

CAPITOLO I
LA RESPONSABILITA' PENALE

Sezione II
INNOVAZIONE

- 1. Legge penale e leggi scientifiche**
- 2. Il metodo scientifico**
- 3. Legge penale e categorie logiche**
- 4. La struttura del reato**
- 5. Il ruolo dei principi costituzionali nella teoria del reato**
 - 5.1 La costruzione del fatto di reato
 - 5.2 L'imputazione del fatto di reato
 - 5.3 La qualificazione del fatto di reato
 - 5.4 Responsabilità penale e principi fondamentali
- 6. L'art. 533, comma 1 c.p.p.**
 - 6.1 La regola *b.a.r.d.*
 - 6.2 Il concetto di verità nel diritto penale
 - 6.3. Il *b.a.r.d.* come regola del rapporto tra diritto penale e scienza
- 7. *B.a.r.d.* e diritto penale sostanziale**
 - 7.1 *B.a.r.d.* e principi fondamentali del diritto penale
 - 7.2 *B.a.r.d.* e teoria del reato
- 8. Conclusioni e piano dell'opera**
- 9. Postilla: la responsabilità da reato degli enti**

1. Legge penale e leggi scientifiche

Pur rappresentando un importante punto di riferimento, le costruzioni cui conducono le impostazioni delle scuole penalistiche tradizionali – siano esse classiche o moderne – meritano di essere superate alla luce di un ripensamento del rapporto tra diritto penale e scienza, ovvero tra norma penale e realtà¹.

Benché sotto questo profilo non vi siano significative divergenze tra gli ordinamenti degli Stati occidentali², quasi a indicare un dato di ordine assoluto, è preferibile – proprio perché trattasi di questione aprioristica, inerente i limiti della potestà legislativa e dell’interpretazione – guardare direttamente all’ordinamento italiano. Talune disposizioni del codice penale sono al riguardo emblematiche.

L’art. 1 stabilisce che *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”*.

L’art. 6 stabilisce che *“Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l’azione o l’omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l’evento che è la conseguenza dell’azione od omissione”*.

L’art. 40, comma 1 stabilisce che *“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l’evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l’esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione”*.

L’art. 42, comma 2 stabilisce che *“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l’ha commesso con dolo [...]”*.

L’art. 43, comma 1 stabilisce che *“Il delitto: è doloso, o secondo l’intenzione, quando l’evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell’azione od omissione e da cui la legge fa dipendere*

¹ Il diritto penale è il sistema normativo più vicino ai problemi universali dell’essere, in quanto non può prescindere dalla considerazione delle strutture ontologiche della realtà umana, che esistono già in rerum natura. Il legislatore, se non vuole tramutare la legge in arbitrio, tradendo elementari esigenze di giustizia materiale, deve recepire e descrivere nelle norme quei dati della realtà che, in quanto immanenti alla vita dell’uomo, preesistono ai concetti giuridici: H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (Naturalismo e filosofia dei valori nel diritto penale)*, Berlin, 1935; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (Diritto naturale e giustizia materiale)*, Göttingen, 1962.

La consapevolezza di questo rapporto, tuttavia, non è mai sfociata in una costruzione del sistema penale organicamente ancorata alle categorie logico-scientifiche. Neppure da parte di quella dottrina le cui premesse sono in tale direzione: il finalismo «sostiene che gli oggetti delle valutazioni giuridiche non debbano essere costruiti normativisticamente, ma debbano essere ricavati dalla realtà; e che, all’interno di un sistema orientato alla teoria delle norme, si debbano rispettare le strutture pregiuridiche della realtà e la logica delle cose che ne risulta» (*Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, Ed. Scientifiche Italiane, a cura di S. MOCCIA); «alla base del finalismo stanno acquisizioni semplici, quali la necessità di rispettare le strutture degli oggetti che preesistono alle discipline giuridiche e quella di sviluppare una dottrina scientifica del diritto penale, che operi mediante deduzioni a partire da principi penalistici fondamentali – diritto penale del fatto, reato come violazione di una norma, principio di colpevolezza, distinzione tra illecito e colpevolezza, etc. – e che vada alla ricerca di soluzioni dottrinarie scientificamente consequenziali, indipendentemente dalle legislazioni nazionali» (S. MOCCIA, *op. cit.*).

² Anzi, quelli di common law, avendo natura casistica, accentuano questo rapporto.

l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; [...]".

L'elenco potrebbe continuare, ma la semplice lettura di queste norme accredita l'idea che il diritto penale è un diritto del fatto (umano).

E' certamente vero che qualsiasi ordinamento ha per oggetto fatti, essendo il diritto uno strumento di regolazione della realtà, ma negli altri ordinamenti (si pensi, ad esempio, a quello civile o amministrativo) la disciplina giuridica del reale avviene tramite l'intermediazione di categorie convenzionali (il negozio giuridico o l'atto amministrativo), che mediano tra il fatto e il diritto, mentre nell'ordinamento penale la corrispondenza è immediata, perché il reato è un'entità di fatto.

Il sistema positivo, sin dall'art. 1 c.p., lo definisce come "*fatto preveduto dalla legge come reato*". Gli artt. 2 e 6 c.p. collocano il reato nelle dimensioni della realtà (rispettivamente tempo e spazio), l'art. 40, comma 1 c.p. ne delinea la struttura facendo riferimento a modificazioni del mondo sensibile, gli artt. 42 e 43 c.p. prevedono come normale la responsabilità dolosa e la definiscono come accadimento previsto e voluto.

Il reato è, dunque, un fenomeno direttamente qualificato dalla legge penale³.

Ciò comporta che il legislatore penale ha dei vincoli nell'individuare e descrivere i fatti penalmente rilevanti, che rinvengono dalle leggi che studiano i fenomeni, cioè le leggi scientifiche⁴, e dai relativi principi (primo tra tutti, come vedremo, quello di causalità). Il problema fondamentale del diritto penale è quello dei presupposti e dei limiti attraverso cui il legislatore può intervenire sulla realtà, che è autorizzato a descrivere in chiave normativa, astraendo il fatto e legandolo al bene giuridico, ma senza alterarla e manipolarla (nell'omicidio il legislatore incrimina "chiunque cagiona la morte di un uomo", cioè un fatto immediatamente percepibile in natura). Il sapere sul mondo – scientifico e tecnico – rappresenta, dunque, un vincolo esterno per il legislatore, ovvero, più precisamente, la rappresentazione del suo oggetto.

L'influenza delle scienze sul diritto penale è stata affermata in talune pronunce giurisprudenziali storiche.

Prima tra tutte quella⁵ che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 603 c.p., che prevedeva il delitto di plagio, eliminato perché non rispondente a un tipo reale, definibile in base a criteri scientifici. Più di

³ Non avrebbe senso una definizione del reato analoga a quella del contratto (art. 1321 c.c. "*il contratto è l'accordo per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*"). Il contratto (o l'atto amministrativo) è categoria giuridica che presuppone la realtà, il reato è forma giuridica della realtà. La differenza si coglie ancor più raffrontando il reato al suo omologo civilistico, cioè l'illecito extracontrattuale. Quest'ultimo, pur avendo presupposto in un fatto, viene descritto dal legislatore attraverso una formula convenzionale («fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, e dai cui derivino danni risarcibili»), che rinvia a concetti puramente giuridici (anzitutto quello atipico di "*danno ingiusto*"; si può allora comprendere qual è la ragione prima della regola di tipicità del reato, che è quella di ancorare rigidamente l'illiceità del fatto a un fenomeno).

⁴ Leggi scientifiche in senso stretto sono quelle elaborate dalle scienze matematiche, fisiche e naturali.

⁵ Corte cost. n. 96 del 1981, v. cap. II, § 7.1 .

recente la sentenza che ha segnato la svolta sul rapporto di causalità, aderendo alla teoria della causalità scientifica⁶.

In dottrina il problema è stato inizialmente ricondotto all'alternativa tra modello soggettivo e modello oggettivo del reato.

Proprio muovendo dalla nozione del reato come fatto umano, le scuole che hanno privilegiato l'aspetto soggettivo, ponendo al centro dell'analisi non il fatto ma l'autore, sono ampiamente ricorse alle scienze umane, quali l'antropologia, la sociologia e la psicologia criminale.

Come visto nella sezione precedente hanno, però, prevalso le scuole che assegnano il primato nello studio del reato all'aspetto oggettivo. Ciò ha inevitabilmente spostato l'attenzione sul ruolo che le leggi scientifiche hanno nel diritto penale, con elaborazioni degne di nota⁷, ma limitate ad applicazioni su singoli istituti.

Nell'impostazione che si intende seguire le categorie scientifiche rivestono un ruolo di ordine generale⁸, atteso che l'ordinamento giuridico rappresenta la forma razionale più avanzata di regolamentazione dei comportamenti umani. In diritto penale i precetti si esprimono attraverso norme di divieto (reati di azione) o di comando (reati di omissione), che limitano l'individuo, esponendolo in caso di inosservanza a sanzioni privative della libertà personale. In tale operazione il diritto penale non può che fondarsi sulle leggi più alte della conoscenza, tenendo ai margini quelle che si forgiavano nel circuito delle scienze umane⁹.

L'opzione in favore delle scienze esatte non risolve da sola il problema del rapporto tra diritto e scienza, non essendo accettabile la pura ricezione nell'ordinamento giuridico delle leggi scientifiche, sia perché il diritto ha una funzione autonoma, sia perché le stesse leggi scientifiche non possono godere di uno statuto di immutabile certezza.

Sotto il primo profilo a ricordarlo è una sentenza della Corte costituzionale, che ha ritenuto conforme al principio di ragionevolezza la distinzione tra ubriachezza abituale (art. 94 c.p.: circostanza aggravante del reato) e cronica (art. 95 c.p.: causa di non imputabilità o circostanza attenuante del reato), pur in assenza di univocità nella comunità scientifica in ordine alla differenza tra le due situazioni, in cui peraltro si accredita il legame tra diritto e scienza¹⁰.

Emblematico un passaggio della motivazione: «Questa Corte non intende certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di

⁶ Cass. S.U. 11 settembre 2002 n. 30328, Franzese.

⁷ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

⁸ Non solo, dunque, le singole leggi scientifiche, ma anche i principi ed il metodo scientifico.

⁹ Il legislatore ha fatto una precisa scelta in favore dell'indagine scientifica sul fatto con l'art. 220, comma 2 c.p.p. («Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»), escludendo la cd. perizia criminologica.

¹⁰ Corte cost. n. 114 del 1998.

altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire. *Nella materia del diritto penale, anzi, questo specifico riscontro di costituzionalità deve essere compiuto con particolare rigore*, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività. E tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice».

La Consulta prende atto dell'esistenza di contrasti in medicina circa l'esatta identificazione dei due concetti, ma osserva che, ad onta delle incertezze espresse nella dottrina medico-legale e delle richieste di innovazioni legislative fortemente presenti nella dottrina penalistica, la giurisprudenza ordinaria, segnatamente la giurisprudenza di legittimità, si è attestata da alcuni decenni e senza apprezzabili divergenze su una interpretazione che si presenta con caratteri di certezza e di uniformità nella identificazione dei requisiti della cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti. Secondo tale giurisprudenza, per potersi correttamente invocare lo stato di intossicazione cronica occorre una alterazione non transitoria dell'equilibrio biochimico del soggetto tale da determinare un vero e proprio stato patologico psicofisico dell'imputato e, dunque, una corrispondente e non transitoria alterazione dei processi intellettivi e volitivi.

Ne consegue che «l'accertamento dell'imputabilità vien fatto ruotare in ogni caso attorno ad un concetto di "infermità" necessariamente riconducibile, sul piano gnoseologico, ai mutevoli contributi dell'esperienza clinica, *cercando in tal modo di dissolvere proprio quei rischi di aperta contraddizione tra scienza e norma* sui quali il giudice a quo ha fondato le proprie censure».

La conclusione mette in luce come l'esigenza di distinguere ubriachezza abituale e cronica risiede in un principio fondamentale del diritto penale, che plasma – non oltre il punto limite di soluzioni avulse dalla leggi scientifiche – le categorie della realtà: «Dove, dunque, alla cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti si fa ancora uno spazio autonomo, non identificandola necessariamente con l'infermità (o semi-infermità) mentale, ma ad esse parificandola sotto il segno dell'assenza o della diminuzione della imputabilità, e dunque della colpevolezza. Ed è proprio in questa opportunità di riaffermare anche nei casi in esame – a prescindere da ogni legittima discussione scientifica sulla esatta nozione dell'infermità mentale e del ricorso che a questa nozione ritiene di fare la giurisprudenza ordinaria – il superiore valore del principio di colpevolezza che deve individuarsi la non irragionevolezza della disposizione di cui all'art. 95 del codice penale. *È infatti, in ultima analisi, il riferimento alla colpevolezza o meno del soggetto*

quello che deve permettere di distinguere, dal punto di vista della volontà del legislatore e per le conseguenze dalla legge previste, la intossicazione acuta da quella cronica: colpevole quella acuta, sia pure dandosi spazio a tutti i trattamenti di recupero e agli altri provvedimenti ritenuti adeguati sul piano dell'applicazione e dell'esecuzione delle pene; incolpevole, o meno colpevole, quella cronica, sia pure attraverso il passaggio, nell'ipotesi della pena soltanto diminuita, per la discussa e discutibile figura della semi-imputabilità».

Non sfugga come la prudenza della Corte nell'evocare il vincolo che deriva dalle leggi scientifiche attenga ad un'area della conoscenza in cui si è al limite delle scienze esatte, essendo la questione dell'ubriachezza come aggravante del reato o, al contrario, causa di incapacità d'intendere o di volere, al confine tra la medicina e la psichiatria.

Ma anche le scienze esatte si mostrano fallaci.

A tal ultimo riguardo la storia della scienza appare come un «cimitero di errori», il che vale non solo per la cd. "scienza spazzatura"¹¹, ma anche per la "buona scienza"¹².

Di fronte all'incertezza del sapere scientifico, pur dotato del massimo grado di oggettività attingibile dalla conoscenza umana, si impone l'identificazione di una regola che consenta al legislatore ed all'interprete di assumere le leggi scientifiche come fondamento degli istituti giuridici e della loro applicazione: è il problema della costruzione giuridica dell'ipotesi scientifica¹³.

La soluzione di tale problema implica la risposta a un duplice quesito, relativo all'identificazione del metodo scientifico (che investe lo stesso concetto di scienza) e dello *standard* epistemologico chiamati ad operare nell'ordinamento giuridico. E' chiara la relazione tra i due punti, destinati a influenzarsi reciprocamente, atteso che dallo statuto scientifico disponibile dipende l'opzione dell'ordinamento giuridico e, per converso, la scelta di valore del legislatore orienta l'adozione di uno dei metodi scientifici proponibili. D'altra parte, inevitabilmente essere e dover essere si configurano interconnessi, perché la norma – regola giuridica del reale – non può che tener conto di ciò che il reale è, secondo le leggi che ne descrivono l'intimo svolgimento, cioè le leggi di natura.

Conviene, allora, muovere dal dominio scientifico, mentre il secondo punto potrà essere esaminato solo dopo aver impostato la teoria del reato, per la ragione che tra breve si indicherà.

¹¹ L'ultimo secolo è pieno di studi scientifici pubblicati e subito dimenticati, fondati su mere congetture o, addirittura, su veri e propri errori.

¹² Spesso teorie scientifiche costruite con rigore ed accreditate dalla comunità sono falsificate da ricerche successive, fondate su strumenti e conoscenze all'epoca non disponibili.

¹³ F. STELLA "Giustizia e Modernità", 2002, Milano, cap. V; cui si fa riferimento nel testo.

2. Il metodo scientifico

Benché il problema del metodo scientifico risalga agli albori della storia del pensiero, occupando un posto importante già nelle le opere dei filosofi greci, la sua introduzione si deve a Galileo Galilei, il quale sancì la combinazione tra l'aspetto sperimentale e quello teorico: né uno né l'altro sono preponderanti, poiché fa parte del metodo scientifico che un modello teorico spieghi un'osservazione sperimentale ed anticipi future osservazioni.

Tuttavia nel '700 e nell'800 ricevette grande sviluppo il metodo induttivo, in cui osservazione ed esperimento assumono un ruolo prioritario, che divenne ben presto il metodo dominante nella fisica classica.

Fu Albert Einstein a rilanciare il metodo, di origine aristotelica, ipotetico-deduttivo, facendo precedere l'esperimento dall'elaborazione "a tavolino" di una teoria scientifica, nata come ipotesi grazie a ragionamenti intuitivi e dimostrata con strumenti puramente matematici.

Nel '900 l'antagonismo tra le due concezioni fu centrale nelle opere dei filosofi della scienza, in particolare a due di loro si deve la fissazione compiuta delle rispettive posizioni.

Il neopositivismo (Hempel) adotta il metodo induttivo, accettando le ipotesi scientifiche che presentino un alto grado di conferma sperimentale: la validità dell'ipotesi esplicativa dipende dal numero dei casi – appartenenti alla classe di fenomeni che è deputata a regolare – in cui trova efficiente impiego. L'induzione viene utilizzata come strumento di verifica dell'ipotesi, piuttosto che come tecnica di scoperta scientifica.

Il procedimento scientifico elaborato dalla concezione neo-positivista si articola in sei fasi:

1. osservazione¹⁴;
2. esperimento¹⁵;
3. correlazione fra le misure¹⁶;
4. definizione di un modello fisico¹⁷;
5. elaborazione di un modello matematico¹⁸;
6. formalizzazione della teoria¹⁹.

¹⁴ Identificazione delle le caratteristiche del fenomeno osservato, effettuando delle misurazioni adeguate, con metodi esattamente riproducibili.

¹⁵ Simulazione programmata dall'osservatore, che perturba il sistema e misura le risposte alle perturbazioni

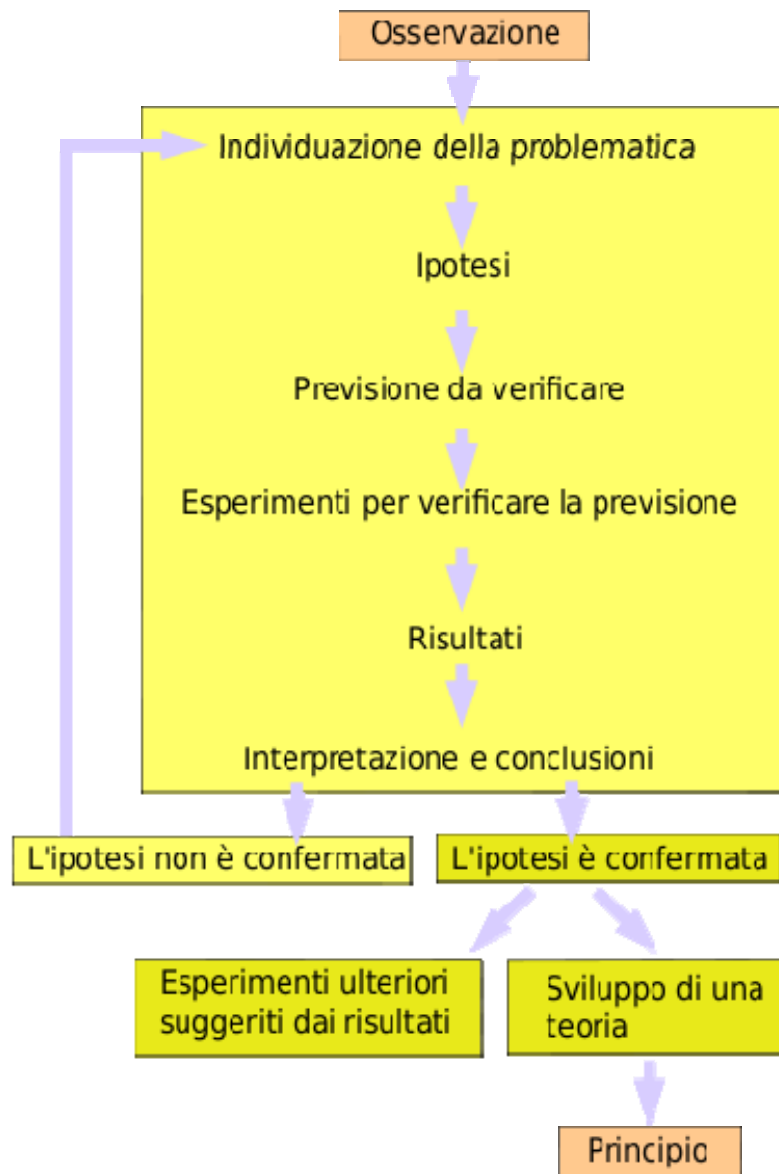
¹⁶ Rappresentazione dei dati attraverso una funzione che li mette in correlazione e li manipola (costruzione di un grafico, trasformazione logaritmica, calcolo della media, interpolazione tra i punti sperimentali, utilizzando i metodi della statistica descrittiva).

