

CAPITOLO I

PROVA E MODELLI DI PROCESSO

SOMMARIO: 1. Il concetto di prova. – 2. I concetti di fattispecie e di situazione soggettiva: potere, dovere, facoltà, onere – 3. Tema del processo: la colpevolezza. – 4. Sapere e potere. – 5. Modelli di processo: contraddittorio in senso forte e in senso debole. – 6. Giustizia negoziata. – 7. Un infelice paradigma: processo come attuazione del diritto sostanziale e processo come soluzione di conflitti. – 8. Verità storica: scoperta *vs* ri-costruzione. – 9. Giustizia del processo e giustizia della decisione: il processo penale come giustizia imperfetta. – 10. Processo e verità.

1. *Il concetto di prova*

La prova, latamente intesa, è un'operazione volta a verificare, quindi ad accertare come vera o falsa una qualsiasi proposizione¹. In essa si possono individuare tre componenti:

a) i mezzi potenzialmente idonei a provare, *id est* le prove in senso proprio che saranno formalizzate e descritte in altrettante proposizioni probatorie;

b) l'oggetto o il tema della prova, ossia la proposizione che si intende provare: la quale dovrà essere costituita da un enunciato apofantico, vale a dire vero o falso, dato che non avrebbe senso provare enunciati né veri né falsi, come comandi, promesse, consigli, ordini o, più in generale, tutti gli enunciati performativi²;

c) il criterio o la regola di giudizio alla cui stregua si può ritenere raggiunta la prova e, quindi, effettuato con esito positivo il passaggio dalle

¹ Nell'etimo 'provare' significa riconoscere qualche cosa come buona; e le proposizioni oggetto di prova in tanto sono 'buone', in quanto siano 'vere'.

² Naturalmente può, invece, formare oggetto di prova la circostanza (vera o falsa) che l'enunciato performativo sia stato emesso.

proposizioni probatorie alla proposizione da provare: la regola, già implicita nel concetto stesso di 'provare', è rappresentata dal canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*³.

2. *I concetti di fattispecie e di situazione soggettiva: potere, dovere, facoltà, onere*

Riassumiamo brevemente alcuni concetti fondamentali ai fini della prova nel processo penale: la fattispecie e le situazioni soggettive di potere, dovere, facoltà e onere.

Con fattispecie intendiamo i requisiti sufficienti e necessari perché un atto produca i suoi effetti tipici e possa, quindi, dirsi valido; la validità è, per l'appunto, l'idoneità dell'atto a produrre gli effetti tipici. In un ordinamento molto semplificato, tutti i requisiti che la legge richiede per l'atto sono condizioni di validità e integrano la fattispecie; l'assenza di uno qualsiasi di essi determina la nullità dell'atto e pregiudica irrimediabilmente il prodursi degli effetti. Negli ordinamenti moderni, dove gli atti assumono forme più complesse, non tutti i requisiti previsti dalla legge assumono la stessa rilevanza. Esiste, infatti, un principio di tassatività dei vizi processuali che il nostro codice esprime in questi termini: «L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge» (art. 177 c.p.p.). La conseguenza è che l'assenza dei requisiti, per i quali non sia contemplata espressamente la nullità, non pregiudica la validità dell'atto, ma è fonte di una semplice irregolarità che può eventualmente esporre a sanzioni il responsabile di essa, senza impedire il prodursi dell'effetto dell'atto. Pertanto solo i requisiti previsti a pena di nullità compongono la fattispecie dell'atto.

Possiamo illustrare la differenza tra i due generi di requisiti con due cerchi concentrici: quello interno rappresenta la fattispecie e include i soli requisiti la cui assenza determina la nullità dell'atto; quello esterno comprende tutti i requisiti previsti perché l'atto possa dirsi regolare, ossia perfettamente conforme alle previsioni della legge. Ad esempio, l'art. 546 comma 1 c.p.p. elenca i requisiti della sentenza dettando così le condizioni per la regolarità dell'atto; ma non è questa la fattispecie dell'atto, dato che non tutti quei requisiti sono previsti a pena di nullità (non lo è l'intestazio-

³ *Infra*, Cap. III, par. 18 s.

ne in nome del popolo italiano (lett. *a*)). La fattispecie è invece definita dal comma 3 del medesimo articolo, in base al quale «oltre che nel caso previsto dall'art. 125 comma 3, la sentenza è nulla se manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo ovvero se manca la sottoscrizione del giudice».

Le situazioni soggettive implicano un rapporto che si istituisce tra un soggetto del processo e una determinata condotta⁴. La condotta può essere attribuita a titolo di potere, dovere, facoltà o onere. Si esercita un potere quando l'ordinamento si impegna ad attribuire alla condotta tenuta dal soggetto gli effetti o, se si preferisce, l'esito a cui è preordinata. Ad esempio, l'imputato o il pubblico ministero sono titolari del potere di impugnare la sentenza in quanto dall'esercizio dell'impugnazione nasce il dovere del giudice di emettere una pronuncia sul tema del processo a cui si riferiscono i motivi addotti dalle parti. L'esercizio del potere genera effetti giuridici che consistono in una nuova situazione soggettiva di potere o di dovere. In assenza del potere, l'atto compiuto, o meglio la condotta tenuta dal soggetto, resta giuridicamente inesistente, inidonea a produrre gli effetti a cui mirava (naturalmente può assumere rilevanza ad altri fini, disciplinare e penale); ad esempio, una prova che il giudice non abbia il potere di assumere perché vietata dalla legge, se immessa nel processo è giuridicamente inesistente, *tamquam non esset*⁵. Per converso, se dalla condotta tenuta dal soggetto scaturiscono gli effetti giuridici a cui era preordinata, significa che è stato esercitato un potere.

Si è in presenza di un dovere quando la condotta forma oggetto di una valutazione positiva da parte dell'ordinamento, indipendentemente dalla circostanza che la violazione del dovere sia o no sanzionata. Da notare che la violazione di un dovere non è incompatibile con l'esercizio di un potere. Non bisogna confondere la norma che conferisce un potere con quelle che ne regolano l'esercizio e che sono costitutive di doveri. Ad esempio, la sentenza emessa da un giudice incompetente, quando non sia impugnata e diventi irrevocabile, esplica pienamente i suoi effetti; il che significa che il giudice ha esercitato un potere attribuitogli dalla legge (la giurisdizione, per l'appunto), pur avendo violato un dovere (quello di astenersi dal giudicare reati non di sua competenza). In altri termini, la giurisdizione è il potere di giudicare che spetta ad ogni giudice, anche a quello incompetente.

⁴ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957, *passim*.

⁵ Cfr. *infra*, Cap. IX.

Le norme sulla competenza ne regolano l'esercizio, individuando per i singoli reati chi *deve* giudicare, fermo restando che gli altri giudici devono astenersene; ma, se il giudice incompetente non avesse giurisdizione, non si spiegherebbe come la sentenza da costui emessa possa divenire irrevocabile (il difetto del potere implica l'inesistenza giuridica dell'atto eventualmente compiuto)⁶. Analogamente il pubblico ministero è titolare del potere di esercitare l'azione penale; egli ha il dovere di esercitarla solo in presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa, dovendo altrimenti chiedere al giudice l'archiviazione della notizia di reato. Nondimeno l'azione esercitata in assenza di tali elementi è validamente promossa e determina il dovere del giudice di decidere nel merito. Il pubblico ministero ha violato un dovere, ma ha esercitato un potere.

La facoltà è semplicemente la negazione del dovere: una condotta è facoltativa dove non esistano obblighi o doveri; ad esempio, l'imputato non è obbligato a rispondere all'interrogatorio o a sottoporsi all'esame, ma ha la facoltà di avvalersi del diritto al silenzio; così pure – e qui la facoltà convive col potere – può impugnare o non impugnare la sentenza che lo condanna. Le facoltà competono per lo più alle parti private. Per gli organi pubblici quelle che impropriamente si chiamano facoltà sono, a ben vedere, dei doveri discrezionali, ossia doveri i cui presupposti, anziché essere tassativamente definiti, sono affidati ad una complessa valutazione di cui la legge si limita a fornire il parametro: ad esempio il pubblico ministero non ha propriamente la facoltà, ma il dovere di impugnare la sentenza ogni qualvolta la ritenga ingiusta (anche se la vaghezza del concetto di ingiustizia gli conferisce di fatto la più ampia discrezionalità).

L'onere, infine, designa una condotta dalla quale dipende un effetto favorevole per una parte processuale. Ma è una figura di scarso rilievo giuridico, rispetto al 'potere' e al 'dovere'. Ogni onere, infatti, è definibile nei termini di un potere dal cui mancato esercizio deriva o, almeno, può derivare una conseguenza negativa per il titolare del potere. Ad esempio, dire che il pubblico ministero ha l'onere di provare la colpevolezza equivale a dire che sul pubblico ministero grava il rischio di assoluzione dell'imputato per la mancata produzione delle prove a carico. L'onere si dice 'perfetto' quando l'esito favorevole può derivare solo dalla condotta dell'interessato ed è quindi impedito dalla sua inerzia (il danneggiato che intenda ottenere

⁶ Non è dunque corretto affermare che la competenza sia la fetta di giurisdizione spettante al giudice: se il giudice incompetente non avesse giurisdizione, la sentenza sarebbe inesistente.

il risarcimento in sede penale ha l'onere di costituirsi parte civile, non essendo la sua iniziativa surrogabile da altri). 'Imperfetto', quando l'effetto può realizzarsi anche altrimenti; ad esempio, le prove della colpevolezza, non prodotte dal pubblico ministero, possono essere assunte d'ufficio dal giudice *ex art. 507 c.p.p.* (e sarebbero valide anche se fornite dalla difesa che è la parte contro interessata).

3. Tema del processo: la colpevolezza

Nel processo penale vi sono varie proposizioni da provare. Quella principale, ovviamente, è rappresentata dalla colpevolezza dell'imputato che costituisce per l'appunto il tema, l'oggetto del processo. Ma nell'*iter* processuale possono occasionalmente formare oggetto di prova altre proposizioni, definibili come incidentali⁷: ad esempio, nei provvedimenti cautelari, quelle relative al *fumus boni iuris* e ai *pericula libertatis*; o, nelle deroghe al contraddittorio, la condotta illecita o l'irripetibilità sopravvenuta *ex art. 512 c.p.p.*

Che oggetto principale di prova sia la colpevolezza dell'imputato – e non la sua innocenza e nemmeno l'alternativa tra l'una e l'altra – discende dal carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale dove sono definite le fattispecie criminose. Avendo come fine l'attuazione del diritto penale sostanziale, il processo deve accertare *se* l'imputato sia colpevole; pertanto, mentre la condanna richiede la prova della colpevolezza, l'assoluzione non esige quella dell'innocenza, ma è puramente consequenziale alla mancata prova della colpevolezza⁸. L'onere della prova o, meglio, il rischio per la mancata prova grava sull'accusa⁹, tenuta a provare che la

⁷ *Infra*, Cap. III, par. 15.

⁸ V. già, vigente il codice di procedura penale del 1865, L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, II ed., Barbera, Firenze, 1899, 12: «l'assunto da dimostrarsi vero è quello soltanto che concerne la colpevolezza. Tale è la tesi, da cui muove il processo, tesi positiva di affermazione. La tesi contraria di non colpevolezza, d'innocenza, è e non può essere che di carattere esclusivamente negativo, di contraddizione della prima. Positivamente deve dimostrarsi la verità del giudicabile; basterà che tale dimostrazione non sia raggiunta, per assicurare il trionfo della tesi contraria». Sul tema v., anche per ulteriori richiami storici sulla 'triste verità' della colpevolezza, F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 610 s.

⁹ È più corretto parlare di rischio per la mancata prova, anziché di onere della prova, perché ai fini della colpevolezza la prova non dev'essere necessariamente fornita dall'accusa,

condotta dell'imputato integra sino all'ultima molecola tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale. Se oggetto del processo fosse l'innocenza, sarebbe questa a dover essere provata dall'imputato; e, se il tema fosse l'alternativa tra colpevolezza e innocenza come ipotesi probatorie equipollenti, sarebbe sufficiente una maggiore probabilità della prima rispetto alla seconda a giustificare la condanna.

Naturalmente, dato che gli esiti delle prove assunte nel processo sono variabili, il mancato raggiungimento della prova di colpevolezza e, quindi, l'assoluzione possono in concreto dipendere da almeno tre distinte situazioni, documentate dalla motivazione della sentenza: mancanza di qualsiasi prova a carico; insufficienza delle prove a carico; presenza di prove da cui risulti l'innocenza. In altri termini, la circostanza che solo la colpevolezza costituisca il tema del processo non esclude che l'innocenza possa occasionalmente riuscire provata nella sentenza.

4. *Sapere e potere*

Nella scienza o nella storia la prova si risolve nell'esercizio di un sapere. L'esito raggiunto non ha altra tutela che la bontà delle ragioni sulle quali si fonda; chiunque è autorizzato a prospettare ipotesi alternative e la discussione può potenzialmente proseguire all'infinito in un contesto libero da enunciati autoritativi.

