanze di garanzia della persona destinataria della punizione, il diritto penale non può che basarsi sulla certezza, vale a dire su una totale conoscenza della realtà fattuale e una perfetta corrispondenza tra tale realtà e quella normativa. E ciò sia per quanto riguarda la configurazione dei criteri di imputazione del diritto penale sostanziale, sia per quanto riguarda l'accertamento processuale in concreto della singola responsabilità che viene in gioco: insomma, dalla prospettiva sostanzialistica, in assenza di certezze nella configurazione e nella attribuzione di una responsabilità non si può punire perché v'è il rischio che sia punito un innocente; dalla prospettiva processualistica, il dubbio non può che giocare a favore del reo, "in dubio pro reo".

Andando ancora più a fondo, l'idea/necessità di certezza che non lascia spazio alla operatività del dubbio sembra pervadere l'intero diritto penale. Così, ad esempio, i fatti che vengono incriminati non possono che essere dotati di un'indubbia offensività: soltanto quei fatti che esprimono un disvalore "certo", indubitabile, condiviso dalla generalità dei cittadini, possono essere puniti con una sanzione così afflittiva come quella penale. Ed ancora, il precetto non può che essere formulato in termini così chiari e univoci da non ammettere alcuna incertezza nella sua applicazione o alcun fraintendimento in ordine al messaggio comportamentale da esso veicolato, anche perché se i cit-

tadini nutrissero dubbi sulla distinzione tra ciò che è lecito e ciò che è illecito, non sarebbero in grado di autodeterminarsi in modo autenticamente libero.

Insomma, il diritto penale sembra reclamare certezza, una certezza assoluta che non lascia spazio al dubbio: dove c'è dubbio non si può punire.

D'altra parte, quanto appena detto necessita di importanti precisazioni, perché, a ben vedere, il tema del rapporto tra dubbio e diritto penale risulta molto più complesso. Da un lato, si deve considerare che il diritto tutto, quindi anche il diritto penale, è una realtà normo-valutativa, una realtà cioè che in definitiva si basa su un concetto di certezza "finale" molto particolare, diverso da quello che contraddistingue ad esempio le scienze empirico-fattuali: come avremo modo di vedere, mentre la scienza empirica si basa su una certezza "sperimentata" e tendente all'assoluto perché confermata dalla stessa realtà, la scienza giuridica si basa su un altro paradigma di certezza, non solo e non tanto relativo, ma decisamente altro, potendosi dire certo ciò che in definitiva risulta argomentativamente persuasivo e quindi logicamente non contraddittorio.

Dall'altro lato, all'interno dello stesso diritto penale, proprio perché realtà normo-valutativa, si pone la necessità di compiere distinzioni a seconda dei diversi contesti non solo normativi, ma anche empirici che vengono in gioco.

In particolare, diversa è la certezza "normo-valutativa" che sta alla base del diritto penale sostanziale e del diritto penale processuale, per cui mentre la certezza sostanziale tende all'assoluto, quella processuale si rivela molto più valutativa. Ecco allora che se diritto penale sostanziale e diritto penale processuale giungono alla stessa conclusione che il dubbio è incompatibile con un'affermazione della responsabilità, tuttavia le ragioni per cui si giunge a tale conclusione sono molto diverse, e queste differenze sono dovute proprio al diverso concetto di certezza, con conseguenze significative sullo stesso ruolo che il dubbio può svolgere in questi ambiti. Insomma, ciò che accomuna questi due diritti è l'incompatibilità tra dubbio e responsabilità, ma si tratta di incompatibilità qualitativamente diverse.

Non solo, ma all'interno dello stesso diritto penale sostanziale si pone la necessità di distinguere tra diversi contesti sia normativi che empirici, in quanto, si danno contesti dove addirittura il dubbio può essere considerato compatibile con il concetto di responsabilità, come avviene ad esempio nell'ambito della colpevolezza.

2. *Scienza empirica versus scienza giuridica penalistica: diversità dei paradigmi di certezza e del ruolo del dubbio*

Come abbiamo accennato, la certezza su cui si basa il diritto e, in particolare, il diritto penale è peculiare. Per comprendere questo aspetto ci pare utile soffermarsi sulla differenza che intercorre tra sapere empirico e sapere giuridico, in quanto saperi strutturalmente diversi, con riflessi appunto sul concetto di certezza e sul ruolo che il dubbio può giocare.

In estrema sintesi, si può affermare che scienza empirica e scienza giuridico-penalistica si differenziano per finalità, oggetto, ma soprattutto per il metodo. Anzitutto, diversa è la finalità di questi due saperi: la scienza empirica ha come scopo quello di aumentare le conoscenze esplicative e quindi nella sostanza di ricostruire quelle che potremmo definire le leggi scientifiche che stanno alla base della realtà fattuale; il diritto penale ha invece come scopo quello di elaborare criteri di rilevanza per la valutazione di fatti e comportamenti umani e per l'attribuzione di responsabilità e conseguenze. Quindi, mentre la scienza empirica entra nella realtà, nelle sue dinamiche e spiega i meccanismi di verifica dei fenomeni "preesistenti" in natura, il diritto penale sta sulla realtà fattuale, comprensiva dei comportamenti umani, al fine di qualificare giuridicamente un fatto e di attribuirlo a un uomo, al suo comportamento e alle sue scelte motivazionali, per poi renderlo destinatario di conseguenze sanzionatorie.

In secondo luogo, diverso è l'oggetto della conoscenza. Mentre le scienze empiriche si occupano di accadimenti – per così dire – certi, in quanto empirici nella loro consistenza naturalistica riproducibile, l'oggetto della scienza penale si arricchisce facendosi più sfuggente, indefinito e quindi nella sostanza contraddistinto da intrinseca incertezza. Da un lato, risulta arricchito dal comportamento e dall'organizzazione dei poteri, vale a dire da due fattori che risultano rispettivamente addirittura indeterminabili e condizionati dalle trasformazioni storiche politico-sociali se non addirittura culturali. Ponendo entrambi, poi, il problema dell'imperio e della performance dei comportamenti da parte del potere pubblico, problema che a sua volta apre ai problemi relevantissimi del rapporto tra cittadini e autorità ovvero tra *veritas* e *voluntas*. Dall'altro lato, la scienza penalistica ha a che fare con fatti che non sono riproducibili, ma si collocano in un futuro imponderabile oppure in un passato non riproducibile.

Infine, e direi soprattutto, scienze empiriche e scienza penalistica differiscono sul piano del metodo. Nelle scienze empiriche il cuore del metodo conoscitivo è offerto dall'esperienza, vale a dire dalla formulazione dell'ipotesi e dalla sua verifica/falsificazione, con la conseguenza che la conoscenza scientifica è il risultato di questo confronto tra ipotesi e realtà mediante la verifica dell'ipotesi. Se l'elaborazione dell'ipotesi non è esente da valutazioni, poten-

dosi considerare anzi il momento valutativo della scienza empirica, tuttavia la verifica dell'ipotesi è un procedimento avalutativo, che consente che sia la stessa realtà empirico-fattuale a dire se l'ipotesi sia fondata o meno in una crescente corrispondenza tra sapere e realtà, realtà e sapere.

Nell'ambito delle scienze valoriali il metodo sperimentale non può funzionare: non solo perché non vi sono soltanto fatti, ma anche comportamenti; non solo perché là dove vengono in gioco fatti si tratta di fatti non riproducibili; ma soprattutto perché la stessa prospettiva delle scienze valoriali non è esplicativa, ma per l'appunto valutativa e imputativa, ragion per cui alla base della conoscenza giuridica v'è una scelta, una decisione, che richiede nella sostanza una argomentazione, una razionale giustificazione, sia per quanto riguarda la stessa scelta sia per quanto riguarda la sua applicazione. Nel sapere penalistico, quindi la scienza passa attraverso la *ratio*, dalla razionalità che si misura in termini di credibilità argomentativa. Ancora più a fondo si potrebbe dire che la *ratio* del metodo conoscitivo giuridico si fonda sull'eguaglianza, sulla comparazione e, ed ecco la componente altamente valutativa, sulla scelta del criterio di comparazione che deve essere argomentata.

