© 1989, Gius. Laterza & Figli

Prima edizione 1989
Seconda edizione riveduta 1990

UNIDADE V

Leitura obrigatória
FERRAJOLI, Diritto e ragione,n.10,7-8, p.126-135

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

Luigi Ferrajoli

DIRITTO E RAGIONE

TEORIA DEL GARANTISMO PENALE

prefazione di Norberto Bobbio

Editori Laterza 1990

explanandum («per terra è bagnato»). Per esempio, nella storiella giudiziaria più sopra raccontata, le generalizzazioni entimematiche, la cui esplicitazione consente di rovesciare in altrettante deduzioni le induzioni necessarie per pervenire alla conclusione esplicativa, riguardano la normale sincerità dei testimoni, l'attendibilità della loro vista, le tracce di sangue lasciate di solito sulle armi da taglio nei delitti di sangue, la natura delle lesioni prodotte e simili. È chiaro che tutte queste generalizzazioni o massime d'esperienza non sono certamente vere, ma solo più o meno plausibili in base all'*id quod plerumque accidit*. E questo accresce l'incertezza, logicamente intrinseca allo schema nomologico qui illustrato, della spiegazione causale ipotizzata come premessa. Se questa è però confermata da altre prove — per esempio i testimoni sono più d'uno, Caio è stato trovato in possesso dell'arma del delitto e ha finito per confessare, sull'arma e sul luogo del delitto sono state trovate innumerevoli impronte digitali e altre tracce di Caio, Sempronio ha fatto il nome di questi prima di esalare l'ultimo respiro — e d'altra parte resiste, a differenza di altre, a tutte le possibili controprove, l'insieme dei dati probatori raccolti potrà ben essere giudicato schiacciante.

Siamo così arrivati all'ultimo e più difficile dei nostri problemi: quello del *grado di probabilità* che consente di considerare adeguatamente o convincentemente provata un'ipotesi accusatoria. Chiarito che nessuna prova è sufficiente a fornire una giustificazione assoluta dell'induzione giudiziaria, quali sono le prove e le controprove necessarie che ne consentono una giustificazione anche solo relativa? Più esattamente, quali sono le condizioni in presenza delle quali una o più prove sono *adeguate* o *convincenti*, e in assenza delle quali non lo sono? Rispondere a questa domanda vuol dire identificare le *garanzie processuali* la cui soddisfazione giustifica il libero convincimento del giudice ovvero la sua decisione sulla verità fattuale nel processo.

7. *Le garanzie processuali: necessità della prova, possibilità della smentita e convincimento giustificato.* Distinguerò il problema delle garanzie processuali della verificazione e della falsificazione fattuale in tre sottoproblemi, che corrispondono rispettivamente alle tre condizioni più sopra richieste per la giustificazione dell'induzione giudiziaria: *1*) come garantire la necessità della prova o verificazione; *2*) come garantire la possibilità della controprova o confutazione; *3*) come garantire, contro l'arbitrio e l'errore, l'imparziale e motivata decisione sulla verità processuale fattuale.

Prima di affrontare questi tre sottoproblemi conviene accennare a una soluzione del primo, che per quanto insoddisfacente sul piano epistemologico ha il merito di essere la sola tra quelle storicamente prospettate che abbia un qualche valore garantista. Questa soluzione consiste nella teoria delle cosiddette *prove legali negative*, secondo cui, se è vero che nessuna prova legalmente predeterminata può essere considerata da sola sufficiente a garantire la verità della conclusione in contrasto con il libero convincimento del giudice, neppure il libero convincimento può a tal fine essere considerato da solo sufficiente, essendo necessario che sia accompagnato da qualche prova legalmente predeterminata. A sostegno di questo metodo si schierarono i più illustri criminalisti della Scuola classica italiana, parimenti contrari ai due opposti sistemi delle prove legali e del mero convincimento del giudice siccome alternativamente sufficienti a fondare la condanna: da Filangieri a Romagnosi, da Pagano a Carmignani[70]. Fatta eccezione per talune codificazioni del primo Ottocento[71], questo metodo è peraltro rimasto estraneo all'esperienza processuale moderna.