Non così nel processo penale dove i poteri esercitati pongono necessariamente dei limiti all'acquisizione del sapere e all'ampiezza della discussione. Nella sentenza che accerta o nega la colpevolezza occorre distinguere due componenti: una cognitiva o conoscitiva, l'altra autoritativa o performativa. La componente cognitiva, fondata sul 'sapere', traspare dalla motivazione della sentenza ed è rappresentata dal discorso argomentativo con cui il giudice sulla base delle prove raccolte 'ri-conosce' o no l'imputato come colpevole. La componente autoritativa, fondata sul 'potere', emerge dal dispositivo, ossia dall'atto con cui il giudice 'dichiara' l'imputato colpevole del reato o lo assolve; con l'effetto, tipicamente giuridico, di imporre all'imputato una qualifica che, una volta esauriti i mezzi di impugnazione, sarà inconfutabile, destinata ad accompagnare la persona come il suo nome, restando irrilevante ogni eventuale prova contraria (salvi i casi eccezio-

ma da qualsiasi soggetto autorizzato a introdurre prove (parte privata e giudice). V. *infra*, Cap. III, par. 16.

nali di revisione del processo, in cui nuove prove documentino l'ingiustizia della condanna). La formula con cui il giudice dichiara l'imputato colpevole è una parola performativa che realizza ciò che enuncia.

La differenza tra le due componenti si può bene evidenziare sulla base del rapporto tra giudice e realtà (o, se si preferisce, mondo). Nell'atto 'cognoscitivo' la direzione è dalla realtà verso il giudice, nel senso che è la prima (attraverso il materiale probatorio raccolto) ad influire sul secondo e, quindi, a determinare la sua decisione. Nell'atto 'autoritativo' il rapporto s'inverte, la direzione è dal giudice verso la realtà, in quanto sono le decisioni, giuste o ingiuste che siano, ad imporsi sulla realtà o, meglio, a costruire una parallela costellata da poteri, doveri e qualifiche¹⁰. La motivazione è un esercizio di conoscenza, il dispositivo un esercizio di potere che certifica e rende inconfutabile l'esito cognitivo. 'Sapere' e 'potere' sono elementi essenziali dell'atto di giudizio: priva del sapere, la sentenza sarebbe puro atto di forza, priva del potere perderebbe ogni efficacia vincolante.

Alla distinzione appena illustrata è correlata quella tra regole *costitutive* e regole *regolative*¹¹. L'attività conoscitiva è oggetto di regole definibili come 'regolative', perché si limitano a disciplinare un comportamento che può sussistere indipendentemente da esse (ad esempio, l'atto di interrogare i testimoni, di presentare memorie, di valutare le prove, ecc.). Il potere è disciplinato, anzi è 'determinato' da regole definibili 'costitutive' perché istituiscono, creano la possibilità stessa del comportamento che regolano (ad esempio, l'atto con cui si condanna o si assolve, ma anche quello con cui si dichiara una nullità o altro genere di invalidità). L'intero processo può essere studiato come un insieme di regole costitutive e regolative, sottilmente intrecciate fra loro, dove spesso non è semplice distinguere le une dalle altre.

5. *Modelli di processo: contraddittorio in senso forte e in senso debole*

Se sapere e potere sono strutturalmente congeniti al processo, l'ampiezza dell'uno e dell'altro può essere più o meno sviluppata. L'ideale sarebbe

¹⁰ Naturalmente, questa realtà, determinata dalle parole, è una realtà 'giuridica', frutto di una finzione perché le parole in sé, almeno per chi non creda alla magia, non modificano il reale.

¹¹ Su cui v., in altro contesto, J. SEARLE, *Creare il mondo sociale* [2010], trad. it., Cortina Raffaello, Milano, 2010, 9 s.

che la componente ‘cognitiva’ lo fosse al massimo grado, compatibile con le esigenze di ragionevole durata, perché è da essa che trae legittimazione l’esercizio del potere punitivo. Verosimilmente un processo risulta ‘cognitivo’ a tre condizioni.

La prima attiene alla ‘completezza’ dell’accertamento. Ferma restando la tutela delle libertà e dei valori costituzionali, occorre che si possa svolgere sulla notizia di reato un’indagine a tutto campo, diretta a definire i termini dell’accusa e a reperire le fonti di prova; e, analogamente, formulata l’accusa, dev’essere consentito alle parti di produrre ogni prova non manifestamente irrilevante né in contrasto con i principi dell’ordinamento. La seconda condizione è che a pronunciare la sentenza sia un giudice terzo e imparziale, quindi libero da legami con le parti e da pregiudizi connessi ad opinioni già espresse o a decisioni assunte sul medesimo tema probatorio. La terza condizione attiene alla regola di giudizio che conclude l’accertamento: ai fini della sentenza di condanna, la colpevolezza dev’essere provata ‘oltre ogni ragionevole dubbio’, uno *standard* inevitabilmente connotato da margini di indeterminatezza, ma al di sotto del quale si scivola gradualmente verso esiti anticognitivi, cadendo nella zona delle illazioni e dei sospetti¹².

All’interno del modello cognitivo, possiamo ulteriormente distinguere a seconda del metodo con cui si forma il sapere, fonte della decisione. A rigore anche un processo inquisitorio in cui le prove si raccolgano sistematicamente nel segreto potrebbe, a modo suo, dirsi cognitivo. ‘A modo suo’, perché un sapere non sottoposto al vaglio della critica è più che mai esposto al rischio dell’errore; e non sarebbe irragionevole includere nel concetto stesso di processo cognitivo anche l’elaborazione dialettica della prova. Si può, peraltro, assumere che il modello inquisitorio ‘puro’ appartenga ormai alla storia e che negli ordinamenti moderni il processo si svolga in contraddittorio tra le parti con l’esame dei testimoni nel dibattimento pubblico e orale. In base al metodo di conoscenza la distinzione si riduce così a quella tra:

a) processi di tipo ‘accusatorio’ che praticano il contraddittorio in senso forte, ossia ne prevedono l’esercizio nel momento stesso di formazione della prova (ovviamente ci si riferisce alle prove costituite nel processo e, in particolare, a quelle dichiarative); salvo casi eccezionali, le dichiarazioni raccolte dall’accusa o dalla difesa nella fase dell’indagine preliminare non assumono valore probatorio al dibattimento, essendo utilizzabili solo a fini

¹² *Infra*, Cap. III, par. 18.

contestativi, per saggiare la credibilità dei testimoni in presenza di una diversa versione dei fatti;

b) processi di tipo ‘misto’, articolati nelle due fasi dell’istruzione e del dibattimento, che praticano il contraddittorio in senso debole: qui anche le dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi inquirenti possono costituire prova, purché alla difesa sia riconosciuto il diritto di esaminare in dibattimento chi le ha rese (come accadeva nel codice abrogato o a cavallo tra la svolta inquisitoria e la riforma costituzionale).

6. *Giustizia negoziata*

Modello accusatorio e modello misto possono essere affiancati da procedimenti alternativi, fondati sul consenso dell’imputato o sull’accordo delle parti (applicazione della pena su richiesta delle parti o ‘patteggiamento’ e giudizio abbreviato). Sulla loro natura si registrano opinioni antitetiche. Vi è chi li ritiene di stampo inquisitorio perché gli atti sulla cui base è pronunciata la sentenza sono unilateralmente raccolti dall’accusa o dalla difesa; altri li considerano di tipo accusatorio in ragione del notevole potere dispositivo riconosciuto alle parti (soprattutto nel patteggiamento, dove il giudice si limita a verificare la correttezza dell’accordo fra le parti). A nostro avviso è più corretto inquadrarli come un terzo genere, il modello della giustizia negoziata, dove con negozio si allude allo scambio, al *do ut des* che connota queste procedure: riduzione della pena in cambio dell’accettazione della condanna nel patteggiamento o della rinuncia al contraddittorio per la prova nel giudizio abbreviato¹³.

Ma c’è una sensibile differenza tra i due riti nella nostra disciplina codicistica. L’abbreviato non incide, almeno formalmente, sulla funzione cognitiva del processo, che resta improntato al principio di completezza delle indagini e alla regola di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio; sebbene sia evidente che tanto più unilaterale è il quadro probatorio su cui si fonda la decisione, tanto meno solido e imparziale sarà l’accertamento. Non così il patteggiamento che è un rito tendenzialmente anticognitivo, specie quando si realizzi nel corso dell’indagine preliminare: l’applicazione della pena, infatti, non riposa sull’accertamento della colpevolezza, ma sulla con-

¹³ Cfr. L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, 2497, n. 614.

forme volontà espressa dalle parti; dunque, non su un 'sapere', ma su un 'potere', anche se esercitato dall'imputato stesso.

Ovviamente, è ragionevole supporre che a 'patteggiare' siano i colpevoli e non gli innocenti. Ma non è detto che sia sempre così. Ad orientare l'imputato verso l'accettazione di una pena ridotta possono influire diversi fattori, indipendenti dalla colpevolezza: gli onorari dell'avvocato, la sofferenza che inevitabilmente determina il processo, la scarsa fiducia nella giustizia e, persino, la scelta, più o meno libera, di 'coprire' responsabilità altrui. Né va dimenticato che, se formalmente a patteggiare è l'imputato, chi di fatto orienta la scelta è il difensore, il solo competente a soppesare i vantaggi di una pena ridotta a fronte dei prevedibili esiti del rito ordinario; con il risultato che nella sostanza l'imputato, più che protagonista del negozio, viene 'negoziato', è oggetto di una contrattazione tra il suo difensore e il pubblico ministero.

Dopo vari tentennamenti, le Sezioni unite hanno scolpito bene la differenza tra la sentenza di condanna 'ordinaria' e quella pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p.: «di 'pena' (...) si tratta in entrambi i casi – e sta in questo la *ratio* dell'equiparazione – ma, mentre nella sentenza ordinaria la condanna è indissolubilmente legata al previo 'giudizio' (di colpevolezza), nell'altra questo 'giudizio' manca del tutto»¹⁴. Il solo accertamento che si riscontra nel patteggiamento – oltre al controllo sulla qualificazione giuridica del fatto – è quello di tipo negativo con cui il giudice verifica l'assenza di cause di non punibilità, ai sensi dell'art. 129 c.p.p.¹⁵; e, infatti, anziché dichiarare colpevole l'imputato, specifica nel dispositivo che la pena è applicata su richiesta delle parti (art. 444 comma 2 c.p.p.)¹⁶.

¹⁴ Sez. un., 8 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 3579 che prosegue osservando: «Ed è una differenza di così radicale portata da rendere, più che azzardata concettualmente, giuridicamente improponibile l'ipotesi di estendere l'equiparazione fra i due tipi di sentenze, proprio nel punto che in modo irriducibile le differenzia, essendo nell'uno imprescindibile e nell'altro inesistente il giudizio di colpevolezza formulato dal giudice»; nello stesso senso, Sez. un., 26 febbraio 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1229; Sez. un., 28 maggio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 3341 s.

¹⁵ Verifica sicuramente non assimilabile ad un giudizio positivo sulla responsabilità dell'imputato.

¹⁶ Significativo il *revirement* operato dalla stessa Corte costituzionale. Dapprima, con la sentenza n. 313 del 1990, aveva affermato che la pronuncia ex art. 444 c.p.p., «quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità». Ma ben presto, con la sentenza n. 251 del 1991, ha provveduto a rettificare le precedenti affermazioni: «La giurisprudenza costituzionale (...) non ha inteso riferire alla sentenza adottata a seguito di 'patteggiamento' la natura propria della sentenza di condanna disposta sulla

Gli avventurosi tentativi della dottrina di negare il fatto, sicuramente inusitato, di una pena applicata senza la prova della colpevolezza sono presto naufragati, rivelandosi meri espedienti – ‘costruzioni’ è la parola adatta – tesi a mascherare la realtà del patteggiamento e dello scambio su cui regge. Qui l'imputato non chiede, come nell'abbreviato, di essere giudicato sulla base degli atti raccolti nelle indagini preliminari; chiede molto di più, o di meno, secondo l'angolo visuale: d'accordo con la controparte, chiede direttamente la pena, con una riduzione che null'altro è se non il corrispettivo per il mancato accertamento della responsabilità (a differenza dell'abbreviato, dove lo sconto di un terzo è il prezzo della rinuncia all'oralità e al contraddittorio).

D'altronde, se per il patteggiamento occorresse la prova della colpevolezza al di là ogni ragionevole dubbio – come nel rito ordinario impone la regola di giudizio dell'art. 533 c.p.p., significativamente richiamato solo in sede di abbreviato dall'art. 442 comma 1 c.p.p. – il pubblico ministero sarebbe più che mai riluttante a concedere il proprio assenso nel corso dell'indagine preliminare, per il forte rischio che, con gran sgomento della vittima del reato, l'imputato sia prosciolto, pur avendo già concordato la pena da applicare (come si sa, la legge non consente al giudice di respingere la richiesta delle parti ‘per incompletezza’ delle indagini); e ne uscirebbero così sensibilmente compromesse le finalità deflazionistiche del rito.