Ebbene, la configurazione strutturale di questi due saperi ha conseguenze decisive sul concetto di certezza e sul ruolo del dubbio, perché se il sapere scientifico è un sapere nella sostanza avalutativo che come tale può tendere a una certezza esplicativa avalutativa assoluta, il sapere giuridico-penalistico, essendo un sapere valutativo, si basa su un paradigma di riferimento diverso, tendente ad una certezza che non può definirsi né assoluta, né relativa, risultando piuttosto ragionevole o irragionevole, una certezza cioè persuasiva fondata sulla credibilità razionale e argomentativamente giustificata.

Detto diversamente, la scienza empirica si muove in una logica di certezza induttiva/deduttiva che tende fisiologicamente all'assolutezza, potremmo parlare di una certezza/verità fattuale; la scienza penalistica si muove invece in una logica di certezza abduttiva, che non può essere assoluta, ma nemmeno relativa, perché lo stesso paradigma di riferimento cambia qualitativamente, basandosi sul raggiungimento di risultati credibili e quindi razionali sul piano argomentativo.

Ebbene, se quanto detto sulla certezza ha un fondamento, da ciò derivano conseguenze importantissime proprio sul ruolo del dubbio. Per quanto riguarda la scienza empirica, se è vero che il dubbio contesta la certezza, è anche vero che esso costituisce il motore per incrementare e implementare la certezza: il dubbio – potremmo dire – è funzionale alla certezza. Il dubbio mette in discussione le conoscenze acquisite e le affermazioni che si danno per consolidate ed è attraverso il dubbio che si va a formulare l'ipotesi; dopo di che, mediante l'esperimento si verifica l'ipotesi e l'esito dell'esperimento, il risultato può essere nel senso della conferma oppure della negazione, comunque

sia, un risultato connotato da certezza che consente il progresso conoscitivo. Una certezza destinata ad essere costantemente rimessa in discussione (anche per i vari contesti), o comunque approfondita e rafforzata attraverso lo stesso procedimento conoscitivo basato su dubbio/ipotesi, esperimento ed esito, ma di certezza senza dubbio si tratta, tendente nella sostanza all'assoluto.

Diversamente, in ambito giuridico penalistico il dubbio tende a porre un autentico problema alla certezza. Come abbiamo visto all'inizio, il dubbio è in linea di massima incompatibile con l'attribuzione di una responsabilità.

3. *Scienza giuridica penalistica e vincoli di realtà*

Vero che scienza empirica e scienza giuridica differiscono, è anche vero che il sapere giuridico non può che avvalersi del sapere scientifico. Si tratta del tema del rapporto che intercorre tra scienza giuridica e scienza empirica, tema di grandissimo rilievo anche per le nostre riflessioni su dubbio e certezza.

Ebbene, la scienza penalistica non può prescindere dalla scienza empirica, non soltanto da un confronto con essa, ma addirittura da un utilizzo della stessa. Si potrebbe dire che la scienza penalistica sottostà a un vero e proprio "vincolo di realtà" e quindi a un "vincolo da scienza empirica" per almeno tre ragioni fondamentali.

Anzitutto, in virtù di un primo livello basilare di razionalità che impone di evitare l'elaborazione di concetti e categorie basate su convinzioni meramente soggettive del tutto svincolate da quanto accade nel mondo empirico. Se è vero che non si possono dedurre conclusioni di valore da premesse di mero fatto (fallacia c.d. naturalistica), è anche vero che conclusioni di valore non possono prescindere da premesse di mero fatto (fallacia c.d. normativistica). Se ciò accadesse, si esaurirebbe la stessa funzione normativa del diritto e il diritto sfocerebbe nella mera irrazionalità e quindi nel mero arbitrio.

In secondo luogo, il nesso della scienza penalistica con la realtà e le scienze empiriche deriva dalla circostanza che lo stesso sapere giuridico è un sapere scientifico. Nel momento in cui il diritto si fa scienza e la sua configurazione deve essere sottoposta a controlli e verifiche di razionalità, va da sé che questo vincolo di razionalità si traduce in un vincolo di realtà rispetto al quale la scienza fattuale gioca un ruolo fondamentale: come scienza, come impresa conoscitiva di ragione, il diritto deve fare i conti non solo con la realtà, ma anche con la realtà così come conosciuta dalle scienze empiriche. Se il diritto prescindesse dalle scienze empiriche finirebbe per non essere più un sapere scientifico.

Ma soprattutto il vincolo di realtà, potremmo dire la tendenziale prevalenza del vincolo di realtà sulle scelte di valore che si confrontano con la realtà, è imposto da ineludibili esigenze di garanzie. Il rapporto tra diritto penale e

realtà, tra diritto penale e scienze empiriche trova un ulteriore consolidamento nel momento in cui si potenzia la valenza dei principi di garanzia attraverso il moderno costituzionalismo. Se il carattere scientifico del sapere penalistico vincola alle conoscenze scientifiche fattuali nei termini di un confronto/tensione con le stesse, il carattere garantista vincola alla realtà nei termini stringenti di una eventuale subordinazione del potere alla verità della realtà scientifica, con la conseguenza che il legislatore e il giudice non possono che “prendere atto” delle conoscenze scientifiche fattuali e che pertanto le indicazioni provenienti dalla scienza empirica che contraddicono esiti valutativi non possono che prevalere su questi ultimi.

Insomma, al fondo della problematica v'è il confronto tra *voluntas* politica e *ratio* garantista, *ratio* garantista che impone di avvalersi della stessa scienza empirica. Con la conseguenza che il vincolo di realtà finisce per essere a sua volta il frutto di una scelta valutativa fondante-costitutiva del diritto penale e di portata addirittura costituzionale.

4. *Certezza e dubbio nel diritto processuale penale*

Vero tutto questo, è anche vero che il diritto penale si avvale del sapere scientifico secondo diverse articolazioni. Come accennato all'inizio, il modo di avvalersi delle scienze empiriche non solo muta a seconda che si tratti di diritto penale sostanziale o di diritto penale processuale, ma muta anche all'interno dello stesso diritto penale.

In particolare, per quanto riguarda le differenze tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale, partendo da quest'ultimo, il diritto penale processuale si basa su un concetto di certezza che potremmo definire totalmente normo-valutativo. La ricostruzione di fatti che si collocano nel passato e che non sono riproducibili non può che essere verosimile e quindi non può che basarsi su valutazioni di ragionevolezza. Detto altrimenti, si può parlare di una certezza consistente nella credibilità razionale, ovvero di una certezza normo-valutativa giustificata sul piano argomentativo che oltre a contraddistinguere l'esito finale opera anche in tutti i passaggi in cui si articola l'accertamento.

Poiché tende verso una certezza consistente nella credibilità razionale, il diritto processuale si basa sulla necessità che i fatti siano provati oltre ogni ragionevole dubbio, ragion per cui, in presenza di un dubbio “ragionevole”, la responsabilità deve essere esclusa. Si tratta di un principio che gioca un ruolo fondamentale quale criterio di risoluzione di un problema (il dubbio) non altrimenti risolvibile in quanto derivante dalla insufficienza del materiale probatorio in ordine all'esistenza di un dato di fatto: se l'errore o la certezza vanno necessariamente e univocamente in un senso (o nel senso della respon-

sabilità o della negazione della responsabilità), il dubbio è – per così dire – equivoco, perché va in entrambi i sensi o, viceversa, contro entrambi i sensi, e come tale non può essere risolto. La pendenza, in presenza del dubbio, nel senso favorevole al reo, è una fondamentale scelta di garanzia, derivante dalla circostanza che l'accusa e la condanna possono sempre essere il frutto di una strumentalizzazione: insomma, se sul piano probatorio/fattuale la bilancia è in perfetto equilibrio, la si deve leggere a favore del reo.

Tale principio significa quindi che effettivamente, sul piano probatorio dei fatti, esiste una incompatibilità tra il dubbio e l'attribuzione della responsabilità.

