

© 1989, Gius. Laterza & Figli
Prima edizione 1989
Seconda edizione riveduta 1990

UNIDADE XII

Leitura obrigatória
FERRAJOLI, diritto e ragione, p.
115-120

Luigi Ferrajoli

DIRITTO E RAGIONE
TEORIA DEL GARANTISMO PENALE

prefazione di Norberto Bobbio



Il volume è stato pubblicato con un contributo del Ministero della Pubblica Istruzione

Editori Laterza 1990

grado di attendibilità di una prova. Ciò vuol dire che lo schema deduttivo (c) è inscrivibile come giustificazione epistemologica dell'induzione giudiziaria. Nessuna prova, o indizio, o insieme di prove e di indizi garantisce inoppugnabilmente la verità della conclusione fattuale. *Non esistono, a rigore, prove sufficienti.*

Il metodo delle prove legali ha accompagnato durante cinque secoli, dalla fine del secolo XIII alla Rivoluzione francese, l'esperienza processuale dell'inquisizione sviluppatasi in tutta l'Europa continentale²⁹. Sul piano epistemologico esso segna un deciso regresso rispetto alla tradizione topico-retorica dell'*ars obponendi et respondendi* che aveva informato la concezione classica della prova, dall'età greca e romana fino alla prima fase del processo romano-canonico medioevale. L'idea della prova come «sufficiente», grazie alla sua congiunzione con una norma, a garantire, deduttivamente la verità della conclusione fattuale, è infatti ideritica, nonostante la sua apparente razionalità, a quella che è alla base delle *prove irrazionali* di tipo magico e arcaico: l'ordalia, il duello giudiziario, il giuramento, la divinazione. In queste prove magiche, che caratterizzano le esperienze processuali primitive e in particolare quella romano-barbarica dell'Alto Medioevo, un fatto naturale — come l'esito di un cimento fisico dell'accusato con la natura o con la parte offesa, o la provocazione della punizione divina in caso di menzogna, o direttamente un qualche segno della natura — viene da una norma considerato come prova o come segno sufficiente di colpevolezza o d'innocenza³⁰. A differenza che nelle prove legali, l'esperienza di tale fatto non è in realtà dotata di nessuna forza induttiva; e la norma sulla prova, anziché una falsa legge naturale o regola d'esperienza, è una legge soprannaturale, o una tesi magica o religiosa, o un articolo di fede. Lo schema logico ed epistemologico è tuttavia il medesimo: quello della deduzione come necessaria (e non come probabile) della conclusione giudiziaria dalla prova esperita e dalla norma che ad essa conferisce valore probatorio o immediatamente espressivo del fatto provato.

Contrariamente a un'interpretazione diffusa, che nelle conteste ordaliche rinviene soprattutto le remote ascendenze del contraddittorio proprio del rito accusatorio³¹, è dunque possibile rintracciare una continuità ben maggiore tra queste antiche prove magiche «irrazionali» e le prove legali «razionali» proprie del rito inquisitorio. L'identità dello schema epistemologico segnala archetipi culturali comuni. Anche le prove magiche, al pari delle prove legali, sono infatti *prove formali*, nel senso che escludono l'indagine e la libera valutazione del giudice surro-

gandole con un giudizio infallibile e superiore, divino nel primo caso e legale nel secondo. Ed anche le prove legali, come le prove magiche, sono d'altra parte *prove simboliche*, nel senso che agiscono come «segni normativi» della conclusione dedotta, al punto che le semi-prove e i quarti di prova legali appaiono pur sempre come segni normativi di qualcosa: se non della colpevolezza, di una semi- o men che semi-colpevolezza che comporta una semi-pena o una pena comunque ridotta³². Ne è una conferma il fatto che la tortura, che ha funestato ininterrottamente il meccanismo delle prove legali e particolarmente quello della confessione, mantiene sicuramente nella procedura inquisitoria premoderna il carattere ordalico di un giudizio di Dio, ossia di un cimento fisico ove la soccombenza è segno della colpevolezza dell'accusato e la resistenza è segno della sua innocenza³³. Sviluppo delle arti magiche, recrudescenza del sentimento superstizioso, credenze oscure nel demonio e fanatismo religioso formano del resto il cupo scenario culturale che fa da sfondo ai processi contro streghe, stregoni ed eretici, nei quali più violentemente si scatena, nell'età della controriforma, la persecuzione inquisitoria.

