

METODO E SAPIENZA.

FRAMMENTI DI UN DISCORSO SUL GIUDIZIO PENALE

Fausto Giunta

**RIVISTA
PENALE**

in disCrimen dal 2.1.2023

1. Alla giurisdizione penale spetta un compito difficile: l'irrogazione della più severa tra le sanzioni. Da qui l'allestimento di un apposito apparato garantistico concernente la struttura del reato e la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Valore del limite e ritualità del metodo tracciano l'ambito entro il quale è consentita (*rectius*: tollerata) la funzione punitiva dello Stato. Si tratta di vincoli invisibili, perché autoregolativi. È la giurisdizione il sommo custode del garantismo. Ma la giurisdizione non è solo istituzione. Il giudicante è persona.

Resta sullo sfondo la sua sapienza, tanto necessaria al corretto esercizio dello *ius puniendi*, quanto difficile da definire, trattandosi di una garanzia atipica. Non avendo forma, la sapienza non è suscettibile di descrizione, ma solo di riconoscimento. Sapiente è chi ha il senso del proprio sapere, ossia una concezione riflessiva della conoscenza. Se ne parla poco in dottrina. Se ne discute anche troppo nei corridoi dei tribunali, dove le dicerie sulla sapienza o meno del giudicante sono di casa.

Il diritto sapienziale esalta il ruolo del giudicante, la sua visione del mondo e il suo vissuto. Si parte dall'assunto che un buon giudice sia meglio di una buona legge. Ma nessuno può garantire che lo spazio lasciato al giudice non degeneri in arbitrio. Per questa ragione l'età moderna ha voltato le spalle al diritto sapienziale. Il giudizio dell'uomo sull'uomo non può essere il fugace punto di tangenza tra due solitudini. Da qui l'importanza di una metodologia penalistica condivisa.

2. I criteri di imputazione costituiscono un utile terreno di osservazione della dialettica tra l'approccio sapienziale e quello metodologico. Si consideri, per esempio, l'evoluzione della causalità. In origine l'accertamento del nesso eziologico era fondato sulla comune esperienza. Il processo di eliminazione mentale confermava una derivazione causale già nota in partenza. Lo stesso avveniva in presenza di leggi scientifiche universali. Il giudice era il *dominus* dell'accertamento.

Con l'affermazione della causalità statistica la verifica controfattuale passa nelle mani dell'esperto (perito o consulente). Il giudice, però, si riserva la valutazione dello standard probabilistico ritenuto sufficiente per l'accertamento causale. Si pensi alla giurisprudenza in materia di responsabilità medica, a lungo attestata sulla soglia del 30%¹. Alla Suprema Corte di allora appariva saggio condannare il medico la cui omissione, nel 70% dei casi simili, non influiva sulla produzione dell'evento. La sentenza Franzese ha posto fine a questo orientamento, al prezzo, però, di un'ulteriore espansione del protagonismo valutativo del giudice. A lui compete, anche in presenza di leggi causali con frequenza statistica particolarmente bassa, l'individuazione della spiegazione in concreto più credibile, tra quelle concausali². Per non dire dei casi di scienza incerta. La sentenza Cozzini ha ritenuto di affidare al giudice l'individuazione della spiegazione causale scientificamente più attendibile tra quelle che si contendono il campo³. Il brocardo *iudex peritus peritorum* esprime un paradosso, tutt'altro che apparente. La scelta tra due tesi scientifiche che riscuotono pari consenso nella comunità di appartenenza non può essere sapienziale, perché il giudicante non ha competenza in materia. Nel dubbio non gli resta che dichiarare non provato il reato. Così opina oggi la migliore giurisprudenza applicando il disposto dell'art. 533 c.p.p.⁴. Questa sì che è una saggia conclusione.

E ancora: problematiche simili si ritrovano nella teoria della colpa. Il parametro dell'agente-modello, più metaforico che regolativo, è stato progressivamente marginalizzato. Il fuoco della tipicità si ritiene oggi costituito dalla violazione di cautele modali⁵. Questo approdo è stato codificato nel campo della medicina. La colpa del sanitario non può prescindere dalla violazione di protocolli, linee-guida e *best practices*; parametri, questi, felicemente introdotti dalla legge 24/2017 e malamente riproposti dall'art. 590-*sexies* c.p.⁶. La pretesa sapienza del giudice, però, riaffiora quando le cautele anzidette non risultano adeguate alle specificità del caso concreto. L'imputato sarà giudicato sulla base di un parametro di diligenza creato *a posteriori*.