¹⁷ Elaborazione di un modello empirico con elementi di cui si conosce il funzionamento e che si suppone possano descrivere il comportamento complessivo del fenomeno studiato.

¹⁸ Elaborazione di un modello teorico costituito da più elementi concatenati, ognuno dei quali è descritto da un'equazione e caratterizzato dai parametri che entrano in tale equazione. Il modello deve essere validato con una fase di verifica attraverso un numero adeguato di dati sperimentali.

¹⁹ Definizione di una legge che esprime l'andamento del fenomeno studiato. La legge è un modello teorico complesso, formato insieme interconnesso di ipotesi, enunciati e proposizioni esplicative.

Il ciclo conoscitivo che approda allo sviluppo della teoria ed alla formulazione di un principio che la sintetizzi può essere schematizzato come segue.



Il falsificazionismo (Popper) critica il metodo induttivo, negandone qualsiasi competenza sul piano logico, atteso che la somma dei particolari non può mai fondare un'asserzione universale. Ogni ipotesi è provvisoria, perché può essere smentita e la sua conferma avviene non per verifica, ma per fallimenti di confutazione. In assenza di falsificazioni una teoria scientifica gode di una provvisoria validità e può essere utilizzata. Per converso un'ipotesi che non sia suscettibile di essere falsificata non è, per definizione, scientifica.

Per il metodo deduttivo il procedimento scientifico si articola in quattro fasi:

1. formulazione di un'ipotesi;
2. deduzione delle conseguenze, prevedendo gli eventi che in base ad essa devono verificarsi;

3. osservazione, tramite esperimenti, se si produce l'evento previsto;
4. se l'evento si produce la teoria non è confermata, semplicemente non è stata smentita e possiamo accettarla provvisoriamente.

Come si nota entrambe le concezioni adottano il metodo sperimentale, ma la prima pone l'esperimento all'inizio del ciclo conoscitivo, subito dopo l'osservazione, la seconda lo pone alla fine.

L'identificazione del metodo scientifico accettabile dall'ordinamento giuridico non postula necessariamente una scelta tra la concezione neopositivista e quella falsificazionista, trattandosi di prospettive che, per quanto muovano da premesse antitetiche, non sono incompatibili.

Nella scienza giuridica ha rappresentato un punto fermo a lungo il criterio elaborato nel 1923 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nella sentenza riguardante il caso di omicidio *Frye v. US*, in cui venne stabilito il principio secondo cui «i dati su cui si basa la deduzione devono avere raggiunto un tale giudizio di consenso da essere generalmente accettati nello specifico campo scientifico» (cd. regola di Frye). Da quel momento veniva formalizzata una certa dipendenza della giurisprudenza dalla scienza e dalle sue decisioni sul sapere scientifico utilizzabile. In seguito a tale sentenza venne rifiutata la richiesta dell'imputato di utilizzo della macchina della verità (strumento di analisi della pressione arteriosa che sarebbe in grado di rilevare se il soggetto in analisi sta dicendo la verità o meno) per provare la sua innocenza.

Solo settanta anni dopo la giurisprudenza americana ha modificato la regola di Frye, con una sentenza che costituisce una pietra miliare nell'evoluzione del rapporto tra diritto e scienza²⁰.

Questi i principi fissati in tale sentenza:

- «per essere qualificata come conoscenza scientifica un'inferenza o asserzione deve essere tratta dal metodo scientifico»;
- «una domanda chiave cui rispondere quando si intende stabilire se una teoria o una tecnica sia una conoscenza scientificamente affidabile, è se essa possa essere (e sia stata) testata». La moderna metodologia scientifica «si basa sulla formulazione di ipotesi e sul controllo delle stesse, per vedere se possano essere falsificate; ed effettivamente questa metodologia è ciò che distingue la scienza dalle altre discipline della ricerca umana (si veda anche C. Hempel, *Philosophy of Natural Science*, 1966: «le affermazioni che costituiscono una spiegazione scientifica devono essere suscettibili di una verifica empirica»; K. Popper, *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific*

²⁰ Corte Suprema Federale, *In Re Daubert*, 1993, pronunciata in una causa civile di risarcimento del danno per le malformazioni di cui erano affetti dalla nascita due minori, la cui madre aveva assunto durante la gravidanza un farmaco (il Bendectin) sospettato di effetti teratogeni. La sentenza di rigetto della domanda è stata confermata dalla Corte federale in applicazione dei principi richiamati nel testo.

Knowledge, 1989: “il criterio dello status scientifico di una teoria è la sua falsificabilità o confutabilità, o controllabilità”»);

- «l'accettazione generale può avere un peso nell'indagine. Una valutazione di affidabilità consente, anche se non richiede, l'esplicita identificazione di una comunità scientifica rilevante e una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di una comunità scientifica rilevante ed una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di quella comunità»;

- «nel caso di una particolare tecnica scientifica, le Corti debbono considerare il tasso noto o potenziale di errore [...] e resistenza, e provvedere all'applicazione costante di standards di controllo dell'efficacia della tecnica»;

- «le conclusioni scientifiche sono soggette a continua revisione [...]. Riconosciamo al giudice il ruolo di custode».

La premessa da cui muove la Corte Suprema è proprio quella che rende complesso il problema del rapporto tra diritto e scienza, cioè l'assenza di certezze nel sapere scientifico, per cui un'ipotesi scientifica accreditata in un certo periodo storico e posta alla base di decisioni giurisdizionali, anche definitive, può in seguito essere smentita.

Per ridurre al minimo possibile il rischio di una sentenza ingiusta si deve ricorrere al procedimento di conferma e falsificazione. Sono, dunque, contemporaneamente adottati i metodi di controllo dell'ipotesi scientifica propugnati da Hempel e Popper (espressamente citati), essendo richiesta sia la conferma empirica, sia quella logica.

A questo procedimento la Corte federale degli Stati Uniti d'America aggiunge il criterio tradizionale del consenso generale, cioè il riferimento a conoscenze scientifiche che, per quanto provvisorie, nondimeno hanno assunto un valore paradigmatico, essendo universalmente riconosciute dalla comunità scientifica²¹.

Nella epistemologia contemporanea, oltre al metodo scientifico ed al criterio dell'evidenza empirica, sono stati elaborati una serie di indici della scientificità di una teoria:

- parsimonia, cioè l'utilizzo del minor numero di ipotesi per spiegare un fenomeno (riprende la teoria del rasoio di Occam);
- consistenza, cioè la mancanza di contraddizioni logiche e la capacità di spiegare anche i fenomeni precedentemente osservati e spiegati in altro modo;
- pertinenza, cioè la capacità di spiegare il fenomeno osservato;

²¹ E' la concezione di KUHN, che, in dissonanza da POPPER, ritiene che la ricerca scientifica raggiunga un grado relativo di stabilità, fissato nel concetto di “scienza normale”, cioè «una ricerca stabilmente fondata su uno o più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore».

- riproducibilità, cioè la capacità di fare previsioni che possano essere testate da ogni osservatore, anche in un futuro indefinito;
- modificabilità e dinamicità, cioè la possibilità di essere modificata in seguito a nuove osservazioni;
- l'assunzione che le precedenti teorie siano approssimazioni, e la possibilità che lo stesso sia detto da una futura teoria;
- l'incertezza di tale teoria, che dunque non assume un valore di verità assoluta, come sono quelle veicolate dalle dottrine dogmatiche.

Alcuni di questi criteri talvolta compaiono nella giurisprudenza americana, più spesso sono assorbiti nella regola *Daubert* od ignorati.

L'implementazione nel sistema penale di questa ricostruzione del metodo scientifico dipende dalla risposta al secondo quesito in cui si articola il problema del rapporto tra diritto e scienza.

Nel dominio giuridico esistono due fondamentali modelli: “più probabile che non” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Benché il diritto, a differenza della scienza, non abbia carattere globalizzato, questi due modelli di regolazione sono comuni alla maggior parte degli ordinamenti degli Stati democratici, esprimendo i paradigmi utilizzabili nel processo per una decisione razionale.

La scelta tra uno dei due dipende dal formato del dominio giuridico interessato, sicché per rispondere al quesito in materia penale occorre preliminarmente definire la cornice della responsabilità in questo settore e, dunque, tornare alla teoria del reato.

Le concezioni analitiche – in cui si articola il metodo oggettivo di studio del diritto penale – hanno il pregio di trattare il reato come entità ideale, ma l'indagine è di tipo elementare e basata esclusivamente su categorie del dominio giuridico. La teoria bipartita e quella tripartita fanno riferimento ad «elementi», che consistono in strutture giuridiche, in cui la definizione normativa prevale sulla realtà che ne costituisce oggetto²².

Se, invece, si vuole studiare il reato come ente razionale, non si può prescindere dalle categorie logico-scientifiche e, dunque, occorre da un lato esaminare come il fatto è contemplato dalla norma penale secondo i modelli della logica formale, dall'altro individuare la sua struttura in base ai principi scientifici.

3. Legge penale e categorie logiche

²² Ciò è più evidente per la concezione tripartita, che studia il reato doloso e colposo diversamente (come se potessero esistere fatti naturali classificabili separatamente) e lo considera alla luce di qualificazioni puramente normative (antigiuridicità e colpevolezza); ma vale anche per la concezione bipartita, che scompone il reato in due elementi figurativi ed astratti (elemento oggettivo e soggettivo).

Il primo passaggio di un approccio più avanzato al sistema penale è, dunque, la costruzione del reato sulla base dei modelli della logica formale²³.

I fatti giuridicamente rilevanti vengono regolati da norme la cui definizione – e interpretazione – rinvia a leggi che rappresentano la migliore scienza ed esperienza del momento storico. Il diritto è una scienza sociale, ma gli strumenti di cui si avvale sono di tipo logico, in quanto “modelli di conoscenza”. Il modello nelle discipline empiriche significa rappresentazione astratta (spesso formalizzata) di fenomeni concreti.

Nella logica classica è utilizzato il sillogismo, che è la struttura del ragionamento basata sulla inferenza²⁴.

inferenza

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato

La premessa minore è il caso che si verifica nella realtà, la premessa maggiore è la regola di copertura ovvero la legge che consente di disciplinare il caso, la conclusione è un'affermazione intorno al caso.

Quattro sono le specie di inferenze: deduzione, induzione, abduzione, analogia²⁵. Della deduzione esistono due forme: rigorosa²⁶ e approssimata²⁷.

deduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Nota	Nota	Ignoto

induzione

²³ La logica formale è una disciplina matematica per la rappresentazione della conoscenza, che consente di analizzare le definizioni (proposizioni o enunciati, cioè affermazioni di cui si possa dire, oggettivamente, che sono vere o false). Tali definizioni possono avere ad oggetto fatti o leggi.

²⁴ L'inferenza è un procedimento razionale che da un insieme di fatti (dati che accuratamente rappresentano specifiche proprietà del dominio) e di leggi (regole formali che rappresentano la dinamica del dominio) fa conseguire nuovi fatti e nuove regole.

²⁵ Deduzione ed abduzione servono per definire fatti (rispettivamente muovendo dalla causa all'effetto, ovvero dall'effetto alla causa), l'induzione e l'analogia per creare regole (rispettivamente per generalizzazioni di fenomeni costanti e per traslazione di regole già esistenti ad un caso in esse non previsto, ma simile a quelli da esse previsto).

²⁶ Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere universale, come nel noto sillogismo aristotelico: (se è vero che) tutti gli uomini sono mortali e Socrate è uomo allora (è vero che) Socrate è mortale.

²⁷ Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere relativo (i fumatori sono soggetti ad ammalarsi di cancro, Tizio fuma, è possibile che Tizio si ammali di cancro).

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Nota	Ignota	Nota

abduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Ignoto	Nota	Nota

L'ordinamento giuridico – inteso come insieme di norme positive – è costituito prevalentemente da inferenze deduttive²⁸, essendo sua essenziale funzione costruire regole di condotta, per cui occorre identificare con certezza quando a un determinato fatto segua un effetto²⁹. La deduzione, infatti, ha natura predittiva, serve cioè ad individuare le conseguenze di un fatto sulla base di leggi di copertura, che nel dominio del diritto sono le norme giuridiche. Dal tipo di legge di copertura – cioè di norma giuridica – che viene in rilievo dipende se la deduzione è rigorosa (norma del I tipo³⁰) o approssimata (norme del II o del III tipo³¹).

Se la legislazione fa uso generalizzato di modelli deduttivi, la giurisdizione utilizza modelli deduttivi per il giudizio di diritto, che ha per oggetto l'interpretazione della fattispecie normativa³², modelli abduttivi per il giudizio di fatto, che ha per oggetto l'accertamento del fatto concreto³³.

In materia penale, per i valori in gioco, le norme hanno sempre natura deduttiva³⁴.

²⁸ Assai più raro l'uso dell'inferenza abduttiva, costituito dalle cd. presunzioni legali, e dell'analogia, che si impiega solo per colmare eventuali lacune.

²⁹ Le norme precettive hanno una struttura condizionalistica, incardinata sulla formula *se x allora y*, dove al verificarsi dei presupposti di fatto x (premessa minore) la norma (premessa maggiore) fa derivare come necessaria conseguenza l'effetto giuridico y (conclusione). Tali norme sono ricorrenti nel diritto civile e fanno leva sul principio di causalità normativa.

³⁰ Disposizioni di contenuto determinato, costruite tramite il ricorso a elementi descrittivi o analitici, interpretabili mediante un semplice procedimento logico di sussunzione (autoesplicative).

³¹ Disposizioni di contenuto determinabile, costruito tramite il ricorso ad elementi normativi o sintetici, richiedenti all'interprete un contributo di sapere specialistico (eteroesplicative), ovvero ad elementi vaghi, in cui l'interprete è tenuto a formulare un giudizio di valore (elastiche).

³² Le norme giuridiche costituiscono proposizioni formali, i cui simboli (il linguaggio) esprimono un contenuto desunto dalla migliore scienza ed esperienza del momento storico. L'interpretazione avviene *ex ante*, sulla base del significato dei simboli.

³³ I fatti sono accadimenti, naturali o umani, comunque, fenomeni. Di essi non si hanno simboli, ma segni storici, cioè tracce. La ricostruzione avviene *ex post*, sulla base del significato probabilistico di questi segni rispetto al fatto da accertare. Cass. I sez. penale 31456/08: «E', inoltre, nozione acquisita che per passare dal fatto noto (ovvero probatoriamente accertato) a quello ignoto (*thema probandum*), il giudice fa, più o meno consapevolmente, uso di particolari regole-ponte, tale da consentirgli di mettere in relazione i due fatti e di risalire da quello noto a quello ignoto; tale mediazione può essere assicurata da una c.d. regola di esperienza, legittimata dal patrimonio conoscitivo derivante dal senso comune e ricavata dall'osservazione ripetuta di casi simili, denotanti la costante ripetizione di un certo fenomeno in presenza di determinate condizioni, ovvero da una legge scientifica, di valenza universale o semplicemente statistica, od, ancora, da una legge appartenente alla logica, che presiede ed orienta i percorsi mentali della razionalità umana».

Lo schema della responsabilità penale è norma-fatto-effetto. Poiché la produzione dell'effetto giuridico presuppone la qualificazione di un episodio storico da parte di una norma giuridica, le norme destinate a generare rapporti giuridici prevedono fatti e, al loro verificarsi nella realtà, ricollegano la produzione di effetti giuridici.

La responsabilità penale

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto	Norma	Effetto

La norma di legge determina direttamente la disciplina del caso, identificando gli effetti giuridici che si ricollegano a determinati fatti. Caratteristica di questo schema è che l'effetto giuridico è automatica conseguenza del verificarsi del fatto³⁵.

La certezza dell'effetto riposa sulla validità delle premesse. A livello della fattispecie astratta, che è quella che interessa nello studio del reato³⁶, rileva la premessa maggiore, cioè la norma, poiché la premessa minore altro non è che il fatto in essa descritto (o, meglio, il fatto in quanto corrispondente alla descrizione che ne fa la norma)³⁷.

La norma penale, allora, deve identificare con chiarezza il fatto tipico, garantendo la corrispondenza tra realtà e ordinamento giuridico, così che l'interprete (e, primo tra tutti, il cittadino) non abbia dubbi su quali siano i fatti che, ove commessi, implicano responsabilità penale.

Nell'analisi logica della fattispecie penale entra così il concetto di legge di "copertura", tradizionalmente utilizzato per indicare la legge che spiega la relazione causale tra condotta ed evento, ma che rileva in un significato ben più pregnante: è la legge che "copre" la norma penale, cioè la legge della conoscenza preesistente all'ordinamento penale ed a cui il

³⁴ Sono eccezionali quelle disposizioni che, come l'art. 73 del T.U. sugli stupefacenti, individuano uno degli elementi costitutivi del reato – nell'esempio fatto la destinazione ad uso non esclusivamente personale della sostanza – attraverso parametri presuntivi. Quanto all'analogia, in materia penale essa è vietata per le disposizioni incriminative.

³⁵ Meccanismo che costituisce un corollario del principio di causalità normativa. La causalità normativa è il rapporto interno alle norme giuridiche precettive, che hanno una struttura condizionalistica in forza della quale al verificarsi di determinati presupposti si verificano gli effetti previsti dalla norma (se → allora). Può dirsi, cioè, che le norme giuridiche si atteggiavano, su un piano formale, come leggi universali, in quanto imperative, statuendo un nesso infettibile tra il caso e il risultato.

³⁶ La situazione concreta, invece, interessa il giudice, che è chiamato ad accertare se e come il reato si è verificato. Le tecniche di accertamento del fatto, tuttavia, hanno un risvolto anche sul piano sostanziale, come vedremo successivamente.

³⁷ La fattispecie legale è, propriamente, la «figura del fatto». La fattispecie legale contiene, dunque, fatto e diritto, cioè il fatto in quanto tipo normativo. Occorre, tuttavia, precisare che del concetto di fatto tipico in diritto penale esistono due significati: uno logico-normativo, che lo fa coincidere con l'intera fattispecie astratta del reato; l'altro teorico-dogmatico, per cui esso si identifica con la porzione di fatto della descrizione normativa. Nell'analisi della forma logica della fattispecie penale si fa riferimento al primo significato, nell'analisi della struttura del reato si fa riferimento al secondo. La fattispecie concreta, invece, è il fatto storico, che la norma assume come presupposto reale per la produzione degli effetti giuridici.

legislatore ricorre per identificare e definire la realtà che ne forma oggetto³⁸. Più prosaicamente è la legge sottesa alla regola giuridica.

L'ordinamento penale può avvalersi di leggi scientifiche o sociali.

Allorquando la norma penale è elaborata sulla base di leggi scientifiche il rapporto tra fattispecie normativa e realtà è ben delineato, così che il fatto incriminato trova immediata corrispondenza nella realtà, essendovi tendenziale coincidenza tra norma giuridica e legge di natura. Il legislatore si avvale di concetti definibili scientificamente per la previsione di reati strettamente naturalistici, cioè di reati in cui il tipo legale è un calco di fatti accaduti nel regno della natura (es. l'omicidio). In tali tipologie di reato la previsione legislativa e, conseguentemente, la sua interpretazione (giudizio di diritto) è una deduzione perfetta.

Allorquando le regole giuridiche non sono elaborate sulla base di leggi scientifiche, ma di concetti in tutto o in parte desunti da altre discipline, la previsione legislativa è una deduzione approssimata. Si tratta di ipotesi inquadrare nei c.d. elementi normativi della fattispecie penale, la cui elaborazione risale alla dottrina tedesca, ma è stata oggetto di analisi anche nella dottrina italiana. Sono definiti elementi normativi quei dati della fattispecie penale che possono essere compresi solo facendo riferimento ad una norma (penale, extrapenale, etica o sociale) diversa da quella in cui sono contenuti. L'eterogeneità dei concetti normativi si riflette nella difficoltà di classificarli in base a criteri unitari. Una soluzione coerente è quella di guardare alla natura del fatto incriminato ed al ruolo che vi svolge l'elemento normativo, in base alla legge di copertura impiegata dalla norma incriminatrice, per cui esistono:

- a) reati naturalistici in cui una componente del fatto tipico è definita mediante rinvio solo parziale a leggi scientifiche (es. delitto di atti sessuali violenti³⁹), o mediante rinvio a leggi giuridiche (es. furto con riferimento alla nozione di impossessamento della cosa mobile altrui⁴⁰), o a *standard* sociali (es. delitto di atti osceni in luogo pubblico⁴¹);
- b) reati tecnici, in cui il fatto tipico è definito con concetti desunti da discipline specialistiche o da altri ordinamenti giuridici, in cui la corrispondenza tra realtà e ordinamento è mediata (es. delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione⁴²).