È facile capire che le prove legali cosiddette «negative», per quanto accomunate acriticamente dall'odierna dottrina processualistica a quelle «positive», sono rispetto a queste totalmente diverse e sotto almeno un aspetto opposte. Le prove legali positive sono infatti quelle in presenza delle quali la legge prescrive al giudice di considerare *provata* l'ipotesi accusatoria anche se tale «prova» contrasta con il suo convincimento; le prove legali negative sono invece quelle in assenza delle quali la legge prescrive al giudice di considerare *non provata* la medesima ipotesi anche se tale «non prova» contrasta con il suo libero convincimento. Laddove le prove del primo tipo sono perciò *sufficienti* a giustificare l'accettazione della verità dell'ipotesi accusatoria, quelle del secondo sono invece solo *necessarie* al medesimo fine; e mentre la presenza delle prime rende obbligatoria la condanna, la presenza delle seconde semplicemente la consente fermo restando l'obbligo, in loro assenza, dell'assoluzione. Sul piano giuridico, conseguentemente, le prove legali negative equivalgono a una *garanzia* contro il convincimento erroneo o arbitrario della colpevolezza, assicurando normativamente la necessità della prova e la presunzione d'innocenza fino a prova contraria[72].

Il difetto del sistema delle prove legali negative è di natura epistemologica, ed è in parte comune a quello delle prove legali positive. Diversamente da queste, le prove legali negative non sono utilizzabili come premesse da cui sia possibile dedurre in

contrasto con il principio di Hume la verità dell'ipotesi accusatoria, ma hanno solo, come negli schemi (*d*) e (*g*), il valore di conferme, richieste dalla legge come necessarie ma da sole insufficienti senza il libero convincimento a suffragare la conclusione. Analogamente allo schema delle prove legali positive, tuttavia, è l'assenza della prova legale che in questo schema consente di dedurre inoppugnabilmente la conclusione contraria. Il paralogismo consiste in questo caso nell'equivalenza presunta legalmente tra la mancanza della prova legale e la prova contraria, grazie a una premessa generale che collega la mancanza del tipo di fatto previsto come prova con la negazione del tipo di fatto da provare. È chiaro che anche una premessa di questo tipo è una norma giuridica; e che sono del tutto arbitrari sia il riconoscimento in astratto da essa operato di valore probatorio necessario alle prove legali negative, sia il disconoscimento parimenti in astratto di tale valore ad altri tipi di prova. È infatti falsa, come si è detto, qualunque generalizzazione sull'attendibilità o la non attendibilità di un tipo di prova. Le prove legali negative, conseguentemente, esigono troppo e al tempo stesso troppo poco: *troppo* perché esse possono essere non necessarie a fronte di altre prove in concreto adeguate e convincenti; *troppo poco* perché possono essere in concreto inadeguate a giustificare razionalmente il convincimento induttivo che richiederebbe l'acquisizione di ben altri e più rilevanti dati probatori.

Possiamo esprimere questa medesima critica delle prove legali — sia negative che positive — affermando che non esiste nessun criterio, formulabile in via generale ed astratta, per stabilire il grado *oggettivo* di probabilità di un'ipotesi rispetto a un tipo di prova. È anzi impossibile, se si escludono modelli linguistici rigorosamente formalizzati, stabilire il grado oggettivo di probabilità o di conferma di una qualsiasi ipotesi relativamente a un qualsiasi insieme di dati disponibili[73]. Ne consegue l'arbitrarietà di qualunque valutazione legale e quindi aprioristica del grado di probabilità di un'ipotesi rispetto a una prova, che riferendosi inevitabilmente alla sua *probabilità oggettiva* è altrettanto infondata quanto la predeterminazione legale della sua *certezza oggettiva*.