4. *Il superamento moderno delle prove legali e il principio potestativo del libero convincimento.* La critica e il superamento delle prove legali rappresentano una conquista del pensiero illuministico³⁴ e della Rivoluzione francese. Il decreto dell'Assemblea costituyente dell'8-9 ottobre 1789 riformò radicalmente i principi della procedura inquisitoria codificati dall'*Ordonnance criminelle* del 1670, imponendo in tutti i gradi del giudizio la pubblicità e la difesa dell'imputato. E due anni dopo il decreto del 16-19 settembre 1791 abbatte interamente il vecchio sistema introducendo fin dalla fase istruttoria il rito accusatorio, istituendo le giurie popolari, abolendo ogni tipo di segreto, vincolando il processo all'oralità e all'immediatezza, e infine sopprimendo le prove legali e consacrando il principio del libero convincimento del giudice³⁵: «vous jurez», prescriveva il decreto nella formula del giuramento letta ai giurati, «de décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre»³⁶.

Benché questi due decreti siano giustamente ricordati come il momento «più avanzato dell'illuminismo riformatore» da cui «prende avvio l'assetto del processo penale moderno»³⁷, nessuno dei principi in essi enunciati può essere considerato una scoperta interamente «moderna»: né l'idea della verità giudiziaria

come non necessaria ma solo probabile, né i principi della terzietà e del libero convincimento del giudice al di là di prove legali, e neppure le garanzie dell'oralità, della pubblicità e del contraddittorio. Questi principi, che definiscono la struttura accusatoria del processo penale, hanno alle spalle una elaborazione più che bimillenaria che risale agli albori della civiltà occidentale: precisamente, a quella ricca e raffinata tradizione retorica e topica dell'*ars disserendi, inveniendi e iudicandi* che ebbe origine nella Grecia classica ad opera degli oratori attici³⁸, fu sviluppata da Aristotele³⁹, fu ripresa, attraverso Ermagora di Temno, da Cicerone e dai giuristi romani di età imperiale⁴⁰ e poi tramandata, per il tramite di Cassiodoro, Boezio e Isidoro di Siviglia, alla cultura giuridica medioevale dei secoli IX-XIII⁴¹.

Su questa lunghissima tradizione, interrotta nel continente europeo dai secoli bui dell'inquisizione ma conservatasi intatta nella *law of evidence* inglese, mi limito qui a due sommarie considerazioni. La prima riguarda la logica del ragionamento probatorio. Non solo questa logica si configura fin dall'antico processo attico come una logica modernamente induttiva basata, come hanno mostrato gli studi di Alessandro Giuliani, sulla concezione della prova come «argumentum», ma la logica induttiva nasce in gran parte in seno all'esperienza del processo, come logica *more iuridico* chiaramente distinta, in quanto afferente alla sfera del «probabile», o dell'«opinabile» o del «verosimile» (*ikos*), dalla logica deduttiva di tipo analitico o apodittico⁴². Storicamente, si può dire, è la metodologia della ricerca empirica che si modella sull'induzione giudiziaria — e non viceversa — attraverso la configurazione della tecnica della disputa per prova ed errore, elaborata per le controversie giuridiche, come logica o teoria generale dell'indagine induttiva.

La seconda considerazione riguarda più in generale la concezione classica del processo come *disputatio* o competizione dilemmatica tra opposte ragioni, articolata e risolta per *confirmationes e refutationes*⁴³. Grazie al suo stretto legame con la retorica, la scienza giuridica processuale si sviluppa, nel mondo greco-romano e poi nell'organizzazione medioevale delle arti liberali, come «*scientia civilis*» e «*conjecturalis*»⁴⁴ basata sulle regole del «*liberaliter disputare*» e su una sofisticata teoria degli errori⁴⁵. Ed incorpora per tal via i valori democratici e liberali, oltre che razionali e laici, della contrapposizione tra opposte ragioni come metodo maieutico di discussione e di ricerca, dell'uguaglianza e del diritto della parola che escludono verità autoritarie e postulano la libertà e parità dei disputanti, della tolleranza delle ipotesi e delle argomentazioni in conflitto, della relatività e della

provvisoriety delle prove e dei giudizi nel campo delle «civilis quaestiones»⁴⁶. Ed da questi presupposti umanistici che traggono origine e alimento — pur tra innumerevoli cadute e discontinuità — la struttura accusatoria del processo penale classico e la maggior parte delle garanzie processuali: l'onere della prova a carico dell'accusante e la presunzione d'innocenza fino a prova contraria⁴⁷, il contraddittorio tra le parti come metodo di ricerca della verità⁴⁸, l'imparzialità e l'estraneità del giudice rispetto alla contesa⁴⁹, la prudenza e il dubbio come metodo investigativo e stile intellettuale⁵⁰, i criteri di esclusione delle prove inattendibili per la fonte o irrilevanti per l'oggetto⁵¹, il libero convincimento del giudice argomentato però *iuxta allegata et probata*⁵².

