

Rosa Palavera

Scienza e senso comune nel diritto penale

Il ricorso problematico a massime di esperienza
circa la ricostruzione della fattispecie tipica



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Questa ricerca e la sua pubblicazione sono state finanziate dall'Università Cattolica nell'ambito dei suoi programmi di promozione e diffusione della ricerca scientifica.

© Copyright 2017

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675092-1

INDICE

<i>Introduzione</i>	13
1. Il diritto penale come “terreno conteso”	13
2. Il nucleo solido della fattispecie	14
3. Diritto sostanziale e processo	14
4. I riflessi del dibattito intorno alla scienza	15
5. Senso comune, emozioni e dimensione gnoseologica della risposta al reato	17

Sezione I

Un secolo di senso comune

Capitolo I

Il senso comune come problema classico: il piano prospettico delle massime di esperienza e il primo approccio del diritto processuale	21
1. L'esordio (a)processuale delle massime di esperienza: né prove, né oggetto di prova, ma già segnate dall'incertezza	21
2. Una categoria “di nessuna utilità”?	23
3. Non scienza privata, ma nemmeno solo scienza <i>tout court</i> : una vocazione onnicomprensiva	25
4. Prime istanze di separazione tra scienza e senso comune	27
5. “Nuove polemiche”: il libero convincimento e il rapporto tra il diritto e gli altri saperi	30
6. Massime “vere” e massime “false”: la funzione di garanzia	32
7. Una posizione “realista”	34
8. Il fatto e il suo accertamento: un contesto “poco impegnativo”?	36

Capitolo II

Il senso comune come problema irrisolto: le istanze del diritto sostanziale e il mancato superamento dell'ambiguità	41
1. Il risveglio del diritto sostanziale: la scienza al centro della tipicità	41
2. Convergenza definitoria tacita e cacofonia dei criteri di trattamento	43

3. La sussunzione sotto leggi scientifiche come elemento della legalità non limitabile al nesso causale	45
4. Due “linee parallele”?	47
5. “Criteri di razionalità” nell’uso delle massime: dalla sufficienza della condisione storica e locale...	51
6. ... all’indispensabile ricorso alla scienza	54
7. Un’ambiguità ancora irriducibile: la logica in continua evoluzione delle generalizzazioni epistemologicamente incerte	58

Capitolo III

Il senso comune come problema attuale: la risposta alla “frattura cognitiva” rappresentata dal reato	61
1. La moda dei “casi sorprendenti” e il giudice-detective	61
2. L’illusione della modellizzazione e le ricadute tassonomiche della logica “fuzzy”	69
3. Consenso e rito <i>vs.</i> esigenze di legittimazione sostanziale della sanzione	76
4. Argomentazioni e narrazioni <i>vs.</i> vincoli di realtà della fattispecie	84
5. Inafferrabile euristica delle emozioni <i>vs.</i> concretezza del fatto di reato	92
6. La moda del ragionamento abduttivo e il giudice-creatore	102
7. La verità come premessa della giustizia e le tendenze alla rassicurazione simbolica come sue contraffazioni	113

Sezione II

L’impatto pachidermico di una categoria flessibile

Capitolo I

Il senso comune come problema rilevante: significato e limiti dell’osservazione casistica	123
1. La decisività del ricorso al senso comune, il contenuto delle massime di esperienza utilizzate nella prassi e la fenomenologia dei criteri di razionalità	123
2. Presunzioni tacite, deleghe congenite e altre pretese normative del senso comune	126
3. L’universalizzazione del paradigma indiziario	131
4. Il precoce e persistente rilievo dei giudizi di “verosimiglianza”	139

Capitolo II

Il senso comune come problema ubiquitario: dai confini con le scienze naturali alla supplenza nei confronti delle scienze della psiche	143
1. La perdurante confusione nella giurisprudenza sul nesso causale: il confron-	

to con i criteri di ammissibilità delle leggi statistiche e il requisito dell'alta probabilità	143
2. (<i>segue</i>): i fatti unici e irripetibili e il requisito della generalità	148
3. Le generalizzazioni socio-criminologiche e il requisito della falsificabilità in astratto	150
4. Il dolo come paradigma: l'osmosi tra accertamento e definizione	156
5. (<i>segue</i>): l'argomento della sfiducia nella scienza e la regola di esperienza <i>omnibus</i>	161
6. (<i>segue</i>): la "comprensibile" semplificazione probatoria e la selezione fra massime significative	166
7. La causalità psichica e il requisito della compatibilità con il sapere scientifico	175
8. (<i>segue</i>): un curioso esempio di valutazione parallela	180
9. La "comune esperienza" del consenso alla congiunzione carnale e il requisito della non contraddizione	184