Se non è possibile una valutazione oggettiva, è però possibile una valutazione soggettiva della probabilità. E una valutazione siffatta, mentre non può essere operata astrattamente dalla legge, può essere invece compiuta dal giudice in relazione alle prove e agli indizi concretamente disponibili. Questa distinzione tra *probabilità oggettiva* e *probabilità soggettiva* — la prima riferita alla verità in senso oggettivo, la seconda riferita alla credibilità

in senso soggettivo — è antichissima: presente già in Aristotele[74], ripresa da Cicerone e dalla scolastica medioevale[75] e poi da Locke e da Leibniz[76], formalizzata da Carnap[77], essa ha sempre affaticato la riflessione epistemologica, ripercuotendosi sotto forma di irrisolto dilemma sulla teoria della prova e dividendola tra orientamenti metafisicamente oggettivistici e orientamenti potestativamente soggettivistici e decisionistici[78]. Tuttavia, dopo quanto si è detto nel primo capitolo sulla nozione di verità, non è difficile capire che il dilemma teorico espresso dall'alternativa tra i due tipi di probabilità è un falso dilemma, che si risolve nella distinzione già ampiamente illustrata nel primo capitolo tra *significato* e *criteri* di verità: laddove la probabilità oggettiva è il significato della parola «probabilità» (o «verità probabile» o simili), la probabilità soggettiva è il criterio di accettazione di un'ipotesi come «probabile» (o «probabilmente vera» o simili). E come non esistono criteri di verità oggettiva ma solo criteri di verità soggettiva, così non esistono criteri di probabilità oggettiva ma solo criteri di probabilità soggettiva.

Anche in sede giudiziaria, pertanto, i soli *criteri* di decisione riguardano la probabilità soggettiva. Se così non fosse il principio *in dubio pro reo*, inteso il dubbio nel *senso* di incertezza oggettiva, non consentirebbe mai la condanna, dato che qualunque ipotesi è per sua natura probabilistica ed è sempre possibile, qualunque ne sia il grado di probabilità o di conferma, che essa sia oggettivamente falsa[79]. Ciò che è possibile e si può quindi pretendere, come si è detto nel par. 8, è solo la mancanza di dubbio o certezza soggettiva sui presupposti della condanna, quale può essere assicurata da criteri di decisione parimenti soggettivi. Questi criteri sono quelli indicati nel par. 5 della *coerenza* delle ipotesi accusatorie con i dati probatori e della loro *accettabilità giustificata* da una capacità esplicativa maggiore di quella posseduta da altre. Possiamo pertanto, sulla base dell'analisi della prova fin qui sviluppata, identificare le condizioni che li soddisfano con i tre ordini di garanzie processuali espresse dai nostri assiomi A9, A10 e A7: la necessità della prova, la possibilità della smentita o controprova, e il giudizio imparziale sulla capacità esplicativa delle ipotesi in conflitto.

L'ipotesi accusatoria dev'essere innanzitutto confermata da una pluralità di prove o dati probatori. A tal fine essa dev'essere formulata in modo da implicare la verità di più dati probatori e la spiegazione di tutti i dati disponibili. Un'ipotesi vera, infatti, è sempre feconda, cioè idonea a spiegare molti più fatti di quelli per i quali è stata formulata e quindi a produrre per *modus ponens*, secondo lo schema (*g*), molteplici e svariate conferme[80].

Nella pluralità di queste conferme o riscontri, di cui non è predeterminabile il numero e la qualità, consiste la condizione o garanzia della prova: che dunque comporta la necessità di acquisire non un dato probatorio, ma un sistema coerente di dati — «gravi, precisi e concordanti», come stabilisce l'art. 192 cpv. del nuovo codice di procedura penale, riprendendo la formula usata dall'art. 2729 del codice civile — in forza del quale tutti i fatti noti ed altri fatti addizionali originariamente ignoti siano deducibili dall'ipotesi provata[81]. A conclusione dell'indagine, come nei libri gialli, tutti i dati disponibili devono insomma quadrare con l'ipotesi scoperta, che dev'essere anche in grado di illuminarci nella spiegazione di altri fatti ed indizi inizialmente ignorati. A differenza che nel sistema delle prove legali negative, questa configurazione della prova obbliga pertanto alla produzione non di determinate prove, ma semplicemente di prove. Ma analogamente a tale sistema essa richiede come condizione necessaria del giustificato convincimento, idonea a superare la presunzione d'innocenza, la produzione di *più* prove compatibili, in base al criterio della coerenza, con l'ipotesi provata. La presenza o l'assenza di prove non consentono d'altra parte, come quelle delle prove legali positive e negative, la deduzione della colpevolezza o la deduzione contraria dell'innocenza, ma sono solo condizioni, rispettivamente necessarie e sufficienti, per giustificare la decisione dell'induzione dell'una o dell'altra.