¹ Per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 1991, n. 371, in *Foro it.*, 1992, II, c. 363.

² Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Ced*, rv. 222138.

³ Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in *Ced*, rv. 248943.

⁴ Per un quadro aggiornato, v. C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 848 s.

⁵ Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in *Ced*, rv. 281997.

⁶ D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, p. 81 s.

Anche in materia di sicurezza sul lavoro la libertà valutativa del giudice recupera l'antico primato sotto forma di colpa generica residuale. L'osservanza di cautele vetuste e inefficaci, ancorché positivizzate, non viene considerata liberatoria, operando l'art. 2087 c.c. come norma di chiusura del sistema antinfortunistico⁷. Conseguentemente l'imputato si trova nelle mani del giudice, che in questo momento storico propende per la tutela.

In breve: il giudizio sapienziale, ossia fondato sul sapere di cui dispone il giudice, cede il passo a quello secondo scienza, in ragione della sua maggiore attendibilità, per riprendersi la scena quando la scienza si fa meno perentoria. Nel giudizio sapienziale, però, si nasconde il ritorno all'*arbitrium iudicis*.

3. Come noto, stante la loro onnicomprensività⁸, i parametri indicati nell'art. 133 c.p. non bastano a guidare il giudice nella commisurazione giudiziale, il cui ambito, peraltro, è sempre più ampio.

Si pensi alla prognosi criminologica della sospensione condizionale. Nel disegno originario del codice penale l'istituto sospensivo poteva concedersi solo a delinquenti primari, autori di reati in concreto non gravi. Calato in un contesto così ristretto, il compito di escludere il pericolo di recidiva attingeva direttamente al sapere e all'esperienza del giudicante, che apparivano sufficienti per stabilire l'occasionalità del reato e la sua scaturigine da circostanze ritenute non ripetibili. Adesso le cose stanno diversamente: l'ambito della pena sospendibile è stato raddoppiato, il beneficio può essere iterato e subordinato a oneri ripristinatori e prescrizioni comportamentali. Gli elementi in possesso del giudice di cognizione consentono scommesse emotivamente fondate, non già autentiche prognosi, ossia ragionevoli anticipazioni del futuro.

Il fenomeno ha una portata più generale. Infatti, con la novella del 1974 il sistema sanzionatorio, rigidamente strutturato dai codificatori, si è disgregato dando vita a molteplici opzioni discrezionali governate dai medesimi parametri elencati nell'art. 133 c.p. Il giudice di cognizione, spesso monocratico, nella solitudine della camera di consiglio bilancia circostanze di ogni genere e specie, procede al cumulo

⁷ Cass. pen., Sez. IV, 10 ottobre 2015, n. 46979, in *De Jure*.

⁸ Si tratta di un rilievo risalente; v. per tutti F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 95 s.

giuridico, ma prima ancora sceglie liberamente la misura della pena tra un minimo e un massimo spesso distanti tra loro.

Non deve meravigliare, per fare ancora un esempio, che le lesioni gravissime dolose possano essere punite con la reclusione che va dal minimo di quattro mesi, sostituibile con pena pecuniaria o condizionalmente sospendibile, al massimo di dodici anni. Non esiste sapere in grado di ricondurre un così ampio potere punitivo entro i confini di un giudizio autenticamente sapienziale. Si continui pure a parlare di discrezionalità in omaggio alla tradizione. Anche in considerazione dei pochi dati conosciuti dal giudicante, limitati al fatto costituente reato, siamo in presenza di un approccio intuizionistico alla commisurazione, ispirato a clemenza o a rigore, ma difficilmente razionalizzabile, e questo spiega perché il sindacato di legittimità in punto di pena sia fortemente depotenziato⁹.

4. La determinatezza della legge penale, quale predicato della fattispecie incriminatrice, incarna un modello di giudizio inteso a contenere la libertà valutativa del giudice, la quale torna ad espandersi in presenza di leggi indeterminate.

Bisogna, tuttavia, distinguere a seconda che il difetto di precisione comprometta l'intero significato della narrazione o ne faccia salva una parte e segnatamente il nucleo centrale.

