

— Pronti... via! Perché è necessaria una "svolta"

Seconda parte.

di Luca Santa Maria

1.

Che cosa è il Diritto Penale? Chi crea il Diritto Penale? La Legge e solo la Legge? Quale rapporto c'è tra Diritto e Legge? E tra Giudice e Legge? Tra Giudice e Diritto? Che cos'è la Giustizia? È possibile, o addirittura doveroso, costruire un concetto di Giustizia o almeno un nucleo fondamentale di valori su cui tutti dobbiamo concordare ragionevolmente e che chiamiamo Giustizia? O facciamo bene a continuare a chiamare – al solito modo – il Diritto come se fosse sinonimo di Giustizia? È possibile che la Legge sia ingiusta e che il Diritto Penale, cionondimeno, possa e debba essere conforme a Giustizia, perché altrimenti non è Diritto? Quando la Legge non è conforme a Giustizia, può – o deve, ed eventualmente a quali condizioni – il Giudice disapplicarla con una sorta di **obiezione di coscienza**? La Giustizia può essere fonte di **cause di giustificazione** che siano fondate sulla Giustizia, e che facciano venir meno l'antigiuridicità di fatti conformi al tipo di reato scritto della Legge?

Sono tutte domande difficili, alcune persino **antiche quanto è antico è il diritto** (che, a loro volta, richiamano antiche dispute tra giusnaturalismo illuminismo e positivismo giuridico e tante altre ancora), ma sono anche le uniche domande, o le poche domande, cui abbia senso davvero provare a rispondere.

È d'uso, però, nel gioco linguistico della dogmatica corrente, chiudere il discorso su queste domande prima ancora di averlo aperto e concludere che quelle sono tutte domande filosofiche e non giuridiche (sebbene sia ovvio che anche questa risposta è una risposta... filosofica).

Il giurista positivo tende a considerare la filosofia del diritto un po' come si dice che la serva di Tracia considerasse il filosofo Talete, quando, per voler guardare le stelle, egli finì in un pozzo e la serva se la rise a crepapelle.

Alla domanda: «che cosa è il diritto penale?», i dogmatici hanno quasi sempre risposto: «**il Diritto Penale è quello che la Legge dice che è**» e **la tautologia certo contiene un'inconfutabile potenza di verità logica**, ma anche **una altrettanto totale irrilevanza epistemologica** (la tautologia non dice del mondo nulla più di quel che già non sappiamo) che, però, è **tutt'altro che innocente** sul piano giuridico, perché evidentemente accorda il nome di Diritto a qualunque Legge, foss'anche la più odiosa.

2.

Senza preavviso o quasi, però, pare che tutto sia cambiato.

Quando la giurisprudenza CEDU interpreta l'art. 7 della Convenzione nel senso che **la materia del diritto penale esiste e non è solo forma**, e che **il Giudice Penale è un fonte sostanziale del diritto penale**¹, lo spettro della filosofia – che vuol dire necessità di un pensiero forte sulle domande difficili di prima –, riappare all'improvviso, come la polvere che avevamo messo sotto il tappeto con la trovata della tautologia.

Dover prendere atto che il Giudice è fonte sostanziale del Diritto significa dire che **il Diritto Penale è più ed è anche altro della Legge** e, poiché la CEDU è diritto positivo nel nostro diritto (alle condizioni che la stessa Convenzione precisa e che l'Italia ha accettato), le domande filosofiche dell'inizio diventano... **domande di diritto positivo che non si possono più eludere**.

La CEDU non si ferma infatti **alla definizione tautologica di diritto penale**, forse perché sa che la legge può essere il capestro cui spesso è stata appesa e fatta morire la giustizia (i peggiori orrori della storia umana sono avvenuti sotto la solida protezione di una legge) e per questo prova a costruire **una definizione materiale** – cioè **non tautologica** – di che cosa sia “diritto penale”.

I **criteri euristici** – i cosiddetti criteri di Engel² – non sono, probabilmente, l'espressione più profonda del pensiero possibile intorno all'abissale domanda del che cosa è diritto penale, ma danno **l'impressione d'essere comunque preferibili allo stratagemma della tautologia** cui, troppo facilmente, ci siamo abituati noi.

Ora che c'è la CEDU, il cuore del problema penale è la **prevedibilità del diritto penale “materiale”, che è anche e soprattutto il diritto penale creato dal Giudice**³.

Prima no, invece?

3.

Che cosa è, allora, la materia del diritto penale, se la tautologia formale non va più?

¹ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017.

² Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 223. Secondo da Corte, al fine di affermare l'esistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente i seguenti tre criteri (noti appunto come criteri di Engel): *i*) la qualificazione giuridica della misura; *ii*) la natura della misura; *iii*) la natura e il grado di severità della “sanzione”.

³ La dottrina ha in particolare osservato che «la diffusa scoperta, nella recente riflessione dottrinale e nella stessa giurisprudenza, del possibile impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul sistema penale ha provocato una serie di onde telluriche che hanno condotto a rimettere in discussione la fisionomia dello stesso principio di legalità in materia penale»; cfr. F. Viganò, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 5.

Nella letteratura penalistica recente si trovano espressioni secondo cui la **sanzione penale è punitiva-afflittiva**, mentre **la sanzione non penale, amministrativa, è (prevalentemente) preventiva**⁴.

A parte l'ambiguo uso dell'avverbio "prevalentemente" (quanto prevalente?), liquidare il problema così pare troppo facile, anche perché la dottrina penalistica, quando, su un tavolo diverso, deve giustificare e fondare la pena, scrive quasi sempre che la giustificazione e il fondamento della pena – *a la* Beccaria – stanno nella **prevenzione**, o almeno prevalentemente nella prevenzione – *ne peccetur* –, e non, almeno prevalentemente, nella punizione, cioè nella **retribuzione** – *quia peccatum est* – a la Kant.