³⁸ Cap. V, sez. I, § 2.

³⁹ Se la nozione di "atti sessuali" fosse definita soltanto sulla base dell'anatomia – nel senso che atto sessuale fosse solo quello che coinvolge organi dell'apparato riproduttivo – la legge scientifica si comporterebbe come una legge esatta, ma tale formula è assunta in un significato più ampio, che spetta al giudice integrare. Analogamente deve dirsi per il concetto di "violenza", che non include solo gli atti che integrano una coazione fisica.

⁴⁰ Il furto è un reato chiaramente naturalistico, incriminando la condotta di apprensione materiale di un cosa, ma contiene elementi normativi, quale il concetto di bene "mobile altrui".

⁴¹ La nozione di "atti osceni" è variabile nel tempo e nello spazio, i suoi codici di identificazione sono essenzialmente affidati alla morale pubblica.

⁴² Molti dei concetti utilizzati in tale settore del diritto penale – ad iniziare dalle qualifica soggettive, cioè pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio – pur avendo, ovviamente, un substrato naturalistico, sono definibili solo tramite il riferimento a definizioni ed a categorie puramente giuridiche.

In entrambe le ipotesi la deduzione è approssimata, perché la regola (la premessa maggiore del sillogismo) è costruita con riferimento a leggi non dotate di validità universale.

4. La struttura del reato

Analizzando il reato nella sua unità di fatto e diritto, cioè di fenomeno che si produce in base a leggi scientifiche ed è qualificato dalla norma penale, emerge nitidamente come il cd. fatto tipico (che per la concezione tripartita costituisce un singolo elemento del reato, per la concezione bipartita si scinde in requisito oggettivo e soggettivo, esaurendo la struttura del reato) sia costituito dalla modificazione della realtà prodotta da (o, meglio, con il concorso di) un essere umano, come descritta dalla norma penale: il cd. « fatto tipico », cioè la descrizione legale del reale⁴³.

Al fatto tipico restano estranei sia il rapporto di causalità, sia l'elemento soggettivo: entrambi non sono componenti del fatto, ma, piuttosto, ciò che lega il fatto al soggetto (cioè alla sua azione), rispettivamente sul piano oggettivo e soggettivo. Questa, oltre ad essere un'evidenza scientifica, è un'evidenza normativa: l'art. 40 c.p. stabilisce che *“nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione”*; l'art. 42 c.p. stabilisce che *“nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se non l'ha commesso con dolo [...]”*. In entrambe le disposizioni, sia pure con diversa tecnica, il legislatore distingue il fatto dall'imputazione – materiale e psicologica – a chi l'ha commesso⁴⁴.

Resta fermo, appunto, che l'accadimento lesivo contemplato dalla norma incriminatrice può generare la responsabilità penale per un soggetto solo se allo stesso imputabile. Occorre, inoltre, che il fatto illecito per la singola norma e imputabile ad un soggetto sia qualificato negativamente dall'intero ordinamento. Sia l'imputazione del fatto che la qualificazione operano a un duplice livello, oggettivo e soggettivo.

Ne consegue che gli elementi del reato sono:

- 1) il fatto tipico;
- 2) l'imputazione oggettiva;
- 3) l'imputazione soggettiva;
- 4) la qualificazione oggettiva;

⁴³ Cap. V, sez. I e cap. IX, in cui si approfondisce la distinzione tra fatto e fattispecie, nonché la diversa accezione che il concetto di fatto tipico può avere e quella in cui viene impiegata nella teoria del reato che si sta costruendo, anticipata *ante nota* 57.

⁴⁴ Nell'art. 40 c.p. – come nell'art. 43 c.p. – il fatto di reato viene identificato nell'evento, in quanto collegato all'azione od omissione di taluno. La causalità non è né l'uno, né l'altro, ma ne costituisce il criterio di collegamento. L'art. 42 c.p. è esplicitamente formulato in modo da distinguere il fatto di reato, dal coefficiente soggettivo con cui è stato commesso.

5) la qualificazione soggettiva.

Il fatto è dominio delle leggi scientifiche, con le precisazioni accennate per quanto attiene ai reati non strettamente naturalistici. Giuridicamente il fatto è costituito dal soggetto⁴⁵, dalla condotta e dall'evento, ma ciascuna di queste categorie giuridiche è definibile sulla base delle leggi della natura⁴⁶. In questa fase l'opera di qualificazione del fatto, indispensabile perché un'entità reale acquisti forma giuridica, si esaurisce in un procedimento logico di mera sussunzione nella fattispecie legale⁴⁷.

L'imputazione è in condominio della scienza e del diritto. Le tecniche di imputazione del fatto, benché siano di competenza del legislatore, essendo rivolte ad individuare i criteri della responsabilità giuridica di un soggetto, non possono prescindere dai legami effettivi tra il soggetto ed il fatto, che sono dati dalle leggi scientifiche. In entrambe le direzioni dell'imputazione è, infatti, imperante il principio di causalità. Ciò è espressamente stabilito per l'imputazione oggettiva⁴⁸, ma si evince anche per l'imputazione soggettiva⁴⁹.

La qualificazione del fatto di reato, cioè del fatto già contemplato dalla singola norma e imputabile ad una persona, è dominio del diritto, essendo di esclusiva competenza del legislatore fissare le condizioni ulteriori per cui un fatto astrattamente rilevante generi responsabilità penale. Tali condizioni attengono sia all'aspetto oggettivo, sia all'aspetto soggettivo del fatto⁵⁰.

Il distacco dalle concezioni tradizionali del reato è una diretta conseguenza dei postulati fissati nei precedenti paragrafi.

⁴⁵ Nei reati c.d. propri, cioè quelli che possono essere commessi solo da soggetti dotati di una specifica qualifica. Nei reati comuni, invece, potendo essere commessi da chiunque, il soggetto non è elemento essenziale del fatto di reato, ma, piuttosto, il suo autore.

⁴⁶ Il legislatore non può alterare i processi naturali, ma solo selezionare di quali interessarsi ed a che titolo. Così se vi sono colpi di arma da fuoco che cagionano la morte di un uomo, l'ordinamento penale si interessa della sola condotta del soggetto che ha sparato – e di eventuali complici – e del solo evento morte, restando indifferente tutte le altre condotte e fattori che casualmente hanno interagito o altri eventi non significativi (es. il rilascio di bossoli o il danneggiamento accidentale di cose che si trovavano sulla traiettoria di sparo).

⁴⁷ Cioè, appunto, l'attività di tipizzazione del fatto (come entità teorico-dogmatica).

⁴⁸ L'art. 40 c.p. stabilisce che l'incriminazione avviene se l'evento è conseguenza della condotta dell'uomo. Il codice penale definisce la condotta come causa, l'evento come effetto; la causalità è ciò che lega l'uno all'altro e che ci fa dire che la condotta è la causa e quindi è penalmente rilevante e l'evento è conseguenza di una condotta umana e penalmente ascrivibile a taluno. Allora il tema dell'imputazione oggettiva si svolge interamente nella definizione del rapporto di causalità e nel ruolo che vi svolgono le leggi scientifiche. Il problema che si pone è, piuttosto, quello della definizione del concetto di causalità, che per restare ancorata a paradigmi scientifici non deve slittare verso concezioni "giuridiche", che il legislatore può utilizzare ad altri fini (ad esempio per la selezione del danno civile risarcibile), ma non per l'identificazione del responsabile, salvo i necessari correttivi o integrazioni (ad esempio per la causalità omissiva).

⁴⁹ Dagli artt. 42 e 43 c.p. si evince che la forma generale della responsabilità nei delitti è il dolo e che esso è costruito sulla base della causalità psichica; ma anche l'imputazione per colpa presenta un contenuto causale. Infine la preterintenzione muove dal duplice nesso causale (psicologico per l'evento minore, materiale per quello più grave) e la responsabilità residuale è costruita sulla causalità (l'evento è imputato "altrimenti" quale conseguenza della condotta del colpevole).

⁵⁰ Per la concezione tripartita si tratta, rispettivamente, dell'antigiuridicità oggettiva e della colpevolezza normativa; ma tali figure, pur essendo riferibili ad un'operazione di valutazione del fatto alla luce dell'ordinamento penale, non coincidono con il concetto di qualificazione normativa. La ricostruzione operata nel testo presenta un diversa opzione di sistema e si sottrae alle critiche formulate alla concezione tripartita.

La struttura del reato viene ad essere configurata sulla base – quanto alla forma – della logica e – quanto alla sostanza – della relazione tra leggi scientifiche e giuridiche.

Struttura del reato

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Soggetto Condotta + evento	prima qualificazione (leggi scientifiche) imputazione (leggi scientifiche) seconda qualificazione (leggi giuridiche)	Responsabilità penale

L'inferenza dimostra la collocazione di ciascun elemento: poiché il fatto è nella premessa minore (il caso) appartiene al mondo reale ed è definito dalle sue leggi; l'imputazione è nella premessa maggiore (la regola), dunque appartiene al mondo giuridico, ma si accerta su base scientifica; la qualificazione appartiene al mondo giuridico e si accerta su base normativa.

La prima qualificazione è un postulato del principio di tipicità, che rappresenta il paradigma adottato dal sistema penale per attribuire rilevanza giuridica alla condotta ed all'evento: attraverso un procedimento di astrazione della realtà e di codificazione normativa un dato fenomenico diventa entità giuridica. Si tratta di una funzione normativa di ricognizione, volta ad attribuire carattere di fatto giuridico (illecito) a un fatto materiale, nel rispetto delle regole che governano il fatto nel dominio gnoseologico di origine, che è quello scientifico.

Ben diversa è la seconda qualificazione, di tipo costitutivo, che prende in considerazione elementi ulteriori, sulla base di regole che governano il fatto nel dominio gnoseologico di appartenenza, che è quello giuridico.

5. Il ruolo dei principi costituzionali nella teoria del reato

I principi fondamentali del diritto penale fissano il rapporto tra norma e realtà, cui devono obbedire il legislatore penale e l'interprete⁵¹. Sul primo grava l'obbligo di rispettarli nella costruzione dei fatti illeciti e delle tecniche di incriminazione, al secondo compete di impiegarli nella comprensione e spiegazione della fattispecie penale.

I principi sono contenuti nella Costituzione, proprio per consentire alla Corte costituzionale di intervenire laddove il legislatore non abbia rispettato i vincoli posti dalle leggi scientifiche nella

⁵¹ L'importanza dei principi fondamentali nell'ordinamento penale si collega alla rilevanza dei beni in gioco, sia dal punto di vista dell'offesa che della reazione, che impone un'attenzione non richiesta da nessun altro ordinamento. La scelta di dargli copertura costituzionale costituisce la garanzia che il sistema penale sia ancorato ai migliori criteri di razionalità.

previsione delle fattispecie incriminatrici e, ancor prima, nella definizione generale del reato. Un corollario della natura dei principi nella gerarchia delle fonti è la possibilità dell'interpretazione adeguatrice, volta ad adattare – nei limiti consenti dal testo – il significato della disposizione normativa al sistema costituzionale.

I diversi principi hanno punti di comunicazione, in coerenza con il carattere di frammentarietà e di sussidiarietà dell'ordinamento penale e, ancor prima, con l'appartenenza del reato alle categorie della natura, che implica una lettura non dissociata del fatto criminale da parte dell'ordinamento. Di essi, dunque, occorre tener conto contemporaneamente nella elaborazione della teoria del reato⁵².

Il primo principio fondamentale è quello di legalità, che ha una duplice accezione: formale e sostanziale. Alla legalità formale si riconducono la riserva di legge e l'irretroattività, alla legalità sostanziale i principi di determinatezza, tassatività e tipicità.

Il principio di legalità nelle sue varie manifestazioni si inserisce nella concezione formale del reato, adottata da tutti gli Stati di diritto, che non è sufficiente, però, a fissare il rapporto tra norma e realtà, cogliendo solo la dimensione estrinseca di tale rapporto, attinente alla descrizione del fatto tipico. La dimensione intrinseca, invece, è garantita dai principi di necessità, materialità ed offensività, che illuminano la selezione dei fatti meritevoli di sanzione penale.

Infine, nell'ambito di questo gruppo, vi è il principio di frammentarietà, che governa il rapporto tra le diverse fattispecie incriminatrici ed il modo in cui il legislatore “ritaglia” le porzioni della realtà da sottoporre a incriminazione.

A questi principi compete la costruzione del fatto di reato.

Il principio di personalità disciplina l'imputazione del fatto di reato, sul lato oggettivo (principio di causalità) e soggettivo (principio di colpevolezza⁵³). Esso predica l'istituzione di un collegamento significativo tra il soggetto ed il fatto, esigenza che nel sistema penale vigente viene soddisfatta dall'istituto della causalità, materiale e psicologica (dolo, colpa, preterintenzione).

⁵² I principi sono essenziali anche nell'ambito dell'interpretazione delle singole fattispecie criminose. Occorre al riguardo precisare che il rapporto tra parte generale e speciale del codice penale non è unilaterale, ma biunivoco: se le norme incriminatrici sono un'applicazione della struttura del reato definita dalle disposizioni generali, anche le disposizioni della parte speciale concorrono a identificare tale struttura e le diverse variabili al suo interno. Ciò è, appunto, una diretta conseguenza dell'operatività di norme fondamentali, volte ad assicurare un perfetto raccordo tra modello generale di reato e singoli reati.

⁵³ L'uso lessicale prevalente è “colpevolezza”, ma con riguardo al principio appare preferibile il termine “soggettività”, anche per non ingenerare equivoci con la categoria dogmatica della colpevolezza. In dottrina utilizza l'espressione «principio di soggettività» MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 275. D'ora in avanti, per comodità del lettore, si seguirà l'uso invalso, ma chiarendo che il principio di colpevolezza si riferisce all'accezione soggettiva della personalità, dunque all'elemento psicologico del reato, mentre il concetto dogmatico di colpevolezza può essere assunto in un'accezione psicologica o normativa.

La qualificazione del reato non è retta da principi direttamente enunciati nella Costituzione, il che è comprensibile trattandosi di un'operazione di esclusiva pertinenza del dominio giuridico. Essa si svolge sulla base di principi generali, che hanno comunque un fondamento superiore⁵⁴.

I principi fondamentali dell'ordinamento penale hanno, nella definizione della formula del reato, natura di assiomi, non diversamente da quanto avviene in matematica. Costituiscono, dunque, premesse da non dimostrare⁵⁵; che reggono la catena di argomentazioni costruite con il metodo deduttivo. Ogni qualvolta un ragionamento su di un istituto del diritto penale giunge a una conclusione in conflitto con quei principi, la stessa si deve ritenere falsa o, se la sua verità è inconfutabile sul piano del diritto positivo, le norme da cui è desunta si palesano incostituzionali.

Delineata la cornice in cui si muovono i principi costituzionali, può essere approfondita la funzione che essi svolgono nella teoria del reato, anticipando i tratti essenziali di ciascun principio, che saranno sviluppati nei prossimi capitoli.

5.1 La costruzione del fatto di reato

Il primo passaggio nella creazione della fattispecie penale è la costruzione del fatto tipico, cioè del tipo di modificazione fenomenica che la norma penale contempla come reato. L'ordinamento giuridico deve, quindi, prelevare un frammento della realtà e descriverlo. A tale compito presiedono i principi di:

- a) legalità e irretroattività;
- b) frammentarietà;
- c) materialità, necessità, offensività.

Il principio di legalità formale (*nullum crimen sine previa lege poenalis*) individua la fonte legittimata a prevedere il reato (legge irretroattiva), quello di legalità sostanziale (*nullum crimen sine stricta lege poenalis*) individua le modalità con cui la legge deve descrivere il fatto di reato (determinatezza), punirlo (tassatività) e qualificarlo (tipicità). Il principio di legalità, dunque, è garanzia che il rapporto tra l'ordinamento penale e la realtà sia governato dalle leggi scientifiche, perché da un lato affida l'incriminazione del fatto alla fonte di produzione che esprime il massimo grado di razionalità, dall'altro la vincola ad assumere contenuti conformi agli accadimenti storici, pretendendo che il tipo legale sia aderente al tipo reale.

⁵⁴ Ciò vale sia per la qualificazione oggettiva, ancorata a principi della logica (non contraddizione) o del diritto naturale (autodifesa), sia per la qualificazione soggettiva, fondata sul principio di inesigibilità.

⁵⁵ Qui perché poste dalla fonte di rango più elevato, che *superiorem non recognoscens*.

Il principio di frammentarietà autorizza – ed anzi prescrive – che il legislatore faccia riferimento a porzioni della realtà che esprimano autonomo disvalore, privilegiando incriminazioni a carattere selettivo.

I principi di materialità, necessità e offensività colmano il vuoto lasciato dalla concezione formale del reato, fondata sulla legalità, la quale – ove non orientata da parametri di merito – lascia il legislatore arbitro di stabilire quale, delle azioni umane, sia meritevole della sanzione penale e quale non lo sia. In altri termini il principio di legalità indica che il diritto deve ancorarsi alla realtà (e, dunque, alle leggi che la governano), ma non specifica quale realtà.

A ciò provvede il principio di materialità (*nullum crimen sine actione*), che estromette dal novero delle azioni punibili quelle che non si estrinsechino in comportamenti fenomenicamente apprezzabili; il principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*), che estromette dal novero delle azioni punibili quelle che non arrechino una lesione – quanto meno di pericolo – per un interesse protetto; il principio di necessità (*nullum crimen sine necessitate*), che fissa le tipologie di interessi e le tecniche di aggressione di rilevanza penale.

Per chiarire la posizione di ciascun principio nella teoria del reato e la compatibilità tra principi propri della concezione formale e sostanziale del reato è opportuno utilizzare nuovamente il modello logico del reato.

Legalità formale

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
	riserva di legge e irretroattività	

La riserva di legge esprime l'idea che la legge, per il procedimento di formazione che la caratterizza, sia la fonte del diritto più idonea ad assicurare il rispetto delle categorie scientifiche. Il suo posto è, chiaramente, nella premessa maggiore del sillogismo, atteso che indica la fonte della norma incriminatrice.

L'irretroattività della legge introduce nell'ordinamento penale il meccanismo delle leggi scientifiche, che hanno natura predittiva, cioè sono pensate (ed identificate in laboratorio) come descrizione di processi naturali "in avanti". Anch'essa si colloca nella premessa maggiore del sillogismo, riguardando l'operatività della norma incriminatrice.

Legalità sostanziale

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE

Fatto	Norma	Effetto
	determinatezza, tassatività, tipicità	

Il principio di determinatezza implica che il legislatore indichi con chiarezza e precisione il fatto punibile, al fine di orientare il destinatario della norma nella distinzione tra ciò che è lecito e ciò che è illecito e di delimitare l'interpretazione da parte del giudice, evitando dilatazioni del precetto penale (tassatività) e consentendogli la formulazione di un giudizio di corrispondenza tra la fattispecie astratta e quella concreta (tipicità) che sia sorretto da un fondamento controllabile. Tale fondamento non può che ravvisarsi nelle categorie scientifiche, che studiano gli accadimenti e ne consentono la assunzione da parte dell'ordinamento. Questi tre principi informano la premessa maggiore, essendo volti a definire il rapporto tra fatto e norma o, più precisamente, a individuare il processo di astrazione giuridica, cioè le modalità con cui il legislatore deve tradurre la realtà in fattispecie normativa.

Materialità, necessità, offensività

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto	Norma	Effetto
materialità, necessità offensività		

Materialità, necessità ed offensività esprimono l'idea che il legislatore, nell'individuare i fatti suscettibili di incriminazione, deve ritagliare (principio di frammentarietà) i comportamenti nella realtà (materialità) più significativi in termini di forza cinetica e di capacità di offesa – desumibili dalle leggi scientifiche – a beni o interessi di primaria importanza per l'ordinamento (offensività).

Questi principi sono volti a definire il fatto tipico, individuandone i contenuti.

La legalità in senso formale riguarda il precetto normativo, la legalità in senso sostanziale la struttura del precetto, i principi di materialità, necessità ed offensività il fatto oggetto della norma.

In combinazione tali principi convergono nel vincolare il legislatore quanto alla costruzione del fatto di reato.