Con riguardo alla prima casistica, si pensi al delitto di plagio (art. 603 c.p.), non a caso dichiarato illegittimo dalla Consulta con sentenza 96/1981. L'insufficienza descrittiva del fatto vietato era radicale, perché nessuna persona, giudice o scienziato, è in grado di affermare con cognizione di causa quando un soggetto si trova sottoposto all'altrui potere e totalmente assoggettato. Formulazioni di questo tipo aprono inesorabilmente al relativismo valutativo, riassunto nella massima *tot capita, tot sententiae*.

Diversamente deve dirsi per l'indeterminatezza di singoli (per quanto centrali) elementi di fattispecie. Si pensi all'oggetto materiale del reato, come il tipo di sostanza stupefacente o la natura inquinante del rifiuto. Come noto, la nostra legislazione assicura in questi casi la determinatezza della fattispecie attraverso il ricorso a elementi normativi di natura amministrativa. Ove così non fosse, però, la mancata specificazione tecnico-scientifica dell'oggetto materiale potrebbe essere sanata dal giudice in via interpretativa, circoscrivendo la fattispecie ai casi in cui

⁹ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 456.

l'idoneità offensiva (ossia l'efficacia stupefacente o inquinante della sostanza) risulti particolarmente spiccata. Lo stesso accade quando l'indeterminatezza riguarda l'evento del reato, la cui lesività oscilla tra estremi molto distanti. Si pensi allo stato di ansia e di paura nel contesto degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), la cui determinatezza cresce in misura direttamente proporzionale alla sua gravità, e viceversa. Proprio in base a questo tipo di ragionamento la Corte costituzionale, con sentenza 172/2014, ha salvato la fattispecie dalla censura di genericità. La giurisprudenza, però, non sembra averne fatto tesoro. Per l'opinione prevalente, lo stato d'ansia e di paura non è un concetto nosografico¹⁰; conseguentemente il requisito della "gravità" vede evaporare la sua consistenza, rendendosi sufficiente un effetto destabilizzante anche in ragione¹¹.

5. Il diritto penale sapienziale rifiuta l'oggettività garantistica della forma: crede nell'intrinseca razionalità del giudicante professionale. Si tratta di una visione elitaria del diritto. Per questa ragione non può considerarsi sapienziale il verdetto sull'innocenza o la colpevolezza dell'imputato emesso dalle giurie nordamericane. L'estrazione popolare dei giudici non incrementa la razionalità del giudizio, ma aspira a rafforzare la legittimazione dell'esito processuale, per così dire facendola salire dal basso. La giuria, infatti, esprime giudizi dotati di consenso sia esterno (posto che i singoli giurati devono essere accettati da entrambe le parti processuali), sia interno (richiedendosi per la colpevolezza l'unanimità). I giurati valutano le prove in modo non analitico e atomistico, bensì olistico¹², confermando le venature oracolari del loro verdetto¹³.

Diversamente, il processo fondato sul libero convincimento del giudice è espressione di un modello di razionalità, che si completa con l'obbligo della motivazione scritta, ai sensi dell'art. 111, comma 6, Cost.¹⁴. Non conta né l'intima certezza morale del giudicante, né tanto meno il suo punto di vista personale. Il principio del libero convincimento equivale, piuttosto, a una duplice presa di

¹⁰ Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2021, n. 42659, in *De Jure*.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 10 ottobre 2022, n. 7559, in *De Jure*.

¹² M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 65.

¹³ S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, 2010, p. 186.

¹⁴ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 6 s. nonché, più di recente, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 s.

distanza: per un verso, dal sistema della prova legale e, per l'altro, dal verdetto di cui si è parlato. Nella prima ipotesi la motivazione è superflua perché il valore probatorio è implicito nella tipizzazione del mezzo di prova; nella seconda non ha ragion d'essere perché la legittimazione del verdetto emesso dalla giuria sta nella sua "laicità" giuridica, nel suo essere diretta espressione della *vox populi*¹⁵.

Non è questa, però, la scelta del nostro sistema, che affida la prova al giudizio sapienziale. La qualificazione giuridica del fatto, invece, è frutto di un approccio metodologico. Il reato è prima di tutto previsione normativa, ente giuridico, per dirla con Francesco Carrara¹⁶. La sua narrazione, sotto forma di ipotesi, precede la sua esistenza fenomenica.