Qualcuno pensa di risolvere l'anomalia della separazione tra pena e colpevolezza con l'esplicita statuizione che la sentenza patteggiata implica la responsabilità dell'imputato; altri vorrebbero introdurre nella richiesta di pena un'ammissione di colpevolezza. Ma questo non inciderebbe affatto

base di un accertamento pieno della fondatezza dell'accusa e della responsabilità dell'imputato. Al contrario, (...) questa Corte ha ripetutamente sottolineato come l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta, anziché comportare un accertamento pieno di responsabilità, basato sul contraddittorio tra le parti, trovi il suo fondamento primario nell'accordo tra pubblico ministero ed imputato sul merito dell'imputazione (responsabilità dell'imputato e pena conseguente)' (sentenza 66 del 1990), dal momento che chi chiede la pena patuita ‘rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa’ (sentenza 313 del 1990)».

L'interpretazione è autentica e autorevole, ma lo è anche il mutamento anzi il capovolgimento di prospettiva. La responsabilità dell'imputato, che secondo la precedente sentenza derivava da un accertamento giurisdizionale, viene più realisticamente fondata sull'accordo delle parti; e torna così alla ribalta la logica negoziale prima eclissata dal ferreo legame che si pretendeva d'instaurare tra pena e prova di colpevolezza. Se di ‘colpevolezza’ si vuol parlare – dice in sostanza la Corte costituzionale, arrivando finalmente al nocciolo dell'istituto – si sappia almeno che è una colpevolezza non ‘accertata’ ma soltanto ‘negoziata’. Sulla vicenda v. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, Torino, 1997, 133 s.

sulla struttura anticognitiva della giustizia negoziata; si limiterebbe a modificarne il profilo imperativo, compensando con un *fiat* il difetto di conoscenza: la colpevolezza sarebbe ‘dichiarata’, non ‘accertata’. Il legislatore può, senza dubbio, introdurre nella sentenza patteggiata la componente imperativa dell’accertamento, la dichiarazione di colpevolezza come atto performativo, con tutte le conseguenze che ne discendono (ai fini della responsabilità civile, della recidiva, ecc.); ma ciò che non riuscirà mai ad immettervi è la componente cognitiva, a meno di alterare la struttura stessa del patteggiamento, di trasformarlo in una sorta di rito abbreviato dove, pur nella diversità del metodo probatorio, la regola di giudizio è la medesima del rito ordinario (prova piena della responsabilità)¹⁷.

Tale essendo la natura del patteggiamento, ci si chiede quale spazio possa assumere all’interno del modello costituzionale di processo¹⁸. Delle questioni di stretta legittimità ci occuperemo in seguito¹⁹. Ma un conto è chiedersi cosa tolleri la Costituzione, altro cosa essa suggerisca; l’area del costituzionalmente tollerabile non coincide con quella del costituzionalmente preferibile. Ora chiunque muova dall’ottica ‘cognitiva’, indubbiamente

¹⁷ Questo non significa che l’abbreviato sia più virtuoso del patteggiamento. Si vuol soltanto sottolineare la diversità della struttura. Nell’uno la richiesta dell’imputato esonera dal metodo del contraddittorio nella formazione della prova, fermo restando l’accertamento della responsabilità ai fini della condanna, secondo la regola di giudizio espressa dagli artt. 529 s. c.p.p. Nell’altro la richiesta delle parti – che non è di ‘giudizio’ ma di ‘applicazione della pena’ – esonera dall’accertamento stesso della responsabilità o, se si preferisce, ne fa le veci. Sulla natura delle sentenze pronunciate nel patteggiamento e nel rito abbreviato v. C. MORSELLI, *La sentenza penale*, Giappichelli, Torino, 2003, 171 s., 213 s.

¹⁸ Con l. 12 giugno 2003, n. 134 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti), è stato innalzato il limite massimo entro il quale si può accedere al patteggiamento: dagli originari due anni a «cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria». Sul cammino riformatore volto a incentivare un sempre più ampio ricorso a meccanismi processuali di natura pattizia, v. E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3406 s.; A. SCELLA, *Il patteggiamento «allargato» nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziale*, in F. PERONI (a cura di), *Patteggiamento «allargato» e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 3 s. Per la disciplina del ‘patteggiamento allargato’, v. D. CARCANO, *Patteggiamento: com’era e cos’è*, in *Cass. pen.*, 2003, 2148 s.; P. FERRUA, *Patteggiamento allargato, legge tre volte irrazionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, fasc. 29, 9 s.; F. PERONI, *Le nuove norme in materia di patteggiamento «allargato» e di sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1068 s. In un approccio comparativo, per i rischi connessi al diffondersi della giustizia negoziata, v. R. GAMBINI MUSSO, *Poteri dispositivi delle parti e giudice nei modelli a schema negoziale: riflessioni comparative*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 495 s., ma, già in precedenza, della medesima Autrice, *Il «plea bargaining» tra «common law» e «civil law»*, Giuffrè, Milano, 1985.

¹⁹ *Infra*, Cap. VII, par. 4.

privilegiata dalla nostra Costituzione, guarderà al patteggiamento con una diffidenza proporzionale alla gravità dei reati per cui risulta operativo, sebbene nessuna norma vieti formalmente la sua estensione oltre un certo limite²⁰. Nella fascia dei reati di ridotta gravità, specie quando si tratta di applicare una pena pecuniaria o una pena detentiva soggetta a sospensione condizionale, il *deficit* conoscitivo e, quindi, il rischio di errore giudiziario può in qualche modo ritenersi compensato dai sensibili vantaggi in termini di economia; non così nella fascia di media o elevata gravità, dove il medesimo rischio difficilmente riesce accettabile.

7. *Un infelice paradigma: processo come attuazione del diritto sostanziale e processo come soluzione di conflitti*

Si sono individuati tre modelli di processo: *a*) un modello accusatorio, fondato sul contraddittorio in senso forte (il contraddittorio per la prova); *b*) un modello ‘misto’ o tendenzialmente inquisitorio, connotato dal contraddittorio in senso debole (il contraddittorio sulla prova); *c*) un modello di giustizia negoziata, essenzialmente anticognitivo, la cui espressione più tipica è rappresentata dal patteggiamento dove la pena è applicata sulla base di un atto dispositivo delle parti.

Non varrebbe la pena di insistere sul punto, se non si fosse diffuso nella cultura giuridica un infelice paradigma, coniato da Mirjan Damaška²¹, che contrappone il processo come ‘soluzione di conflitti’, tipico dello Stato c.d. reattivo, al processo come ‘attuazione del diritto sostanziale’, altrimenti detto ‘di scelte politiche’, tipico dello Stato c.d. attivo.

Non si diranno mai abbastanza i guasti che ha prodotto e continua a produrre questa antitesi che vorrebbe sostituire la vecchia ed illustre opposizione tra processo accusatorio e processo inquisitorio. Analizziamo attentamente i due termini del nuovo paradigma. Cosa s'intende con processo che ha per scopo l'attuazione del diritto sostanziale e delle scelte politiche di cui quest'ultimo è espressione? È la procedura – dice Damaška – «fon-

²⁰ Si è, infatti, proposto di estendere sino ad otto anni la pena detentiva applicabile in sede di patteggiamento.

²¹ M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* [1986], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1991, 158 s. In termini critici sul paradigma in esame, E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in D. NEGRI-M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, 103 s.

damentalmente funzionale al diritto sostanziale. Se lo scopo del processo è realizzare le scelte politiche dello Stato, le decisioni sono legittimate soprattutto dal punto di vista dell'accuratezza degli esiti che producono (...). In questo senso, dunque, il diritto processuale segue fedelmente il diritto sostanziale come la sua ombra. E, dato che a sua volta il diritto sostanziale segue fedelmente gli orientamenti dello Stato, il diritto processuale è doppiamente strumentale, o doppiamente subordinato: come l'arte nella concezione di Plotino, lo si può paragonare all'ombra di un'ombra»²².

Sin qui si può osservare che in regime di legalità il processo deve sempre avere come fine ideale l'attuazione della legge sostanziale, ossia la condanna di chi abbia commesso il reato²³. Sarebbe inquietante se non vi fosse una sede in cui attuare i precetti del diritto sostanziale, pur con tutte le imperfezioni e distorsioni connesse ad ogni pratica applicativa; e quale può essere questa sede se non il processo penale? Dire che il processo penale ha come scopo l'attuazione del diritto sostanziale è come dire che la funzione del coltello è di tagliare. Non ha, dunque, senso costruire un'opposizione su questo connotato indefettibile, assumendolo come tipico soltanto di un particolare modello processuale. Ovunque esista un diritto penale sostanziale, il processo non può che essergli «fondamentalmente funzionale» per usare le parole di Damaška.

In realtà, dal séguito del discorso si capisce che l'Autore allude ad un processo dove, in nome della 'verità', si forzano le regole ed entrano nel quadro decisorio anche prove illegittimamente acquisite: «se per esempio l'imputato colpevole è stato condannato ad una pena giusta, la sentenza non verrà annullata automaticamente anche se emerge che la condanna si è fondata su di una confessione ottenuta in modo illegale»²⁴. Il processo funzionale all'attuazione del diritto sostanziale viene così inequivocabilmente ad identificarsi con quello inquisitorio; o, comunque, al di là delle etichette, con una devastante esperienza in cui si pretende di 'accertare' la colpevolezza, in spregio alle regole del contraddittorio, dei diritti della difesa, della stessa imparzialità giurisdizionale. Ma proprio qui sta l'errore imperdonabile, il medesimo in cui cadde la Corte costituzionale con le sentenze

²² *Ibidem*, 251.

²³ In questo senso la Corte costituzionale con la sentenza n. 111 del 1993, dove, infatti, si respinge l'idea di un processo come mera tecnica di risoluzione dei conflitti, sul presupposto che la funzione del processo sia quella di «accertare i fatti reali onde pervenire a una decisione il più possibile corrispondente al risultato voluto dal diritto sostanziale».

²⁴ DAMAŠKA, *ivi*, 252.

della svolta inquisitoria (nn. 24, 254 e 255 del 1992): si suppone che il rispetto del contraddittorio e delle libertà fondamentali sia incompatibile con un processo volto alla ricerca della verità; e si lascia al monopolio del sistema inquisitorio il perseguimento di quel fine, secondo il vecchio pregiudizio che considera il contraddittorio inidoneo alla ricostruzione dei fatti²⁵.

Altrettanto ambiguo il secondo termine del paradigma rappresentato dal processo come soluzione di conflitti²⁶. Vi rientrano due entità che invece andrebbero ben distinte: i riti negoziali e il processo fondato sul contraddittorio. I primi sono esperienze tendenzialmente anticognitive, dove l'accordo delle parti, che celebra la 'soluzione' del conflitto, fa le veci dell'accertamento o, comunque, ne predetermina i contenuti. Qui il contraddittorio e, più in generale, il conflitto tra le parti, lungi dall'essere gli strumenti per un risultato cognitivo, per una più solida ricostruzione dei fatti, diventano qualcosa di cui liberarsi non appena si profila l'accordo su un certo esito processuale, frutto, come tale, di contrattazioni, fondate sul *do ut des*, più che di un'analisi del quadro probatorio.

Quanto al processo fondato sul contraddittorio, viene arbitrariamente disgiunto dalla funzione cognitiva di ricerca della verità, in base alla nefasta idea di un'incompatibilità tra i due valori²⁷: dove interviene il contraddittorio non vi sarebbe spazio per la ricerca della verità (visione in singolare sintonia con quella dei fautori del processo inquisitorio per i quali dove si cerca la verità non vi sarebbe posto per il contraddittorio). La conseguenza è che a non trovare alcuno spazio nel binomio di Damaška è proprio il nostro modello costituzionale di processo, fondato sul contraddittorio, ma al tempo stesso volto all'attuazione del diritto sostanziale; dove il conflitto tra le parti è il *mezzo* attraverso il quale si realizza il fine cognitivo, che Damaška nega al processo accusatorio. Non solo. La visione del processo co-

²⁵ Nel falso dilemma incappava anche la Relazione illustrativa del progetto di c.p.p. elaborato nel 2005 dalla Commissione Dalia, quando affermava di avere «inteso privilegiare, tra la concezione c.d. autoritaria del processo, strumento per l'accertamento di reati, e quella c.d. liberale, strumento di tutela delle libertà della persona, quest'ultima, ritenuta più aderente al dettato costituzionale». Naturale che davanti ad una simile alternativa ognuno si veda costretto a scegliere senza indugio il processo come soluzione di conflitti e a respingere quello funzionale all'attuazione del diritto sostanziale.

²⁶ Tra le implicazioni del processo come mera soluzione dei conflitti tra le parti vi è, senza dubbio, anche la discrezionalità dell'azione penale, con la quale non ha, invece, nulla da spartire il processo cognitivo fondato sul metodo del contraddittorio. V. anche, *infra*, par. 9.