5.2 L'imputazione del fatto di reato

Il secondo passaggio nella creazione della fattispecie penale è l'imputazione del fatto di reato. L'ordinamento giuridico deve, cioè, istituire un collegamento tra il fatto e un soggetto, utilizzando

una tecnica che – pur soddisfacendo le esigenze proprie del diritto penale – sia compatibile con le leggi scientifiche.

A tale compito presiede il principio di personalità, previsto dall'art. 27, comma 1 Cost. (“*La responsabilità penale è personale*”), nel suo duplice significato oggettivo (divieto di responsabilità per fatto altrui) e soggettivo (divieto di responsabilità per fatto proprio incolpevole).

Nell'universo sensibile il collegamento tra fattori è regolato dal principio di causalità, che costituisce uno degli statuti fondamentali della scienza moderna⁵⁶.

Nell'universo giuridico la causalità è una categoria di imputazione che ha carattere generale, in quanto non ha solo il significato di causalità di fatto, ma una pluralità di significati: materiale, giuridica e normativa⁵⁷. Nella soluzione del problema dell'imputazione del fatto viene in rilievo la prima, eventualmente la seconda.

La causalità materiale (o di fatto) è codificata dal legislatore come un istituto e definisce il rapporto tra entità naturali (art. 40, 1° comma c.p.), segnatamente tra condotta ed evento, che la tesi dominante riconduce alla teoria scientifica.

Il rapporto di causalità è, tuttavia, espressione del principio di causalità, che nel diritto penale ha numerose applicazioni. In particolare, sul piano oggettivo, esso vale a ricostruire la tipicità nelle fattispecie a forma aperta, nel concorso eventuale di persone e nel tentativo, la cui struttura è definita ma non descritta dal legislatore (rispettivamente art. 110 e art. 56 c.p.⁵⁸).

Il principio di causalità opera anche nei reati di pura condotta, dove pure – secondo la tesi prevalente – non è configurabile un rapporto di causalità, mancando un evento in senso naturalistico. Tuttavia, poiché *natura non facit saltum*, anche nei reati di pura condotta occorre accertare la serie causale, quanto meno ai fini della verifica in ordine alla concreta idoneità della condotta a offendere il bene protetto.

La causalità giuridica è, in un significato ristretto, il rapporto tra entità giuridiche. Comunemente, però, si intende causalità giuridica una relazione che si accerta secondo paradigmi giuridici, fissati dall'ordinamento a prescindere dalle leggi che governano la natura⁵⁹. Al riguardo dottrina e giurisprudenza hanno elaborato la teoria della regolarità causale, che imputa un evento ad un

⁵⁶ Cap. IV, sez. II.

⁵⁷ Causalità giuridica e normativa sono nell'uso comune sinonimi, ma a rigore la causalità normativa delinea un fenomeno diverso, attinente al rapporto interno alla norma tra fattispecie ed effetti, mentre la causalità giuridica è una tecnica di imputazione di un fatto costruita su base normativa e non reale.

⁵⁸ Ad esempio la struttura oggettiva del tentativo appare indeterminata, essendo descritta attraverso clausole generali. Per ricostruire il concetto di idoneità degli atti (che indica una relazione potenziale tra la condotta e l'evento illecito, la cui struttura non è specificata) la dottrina prevalente utilizza il principio di causalità. Si parla di principio e non di rapporto perché l'accertamento non viene effettuato *ex post*, ma *ex ante*.

⁵⁹ Il che, se normalmente avviene quando un concetto è definito autonomamente dal diritto (si pensi al danno risarcibile nell'illecito civile o, ancor più, all'effetto di un negozio giuridico), sussiste anche se il legislatore sostituisce alle leggi naturali quelle giuridiche. Operazione che nell'ordinamento penale incontra forti limiti.

soggetto anche qualora non sia conseguenza immediata dalla sua condotta, purché ne costituisca un effetto normale secondo l'*id quod plerumque accidit*.

In diritto penale la causalità giuridica trova impiego nell'art. 40, 2° comma c.p. ("*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*"), che stabilisce un'equivalenza tra il fare e il non impedire, per risolvere il problema della causalità nel reato omissivo: nel definire il rapporto di consequenzialità tra omissione ed evento il legislatore ha ritenuto insufficiente il richiamo alle leggi scientifiche, adottando un modello normativo della causalità. Si noti, però, che la causalità giuridica non si sostituisce a quella materiale, ma si aggiunge, occorrendo pur sempre accertare che l'evento è conseguenza dell'omissione, il che implica l'accertamento in ordine alla reale causa dell'evento ed all'efficacia impeditiva dell'azione omessa.

La causalità, sia essa di fatto o di diritto, è dunque il criterio scelto dal legislatore per l'imputazione oggettiva del fatto, perché più idonea a garantire che la responsabilità penale sia modellata sulle categorie che operano nel mondo sensibile.

Ma la causalità costituisce anche il substrato scientifico del principio di colpevolezza (*nullum crimen sine culpa*), più precisamente denominato principio di soggettività, che si traduce nella causalità psichica, quale tecnica di imputazione soggettiva del fatto (art. 42 c.p.).

Personalità

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto	Norma	Effetto
	Causalità e colpevolezza	

Causalità e colpevolezza postulano che il legislatore, nell'imputare il fatto a una persona, istituisca un collegamento oggettivo e soggettivo che sia rispondente alle leggi scientifiche. Detti principi sono volti, dunque, a definire non il fatto, ma la sua attribuzione perché sorga la responsabilità penale.

5.3 La qualificazione del fatto di reato

Nella concezione tripartita, come ricordato, la funzione di qualificazione del fatto di reato viene riferita alle categorie dell'antigiuridicità, sul piano oggettivo, ed alla colpevolezza normativa, sul piano soggettivo.

Secondo tale impostazione anche la colpevolezza normativa troverebbe fondamento nel principio di personalità. Come anticipato, però, il principio di personalità attiene all'imputazione soggettiva del fatto, cioè al principio – e non alla categoria dogmatica – della colpevolezza.

L'opera di qualificazione da parte dell'ordinamento penale di un fatto che una norma dell'ordinamento medesimo contempla come illecito non gode di diretta copertura costituzionale. Viene in gioco, piuttosto, una questione di coerenza dell'ordinamento e di scelta – nei limiti dei principi di uguaglianza e ragionevolezza – del legislatore di non far discendere la responsabilità da un fatto che, pur previsto dalla legge come reato, non si ponga in conflitto con i valori complessivi del sistema. Situazione che può verificarsi per ragioni attinenti all'esistenza di giustificazioni obiettive o soggettive della condotta o di situazioni che la rendono incolpevole (ignoranza inevitabile della norma incriminatrice, non imputabilità).

Sul piano logico la previsione di una qualificazione normativa ulteriore rispetto a quella che attiene alla sussunzione del fatto nella fattispecie legale non desta alcun problema, trattandosi semplicemente di integrare la premessa maggiore del sillogismo, o di articolarlo in due sequenze. Essa, peraltro, segnala uno spazio autonomo per il dominio giuridico rispetto a quello scientifico: questo sovrintende la tipicità e l'imputazione del fatto, quello la sua valutazione.

Tecnicamente l'effetto di irresponsabilità di chi commette un fatto tipico si spiega con il fenomeno del concorso di norme.

5.4 Responsabilità penale e principi fondamentali

Alla luce delle indicazioni provenienti dai principi costituzionali la responsabilità penale può essere schematicamente descritta come segue.

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma incriminatrice	CONCLUSIONE Effetto
materiale, necessario, offensivo	di fonte legislativa, determinata e tipizzante, personalizzante	imputazione del fatto a un soggetto

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Ordinamento penale	CONCLUSIONE Effetto
fatto di reato imputato a un soggetto	qualificazione di antigiuridicità e rimproverabilità	responsabilità penale

La responsabilità penale è, dunque, il prodotto di un procedimento bifasico:

- imputazione del fatto previsto come reato dalla norma ad un soggetto;
- qualificazione di tale fatto da parte dell'ordinamento nel suo complesso.

Nella prima fase le regole di copertura – per la costruzione del fatto di reato e per la sua doppia imputazione – sono derivate dalle leggi scientifiche ed alla salvaguardia di tale meccanismo provvedono i principi costituzionali.

Nella seconda fase le regole di copertura – per la qualificazione del fatto di reato – sono integralmente elaborate nel dominio giuridico, e la loro compatibilità con il dato reale è assicurata dai principi di razionalità ed uguaglianza, cui l'art. 3 Cost. dà ingresso, ed a cui in effetti è ispirata la categoria delle esimenti.

Il raccordo tra modelli logici, categorie scientifiche, principi fondamentali delinea la soluzione del problema relativo alla struttura del reato. D'ora in poi nel Manuale si terrà conto di questa soluzione, adattando ove necessario i contributi provenienti dalle scuole penalistiche, con una preferenza verso la concezione tripartita⁶⁰.

Tuttavia, prima di procedere nell'analisi, occorre sciogliere il quesito relativo al funzionamento delle leggi scientifiche nel sistema penale, dando conto del principio, che, sebbene dettato per il processo, esercita un'influenza decisiva sulle categorie sostanziali e, più in generale, sulla teoria del reato, orientando l'interpretazione del sistema penale verso il dominio scientifico.

6. L'art. 533, comma 1 c.p.p.

Secondo una corrente di pensiero – che attraversa classici e moderni – gli esiti di colpevolezza del processo penale sono affetti da insanabile relatività, come tali meritevoli di tendenziale sfiducia e predisposti ad essere oggetto di critica e di revisione. Sfiducia che, secondo questa lettura, dipenderebbe dal *quantum* probatorio occorrente per una pronuncia di condanna, ovvero dalla previsione di criteri razionali deboli per la sua giustificazione. In particolare gli artt. 530, 2° comma c.p.p. (che stabilisce l'assoluzione “*quando la prova è insufficiente o contraddittoria*”, facendo dunque intendere che basti una prova meramente sufficiente e non contraddittoria a condannare) e 546, lett. e) c.p.p. (da cui si evince che il giudice può condannare anche in presenza di prove contrarie ritenute inattendibili) starebbero a testimoniare l'ontologica fallibilità delle decisioni processuali, affidate al libero convincimento del giudice (art. 192 c.p.p.)⁶¹.

⁶⁰ Non si vuole, dunque, seppellire decenni – se non secoli – di storia. Semplicemente è giunto il momento di spostare in avanti le elaborazioni giuridiche, prendendo atto del passaggio al terzo millennio.

⁶¹ L'emblema della fallacia delle decisioni giudiziarie è il caso Gallo.

E' il 6 ottobre 1954 quando la moglie di Paolo Gallo, contadino siciliano, ne denuncia la scomparsa alla stazione dei carabinieri di Avola (Siracusa). Suo marito è uscito per andare a lavorare nei campi all'alba del giorno precedente, ma non è mai tornato a casa. Le indagini dei carabinieri sono rapide. Sul luogo dove Paolo Gallo era solito lavorare ci sono

In tempi più recenti un argine a tale rischio sarebbe stato posto dalla espansione della c.d. prova scientifica, che nella prassi, però, piuttosto che risolvere l'incertezza la alimenta, per il cattivo uso che ne viene fatto. Peraltro la prova scientifica è la tecnica dell'accertamento penale, mentre ad essere in discussione è il modello epistemologico.

L'impostazione relativista sconta lo stesso equivoco da cui intende prendere le distanze: che la conoscenza delle azioni umane sia connotata dalla certezza. In tal senso il vigente codice di procedura penale smantella la finzione, delineando il percorso più accettabile per risolvere il dilemma della colpevolezza.

Già sul finire del '900 la dottrina più attenta si richiamava all'ordinamento statunitense (dove, come è noto, taluni ordinamenti federati prevedono la pena di morte e, dunque, la parola fine al dilemma). In quel sistema, da almeno due secoli, il giudizio sulla responsabilità penale è espresso in maniera assai efficace nella formula "colpevole oltre ogni ragionevole dubbio"; dunque, può essere ritenuto colpevole (e finanche subire la pena di morte) colui a carico del quale residuino dubbi, purché si tratti di dubbi non ragionevoli.

Il dubbio, oltre ad essere insito in ogni procedura psicologica di decisione, è nel processo penale un *quid* di inevitabile ed anzi imposto: ogniqualevolta il decidente non partecipa al fatto che deve giudicare non potrà esibire certezza; tuttavia, se vi partecipasse, non potrebbe giudicarlo. Egli, proprio perché giudice, deve essere in una posizione di dubbio razionale. Tutto quello che occorre capire è, allora, quando il dubbio che accompagnerà o potrebbe accompagnare il giudice alla fine del processo sia non ragionevole.

L'art. 5 della legge n. 46 del 2006 ha sostituito il comma 1 dell'art. 533 del codice di procedura penale, il quale oggi recita: *"Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza"*.

6.1 La regola *b.a.r.d.*

tracce di sangue, c'è sangue anche nella casa del fratello Salvatore; è noto che i due fratelli non vanno d'accordo e sono soliti accapigliarsi, c'è chi dice di averli visti litigare e Salvatore colpire Paolo. Ciò porta gli investigatori a ipotizzare che, se Paolo è scomparso, è stato ucciso da Salvatore, il quale poi con l'aiuto del figlio Sebastiano ha sotterrato il cadavere in qualche zona della campagna circostante.

Salvatore e Sebastiano Gallo si dichiarano innocenti ma non sono creduti. Al processo due contadini affermano di aver visto Paolo Gallo vivo, ma sono condannati per falsa testimonianza. Salvatore Gallo viene condannato all'ergastolo per omicidio, Sebastiano a quattordici anni per occultamento di cadavere. In grado di appello pena confermata per il padre, pena ridotta a un anno e quattro mesi per il figlio. Inammissibile il ricorso in Cassazione.

Dopo sette anni di carcerazione di Salvatore Gallo un'inchiesta giornalistica scopre che Paolo Gallo non è mai morto, ha semplicemente deciso di nascondersi dopo la lite con l'odiato fratello, al fine di lasciarlo nei guai con la giustizia.

L'art. 533, comma 1 c.p.p. ricalca fedelmente la formula anglosassone, riassunta nel noto acronimo BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*), il che suggerisce per la sua comprensione di fare riferimento ai Paesi che la utilizzano.

Nella giurisprudenza della Corte Suprema degli U.S.A. la *ratio* del principio è incontrovertibile, e rappresenta l'altra faccia della presunzione di innocenza⁶²: al riconoscimento dell'enorme portata dei valori messi in gioco nel diritto penale (da cui la celebre affermazione che è molto peggio condannare un innocente che lasciare libero un colpevole⁶³) ed al rischio di errore giudiziario, fa da corollario l'asserzione che nel processo penale deve operare la regola "al di là del ragionevole dubbio"⁶⁴. Regola dimostrata anche in sede di analisi scientifica, dalle teorie che applicano metodi matematici alle discipline sociali⁶⁵.

La giurisprudenza successiva a *Winship*, oltre a riaffermare il rapporto strettissimo tra valori in gioco e rischio di errore da un lato e regola *b.a.r.d.* dall'altro⁶⁶, si è concentrata sull'identificazione

⁶² *McKinley*, 1817: «questa presunzione si trova in tutti i codici che abbiano come fondamento la ragione, la religione e l'umanità. E' una massima che deve essere scritta a caratteri indelebili nel cuore di ogni giudice e uomo di legge. Per superarla, ci deve essere la prova legale della colpevolezza, che può dar luogo ad un giudizio di condanna solo sulla base di una certezza assoluta». *Coffin*, 1895: «il principio secondo il quale c'è una presunzione di innocenza a favore dell'accusato è una legge elementare ed assiomatica, e la sua applicazione è alla base dell'amministrazione della nostra legge penale».

⁶³ Sentenza *Winship*, 1970. Il processo penale costituisce di per sé un'aggressione dei diritti individuali (il nome, la reputazione, la libertà, la serenità dell'esistenza quotidiana), che una società civile accetta solo se esso garantisce che nessun innocente possa essere condannato, il che implica la possibilità che un colpevole possa essere assolto. In questa prospettiva la regola *b.a.r.d.* costituisce un contrappeso al potere statale di dare attuazione al precetto penale, accusando un soggetto di averlo trasgredito.

L'origine della frase risale quanto meno all'epoca romana. Nella letteratura il concetto risulta enfatizzato, come nell'affermazione secondo cui «è preferibile assolvere dieci colpevoli, piuttosto che condannare un solo innocente», che compare in un'arringa di Tolstoj, nella meno nota veste di avvocato (almeno secondo la biografia curata nel 1923 da BIRJUKIOV). Nelle fonti di *common law*, peraltro, la proporzione è variabile (ora cinque, ora, dieci, ora venti colpevoli).

⁶⁴ Diversamente dal processo civile, dove vale la regola del "più probabile che non". La ragione della differenza è scolpita nelle pagine della sentenza: «in una causa civile tra due parti, per motivi di risarcimento monetario del danno, una sentenza errata a favore del convenuto non ci sembra che sia più grave di una sentenza errata a favore dell'attore, perciò la formula della preponderanza dell'evidenza sembra particolarmente adatta perché [...] richiede semplicemente che il giudice sia convinto che l'esistenza di un fatto sia più probabile della sua non esistenza. In un caso penale, invece, la regola della prova "al di là del ragionevole dubbio" è radicata nel profondo di una determinazione fondamentale di valore della nostra società, per la quale è molto peggio condannare un innocente che lasciare libero il colpevole». Ancor più chiaramente: «lo standard della prova influenza la frequenza relativa dei due tipi di risultato erroneo: se, per esempio, lo standard della prova in un processo penale fosse la preponderanza dell'evidenza, invece della prova "al di là del ragionevole dubbio", ci sarebbe un rischio minore di errori nell'assoluzione del colpevole, ma un rischio molto più elevato di condanna degli innocenti. Poiché lo standard della prova incide sulla frequenza con cui si verificano queste due possibilità di errore, la scelta del tipo di prova da applicare, in un particolare tipo di causa, dovrebbe, in un mondo razionale, riflettere una valutazione di disutilità sociale comparata di ognuna delle due erronee possibilità. La verità è che il giusto processo richiede, per le cause penali, come espressione di una fondamentale equità, uno standard di prova più rigoroso di quello delle cause civili».

⁶⁵ E' il caso della teoria delle decisioni in condizioni di incertezza (RALWS), che ha elaborato il principio *maxim* (*maximum minimorum*), per il quale le decisioni che riguardano la collettività debbono sempre tener conto della gravità delle conseguenze: se la probabilità del verificarsi di un evento è molto bassa, ma le conseguenze sono gravi, la decisione deve essere di rifiuto del rischio del verificarsi dell'evento. Più precisamente si deve seguire «la regola che ci dice di classificare le alternative secondo il peggior risultato possibile, e decidere sulla base dell'alternativa il cui peggior risultato è superiore ai peggiori risultati delle altre».

⁶⁶ Tra le tante *Albright v. Oliver*, 1994; *Victor v. Nebraska*, 1994; *Spencer v. Kemna*, 1998 con riferimento ai valori in gioco nel processo penale (identificati anche nella libertà di pianificazione delle scelte future e di condurre l'esistenza

della prova necessaria per condannare, che deve riferirsi a tutti gli elementi rilevanti per la responsabilità penale⁶⁷.

Le difficoltà sono sorte nell'individuare l'esatta portata del paradigma *b.a.r.d* – cioè il rischio “irragionevole” – , che è irriducibile a una definizione sintetica, sia dal punto di vista quantitativo, che qualitativo.

Sotto la prima angolazione, rapidamente superate le opinioni che pretendevano di fissarla in una scala da zero a dieci su livelli di probabilità algebrica, la giurisprudenza delle Corti inferiori ha ritenuto di poter fissare lo *standard* richiesto dal BARD in una probabilità convenzionale prossima al 100%, ma la Corte Suprema ha respinto questo criterio, sulla base dei rilievi di un matematico (Laurence Tribe), in particolare di quello per cui il rischio di condanna di un innocente non può essere accettabile a nessun livello di quantificazione statistica (una percentuale apparentemente molta elevata di prova, come il 95%, implicherebbe che in un caso su venti venga condannato un innocente).

Sotto la seconda angolazione possono dirsi falliti i tentativi di identificare il concetto di “dubbio ragionevole” in quello di «grave», «serio», «sostanziale», tutte espressioni che alterano il significato razionale della formula, il cui senso è quello di dover prosciogliere l'imputato quando il giudizio sulla prova lasci aperta una plausibile alternativa alla tesi dell'accusa.