La riscoperta di questa tradizione da parte della cultura illuministica continentale avvenne in gran parte sotto l'influsso dell'esperienza processuale inglese, ove essa non si era mai spenta. Sia il rifiuto delle prove legali che il principio del libero convincimento del giudice sono anche il riflesso, tuttavia, di due acquisizioni moderne, l'una epistemologica, l'altra garantista. La prima acquisizione è il riconoscimento, che si deve soprattutto a Hume, non solo del carattere meramente «probabile» della verità empirica che già Locke e Leibniz avevano chiaramente elucidato, ma anche della frattura logica che immancabilmente separa i dati probatori dai fatti provati⁵³ e che nessun artificio legale è in grado di colmare: la «certezza» della verità giudiziaria fattuale, sostennero su questa base Flanngieri, Paganò e Carnignani, non è mai assoluta o oggettiva, ma al più «morale» o «soggettiva»⁵⁴, non essendo le conclusioni di fatto dimostrabili logicamente ma solo accettabili argomentatamente a preferenza di altre. La seconda acquisizione è l'affermazione dei principi di retributività e di stretta legalità, secondo cui la pena dev'essere una conseguenza del fatto tassativamente previsto dalla legge come reato e non di un altro fatto da essa previsto come probatorio: nonostante la loro fiducia nella razionalità della legge e la loro diffidenza per l'arbitrio dei giudici, gli illuministi non potevano non comprendere che la legalità delle prove è incompatibile con la legalità dei reati e delle pene.

Le due acquisizioni sono tra loro connesse. In tanto si può dire, in base al principio di stretta legalità, che la condanna e la pena non conseguono dalla prova ma dal reato, in quanto si riconosca, sulla base del carattere non deduttivo ma induttivo del ragionamento probatorio, che nessuna prova implica necessariamente il reato. In questo senso il principio del libero convincimento del giudice non rappresenta un criterio positivo di

decisione sulla verità alternativo a quello delle prove legali, ma equivale semplicemente al rifiuto delle prove legali come sufficienti a determinare la condanna e la pena. Precisamente esso significa: 1) la non presunzione legale di colpevolezza in presenza di tipi di prove astrattamente previsti dalla legge; 2) la presunzione d'innocenza in assenza di prove concretamente convincenti della sua falsità; 3) l'onere dell'accusa di esibire tali prove, il diritto della difesa a confutarle e il dovere del giudice di motivare in base ad esse il proprio convincimento in caso di condanna; 4) l'infirmità di qualunque prova, che sempre giustifica il dubbio quale abito professionale del giudice e consente in base ad esso l'assoluzione.

L'abbandono delle prove legali in favore del libero convincimento del giudice ha però corrisposto, per il modo in cui è stato concepito e praticato dalla cultura giuridica post-illuministica, ad una delle pagine politicamente più amare e intellettualmente più deprimenti della storia delle istituzioni penali. La formula del «libero convincimento», che di per sé esprime solo un banale principio negativo⁵⁵ che dev'essere integrato dall'indicazione delle condizioni non legali ma epistemologiche della prova, è stata infatti intesa acriticamente come un criterio discrezionale di valutazione, sostitutivo delle prove legali. Ricepita in tal senso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, essa ha consentito ad entrambe di eludere, sul piano teorico e su quello pratico, l'enorme problema della giustificazione dell'induzione su cui, da Hume in poi, si è affaticata la riflessione epistemologica.⁵⁶ E ha finito per tramutarsi in un grossolano principio potestativo idoneo a legittimare l'arbitrio dei giudici. È accaduto così che il rifiuto delle prove legali come condizioni *sufficienti* della condanna e della pena si è di fatto risolto nella negazione della prova come condizione *necessaria* del «libero» convincimento sulla verità dei presupposti dell'una e dell'altra; e che il principio del libero convincimento, anziché operare come presupposto indispensabile della garanzia dell'onere — o quanto meno della necessità — della prova, è entrato con essa in contraddizione vanificandone ogni funzione normativa.⁵⁷