Perché, invece, quando si tratta di definire la "materia" penale, e quindi la pena e il suo scopo, **vien fuori l'opposto**, e cioè che **la retribuzione e non la prevenzione** sono, (prevalentemente), gli attributi che giustificano e fondano la pena stessa?

La nostra cultura non ha ancora fatto davvero i conti con il rapporto tra prevenzione e retribuzione, **paradigmi tra loro forse incommensurabili**, che invece sono usualmente mescolati tra loro in modo informe, tanto che si deve dare piena ragione a Nietzsche che, ne *La genealogia della morale*, rilevava che **non esiste più una definizione** dello scopo della pena perché le definizioni sul mercato delle idee sono ormai troppe, e ciò vuol dire che, forse, non esiste più la possibilità di una accettabile definizione di che cosa è diritto penale.

Le domande proposte all'inizio, dunque, sono **tutte aperte e a tutte dovremmo prepararci a rispondere**, e intanto dobbiamo constatare lo stato di difficoltà estrema della cultura penale italiana che non riesce a trovare **una buona definizione, non tautologica, di che cosa è il diritto penale**.

Bisognerà in futuro sapere qualcosa di più di filosofia e, magari, qualcosa meno di diritto?

4.

La domanda che cosa sia diritto penale materiale chiede però una risposta perché i problemi, quelli veri, non aspettano i tempi lunghi delle elaborazioni dottrinali.

Vediamo nascere ed ampliarsi nell'ordinamento un ambiguo **mondo di nuove e spesso disarticolate misure** che sorgono ovunque, e per esse il problema grave e urgente è, **prima di tutto**, la discussione sulla loro **giustizia ed utilità**.

Di fronte a questo brulicare ambivalente di oggetti volanti poco identificati, pare **necessario estendere la "materia" penale il più possibile**, perché forse è questo l'unico modo per provocare discussioni serie su questo **magmatico mondo di nuove forme di esercizio di potere sull'uomo**, ed evitare così che esse passino sotto silenzio.

Mi ha molto colpito, ad esempio, la lettura di un documento del CSM⁵ che prevede **lo sradicamento dei minori dalle famiglie d'origine**, per la sola ragione che nella famiglia qualche uomo o donna siano sospettati, o magari siano anche stati condannati, per associazione mafiosa.

⁴ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso*, cit., pp. 7 ss.

⁵ Cfr. la Risoluzione *La tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata* del 31 ottobre 2017.

Penale o non penale? Ma, prima ancora, è giusto o no? È utile o no?

I problemi che si aprono sono vastissimi.

DPU proverà a seguire l'evoluzione o l'involuzione dell'ordinamento complessivo di questo mondo così poco trasparente ancora.

5.

Intanto, sul tema della demarcazione tra materia penale e materia non penale, la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi più volte nelle ultime settimane. Non tutto, però, è chiaro.

La Consulta ha deciso, ad esempio, che la confisca del profitto per equivalente è diversa dalla confisca del profitto⁶, e col dire questo è caduta in una **contraddizione evidente**, poiché se la prima confisca è penale e la seconda no, vuol dire che le due confische hanno diversi oggetti, che non sono equivalenti, ma **questa conclusione è negata dalle premesse del ragionamento**.

Se il profitto della confisca indiretta, infatti, è **equivalente** al profitto della confisca diretta, la conclusione deve essere che le due confische hanno anche **equivalente natura giuridica**, cioè o tutt'e due penale o tutt'e due non penale: la confisca diretta e quella per equivalente dovrebbero cioè avere **un'unica natura**, penale o ripristinatoria, preferibilmente ripristinatoria (perché l'ordinamento non ha il compito di evitare che il reo si affligga per la perdita dell'equivalente del profitto del suo reato), come **il risarcimento del danno**, che sanzione penale non è ma per il quale è da sempre ovvio che il risarcimento sia doveroso **anche** per equivalente.

Altri spinosi temi sono stati appena sfiorati.

Ad esempio la Consulta ha deciso che la confisca del prodotto del reato è una pena, e quindi, **la norma che la prevede è norma penale ed anche illegittima perché** «conduce, nella prassi applicativa, a **risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati**»⁷ **rispetto al profitto**. Già Beccaria, però, aveva scritto a chiare lettere (che tuttora sono la bibbia del penalista italiano), che la pena, cioè la disutilità, **deve eccedere** il vantaggio, cioè l'utilità, che il reo si attende dal reato. La pena deve cioè eccedere il profitto e, di quanto debba eccedere, e se vi sia un limite, è decisione discrezionale del legislatore e deve essere presa, ancora una volta, sulla base di una certa **teoria dello scopo della pena**.

La Consulta – con l'argomento della materia penale – ha così potato alcuni rami penali dall'albero del Testo Unico Finanza, e **queste sentenze hanno oggettivamente aiutato una categoria di rei, gli insider, e il loro sacrosanto diritto di proprietà** che, normalmente, è forse già ben garantito (credo che non ve ne sia nemmeno uno, di *insider*, in prigione mentre scrivo).

Attendiamo che la Consulta si pronunci su **tante altre vaste aree della criminalità dei più deboli**, dove di garanzia – reale e non solo declamata – c'è assai più bisogno di quanta ve ne sia già nei ristretti campi **della criminalità dei potenti** (ci sono, nel diritto penale, **innumerevoli**

⁶ Corte cost., sent. n. 223 del 5 dicembre 2018. Con tale pronuncia la Corte, sulla base della ritenuta natura penale della confisca del profitto per equivalente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della relativa norma del TUF (art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998) nella parte in cui consente l'applicazione retroattiva della sanzione.