²⁷ V. *infra*, par. 8 e Cap. V, par. 6.

me semplice strumento di risoluzione dei conflitti determina, sul terreno dell'onere della prova, un disastroso effetto, di cui non paiono consapevoli i suoi sostenitori: pone sullo stesso piano le opposte prospettive sostenute dall'accusa e dalla difesa. Se il processo mira solo a risolvere un conflitto, compito del giudice non è di verificare se la colpevolezza risulti o no provata oltre ogni ragionevole dubbio, ma quale fra le due ipotesi – la colpevolezza o l'innocenza – appaia più credibile o più probabile; con la conseguenza di abbassare notevolmente la soglia probatoria necessaria per la condanna.

8. *Verità storica: scoperta vs ri-costruzione*

Che in nome della verità – come di altri valori, a cominciare dalla libertà – siano stati commessi abusi e misfatti di ogni genere, lo documenta la storia del processo e, in particolare di quello inquisitorio²⁸. Ma come reagire e difendersi sul piano culturale da simili disastri? Vi sono due strategie fallimentari, messe in opera da una parte consistente dei sostenitori del processo accusatorio.

La prima sta nel bandire la ricerca della verità dal processo, allineandosi alla prospettiva del processo come soluzione di conflitti. La seconda, analoga ma meno radicale, è quella di contrapporre due verità, quella materiale ('Vera', con la V maiuscola), tipica del modello inquisitorio, e quella formale, frutto di una 'costruzione', tipica del modello accusatorio. Espellere dal processo accusatorio la ricerca della verità è il miglior omaggio che si possa tributare al processo inquisitorio, che è ben lieto di detenerne il monopolio. Non a caso la Corte costituzionale nel 1992 ha liquidato il contraddittorio per la prova, considerandolo un irragionevole ostacolo alla ricerca della verità, definita «fine primario ed ineludibile del processo penale»²⁹. E, allo stesso modo, è suicida concedere all'inquisitorio il privilegio di cercare la Verità materiale, ossia di accertare i fatti come effettivamente accaduti (*wie es eigentlich gewesen*, secondo la celebre formula di Franz Leopold von Ranke), lasciando all'accusatorio il surrogato di una verità formale, frutto di finzioni.

²⁸ La celebre invettiva di *madame Roland* che, prima di essere ghigliottinata, davanti alla statua della libertà, avrebbe esclamato «libertà, quanti delitti si commettono in tuo nome!» può tranquillamente applicarsi alla ricerca della verità.

²⁹ Sentenza n. 255 del 1992.

Può sembrare paradossale; ma i paladini del processo come soluzione di conflitti finiscono a loro modo per convergere con i fautori del processo inquisitorio sull'arbitrario postulato che la ricerca della verità sia incompatibile col contraddittorio: con la differenza che gli uni in nome della verità demoliscono le garanzie, gli altri in nome delle garanzie rinunciano alla verità. Il risultato è che al profilarsi di gravi emergenze criminose esce trionfante il modello inquisitorio. Non c'è da meravigliarsi se i cittadini, nell'alternativa tra un processo che garantisce l'individuazione dei colpevoli e un processo che si limita a comporre il dissidio tra accusa e difesa o, al più, a proporre una verità formale, dichiaratamente lontana da quella reale, invocano a gran voce scelte inquisitorie. Un processo che non aspiri a raggiungere la verità sul tema dell'imputazione si squalifica da se medesimo e non avrà mai la fiducia dell'opinione pubblica.

Come si spiega questa singolare convergenza degli opposti sull'incompatibilità tra contraddittorio e ricerca della verità storica? La spiegazione sta probabilmente nel concetto 'reificato' di verità da cui muovono tanto gli inquisitori, che la esaltano, quanto i garantisti che la bandiscono dal processo; al punto che i secondi potrebbero definirsi dei metafisici delusi, costretti ad una sorta di 'nichilismo conoscitivo' dalla loro stessa adesione ad una nozione troppo forte di verità, poco conciliabile con l'apparato delle garanzie. L'accertamento del fatto viene impropriamente considerato alla stregua della ricerca di un oggetto materiale, che sta da qualche parte, non visibile, ma suscettibile di essere portato alla luce, come un tesoro nascosto che affiori dall'opera di scavo. Si trascura il dato elementare che il fatto, appartenendo al passato, è irrimediabilmente scomparso, non è più reale; e non può quindi in alcun modo essere 'scoperto', ma soltanto 'ricostruito' sulla base delle tracce rimaste nel presente. In breve, si confonde ciò che 'fu' reale con ciò che 'è' reale.

L'idea che anima questa singolare reificazione dei fatti storici, questa illusione referenziale, ricorda l'ingannevole e suggestiva metafora di Popper secondo cui lo *status* della verità può paragonarsi a quello di una vetta avvolta fra le nuvole, che lo scalatore aspira a raggiungere³⁰. Nulla di più improprio e fuorviante se riferito alla verità storica, perché qui l'oggetto della ricerca, ossia il fatto del passato, non è 'nascosto', ma 'assente', definitivamente scomparso dalla scena del presente. La 'vetta', per restare nell'immagine di Popper, 'fu', ma oggi 'non è più'; e si può solo ipotizzarne, con maggiore o minore verosimiglianza, la fisionomia, senza alcuna possibilità di con-

³⁰ K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna, 1972, 338.

fronto con l'originale. A differenza di un oggetto che, scoperto, documenta con la sua stessa presenza il buon esito della ricerca, niente può definitivamente garantire che il fatto attribuito all'imputato corrisponda a ciò che 'è stato'.

'Ri-costruzione' e non 'scoperta' è l'espressione che scolpisce il lavoro del giudice, come dello storico, nell'accertamento dei fatti, con la differenza che la metodologia del primo è codificata dalla legge: si 'scopre' ciò che esiste, si 'ri-costruisce' ciò che è esistito. Il radicale 'costruzione' indica che l'esito della ricerca è un'elaborazione concettuale e non l'apprensione di qualcosa di esistente; ma, al tempo stesso, il prefisso 'ri' collega questa elaborazione ad un passato che fu 'reale', vincolando il discorso ad una pretesa di verità che sarebbe assurda per un racconto di finzione; se si trattasse solo di una 'costruzione', non avrebbe senso parlare di vero e falso. Le proposizioni relative al passato sono vere o false, perché nessuno intende proporre la tesi, logicamente sostenibile, ma priva di qualsiasi interesse³¹, per cui il passato potrebbe anche non essere esistito: e, nondimeno, sono insuscettibili di qualsiasi confronto con l'oggetto su cui vertono.

Da questo punto di vista si comprende come sia improprio contrapporre la verità 'materiale' del processo inquisitorio alla verità 'formale' del processo accusatorio, quasi che la prima fosse quella 'reale' e la seconda una 'finzione'³². Ogni verità prodotta dal giudice è 'formale' in quanto non 'trovata', ma 'elaborata' attraverso una metodologia; ed è 'formale' persino quella dello storico, sebbene il metodo non sia codificato; al tempo stesso, l'una e l'altra aspirano alla corrispondenza con la realtà materiale del passato, specie quella del giudice, perché tale aspirazione fonda l'esercizio del potere punitivo e l'accettazione sociale della pena.

Ora è evidente che per un'attività ri-costruttiva esistono buoni motivi per ritenere superiore il metodo dialettico rispetto a quello dell'indagine unilaterale e, quindi, nel processo il metodo del contraddittorio. Dato che l'ipotesi da verificare è insuscettibile di riscontro diretto nel reale e nulla può garantire la sua corrispondenza a ciò che 'è stato', il mezzo più affida-

³¹ Così la definiva Bertrand Russell; cfr. AYER, *Statements about the Past*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 52, 1951-1952, I-XX.

³² In proposito v. F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione*, cit., 608 s., 625, il quale, pur riconoscendo che «divieti probatori estrinseci e strettoie rituali rendono la ricerca giudiziale della verità senz'altro meno agevole della ricerca storica o scientifica», conclude che «non c'è alcun valido motivo per considerare la verità del processo penale una verità minore, formale, convenzionale ecc.».

bile per saggiarne il fondamento è di sottoporla sul piano argomentativo ai più severi tentativi di falsificazione; ed è solo dal loro sistematico fallimento che l'ipotesi uscirà convalidata.

Non altrettanto si può dire per una verità concepita come 'scoperta' di un oggetto, il cui rinvenimento è garanzia sicura del buon esito della ricerca. A ragione si è scritto che l'esame incrociato è il metodo migliore per l'accertamento della verità. Sì, se si tratta di una verità da 'ri-costruire', ma non sarebbe altrettanto efficace se il problema fosse di 'scoprire' qualcosa di nascosto; e lo sa bene il rapinatore che, per ottenere la chiave della cassaforte, non pratica l'esame incrociato, ma punta il coltello alla gola della vittima. Nella stessa indagine preliminare, dove si cercano le fonti di prova (testimoni e cose pertinenti al reato), le parti non agiscono in contraddittorio, ma svolgono unilateralmente le loro investigazioni. Si spiega così l'errore commesso da certi garantisti: anziché contestare la reificazione del concetto di verità su cui poggia il modello inquisitorio, preferiscono estromettere la verità stessa dai fini del processo, senza avvertire che in tal modo perpetuano l'equivoco, lasciando agli avversari un immeritato monopolio cognitivo.

Per concludere, vale la pena ricordare come l'infausta antitesi contraddittorio *vs* ricerca della verità sia tutt'altro che recente, perché da essa ha avuto origine nell'epoca napoleonica il c.d. sistema misto, inaugurato dal *code d'instruction criminelle* del 1808. A determinare lo sdoppiamento del processo nelle due fasi dell'istruzione, scritta e segreta, e del dibattimento, pubblico e orale, fu la convinzione che solo così si sarebbero conciliate le esigenze di accertamento, soddisfatte dal metodo inquisitorio, con il rispetto delle garanzie individuali, tutelate da quello accusatorio³³. Come dire: *prima* si accerta la verità, *poi* si garantisce l'individuo. Scelta infelice, perché determinanti ai fini della decisione sono inevitabilmente le prove raccolte in istruzione e acquisite al dibattimento attraverso il meccanismo delle letture permesse. Il modello misto ha ceduto il posto a quello accusatorio, nel nostro come in altri paesi, ma l'antico pregiudizio dell'incompatibilità tra contraddittorio e ricerca della verità sopravvive ancora in una parte della cultura giuridica come documenta il paradigma di Damaška.

³³ Cfr. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, 52 s.

9. *Giustizia del processo e giustizia della decisione: il processo penale come giustizia imperfetta*

Per potersi dire ‘giusto’, il processo dev’essere organizzato con cadenze e forme idonee a produrre, pur nella fallibilità di ogni metodo, una decisione giusta. Ma cosa significa nel processo penale ‘decisione giusta’? Quali condizioni si richiedono per definirla tale? Possiamo individuarne quattro: *a)* una disciplina legale del processo che garantisca requisiti minimi di equità (terzietà del giudice, principio dell’*audiatur et altera pars*, durata ragionevole); *b)* l’osservanza in concreto delle forme e delle regole procedurali fissate dalla legge³⁴; *c)* la corretta qualificazione giuridica del fatto; *d)* la ‘congruenza’ della ricostruzione del fatto rispetto alle prove legittimamente acquisite³⁵; vale a dire, la condanna se risulta provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza; il proscioglimento in ogni altro caso (dato che la colpevolezza e non l’innocenza è il tema del processo).

Possiamo a questo punto ritenere garantita anche la giustizia della decisione?

Riprendiamo la nota tripartizione ideata da Rawls tra giustizia procedurale pura, perfetta e imperfetta³⁶. Nella giustizia procedurale pura – esemplificata dai giochi e dalle scommesse – non esiste un criterio esterno alla procedura per giudicare la bontà del risultato; quest’ultimo è ‘giusto’ per il fatto stesso che siano osservate le regole preventivamente fissate. La giustizia qui si risolve nella procedura. La redistribuzione del denaro tra un gruppo di scommettitori come risultato delle loro puntate o delle loro partite è equa, quale che essa sia, se e solo se le regole di scommessa definite in precedenza sono state scrupolosamente rispettate senza inganno o coercizione.

Nella giustizia perfetta e in quella imperfetta, a differenza di quella ‘pura’, vi è un criterio esterno sulla cui base si qualifica come giusto il risultato. In entrambi i casi la procedura è il mezzo (necessario) per raggiungere il fine di giustizia definito dal criterio esterno. Ma, mentre nella giustizia perfetta le regole sono in grado di garantire sistematicamente il risultato di

³⁴ Includiamo qui tra le condizioni di giustizia quelle di validità – considerando quindi anche ingiusta una sentenza nulla – sebbene a un diverso livello si possa, anzi sia utile, distinguere le une dalle altre.

³⁵ M. TARUFFO, *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, 1997, fasc. 9, 145 s.

³⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1971], Feltrinelli, Milano, 1997, 84 s.

giustizia³⁷, in quella imperfetta l'osservanza delle regole, pur finalizzata a quell'esito, non è tale da assicurare il suo raggiungimento³⁸.