Ma a ben vedere, tale principio contiene in sé altre due indicazioni di grande rilievo per la nostra riflessione sul dubbio. Da un lato, dovendo essere il dubbio ragionevole, l'incompatibilità è comunque soggetta a una valutazione di ragionevolezza. Ecco allora che non qualsiasi dubbio è incompatibile, ma soltanto quel dubbio che risulta plausibile, accettabile, argomentabile, potremmo dire logicamente plausibile e quindi non contraddittoriamente operante. Il tema si intreccia al libero convincimento del giudice e più in generale alla circostanza che, come accennato, nel diritto processuale penale, tutto è nella sostanza soggetto a valutazione in virtù di una esigenza di certezza basata sulla credibilità razionale.

Dall'altro lato, e conseguentemente, proprio la circostanza che siamo in un ambito altamente valutativo implica che il dubbio possa operare nonostante la certezza scientifica esplicativa. In buona sostanza, per quanto riguarda il rapporto tra scienza empirica e diritto penale processuale, all'interno del processo il sapere scientifico non opera "automaticamente" ma è esso stesso oggetto di valutazione: valutazione al momento della sua "ammissione" all'interno del processo, ma anche valutazione nel contesto probatorio. Insomma, le categorie processuali tendono a valutare la scienza e non si schiacciano su di essa.

Con due conseguenze fondamentali. La prima è che l'avvento dell'apporto scientifico nella dimensione probatoria non scardina il tradizionale armamentario delle garanzie processuali che attingono al metodo e allo standard di valutazione della prova: la dimensione scientifica non invalida il libero convincimento del giudice. La seconda conseguenza è che ai fini della prova si può prescindere dalle prove scientifiche.

Insomma, il processo implica una valutazione. Il processo non può che basarsi sul libero convincimento del giudice, che consente l'*in dubio pro reo* come anche la valutazione delle prove scientifiche. E come vedremo, su questo punto di estremo rilievo si giocano le principali differenze che intercorrono tra il diritto penale processuale e il diritto penale sostanziale.

5. *Certezza e dubbio nel diritto penale sostanziale*

Per il diritto penale sostanziale le cose stanno in termini diversi, in quanto tale diritto si basa sul principio di personalità della responsabilità penale. Il diritto penale sostanziale reclama quindi una certezza tendente all'assoluto che nella sostanza è incompatibile con la presenza di dubbi nell'imputazione, non potendosi distinguere tra quelli ragionevoli e quelli irragionevoli. Con la conseguenza che le stesse categorie penalistiche tendono a mutuare dalla scienza. Il diritto penale sostanziale non può che essere fruitore delle leggi scientifiche che trova già confezionate dal sapere scientifico. Insomma, l'incompatibilità che intercorre tra diritto penale e dubbio sembra essere ancora più forte, perché là dove manca certezza sul piano della imputazione non è tanto un problema di *in dubio pro reo*, ma per l'appunto di impossibilità di punire poiché altrimenti si rischia di punire un soggetto che è innocente, estraneo al fatto, privo di responsabilità rispetto ad esso.

Tuttavia, per il diritto penale sostanziale le cose tendono ad essere ancora più complesse. Certo, là dove il contesto normativo reclama certezza e questa certezza può essere soddisfatta, il diritto penale non può che avvalersi di questa certezza. Ma non sempre esistono queste condizioni. E qui siamo a un punto davvero centrale per il nostro ragionamento.

Da un lato, da un punto di vista normativo, il diritto penale sostanziale conosce contesti molto diversi tra di loro, e al mutare di questi contesti muta anche l'esigenza di certezza, nel senso che non si può più parlare di certezza tendente all'assoluto, ma di certezza per l'appunto normovalutativa. In sostanza, muta il paradigma che si fa strutturalmente diverso, vale a dire strutturalmente normo-valutativo. Si pensi al momento della formulazione dei precetti; al c.d. decorso causale ipotetico dove si compie un giudizio prognostico sulla idoneità del comportamento omesso, e quindi solo ipotizzato, a impedire gli eventi; ai giudizi di prevedibilità ed evitabilità e, più in generale, a tutti i giudizi contraddistinti da potenzialità; si pensi infine ai giudizi di pericolosità relativi alle misure di sicurezza o alle misure di prevenzione.

Dall'altro lato, la stessa realtà empirica può mutare. Evento naturalistico, causalità che connette l'evento naturalistico alla condotta, condotta, componente psichica, procedimento motivazionale possono essere visti come un progressivo distacco dalla realtà empirica tangibile, per divenire realtà sempre empirica, ma intangibile, inconoscibile, non riproducibile e quindi alla fin fine imponderabile, rispetto alla quale la stessa scienza empirica entra fortemente in crisi non potendo, ad oggi (ma speriamo anche mai) procedere in via sperimentale. Insomma, rispetto a certi "fatti" lo stesso sapere scientifico empirico tende a farsi normativo, aumentando così i margini per l'ammissibilità di un sapere giuridico ancor meno certo e più dubitativo.

6. *Certezza e dubbio nelle scelte di criminalizzazione*

Primo contesto peculiare del diritto penale sostanziale è quello astratto della previsione dei reati, sia sul piano delle scelte di criminalizzazione, sia sul piano delle fonti legittimate a produrre diritto penale: da un lato, si pone la questione di ciò che può essere reato, dall'altro lato, si pone il problema della fonte e della modalità di formulazione dei precetti.

Ebbene, parlare di questi temi senza inserirli nel contesto politico ed istituzionale dei poteri pubblici (legislatore [ma anche Governo], giudice, Corte costituzionale) significa non trattarli nel modo dovuto e nel momento in cui si pone l'attenzione a tale contesto ci si rende conto non solo di quanto la certezza sia destinata ad entrare in crisi, ma anche di come lo stesso dubbio – per così dire – valoriale finisca per operare addirittura in termini di garanzia.

In particolare, nella previsione dei reati si pone anzitutto un'esigenza di certezza in termini di garanzia e cioè la necessità che siano incriminati fatti che non solo si possono provare empiricamente, ma anche che, prima ancora, si possono realizzare dal punto di vista empirico. Oggi un principio di questo tenore potrebbe far sorridere: quale sarebbe il legislatore che incrimina fatti irrealizzabili? Tuttavia la storia ci insegna che questo è accaduto: si pensi alla stregoneria e al delitto di “unzione” durante le epidemie della peste. E che questo può sempre accadere: si pensi alla fattispecie di plagio.

Ecco allora che non possono esserci dubbi sulla realizzabilità empirica di un fatto, ovvero un fatto che viene punito è un fatto che deve essere certamente realizzabile sul piano empirico.

E in questa prospettiva non si possono che citare le parole della Corte costituzionale, che proprio nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della fattispecie di plagio con la sentenza n. 96/1981 ha affermato quanto segue: «non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato, né se per l'esistenza di questo stato sia necessaria la continuità dell'azione plagiante nel senso che, se la volontà del plagiante non si dirige più verso il plagiato, cessi lo stato di totale soggezione di questo»¹.

Una sentenza questa, letta spesso in termini di legalità e di determinatezza, ma che, a nostro avviso, deve essere letta prima ancora nei termini di un sindacato da parte della Corte costituzionale sulle scelte di criminalizzazione alla luce della realizzabilità empirica dei fatti.

Sempre nella previsione dei reati non si può che esprimere la nostra contrarietà rispetto a una “certezza valoriale assoluta”, rispetto a un'etica della

¹ Corte cost., sent. n. 96/1981.

verità che non ammette dubbi e che quindi non ammette bilanciamenti, per cui un determinato valore non può che essere tutelato in termini assoluti.

Attenzione! Non c'è dubbio che vi sono beni che meritano o addirittura necessitano di una tutela talmente ampia che può farsi anche assoluta: si pensi al bene della vita. Tuttavia, al netto di determinate situazioni che rendono una tutela di questo tenore pienamente ragionevole (si pensi alla tutela della vita contro le aggressioni dolose), lo stesso peso del bene della vita non può che mutare a seconda dei contesti in cui possono entrare in gioco controinteressi che sono rilevanti e che quindi devono essere valutati all'interno di un giudizio di bilanciamento: il consenso della vittima; le particolari condizioni psicologiche in cui possono avvenire determinati fatti (infanticidio della madre per le particolari condizioni psichiche durante il parto), condizioni di fine vita da collegare all'autodeterminazione del soggetto.