⁷ Corte cost., sent. n. 112 del 10 maggio 2019 (cfr. § 8.3.6).

casi di sproporzione tra pena e fatto, o tra pena e colpevolezza del fatto che attendono di essere sanati con urgenza forse superiore a quelli del TUF).

Non mancheremo di dedicare a questa giurisprudenza *in fieri* l'attenzione che merita.

Non dimentichiamo però che la primordiale **garanzia**, almeno quella che più di ogni altra conta, è **che il diritto penale sia giusto e utile**, e questa primordiale garanzia vale per **tutto** il penale “formale e materiale”, anche quello su cui non v'è controversia a definirlo, nell'uno e nell'altro modo.

6.

Il diritto penale, quindi, che vogliamo giusto o utile, è la legge o la sentenza del Giudice? O tutt'e due?

Per la CEDU è semplicemente ovvio che anche il Giudice, con la sentenza, costruisce e decostruisce, amplia o restringe, reati: usa il linguaggio della legge ora in un modo ora nell'altro; in una parola, è **ovvio per la CEDU che il Giudice sia fonte del diritto penale**.

I pericoli dell'uso e dell'abuso del diritto penale che infierisce sull'uomo, vengono **non da una legge**, che è solo – come vedremo – un insieme di segni che debbono essere interpretati, ma da una sentenza del giudice che, **interpretando la legge in uno dei tanti possibili modi**, ha creato il diritto penale che si abbatte sull'uomo ovvero lo risparmia.

È sempre l'uomo che fa il bene o il male dell'altro uomo.

Per noi però non è così, però, o meglio abbiamo creduto da sempre che non sia così.

Ci siamo aggrappati alla legge e forse abbiamo dimenticato il diritto.

Gli argomenti che prima ci convincevano che il Giudice non fosse fonte del diritto penale, ora però non ci convincono più.

Si dice che è “fisiologico” che i giudici dissentano sul significato della proposizione linguistica (accade ogni giorno e sulle materie più disparate), ma questo vuol solo dire **che è fisiologico che i Giudici siano fonti del diritto penale**, cioè creino e distruggano reati, perché qualunque dissenso su qualunque **sfumatura di significato** della proposizione linguistica che è la legge **modifica**, tanto o poco non importa, **il contorno della fattispecie legale**, *il Tatbestand*, cioè il che cosa sia reato e che cosa no.

7.

Ogni qual volta il Giudice si immerge nel testo della disposizione di legge, nei segni linguistici della legge, non può esimersi dalla **operazione psicologica di spiegazione e comprensione** (per usare le parole delle due tradizioni di pensiero della filosofia del diritto, l'una analitica e l'altra ermeneutica) **del significato o del senso del testo fatto con quei segni**.

È un'operazione nella quale **il Giudice mette in gioco se stesso**, il proprio mondo, la propria forma di vita.

Il diritto – il rapporto tra Legge e Giudice – ha funzionato sempre così.

Raccomandare che il Giudice, quando interpreta la Legge, faccia del suo meglio combattendo – popperianamente⁸ (Popper non c'entra nulla, perché il filosofo, quando parlava di falsificabilità, si riferiva ad ipotesi empiriche e non a contenuti logici di proposizioni linguistiche!) – con se stesso, per non oltrepassare i limiti, che sono le scelte di incriminazione operate dalla legge, è a dir poco ingenuo.

Chi dice quali siano e dove stiano codesti limiti?

Chi, se non **un altro interprete**, o altri interpreti? L'uno e gli altri contesteranno l'interpretazione del primo interprete, da loro non approvata, sostenendo che essa non tiene abbastanza conto delle scelte punitive del legislatore, e la loro invece sì; ma il primo interprete risponderà che, all'opposto, proprio la sua interpretazione è ossequiosa davvero delle scelte del medesimo mitico, e inesistente, legislatore!

Chi ha ragione e chi torto?

Il diritto penale vivente – l'altro, quello morente, conta assai meno – **non è mai unico**, ma sempre e costantemente **plurimo e controverso**, e se in questo modo si danneggia il mito della certezza della legge, vuol solo dire che il mito era appunto un mito.

Lo spettro dell'imprevedibilità della sentenza del Giudice affiora ovunque e il caso Contrada⁹, da cui tutte le discussioni sono nate, è solo il più famoso.

8.

Il principio della riserva di legge – così ci diciamo – è chiaro nello statuire che **solo la legge può fare e disfare reati**, ma questo principio, come abbiamo detto, **non può esser vero, non è mai stato vero**, è solo un mito o l'espressione di un'ideologia, e non compete alla Costituzione permettere o vietare, perché **l'uomo non può essere diverso da quel che è, nemmeno il Giudice**.

Nessuna Costituzione può far sì che l'uomo non pensi e non senta così come realmente pensa o sente: **l'esperienza umana, talvolta troppo umana, dell'interpretazione e della comprensione**, non può essere qualcosa d'altro da quel ch'essa è (e che in così grande parte ci resta tuttora oscura nei suoi moventi primari).

L'evidenza che il Giudice ogni giorno fa e disfa reati, cioè costruisce e decostruisce il diritto penale, costruendo e disfando fatti, è assolutamente chiara, quasi auto evidente – è stata più e più volte provata dalla grande filosofia dell'ermeneutica del XIX e poi ancor più del XX secolo –, ma è stata **rigettata, o meglio ignorata, e quindi rimossa**, dalla nostra cultura penalistica.

⁸ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 11.

⁹ Corte EDU, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015.

Il terremoto ora c'è – in verità c'è sempre stato –, ed è davvero pericoloso.

Siamo di fronte a un rilevante **slittamento di paradigma**.

Il baricentro del diritto penale va spostandosi dalla Legge al Giudice, e, se ne può star certi, questo cambierà (quasi) tutto.

È bene che il materiale rimosso nell'inconscio torni alla luce.