Ora se una decisione potesse essere definita 'giusta' solo perché si sono rispettate le quattro regole già menzionate, il processo costituirebbe un esempio di giustizia non tanto 'perfetta', quanto addirittura 'pura'; nel senso che non vi sarebbe alcun criterio esterno alla procedura per decidere sulla giustizia del risultato ottenuto. In altre parole, ogni processo congegnato in forme eque e portato a termine nel rispetto delle regole legali produrrebbe per ciò solo decisioni invariabilmente giuste; allo stesso modo in cui l'osservanza delle regole di un gioco è sufficiente a garantire come giusto il risultato che decreta la vittoria dell'uno o dell'altro contendente.

Perché, invece, seguendo Rawls, rifiutiamo l'idea del processo penale come gioco e lo consideriamo un buon esempio di giustizia procedurale imperfetta? Evidentemente perché scopo del processo è di condannare il colpevole ed assolvere l'innocente; e a tal fine sono preordinate le regole procedurali, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona. Ma, al tempo stesso, siamo consapevoli che questo risultato 'giusto' non potrà sempre essere raggiunto. Trattandosi di ricostruire induttivamente un fatto del passato, non più accessibile direttamente, nessuna procedura è in grado di garantire con sicurezza il buon esito dell'accertamento; ed anzi, l'inevitabile fallibilità del metodo è accentuata dai limiti, anche temporali, imposti alla ricerca e all'acquisizione del materiale probatorio (tutela della libertà personale, del domicilio, del segreto professionale, d'ufficio e di Stato, ecc.)³⁹.

È per questo che il processo costituisce una forma di giustizia 'imperfetta'. Come nella giustizia procedurale 'perfetta' – e a differenza di quella 'pura' – vi è un criterio indipendente e antecedente alla scelta del metodo per stabilire ciò che si può considerare un risultato di giustizia (la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente). Ma, a differenza della giu-

³⁷ L'esempio formulato da Rawls è quello della torta, da dividere equamente in parti eguali. Il metodo, che garantisce l'equità del risultato, è di farla dividere da chi sceglierà per ultimo. Solo se taglia la torta in parti uguali è sicuro di ottenere la parte più ampia possibile in base alla regola procedurale adottata. In realtà, il metodo, più che idoneo ad assicurare la giustizia del risultato, ossia la divisione in parti eguali, si limita a garantire l'assenza di interesse ad una divisione diseguale.

³⁸ J. RAWLS, *Una teoria*, loc. cit.

³⁹ Parlando di limiti che possono accrescere la fallibilità del metodo non ci riferiamo alla tutela del contraddittorio che nella prospettiva qui sostenuta è anzi funzionale alla corretta ricostruzione dei fatti.

stizia procedurale ‘perfetta’, non esiste un metodo la cui osservanza meticolosa possa garantire l’esito ‘giusto’; quale che sia il modello di processo e per equilibrato che sia il giudizio emesso al termine, è sempre possibile che sia condannato un innocente o assolto un colpevole.

Se si riconosce la ‘fallibilità’ della procedura, è proprio perché si assume come parametro ideale di decisione giusta quello in cui alle condizioni ‘interne’ al processo se ne aggiunge un’altra⁴⁰, esterna e indipendente dal processo: che l’enunciato storico formulato dal giudice non sia solo ‘provato’, ma anche ‘vero’ nel senso forte del termine, ossia ‘corrispondente ai fatti’, a ciò che realmente ‘è stato’⁴¹. Solo in presenza di tutte queste condizioni, – che dell’ultima non si ottenga mai certezza definitiva, nulla toglie alla sua rilevanza – si può affermare che il processo abbia raggiunto interamente il suo fine, che all’originaria violenza prodotta dal reato sia subentrata la parola del diritto; e sperare, senza alcuna implicazione etica (non si discute né di pentimento né di perdono) che la pena svolga la sua funzione rieducativa. La sentenza è ‘giusta’, quando, oltre a rispettare le regole procedurali, condanni il colpevole e assolva l’innocente.

In effetti, come si potrebbe dire ‘giusta’ una condanna e rieducativa una pena quando la sentenza che la infligge, pur preceduta dal più ampio contraddittorio e solidamente ancorata alle prove di cui disponeva il giudice, affermasse la colpevolezza di un innocente? È un caso presumibilmente raro, ma per nulla fantasioso, quello di un innocente legalmente, anzi doverosamente condannato, perché all’interno del processo il quadro probatorio denotava, oltre ogni ragionevole dubbio, la sua colpevolezza. Può darsi che fossero materialmente scomparse o giuridicamente inammissibili le prove idonee a confutare quelle, in sé schiaccianti, prodotte dall’accusa; che le testimonianze a carico fossero oggettivamente false, senza possibilità per il giudice di decifrarle come tali; che le regole scientifiche o di esperienza, pur saldamente radicate nel patrimonio culturale dell’epoca, fossero nondimeno errate; e l’elenco potrebbe continuare, con ipotesi in cui la decisione, ‘giusta’ all’interno del processo, è tuttavia ‘ingiusta’ in termini metateorici perché condanna l’innocente.

Tutti gli ordinamenti danno rilevanza ad un concetto di giustizia che trascende quello di legalità; le norme sulla revisione del giudicato consentono

⁴⁰ Sottolineiamo: si aggiunge, non si sostituisce.

⁴¹ Per proposizioni che vertano intorno a ciò che accade o è accaduto nel mondo esterno la verità è il più elevato criterio di valutazione, come lo è l’equità in rapporto alla distribuzione di beni (R. ALEXI, *Giustizia come correttezza*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, 105).

per l'appunto di recuperare al processo i dati e le fonti che, dall'esterno, contraddicono l'accertamento giudiziale. Ma, per esteso che sia, il rimedio implica sempre la disponibilità di prove che, rifluendo nel processo, possano preludere all'assoluzione della persona ingiustamente condannata; mentre nelle situazioni ora ipotizzate non è detto che si riesca mai a documentare l'ingiustizia.

La fallibilità della giustizia deriva da questo possibile divario tra la 'ricostruzione', in sé correttamente operata nel processo, e la realtà di ciò che 'è stato'. Il 'fatto', che la sentenza di condanna attribuisce all'imputato, è un fatto che si assume avvenuto nel reale; e come ritenere 'giusta' la condanna se quel fatto non corrisponde alla realtà? Sia almeno consentito a chi, innocente, è stato legittimamente condannato sulla base di prove che indicavano la sua colpevolezza, non già di accusare i giudici, a cui nulla può essere rimproverato; ma di definire 'ingiusta' la condanna. Negare rilevanza all'idea 'esterna' di giustizia equivarrebbe a soffocare anche questo grido di protesta.

Il medesimo discorso si può svolgere per l'assoluzione del colpevole non raggiunto da prove sufficienti a documentare la sua responsabilità; ipotesi meno inquietante rispetto alla condanna dell'innocente, ma assai più frequente, date le regole di giudizio sull'onere della prova⁴². Anche in tal caso la sentenza, perfettamente legale e doverosa – dunque 'giusta' all'interno del processo in cui è emanata – è nondimeno 'ingiusta' nel senso metateorico appena specificato, non essendo vero l'enunciato in forza del quale l'imputato è assolto (ad esempio, perché non ha commesso il fatto o perché il fatto non sussiste).

Qui, a differenza dell'ipotesi precedente, quand'anche sopravvenisse la prova della colpevolezza, l'ingiustizia resterebbe irrimediabile, non essendo consentita la revisione del giudicato di assoluzione. Ma in entrambi i casi – condanna dell'innocente o assoluzione del colpevole – la sentenza deve ritenersi 'ingiusta'. Che il concetto di sentenza 'giusta' implichi anche la verità dell'enunciato a causa del quale si è assolti o condannati discende da un semplice rilievo; quando sopraggiunga la prova della falsità di quell'enunciato, non si dirà che la sentenza, giusta allora, è divenuta ingiusta oggi, – allo stesso modo in cui nessuno direbbe che l'enunciato vero è divenuto falso – ma semmai che si è raggiunta la prova di un'originaria ingiustizia o falsità, indecifrabile al momento di emanazione della sentenza.

⁴² Il proscioglimento è puramente consequenziale al mancato raggiungimento della prova oltre ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza: v. *retro*, par. 2 e *infra*, Cap. IV, par. 2.

10. *Processo e verità*

Parlando di verità nel processo, ci si è sempre riferiti alla verità come corrispondenza⁴³; l'enunciato, che ricostruisce un fatto, è 'vero' se e soltanto se corrisponde alla realtà extralinguistica rappresentata dal passato. Ma, al tempo stesso, si è più volte messo in luce come la linea 'referenziale' che congiunge le due entità – l'enunciato e ciò su cui esso verte – sia inconoscibile, essendo ormai scomparso il referente stesso, vale a dire quel passato che 'fu', ma oggi 'non è più' reale. La sola linea accessibile è quella 'epistemica' o 'inferenziale' che lega l'enunciato, relativo al fatto del passato, con altri enunciati relativi ai fatti del presente, costituiti per l'appunto dalle prove.

Si può immaginare a questo punto l'obiezione. Che senso può avere, nel processo, parlare di verità come corrispondenza ai fatti, se la 'corrispondenza' resta vuota e inconoscibile, avendo il giudice accesso ai fatti del passato solo per il tramite di quelli del presente? Non sarebbe preferibile abbandonare ogni richiamo alla verità o, tutt'al più, parlarne solo nel senso 'pragmatista' che riserva la qualifica di vero a ciò che è confermato dalle prove, senza alcun riferimento all'imperscrutabile corrispondenza ai fatti? Perché non sostituire alla nozione 'corrispondentista' di verità una nozione 'epistemica' che riduca la verità all'osservanza della metodologia, come nella giustizia procedurale pura?

No, a nostro avviso, anche nel processo, anzi soprattutto nel processo, la nozione, radicalmente non epistemica⁴⁴, di verità come corrispondenza ai fatti resta importante a vari livelli⁴⁵. Come idea-guida per il legislatore nell'identificazione del metodo di accertamento che, nel rispetto delle libertà e delle garanzie della persona, deve apparire funzionale al fine esterno di giustizia (condanna del colpevole e assoluzione dell'innocente); non sarebbe tale una capricciosa disciplina del processo che riconoscesse a tutti i testimoni la facoltà di non deporre, li esonerasse dal dire il vero o preve-

⁴³ Sulla verità come corrispondenza v. *infra*, Cap. II, par. 6.

⁴⁴ Così definibile perché indipendente dalla prova. Sui diversi gradi che segnano il passaggio dalla nozione di verità epistemica a quella di verità radicalmente non epistemica, v. M. DELL'UTRI, *Le vie del realismo. Verità, linguaggio e conoscenza in Hilary Putnam*, Franco Angeli, Milano, 1992, 22 s.

⁴⁵ Per una prospettiva diversa da quella qui sostenuta v. G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Giuffrè, Milano, 2011, 172 s.

desse irragionevoli barriere allo svolgimento delle indagini e alla produzione delle prove, ecc. La nozione di verità come corrispondenza, senza i criteri per individuarla, è vuota, ma i criteri di verità, senza quella nozione, sarebbero arbitrari.

Analogo discorso vale per il giudice nelle valutazioni e nelle scelte discrezionali che le regole legali gli impongono di effettuare⁴⁶; e per il pubblico ministero nella ricerca delle prove che non va orientata arbitrariamente in questa o quella direzione, ma verso l'individuazione del colpevole. La stessa regola, che esige provata la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, sarebbe cieca senza l'idea della verità come corrispondenza. L'orizzonte epistemico del giudice (e del pubblico ministero) dev'essere rigorosamente chiuso all'interno delle prove legittimamente acquisite al processo, senza possibilità di sconfinamenti; ma, entro quell'ambito, in tanto si può ritenere provata la colpevolezza in quanto le prove indichino come vero, oltre ogni ragionevole dubbio, l'assunto dell'accusa; e 'vero' significa corrispondente ai fatti.

Ma soprattutto la nozione 'corrispondentista' di verità ci consente di sottolineare come una condanna (o un'assoluzione) possa essere ingiusta, nel senso 'esterno' già specificato⁴⁷, perché è falso l'enunciato di colpevolezza, nonostante la piena congruenza con tutte le prove raccolte nel processo. La prova della colpevolezza si ottiene solo all'interno del processo, ma la verità o la falsità della proposizione che l'afferma è indipendente dal processo e dalla prova. La distinzione tra ciò che è vero e ciò che viene ritenuto vero, tra il profilo ontologico e quello epistemico, è essenziale per un concetto oggettivo di verità⁴⁸.

⁴⁶ Fermo restando che non gli è mai consentito deviare da quelle regole in nome della verità.

⁴⁷ *Retro*, par. 9.

⁴⁸ Sui rapporti tra verità e giustificazione nel processo penale, v. CAPRIOLI, *Verità*, cit., 618 s.