Esempio emblematicissimo di tutto questo si è avuto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'allora vigente art. 546 c.p. nella parte in cui puniva l'aborto di donna consenziente rispetto a una gravidanza che poneva in pericolo la salute della donna senza il ricorso degli estremi dello stato di necessità, ha affermato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»².

Sulla stessa scia può essere collocata la giurisprudenza costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita, costellata da una serie di pronunce volte a trovare un punto di equilibrio tra la tutela delle esigenze della procreazione e della salute della donna e la tutela della dignità dell'embrione³. E ancor più di recente la sentenza n. 242/2019 con la quale sono stati ridotti i margini di applicazione dell'aiuto al suicidio.

Alla base di una visione valoriale assoluta v'è il pericolo di un sostanziale autoritarismo che può essere disinnescato soltanto mediante l'etica del dubbio che de-assolutizza la visione valoriale. Dubitare delle proprie ragioni, dubitare del proprio valore. Ciò non significa che il proprio valore è destinato a perdere valore, a relativizzarsi, ma significa che il proprio valore è destinato

² Corte cost., sent. n. 27/1965.

³ In particolare, in ordine al bilanciamento tra tutela della salute della donna e tutela dell'embrione, si vedano le sentenze n. 151/2009 e n. 96/2015, che hanno riconosciuto prevalenza alla prima sulla seconda; in ordine al bilanciamento tra tutela delle esigenze della procreazione e tutela dell'embrione, si veda la sentenza n. 162/2014, che ha dichiarato illegittimo il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa. Inoltre, si veda la sentenza n. 229/2015, che ha riconosciuto tutela alla dignità dell'embrione per mancanza di interessi contrapposti, nonché la sentenza n. 84/2016, relativa al bilanciamento tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva, che ha ritenuto legittimo il divieto di sperimentazione su embrioni umani ancorché orientato alla tutela della salute.

a mettersi in relazione con il valore degli altri, a relazionarsi. Quindi non si tratta di affermare una prospettiva relativistica, ma piuttosto relazionistica. Il relativismo può portare all'annientamento del valore, al nichilismo, ma il relazionismo fa dubitare della assolutezza della propria visione senza rinunciare al proprio valore, quindi incrina la certezza e crea il pertugio all'interno del quale possono entrare le ragioni dell'altro.

Se così stanno le cose allora le scelte di criminalizzazione all'interno di una democrazia non possono che fondarsi su una prospettiva del dubbio nei termini che abbiamo detto, perché la democrazia è fondata sul dialogo e sul confronto e forse è proprio questa l'essenza ultima del concetto di laicità come anti-dogma e anti-assolutismo.

7. Certezza e dubbio nella formulazione/interpretazione della legge

Per quanto riguarda la dimensione formale della previsione/formulazione e interpretazione dei reati, il diritto penale, ancora una volta, non può che tendere alla certezza, alla chiarezza, alla univocità della formulazione dei precetti. Ragioni di volontà politica, ma anche ragioni di certezza per il destinatario del precetto spingono nel senso della determinatezza della norma. E la determinatezza non è un principio superato: vige, è indispensabile.

D'altra parte, ancora una volta, la vicenda si complica in ragione della complessità della realtà. Il legislatore prevede la fattispecie, il giudice la applica; il legislatore opera in un certo momento storico, il giudice esercita il suo potere in un altro momento storico. Già il solo fatto che previsione e applicazione siano attività attribuite a due "soggetti" differenti e realizzate in due momenti fisiologicamente differenti, determina una complessità. Si viene a creare necessariamente una sfasatura. Senza considerare che ogni espressione linguistica, anche non giuridica, risulta di per sé interpretabile. Insomma, la maestà della legge, la sua certezza è destinata ad entrare in crisi.

Non solo, ma la certezza della legge è oggi messa in dubbio dallo stesso costituzionalismo nato a tutela contro le prevaricazioni della legge, a testimonianza di un costituzionalismo che insinua dubbi più che affermare certezze.

Inoltre, lo stesso fatto mette in dubbio la legge. Si potrebbe dire che il contesto contesta il testo: quindi se ogni espressione linguistica è già di per sé "testualmente" interpretabile, lo diviene ancora di più a contatto con il contesto fattuale che incrementa la problematica interpretativa.

Infine, non si può fare a meno di osservare come si vengano a creare contrasti giurisprudenziali, per cui lo stesso ordinamento, nel suo complesso, finisce per esprimere in termini "non equivoci" il proprio precetto interpretato, venendo a minare al fondo quella certezza di cui abbiamo bisogno.

Come si vede il tema è complessissimo, vastissimo, centralissimo. Qui si possono compiere soltanto due considerazioni sugli aspetti che al momento ci sembrano più significativi.

Anzitutto, occorre ribadire che la Corte costituzionale può e deve sindacare la determinatezza di una norma, ancorché in un rapporto dialettico con il diritto vivente.

Nella stragrande maggioranza delle ipotesi in cui viene sollevata legittimità costituzionale per indeterminatezza della incriminazione, nel momento in cui si riconosce valenza all'interpretazione, la Corte non può che rimettere la precisazione del significato del precetto al diritto vivente. Proprio perché l'attività interpretativa del giudice offre un contributo significativo, in presenza di una norma che si presenta equivoca, la Corte non può che rimettere alla giurisprudenza il compito di individuare il contenuto interpretativo univocizzante⁴. Ecco allora che una norma si rileva indeterminata quando il diritto vivente non risulta in grado di raggiungere un messaggio univoco. E ciò sembra essere proprio quanto avvenuto nella vicenda delle misure di prevenzione applicabili a chi è "abituale dedito a traffici delittuosi": trattandosi di espressione linguistica di per sé indeterminata che non ha trovato un'interpretazione univoca da parte della Corte di Cassazione, la Corte costituzionale ha ritenuto «affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza» la fattispecie di cui all'art 1, lett. a) del Codice antimafia⁵.

Non solo, ma questa impostazione ci serve anche per dire che, da un lato, la semplice presenza di un contrasto giurisprudenziale non può essere considerata motivo per dubitare della legittimità di una norma, e che, dall'altro, chi ha agito durante un contrasto non può far valere in termini scusanti l'imprevedibilità oggettiva della decisione. A ben vedere, infatti, all'interno di un contesto in cui si riconosce un ruolo significativo all'attività interpretativa del giudice, la creazione di eventuali contrasti giurisprudenziali deve essere considerata – per così dire – fisiologica dell'ordinamento, ed è proprio la presenza del contrasto che fa sorgere il dubbio che dovrebbe indurre all'astensione.

Punti essenziali sono che i contrasti giurisprudenziali devono essere risolti il prima possibile dall'intervento delle Sezioni Unite, e che si potrà scusare soltanto in termini "soggettivi", allorquando il dubbio generato dal contrasto risulta invincibile per la carenza di mezzi della persona⁶. Insomma, il dubbio soggettivo derivante dal dubbio interpretativo è sempre oggettivamente risolvibile, appartenendo ai fatti e non al diritto la irrisolvibilità del dubbio, con la conseguenza che esso scusa soltanto se soggettivamente invincibile.

⁴ Corte cost., sent. n. 172/2014, in tema di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p.

⁵ Corte cost., sent. n. 24/2019.

⁶ Cass. pen., Sez. Un., n. 8544/2020.

Vero tutto questo, è anche vero che diversa è la situazione allorquando vi è un secondo contrasto e una seconda sentenza delle Sezioni Unite che estende ulteriormente l'ambito applicativo della fattispecie. Ebbene, nel momento in cui si estende ulteriormente la punibilità rispetto alla prima sentenza delle Sezioni Unite è difficile non porsi il problema della prevedibilità anche in termini oggettivi, visto che il soggetto ha fatto comunque affidamento su una prima sentenza delle Sezioni Unite che veicolava un messaggio successivamente disatteso dalle stesse Sezioni Unite.

8. *Certezza e dubbio nell'imputazione causale dell'evento*

Il capitolo centrale dove si pongono i maggiori problemi nel rapporto tra certezza/dubbio e diritto penale sostanziale è senz'altro quello della imputazione della responsabilità.