Può darsi che dietro la maschera illuminista della **supremazia delle legge sul giudice, ci sia sempre stato il vuoto, e il vuoto è il *significante senza significato*** o, il che è peggio, **il *significante compatibile con ogni possibile significato***, il relativistico “tutto va bene”, e quindi **il pericolo che l'intero discorso del e sul diritto penale sia da rifondare tutto o quasi**, per impedire la **deriva soggettivistica** – e populista – che chiunque non sia cieco vede crescere ogni giorno di più.

Può venir alla luce che abbiamo sbagliato quasi sempre quando abbiamo fondato il diritto penale sul **mito della legge** e che il tempo del populismo penale sia anche, e soprattutto, l'effetto della **debolezza innata e progressiva della ragione penale liberale**.

Non sono gli altri i cattivi, ma noi i deboli che non sanno fermare i cattivi.

9.

Il dogma illuminista che identifica il Diritto con la Legge, e finge di credere che il Giudice sia solo la bocca della legge, **non è infatti né innocente né ingenuo, perché forse la debolezza della ragione penale è stata voluta proprio così com'è.**

Negare o minimizzare il **potere creativo** di Diritto **del giudice** e, al contempo, enfatizzare il monopolio della Legge, è sempre parso a noi tutti la migliore delle garanzie possibili, perché **il diritto penale diventava finalmente certo e prevedibile**, ma è facile dimostrare che questo ottimismo era francamente eccessivo, e nasceva (nasce) da una debole cultura intorno **a che cosa sia e a come funzioni il linguaggio**.

Credere al mito della legge significa volere – o perlomeno accettare il rischio – che l'enorme potere del Giudice, che applica la legge, **venga collocato in secondo piano, sullo sfondo, nella terra di nessuno** e quindi sia lasciato **fuori controllo** (per Kelsen **la giurisprudenza non era nemmeno scienza del diritto**, perché la sentenza è mero atto di volizione – decisione, diceva invece Carl Schmitt – quindi sempre opera creativa)¹⁰.

Per noi, invece, proprio perché vorremmo **prendere sul serio** quei principi di garanzia, e, tra tutti, la garanzia che il diritto nasca giusto e utile, si deve muovere dalla non più negoziabile premessa che il Giudice è **la vera pietra angolare** del processo di produzione del Diritto.

DPU lavorerà all'interno del grande cantiere della **reale efficienza dei principi di garanzia** del nostro sedicente diritto penale liberale, anticipando che, almeno a mio parere, questi principi – belli da declamare nei convegni e nei simposi – **non pare che godano di grande salute**

¹⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000.

e, se questo è vero, sarà un impegno di DPU provare a capirne le ragioni.

Le garanzie andranno lavorate di nuovo con strumenti nuovi, e prima ancora andranno tutte riorientate sul Giudice, e non sulla Legge, e quindi – essenzialmente – ripensate.

Già s'intravede che la materia della successione del diritto – e non della legge – nel tempo produce problemi impensabili a chi aveva creduto che bastasse studiare *in vitro* la legge più favorevole e quella meno favorevole, perché il problema slitta al punto di dover considerare quali effetti producano **i cambiamenti repentini di giurisprudenza** sia *in malam partem* sia *in bonam partem*, e il penalista onesto non sa più che cosa dire.

10.

La legge non sparisce, tutto al contrario; essa prende la rilevanza che ha nell'ambito generale **delle leggi sul linguaggio**, perché **la legge è un testo, una proposizione linguistica**, e il testo non vive senza un interprete, cioè senza il Giudice, che da quella proposizione trae il significato che è il diritto.

Prima della prima interpretazione, il testo della legge non è diritto e, dopo la prima interpretazione, e poi la seconda e la terza e così via, c'è solo **un complesso conflitto di significati** confliggenti del medesimo testo di legge, che debbono essere pragmaticamente risolti in qualche modo.

Non ha molto senso continuare a sperare di poter respingere l'interpretazione B *praeter legem* e quella C *contra legem*, perché un'interpretazione A *secundum legem* non c'è o c'è solo nei casi facili, che sono meno importanti.

L'illusione, questo *wishful thinking*, dell'interpretazione *secundum legem*, ci toglie il pensiero di dover fare davvero i conti col problema abissale che **non c'è mai una sola interpretazione *secundum legem***, e che il più che si possa sperare è che, **nel conflitto perenne tra interpretazioni**, si possano davvero trovare alcune condizioni epistemiche per far convenire tutti gli attori del gioco linguistico del diritto su **alcune effettive regole d'uso** delle parole che stanno nel testo della legge.

Le ragioni per cui si possa però dire che l'interpretazione A è meglio di quella B e di quella di C, non sono però quelle, troppo semplici, dei **canoni ermeneutici correnti**: l'interpretazione letterale –; che nega il problema perché non vede che proprio il linguaggio comune cela le peggiori trappole ermeneutiche –; l'intenzione del legislatore – che non esiste –; l'intenzione della legge – come se la legge portasse in grembo l'essenza del suo significato –; il significato secondo il sistema – ma il sistema esiste solo nella fantasia di ci vuol credere –; tutti sono **espedienti retorici** per mascherare **la volontà dell'interprete di far prevalere A, B o C** che, alla fine, è l'unico criterio di interpretazione oggi praticato.

Per dirimere le antinomie che si creano ogni giorno nel diritto per effetto dei continui conflitti di interpretazione ci vuole ben di più, si dovrà attingere alla **più sofisticata e razionale conoscenza del linguaggio, dell'uomo e del mondo**.

Pensare ancora che **l'interpretazione della linguaggio della legge**, sia – come pure vien

scritto anche oggi¹¹ – affare della “teoria del diritto” e non della “dogmatica del diritto”, è come dire che la lettura e la comprensione delle note scritte sullo spartito musicale non siano compito del musicista, ma solo del filologo o, al più, del critico musicale.