La definizione comunemente accolta nel sistema U.S.A. è efficacemente descritta nel caso *Simpson* (che si rifà al paragrafo 1096 del Codice penale della California), laddove nelle istruzioni alla giuria si dice che «il ragionevole dubbio non è un mero dubbio possibile, perché qualsiasi cosa si riferisca agli affari umani è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. E' quella situazione che, dopo tutte le considerazioni, dopo tutti i rapporti sulle prove, lascia la mente dei giurati nella condizione in cui non possono dire di provare una convinzione incrollabile sulla verità dell'accusa».

Tuttavia, chi abbia l'ambizione di studiare il sistema penale anche alla luce del principio *b.a.r.d.* quale regola di implementazione delle categorie logico-scientifiche nel diritto sostanziale non può accontentarsi di tale definizione. Il problema sarà pertanto ripreso dopo aver delineato il cammino che il *b.a.r.d.* ha percorso nel nostro ordinamento.

Tale principio, infatti, non è estraneo alla nostra tradizione giuridica.

Carrara, massimo esponente della Scuola classica, si proponeva, attraverso una visione ideale del

più confacente, nonché, soprattutto, nella dignità di essere umano). *Hankerson v. North Carolina*, 1977; *Addington v. Texas*, 1979; *Arizona v. Fulminante*, 1991 con riferimento alla gravità del rischio di errore nel processo penale.

⁶⁷ Pacifico che la regola concerne tutti gli elementi essenziali del reato, la Corte Suprema l'ha applicata anche alla scriminanti (*Moran v. Ohio*, 1984) ed agli elementi che influiscono sulla pena (*Almendarez-Torres v. U.S.*, 1998; *Jones v. United States*, 1999), superando la distinzione tra responsabilità e pena, altrimenti una scelta discrezionale del legislatore nella qualificazione dei fatti che incidono sulla punibilità rischierebbe di eludere l'applicazione del principio. Tale evoluzione ha portato sotto la regola *b.a.r.d.* anche le circostanze (*Apprendi*, 2000).

diritto processuale, di proteggere gli innocenti dagli abusi e dagli errori dell'autorità, ritenendo che la presunzione di innocenza fosse implicita nella scienza penale. La tesi di Carrara fu seguita da altri autori della Scuola classica, in particolare Lucchini⁶⁸, il quale richiama esplicitamente il principio *in dubio pro reo* come regola di giudizio.

Il pensiero liberale venne preservato anche durante il periodo autoritario⁶⁹ e, con il passaggio alla Repubblica democratica, fu cristallizzato nell'enunciazione di cui all'art. 27, comma 2 Cost. ("*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*").

C'è chi ha tratto dal testo – che fissa la presunzione di non colpevolezza – un segno di prudenza del Costituente nell'affermare il primato della libertà sulle esigenze della repressione, come sarebbe dimostrato dalla diversa locuzione impiegata nell'art. 6, comma 2 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ("*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non è stata legalmente accertata*"). La tesi non persuade, perché sul piano concettuale non colpevolezza equivale ad innocenza. Anzi, per il contesto in cui il principio si inserisce, che è quello dell'imputato sottoposto a giudizio, cioè ad un'accusa di reità rispetto alla quale deve essere stabilito se è colpevole o meno, la disposizione costituzionale appare più precisa. D'altra parte la stessa formula «oltre ogni ragionevole dubbio» è logicamente strutturata sulla colpevolezza, non già sull'innocenza⁷⁰.

⁶⁸ Ad avviso del quale un ordinamento che non consideri prioritario l'obiettivo della protezione dell'innocente è anti-giuridico, nonché antisociale e incivile. Questo pensiero forte, come viene denominato, permette di definire la protezione dell'innocente «fondamento granitico, elementare ed assiomatico» di una società di uomini liberi, perché fa tornare alla ragion d'essere del processo: privando una società della protezione dell'innocente vengono a mancare rispetto e fiducia della comunità nella legge penale, perdendosi quindi le funzioni di uno stato liberale.

⁶⁹ CARNELUTTI riprende il principio *in dubio pro reo*, esaltandone non solo la valenza garantistica, ma anche la funzione ordinatrice della società. L'Autore considera inevitabile l'errore giudiziario, e ciò anche quando il processo si concluda con l'assoluzione, giacché è nel suo stesso sorgere che si materializza un'accusa nei confronti dell'innocente: «in altre parole l'accertamento negativo del reato è la constatazione ufficiale della fallibilità del processo penale e perciò lo scarto tra il suo risultato ed il suo scopo».

SARACENO vede nella presunzione di innocenza il riflesso processuale del principio *nullum crimen sine culpa*, e in taluni passaggi le sue riflessioni anticipano la regola *b.a.r.d.*: «fra le due possibilità di errore giudiziario – assoluzione di un reo, condanna di un innocente – lo Stato preferisce la prima. E' questa preferenza è tale che prevale anche se fra le due ipotesi, reità e innocenza, la prima appare più probabile della seconda»; «la protezione degli interessi dell'innocente trova un limite nella certezza del giudicante sulla reità dell'imputato. Ciò non significa che entro questo limite il rischio della condanna di un innocente sia completamente evitato; ma che al di là di questo limite il prezzo per evitarlo sarebbe sproporzionato e insopportabile per il bene della società. [...] Lo Stato fa tutto quanto può fare per restringere il rischio, allorché pone come presupposto della condanna non già una semplice opinione di probabilità, ma la certezza sulla reità».

⁷⁰ A conclusioni non dissimili perviene V. GAROFOLI (*Presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza*, 1998): «la nostra Costituzione ha compiuto una scelta ben precisa: ha concepito il processo penale come accertamento della colpevolezza e non dell'innocenza».

L'elaborazione dottrinale del principio di non colpevolezza inizia tardi, ma approda ben presto a coglierne non solo e non tanto la valenza di regola del trattamento della libertà dell'imputato, quanto quella di regola probatoria e di giudizio⁷¹.

A partire dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale in dottrina si consolida⁷² l'idea che la presunzione di non colpevolezza si traduca nella regola secondo cui la responsabilità dell'imputato debba essere provata "al di là di ogni ragionevole dubbio", benché tale regola non sia esplicita nel codice.

A tale momento storico appartiene la ratifica, avvenuta con la legge n. 232 del 1999, dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, il cui art. 66, oltre a fissare la presunzione di innocenza e porre l'onere della prova a carico dell'accusa, stabilisce che «per condannare l'imputato la Corte deve accertarne la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio».

Al BARD non possono dirsi estranei neppure i principi sul giusto processo, pure enunciati nel predetto Statuto, in particolare all'art. 67, secondo cui l'imputato ha, fra l'altro, diritto a «non essere costretto a testimoniare contro se stesso o a confessare la propria colpevolezza, e a rimanere in silenzio, senza che il silenzio venga valutato nel determinare la colpevolezza o l'innocenza», nonché il diritto a «non subire l'imposizione dell'inversione dell'onere della prova o dell'onere della confutazione della prova».

A tale riguardo ancora più significativi i dettami introdotti nell'art. 111 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 2 del 1999, ed i corollari applicativi che la stessa disposizione esplicita, con particolare riferimento al principio del contraddittorio. La norma accredita l'equazione giustizia = verità, sia sul piano testuale⁷³, sia su quello sistematico⁷⁴.

⁷¹ PISANI (*Sulla presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza*, 1965): «per giungere alla condanna occorre provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, il contrario di quanto è garantito dalla presunzione costituzionale, la quale pertanto impone, anzi sollecita, un bisogno di certezza».

ILLUMINATI (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1989): «la presunzione d'innocenza come regola di giudizio va [...] collegata alla struttura del processo e, in particolare, alla tecnica di accertamento del fatto. La sua completa realizzazione imporrebbe un sistema di tipo accusatorio, nel quale sia escluso che l'imputato debba dimostrare la propria innocenza, essendo l'organo dell'accusa tenuto a fornire la piena prova della colpevolezza. In caso di dubbio il giudice potrà solo prosciogliere, senza che a carico del prosciolto residuino conseguenze negative di alcun genere».

⁷² AMODIO (*Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano 1989); MALINVERNI (*Il nuovo processo penale*, in *Giustizia Penale*, 1992); PAULESU (*Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto disc. pen.*, vol. IX, Torino 1995).

⁷³ "Giusto" è, per comune accezione, ciò che risponde a verità. In tal senso la scelta lessicale del legislatore costituzionale nazionale appare più avanzata della fonte europea, dove il processo viene denominato "equo".

⁷⁴ Le disposizioni concernenti il processo penale sono volte a favorire l'emersione della verità attraverso un meccanismo virtuoso: il rafforzamento delle garanzie – formali e sostanziali – della difesa da un lato impedisce all'accusa di scaricare il costo della propria inefficienza sull'imputato, dall'altro la obbliga (assai più della generica norma relativa alla fase delle indagini preliminari) a valutare anche le alternative favorevoli alla difesa, essendo altrimenti la sua tesi destinata a franare nel giudizio. In parole povere colmando la disparità delle posizioni tra le parti si ottiene che la ricerca processuale sia la migliore possibile. In tale prospettiva la regola b.a.r.d. costituisce un logico corollario dell'idea che se l'accusa è fondata potrà essere provata oltre ogni ragionevole dubbio, altrimenti andrà abbandonata o respinta.

E' proprio sul piano del rapporto con il concetto di verità che si coglie l'essenza del principio BARD, come regola di giudizio del sistema penale. Premesso che tale concetto è diversamente articolato con riferimento al diritto e al fatto, non appare sostenibile che il processo possa prescindere, accontentandosi di quella che è denominata "verità formale"⁷⁵.

La certezza del diritto, in specie quella del diritto penale, non è compatibile con una dimensione puramente estetica della verità, quale è la verosimiglianza, o con una visione meramente formale, quale è la conformità alle regole. Ciò che il processo ricerca non è la verosimiglianza, ma è la verità. Solo che tra il fatto e la sua conoscenza c'è sempre uno scarto. Il processo intende eliminare quello scarto, riducendolo alla pura differenza di nozione tra la realtà e la sua conoscenza.

Ciò posto, l'introduzione della regola BARD nel nostro ordinamento pone almeno due quesiti, relativi al suo fondamento gnoseologico ed ai criteri da adottare per tradurla nella prassi.

6.2 Il concetto di verità nel diritto penale

Punto di partenza dell'analisi è, dunque, l'assunto che il processo tende alla ricerca della verità. Quando si parla di verità nel processo, viene in discussione il rapporto tra un enunciato descrittivo e i fatti che l'enunciato pretende di descrivere. Nel processo penale l'enunciato in questione è contenuto nell'accusa elevata a carico dell'imputato. L'imputazione è, in effetti, un'asserzione che indica l'imputato come autore di un comportamento qualificato illecito da una norma penale. Questo enunciato è vero se corrisponde ai fatti, falso se non vi corrisponde; il processo è appunto il luogo della disputa tra l'accusa, che ha l'onere di provare che l'enunciato è vero, e la difesa che ne sostiene la falsità.

Gli studi da cui provengono le indicazioni più significative in ordine al rapporto tra verità e processo penale hanno riguardato la prova indiziaria (art. 192, comma 2 c.p.p.), dove si pone l'alternativa tra il modello unitario o molecolare – che postula una valutazione sintetica e globale degli elementi sintomatici dell'illecito addotti dall'accusa, non senza peraltro averne preventivamente saggiato la valenza – e il modello pluralistico o atomistico, che propugna la disarticolazione delle sequenze argomentative sulla prova, sottoponendo a valutazione analitica ogni elemento principale o accessorio, per verificarne l'idoneità o l'efficienza dimostrativa. Sullo sfondo

⁷⁵ Identificata nella mera conformità alle regole della giurisdizione, ovvero – in uno sforzo di bilanciamento con l'opposta concezione della verità reale – nella verosimiglianza della decisione giurisdizionale (Cass. S.U. penali n. 10251 del 2007: «Nella valutazione probatoria – così come, secondo la più moderna epistemologia, in ogni procedimento di accertamento (scientifico, storico etc.) – è corretto e legittimo fare ricorso alla verosimiglianza ed alle massime di esperienza, ma, affinché il giudizio di verosimiglianza conferisca al dato preso in esame valore di prova, è necessario che si possa escludere plausibilmente ogni alternativa spiegazione che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile; ove così non sia, il suddetto dato si pone semplicemente come indizio da valutare insieme a tutti gli altri elementi risultanti dagli atti (Sez. I penale, 21 ottobre 2004, Sala)».

del problema il noto principio secondo cui *quae singula non probant, simul unita probant*, la cui validità, pur universalmente accettata, è messa in crisi dall'ovvia – si direbbe algebrica – considerazione per cui la somma di debolezze gnoseologiche non può dare una conoscenza rafforzata.

La debolezza intrinseca dello statuto della prova indiziaria, pur pienamente ammessa nel processo penale, ha suggerito di riconsiderare il tema della verità processuale, rimuovendola dal mitico alone di assolutezza che la accompagnava e collocandola in un più realistico quadro di relatività. Il giudizio sul reato, infatti, ha natura storica, vertendo su un accadimento del passato, non riproducibile empiricamente.

I rischi connessi all'adozione sul piano teorico di procedure dimostrative strutturate secondo lo schema, proprio delle verità formali, affermazione/negazione hanno spostato l'attenzione sulla concezione dialettica della verità, in cui il principio del contraddittorio non è più considerato solo come limite e controllo dell'attività dell'inquirente o del giudice, ma si eleva a forma logica del procedimento conoscitivo e, in definitiva, a garanzia dell'affidabilità dei suoi esiti.

Il procedimento probatorio si articola in quattro fasi.

Inizialmente è richiesta la formulazione di un'ipotesi di ricostruzione della vicenda oggetto di giudizio. L'investigatore nella fase preliminare e, poi, nel processo le parti e lo stesso giudice formulano una o più ipotesi di ricostruzione dei fatti. Assumendo che una vicenda consiste di una pluralità di eventi, ciascuno dei quali può avere le cause più disparate, si tenta prima un'elencazione di tutte le possibili cause di ciascun evento, delimitando, così, l'ambito delle ricostruzioni astrattamente proponibili; si seleziona, poi, tra quelle proponibili, l'ipotesi di ricostruzione della vicenda che appare più probabile in una determinata prospettiva di coordinamento tra le diverse possibili cause della pluralità di eventi.

Scelta così un'ipotesi, si propone una "storia" che spieghi la vicenda in esame traendo deduttivamente tutte le conseguenze che a questa "storia" danno un senso.

Ciò consente di verificare se la storia trova conferma in altri fatti che nell'immediatezza erano ignorati o non erano stati considerati significativi in quanto hanno assunto rilevanza solo nella particolare prospettiva selezionata. Accade frequentemente, peraltro, che nel tentativo di trovare conferme all'ipotesi ricostruttiva formulata in prima approssimazione si scoprono nuovi fatti dai quali deriva l'esigenza di una modifica o di qualche aggiustamento della "storia" prospettata. Sicché la selezione delle condizioni rilevanti dell'evento è il risultato di un procedimento circolare.

L'ultima fase è quella del tentativo di falsificazione dell'ipotesi: considerando le ipotesi alternative e dimostrandone l'infondatezza questa vede incrementata la sua forza esplicativa.

Le prime conclusioni sul rapporto tra diritto e scienza suggeriscono di trasferire nel processo il metodo di ricerca scientifica che si fonda sul cumulo delle concezioni di Hempel e di Popper.

Il processo penale è governato dalla legge $p(\mathbf{HK}) = \mathbf{r}$, dove la probabilità (\mathbf{p}) dell'ipotesi (\mathbf{H}) è proporzionale al grado di informazione coerente (\mathbf{K}), introdotta nel processo attraverso l'acquisizione dei mezzi di prova, ed al crescere di \mathbf{K} aumenta il grado di resistenza (\mathbf{r}) alla falsificazione dell'ipotesi⁷⁶.

La formula, si noti, non è diretta ad accertare se un fatto è o non è, ma se la spiegazione che ne viene data è razionalmente accettabile. La “storia” elaborata dall'accusa (ovvero la ricostruzione degli elementi di prova in chiave esplicativa del fatto-reato, secondo la proposizione: “se nella realtà l'imputato avesse commesso il reato ciò sarebbe spiegazione degli eventi”) deve essere capace di spiegare gli eventi, convalidata dagli elementi acquisiti nel processo, dotata di semplicità, non contraddetta da altri dati posseduti, dotata di alto grado di preferibilità rispetto ad ipotesi alternative.

Solo se tali requisiti sono soddisfatti è possibile giungere ad un'affermazione di responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”.

Un decisivo corollario di questa impostazione risiede nella convenienza gnoseologica che l'indagato concorra alla prospettazione di ipotesi alternative a quelle formulate dall'accusa. E' ben vero che questo è un preciso onere dell'accusa, ma non di rado l'ipotesi alternativa, se è conforme a realtà, è conosciuta solamente dall'imputato, ed è coerente con la struttura del processo accusatorio sollecitarlo ad offrirla, sia pure a livello di mera allegazione. La scelta che è riservata all'imputato, riconoscendogli il diritto al silenzio, non può dirsi allora neutra, ma può essere sottoposta al libero convincimento del giudice.

Traducendo questo complesso apparato nei modelli della logica deve anzitutto rilevarsi come il ragionamento giudiziario – da sempre ricondotto al sillogismo, in cui l'elemento noto (premessa minore o *factum probans*) viene analizzato secondo una regola (premessa maggiore) e fornisce un risultato sul fatto ignoto (conclusione o *factum probandum*) – segue il modello dell'abduzione e non della deduzione⁷⁷. Nel processo, infatti, si tratta di pensare a ritroso⁷⁸ e, inoltre, l'impiego delle leggi scientifiche, ove disponibili, è limitato a singoli passaggi⁷⁹, sicché le conclusioni non sono qualificate dalla necessità.

⁷⁶ E' la nota formula di Hempel.

⁷⁷ I dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse.

⁷⁸ Il fatto noto è il reato, che costituisce l'effetto di una condotta illecita, invece ignota, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi.

⁷⁹ Il reato è un fatto complesso, sicché nella sua descrizione giudiziaria occorre dare spiegazione di una pluralità di effetti.

Il tasso di equivocità della conclusione viene colmato attraverso una duplice operazione, interna (sulle prove) ed esterna (sull'ipotesi). La *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quelle utilizzate nell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nell'acquisire elementi convergenti con l'inferenza nel suo complesso. La prima operazione fornisce un riscontro all'ipotesi, la seconda la sottrae alla confutazione da parte di ipotesi alternative.

Sulla base di ciascuna inferenza (una per ogni singolo oggetto di prova) viene organizzata una sequenza argomentativa finale, in cui i vari risultati ottenuti si comportano come elementi del modello globale di ricostruzione del fatto e vengono interpretati sulla base di un'ipotesi esplicativa: $e1 + e2 + eN - reg1 + reg2 + regN = ris^{80}$ (l'imputato ha commesso il delitto).

L'ipotesi potrà dirsi confermata quando *ris* sia idoneo a produrre $e1 + e2 + eN$.

L'ipotesi potrà dirsi vera (oltre ogni ragionevole dubbio) quando *ris* sia l'unica in grado di giustificare $e1 + e2 + eN$, ovvero sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

Ci troviamo dunque di fronte ad una doppia verifica, deduttiva e probabilistica, assumendo la conclusione sulla condotta dell'imputato quale antecedente e leggendo la sua efficienza causale rispetto all'evento.

L'ultimo nodo da sciogliere attiene al livello della conferma probabilistica: nei casi in cui un'ipotesi appaia non già l'unica, ma nettamente preferibile su ogni altra esistente può non essere chiaro in cosa debba tradursi questa preferenza, per ritenere integrato il paradigma di certezza processuale imposto dal BARD. Sul punto in giurisprudenza non si rinvencono ancora enunciazioni pienamente soddisfacenti⁸¹.

Superato, oramai, l'antico paradigma della certezza morale, l'alternativa è tra certezza scientifica⁸² e certezza logica⁸³. In base alla prima la ricostruzione suscettibile di essere posta a fondamento di

⁸⁰ I simboli stanno, rispettivamente, per elemento di prova, regola di valutazione, risultato probatorio.