Anzitutto, non possiamo fare altro che ribadire in forma sintetica quanto già detto nella distinzione tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale. Nel diritto processuale non si può giungere a una certezza assoluta. Quindi un fatto si può ritenere provato solo al di là di ogni ragionevole dubbio: con la conseguenza che se permane un dubbio ragionevole, la responsabilità non può che essere negata. È proprio della peculiare modalità di ricostruzione dei fatti a spingere per l'*in dubio pro reo*.

In ambito sostanziale le cose stanno in termini diversi: da un lato, il principio di personalità reclama una certezza ancora più pregnante e significativa in virtù del principio personalistico della personalità della responsabilità penale; dall'altro lato, però, come accennato, occorre tenere presente i diversi contesti anche empirici in cui opera il diritto penale: un conto sono le problematiche conoscitive oggettive, un conto sono le problematiche conoscitive soggettive, nel duplice senso di quelle che attengono alla dimensione soggettiva dell'autore e di quelle proprie dell'autore.

Ebbene, sul piano della imputazione oggettiva, e più precisamente sul piano del nesso causale che lega un evento a una condotta, a nostro avviso non si può ragionare che in termini di certezza e stavolta di certezza assoluta. Nella spiegazione causale di un evento, non ci si può basare che sull'impiego delle leggi scientifiche assolute e universali. Si tratta infatti di relazionarsi con dati reali, procedere a ritroso dall'evento alla condotta nella ricostruzione della catena causale e di spiegare il legame che intercorre tra i molteplici fattori mediante leggi scientifiche.

Da ciò conseguono due corollari che ci sentiamo di affermare con forza: non è ammissibile l'utilizzo di leggi statistiche; in presenza di dubbi circa la spiegazione causale, non si può che assolvere.

8.1 *Inutilizzabilità delle leggi statistiche*

Per quanto riguarda l'inutilizzabilità delle leggi statistiche, il punto problematico è offerto dal fatto che la giurisprudenza le ammette, attraverso un ragionamento che tuttavia non ci sentiamo di condividere.

Già la sentenza Franzese, aveva affermato che nella spiegazione della catena causale oltre alle leggi universali si possono utilizzare anche le leggi statistiche⁷. E la giurisprudenza successiva ha confermato tale assunto⁸.

D'altra parte, questo modo di ragionare, se da un lato ha offerto un importantissimo contributo nel rinnovare le modalità di analisi dei problemi in tema di causalità, dall'altro lato deve essere sottoposto a un vaglio critico. Anzitutto, si deve osservare che alla base v'è l'idea che il grado di probabilità statistica (relativa alla causalità generale, vale a dire alla ipotesi esplicativa generale) possa essere bilanciato dalla probabilità logica (relativa alla causalità individuale, vale a dire alla ipotesi esplicativa concreta). Tuttavia, nel momento in cui la probabilità c.d. statistica viene bilanciata dalla probabilità logica, quest'ultimo criterio, invece di venire in gioco nel momento processuale-probatorio, vale a dire nel momento di verifica dell'ipotesi formulata in astratto, viene in realtà impiegato già durante la formulazione dell'ipotesi esplicativa scientificamente fondata.

⁷ Cass. pen., Sez. Un., n. 30328/2002: «lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale [...] Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto [...] l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale. Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico deduttivo, secondo i criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo in settori nevralgici per la tutela dei beni primari [...] Tutto ciò significa che il giudice [...] è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare».

⁸ Cass. pen., Sez. IV, n. 43786/2010: «resta un'ultima, ormai consueta domanda: è possibile superare nell'ambito del giudizio concreto la probabilità statistica per giungere ad un giudizio di certezza (espresso in termini di probabilità logica, o corroborazione, o credibilità razionale)? La risposta è in linea astratta prudentemente positiva. E l'itinerario è sempre quello già indicato, rapportato alle peculiarità del caso. Basta a tale riguardo richiamare quanto sopra esposto: ipotesi (abduzione) ed induzione (la copiosa caratterizzazione del caso storico) che si confrontano e si integrano dialetticamente. Orbene, perché questo itinerario possa essere percorso occorre che le contingenze del caso concreto siano appunto se possibile copiose e comunque significative; e, per le loro peculiari caratterizzazioni, riescano a risolvere il dubbio insito nel carattere probabilistico del sapere utilizzato nell'inferenza deduttiva [...] nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali».

Detto in altri termini, sulla base del ragionamento condotto dalla giurisprudenza, la credibilità razionale, e quindi il ragionamento abduttivo su cui tale credibilità razionale si basa, giocano un ruolo decisivo non solo sul piano processuale, al momento della verifica probatoria del decorso causale ipotizzato, ma anche e ancor prima sul piano sostanziale, al momento della spiegazione del decorso causale, vale a dire della ricostruzione in astratto dell'ipotesi del decorso causale, e ciò perché la verifica probatoria concreta, caratterizzata dalla certezza processuale, finisce per sostituirsi alla certezza c.d. assoluta che invece deve caratterizzare la ricostruzione sostanziale ed astratta del decorso. Con la conseguenza che, già a livello "generale", la spiegazione può conoscere una certa flessibilizzazione, purché poi sia compensata dalla solidità della verifica probatoria, a sua volta basata sulla probabilità logica e la credibilità razionale.

Tuttavia, quando si ha a che fare con il decorso causale reale, la probabilità logica, se ha da giocare un ruolo, lo può giocare solo ed esclusivamente in ambito processuale, al momento della verifica dell'ipotesi esplicativa generale ed astratta e scientificamente fondata, mentre al momento della individuazione della spiegazione scientifica del decorso non ci si può basare che sulla certezza assoluta, ponendosi altrimenti a rischio il principio di personalità della responsabilità penale nel suo contenuto più significativo del divieto di responsabilità per fatto altrui. Facciamo un esempio: poniamo il caso che una determinata patologia possa essere spiegata alla luce di due diversi agenti, rispettivamente per il 50% e il 20% dei casi, ma che per il 30% dei casi non possa essere spiegata. Ebbene, in questa ipotesi, non sembra possibile escludere i decorsi causali alternativi, in quanto, anche se si escludessero, resterebbe pur sempre una quota di percentuale ignota. Con la conseguenza che, mentre si possono escludere decorsi causali alternativi nel caso della patologia del mesotelioma pleurico o del contagio hiv, rispetto ai quali si conoscono tutte le cause possibili, al contrario non risulta possibile escludere decorsi causali alternativi nel caso del carcinoma polmonare, come tuttavia fa la giurisprudenza.

8.2 *Il dubbio sulla spiegazione scientifica*

Il secondo problema che si pone rispetto al decorso causale reale è cosa fare in presenza di dubbi in ordine all'efficacia esplicativa sul piano scientifico.

Preliminarmente occorre chiarire una distinzione fondamentale tra incertezza derivante da contrasto probatorio e incertezza derivante da contrasto esplicativo. Il contrasto probatorio, come abbiamo visto, si ha quando all'interno di un processo vengono prospettate ipotesi di decorsi causali alternativi, ipotesi che però risultano essere tutte scientificamente fondate. In questo caso

non si contesta la portata scientifica di una ricostruzione causale, bensì si dibatte della plausibilità sul piano della effettiva verifica storica di una determinata ricostruzione causale e rispetto a queste ipotesi, come abbiamo visto, il giudice è “libero” di scegliere l’opzione che, alla luce delle evidenze dei fatti, riterrà maggiormente fondata sul piano probatorio rispetto al caso concreto. Diversamente, un reale problema di incertezza scientifica sorge quando la stessa spiegazione causale di un determinato decorso viene già in astratto contestata sul piano scientifico. In questa ipotesi ciò che si contesta è la stessa legge scientifica esplicativa del decorso. E la vicenda paradigmatica di incertezza scientifica che si pone con frequenza sul piano applicativo riguarda il c.d. effetto acceleratore prodotto sul mesotelioma pleurico dalle successive esposizioni all’amianto.