L’interpretazione, allora, è il più grande dei problemi del penalista.

11.

Sfiorato il problema linguistico del diritto, ora dobbiamo fare altrettanto col problema epistemologico del diritto, che è il problema **della pervasività e dell’inevitabile incertezza che grava su qualsiasi processo di conoscenza che l’uomo intraprenda sul mondo**, e quindi la necessità assoluta – oggi non praticata – di potenziare la ragione penale, incorporandovi, realmente e non illusoriamente, **la probabilità e le leggi della sua logica**.

Anche la scienza ha vissuto nel XX secolo (e in parte ancora vive) **il problema della incertezza della base empirica** su cui prima credeva di poggiare, tant’è che il citatissimo Popper scrisse la celebre metafora della scienza che, come una palafitta, affonda i suoi sostegni nell’acqua melmosa.

Si può allora credere che un campo come il diritto penale, che ancora fa sopravvivere al suo interno labilissimi concetti – come il concetto di **indizio** – che poggia sulle malfermissime gambe di oscure **massime di esperienza**, e che pretenda comunque di saper inferire dalla premessa incerta la conclusione incerta, senza aver appreso **le leggi della probabilità logica o epistemica**, e ciononostante creda che la condanna poggi su una prova certa BARD, *Beyond Any Reasonable Doubt* (al di là di ogni ragionevole dubbio), senza vedere **l’evidentissima contraddizione**, non viva una crisi epistemologica ancor più grave, e se la cavi meglio della scienza?

Se **la scienza è incerta**, il **senso comune**, che è la matrice delle massime di esperienza che si dice che il giudice usi (ma codeste massime ben di rado sono esplicitate), **è ancora (e non di poco) più incerto**.

Il giudice, oggi, è tra Scilla – che è **la scienza** che non conosce, e ogni giorno di più si presenta nella sua aula, perché ogni giorno di più la scienza diventa importante, e sempre più lo sarà per capire i fatti del mondo – e Cariddi – che è **il senso comune**, che spiega il mondo assai meno e in modi molto più oscuri e vaghi della scienza –.

Giuristi, teorici e pratici, scrivono, talvolta, di **probabilità, incertezza e fallibilità**, ma si vede lontano un miglio che stanno descrivendo il diritto penale che vorrebbero e non il diritto penale che è.

L’epistemologia, cioè pensare **le regole che limitino e canalizzino per davvero verso la ragione il troppo libero convincimento del Giudice**, è l’altro grande problema del penalista.

12.

¹¹ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 12.

Arrischio una sintesi estrema di quel che penso che DPU debba fare.

Se il Giudice è la pietra angolare del Diritto, al **centro del diritto penale** stanno, da una parte, la *quaestio iuris* e, dall'altra, la *quaestio facti*, le quali però, come già osservato¹², non sono così separate come l'ideologia illuministica e positivistica ci ha fatto pensare.

La (ri)scoperta della centralità del Giudice, cioè dell'interprete, nella creazione di diritto, impone un **riorientamento generale** – diremmo *gestaltico* – **del Diritto dalla Legge alla Sentenza**.

Appaiono sulla scena **due problemi**, che sono giuridici prima ancora che filosofici.

Da una parte (ne abbiamo appena accennato), l'interpretazione della proposizione linguistica a caccia del significato – **la linguistica del diritto** che non è, come si vorrebbe, materia per filosofi e non per giuristi – e, dall'altra parte, la conoscenza giudiziaria del fatto – **l'epistemologia del diritto**, neppure essa appannaggio dei soli filosofi – e, per di più, l'una operazione intrecciata con l'altra.

I due processi conoscitivi – che sono, come abbiamo già detto, processi soggettivi ma, come diremo poi, non per questo irrazionali ed arbitrari – **sono l'uno intrecciato nell'altro**, perché così funziona il **peculiare gioco linguistico del diritto**.

La cultura umana del XX secolo è arrivata ad accettare **la centralità del linguaggio nella vita dell'uomo**, la filosofia del diritto l'ha compreso (sia nel versante analitico sia in quello ermeneutico), ma **la dogmatica penalista ancora no**.

Così come, da tempo, la cultura umana conosce la **pervasiva incertezza che avvolge ogni tentativo dell'uomo di conoscere il mondo**, e l'incertezza ha invaso anche la scienza empirica, la dogmatica penalistica è rimasta indietro, perché ancora finge di esigere **livelli di certezza nella conoscenza che l'uomo non ha, né può avere mai**.

13.

Abbiamo usato la metafora del “cantiere aperto” per dare un nome al **progetto culturale** che sta alla base di DPU. In breve, intendiamo aprire programmi di ricerca senza conoscere in anticipo quali saranno le conclusioni cui perverremo (se a qualche conclusione davvero perverremo).

In coerenza con quanto sin qui detto, possiamo e dobbiamo partire dai **due grandi problemi che, per noi, sono i problemi del metodo del diritto: la linguistica** – ove cercheremo le tracce di una migliore e più potente teoria dell'interpretazione della proposizione linguistica che è la legge – **e l'epistemologia** – ove invece cercheremo di trovare le tracce di un diritto penale della prova che sia più coerente e all'altezza della cultura contemporanea.

Tutto il **meccanismo della macchina del diritto penale sta qui**, tra **linguistica giuridica** – scienza da inventare, naturalmente con l'ausilio della linguistica, della semiotica generale e della filosofia del diritto – ed **epistemologia giuridica** – scienza da rifondare, e di cui i penalisti faranno bene a reimpossessarsi, dato che ora essa è coltivata solo o quasi **solo da filosofi**, fatta

¹² Cfr. L. Santa Maria, *Perché è necessaria una “svolta”*. Parte I, in questa rivista, 2 maggio 2019, p. 11.

salva qualche mirabile eccezione.