Sezione III

Una duplice illusione di controllo

Capitolo I

Il senso comune come problema epistemologicamente fondato: il supposto controllo extraprocessuale delle massime di esperienza	193
1. Il "pasticcio" della teoria della conoscenza propria del senso comune	193
2. <i>Chi lascia la via vecchia per la nuova...:</i> perché il senso comune non va in cerca di smentite	197
3. <i>I proverbi son tutti provati:</i> perché il senso comune non trova smentite nemmeno quando le cerca	200
4. <i>Voce di popolo, voce di Dio:</i> perché il senso comune è autoreferenziale	203
5. <i>Tutto il mondo è paese:</i> perché la formulazione delle generalizzazioni del senso comune e il linguaggio in cui sono espresse non ne consentono il vaglio critico	205
6. <i>L'eccezione conferma la regola:</i> perché il contenuto delle generalizzazioni del senso comune non ne consente il vaglio critico	208

Capitolo II

Il senso comune come problema giuridicamente fondato: il supposto controllo endoprocessuale delle massime di esperienza	213
1. L'illusoria garanzia del "controllo fuori del processo" e la fiducia mal riposta nelle "potenzialità immunitarie del sistema"	213
2. Il controllo sull'uso delle massime di esperienza	217

3. Il controllo sul contenuto delle massime di esperienza: l'integrazione delle norme penali	218
4. (<i>segue</i>): i criteri di valutazione della prova	220
5. Il senso comune unico giudice di se stesso	225
6. La vacuità dei requisiti dell'alta probabilità e del controllo empirico, anche nella versione "avanzata" dell'astratta controllabilità, se attuati secondo senso comune	228
7. L'impatto sui principi costituzionali: i principi di legalità e di colpevolezza	230
8. (<i>segue</i>): i diritti processuali dell'imputato come condizione di verità dell'accertamento e della sanzione	235
9. (<i>segue</i>): la regola probatoria e di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio	239

Sezione IV

I possibili rimedi e la loro natura

Capitolo I

Una breve raccolta di "antidoti"	245
1. Verità del precetto e verità dell'accertamento	245
2. Sussunzione sotto leggi e portata generalizzante della fattispecie	259
3. Il ricorso a generalizzazioni del senso comune: una criteriologia aggiornata	267
4. Costruire spazi e strumenti di verità: un compito del diritto processuale?	271
5. Necessità e insufficienza delle "terapie sistemiche"	275
6. L'indifferibile "ripresa del testimone" da parte del legislatore	281
7. La controllabilità come modo dei principi	284
8. Il ruolo della dottrina	289

<i>Sintesi di commiato</i>	293
----------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	297
---------------------	-----

INTRODUZIONE

1. *Il diritto penale come “terreno conteso”*

Per sua peculiare natura il diritto penale è campo conteso tra scienza e senso comune. Il diritto, in termini generali, sconta una buona dose di diffidenza da parte del profano, non solo per causa della distanza percepita tra la norma e la realtà, ma perché cavilli e sofismi sembrano infestare il raccordo fino a renderlo apparentemente impercorribile. La domanda di “buon senso” e di comprensibilità è sempre meno sommessata.

Ancora di più, l’ineludibile, strettissima connessione del diritto penale con i fatti, i crudi fatti della vita umana, e le emozioni, le più viscerali, lo rende un terreno che il senso comune sente come proprio e sul quale si muove con grande sicumera. L’uomo comune reclama attraverso il senso comune maggiore *solidità* e *certezza* del diritto, perché secondo senso comune pretende di conoscere come solidi e certi i fatti della vita di cui il diritto dovrebbe occuparsi.

Tra i giuristi, tuttavia, si sta diffondendo l’opinione diametralmente opposta: l’adesione alla realtà potrebbe conseguirsi solo con l’introduzione di elementi di maggiore fluidità e tramite il riconoscimento di tutte le sfumature dell’incertezza, che scienza e tecnica non cessano di evidenziare e alla cui gestione, talvolta, si offrono generosamente di partecipare con autorevolezza propria. Una flessibilizzazione “antisismica” degli istituti, con attitudine apparentemente inclusiva nei confronti dei diversi saperi, è la via propugnata verso un diritto *diversamente solido*.