Il punto problematico concerne il contegno che deve tenere il giudice in presenza di questa incertezza esplicativa. Se si dovesse ragionare in termini rigorosi, si dovrebbe concludere nel senso che in queste ipotesi il giudice non può che alzare le mani e arrendersi davanti alla inesplicabilità del decorso causale. Nel momento in cui esperti del sapere scientifico che viene in gioco nel singolo processo non si trovano d’accordo in ordine all’efficacia esplicativa di una determinata legge, la conclusione non può che essere nel senso della irresponsabilità. Anche perché, se al giudice si attribuisse un ruolo nella scelta tra le due opzioni ricostruttive, o il giudice entrerebbe nell’ambito scientifico che non gli compete oppure si scivolerebbe da una prospettiva deduttiva a una prospettiva induttiva, che tuttavia, come abbiamo detto più volte, attiene alla prova dei fatti e non alla ricostruzione del decorso causale reale.

D’altra parte, non si può nemmeno negare la circostanza che nelle singole ipotesi concrete si ponga l’esigenza di un certo vaglio da parte del giudice in ordine alla affidabilità di una determinata legge scientifica che si pone in discussione, anche perché, diversamente, si verrebbe a creare una situazione per cui è sufficiente esprimere il minimo dubbio sulla efficacia esplicativa di una determinata legge scientifica per indurre alla conclusione della irresponsabilità del soggetto. Ed è in queste ipotesi che si viene a creare un intreccio tra dimensione sostanziale e dimensione processuale particolarmente delicato e complesso.

Ebbene, il problema della incertezza derivante da contrasto esplicativo non può essere risolto scaricando sul giudice di merito il compito di verificare la fondatezza delle leggi esplicative, ragion per cui il giudice di merito dovrebbe verificare se «se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi, una legge scientifica in ordine all’effetto acceleratore della protrazione dell’esposizione», impiegando criteri di valutazione critica in ordine alla attendibilità scientifica delle leggi esplicative (esame degli studi che la sorreggono; ampiezza, rigidità oggettiva della ricerca; grado di soste-

gno che i fatti accordano alla tesi; discussione critica; attitudine esplicativa; grado di consenso nella comunità scientifica)⁹.

Tale soluzione è senz'altro da apprezzare nel momento in cui cerca di trovare un punto di equilibrio tra la prospettiva "deduttiva" che impone al giudice di essere fruitore delle leggi scientifiche e l'esigenza realistica che impone al giudice di prendere una certa posizione sul sapere scientifico. D'altra parte, è anche vero che questo punto di equilibrio finisce per negare al giudice il suo ruolo di fruitore delle leggi scientifiche, emergendo così una indiscutibile contraddizione, confermata dal fatto che anche nelle sentenze successive che si sono occupate del tema, gli esiti processuali sono risultati contrastanti.

Alla stessa stregua, sarebbe errato chiamare in causa la Corte di cassazione a Sezioni Unite per stabilire se la legge scientifica sia affidabile o meno: «le Sezioni Unite non potrebbero attestare l'esistenza o l'assenza della legge dell'effetto acceleratore [...] non si tratta di interpretazioni giuridiche, ma di giudizi di fatto di segno opposto, rispetto ai quali non si crede che le Sezioni Unite possano prendere una posizione»; dall'altro lato, si è precisato che «le poche decisioni che prendono posizione sulla maggiore validità di una teoria scientifica rispetto ad altra [...] non fanno che negare l'assunto di un giudice fruitore di leggi causali che rinvergono nel contesto scientifico il marchio di validità»¹⁰, tornando quindi a ribadire il ruolo del giudice di fruitore delle leggi scientifiche.

Ecco allora che la giurisprudenza rischia di farsi imprigionare nel seguente paradosso. Da un lato, non potendo prendere posizione sulla valenza scientifica, la Corte scarica la scelta sul giudice di merito; dall'altro lato, però, preso atto che permangono contrasti giurisprudenziali, si rende conto che lo scaricare sul giudice il vaglio sulla affidabilità della legge scientifica finisce per sortire un effetto che non solo non è risolutivo, ma che addirittura alimenta il contrasto, in quanto i giudici di merito, attraverso il loro vaglio, tendono poi a ritenere affidabili teorie scientifiche diverse.

Per uscire da questa sorta di *impasse*, è forse opportuno distinguere due situazioni diverse. Anzitutto, v'è l'ipotesi in cui l'incertezza sulla spiegazione scientifica si pone – per così dire – per la prima volta all'interno di un determinato procedimento. In questa ipotesi, non c'è dubbio che possano e debbano operare i criteri elaborati dalla giurisprudenza anche nella valutazione della affidabilità della legge scientifica, sia perché la prospettazione di qualsiasi dubbio potrebbe divenire un espediente artificioso per portare ad escludere la responsabilità, sia perché riproducendosi nel processo quel dibattito che è vivo nella comunità scientifica, è ben possibile che il giudice opti per la ricostru-

⁹ Cass. pen., Sez. IV, n. 43786/2010.

¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 12175/2016.

zione scientifica più plausibile in virtù della sua capacità di resistere all'urto del contraddittorio tra i saperi. Se per certi aspetti si può trattare di una presa di posizione giuridica sulla scienza, tuttavia, tale presa di posizione ci sembra in definitiva ragionevolmente ammissibile soprattutto se poi si adottano due accorgimenti. Da un lato, appare evidente che se già all'interno degli stessi gradi del procedimento si viene a creare un contrasto, la Cassazione non può che prendere atto dell'incertezza esplicativa. Inoltre, per controbilanciare possibili condanne contraddette da successive scoperte scientifiche, si potrebbe pensare a una ipotesi di revisione del processo *pro reo* nel momento in cui l'incertezza scientifica risulta essere – per così dire – successivamente confermata.

In secondo luogo, v'è l'ipotesi in cui l'incertezza della spiegazione dà luogo ad esiti processuali contrastanti sul piano della legittimità. Ebbene, là dove il contrasto all'interno della scienza rispetto all'esplicazione di un certo fenomeno risulta confermata da esiti giudiziali opposti, è del tutto evidente che manca una certezza in ordine alla spiegazione e che questa mancanza di certezza non può essere risolta dal giudice sindacando il valore scientifico delle diverse spiegazioni, in quanto al giudice verrebbe attribuito un ruolo che non è di mero fruitore delle leggi scientifiche, ma piuttosto di valutatore delle stesse.

In buona sostanza, si deve ritenere che in presenza di un dubbio che risulta insuperabile in virtù della sussistenza di esiti processuali differenti, si debba prendere atto dell'incertezza scientifica con conseguente esclusione della responsabilità. E tale esclusione deve avvenire non sulla base della presenza di un dubbio che deve giocare a favore della persona imputata, perché in realtà non si stanno ponendo problemi di prova, ma per evitare la violazione del principio di personalità della responsabilità penale.

9. *Certezza e dubbio nella colpa*

Problematiche di rapporto tra certezza/dubbio e diritto penale sostanziale si pongono anche quando si entra nel contesto imputativo della colpa.

È bene precisare che si tratta di un contesto diverso da quello della causalità, perché dal contesto reale, *ex post*, esplicativo, scientifico tipico della causalità, si passa a un contesto irreali, *ex ante*, ipotetico, probabilistico tipico della colpa, con la conseguenza che non ha più senso ragionare in termini di certezza deduttiva, ma si deve ragionare in termini di credibilità razionale, vale a dire in termini analoghi a come si ragiona in ambito probatorio: insomma, non si tratta di spiegare, ma di prevedere, e le prognosi devono risultare razionalmente e argomentativamente credibili e giustificate.

In questo ambito del diritto penale sostanziale entra quindi in funzione una certezza normo-valutativa derivante dalla struttura prognostico-probabilistica del contesto normativo. Ecco allora che in presenza di una probabilità, che

risulta essere strutturalmente priva di quella certezza empirica che contraddistingue i contesti esplicativi, si può comunque imputare l'evento.

Anche all'interno di questo contesto si pongono due questioni problematiche entrambe concernenti l'elaborazione delle regole cautelari: da un lato, si pone il problema se si debba fare riferimento alla migliore scienza ed esperienza del momento storico oppure se si possa avanzare una pretesa meno elevata, facendo riferimento alle buone pratiche diffuse in un certo contesto spazio-temporale; dall'altro lato, si pone il problema se si possano elaborare regole cautelari rispetto a contesti che si sanno rischiosi, ma dove manca un sapere esplicativo certo.