Questi sono i primi “cantieri”.

Quale sarà il **metodo** che seguiremo per cercare di ricostruire il metodo del diritto, cioè della costruzione del diritto, tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*?

Le regole del gioco saranno le regole del **corretto agire comunicativo**, per dirla con Habermas¹³, cioè la ricerca dell’intesa razionale attraverso **la dialettica di plurimi pensieri e saperi**, convinti come siamo che, nel nostro tempo, **non possano più esistere discipline tra loro nettamente staccate e l’una ignara dell’altra**, ma solo faticosi sentieri che si aprono mentre si cammina nella foresta, come quando si deve riparare la nave mentre affronta il mare, senza potersi permettere comode soste in un porto tranquillo che non c’è, cercando aiuto ove se ne può trovare, perché, se le discipline sono ancora molte, il problema del diritto penale – **la sua giustizia e la sua utilità** – è sempre **uno e terribile**.

Proveremo a breve a proporre le prime riflessioni intorno alla regole del metodo di lavoro che si farà nei cantieri aperti.

14.

I due problemi di cui si è detto sinora, alla fine, sono uno solo.

Il criterio di demarcazione tra verità di ragione – che si trovano nel significato della parola – e verità empiriche – che si trovano con la conoscenza del mondo – o, se volete, tra verità analitiche e verità sintetiche, è **un confine mobile**, mai chiaro e distinto, **sempre o quasi oggettivo e soggettivo insieme**.

Nel XX secolo **il positivismo o empirismo logico è caduto proprio qui**, su questa linea di confine che, se c’è, è assai labile e quasi non si vede.

Dobbiamo anche noi tener conto dell’assunto pragmatico che la definizione di un concetto coincide col metodo della sua verifica empirica, il che vuol dire, nel nostro gioco linguistico, **che la definizione di ogni concetto del diritto penale equivale alla sua provabilità nel processo penale**.

Avremo modo di dire che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella celebre sentenza Franzese¹⁴, sulla causalità, si è mossa su questa rotta, laddove ha definito il concetto di causalità, usando il concetto di “probabilità logica”, ed è come se avesse detto – magari inconsapevolmente – **che la causalità individuale equivale al controllo del suo grado di provabilità**, e che il sentiero per raggiungere la prova del concetto sostanziale è coincidente con una serie di concetti – come quello di “esclusione di processi causali alternativi”, ed altre euristiche – **che sono allo stesso tempo processuali e sostanziali**.

La Cassazione ha fatto quindi uso del concetto di “probabilità logica” lavorandolo **tra definizione sostanziale e prova processuale**, ma ora bisogna far di più, poiché quella importante sentenza non ha rischiarato ancora **che cosa sia questa “probabilità logica”, e quali siano le**

¹³ J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica*, Il Mulino, 1986, pp. 603 ss.

¹⁴ Cass. pen., SS. Un., 11 settembre 2002 n. 30328.

regole con cui questo concetto, che risuona così bene (viene detto anche credibilità razionale), funzioni davvero e quindi ha lasciato nell'incertezza sia che cosa sia la causa, sia che cosa sia la prova della causa.

La **frattura culturale** tra diritto e processo, quindi, è **artificiale**, e deve essere sanata, perché l'uno è lo specchio dell'altro, due punti di vista sul medesimo oggetto, che è dinamico e mutevole ogni giorno, che è il processo della **costruzione della sentenza del giudice che è il Diritto**.

Scopriremo, lavorando il cantiere dell'epistemologia, che **la probabilità logica è sempre una probabilità soggettiva**, che non per questo deve essere per forza una probabilità arbitraria, ma, affinché non sia tale, è necessario che il Giudice apprenda le leggi della probabilità soggettiva, o *bayesiana*, o logica.

Diritto penale e diritto del processo penale – diritto e fatto – oggi sono separati in casa, ma non debbono più restare disuniti, l'uno inconsapevole dell'altro.

15.

Tutto qui?

No.

Forse il problema, o meglio, uno dei problemi, sta appena più sotto di quelli che abbiamo evidenziato, perché il **Giudice è... un essere umano** e quindi, alla fine, tutto il discorso sul diritto penale potrebbe essere ridicibile, un giorno, **ad un immane problema di psicologia umana**.

Nella **psicologia**, alla fine, stanno le risposte alle domande di prima: «che cosa è diritto?» «che cosa è il linguaggio?», «come funziona la facoltà del giudizio umano?», «che cosa è giusto e che cosa ingiusto?», ecc..

Che cosa è, alla fine, il giudizio di un uomo?

Anche la logica e l'etica della ragione umana sono prodotti del cervello umano, abile a fare alcune cose e anche disabile a farne altre (ad esempio, pensare strutturando il pensiero con le regole della logica induttiva o della statistica).

La psicologia dei *bias* e delle euristiche del cervello umano che spiegano **come il cervello pensa**, conterà alla fine probabilmente più della logica, cioè delle regole intorno a **come il cervello deve pensare**, posto che, alla fine, anche queste regole sono state prodotte da un... cervello, che nel costruirle ha dovuto pensare a se stesso nel solo modo in cui la psicologia ci spiegherà che il cervello sappia pensare (dobbiamo abituarci a queste complicate manovre linguistiche).

Per il momento, però, dobbiamo tenerci strette **le regole della logica induttiva**, cioè della probabilità, che è la scienza dell'incerto, l'arte della congettura, e adeguare l'epistemologia giudiziaria ad esse, tenendo nel dovuto conto, però, anche i **limiti naturali del cervello che pensa**, cioè di come esso possa, o non possa, pensare e impareremo a fare questo dalla psicologia scientifica, che quindi verrà messa in connessione con l'epistemologia.