Ancor più importante della necessità della prova è la garanzia del contraddittorio, ossia della possibilità della smentita o della controprova. Di un'ipotesi infatti, se è impossibile la verificazione, dato che la sua verità non può essere dimostrata ma solo confermata, è invece possibile la falsificazione per *modus tollens*, secondo lo schema (*f*). E mentre nessuna prova o conferma è sufficiente a giustificare il libero convincimento del giudice sulla verità dell'accusa, una sola controprova o smentita è sufficiente a giustificare il convincimento contrario. La garanzia della difesa consiste precisamente nell'istituzionalizzazione del potere di confutazione dell'accusa da parte dell'accusato. In base ad essa non basta, perché un'ipotesi accusatoria sia accettata come vera, che essa sia compatibile con più dati probatori, ma occorre anche che essa non sia contraddetta da nessuno dei dati virtualmente disponibili. A tal fine tutte le implicazioni dell'ipotesi devono essere esplicitate e saggiate, onde ne siano possibili non solo le prove ma anche le controprove. E la ricerca di queste dev'essere tutelata e favorita non meno della ricerca di quelle. Ovviamente neppure le controprove, essendo solo probabili, garantiscono la falsità oggettiva dell'ipotesi con esse in-

compatibile. Ma una sola di esse, se è accettata come vera, è sufficiente ad escludere la decisione del giudice sulla verità dell'ipotesi e a fondare, in base al criterio della coerenza, la decisione sulla sua falsità. Il libero convincimento, conseguentemente, mentre può superare le prove (necessarie ma non sufficienti a giustificare la condanna), non può superare le controprove (sufficienti ma non necessarie a giustificare l'assoluzione).

La terza condizione o garanzia della verità fattuale, connessa alle altre due e non meno decisiva, riguarda l'imparzialità della scelta operata dal giudice tra ipotesi esplicative concorrenti. L'ipotesi accusatoria, per essere accettata come vera, deve non solo essere confermata da più prove e non smentita da nessuna controprova, ma anche prevalere su tutte le possibili ipotesi con essa in conflitto, che devono essere falsificate per *modus tollens*, secondo lo schema (*e*). Qualora non siano falsificate né l'ipotesi accusatoria né le ipotesi con essa concorrenti, il dubbio è risolto, in base al principio *in dubio pro reo*, a sfavore della prima. Questo principio equivale a una norma di chiusura sulla decisione della verità processuale fattuale che non consente la condanna fino a che, accanto all'ipotesi accusatoria, permangono altre ipotesi non falsificate con essa concorrenti. Perciò, mentre l'ipotesi accusatoria prevale solo se confermata, le controipotesi prevalgono anche se solo non falsificate: la loro non smentita infatti, pur non giustificando la loro accettazione come vere, è sufficiente a giustificare la non accettazione come vera dell'ipotesi accusatoria. Ovviamente, neppure la falsità di una controipotesi può essere dimostrata in maniera conclusiva, se non siamo certi della falsità delle sue implicazioni probatorie e della verità della premessa generale che istituisce tali implicazioni. Occorre tuttavia che essa risulti totalmente non plausibile perché incompatibile con taluno dei dati probatori raccolti.

Queste tre garanzie, unitamente al presupposto semantico della stretta legalità o verificabilità delle ipotesi accusatorie, assicurano la *stretta giurisdizionalità* del processo penale. Grazie ad esse, il processo si configura come una contesa tra ipotesi concorrenti che il giudice ha il compito di dirimere: precisamente, l'onere della prova a sostegno dell'accusa risulta integrato dall'onere della controprova o smentita delle ipotesi concorrenti; il diritto di difesa o confutazione è a sua volta integrato dal potere di prospettazione di contro-ipotesi compatibili con l'insieme dei dati disponibili e capaci di fornirne spiegazioni alternative; e la motivazione del giudice risulta una giustificazione adeguata della condanna solo se è in grado, oltre che di suffragare l'ipotesi