L'equivoco è stato indubbiamente favorito dalla perversione della struttura del processo penale verificatasi nel continente europeo all'indomani della Rivoluzione francese. Il principio del libero convincimento del giudice era nato all'interno del modello processuale accusatorio elaborato dalla tradizione classica dell'*ars disputandi* e poi da quella inglese della *law of evidence*, coerentemente con altri principi tra loro interdipendenti: la netta separazione tra l'accusa, cui incombe l'onere probatorio, e il

giudice inteso come spettatore imparziale; il contraddittorio tra le parti come tecnica di formazione e di argomentazione delle prove; l'immediatezza, l'oralità e la pubblicità del giudizio; il sistema delle giurie popolari.⁵⁸ Questo modello processuale, che i decreti del 1789 e del 1791 avevano recepito unitariamente, non sopravvisse in Francia alla stagione rivoluzionaria. Dapprima il codice termodoriano del 25 ottobre 1795 e poi, più radicalmente, quello napoleonico del 1808 ne scardinarono l'assetto, sostituendo il giuri d'accusa con un'istruttoria scritta e segreta condotta d'ufficio dal giudice istruttore, e così innestando su una procedura inquisitoria l'ormai acquisito principio dell'*intime conviction*. Ne è risultato quel «processo misto» che sarà ricalcato da numerose codificazioni successive, compresa quella italiana: prevalentemente inquisitorio nella fase istruttoria, prevalentemente accusatorio nella fase dibattimentale e dominato in entrambe le fasi dal principio del libero convincimento del giudice-inquisitore. Si capisce che un tale «mostro», nato dall'accoppiamento dell'inquisitorio e dell'accusatorio processuali⁵⁹ ha sommato i difetti dell'uno e dell'altro compromettendo di fatto l'unico pregio ad essi comune: l'obbligo del giudice di decidere *iuxta allegata aique probata* che caratterizza sia il processo puramente inquisitorio, dove è necessaria la prova legale, sia il processo puramente accusatorio dove il giudice è passivo di fronte all'attività probatoria delle parti e ad essa vincolato.⁶⁰

La dissoluzione moderna dell'onere della prova all'ombra della formula vuota dell'*intimo* o *libero* convincimento del giudice dipende tuttavia, ancor più che da questa alterazione istituzionale della struttura del processo, dalla mancata elaborazione di un'adeguata teoria della prova e del convincimento induttivo. Questa carenza non può essere supplita dalla qualificazione del convincimento richiesto come «razionale» o «argomentato»⁶¹ o della prova come «certa», o «stabile», o «stringente» o «provata»⁶² o con altri simili aggettivi che nulla aggiungono ai sostantivi. In tutti i casi infatti, se s'interpreta il «convincimento» del giudice non semplicemente come «insufficienza» della sola prova legale ma anche come criterio positivo di valutazione che sottintende tale tipo di prova, il ragionamento probatorio rischia di cadere in una petizione di principio che rimanda alla potestà del giudice, e l'onere della prova di configurarsi altrettanto circolarmente come onere di addurre le prove ritenute tali da chi ha il potere di valutarle e magari di raccoglierte. Ciò vuol dire che la formula del libero convincimento non chiude ma apre il problema dell'identificazione delle condizioni probatorie che giustificano il convincimento, ovvero della definizione — non legale

ma epistemologica — del concetto di «prova adeguata» o se si vuole «convincente». E questo ci riporta al problema generale della giustificazione dell'induzione, con il quale la moderna cultura processualistica non si è mai realmente confrontata.

5. *Lo schema nomologico-deduttivo della spiegazione causale.* Una soluzione soddisfacente di questo problema suppone che si abbandonino del tutto la pretesa, come si è visto illusoria, di fornire una giustificazione deduttiva o assoluta delle conclusioni induttive, quale è quella artificialmente prestata dal sistema delle prove legali. L'impossibilità di fondare l'induzione su una giustificazione siffatta non esclude però che sia possibile raggiungere una giustificazione *relativa*. È precisamente questo tipo di giustificazione che tenterò ora di fondare, identificando i *criteri di decisione* che ci consentano di considerare un' *inferenza induttiva* più ragionevole o plausibile di *altre*, da respingere invece come irragionevoli o non plausibili perché ingiustificate o meno giustificate.