Al tempo stesso, per l’enormità dei valori in gioco, primo fra tutti la libertà degli individui, il diritto penale assurge con crescente frequenza a contesto elettivo di istanze genuinamente scientifiche, nella direzione di una miglior definizione delle fattispecie e di un maggior rigore del loro accertamento, sia in termini probatori sia in punto di motivazione: una sensibilità (dimostrata da ottima dottrina, ma non estranea alla dimensione quotidiana del “diritto vivente”) cui la consapevolezza della tragedia degli errori giudiziari e la disposizione naturalmente critica delle parti contrapposte hanno contribuito a far prendere corpo.

Secondo i canoni della certezza e dell’incertezza e quelli, non coincidenti, della solidità e della flessibilità, quindi, scienza e senso comune divengono fibre portanti del sistema, *modi* della sua tenuta, ossia, in definitiva, profili che caratterizzano la risposta al reato.

2. *Il nucleo solido della fattispecie*

All'interno dell'ordinamento, il diritto penale è il settore che offre maggiore resistenza al discorso ormai ubiquitario sul diritto *flow*. All'interno del diritto penale, la fattispecie è il baluardo contro la fluidificazione e il cardine di molti tradizionali principi di garanzia. All'interno della fattispecie, il nucleo gravitazionale solido dell'imputazione è costituito dagli elementi strettamente descrittivi.

Tizio ha ucciso il vicino di casa. Sempronio voleva che la barca affondasse. L'incendio appiccato da Caio poteva diffondersi a tutto il bosco. La vittima di Mevio si opponeva al rapporto sessuale. È il cuore solido del diritto terribile, sono i fatti della storia che scatenano il *bisogno* di sanzione.

Osservare che la tipizzazione di questi fatti sia fondamentale per il sistema penale e la loro comprensione sia necessaria al cittadino per orientare la propria condotta è forse banale. Nondimeno, proprio questo nucleo solido è sottoposto a una risalente, perdurante e pervasiva opera flessibilizzante, un fenomeno pressoché inosservato nella sua unitarietà: l'accertamento secondo senso comune.

Il ruolo del senso comune nella fattispecie non è certo limitato a questa pur non marginale porzione. In alcuni casi, come nei reati di sospetto e di pericolo presunto, massime di esperienza sono a fondamento delle scelte di incriminazione: il senso comune è filtrato dal dibattito parlamentare e cristallizzato in norma, tanto che un'eventuale infondatezza delle conclusioni da questo offerte diventa di disagiata correzione da parte del giudice. Altre volte il legislatore abdica all'accertamento del comune sentire, delegandolo in radice, come avviene per i "concetti valvola" del pudore e dell'onore e per i parametri normativi della colpa generica non riferita a contesti tecnicamente o professionalmente caratterizzati: il senso comune, in tutta la sua riconosciuta mutevolezza, elude indenne il dibattito parlamentare e il suo accertamento è differito al momento del processo, dove diviene oggetto di contraddittorio tra le parti, spesso molto acceso, e di pronunce di giudicanti spesso in contrasto tra loro.

In entrambe le ipotesi, che beneficiano peraltro di lodevole e non sporadica cura dottrinale, si verifica una contrazione degli spazi di controllo, *giudiziaro* in un caso, *legislativo* nell'altro, e un potenziale detrimento dei principi: negli esempi, i principi di offensività e di determinatezza.

Il campo della presente indagine, tuttavia, oltre che comparativamente negletto, è segnato da un *vulnus* ancora più profondo, giacché *entrambi* gli strumenti di controllo sono carenti. Proprio per questo motivo, si ritiene di poter ipotizzare una sua dimensione esemplare del rapporto tra fattispecie e accertamento.

3. *Diritto sostanziale e processo*

I limiti dell'analisi consentono solo alcuni cenni, in questa introduzione, alle tema-

tiche di portata generale che ne affrescano lo sfondo.