CAPITOLO II

GIUDIZIO DI FATTO E GIUDIZIO DI DIRITTO

SOMMARIO: 1. Oggetto della prova. – 2. Tema storico e di valore giuridico: due modelli di discorso. – 3. Fatto e valore. – 4. Il giudizio di valore giuridico: la struttura. – 5. L'esigenza cognitiva. – 6. Giudizio storico: significato e criteri di verità.

1. *Oggetto della prova*

L'art. 187 c.p.p. individua come «*oggetto di prova*» tre ordini di fatti:

a) i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (in sostanza, alla fattispecie penale e ai suoi effetti sanzionatori): è il tema *principale* del processo che, come si accennava¹, riguarda la colpevolezza;

b) i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (quale che sia la fonte di queste ultime, Costituzione, Convenzione europea, codice di rito o altre leggi): sono i fatti che incidentalmente assumono rilievo nel corso del processo, come l'impedimento a comparire dell'imputato o del suo difensore, i *pericula libertatis* nei provvedimenti cautelari, le modalità acquisitive di una testimonianza rilevanti ai fini della nullità o dell'inutilizzabilità, il tempo della conoscenza del fatto ai fini della querela, la condotta illecita ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p., ecc.;

c) i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato, quando vi sia costituzione di parte civile.

Ponendo come oggetto di prova i 'fatti', la disposizione in esame sembra escludere dall'ambito della prova il giudizio di diritto o di valore giuridico, attraverso il quale si verifica se il fatto attribuito all'imputato corrisponda o no ad una fattispecie penale.

¹ *Retro*, Cap. I, par. 3.

In realtà nulla vieterebbe di riferire la prova anche al giudizio di diritto. Oggetto di prova è la colpevolezza; e questa implica tanto la commissione del fatto quanto la sua corrispondenza alla fattispecie legislativa. D'altro canto, benché non manchi l'opinione contraria², anche il giudizio di valore giuridico ha carattere cognitivo, ossia può essere vero o falso e, come tale, implica una verifica; naturalmente, come si vedrà, il metodo della verifica varia a seconda che abbia ad oggetto 'fatti' o 'qualifiche giuridiche'. Se per le qualifiche giuridiche, in genere, si parla di 'motivi' o di 'ragioni' anziché di 'prove' e di 'argomentare' anziché di 'provare', è perché sono palesemente inapplicabili le disposizioni sui mezzi di prova e sui mezzi di ricerca delle prove.

C'è, inoltre, una sensibile differenza, quanto a motivazione, tra fatto e diritto. Mentre per il fatto la mancata o erronea indicazione delle prove si traduce necessariamente in un vizio di motivazione, per il diritto, pur essendo prevista la motivazione, la mancata indicazione delle ragioni in tanto rileva in quanto appaia erronea la qualifica applicata. La spiegazione sta nel fatto che, mentre le 'prove' devono essere formalmente acquisite al processo e passate al vaglio del contraddittorio, le 'ragioni' sono per così dire immanenti al processo; la loro esposizione, pur giovando in molti casi, soprattutto in quelli "difficili" a suffragare le conclusioni, non è condizione necessaria per la giustizia della decisione.

Si parla comunemente di prova dei 'fatti'; e in via approssimativa non è scorretto. Ma, essendo i 'fatti' ritagliati dal reale attraverso il linguaggio che li identifica, la prova ha carattere necessariamente proposizionale, ossia si risolve in un rapporto tra le proposizioni probatorie e la proposizione da provare. In senso ontologico la "verità" di una proposizione fattuale consiste nel rapporto di corrispondenza tra questa e il reale su cui verte; ma sul piano epistemologico la "prova" di una proposizione non può che derivare da altre proposizioni³, *id est* dalle premesse probatorie che ne costituiscono la 'giustificazione'.

2. Tema storico e di valore giuridico: due modelli di discorso

La colpevolezza implica la formulazione di due giudizi positivi: il giudizio storico relativo alla commissione del fatto di cui all'accusa da parte del-

² *Infra*, par. 5.

³ V. anche *infra*, par. 6.

l'imputato, e il giudizio di valore giuridico relativo alla circostanza che il fatto stesso sia previsto dalla legge come reato⁴.

In vitro, la distinzione tra tema storico e di valore giuridico può essere tracciata sulla falsariga di due diversi tipi di discorso: il discorso *referenziale* e il discorso *legislativo*⁵. Il tema storico è enunciato nell'atto di accusa da un discorso che chiamiamo 'referenziale', perché fa riferimento al mondo esterno, descrive ciò che si assume essere accaduto nelle sue coordinate spazio-temporali ('Tizio ha commesso il fatto *x* nel luogo *y* all'ora *z*' è la struttura del tema storico). Il tema di valore giuridico è invece definito dalla fattispecie penale, ossia dagli enunciati del discorso legislativo ai quali l'atto di accusa riconduce il fatto descritto dal discorso referenziale ('il fatto *x*, valutato alla stregua delle leggi penali, merita la qualifica *y*' è il modello del tema giuridico).

Nel primo tema è in gioco un rapporto di 'corrispondenza' – comunque la si intenda – tra lingua e mondo, sicché l'essere vero per il discorso referenziale dipende sia da cosa significano le parole sia da come è organizzato il mondo: ad esempio, il disaccordo tra più parlanti sull'enunciato 'Tizio ha pugnalato Caio' può dipendere da una diversa ricostruzione dei fatti come da un diverso significato che ciascuno attribuisca alla parola 'pugnalato' (dunque, sia da fattori linguistici sia da fattori extralinguistici). Ma, come vedremo⁶, non potendo la 'corrispondenza' essere oggetto di osservazione diretta (il 'fatto' appartiene al passato), il giudizio sul tema storico si svolge confrontando la proposizione da provare, espressa dal discorso referenziale, con altre proposizioni⁷, dette premesse probatorie o più semplicemente prove.

Nel secondo tema, il rapporto di 'corrispondenza' intercorre direttamente tra due entità linguistiche: l'enunciato *referenziale* che descrive il fatto attribuito all'imputato⁸ e l'enunciato *legislativo* in cui consiste la fattispecie penale. Il giudizio è positivo se l'enunciato referenziale (che è di

⁴ Per la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di valore giuridico G. CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, 1184 s.; P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA-F. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2010, 318 s.

⁵ Per analoga terminologia in altro contesto, A.J. GREIMAS, *Semiotica e scienze sociali* [1976], trad. it., Centro Scientifico Editore, Torino, 1991, 73 s.

⁶ *Infra*, par. 6.

⁷ Parleremo indifferentemente di 'proposizione' o di 'enunciato', sapendo che in realtà 'proposizione' è il significato espresso da un enunciato.

⁸ 'Referenziale', perché si riferisce alla realtà (del passato).

specie) risulta traducibile nell'enunciato legislativo (che è di genere), se il fatto individuato dal primo è compiutamente descrivibile nella lingua giuridica del secondo; negativo in caso contrario (con la conseguenza del proscioglimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato). Naturalmente, perché il giudizio abbia un senso, occorre che la descrizione del fatto nell'atto di accusa non si avvalga, sin dove possibile, della fraseologia legislativa; altrimenti, in quella stessa parte, il fatto si troverebbe già penalmente qualificato, senza possibilità di separare il profilo 'fattuale' da quello giuridico.

Sulla netta separazione tra l'ordine dei fatti e l'ordine del diritto⁹ si articola l'intero processo, che sin dal suo esordio divide con un taglio netto le due sfere: da un lato il fatto da provare, dall'altro la sua qualifica giuridica, che rappresenta una qualifica per così dire 'di secondo grado' rispetto alla descrizione del fatto nel linguaggio corrente¹⁰. È con l'atto di accusa che si individua il 'fatto' come spartiacque tra il giudizio storico che lo 'prova' e il giudizio di diritto che lo 'qualifica'. Nel decidere, il giudice trova già distinte le due sfere: deve solo verificare se sia o no provato il fatto contestato (è il tema storico) e se ad esso corrisponda una qualifica penale che, ferma restando l'identità del fatto, può anche essere diversa da quella indicata nell'accusa (è il tema di valore giuridico)¹¹.

Quando condanna, nell'enunciare il fatto accertato, non può aggiungere nemmeno una molecola che non sia stata previamente contestata. È suicida la sentenza che qualifichi come z (la tal fattispecie criminosa) il fatto p contestato all'imputato, ammettendo che p non equivalga perfettamente a z , ma ne lasci scoperto anche un minuscolo frammento q . Né potrebbe il giudice ricavare in via induttiva quel frammento da p , perché una simile inferenza, seppur fondata, eluderebbe il diritto alla previa contestazione di tutti gli elementi fattuali di cui si compone la fattispecie. E, analogamente,

⁹ Sulla distinzione *quaestio iuris/quaestio facti*, v., con diversa angolazione, G. CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, 1187 s.; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992, 64 s.; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996, 8 s.; M. VOGLIOTTI, *La bande de Mobius: un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1997, 103.

¹⁰ Com'è ovvio, individuare un fatto, ritagliandolo con il linguaggio dal reale, equivale a qualificarlo, a dire che cosa esso sia: H.I. MARROU, *La conoscenza storica* (1954), trad. it., Il Mulino, Bologna, 1988, 145.

¹¹ Salvo quanto si dirà in rapporto all'indirizzo della Corte Europea dei diritti dell'uomo: v *infra*, Cap. X, par. 6.

quando si proscioglie, la formula è in fatto o in diritto¹², a seconda che risulti non provato o penalmente irrilevante l'oggetto della contestazione. Infine, i due temi divergono ai fini del ricorso in cassazione, dove ciò che attiene alla 'prova' rileva sotto il profilo del vizio di motivazione, mentre ciò che concerne la 'qualifica' sotto il profilo dell'erronea interpretazione della legge¹³.

3. *Fatto e valore*

L'opposizione tra giudizio di fatto e giudizio di valore giuridico ricorda un'altra celebre dicotomia: la grande divisione tra fatto e valore della filosofia analitica¹⁴, tra essere e dover essere, tra descrizioni e prescrizioni. Due sfere incomunicabili, rigidamente separate dalla legge di Hume¹⁵ che traccia una linea netta di demarcazione: da un lato, il discorso descrittivo soggetto alla logica binaria del vero o del falso, dall'altro, il discorso prescrittivo né vero né falso. Qua il mondo 'cognitivo', scientifico, dei fatti che pos-

¹² Con proscioglimento per motivi di diritto si allude specificamente a quello 'perché il fatto non è previsto dalla legge come reato'. Il proscioglimento 'perché il fatto non costituisce reato' attiene al tema storico, coinvolgendo tra l'altro l'assenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) e la presenza di cause di giustificazione; anche se, più sottilmente, si può in esso distinguere una componente fattuale (esiste la circostanza *x*) e una giuridica (quella circostanza costituisce l'esimente *y* o segnala l'assenza dell'elemento soggettivo).

¹³ Anche in sede di revisione la separazione tra i due temi è netta, non essendo il rimedio ammesso per motivi di diritto, salvo quanto affermato dalla Corte costituzionale che ha dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 paragrafo 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'imputato e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo» (Corte cost. sentenza n. 113 del 2011).

¹⁴ Sulle grandi distinzioni della filosofia analitica (sintetico/analitico, descrittivo/prescrittivo, linguaggio/metalinguaggio, contesto di scoperta/contexto di controllo), v. M. JORI, *Introduzione a Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura del medesimo, Giappichelli, Torino, 1994, 17 s.; A. PINTORE, *Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico*, in *Ermeneutica e filosofia*, cit., 243 s.; cfr. anche la critica di M. BARBERIS, *Vincoli e strumenti. Sulla filosofia analitica del diritto*, in C. PENCO-G. SCARBIA (a cura di), *Alle radici della filosofia Analitica*, Atti del I Convegno Nazionale della Società Italiana di Filosofia Analitica (Genova, ottobre 1994), Erga, Genova, 1996, 20 s.

¹⁵ Secondo la quale non è possibile derivare il 'deve' dall'è': per un'esauriente analisi del tema, sul quale la letteratura è sterminata, B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

sono essere stabiliti al di là di ogni controversia: i fatti, si dice, hanno la 'testa dura', s'impongono con evidenza. Là il mondo 'anticognitivo' ed emozionale dei valori, dove ci si trova in perenne disaccordo, data l'impossibilità di giustificarli razionalmente.

Questa opposizione ha reso importanti servizi in termini di analisi del linguaggio e di chiarificazione concettuale. Ma c'è almeno un aspetto sotto il quale essa appare in crisi: l'idea che il marchio del cognitivo, del vero o del falso, competa solo a ciò che può essere accertato in modo indubitabile, rigorosamente dimostrato¹⁶. È un'idea che si sta progressivamente sgretolando sotto due spinte convergenti. Per un verso, anche nel settore delle credenze più solide, nel regno della scienza, è difficile trovare proposizioni realmente inoppugnabili, che possano dirsi al riparo d'ogni revisione; l'idea di una conoscenza assoluta della realtà, di cui sarebbe portatrice la Scienza, risulta da tempo tramontata, non essendovi alcun Metodo per una verifica definitiva delle nostre teorie sul mondo esterno. Ma, per altro verso, dall'impossibilità di fondare conclusivamente i valori, di argomentare in modo da costringere all'assenso qualsiasi persona razionale, non segue ancora che le asserzioni sui valori non siano né vere né false; e tanto meno si giustifica un atteggiamento scettico o anticognitivo.