Dobbiamo **levare un po' di libertà al convincimento del Giudice**, scavando **le regole logiche** che sono necessarie per poter dire – e non solo far finta – che il diritto è razionale, ma dobbiamo anche tener conto **delle conoscenze (sempre razionali) dei limiti psicologici**, e dunque naturali, del pensiero, e quindi del giudizio.

Il dover essere del pensiero dovrà essere calato nell'essere del possibile del pensiero.

16.

Sappiamo che dovremo aprire altri grandi cantieri, perché dobbiamo esplorare molto più a fondo di prima che **cosa sia la causalità, il perno del fatto, e che cosa sia l'imputabilità, il perno della colpevolezza**, e scavare quel che altrove – e appena più sopra – ho definito (non certo perché l'abbia fatto io per primo!) il problema del poter essere del dover essere, ossia del poter non volere fare quel che si volle e si è fatto.

E se il primo dei due cantieri lavorerà ancora **il difficile oggetto che si chiama rischio**, coi **mezzi della probabilità** (stavolta la probabilità cosiddetta oggettiva, o frequentista) – perché non è più possibile oggi parlare di causa come facevamo prima, quando ci pareva di toccar con mano la necessità che ci tranquillizzava, perché quest'ultima **non c'è più o non si trova quasi più** e dobbiamo metterci il cuore in pace –, il secondo cantiere dovrà per forza di cose riprendere il filo di un discorso che pareva chiuso, che è la **eterna questione del libero arbitrio**, perché esso è tuttora il fantasma invisibile, cioè rimosso, ma inevitabile nella macchina della giustificazione della pena, perché è la colpa che la pena che dovrebbe retribuire, che **la psicologia scientifica degli ultimi trent'anni** sta forse svelando per quel che esso è sempre stato, cioè una scorciatoia comoda – un'euristica –, per **costruire colpe e punire innocenti** pretendendo (pure!) di avere la coscienza a posto.

I prossimi cantieri, allora, apriranno per lavorare **il concetto di rischio** nel (e del) diritto penale, e **il concetto di colpevolezza**, e in entrambi i cantieri, come in tutti gli altri, la regola prima sarà l'apertura alle discipline che quei concetti, o meglio, **il fondamento empirico di quei concetti**, conoscono più e meglio del penalista.

Il giurista non sparirà affatto, tutt'altro.

A lui – cioè a noi – toccherà il compito più difficile, **la sintesi finale**.

DPU non vuole solo essere **un vasto foro virtuale** dove si osserva da ogni angolo visuale il diritto in azione, cioè mentre vive, ma anche **il laboratorio** dove si progetta un diritto presente e futuro migliore di quello che abbiamo (che potrebbe essere anche un futuro diritto non penale).

Alla fine saremo noi a tirare le fila del discorso e, per questo, sarà sempre un giurista, meglio se penalista, ma certo non andrà male nemmeno il filosofo del diritto penale, a guidare i giochi dei singoli *team* di lavoro.

17.

Il diritto penale, ogni diritto penale, si fonda – che lo sappia o no – anche **su un’ontologia**, cioè su una visione di com’è fatto il mondo e di come esso funziona.

Il diritto penale odierno ancora si fonda su **un’ontologia ingenua**, che pensa, cioè, l’uomo e il mondo con una semplicità che ormai appare non solo debole, ma anche e soprattutto pericolosa, laddove la troppa semplicità crei il pericolo che al dover essere del diritto non corrisponda più un poter essere empirico.

DPU propone che il diritto penale cominci a fondarsi per davvero sulla **scienza empirica**, ma non perché siamo ammalati di scientismo, cioè adoriamo nella scienza un nuovo dio al posto di quello che è morto.

La scienza è infatti incerta e fallibile e talvolta anche poco onesta, ma, pur con tutti i suoi difetti, **non è il peggiore dei sistemi di credenza inventati dall’uomo, eccezion fatta per tutti gli altri** (così Churchill pare abbia detto a chi gli chiedesse se la democrazia fosse un buon metodo di governo).

Ho fatto cenno prima alla crisi del positivismo o empirismo logico che ha trascinato con sé ogni pretesa scienziata.

Sappiamo che tra fatto e teoria scientifica non c’è separazione netta, perché **il fatto**, anch’esso carico di quella teoria, **non può mai dire la parola finale sulla bontà della teoria che dovrebbe verificare o confutare**; come sappiamo che qualunque base empirica scientifica **sotto determina plurime spiegazioni plausibili**; neppure ignoriamo che c’è uno iato incolmabile tra l’immagine ingenua della scienza e la sua realtà, perché **l’irrazionale penetra anche nella scienza** e, spesso, anche lo scienziato crede a un fatto perché tutti ci credono all’interno del paradigma dominante, e se un fatto nuovo contraddice quel paradigma, lo scienziato sarà sempre impegnato **a formulare ipotesi ad hoc per salvare il paradigma ed evitare che crolli** (almeno fino a quando le contraddizioni e le anomalie diventano così diffuse che si deve cambiare paradigma e, allora, accade quasi **una rivoluzione mistica**); sappiamo anche perfettamente quanto i finanziamenti pubblico ma soprattutto privati, **condizionino la scelta dei programmi di ricerca e anche i risultati**; e così via.

Il problema è che **il senso comune è anni luce almeno più malfermo e insicuro della scienza**.

Del **rapporto tra giudice e scienza** ho già scritto sin troppo altrove¹⁵ ed è inutile ripetersi, per ribadire ora che anche questo cruciale argomento richiede **un nuovo e vasto programma di lavoro**.

18.

Non è mai buona cosa far previsioni sul lungo periodo, anche perché aveva ragione Keynes – che è stato prima ancora che un economista, un grance teorico della probabilità epistemica o logica – quando diceva che nel lungo periodo saremo tutti morti¹⁶.