Per comprendere queste problematiche, si deve aver presente due aspetti. Anzitutto, la differenza che intercorre tra la colpa specifica derivante dalla violazione di regole cautelari scritte e colpa generica derivante invece dalla violazione di regole cautelari non scritte. In secondo luogo, si deve aver presente il fatto che spesso, in mancanza di colpa specifica perché si rispettano le regole cautelari scritte, si fa residuare una colpa generica in virtù della violazione di ulteriori regole cautelari non scritte.

9.1 Utilizzabilità del parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico

Ebbene, sotto il primo profilo dell'utilizzo del parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico, si deve ritenere che ciò sia plausibile quando si devono forgiare regole scritte: una valutazione che eleva al massimo grado la pretesa comportamentale risulta plausibile solo se è l'ordinamento che la compie in modo chiaro e netto mediante la cristallizzazione delle condotte dovute.

Diversamente, quando vengono in gioco regole cautelari non scritte, o comunque regole cautelari c.d. elastiche che pur essendo scritte rinviano comunque a regole non scritte, non ha molto senso richiamare la migliore scienza ed esperienza del momento storico, anche perché l'individuazione della stessa finisce per essere rimessa nelle mani del giudice.

Una conferma a questa prospettiva proviene ancora una volta dalla Corte costituzionale. Nell'affrontare il problema interpretativo di cosa si dovesse intendere per misure "concretamente attuabili" in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro, la Corte ha precisato che con tale espressione il legislatore si è riferito alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, «corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti

dell'imprenditore dagli standard di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive. Ed è in questa direzione che dovrà, di volta in volta, essere indirizzato l'accertamento del giudice: ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli standard di produzione industriale, o specificamente prescritta»¹¹.

Da ciò consegue un altro esito fondamentale: proprio perché il parametro della migliore scienza ed esperienza può essere utilizzato soltanto in presenza di regole cautelari scritte, se la regola cautelare scritta non è formulata mediante il parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico, a maggior ragione non è possibile fare residuare una colpa generica basandola sul parametro della migliore scienza ed esperienza del momento storico, anche perché una colpa generica può residuare soltanto se muta la situazione di rischio che si deve fronteggiare.

9.2 La formulazione delle regole cautelari in contesti di incertezza scientifica esplicativa ovvero la problematica del principio di precauzione

Altro punto problematico in tema di colpa è l'imputazione dell'evento in contesti di incertezza scientifica.

Se, da un lato, vi sono posizioni rigorosissime che escludono addirittura la possibilità di formulare regole cautelari in contesti di incertezza scientifica, dall'altro lato, vi sono posizioni eccessivamente cedevoli che addirittura ritengono che l'evento possa essere imputato anche sulla base dello stesso principio di precauzione.

A me pare necessario distinguere le problematiche della colpa da quelle della imputazione dell'evento e impostare la questione nel modo seguente.

Da un lato, non sembrano esservi ostacoli a che il legislatore formuli regole cautelari che si ispirano al principio di precauzione, potendo oltretutto sanzionare la loro inosservanza, non solo perché è più che plausibile circondare una certa attività di cautele senza conoscere con esattezza i meccanismi operativi di una determinata sostanza, ma anche perché le scelte valoriali di tutela, posto che devono risultare empiricamente realizzabili, non devono avere necessariamente un fondamento scientifico. Insomma, la stessa incriminazione dei reati di pericolo astratto è senza dubbio legittima, ponendosi semmai un problema di offensività e proporzione.

Dall'altro lato, ammessa la formulabilità di regole cautelari sulla base del principio di precauzione, il vero punto problematico diviene la possibilità di configurare una eventuale responsabilità colposa per l'evento che si è pro-

¹¹ Corte cost., sent. n. 312/1996.

dotto in violazione delle regole cautelari precauzionali. E a me pare che tale possibilità sia difficilissima da raggiungere.

Anzitutto, sul piano della causalità, è necessario che sopravvengano le conoscenze scientifiche che consentano per l'appunto l'imputazione causale mediante la spiegazione scientifica. Vero che le regole cautelari possono essere formulate in assenza di conoscenze scientifiche è anche vero che in assenza di conoscenze scientifiche un evento non può essere imputato.

In secondo luogo, anche là dove sopravvengano le conoscenze scientifiche, è ben possibile che, proprio sulla base delle conoscenze scientifiche sopravvenute, la regola cautelare si riveli del tutto inefficace. Insomma, se vero che si possono elaborare regole cautelari in assenza di una totale conoscenza scientifica, tuttavia vi sono alte probabilità che una regola cautelare elaborata in tale contesto possa risultare inefficace proprio perché mancavano le conoscenze scientifiche.

Ma la vera questione è la seguente: in presenza di un sapere incerto, ancora una volta la regola cautelare non può che essere scritta: proprio perché manca un sapere scientifico, la valutazione che sta alla base della individuazione del comportamento dovuto non può essere rimessa al singolo giudice.

Con la conseguenza ulteriore che, in presenza del rispetto delle regole cautelari precauzionale, non può residuare la colpa generica, anche perché risulterebbe problematicissima la misura soggettiva della colpa, in quanto, ammesso che vi sia stata una mutazione di rischio che giustifica una nuova e diversa regola cautelare non scritta, proprio la mancanza di conoscenze scientifiche non consente di rendersi conto del mutamento del rischio.

Il tema, che può apparire sofisticato, è in realtà di estrema attualità, perché si lega ai processi attivati rispetto all'amianto e alle nuove sostanze pericolose. Ebbene, riguardo a questi processi, se, da un lato, si possono individuare regole cautelari scritte elaborate in una fase di incertezza scientifica (le regole per affrontare l'asbestosi) e risultano sopraggiunte conoscenze scientifiche esplicative dell'eziologia degli eventi (l'eziologia del mesotelioma pleurico è oggi certa), dall'altro lato, però, si deve osservare come le regole cautelari elaborate in assenza di conoscenze scientifiche si siano poi rivelate inefficaci proprio in virtù delle conoscenze scientifiche (si pensi alla inefficacia delle mascherine), e come spesso la giurisprudenza abbia fatto residuare una colpa generica derivante da un generico dovere di informarsi oltretutto forgiato sulla migliore scienza ed esperienza, senza tuttavia che fosse evidente e conoscibile da parte dell'agente una mutazione del rischio (le morti da mesotelioma si sono verificate dopo almeno dieci anni dalle condotte colpose).

10. *Certezza e dubbio nella colpevolezza*

Venendo al piano della imputazione soggettiva, merita attenzione il dubbio rispetto al fatto e rispetto al precetto. All'interno del nostro ordinamento v'è infatti una diversa disciplina: mentre il dubbio sul fatto è pienamente compatibile col dolo, il dubbio sul precetto di per sé nulla ci dice, dovendosi andare a scandagliare se era evitabile oppure inevitabile, perché se era evitabile è compatibile con la responsabilità, mentre se era inevitabile il dubbio esclude la responsabilità.

Il punto che merita interesse è la ragione di questa particolare disciplina del dubbio sul precetto: da un lato, infatti, si potrebbe essere indotti a ritenere che ogni volta che c'è un dubbio sul precetto ci dovrebbe essere responsabilità, mediante una disciplina simile a quella che c'è per il dubbio sul fatto; dall'altro lato, si potrebbe invece essere indotti a ritenere che ogni volta che c'è un dubbio, sia esso evitabile o inevitabile, si dovrebbe concludere per l'irresponsabilità.

Ebbene, l'ordinamento è voluto uscire proprio da questa secca alternativa basando la disciplina su un giudizio di evitabilità/inevitabilità dell'errore/dubbio sul precetto.

A fondamento di tale scelta si è soliti affermare che vi sarebbe l'esigenza politico-criminale di non comprimere la sfera di tutela dei beni giuridici: la presenza di una pretesa che impone di evitare la produzione di una determinata causa di discolpa, come anche di un certo evento dannoso, rappresenterebbe, in sostanza, un meccanismo per soddisfare mere esigenze di prevenzione generale.