Come ha osservato Putnam, se stabilire qualcosa al di là di ogni controversia significa stabilirlo *per l'eternità*, probabilmente nessuna proposizione, tranne forse il principio di non contraddizione, gode di una simile proprietà¹⁷. Se invece ci si riferisce all'accordo *in un certo contesto*, alla possibilità di costruire credenze sulla base di *solide ragioni*, non c'è motivo per negare che anche i giudizi di valore abbiano una dimensione cognitiva;

¹⁶ Cfr. P. RAILTON, *Il realismo mortale*, in P. DONATELLI-E. LECALDANO (a cura di), *Etica analitica. Analisi, teorie, applicazioni*, Led, Milano, 1996, 186: «L'argomento ascoltato forse più di frequente a favore della distinzione fatto-valore è di tipo epistemico: si sostiene che controversie intorno a questioni di valore possono persistere anche dopo che sono dispiagate tutte le modalità, razionali e scientifiche, di giudizio; perciò i giudizi di valore non possono essere cognitivi nel senso in cui lo sono i giudizi fattuali o logici»; analogamente, R. GUASTINI, *Tre domande a Francesco Viola*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, 238: «la distinzione tra i due tipi di linguaggio [descrittivo/prescrittivo] presuppone, ovviamente, la distinzione tra due tipi di controversie: controversie relative a fatti e controversie relative a valori. Le une, in principio, possono sempre essere risolte, e la soluzione va cercata nell'allargamento o nell'approfondimento della conoscenza. Le altre non sempre possono essere risolte; quando possono, la soluzione può trovarsi solo nell'argomentazione e nella persuasione».

¹⁷ H. PUTNAM, *La sfida del realismo* (1987), trad. it., Garzanti, Milano, 1991, 87.

senza dimenticare che spesso il contrasto su di essi è l'esito d'un disaccordo, non esplicitato, su questioni di fatto. E ancora, sul piano delle conseguenze, Boudon ha messo bene in luce dove può condurre la tesi che i valori siano solo illusioni, materia di 'fede', privi di qualsiasi oggettività¹⁸; il rischio è la deriva decisionista, la fuga dal discorso razionale, l'indifferenza per le scelte: anche l'orrore ispirato da Auschwitz (o dalle stragi in Bosnia o nel Kosovo) diventa il semplice prodotto di un condizionamento storico, di una pura reazione emozionale.

In conclusione, esiste un modello all'interno del quale giudizi di fatto e di valore possono essere trattati unitariamente. È il modello 'cognitivo', dove i giudizi di valore, come i giudizi di fatto, sono sorretti da ragioni più o meno solide, migliori o peggiori; la nequizia di Hitler non è meno argomentabile del passaggio di Cesare sul Rubicone. La circostanza che i primi non siano verificabili 'scientificamente' – ma neppure i secondi lo sono sempre, ammesso che esista il metodo-scientifico¹⁹ – non impedisce di considerarli oggetto di argomentazione razionale, dunque, veri o falsi, sia pure nell'ambito di un certo contesto; pressappoco come, nella prospettiva del realismo interno, la verità dei giudizi di fatto è sempre legata ad un certo schema concettuale²⁰.

Qualcosa di analogo è riferibile anche alla distinzione, nel processo, tra giudizio di fatto e di valore giuridico. A seguire l'indirizzo dominante, solo il primo giudizio, in quanto descrittivo, sarebbe vero o falso, mentre il secon-

¹⁸ R. BOUDON, *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, Paris, 1995, 439 s. Per una riflessione sull'etica cfr. P. DONATELLI-E. LECALDANO (a cura di), *Etica analitica. Analisi, teorie, applicazioni*, cit.; e *ivi*, in particolare, la postfazione di E. LECALDANO, *L'etica analitica e l'eredità della storia dell'etica*, 557 s. Sulla svolta subita dalle teorie metaetiche dopo la seconda guerra mondiale, v. ancora E. LECALDANO, *Etica e significato: un bilancio*, in C.A. VIANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, 79 s.

¹⁹ Che 'il metodo scientifico non esista' è affermazione ricorrente, non solo nell'epistemologo 'anarchico' P. FEYRABEND (*Contro il metodo* [1975], trad. it., Feltrinelli, Milano, 1985) ma anche in H. PUTNAM (*La sfida del realismo*, cit., 19) e nello stesso K. POPPER (*Scritto alla logica della scoperta scientifica* [1956], trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1984, 35), ovviamente in sensi diversi: cfr. a quest'ultimo riguardo D. ANTISERI, *Trattato di metodologia delle scienze sociali*, Utet, Torino, 1996, 5 s.

²⁰ V., con particolare riguardo al realismo 'interno' di Putnam, M. ALAI, *Modi di conoscere il mondo*, Franco Angeli, Milano, 1994; P. ARTUSO, *Hilary Putnam. Realismo e comprensione*, Ets, Pisa, 1995; M. DELL'UTRI, *Le vie del realismo. Verità, linguaggio e conoscenza in Hilary Putnam*, Franco Angeli, Milano, 1992; F. MINAZZI, *Alcune osservazioni sul problema del realismo in Putnam*, in M. OSTINELLI-V. PEDRONI (a cura di), *Il realismo pragmatico di Hilary Putnam*, Liguori, Napoli, 1994, 91 s.

do, in quanto interpretativo, ‘ascrittivo’ di significato, sarebbe privo di tale proprietà. Come nell’antitesi appena esaminata, affiora qui l’idea che solo i fatti possano essere accertati ‘oggettivamente’, mentre il significato di una disposizione sarebbe ‘imposto’ da chi è chiamato a interpretarla, scegliendo una tra le possibili letture. In realtà, proprio alla luce di un simile criterio distintivo, la linea di demarcazione diventa alquanto vaga; per lo meno nel processo, dove la verifica fattuale non è così oggettiva, ‘cognitiva’, come si pretende, né quella di diritto così soggettiva, ‘anticognitiva’, come si suppone. Ma esaminiamo distintamente l’una e l’altra sfera.

4. *Il giudizio di valore giuridico: la struttura*

Nel giudizio di valore²¹ dovrebbero dunque intervenire solo questioni di significato, di competenza semantica²², come nei giudizi analitici, essendo tutto ciò che riguarda il piano empirico, la ricostruzione dei fatti, da affrontare in sede di giudizio storico (lo sottolinea la stessa terminologia codicistica parlando di prove per il ‘fatto’, di motivi o di ragioni per il ‘dirit-

²¹ La scelta di anteporre il giudizio di diritto a quello storico è puramente espositiva e non sottintende una priorità logica del primo sul secondo; ché anzi, in caso di condanna, la qualificazione del fatto come reato segue idealmente all’accertamento storico che ne è il presupposto. Non così nel caso di proscioglimento *in iure*, dato che la formula ‘il fatto non è previsto dalla legge come reato’ non implica alcun giudizio storico sulla sussistenza del fatto (il fatto a cui ci si riferisce è quello ipoteticamente assunto dall’accusa), ma semmai ne registra l’inutilità; il codice comunque non esplicita una gerarchia per il caso in cui la formula *in iure* risulti concorrente con ‘il fatto non sussiste’ o ‘l’imputato non lo ha commesso’ (per un’originale impostazione del problema, cfr. F. CORDERO, *Procedura*, cit., 979).

²² Sull’interpretazione come traduzione, vale a dire come riformulazione del testo nella stessa o in una diversa lingua, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 328 s.; ID., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 17; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 136 s. Criticamente sulla «concezione che appiattisce l’attività interpretativa nel letto di Procuste della mera sostituzione fra enunciati», v. U. SCARPELLI-C. LUZZATI, *Filosofia del diritto*, in *La Filosofia*, diretta da P. Rossi, I, *Le filosofie speciali*, Utet, Torino, 1995, 278 s.; e, nella prospettiva della filosofia ermeneutica, F. VIOLA, *Critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica del diritto*, in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, cit., 98 s.

Resta il fatto che nell’attività interpretativa domina la tendenza ad assimilare, ad ugualizzare, a cercare casi identici: «comprendre c’est égalier», diceva Nietzsche; di qui il suo desiderio d’essere frainteso (*Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere di F.N.*, trad. it., a cura di G. COLLI-M. MONTINARI, Adelphi, Milano, VIII, t. I, I [182], 1975, 40).

to'). E in effetti, nel qualificare penalmente il fatto o nel dichiararlo irrilevante, il giudice non dice nulla sul mondo; si limita in quel passo ad istituire o a negare un'equivalenza tra enunciati. C'è qui un aspetto imperativo, il *fiat* con cui il giudice chiama il tal fatto 'reato' (o lo estromette dall'ambito penale); ma c'è, logicamente anteriore, un aspetto predicativo, sorretto dagli argomenti, dalle ragioni – magari taciute se autoevidenti – per cui quel fatto è (o non è) 'reato'. Sarebbe intollerabile pensare che l'asserto interpretativo si risolvesse in un postulato di significato che impone arbitrariamente, come nei linguaggi artificiali²³, relazioni di sinonimia, di equivalenza tra enunciati (qualcosa di simile può semmai avvenire con le definizioni del legislatore)²⁴. L'esercizio del potere punitivo regge, tra l'altro, anche sull'idea che il cittadino sia in grado di decifrare dalla legge quali comportamenti costituiscono reato, prima ancora che lo dica il giudice.

Resta da stabilire se questa verifica giuridica, questa ricerca di significato possa realmente svilupparsi come un'attività di pura traduzione da una lingua all'altra, al riparo da ogni interferenza empirica²⁵. La risposta è negativa per ragioni, sia di carattere generale, sia specifiche del processo penale.

Anzitutto è la stessa separazione tra lingua e mondo o tra convenzioni e fatti ad apparire estremamente problematica. L'idea di un giudizio analitico, vero soltanto per il significato delle parole che lo costituiscono, indipendente da ogni esperienza (*no matter what*), è al centro di mille polemiche. Dopo l'attacco sferrato da W. Quine alla dicotomia analitico/sintetico²⁶,

²³ M. SANTAMBROGIO, *W.V. Quine*, in *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, a cura del medesimo, Laterza, Roma-Bari, 1992, 187.

²⁴ M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1995, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995 108 s.; cfr. anche gli studi raccolti in A. CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996.

²⁵ Sul carattere analitico degli asserti interpretativi, E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, 267 s.

²⁶ W. QUINE, *Due dogmi dell'empirismo* (1951), in *Il problema del significato*, trad. it., Ubaldini, Roma, 1966, 20 s.; ID., *La relatività ontologica ed altri saggi* (1969), trad. it., Armando, Roma, 1986, 109; per il recupero, in un ambito ristretto, della distinzione analitico/sintetico, v. H. PUTNAM, *L'analitico e il sintetico*, in *Mente, linguaggio e realtà* (1975), trad. it., Adelphi, Milano, 1987, 54 s. Sulle difficoltà di tracciare una linea di demarcazione fra le informazioni autenticamente semantiche e quelle fattuali associate a una parola, dunque, di fissare un confine stabile tra dizionario e enciclopedia, D. MARCONI, *Rappresentare il significato lessicale*, in *Mente umana, mente artificiale*, Feltrinelli, Milano, 1989, 78; ID., *Filosofia del linguaggio*, in *La filosofia*, diretta da P. Rossi, I, *Le filosofie speciali*, Utet, Torino, 1995, 426 s.; P. VIOLI, *Significato ed esperienza*, Bompiani, Milano, 1997, 88.

si è ormai propensi a riconoscere l'impossibilità, in linea sistematica, di separare nel nostro sapere la componente linguistica da quella fattuale; e quindi di isolare una categoria di 'verità' legate esclusivamente ad una competenza semantica da opporre alle 'verità' fattuali, fondate sull'esperienza contingente o su teorie scientifiche.

Con una bella metafora Quine definisce la nostra conoscenza come una stoffa nera di fatti e bianca di convenzioni, dalla quale non si è mai riusciti ad estrarre un filo del tutto nero o del tutto bianco²⁷. Nel vasto dominio della conoscenza – afferma l'illustre autore – tutte le verità sono tali sia in forza del linguaggio che le esprime sia in forza dei fatti; ma vi sono differenze di grado, in quanto alcune sono più lontane dall'esperienza. Per esse i fatti sembrano contare di meno, nel senso che, anche in un generale riassesto delle nostre credenze sul mondo, quelle proposizioni a stento sarebbero abbandonate, o meglio, lo sarebbero per ultime; sono le verità che tutti accettano senza darne ragione, ritenute immuni da ogni revisione, così consolidate da avere assunto il valore di definizioni (vere per convenzione 'implicita'²⁸, come i banali esempi, 'nessuno scapolo è sposato', 'tutte le giumente sono cavalli', ecc.).