⁸¹ Ad oggi lo sforzo più consistente appare quello effettuato dalla I sezione della Corte di cassazione nel noto caso *Franzoni* (sentenza n. 31456 del 2008): «L'accertamento di responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio, che legittima il giudice a pronunciare condanna, può dirsi intervenuto quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura ma la cui realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana. La possibilità dell'azione di un estraneo (anche a prescindere dal comprovato alibi di tutte le persone della zona astrattamente sospettabili) è, del resto, stata esclusa, al di là di ogni ragionevole dubbio, attraverso la prova logica, che con altrettanta correttezza metodologica avrebbe potuto essere collocata al centro, ovvero posta come caposaldo della sequenza indiziaria, in luogo della prova scientifica basata sulla B.P.A., su cui ha, invece, preferito impostare la propria analisi la sentenza impugnata. Una volta, invero, dimostrate l'assoluta implausibilità dell'ingresso di un estraneo nell'abitazione e la materiale impossibilità che costui possa aver agito, con le modalità già descritte, nel ristrettissimo spazio di tempo a sua disposizione, ed una volta esclusa, come esplicitamente fa la sentenza, ogni responsabilità da parte del marito dell'imputata e del figlio (B), unica realistica e necessitata alternativa residuale è quella della responsabilità della sola persona presente in casa nelle fasi antecedenti la chiamata dei soccorsi».

⁸² Costruita su base nomologica-deduttiva. In base al modello nomologico-deduttivo la spiegazione scientifica consiste nella deduzione di un fenomeno a partire da una serie di premesse, che siano sostenute perlomeno da una legge di natura. Le leggi scientifiche contengono una sorta di necessità intrinseca; oltre a ciò, esse non descrivono solamente il

una pronuncia di condanna sarebbe solo quella non contraddetta da alcuna ipotesi alternativa dotata di minima plausibilità e sorretta da leggi scientifiche di carattere universale. In base alla seconda sarebbe sufficiente anche una ricostruzione del fatto sorretta da leggi induttivamente formate, ove dotata di capacità esplicativa nettamente superiore alle altre possibili ricostruzioni.

Il dualismo, tuttavia, appare superabile, alla luce della considerazione che neppure il paradigma della certezza scientifica – cui non si sottrae la stessa formula di Hempel⁸⁴ – è immune dall'esigenza di istituire una relazione tra tesi e antitesi, affidata – salvo situazioni in cui operino leggi certe, come detto eccezionali nel processo penale – al criterio probabilistico.

La soluzione, allora, riposa sull'attendibilità dell'opzione che si intende effettuare in favore dell'ipotesi accusatoria. Non è sufficiente che essa sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa concreta (nel qual caso si slitterebbe verso il parametro del “più probabile che non”, quand'anche caratterizzato da alti livelli di probabilità), ma occorre che essa sia capace di neutralizzare l'ipotesi alternativa, degradandola allo stadio di ipotesi puramente astratta, in assoluto non escludibile, ma appartenente all'universo delle congetture teoriche, sfinite di appigli nella realtà.

La netta preferibilità, dunque, resiste come criterio, ma si misura sull'esistenza di ipotesi alternative astratte (rispetto alle quali altro non si può predicare – per gli insanabili limiti della conoscenza umana – che un giudizio di elevata preferibilità), laddove l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implica un ragionevole dubbio e, dunque, l'assoluzione.

Se ciò vale in generale, per qualsiasi elemento costitutivo della responsabilità penale, vale a maggior ragione – e senza compromessi – per il fatto e la sua imputazione nei reati naturalistici, dove le leggi scientifiche esplicano un dominio incontrastato nella ricostruzione delle categorie giuridiche penali.

6.3 Il *b.a.r.d.* come regola del rapporto tra diritto penale e scienza

comportamento effettivo dei fenomeni, ma anche il loro comportamento virtuale. L'elaborazione della legge avviene fondendo il metodo induttivo puro (fondato sull'osservazione empirica) e quello ipotetico-deduttivo (che giudica le teorie controllandone la capacità di previsione: i dati sperimentali che dimostrano la correttezza di una previsione corroborano la teoria, i dati incompatibili con la previsione confutano la teoria).

⁸³ Costruita su base logico-deduttiva. In base al modello logico-deduttivo la spiegazione razionalmente accettabile è quella in grado di giustificare deduttivamente, ponendosi come premessa, il fenomeno, ma non coperta da leggi scientifiche universali, sicché lascia spazio a ipotesi alternative astrattamente plausibili, ma dotate di capacità esplicativa quantitativamente assai inferiore.

⁸⁴ Sostenitore del modello nomologico-deduttivo, ritenuto valido per qualsiasi tipo di disciplina della conoscenza, dalla fisica alla storia.

A questo punto è possibile dare una soluzione al problema della costruzione giuridica dell'ipotesi scientifica ed, in particolare, al passaggio lasciato in sospeso: l'implementazione del metodo scientifico nel sistema penale.

L'art. 533, comma 1 c.p.p. riempie quello spazio lasciato aperto – più che dall'art. 189 c.p.p. (“Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona”) – dall'art. 220 c.p.p. (“La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”), il quale non precisa quando una teoria scientifica può essere accreditata dal giudice penale.

Si riproduce, dunque, nel nostro ordinamento la situazione che caratterizza il sistema americano, dove a fianco del principio BARD c'è la disposizione sul testimone esperto, che lascia al giudice la scelta se accettare o no la sua opinione, dettando solo criteri di massima per l'ammissione della prova⁸⁵.

Tale neonata simmetria consente di recepire le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza statunitense, come già ha fatto la Corte di cassazione nel menzionato caso *Franzoni*⁸⁶.

Acquisito che lo *standard* epistemologico chiamato ad operare nell'ordinamento penale è quello “al di là del ragionevole dubbio”, una prima conclusione è che il cumulo delle concezioni propugnate dai filosofi della scienza⁸⁷, prescritto da *Daubert* per il giudizio civile, è a maggior ragione valido per quello penale, dove massima è l'esigenza di garantire l'affidabilità delle leggi impiegate.

⁸⁵ Rule n. 702 delle “*Federal Rules of Evidence*”: «If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case».

⁸⁶ Cass. sez. I, n. 31456 del 2008: «Relativamente al dedotto vizio di motivazione in ordine alla verifica della validità della tecnica di indagine (B.P.A.) sulle macchie ematiche rinvenute sul pigiama della prevenuta e sul piumone del letto, la corte territoriale ha, anzitutto, chiarito che essa non si basa su leggi scientifiche nuove od autonome bensì sull'applicazione di quelle, ampiamente collaudate da risalente esperienza, proprie di altre scienze (matematica, geometria, fisica, biologia e chimica) che, in quanto universalmente riconosciute ed applicate, non richiedono specifici vagli di affidabilità. Relativamente innovativo, ma solo per il nostro paese e per la nostra pratica giudiziaria, risulta, invece, il metodo, essenzialmente combinatorio, in base ad esse costruito, ma deve escludersi che i giudici del gravame (come, ancor prima, il G.U.P.) abbiano ommesso di motivare circa la sua riconosciuta validità scientifica e pratica, avendo a tale tema la sentenza, in modo ampio ed esauriente, dedicato le pagg. 183 ss., con specificazione dell'ormai sperimentata ed abituale prassi applicativa di detto metodo nei paesi anglosassoni ed in Germania, con indicazione della letteratura sull'argomento nonchè analitica disamina e confutazione dei numerosi rilievi dei consulenti tecnici di tutte le parti, senza pretermettere di considerare le possibili variabili in grado di influenzare il risultato di prova, con particolare riguardo (pagg. 190 ss.) all'applicazione della B.P.A. nello specifico caso in esame, *in tal modo sostanzialmente rispettando anche i rigorosi criteri di validazione della prova scientifica (aventi per l'A.G. italiana natura meramente orientativa) elaborati dalla giurisprudenza degli U.S.A.* e richiamati nelle acquisite note di udienza; nè può esigersi, per quanto già premesso, che questa corte proceda a nuova ed autonoma rivalutazione al riguardo, non ravvisandosi alcuna lacuna nè incongruenza nell'iter giustificativo sottoposto a sindacato [...]»

⁸⁷ HEMPEL, POPPER, KUHN.

Ne consegue che una teoria scientifica, perché sia dotata di attendibilità tale da poter essere impiegata in materia penale, deve essere empiricamente verificabile, suscettibile di falsificazione, essere stata oggetto di pubblicazioni sottoposte a revisione paritaria e godere del consenso della comunità, esserne noto il tasso di errore e la correttezza delle procedure di controllo cui è sottoposta.

In materia penale non è, dunque, possibile una lettura riduttiva di *Daubert*, tesa a richiedere la sola conferma sperimentale dell'ipotesi scientifica⁸⁸, essendo imprescindibile per il suo accoglimento che sia sottoposta a tentativi di falsificazione. Ciò conduce ad escludere dall'area penale non solo, come è ovvio, la cd. scienza spazzatura, ma anche tutti gli studi scientifici che, pur avendo trovato conferma sperimentale, non hanno resistito ai tentativi di falsificazione, essendo stati contraddetti da altri studi scientifici.

Un criterio così rigoroso sembra restringere eccessivamente il novero delle leggi scientifiche utilizzabili. Molte leggi sono prive di una verifica sperimentale nella totalità dei casi⁸⁹, sicché non reggono al criterio della conferma. Altre sono contraddette, sicché non reggono al criterio della falsificazione.

Quanto alle leggi prive di conferma universale occorre distinguere tra le teorie che si prefiggono tale grado di conferma, le quali devono ritenersi fallite, e le teorie che hanno un'intrinseca natura relativa, essendo destinate ad operare in settori dove la conoscenza dei fenomeni naturali non è ancora in grado di formulare ipotesi dotate di capacità esplicativa piena, le quali possono essere accreditate a patto che sia dichiarato il tasso di errore e lo stesso appaia contenuto in margini accettabili. D'altra parte sarebbe incongruo impiegare queste teorie (si pensi a quelle elaborate dalla medicina) per la soluzione di gravi problemi dell'umanità e non farlo per la decisione di una controversia giudiziaria.

Quanto alle leggi contraddette da altre teorie, la falsificazione non le esclude dal sapere scientifico utilizzabile in sede penale allorquando riguardi ambiti estranei alla materia oggetto della legge penale. Ad esempio gran parte della fisica classica, originata dalle teorie di Galilei e Newton, è stata messa in crisi da due teorie del ventesimo secolo, cioè la teoria della relatività di Einstein e la meccanica quantistica, le quali però si occupano della realtà su dimensioni o grandezze che non sono quelle oggetto del diritto penale (che non riguarda né il mondo subatomico, né quello che funziona alla velocità della luce), in cui le leggi classiche conservano validità.

Resterebbero fuori dall'ambito di applicabilità nel diritto penale le teorie scientifiche dotate di insufficiente grado di conferma. Parimenti sarebbero inaccettabili tutte quelle teorie prive del

⁸⁸ Come patrocinato dai sostenitori del metodo puramente induttivo.

⁸⁹ Sono le cd. leggi scientifiche relative, che retrocedono al rango di leggi statistiche.

crisma di scientificità, come quelle elaborate dalle scienze umane (siano esse scienze della psiche o scienze sociali), o che costituiscono semplici massime d'esperienza.

La tesi non è pacifica, perché se così fosse tutti i settori in cui non si sono ancora sviluppate leggi scientifiche sarebbero di fatto depenalizzati⁹⁰. La giurisprudenza della Corte di cassazione, infatti, propende per una tesi opposta, come si vedrà nell'esame del rapporto di causalità.

Una soluzione che può apparire di compromesso, ma che è l'unica coerente con il sistema penale, è quella di distinguere tra i diversi impieghi delle leggi di natura nel diritto penale.

I principi costituzionali impongono al legislatore di mantenere la fattispecie criminosa naturalistica nello schema della causalità e del reato di evento, il che impone di rinunciare a delineare tipologie di reato in cui l'identificazione del fatto e della sua imputazione non sia ancorata a leggi scientifiche⁹¹. Sul presupposto che tale requisito sia soddisfatto, il giudice potrà avvalersi per la ricostruzione del fatto anche di leggi scientifiche dotate di bassa grado di conferma o di massime di esperienza, poiché il loro margine di errore potrà essere colmato nel singolo caso, e la condanna sarà possibile solo se la responsabilità per il concreto accadimento sia provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Nei reati tecnici, invece, il fatto incriminato è descritto attraverso concetti non ripresi dalle scienze naturali, ma da discipline specialistiche non scientifiche (tra cui l'economia e il diritto). Rispetto a tali elementi le leggi scientifiche sono priva di competenza⁹², ne consegue che in tali ambiti non si può pretendere l'impiego.

Ciò non di meno le conoscenze che vengono utilizzate non possono sottrarsi ai principi fissati in *Daubert*. In tal senso si è espressa la Corte Suprema nel 1999⁹³, secondo cui «in questo caso ci si chiede di determinare come la massima di Daubert possa applicarsi alla testimonianza di tecnici o di altri esperti che non siano scienziati. Noi statuiamo che la massima di carattere generale di Daubert – che stabilisce l'obbligo per il giudice di farsi custode del metodo – si applica non solo alla testimonianza basta su conoscenze scientifiche, ma anche a quella basta su conoscenze tecniche o su altre conoscenze specialistiche»⁹⁴. Tale conclusione è coerente con la regola *b.a.r.d.* la quale

⁹⁰ Coerentemente è la conclusione cui perviene STELLA.

⁹¹ Il legislatore, anche contemporaneo, sembra tuttavia pensarla diversamente. Si pensi al reato di cui all'art. 612-bis c.p. ("atti persecutori", comunemente definito *stalking*), in cui l'evento cardine del reato è quello di un "perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima". L'incriminazione di un fenomeno psicologico, non facilmente riconducibile a quadri clinici elaborati dalle neuroscienze e certamente riconducibili alla condotta tipica, desta perplessità. Tuttavia occorre precisare che, a determinate condizioni, anche le scienze della psiche possono essere impiegate per la costruzione di reati naturalistici.

⁹² Se non, ovviamente, con riguardo al presupposto fenomenico (ad esempio l'abuso di ufficio posto in essere tramite l'adozione di un provvedimento illegittimo avrà pur sempre un referente naturalistico, dato dalla condotta della persona fisica che ricopre la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio).

⁹³ Sentenza *Kumho*, la quale però riguardava discipline classificabili tra le scienze applicate, e non tra le scienze sociali.

⁹⁴ Ciò è in linea con la citata *Federal Rule of Evidence 702*, dalla cui interpretazione muove *Daubert*, secondo la quale "Se qualche conoscenza scientifica, tecnica o di altro tipo specialistico dovesse essere utile a chi accerta i fatti un teste qualificato come esperto può rendere la sua testimonianza sotto forma di opinione [...]".

impone che qualsiasi sapere utilizzabile dal giudice penale possa essere sottoposto a decostruzione dalle parti (normalmente dalla difesa, ma anche dall'accusa).

Dal novero delle leggi scientifiche utilizzabili in materia penale vanno estromesse, infine, quelle che contrastano con la regola *b.a.r.d.* perché incapaci di concretizzazione (es. epidemiologia, tossicologia, biologia animale). Tali leggi esprimono una causalità generale, mentre l'attribuzione di un fatto ad un soggetto è subordinata alla prova particolaristica, cioè alla causalità individuale, senza la quale il reato sarebbe imputato a taluno a titolo di mera probabilità, in contrasto con il principio di personalità.

In sintesi:

- la legge penale può fondare la propria regola su leggi scientifiche⁹⁵ accreditate dalla comunità scientifica come universali o, anche, relative purché dotate di alto grado di conferma e non contraddette. Se incrimina fatti che non hanno corrispondenza immediata *in rerum natura* può utilizzare leggi non scientifiche, ma tratte dal sapere specialistico, a patto che rispettino il medesimo *iter* di formazione fissato per le leggi scientifiche;

- il giudice penale può fondare l'accertamento del fatto di reato su leggi scientifiche, su leggi statistiche o su massime di esperienze⁹⁶; mentre non appare persuasivo il richiamo, operato dalla Corte di cassazione, alle leggi appartenenti alla logica come regola dei percorsi mentali della razionalità umana, che sottrae il fatto umano alle regole della psichiatria ed della psicologia prima di averne saggiato l'utilizzabilità⁹⁷.

Sul tema delle leggi scientifiche impiegate in sede penale si ritornerà in più punti del *Manuale*.

7. B.a.r.d. e diritto penale sostanziale

Dall'analisi sin qui svolta emerge nitidamente il legame tra il principio BARD, formalmente dettato per il processo, e le categorie del diritto sostanziale.

In primo luogo, come appena evidenziato, è tale principio che – fissando sul piano epistemologico il modello della responsabilità penale – consente di scegliere un metodo per riconoscere e selezionare l'impiego delle leggi scientifiche (e, più in generale, delle leggi di copertura) nel

⁹⁵ Costruite nel circuito delle scienze matematiche, fisiche e naturali.

⁹⁶ Cass. I n. 31456 del 2008: «il giudice fa, più o meno consapevolmente, uso di particolari regole-ponte, tale da consentirgli di mettere in relazione i due fatti e di risalire da quello noto a quello ignoto; tale mediazione può essere assicurata da una c.d. regola di esperienza, legittimata dal patrimonio conoscitivo derivante dal senso comune e ricavata dall'osservazione ripetuta di casi simili, denotanti la costante ripetizione di un certo fenomeno in presenza di determinate condizioni, ovvero da una legge scientifica, di valenza universale o semplicemente statistica, od, ancora, da una legge appartenente alla logica, che presiede ed orienta i percorsi mentali della razionalità umana».

⁹⁷ Appare evidente, infatti, l'improprietà del richiamo alla logica come legge che governa i percorsi razionali della mente umana, poiché se è vero che l'intelligenza funziona tendenzialmente secondo meccanismi di inferenza, non è vero che i comportamenti umani, in specie quelli criminali, siano conseguenza di tali meccanismi, entrando in gioco componenti la cui spiegazione può essere desunta solo dalle neuroscienze.

sistema penale.

E' indubitabile che la regola *b.a.r.d.* muove dalla premessa, di ordine essenzialmente politico, secondo cui «in un processo penale il danno sociale è molto più grande se l'imputato sconta una pena per un reato che non ha commesso, del danno che la società subisce se l'imputato non sconta alcuna pena per un reato che ha commesso»⁹⁸ e si ispira ad un criterio non solo di razionalità, ma anche di libertà. Tuttavia, il suo esito è proprio introdurre nell'ordinamento giuridico il massimo di razionalità possibile, attingendo alle forme più elevata dalla conoscenza.

Ciò vale non solo che per l'accertamento del reato, ma anche, e prima, per la costruzione e per l'imputazione dello stesso.

Il che consente, in secondo luogo, di cogliere come tale regola trovi giustificazione non solo nella presunzione di non colpevolezza, ma nei principi fondamentali del diritto penale, quali personalità e legalità. Il principio di legalità «gode di una priorità pressoché assoluta rispetto all'interesse pubblico di punire, e questa priorità deriva dal profondo scetticismo sull'idea che punire condotte legali (ossia l'innocente) possa contribuire al pubblico interesse»⁹⁹. La regola *b.a.r.d.* contribuisce ad assicurare la preferenza costituzionale perché l'innocente non soffra, anche se il colpevole resterà impunito, che esprime a pieno titolo la legalità dell'incriminazione.

Da ultimo, tutto ciò implica che regola *b.a.r.d.* acquisti un ruolo per la teoria del reato, che la dottrina già gli aveva assegnato, cogliendone – prima ancora della sua formale introduzione nell'ordinamento – la valenza di paradigma euristico nell'individuazione della verità processuale e, dunque, nell'operazione di sussunzione del fatto concreto (in termini di tipicità oggettiva e soggettiva) sotto la fattispecie astratta¹⁰⁰.

Avendo già esaminato il primo tipo di interferenza del BARD sul diritto penale sostanziale, non resta che trattare gli altri due.

7.1 *B.a.r.d.* e principi fondamentali del diritto penale

La regola secondo cui la responsabilità penale deve essere accertata “al di là di ogni ragionevole dubbio”, proprio per la sua portata di valore, si pone in armonia con un ordinamento costituzionale che attribuisce la sovranità al popolo (art. 1), pone al centro la persona umana (art. 2), ne tutela la dignità (art. 3, comma 1) e si propone di rimuovere gli ostacoli alla sua partecipazione alla vita della società (art. 3, comma 2). In definitiva la regola in esame appare collegata a quei valori che un

⁹⁸ KADISH-SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes*, 1995.

⁹⁹ DRIPPS, *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, in California L. Rev., 1987.

¹⁰⁰ F. STELLA, “Giustizia e modernità”, II ed., Milano 2002. Ma l'intuizione può farsi risalire già a “*Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*”, Milano, 1975.

ordinamento democratico deve garantire, specie quando utilizzi uno dei poteri più invasivi di cui dispone.

Non può non cogliersi nell'affermazione del paradigma "al di là del ragionevole dubbio" una traccia dell'incidenza che il diritto penale ha nel grado di civiltà di un ordinamento; nesso che, pur cristallizzato nei sistemi di *common law*, è comune agli Stati occidentali. Ma, ai fini che qui interessano, è ancor più importante inquadrare la regola BARD nella cornice dei principi costituzionali in materia penale.