La strada migliore per pervenire, sia pure con opportuni adattamenti, a siffatti criteri di decisione o giustificazione è quella offerta dal modello nomologico-deduttivo della spiegazione causale elaborato da Karl R. Popper e più diffusamente da Carl G. Hempel e P. Oppenheim⁶³. Secondo questo schema l' *inferenza induttiva*, che dai fatti da spiegare o *explanandum* consente di risalire ai fatti che ne sono la spiegazione o *explanans*, si giustifica perché può essere rovesciata in un' *inferenza deduttiva*, che dall' *explanans* consente di ridiscendere all' *explanandum*, grazie all'inclusione nelle premesse esplicative di leggi o generalizzazioni empiriche accettate come vere sulla base dell'esperienza passata.

È importante segnalare la diversità di questo schema da quelli formulati in (a), in (b) e in (c). Riprendiamo l'esempio proposto da Popper della rottura di un filo (*explanandum*) da cui può indursi che se la resistenza del filo alla trazione è di un chilo allora è stato ad esso applicato un peso maggiore di un chilo (*explanans*). Questa induzione è giustificata dal fatto che la si può rovesciare in una deduzione ove l'asserzione della rottura del filo è la conclusione di una serie di premesse consistenti nella supposizione delle condizioni iniziali che corrispondono all'ipotesi esplicative (a questo filo, la cui resistenza è di un chilo, è stato applicato un peso di due chili), e di una o più leggi generali («tutte le volte che a un filo viene applicato un peso maggiore della sua resistenza, allora esso si rompe»). Se indichiamo

ancora con *P* l'asserzione della rottura del filo e con *H* l'ipotesi che ad esso è stato applicato un peso maggiore della sua resistenza, la spiegazione causale avrà la forma:

- (a) (i) *H* è vera
 (ii) Tutte le volte che *H* è vera, anche *P* è vera
 (iii) *P* è vera

che a differenza dello schema (a) contiene una premessa generale accettabile come vera, a differenza dello schema (b) è deduttivamente valido e a differenza di (a) e di (b) contiene *H* nelle premesse e *P* nella conclusione.

Diremo pertanto che la descrizione dei fatti e delle condizioni iniziali (i) forma la spiegazione causale o *explanans*, o più rozzamente la «causa»⁶⁴, da cui è dedotta la — o che è indotta dalla — descrizione del fatto da spiegare o *explanandum*, o più rozzamente dell'«effetto» (iii), grazie alla legge empirica (ii) che collega i due tipi di eventi. Questa legge ha la forma di un'implicazione inversa a quella, palesemente falsa, inclusa nello schema (a), ove l'effetto spiegato figura come antecedente anziché come conseguente della causa esplicative. Benché accettabile come vera, tuttavia, neanche essa istituisce una connessione necessaria, che come ha dimostrato Hume non esiste, tra fatti esplicativi antecedenti e fatti spiegati conseguenti. Le leggi empiriche, infatti, non sono vere logicamente, ma solo probabilmente sulla base dell'esperienza passata, la quale non assicura in nessun modo che il nesso tra eventi si ripeterà in futuro con necessaria regolarità. Ma soprattutto il nostro schema (d) non pretende, come lo schema (a), di garantire deduttivamente la verità dell'ipotesi esplicative *H*, la quale è supposta vera ma potrebbe sempre rivelarsi falsa. Esso ci dice solo che se *H* è vera, allora è vera anche *P*, sicché se *P* non è vera allora non è vera neppure *H*. In base ad esso, dunque, *H* non è la spiegazione di *P*, ma solo una sua possibile spiegazione; e *P* non è la dimostrazione di *H*, ma solo una sua contingente conferma. *P* potrebbe essere spiegata anche dall'ipotesi *H'*, secondo cui il filo è stato bruciato, oppure dall'ipotesi *H''*, secondo cui esso è stato tagliato con un paio di forbici.

Lo schema della spiegazione nomologico-deduttiva, se non consente di dimostrare (ma solo di confermare) la verità, può però suffragare la falsità di un'ipotesi esplicative. Esso ci fornisce infatti un criterio, oltre che per confermare, anche per infirmare le spiegazioni, e quindi per decidere, in base ad argo-