Qualcosa di simile accade anche nel microcosmo del processo con la separazione tra fatto e diritto. La distinzione tra fatto e diritto è indispensabile sul piano operativo, perché nell'atto di accusa e nella sentenza fatto e qualifica giuridica devono essere distinti; ma, se con essa si pretende di isolare in ogni passo della sentenza la componente fattuale da quella giuridica, si offusca e tende a decomporsi. Al pari di altre distinzioni, serve come un asse che si appoggi tra le sponde di un precipizio; se si passa rapidamente, regge, ma se si indugia troppo, traballa e rischia di spezzarsi²⁹.

Vi è indubbiamente una notevole differenza, quanto a ragioni di verità, tra enunciati tipicamente fattuali ('Tizio, penetrando il giorno 12 gennaio 1999 nell'abitazione di Caio, ha asportato del denaro ...') ed enunciati giuridici ('la tal condotta descritta nell'atto di accusa costituisce il reato di fur-

²⁷ Carnap e la verità logica (1957), in *I modi del paradosso ed altri saggi*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1975, 390. H. PUTNAM vi ha aggiunto i fili rossi dei valori (*Il realismo dal volto umano* [1990], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1995, 319); e si potrebbe ancora arricchirla con i fili verdi del diritto (il discorso giudiziale che afferma la colpevolezza dell'imputato per un qualsiasi reato vede commiste tutte queste componenti, inclusi i valori).

²⁸ H. PUTNAM, *L'analitico e il sintetico*, cit., 90.

²⁹ È l'immagine con cui Paul Valéry descriveva l'usura del linguaggio.

to'). Se il primo enunciato è vero sia in forza di ciò che significano le parole sia in forza di come si sono svolti i fatti, la verità del secondo enunciato parrebbe dipendere unicamente da ciò che significano le parole del linguaggio corrente e della lingua giuridica.

In realtà, il divario non è così categorico. Il giudizio di diritto è certamente più lontano, di quello storico, dai fatti e dalle osservazioni empiriche; ma non ne è radicalmente indipendente. Nel raffronto tra gli enunciati referenziali e gli enunciati legislativi, nella ricerca del significato che gli uni assumono per gli altri, non intervengono solo regole e convenzioni linguistiche, ma anche scelte etico-politiche, valutazioni di interessi contrastanti e teorie su come è organizzato il mondo, che innestano nella verifica giuridica veri e propri sviluppi induttivi.

Più precisamente. È possibile assimilare taluni passi del giudizio di diritto ad asserti analitici, formulati in base al solo significato delle parole: ad esempio, quando il giudice accerta in sede storica che Tizio ha sparato a Caio, provocando l'esito letale, la qualificazione della condotta come specie di quella descritta dall'art. 575 c.p. è frutto di una semplice equivalenza linguistica, indipendente da ogni ricerca empirica; qui gli enunciati referenziali rappresentano poco più che una parafrasi della formula legale («chiunque cagiona la morte di un uomo ...»), la cui pertinenza al tema storico non va neppure motivata, essendo *in re ipsa*. Ma già la qualifica del medesimo fatto come 'doloso', 'colposo' o giustificato da 'legittima difesa', difficilmente potrebbe dirsi – per esauriente che fosse la descrizione referenziale – imposta *soltanto* dal significato delle parole, dalle proprietà del linguaggio, senza alcun salto induttivo; tant'è che, motivando la sua conclusione, il giudice non dirà che le modalità della condotta significano, ma piuttosto che provano il dolo, la colpa o la legittima difesa.

E ancor più evidenti appaiono gli sviluppi induttivi non appena si evade da modelli come il furto o l'omicidio, dove il rapporto tra enunciati referenziali e legislativi può essere definito in termini di sinonimia o quasi. Ad esempio, attingendo a caso dal repertorio giurisprudenziale, nessuno sosterrà che intervenga solo una competenza semantica quando si afferma che «commette il reato di esercizio abusivo della professione medica (o paramedica) il biologo che, sia pure preposto a un laboratorio di analisi, effettui un prelievo di sangue venoso a fini di analisi»³⁰; o che «costituisce maltrattamento la detenzione di gatti in piccole gabbie, poiché essa priva l'animale della possibilità di movimento e di espansione,

³⁰ Sez. VI, 6 dicembre 1996, Manzi, in *Cass. pen.*, 1998, 2331, n. 1278.

se non al prezzo di sofferenza»³¹; e la casistica potrebbe continuare con i 'fatti' ricondotti al paradigma della corruzione, della concussione, dell'abuso di ufficio, ecc.

Naturalmente, molto dipende da come si presenta la fattispecie legislativa; quanto più essa è vaga e indeterminata, tanto più fatto e diritto tendono a confondersi in un *continuum*, che rende problematico l'esercizio stesso del contraddittorio. Ma importante è anche il modo in cui viene formulata l'accusa, l'atto che separa, enunciandoli, i due temi. Se esso non individua compiutamente il tema storico, incentrandosi invece sulla descrizione delle prove, dei fatti probatori, è inevitabile che parte di quel tema finisca assorbito nel giudizio di diritto; qualificando ciò che è stato contestato, il giudice, più che passare da una descrizione all'altra della medesima condotta, 'induce' dal fatto dell'accusa quello diverso ipotizzato dal legislatore; con il risultato di sottrarlo, nella porzione che deborda, alla previa contestazione e, quindi, al controllo difensivo.

Di qui una doppia esigenza, essenziale al rispetto del contraddittorio. Per il legislatore, come invito a prevedere fattispecie lineari, idonee alla verifica empirica, quindi suscettibili di controprova, di 'falsificazione'; riferite ad azioni e non a modi di essere, giacché si può punire solo ciò che si fa, non ciò che si è. Per chi formula l'accusa, come impegno ad enunciare analiticamente le proposizioni da provare; nessuna difficoltà dovrebbe opporvisi, dato che il rinvio a giudizio segna proprio questa raggiunta conoscenza, salva la possibilità di una rettifica in sede di contestazione suppletiva.

Naturalmente, a garantire il carattere cognitivo del giudizio di diritto concorre anzitutto la struttura delle disposizioni incriminatrici del codice penale. I più subdoli attentati al diritto di difesa provengono proprio dal diritto sostanziale con la formulazione di fattispecie elastiche, definibili in base a paradigmi etici o morali, o ancora costruite sul cosiddetto modello di tipo d'autore³². Serve a poco valorizzare l'iniziativa delle parti, garantire oralità e contraddittorio nella formazione delle prove, se poi l'inconsistenza della fattispecie rende arbitrario il potere giudiziale di qualificare il fatto, vanifica lo sforzo teso alla sua ricostruzione e impedisce alla difesa di confutare efficacemente l'accusa; con il risultato che la colpevolezza finisce per dipendere, più che dai fatti e dalle norme, dall'ideologia e dalla 'psicologia' del giudice.

³¹ Sez. III, 20 maggio 1997, Fiore, in *Cass. pen.*, 1998, 2357, n. 1308.

³² L. FERRAJOLI, *Garantismo penale e verità processuale*, in *Difesa penale*, 1985, 18 s.

5. *L'esigenza cognitiva*

Ciò premesso, questa interpretazione della legge, questa ascrizione di significato in cui, pur con le riserve appena formulate, consiste il giudizio di diritto, è un'attività di tipo conoscitivo? Possono dirsi veri o falsi gli enunciati interpretativi? Guastini ha limpidamente riassunto le ragioni della risposta negativa:

«La teoria cognitiva – o più comunemente, ‘formalistica’ – dell’interpretazione sostiene che l’interpretazione sia un’attività di tipo conoscitivo: interpretare è accertare (empiricamente) il significato oggettivo dei testi normativi ... Ciò non è diverso dal dire che gli enunciati interpretativi (ossia gli enunciati della forma ‘La disposizione ‘D’ esprime la norma N’) sono enunciati del discorso descrittivo: enunciati, insomma di cui si può accertare la verità o la falsità.

La teoria cognitiva dell’interpretazione, diffusa nella dogmatica gius-positivista del secolo XIX, è oggi largamente screditata presso qualunque giurista avvertito. ... [Essa] si fonda su fallaci assunzioni. O sulla credenza che le parole incorporino un significato ‘proprio’, intrinseco, dipendente non dall’uso delle parole stesse, ma dalla relazione ‘naturale’ tra parole e realtà. O sulla credenza che le autorità normative (che comunemente, nel mondo moderno, sono organi collegiali e, per giunta, internamente conflittuali) abbiano una volontà univoca e riconoscibile come gli individui. Si ritiene, per conseguenza, che scopo dell’interpretazione sia semplicemente ‘scoprire’ questo significato oggettivo o questa volontà soggettiva, preesistenti. Si ritiene inoltre che ogni testo normativo ammetta una, ed una sola, interpretazione ‘vera’.

Disgraziatamente, le cose non stanno così ... l’interpretazione ha ad oggetto non norme fatte e rifinite, ma piuttosto disposizioni – ossia enunciati in lingua – suscettibili di molteplici interpretazioni. Soprattutto – dal momento che le disposizioni non hanno un solo ed univoco significato, suscettibile di semplice conoscenza – l’interpretazione è attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e decisoria»³³.

³³ R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995, 19. Criticando la tesi di G. Carriò secondo cui l’interprete descrive il significato di un testo quando decide un caso chiaro, mentre ascrive un significato quando risolve un caso dubbio (*Sull’interpretazione giuridica*, in *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, Giappichelli, Torino, 1989, 135 s.), Guastini ha precisato che la distinzione tra discorso descrittivo e discorso ascrivitivo di significato è del tutto indipendente dall’essere il significato della disposizione di cui si parla pacifico o controverso (*Gennaro Carriò e la trama aperta del diritto*, in *L’analisi del ragionamento*

Ora non c'è dubbio che, se mai è esistito, il mito della legge suscettibile di una, ed una sola, interpretazione 'vera' – il c.d. giuspositivismo ingenuo – sia da tempo crollato. Il linguaggio giuridico, come quello naturale di cui è un sottosistema, presenta tratti di ambiguità e di vaghezza (pluralità e imprecisione di significati)³⁴, sicché riesce vano il tentativo di ridurre l'attività dell'interprete alla pura e semplice registrazione di quanto è preconstituito nel testo che gli sta di fronte: ogni giurista sa come sia spesso, se non sempre, possibile collegare diversi significati alla stessa disposizione, estrarre norme diverse dalla stessa successione di parole³⁵. Ma soprattutto, come si accennava, è un'attività complessa l'interpretazione in funzione applicativa³⁶ che si svolge tra i due poli della legge e della fattispecie giudiziaria, sotto l'influenza di fattori eterogenei, dalle regole semiotiche alle pressioni culturali e alle scelte etico-politiche³⁷; e dove, dunque, non è per nulla singolare che soggetti cognitivamente lucidi e semanticamente competenti possano

giuridico, II, cit., 158 s.): «l'interprete che attribuisca ad un testo normativo un significato – per quanto ovvio e pacifico possa essere questo significato – pronuncia tuttavia un discorso interpretativo, e non descrittivo di interpretazioni (altrui)»; per contro chi riferisca che «ad un certo testo è stato attribuito un dato significato – per quanto stravagante e controverso possa essere questo significato – pronuncia tuttavia un discorso non interpretativo, ma solo descrittivo di interpretazioni (altrui)».

Ascrittivo di significato e, perciò, privo di valori di verità è, insomma, l'atto interpretativo in quanto tale, che *impone* un certo significato al testo legislativo. Ma, da questo punto di vista, analoga conclusione dovrebbe valere anche per il giudizio storico: pure qui vi è differenza tra chi, come il giudice, 'interpreta' le prove, affermando o negando un'ipotesi ricostruttiva, e chi si limita a riferire sulle altrui ricostruzioni. La realtà è che, sia sul tema storico sia su quello di diritto, il giudizio presenta una componente imperativa ed una descrittiva: cfr. *retro*, Cap. I, par. 4.

³⁴ Sulla distinzione tra vaghezza e ambiguità, v. E. DICIOTTI, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1992, 100 s.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 350 s.

³⁵ M. JORI, *Realismo e criteri di controllo delle teorie giuridiche*, in P. DONATELLI-L. FLORIDI (a cura di), *Filosofia analitica 1993. Bilanci e prospettive*, Lithos, Roma, 1993, 124.

³⁶ Cfr., ancora, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 342: «l'interpretazione giudiziale ... può essere caratterizzata come una interpretazione 'orientata ai fatti', nel senso che il punto di partenza dell'interpretazione giudiziale non è tanto il testo normativo quanto una particolare fattispecie o controversia, di cui si cerca la soluzione. I giudici, insomma, non si domandano quale sia il significato di un testo normativo 'in astratto', ma si domandano se una fattispecie data ricada, o no, entro il campo di applicazione di una certa norma».

³⁷ M. MERONI, *Realismo e filosofia analitica, filosofia analitica del diritto*, in *Filosofia analitica 1993*, cit., 90 s.