Su un primo versante la regola processuale si coordina al principio cardine del diritto penale, cioè il principio di legalità. Il reato c'è quando il fatto commesso dall'imputato è quello previsto dalla legge. La legge penale punisce chi ha commesso un determinato fatto, non già chi probabilmente l'ha commesso. La probabilità, per quanto ampia, non è accettata dall'ordinamento penale, in cui il principio di legalità ha valenza costituzionale, sia in senso formale che sostanziale. Ne consegue che la responsabilità penale dell'imputato deve essere accertata "oltre ogni ragionevole dubbio" se non si vuole vanificare il principio di legalità. Riserva di legge, irretroattività, determinatezza sono preordinate a stabilire le condizioni perché la legge possa prevedere un fatto come reato, costituendo al tempo stesso fondamento e limite del potere punitivo dello Stato. Il rischio di punire un innocente, che la regola BARD è volto a scongiurare, è parificato al rischio di un'incriminazione illegale.

Su un versante ulteriore si pone il rapporto, già rilevato dalla Scuola classica, tra il principio *in dubio pro reo* e il principio di personalità, atteso che riceve una pena senza colpevolezza colui che viene condannato senza prova certa della sua responsabilità, tanto da configurare tale principio come il rovescio processuale del principio di diritto sostanziale di colpevolezza. La Costituzione ha recepito questo legame nell'art. 27, laddove fa seguire all'affermazione del principio di personalità della responsabilità penale (comma 1) proprio quello sulla presunzione di non colpevolezza (comma 2). Il rapporto tra presunzione di non colpevolezza e principio di personalità si declina in due direzioni.

Nella prima il principio di personalità, nella sua accezione oggettiva, si salda a quello di legalità, predicando l'attribuzione del fatto a chi ha realizzato gli elementi oggettivi della fattispecie, o, più semplicemente, a chi l'ha commesso. La piena realizzazione di tale principio esige che l'imputazione del reato avvenga "oltre ogni ragionevole dubbio" e, per converso, che il cittadino il cui comportamento non sia collegabile al reato abbia la certezza di non essere punito. Ciò ha delle evidenti implicazioni sulla ricostruzione del rapporto di causalità e su tutti gli istituti del diritto penale che governano l'imputazione oggettiva.

Nella seconda direzione il principio di personalità, nella sua accezione soggettiva, si salda alla

funzione di rieducazione della pena (comma 3), predicando l'applicazione della pena a chi sia in una colpa per il fatto, cioè a chi abbia commesso un fatto "colpevolmente": se un soggetto non è rimproverabile la pena è inutile, e l'ordinamento deve minimizzare il rischio che gli sia inflitta. Né a conseguenze diverse può pervenirsi riconoscendo alla pena una funzione retributiva, la quale non ha significato in assenza di un fatto colpevole, e persino una funzione deterrente, atteso che la minaccia della sanzione non può valere ad assicurare l'ordine o ad orientare il comportamento dei consociati allorquando costoro non siano sicuri di essere protetti da incriminazioni ingiuste.

Legalità, personalità, colpevolezza costituiscono un triangolo rispetto a cui la regola BARD funge da parametro regolatore, postulando che ciascuno di questi principi, per soddisfare nel momento della costruzione ed imputazione del fatto di reato, si ispiri alle migliori conoscenze del momento storico.

7.2 B.a.r.d. e teoria del reato

L'intima aderenza della regola BARD agli assiomi del sistema penale anticipa la sua rilevanza per la teoria del reato e, precisamente, per la ricostruzione degli elementi di struttura oggettiva e soggettiva, in virtù di un'osmosi del modello epistemologico della responsabilità penale, codificato nel processo e trasferito alla fattispecie sostanziale di reato.

Anche la giurisprudenza della suprema Corte¹⁰¹ ha aderito a questa impostazione, enunciando esplicitamente il rapporto che corre tra diritto e processo penale: «È stato acutamente osservato in dottrina che il processo tende con le sue regole ad esercitare un potenziale dominio sulle categorie del diritto sostantivo e che la laboriosità del procedimento di ricostruzione probatoria della tipicità dell'elemento oggettivo del reato coinvolge la tenuta sostanziale dell'istituto, oggetto della prova, scardinandone le caratteristiche dogmatiche e insidiando la tipicità della fattispecie criminosa».

In particolare con riferimento al rapporto di causalità: «Ma pretese difficoltà di prova, ad avviso delle Sezioni Unite, non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione "debole" della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale, dell'"aumento del rischio", finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio. Deve tuttavia riconoscersi che la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale, il quale resta decisivo per la decodificazione, nei termini

¹⁰¹ Cass. sez. un. 11 settembre 2002 n. 30328, Franzese.

effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di "causazione multipla" legati al moderno sviluppo delle attività».

L'utilizzazione della regola BARD nell'argomentazione sul rapporto di causalità è suggerita dal parallelismo che corre tra l'accertamento di questo e l'inferenza processuale generale: «Il procedimento logico, invero non dissimile dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 comma 2 c.p.p. (il cui nucleo essenziale è già racchiuso, peraltro, nella regola stabilita per la valutazione della prova in generale dal primo comma della medesima disposizione, nonché in quella della doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste prescritta dall'art. 546, comma 1 lett. e c.p.p.), deve condurre, perché sia valorizzata la funzione ascrittiva dell'imputazione causale, alla conclusione caratterizzata da un "alto grado di credibilità razionale", quindi alla "certezza processuale", che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei dati ontologici, è stata condizione necessaria dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio. Ex adverso, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, per ciò sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può non comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia "in dubio pro reo". E non, viceversa, la disarticolazione del concetto di causa penalmente rilevante che, per tale via, finirebbe per regredire ad una contraddittoria nozione di necessità graduabile in coefficienti numerici».

I concetti espressi dalle Sezioni Unite si trovano, peraltro, in un precedente di poco anteriore¹⁰², che così significativamente conclude «Il giudice deve quindi abbandonare l'illusione di poter ricavare deduttivamente la conclusione sull'esistenza del rapporto di causalità da una legge scientifica (anche se di carattere universale!) che riproduca in laboratorio la sua ipotesi di ricostruzione dell'evento e dovrà fare ricorso, sempre, alla ricerca induttiva verificando l'applicabilità delle leggi scientifiche eventualmente esistenti alle caratteristiche del caso concreto portato al suo esame; tenendo in considerazione tutti gli specifici fattori presenti e quelli interagenti e pervenendo quindi ad un giudizio di elevata credibilità razionale, secondo i criteri di valutazione della prova previsti per tutti gli elementi costitutivi del reato; utilizzando anche i criteri di probabilità statistica ma tenendo ben presente che si tratta di criteri strumentali al fine di pervenire ad un giudizio di probabilità logica la cui credibilità razionale si riassume, conclusivamente, nella formula che l'evento specifico, hic et

¹⁰² Cass. sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 22568, Orlando. Nella sentenza abbondano i riferimenti proprio all'opera di Federico Stella.

nunc prodottosi, può essere causalmente ricollegato alla condotta dell'agente "al di là di ogni ragionevole dubbio"».

La giurisprudenza successiva sul rapporto di causalità non solo si è uniformata a questo orientamento, ma ha anche cercato di precisarne i criteri. Per contro parte della dottrina lo ha sottoposto a critica, proprio alla luce della riforma dell'art. 533, comma 1 del codice di procedura penale.

Sullo sfondo dell'apparente paradosso¹⁰³ si agita il dibattito sulla natura costitutiva o ricognitiva della norma, che secondo la giurisprudenza prevalente non avrebbe fatto altro che fotografare un principio già presente codice di procedura penale, quanto meno enucleabile dal sistema in via di adeguamento alle disposizioni costituzionali ed europee¹⁰⁴.

In senso contrario, tuttavia, è facile obiettare che, se così fosse, la disposizione in questione avrebbe natura interpretativa e, dunque, retroattiva, mentre nulla nel testo e nella legge che lo incorpora all'interno del codice di rito autorizza tale conclusione¹⁰⁵. Inoltre non può tacersi che nella prassi il giudice condannava quando aveva acquisito certezza della responsabilità, ma tale certezza, ad una lettura che andasse oltre le clausole di stile, si rivelava inferiore (ed, a volte, largamente inferiore) al paradigma dell'assenza di ragionevoli dubbi, finendo con l'identificarsi con la certezza morale. Infine appare davvero artificioso relegare un principio di tale portata a mera codificazione dell'esistente, quando l'esistente ne reca, al più, tracce scolorite. E' acquisito nella teoria generale che le norme di principio possono essere norme senza disposizione solo quando emergano con chiarezza dall'intero sistema (principi generali) o, almeno, da un suo settore (principi specifici), altrimenti ne occorre un'enunciazione espressa.

¹⁰³ La censura muove dall'introduzione di quel principio che le pronunce dichiaratamente accolgono prima della sua codificazione.

¹⁰⁴ Si tratta delle note teoriche dell'interpretazione adeguatrice o conforme.

¹⁰⁵ Anzi, l'impianto complessivo della legge n. 46 del 2006 accredita l'idea che tale principio si leghi strettamente alle novità previste da detta legge, in particolare all'inappellabilità delle sentenze di assoluzione, alla preclusione dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero in caso di pronuncia negativa della Cassazione in sede cautelare, all'ampliamento del ricorso in Cassazione per vizio di motivazione.

Curiosamente, peraltro, tutte le novità collegate all'introduzione della regola b.a.r.d. sono venute meno: le prime due ad opera della Corte costituzionale (Corte cost. 26/07: «È illegittimo l'articolo 1 della legge 20 febbraio 2006 n. 46, nella parte in cui, sostituendo l'articolo 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento»; Corte cost. 121/09: «È illegittimo l'articolo 3 della legge 20 febbraio 2006 n. 46, che introduce l'art. 405, comma 1-bis, del codice di procedura penale, che impone al pubblico ministero di formulare richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini»), la terza ad opera della Corte di cassazione (Cass. VI, n. 14054/06: «Allorché si deduca il vizio di motivazione risultante dagli "atti del processo" [articolo 606, comma 1, lettera e), del Cpp, come modificato dalla legge 46/2006], non è sufficiente che detti atti siano semplicemente «contrastanti» con particolari accertamenti e valutazioni del giudicante o con la sua ricostruzione complessiva e finale dei fatti e delle responsabilità né che siano astrattamente idonei a fornire una ricostruzione più persuasiva di quella fatta propria dal giudice. Occorre, invece, che gli "atti del processo" su cui fa leva il ricorrente per sostenere la sussistenza di un vizio della motivazione siano autonomamente dotati di una forza esplicativa o dimostrativa tale che la loro rappresentazione disarticoli l'intero ragionamento svolto dal giudicante e determini al suo interno radicali incompatibilità così da vanificare o da rendere manifestamente incongrua o contraddittoria la motivazione»).

Ciò posto, ha un senso non solo riesaminare il pur innovativo orientamento giurisprudenziale formatosi sul rapporto di causalità¹⁰⁶, ma anche interrogarsi sull'impatto di questa norma sulle altre categorie del diritto sostanziale.

A tale ultimo riguardo la dottrina¹⁰⁷ suggerisce una duplice distinzione:

- 1) in base alla tipologia della fattispecie di reato;
- 2) in base alla natura dell'elemento strutturale del reato.

Quanto al primo profilo il criterio adottato è quello della gravità del reato, nel senso di postulare una rigida applicazione del BARD solo per i fatti caratterizzati da un elevato disvalore, per l'importanza del bene offeso o per la particolare riprovevolezza delle tecniche di aggressione.

Quanto al secondo profilo il criterio adottato, opportunamente ridefinito, è quello della vicinanza dell'elemento del reato al fatto materiale.

Ad un primo livello, in cui la regola BARD opera pienamente, si collocano gli elementi oggettivi del reato maggiormente connotati sotto il profilo materiale (azione, evento di danno, omissione impropria, causalità di fatto). Ad un secondo livello, in cui paradigma di certezza e di probabilità tendono ad equivalersi, si collocano gli elementi oggettivi del reato meno connotati sotto il profilo materiale (omissione propria, evento di pericolo, causalità di diritto). Ad un terzo livello, cui il paradigma di probabilità appare più confacente, si collocano gli elementi soggettivi del reato. Incerta appare la collocazione delle scriminanti, in ragione della loro equivoca qualificazione dogmatica, che potrebbe addirittura suggerirne un'estraneità rispetto alla regola BARD.

Tale elaborazione ha il merito di riflettere il diverso peso che la realtà e le sue categorie assumono nella struttura del reato, ascrivendo al modello scientifico i soli elementi della fattispecie penale che esprimono pienamente la dimensione fenomenica del reato. Tuttavia, in questi termini, non può essere accolta.

Innanzitutto per ragioni di ordine metodologico: non è ammissibile un principio a geometria variabile. Se l'unitarietà della disciplina è essenziale per un istituto, lo è ancor di più per un principio, chiamato a funzionare come precetto generale della responsabilità penale.

In secondo luogo per ragioni di ordine logico: come rilevato in precedenza la dicotomia tra *standard* di certezza e di probabilità non sussiste, essendo la regola BARD espressione, per così dire, di un principio di absolutezza del relativo: in un dominio ontologicamente irriducibile al concetto di verità reale¹⁰⁸, accertare la responsabilità penale di un soggetto "oltre ogni ragionevole dubbio" rappresenta il massimo grado di approssimazione raggiungibile ed, in sostanza, la cristallizzazione della verità disponibile, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche,

¹⁰⁶ Sul punto si rinvia al cap. X.

¹⁰⁷ In ciò senz'altro influenzata dall'applicazione che del principio viene fatta nella cultura giuridica nordamericana.

¹⁰⁸ Peraltro, secondo la moderna filosofia della scienza, non rintracciabile neppure nel mondo naturale.

nell'indagine su fatti accaduti.

Resta, peraltro, uno spazio per recuperare la distinzione tra elementi oggettivi e soggettivi del fatto, che può essere identificato solo a patto di sostituire questa remota classificazione con quella – suggerita proprio dal rapporto tra realtà e ordinamento – tra fatto e imputazione, oggettiva e soggettiva.

Nel primo segmento, strettamente ancorato ai principi di materialità, determinatezza ed offensività, la regola BARD si avvale di leggi scientifiche, che la legge penale deve recepire¹⁰⁹. Nel secondo segmento, ancorato al principio di personalità, la regola BARD si avvale di leggi scientifiche o formate con metodo scientifico, che la legge penale recepisce ed adatta¹¹⁰. Nel terzo segmento, ancorato al principio di colpevolezza, la regola BARD si avvale di leggi sociali, che la legge penale recepisce nel rispetto delle leggi scientifiche¹¹¹.

La giurisprudenza che si è pronunciata in argomento ha mostrato di ritenere che la regola BARD non sia confinata alla causalità, sembrando escluderla, però, per gli elementi soggettivi del reato¹¹².

La tesi, come detto, suscita perplessità e porta a conseguenze inaccettabili. Si pensi al cd. furto d'uso: alla luce dell'art. 533, comma 1 c.p.p. non può essere accolto l'orientamento giurisprudenziale (da ultimo Cass. sez. V, n. 39909/06) che vuole sussistere furto comune – e non furto d'uso – nell'ipotesi in cui l'intervento di polizia avvenga nella fase dell'impossessamento o dell'uso e non in quella della restituzione, le volte in cui sia palese che l'intenzione dell'autore fosse quella di restituire la cosa dopo averla temporaneamente usata. In tale ipotesi, infatti, non può dirsi raggiunta la prova oltre ogni ragionevole dubbio in ordine al dolo del reato di furto ordinario, poiché emerge in modo plausibile – per le circostanze concrete dell'azione, per la natura del bene sottratto, per le dichiarazioni dell'imputato – che il reo ha agito al solo scopo di far uso momentaneo della cosa e, comunque, non al fine di trarne un definitivo profitto, benché tale intento non si sia ancora esteriorizzato in una condotta di restituzione, per essere stato l'intervento della polizia “troppo” tempestivo.

¹⁰⁹ Ciò vale, in particolare, per la elaborazione della nozione di azione ed evento.

¹¹⁰ Ciò vale per la elaborazione della nozione di causalità.

¹¹¹ Ciò vale, in particolare, per la elaborazione della nozione di dolo e di colpa.

¹¹² Cass. sez. IV, n. 4675/07: «Mentre in tema di causalità si tratta di addebitare oggettivamente un evento dannoso alla condotta dell'agente (ed ovvio che le regole processuali di un paese che si ispira ai principi della democrazia liberale debba richiedere sul piano probatorio quel elevato grado di probabilità – in cui si esprime la regola per cui la responsabilità va affermata oltre il ragionevole dubbio – che possa consentire di addebitare ad un soggetto un evento), le regole che disciplinano l'elemento soggettivo funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi. L'utilizzazione di questi criteri comporterebbe, in tema di prevenzione di rischi alla salute, che sarebbe esigibile l'adozione delle regole cautelari solo dopo che fosse stato accertato, in termini di elevata credibilità razionale che alla mancata adozione di regole di cautela consegue un determinato effetto dannoso. Questa operazione ermeneutica avrebbe come ovvio risultato quello di porre nel nulla la natura preventiva delle regole cautelari dirette ad evitare il verificarsi di eventi dannosi anche se scientificamente non certi (purché non solo congetturali) ed anche se non preventivamente e specificamente individuati. È dunque obbligata la conclusione che ben inferiore a quella richiesta per l'accertamento causale è la soglia che impone l'adozione della regola cautelare».

Interessante, con riguardo all'applicazione dell'art. 533, comma 1 c.p.p. alla condotta, è la nuova formulazione dell'articolo 73 del D.P.R. n. 309/90, dove la destinazione ad uso non esclusivamente personale della droga acquistata o ricevuta o detenuta funge da un elemento costitutivo del reato¹¹³, il cui accertamento deve farsi sulla base dei criteri indiziari già adottati dalla giurisprudenza e oggi transitati nella norma (comma 1-bis), che appaiono ammissibili – alla luce della regola BARD – in quanto possono essere vinti da una prova contraria.

La circostanza che l'onere probatorio dell'accusa rispetto ad un elemento costitutivo del reato sia tipizzato in sede sostanziale, laddove alla norma incriminatrice spetterebbe il compito di definire i contorni del fatto e non la soglia per ritenere raggiunto il requisito di ragionevole certezza, si spiega proprio in ragione della portata sostanziale che la regola BARD assume. Piuttosto, qualche perplessità può sorgere in relazione al fatto che attraverso tale disposizione il legislatore ha introdotto un meccanismo analogo a quello che deve utilizzare l'interprete (la dialettica tra ipotesi alternative), ma canalizzato in uno schema forzato, che potrebbe essere divergente da quello più idoneo nel singolo processo.

Al riguardo la giurisprudenza ha precisato che la presunzione legale opera *iuris tantum*, con ciò evitando il contrasto con l'art. 533, comma 1 c.p.p.¹¹⁴. La valenza presuntivamente indiziante dei criteri può legittimare la condanna, purché il giudice ritenga che la stessa dia certezza processuale, dovendo a tal fine apprezzare i criteri indizianti alla luce dell'evidenza disponibile e delle eventuali allegazioni difensive. Così il giudice potrà condannare in presenza di una condotta di detenzione di un quantitativo di sostanza stupefacente il cui principio attivo risulti superiore al quantitativo massimo indicato in tabella se (e solo se) ritenga di poter motivare, alla luce delle complessive risultanze del caso concreto, al di là di ogni ragionevole dubbio, che si tratti di droga che appaia destinata «ad un uso non esclusivamente personale». Con una motivazione che sarà tanto più approfondita e analitica quanto più il quantitativo sia prossimo alla soglia indicata in tabella.

Con riguardo alle cause di non imputabilità non risultano ancora precedenti, ma può rilevarsi che nella già citata sentenza sulla legittimità costituzionale della ambigua distinzione sotto il profilo

¹¹³ Cass. sez. un., n. 21832 del 2007: «La destinazione ad uso non esclusivamente personale della droga acquistata o ricevuta o detenuta – non è esimente (come nel sistema della legge n. 685/75, nel quale la condotta rivestiva di per sé carattere di illecito penale e l'uso personale andava positivamente accertato per escludere la punibilità). Conseguentemente nel caso della ricezione di una modica quantità di sostanza stupefacente, elemento sintomatico di uso personale, ed in assenza di acquisizioni che depongano invece per una destinazione ad uso di terzi, l'acquirente va ascoltato in qualità di persona informata dei fatti».