Che cosa verrà dopo, quali altri programmi di ricerca dovremo aprire?

¹⁵ L. Santa Maria, *La mia idea di una scienza del diritto penale. Prima parte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 marzo 2018.

¹⁶ J. M. Keynes, *A Tract on Monetary Reform*, MacMillan & Co., 1923, p. 80.

La nuova centralità del Giudice nella creazione del diritto porterà con sé la necessità della **rinascita del pensiero intorno alla giustizia**, perché l'interpretazione, oltre che un problema linguistico di regole dell'uso per evitare l'abuso del linguaggio, è qualcosa in più e richiede qualcosa in più (anzi, molto di più).

La cultura accademica è ancora assestata **sull'idea che esista una netta demarcazione tra fatti e valori**, i primi oggettivi e i secondi soggettivi, gli uni conoscibili con l'uso delle scienze e i secondi no, e quindi – questo è quello che ci viene dalla metodologia anche delle scienze umane di stampo liberale –, a parlar di valori, saremmo tutti **condannati a non poter essere altro che irrazionali, e quindi arbitrari, e – quindi – è meglio non parlarne affatto**.

Questa idea, nobile e generosa – perché l'accettazione in linea di principio del politeismo dei valori è il fondamento della tolleranza della società liberale –, è anche tra **le cause maggiori della debolezza della ragione liberale che si è piegata troppo facilmente al populismo**, e il sintomo più evidente di questo pericoloso cedimento è proprio **la sparizione dell'idea di Giustizia dal discorso sul Diritto**.

Noi crediamo che si debba voltar pagina anche su questo piano, perché **la nuova polarizzazione del diritto penale sul Giudice** richiede, per poter funzionare, che la cultura penalistica sia in grado di costruire, sui singoli grandi problemi che già affiorano, **un nucleo di valori condivisi**, che siano il deposito culturale profondo cui il Giudice dovrà attingere tutte le volte che, nel decidere, capirà che né la linguistica né l'epistemologia del probabile sono abbastanza potenti per fronteggiare quello che altrove¹⁷ abbiamo chiamato **il lato oscuro del diritto penale**.

Forse tra breve – e alcune vicende contemporanee già ora lo dimostrano – dovremo aver affilato concetti come **“obiezione di coscienza umanitaria”** (quando il Giudice dirà che il Diritto non conforme a Giustizia non è Diritto), o **“ragione umanitaria”**, o **“reato umanitario”** (in cui l'umanità, ovvero la Giustizia, possa funzionare da causa di giustificazione di fatti altrimenti illeciti secondo il Diritto).

19.

In qualche modo, **il fondamento della costruzione del diritto** ha e avrà sempre più a che fare con la psicologia scientifica che sarà sempre più cruciale per comprendere il Giudice e il Reo e per mettere l'uno l'altro in relazione.

Siamo da tempo nell'era delle neuroscienze e la rivoluzione in atto non potrà mai essere abbastanza sopravvalutata. Si va compiendo l'intuizione di Freud per la quale, dopo la rivoluzione copernicana dell'eliocentrismo e la rivoluzione darwiniana della evoluzione, **il narcisismo dell'uomo subisce l'ultimo e più grave colpo**, ora che abbiamo davanti agli occhi l'evidenza che **non siamo più nemmeno padroni a casa nostra**, cioè non siamo noi – qualunque cosa significhi “noi” (Rimbaud scriveva che «io è un altro»)¹⁸ – a guidare e controllare il nostro cervello che in ogni momento costruisce la mente.

¹⁷ Cfr. L. Santa Maria, *Perché è necessaria una “svolta”. Parte 1*, in questa rivista, 2 maggio 2019, p. 16.

¹⁸ «È falso dire: io penso: si dovrebbe dire io sono pensato. – Scusi il gioco di parole. IO è un altro» (A. Rimbaud, *Lettera a Georges Izambard*, 13 maggio 1871).

In questo momento stanno nascendo molteplici nuovi saperi che si innestano, come rami, sull'albero delle neuroscienze: c'è **la neuroetica** – di cui ovviamente parleremo perché sapere se stiamo facendo passi avanti nel campo oscuro dell'*unde malum* e del suo opposto, *l'unde bonum*, nell'uomo, non può non interessarci – la **neurostoria**, la **neuroeconomia**, il **neurolinguaggio**, la **neurofilosofia**, il **neurodiritto**, e tante altre, ad esempio il **neuroesistenzialismo!**

Dobbiamo procedere però con infinita cautela, perché tutti, cominciando a **camminare su un sentiero che prima non avevamo visto**, rischiano di rimanere abbagliati dalle mitologie giuridiche che non nascondono più il vuoto, così come rischiamo, all'opposto, di accettare a scatola chiusa **la supremazia culturale** che già oggi la psicologia scientifica comincia a rivendicare.

Non saremo né neuro-fobici né neuro-maniaci.

Questo non vuol dire che si debba star fermi, e infatti andremo avanti!

Probabilmente (e questa sarebbe la più meravigliosa delle possibilità) la società umana sarà così forte e coraggiosa da non aver più bisogno di punire per dimostrare una forza e un coraggio che ora non ha?

Forse già ora – dopo la rivoluzione scientifica in corso – apparirà meravigliosamente attuale il messaggio che nessuno può giudicare nessuno?

Intanto già ci attende **una nuova rivoluzione**, la quarta secondo il conteggio di Freud, perché siamo da tempo nella società dell'informazione, in cui **la tecnologia dell'uomo è già capace di insegnare ai computer ad imparare da soli**, e quel che ne seguirà è in gran parte ancora appena immaginabile.

C'è chi scrive che l'uomo è ormai antiquato¹⁹.

Le domande dell'inizio, allora, sono davvero le domande che contano.

¹⁹ G. Anders, *L'uomo è antiquato. I. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, 2007.