La ragione è semplice: si vuole evitare che sia il giudice a decidere cosa costituisce reato oppure no. A tal fine la scienza giuridica ha elaborato la categoria della tipicità, quale punto di saldatura tra principio di legalità e teoria del reato. Il testo traccia il perimetro massimo dei significati che può assumere l'enunciato linguistico impositivo del divieto.

La libertà ermeneutica del giudice non viene azzerata, ma soltanto contenuta entro spazi interstiziali irriducibili, perché collegati alla polisemia del linguaggio. Compito del giudice non è scegliere il fatto da assoggettare a pena, ma riconoscerlo nella narrazione legislativa. Al di là del limite formale cessa la funzione valutativa del giudice; al di qua di quel confine, il giudice recupera il suo giudizio sapienziale *in bonam partem*, guidato da categorie sostanziali come l'offensività e la colpevolezza.

Non è un caso, dunque, che la scienza penale moderna abbia posto la tipicità, quale specchio della legalità, alla base della sistematica del reato, dotandola di autonomia funzionale. La violazione della determinatezza, del divieto di analogia e dell'irretroattività non è sanata dalla conoscenza del divieto da parte dell'agente. Si tratta di garanzie che in ogni caso spetta all'ordinamento assicurare. Il rischio che vengano aggirate o indebolite cercando un concorso di colpa del cittadino è inaccettabile. Rispetto alla legalità la colpevolezza resta una garanzia concentrica e aggiuntiva, al pari dell'offensività. Solo il fatto tipico può essere offensivo e colpevole.

6. Nell'attuale frangente storico, l'approccio legalistico, tuttora diffuso, viene considerato inidoneo a fronteggiare la complessità sociale. L'astrattezza della legge e

¹⁵ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 22 s.

¹⁶ *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1874, § 33, p. 45.

la crisi della politica parlamentare spingono a ripensare i meccanismi di produzione del diritto. Anche nel campo penale si auspica un commiato dal formalismo garantistico di derivazione legislativa a vantaggio di un diritto co-prodotto dagli operatori del diritto. Il nuovo che avanza cerca ispirazione nel passato: si guarda all'esperienza giuridica medievale e al diritto elaborato essenzialmente dai giureconsulti, ritenuti sensori affidabili dei bisogni regolativi.

Questa prospettiva, elaborata sul terreno civilistico, mal si adatta, però, al settore penale, che nasce necessariamente nel processo. La funzione regolativa del diritto civile può prescindere all'intervento autoritativo della giurisdizione: officine della prassi e laboratori sapienziali, per usare espressioni riferite all'esperienza medievale¹⁷, non sono solamente l'aula del tribunale, ma anche lo studio professionale legale e quello notarile. Il diritto penale, invece, non può non discendere da un vertice istituzionale. Nella tradizione dell'Europa continentale l'apice è stato-centrico. La subordinazione della giurisdizione al legislatore ha funzione di garanzia, perché pone limiti che le pur necessarie virtù del giudicante non posso oltrepassare.

Si dirà che le condizioni storiche sono mutate e non c'è più ragione di diffidare del giudice professionale, politicamente indipendente e culturalmente attrezzato. Non c'è dubbio che la maggiore garanzia sia la sua attiva partecipazione a un più ampio circuito culturale. In effetti, stante la natura dialogica del diritto, studiosi e operatori formano una comunità di parlanti che favorisce la sedimentazione di visioni comuni, considerate razionali dal pensiero giuridico prevalente. In questo senso il giudicante può dirsi parte della cultura dominante espressa dalla dottrina e tessuta dalla giurisprudenza, come opera collettiva. Difficilmente saranno considerati sapienziali decisioni che si oppongono a questo sapere.

Tutto vero e condivisibile. Non può trascurarsi, però, che il diritto penale vivente non è prodotto da giuristi, ma da giudicanti¹⁸, i soli che alimentano il valore nomofilattico delle loro decisioni, con buona pace della dottrina la cui funzione, tradizionalmente spiccata nei sistemi di *civil law*, si riduce a quella di voce critica.

Per questa ragione la soggezione del giudice alla legge è un principio riduttivo nella formulazione (il diritto non è solo legge) ma condivisibile nel suo precipitato principale: il contenimento del potere giurisdizionale. La sapienza del giudice è una condizione necessaria per un buon diritto, ma non basta.

¹⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 1997, p. 28 s.

¹⁸ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano 1994, p. 299.