¹¹⁴ Cass. IV, n. 16373/08: «Il comma 1-bis, lettera a), dell'articolo 73 del Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, inserito a seguito delle modifiche introdotte nella disciplina sanzionatoria delle sostanze stupefacenti con il decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49, non muta il sistema precedente quanto alla configurazione della detenzione per uso di terzi come elemento costitutivo del reato e non prevede, quindi, una presunzione assoluta di detenzione a fini di spaccio della sostanza stupefacente che superi i limiti quantitativi nella medesima norma indicati. La norma si limita, infatti, a indicare alcuni elementi sintomatici dai quali può trarsi la conclusione che la sostanza non era destinata a uso esclusivamente personale».

scientifico tra ubriachezza abituale e cronica la Corte costituzionale così concludeva: «è facendo riferimento al principio di colpevolezza che il giudice deve porsi in grado di risolvere i problemi che si presentano nella concreta applicazione dell'art. 95 del codice penale, facendo applicazione, nel dubbio, proprio delle regole di giudizio espressamente stabilite nei commi 2 e 3 (quest'ultimo comma ritenuto in astratto dalle ordinanze del giudice rimettente riferibile anche alle cause di non imputabilità) dell'art. 530 del codice di procedura penale».

Sotto questo profilo una motivazione della sentenza è non solo possibile ma doverosa, anche a prescindere dal pur rilevante parere eventualmente espresso, sia sull'imputabilità che sulla pericolosità sociale, dal perito o dai periti». Il riferimento alle regole sul proscioglimento in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova (e quindi di dubbio) sull'esistenza di una causa di non imputabilità appare premonitore dell'esigenza che, a maggior ragione se nella materia vi è incertezza scientifiche, la regola BARD sia applicabile anche ad esse.

Il riconoscimento della portata sostanziale della regola BARD sigilla la rilevanza delle categorie scientifiche nella teoria del reato. Resta fermo che, per ciascun istituto riferibile agli elementi costitutivi della responsabilità penale o alle sue forme, l'interprete è chiamato a trovarne il punto d'ingresso nelle norme che lo disciplinano.

8. Conclusioni e piano dell'opera

All'esito dell'esame della elaborazione tradizionale e di quella innovativa sul tema della responsabilità penale conviene anticipare lo schema di analisi della materia, secondo la dialettica tra diritto penale e scienza, quale apparato gnoseologico del rapporto tra norma penale e realtà.

Il metodo investe la costruzione dell'intero sistema penale, ma attinge con maggior forza la teoria del reato, scardinando la dialettica tra concezione bipartita e concezione tripartita, in nome di un'impostazione che non è semplicemente diversa, ma superiore¹¹⁵.

Entrambe le concezioni tradizionali muovono dalla distinzione tra *imputatio facti* e *imputatio iuris*, risolvendola in modo diverso e, tuttavia, ugualmente debole.

La teoria bipartita, pur aderendo ad un'impostazione naturalistica, che la porta a costruire il reato con esclusivo riferimento alle categorie della realtà¹¹⁶ (*imputatio facti*) ed a lasciare fuori dalla sua struttura tutti i profili valutativi (*imputatio iuris*), perviene ad una costruzione incompatibile proprio con le leggi scientifiche:

¹¹⁵ Sia chiaro che il termine non viene usato come una discriminante, cioè per esprimere un giudizio di preferenza, ma in senso puramente descrittivo: superiore è ciò che sta sopra («*superior stabat lupus*»), e nella geografia della conoscenza le discipline scientifiche “stanno sopra” quelle umanistiche, allorquando si tratta di studiare l'universo e le sue leggi.

¹¹⁶ Elemento materiale e psicologico sono, infatti, trasfigurazioni del reale oggettivo e soggettivo.

- ammette i reati senza evento¹¹⁷;
- adotta una teoria della causalità materiale imperniata sui soli correttivi al condizionalismo¹¹⁸;
- elabora il dolo e la colpa come forme dell'elemento psicologico del reato¹¹⁹.

Inoltre svuota il ruolo degli elementi valutativi nella struttura del reato, con riguardo ai profili normativi della colpa, alla anti giuridicità dell'azione, all'esigibilità della condotta lecita.

Per contro la teoria tripartita, pur più completa, è carente sul piano della definizione degli elementi materiali:

- adotta una nozione ambigua e scarsamente rigorosa di «tipicità»¹²⁰;
- colloca, in modo del tutto arbitrario, la causalità all'interno del fatto tipico¹²¹;
- confonde il ruolo dell'elemento soggettivo¹²².

Inoltre presta il fianco ad alcune obiezioni sulla sistemazione dell'anti giuridicità e della colpevolezza.

Entrambe le teorie, dunque, non solo peccano di impostazione unilaterale del rapporto tra *imputatio facti* e *imputatio iuris*, ma soprattutto adottano un metodo di analisi tecnocratico, insensibile al primato della scienza nella costruzione del reato.

Il reato non è l'illecito civile. E' qualcosa di qualitativamente diverso, e questa diversità non si esprime tanto e solo all'interno del dominio giuridico, quanto piuttosto nella evocazione del dominio scientifico, che – immanente nella ontologia del diritto penale – acquista valenza positiva grazie ai principi costituzionali ed alle pietre angolari dell'edificio codicistico (art. 1, art. 40, art. 42 c.p.).

La proposta di una struttura pentapartita, articolata non più su elementi metaforici (oggettivo e soggettivo; ovvero fatto tipico, anti giuridicità, colpevolezza), ma su categorie gnoseologiche (fatto, imputazione, qualificazione), sostituisce all'antitesi tra *imputatio facti* e *imputatio iuris* la

¹¹⁷ Un evento c'è in tutti i reati, perché solo i sistemi penali soggettivi possono incriminare le condotte in quanto tali, prescindendo cioè dal loro impatto sulla realtà.

¹¹⁸ Quasi tutti gli Autori che fanno riferimento alla teoria bipartita assegnano la funzione di selezionare tra le diverse condizioni quella dotata di efficacia causale all'art. 41, comma 2 c.p. senza preoccuparsi di definire i criteri in base ai quali, già prima, un antecedente causale può essere considerato penalmente rilevante.

¹¹⁹ Il reato è costruito come somma aritmetica (fatto materiale + fatto psicologico), ma il profilo psicologico non può fungere da elemento a sé, essendo una tecnica di imputazione, per questo la teoria bipartita stenta a trovare un comune denominatore al dolo ed alla colpa. Inoltre i concetti sostanziali di dolo e colpa sono poco definiti nel loro contenuto empirico, che viene confinato all'accertamento processuale.

¹²⁰ Si è già visto come la dottrina tedesca assegnasse alla tipicità un valore autonomo, giustamente rifiutato dalla dottrina italiana, che però non si è sottratta ad un uso della categoria improprio, utile a costruire il fatto (tipico) come oggetto della valutazione di anti giuridicità e colpevolezza, ma in tal modo confondendolo con l'altro significato della locuzione, che lo identifica nel complesso degli elementi rappresentati nella norma penale.

¹²¹ E' fuori discussione che la causalità rilevi sul piano oggettivo, ma essa non è un sottoelemento dell'elemento fatto tipico, per la semplice ragione che, quand'anche la norma utilizza il nesso causale per descrivere il fatto incriminato, il nesso causale non è, scientificamente, un fatto, né può esserlo per la norma.

¹²² Ora considerandolo sottoelemento del fatto tipico, ora sottoelemento della colpevolezza, in entrambi i casi incorre in un errore logico e metodologico: dolo, colpa e preterintenzione non sono né elementi del fatto, né elementi di un giudizio, ma criteri di attribuzione soggettiva del comportamento tenuto dall'uomo e delle sue conseguenze.

ripartizione di competenza tra leggi scientifiche e leggi giuridiche (con le prime che vengono pur sempre filtrate dalla norma penale, secondo un meccanismo governato dal principio *b.a.r.d.*) nella sistemazione di un'entità che è fatto e diritto al tempo stesso, ma in cui il fatto non può leggersi – come in altri ordinamenti – come mero presupposto dell'imputazione/qualificazione normativa.

A garanzia dell'operazione lo strumento della logica, che, in quanto disciplina di statuto matematico, non fornisce contenuti, ma regole di organizzazione.

Ciò posto sul piano metodologico, su quello sistematico si può illustrare il piano dell'opera, la cui *consecutio* è:

- principi;
- legge penale;
- reato;
- forme del reato;
- effetti del reato.

Può dunque confermarsi l'opzione tradizionale volta ad estromettere la figura del reo dalle parti autonome del sistema.

Ciò, oltre che per le ragioni tradizionali, certamente condivisibili, perché una considerazione del reo che gli assegni uno spazio autonomo rispetto al reato è incompatibile con il metodo scientifico, ed è respinta dallo stesso ordinamento cui appartiene la regola di governo delle leggi scientifiche nel sistema penale.

L'art. 187, comma 1 c.p.p. ("Oggetto della prova") prevede che nel processo penale "*Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza*".

A sua volta l'art. 220, comma 2 c.p.p. ("Oggetto della perizia") stabilisce che "*Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche*".

Dalle due disposizioni emerge chiaramente come il legislatore abbia delimitato l'oggetto della prova penale al reato ed alle sue conseguenze e posto uno sbarramento a valle di qualsiasi cedimento al diritto penale d'autore, vietando accertamenti sul «*Tätertypus*» al di fuori del segmento pena o misure di sicurezza.

Dei cinque argomenti da trattare la priorità, concettuale e didattica, spetta ai principi. L'esame di questi, peraltro, è avvinto alla nuova teoria del reato: per ciascun principio si dimostrerà il condizionamento esercitato sugli elementi di struttura che trovano un referente nelle leggi scientifiche. In particolare:

- principi di determinatezza, tipicità, frammentarietà, materialità, offensività > fatto (condotta ed evento);
- principio di personalità > imputazione oggettiva (causalità materiale) e soggettiva (causalità psichica).

Per quanto attiene alle qualificazioni, il cui referente sono le leggi giuridiche, l'attenzione sarà riservata alla qualificazione soggettiva, in quanto possa trovare anch'essa fondamento nel principio di personalità, e precisamente di colpevolezza, secondo la ricostruzione che ne offre parte della dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale.

Principi e, successivamente, struttura del reato sono il fulcro della parte generale del diritto penale, cui l'opera è dedicata. Una riflessione è opportuna, dunque, sul ruolo che questa parte ha, rispetto a quella speciale, nella costruzione del sistema penale.

Contrariamente alla tradizione – seguita anche in tempi recenti – che voleva la parte speciale come «l'unico vero e proprio diritto penale»¹²³, lo studio della parte generale è non solo prioritario ma potenzialmente assorbente: il saldo possesso dei principi fondamentali, la conoscenza approfondita della struttura del reato, delle sue forme, dei suoi effetti, consentono di risolvere agevolmente qualsiasi problema sui singoli reati.

In presenza di modelli convenzionali dell'oggetto di studio, la conoscenza procede dal generale al particolare, il quale ultimo si configura come l'applicazione del generale in uno degli ambiti di sua competenza. Così ciascun reato deve rispecchiare il modello fissato dal legislatore e rispettare i principi fondamentali della responsabilità penale. Ciò implica, peraltro, che le categorie scientifiche entrano nel dominio giuridico penale per il tramite dei concetti di parte generale, mentre solo le singole leggi scientifiche presiedono a ciascun reato.

Tuttavia, proprio il rapporto logico che lega parte generale e parte speciale del codice penale suggerisce, ed anzi impone, di analizzare gli istituti di parte generale anche alla luce delle singole fattispecie di reato.

Ciò vale sia per i principi fondamentali, sia per la struttura del reato.

Quanto ai primi la parte speciale ne costituisce l'attuazione, sicché non se ne può prescindere per una compiuta definizione (ad esempio per il principio di determinatezza è rilevante l'analisi delle figure di reato che lo tradiscono dal punto di vista empirico – plagio, *stalking*, pornografia virtuale – o ricche di elementi normativi).

Quanto ai secondi, si avverte la necessità di integrare le nozioni sugli elementi costitutivi del reato, piuttosto scarse, con i dati desumibili dall'interpretazione sintetico-sistematica delle norme di parte speciale.

¹²³ Così PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, 1948. La tesi è stata seguita, tra gli altri, dall'Antolisei.

Storicamente alcuni istituti sono transitati dalla parte speciale (le cause di giustificazione, che i codici preunitari annoveravano come esimenti dei delitti contro la persona; la colpa, che il codice previgente inseriva nella previsione sull'omicidio colposo; l'omissione impropria, introdotta in funzione di estensione dell'incriminazione dei reati di azione previsti dalla parte speciale), altri sono stati elaborati anche sulla base delle norme di parte speciale (la causalità, che si è giovata dei reati a forma libera, incentrati sulla produzione dell'evento; la preterintenzione, desunta per generalizzazione dell'ipotesi di omicidio preterintenzionale).

Inoltre la parte generale del codice penale contiene disposizioni incriminatrici (articoli 40, comma 2; 56; 110; i quali hanno l'effetto di estendere la punibilità dei reati di parte speciale), di cui occorre verificare la compatibilità e il funzionamento con le singole fattispecie di reato.

Ne consegue che quando si esamina la parte generale non si può non tener conto della parte speciale e dei profili di interazione.

Ma vi è un'ulteriore ragione, di ordine didattico, che fa apparire una scelta quasi doverosa l'esemplificazione dei concetti di parte generale in sede di specifiche ipotesi di reato: la comprensione di un istituto del diritto penale si giova non poco di un'analisi che, definiti i suoi tratti qualificanti, ne effettui la sperimentazione a livello di peculiari ed emblematiche fattispecie criminose.

A questo criterio metodologico ed espositivo il Manuale si ispira.

9. Postilla: la responsabilità da reato degli enti

Una parentesi postuma va aperta per spiegare la collocazione della responsabilità da reato degli enti collettivi.

L'ordinamento penale è costruito sulla persona fisica¹²⁴. Ciò non rappresenta un impedimento alla previsione della responsabilità penale degli enti immateriali¹²⁵, ma limita il ruolo che essa può svolgere all'interno del sistema penale.

Il d.lgs. n. 231 del 2001 costituisce un corpo normativo separato, tendenzialmente completo, che delinea un *tertium genus* tra illecito amministrativo e reato¹²⁶, di fatto confinandolo ai margini del sistema penale, da cui riceve molto, ma a cui non appartiene.

¹²⁴ Sia la Costituzione che, ancor più, il codice penale riflettono l'antico dogma *societas delinquere non potest*. Questo, peraltro, non si è tradotto in un divieto di responsabilità penale degli enti, ma nell'indifferenza verso il fenomeno, estraneo all'orizzonte culturale e normativo dell'epoca.

¹²⁵ Il disinteresse ereditato dal legislatore contemporaneo verso tale forma di responsabilità ha lasciato aperta la possibilità di verificarne da un lato la compatibilità con i principi costituzionali, dall'altro la costruzione in aderenza a tali principi. La verifica positiva di entrambi i requisiti può comportare l'estensione della disciplina ordinaria in materia penale.

Il *Manuale* è simmetricamente costruito sulla responsabilità della persona fisica, mentre la responsabilità da reato degli enti è trattata nell'ultimo volume, tra gli effetti del reato, qual essa è, come tra breve si dimostrerà.

Il riflesso più evidente di questa scelta è che non se ne terrà conto nell'analisi dei principi, la cui elaborazione – inevitabilmente legata anche alle applicazioni che ne sono fatte – non può essere orientata da un fenomeno che, per quanto significativo, non si integra nel sistema penale.

Inappropriato sarebbe, poi, discuterne nell'ambito della trattazione degli elementi del reato e, precisamente, del soggetto attivo: non di reato comune si tratta, ma neppure di reato proprio, perché gli enti non sono destinatari delle norme penali previste per le persone fisiche. Non esiste, cioè, un sistema penale comune alle persone fisiche ed alle persone giuridiche, che giustifichi la considerazione di queste ultime tra i soggetti attivi del reato.

Ma non esiste neppure un ordinamento penale parallelo delle persone giuridiche, elevabile a sistema autonomo, sulla base della sola natura del soggetto attivo.

L'art. 11, lett. e) della legge n. 300 del 2000 delegava il Governo a “*prevedere che i soggetti di cui all'alinea del presente comma sono responsabili in relazione ai reati commessi [...]*”.

La commissione di un reato è il presupposto per la responsabilità dell'ente, la fattispecie costitutiva di tale responsabilità è incentrata sulla «relazione» con quel presupposto.

La costruzione dell'illecito commesso dall'ente, quale che ne sia la natura, come conseguenza del reato commesso dalle persone fisiche è un segno della marginalità nel sistema di tale forma di responsabilità. Detta in termini più precisi l'illecito dell'ente non è un fatto commesso dall'ente, ma è il fatto di reato commesso dai suoi organi, imputato all'ente, secondo uno schema che ricorda quello dell'omesso impedimento del fatto illecito altrui o del concorso eventuale di persone nel reato, ma che si distacca da entrambi.

L'art. 1, comma 1 del d.lgs. 231/2001 lo rende ancor più chiaro, stabilendo che “*Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*”.

La formula impiegata è più restrittiva di quella impiegata nella legge delega, e vale a identificare la connessione tra illecito dell'ente e reato delle persone fisiche come un vero e proprio nesso di dipendenza, accentuando la natura subordinata della responsabilità dell'ente, quasi che la stessa, appunto, si configuri come conseguenza del reato, piuttosto che come reato in sé.

E' di grande interesse studiare la struttura di questo illecito e, soprattutto, le tecniche di imputazione, onde verificare se, davvero, il fatto sia solo quello individuale e tutto si risolve

¹²⁶ Così la relazione governativa; nel testo normativo la responsabilità è qualificata come amministrativa, ma gli indici sostanziali e la competenza giurisdizionale militano in favore della natura penale.

nell'ascriberlo all'ente collettivo, e se il meccanismo di attribuzione rispecchi il principio di personalità sancito dalla Costituzione¹²⁷.

Ma questi argomenti devono essere esaminati a parte, e non possono interferire con la ricostruzione del sistema della responsabilità penale. Oggi, ancora, è l'illecito delle persone giuridiche a poter essere adattato al sistema penale¹²⁸, non il contrario.

¹²⁷ La personalità dell'illecito consente di replicare alla obiezione che vede nelle sanzioni subite dall'ente una responsabilità per fatto altrui, superata da PULITANÒ (*Enciclopedia del diritto*, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, agg. VI, 2002) considerandolo un dato di fatto, che può presentarsi in qualsiasi applicazione di sanzioni, per cui la pena viene indirettamente a incidere su terzi innocenti, legati al condannato: «Tale risvolto fattuale sta fuori della portata del principio di responsabilità personale. Per gli associati, l'assoggettamento dell'ente a sanzione (comunque qualificata: anche, eventualmente, sanzione penale) fa parte del normale rischio d'impresa, come semplice "questione di costi", di perdita patrimoniale in ragione del decremento di valore dell'ente, non diversamente da quanto avviene ed è ammesso senza problemi nel caso di assoggettamento dell'ente a conseguenze civili pregiudizievoli (per esempio, condanna al risarcimento di danni o ad altra prestazione».

Ma questa considerazione vale nella misura in cui l'illecito appartenga realmente all'ente, e non agli organi che hanno commesso il reato presupposto.

¹²⁸ Le strade possibili al riguardo sono due: importare le concezioni in ordine alla soggettività giuridica degli enti forgiate dalla dogmatica civilistica, per trovare quella più adeguata a spiegarne la rilevanza per il diritto penale, ovvero far leva sull'unità e coerenza dell'ordinamento: «In via di principio, una volta ammessa la possibilità ed opportunità di "creare" un autonomo centro d'imputazione di attività e di rapporti giuridici, la medesima logica che vale per l'imputazione all'ente dell'agire lecito di suoi "esponenti" (il termine è volutamente generico) varrà ragionevolmente anche per l'imputazione del fatto illecito e delle sue conseguenze. [...] se la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trarre profitto, ovviamente per il tramite di persone fisiche agenti per l'ente, è nella logica di un tale istituto che all'ente possa essere ascrivuto sia un agire lecito che un agire illecito, realizzato nella sfera di attività dell'ente stesso. La "capacità di colpevolezza" della persona giuridica, ideologicamente negata da parte della dottrina, è implicita nella configurazione fattuale e giuridica di un soggetto capace di agire. Da ciò l'ineccepibile conclusione: vi è contraddizione fra il riconoscere gli enti collettivi come soggetti protagonisti del sistema, ed il pretendere per essi, in nome di principi di garanzia pensati per le persone fisiche, una completa immunità nei confronti del sistema penale» (PULITANÒ, *op. cit.*).