A nostro avviso, a questa ragione del tutto condivisibile e comune a qualsiasi giudizio normativo di evitabilità, se ne possono tuttavia aggiungere anche altre che attengono in modo precipuo ai giudizi di evitabilità presenti negli istituti che incarnano la colpevolezza e che hanno natura – per così dire – personalistica¹².

A ben vedere, infatti, la previsione di questo giudizio, presente anche all'interno dell'imputabilità e dello stato di necessità, non consente soltanto di soddisfare pretese preventive, ma anche di raggiungere un importante punto di equilibrio tra tali esigenze e quelle personalistiche di garanzia espresse dal sottoprincipio di relazione psichica tra il soggetto e il reato. Se infatti il legislatore non formulasse i propri istituti facendo riferimento alla evitabilità di una certa situazione si troverebbe costantemente di fronte alla seguente alternativa di non facile soluzione: o affermare l'irrilevanza di tutta una serie di cause di discolpa, rispondendo così interamente alle istanze di tutela socia-

¹² V. Corte cost., sent. n. 364/1988.

le, ma violando così anche il principio di relazione psichica tra il soggetto e il reato; oppure sancire la totale rilevanza delle cause di discolpa, dando così piena attuazione al principio di colpevolezza, ma frustrando inevitabilmente le esigenze preventive.

Ora, proprio i giudizi di evitabilità sono in grado di conciliare queste due esigenze contrapposte, nel senso che, da un lato, presupponendo – per così dire – un’illimitata rilevanza delle cause di discolpa, rendono gli istituti pienamente conformi al principio di colpevolezza e, più precisamente, al sottoprincipio della relazione psichica tra il soggetto e il reato; dall’altro lato, comportando la responsabilità in caso di evitabilità della situazione di discolpa da parte del soggetto, consentono di appagare le esigenze di prevenzione generale.

Inoltre, la ragione della previsione dei giudizi normativi negli istituti che incarnano la colpevolezza non risiede solo e semplicemente nell’esigenza di trovare un punto di equilibrio tra colpevolezza e prevenzione, ma anche, e soprattutto, nel diverso ruolo giocato dal “fatto” e dal “diritto” all’interno dello stesso procedimento motivazionale. Ed invero, mentre, il fatto rappresenta soltanto il *mezzo* per realizzare un determinato interesse perseguito dal soggetto agente, il diritto incardina un *interesse*, che può coincidere con quello perseguito dal soggetto agente oppure confliggere. In particolare, la conoscenza del fatto è un presupposto *fondamentale* per assumere un orientamento cosciente nei confronti dei valori tutelati dall’ordinamento, poiché solo chi conosce i fatti può prendere decisioni concernenti il proprio comportamento; tuttavia, tale conoscenza è – per così dire – esterna al procedimento di formazione della decisione, in quanto il fatto non esprime di per sé un valore di cui invece è portatore il diritto, ma soltanto l’oggetto della valutazione. All’opposto, la conoscenza del diritto è presupposto fondamentale e “interno” al procedimento motivazionale, dal momento che, proprio perché esprime una qualificazione (di valore/disvalore) del fatto, concorre a pieno titolo alla formazione della decisione orientata ai valori tutelati dall’ordinamento.

Da qui un’ulteriore conseguenza assai rilevante: mentre esiste una naturale propensione alla conoscenza del fatto e degli elementi che lo compongono, per il diritto esiste, invece, una fisiologica tendenza alla disconoscenza. Proprio perché la conoscenza del fatto è un presupposto fondamentale per prendere decisioni, ma esterno al procedimento motivazionale, il soggetto è indotto a conoscere la realtà su cui agisce; al contrario, esprimendo la norma penale un interesse e un valore potenzialmente contrastanti con l’interesse e il valore perseguito dal soggetto attraverso la realizzazione del fatto, appare evidente come vi sia una certa inclinazione a non conoscere proprio ciò che alla fine può costituire un limite alla realizzazione dei propri interessi. In sostanza, appartiene alla stessa “essenza” del procedimento motivazionale la propen-

sione a crearsi situazioni di “non colpevolezza”, in quanto la presenza di una causa di discolpa consente di agire con la massima libertà.

11. *Certezza e dubbio nei giudizi di pericolosità*

Pochissime battute sui giudizi di pericolosità, per osservare come essi si basino su un sapere fortemente dubitativo: com'è possibile formulare una prognosi di recidiva su un comportamento futuro?

Ebbene, a me pare che la pericolosità possa avere una sua plausibilità allorquando è connessa a particolari situazioni patologiche, con la conseguenza che il sistema delle misure di sicurezza si giustifica appieno con riferimento ai soggetti non imputabili, visto che oltretutto si richiede che lo stesso fatto sia causato dal fattore che esclude l'imputabilità, con riflessi anche sul giudizio di pericolosità, per cui sempre lo stesso fattore deve poter essere anche causa di un possibile nuovo reato.

Diversamente, problemi si pongono per i giudizi di pericolosità rispetto ai soggetti imputabili, proprio perché manca un fattore peculiare su cui incentrare il giudizio di pericolosità. Attenzione: ciò non significa che un giudizio di pericolosità sull'imputabile non possa essere formulato. Piuttosto, significa che esso dovrebbe essere impiegato per decidere della applicazione di istituti che incidono sulla punibilità (es. sospensione condizionale della pena), piuttosto che della applicazione di misure ulteriori come le misure di sicurezza. Anche perché l'imputabile finisce per andare incontro a conseguenze afflittive che alla fine sono sproporzionate, essendo sottoposto sia alla pena che alle misure di sicurezza.

Problemi ancora più consistenti si pongono per i giudizi di pericolosità relativi alle misure di prevenzione, anche perché qui addirittura manca l'accertamento di un fatto. E la sensazione che si ha è che si sia arrivati a un vero e proprio eccesso di normativismo (fallacia normativistica), per cui il giudizio di pericolosità è compiuto in completa assenza di fatti, con la conseguenza che risulta interamente spostato sulla personalità del soggetto basandosi sulla mera esistenza di precedenti.

12. *Una conclusione su certezza e dubbio dalla prospettiva del costituzionalismo penale*

Se volessimo tirare una sorta di conclusione da tutto quello che abbiamo detto fin qui, si potrebbe dire che la riflessione sui rapporti tra certezza/dubbio e diritto penale spinge inevitabilmente ad estenderla ai rapporti tra certezza/dubbio e Costituzione.

Ebbene, sul piano delle scelte di criminalizzazione la Costituzione è custode della verità empirica, come anche della dialogicità dubitativa valoriale.

Sul piano della formulazione/interpretazione dei precetti, se il dubbio interpretativo e il contrasto giurisprudenziale appartengono fisiologicamente all'ordinamento e quindi non escludono la prevedibilità, problemi di prevedibilità si pongono invece allorché il contrasto torna a porsi reclamandosi un ulteriore intervento delle Sezioni Unite.

Sul piano della imputazione oggettiva, la Costituzione spinge per una vera e propria subordinazione del diritto penale sostanziale al sapere scientifico.

Sul piano della imputazione soggettiva, la Costituzione è per l'equilibrio e il buon senso, e se non pone limiti alla formulazione delle pretese comportamentali, spaziando dalla migliore scienza ed esperienza del momento storico al principio di precauzione, tuttavia pretese comportamentali con parametri siffatti devono provenire soprattutto da fonti scritte.

Sul piano della imputazione soggettiva, non si può non distinguere tra la conoscenza del fatto e la conoscenza del precetto, perché esiste una naturale propensione alla conoscenza del fatto, mentre per il diritto esiste una fisiologica tendenza alla disconoscenza.

Punto dolente sono i giudizi di pericolosità. Ritengo che sia la grande frontiera della garanzia. Qui occorre che il dubbio operi soprattutto all'interno della scienza giuridica affinché possa vedere in termini critici il sistema delle misure di sicurezza e soprattutto quello delle misure di prevenzione, avanzando dubbi di legittimità costituzionale basati sui vincoli di realtà che evidenziano eccessi di normativismo.