Come dianzi diagnosticato, il senso comune incide in misura rilevante sul diritto sostanziale (anche) nel momento di accertamento della fattispecie. Al pari di ciò che accade in molti altri campi, quindi, si registra una compenetrazione del piano sostanziale con il piano processuale e, come si vedrà nel seguito, persino con il piano investigativo, in un progressivo slittamento di paradigmi, manifestazione tra le molte dell'ovunque lamentata crisi del principio di legalità.

In questo panorama, oggetto di attenzioni solo frammentarie da parte dei cultori del diritto sostanziale, è necessario riconoscere la preziosità dei contributi di molti processualisti, non esclusi alcuni studiosi del processo civile, al dibattito sulle massime di esperienza, che si è progressivamente sovrapposto, pur senza quasi mai citarlo, al problema della demarcazione fra scienza e senso comune, quasi fosse una farfalla di Lorenz.

Il progressivo, ma non ancora soddisfacente, dipanarsi della pluridecennale *querelle*, in una rilettura orientata a valutarne l'impatto sulla funzione di garanzia della fattispecie, potrà far luce sui confini mobili delle denominazioni assunte dalle due forme di conoscenza umana nella terminologia legale (che nel coro dei saperi non raramente segue una melodia sua propria) e aiutare a comprenderne le ragioni e la portata: premesse necessarie per un "completamento di sguardo", con riferimento sia ai principi sia agli istituti di diritto sostanziale.

L'analisi presente è infatti guidata dalla convinzione che in un diritto sempre più giurisprudenzializzato debba essere conservata e, anzi, accentuata la centralità *funzionale* della norma incriminatrice. Da un lato, solo vigilando in tutta umiltà su quanto accade a valle, nelle aule dei tribunali e all'uscita dalle camere di consiglio, il diritto sostanziale può (non già rivendicare, bensì svolgere al meglio) il suo ruolo. Dall'altro, tuttavia, proprio alla luce di quest'attento impegno di *osservazione*, è compito indifferibile del legislatore e della dottrina dotare la fattispecie, in ogni suo elemento, di parametri tali da renderne l'accertamento quanto più possibile univoco e controllabile, a maggior ragione durante un tempo in cui sulla controllabilità sembra poggiare, sempre di più, la democrazia.

4. I riflessi del dibattito intorno alla scienza

Proprio la sistematica sottoposizione delle ipotesi a controlli, anche diffusi, o tentativi di falsificazione è una delle principali note differenzianti il metodo scientifico dall'esperienza comune.

Nelle ultime decadi, un dibattito particolarmente esteso ha scandagliato il rapporto tra diritto penale e scienza, propiziando lo sviluppo di un'attitudine critica verso le generalizzazioni da questa proposte e la loro incidenza sullo studio degli istituti di parte generale. L'approccio che ne è scaturito può apprezzarsi nella sua dimensione

garantista e di apertura al vaglio dialogico del sapere.

Per conseguirlo, i giuristi hanno attinto copiosamente alle acquisizioni dell'epistemologia moderna riguardo alle differenti modalità di conoscenza e, specialmente, alle *peculiarità della scienza* rispetto al senso comune. Il tema della rispettiva *demarcazione*, tuttavia, è rimasto estraneo al lavoro di "importazione" costruttiva appena descritto, quasi si trattasse di un problema disinteressandosi del quale il diritto penale può in larga parte serenamente procedere.

Lungi dal coordinarsi compattamente in un sistema di controllo rafforzato, quindi, scienza e senso comune si muovono oggi con ruoli indifferenziati e procedono "a staffetta" nel percorso verso l'accertamento del fatto di reato: a volte secondo modalità oppositive, asservendosi agli interessi delle parti contrapposte, a volte con alternanze vicarie, subentrando a colmare reciprocamente eventuali imbarazzanti silenzi.

La rilevanza giuridica della linea di confine è rimasta in ombra e tutto il versante del senso comune si è conservato immune da elaborazioni approfondite. Con ormai piena consapevolezza dei limiti della scienza ci si deve accingere, quindi, a guardare alle caratteristiche e alle insidie del senso comune.

In particolare, devono essere ponderate con estrema cautela le conseguenze dell'idea diffusa che, proprio perché note a chiunque, le generalizzazioni offerte dal senso comune siano sottoposte a efficace controllo prima del processo ed eventuali errori residui siano in questo poi facilmente individuati e corretti dai giudici e dalle parti: come si intende dimostrare, si tratta infatti di una duplice illusione, priva di fondamento giuridico ed epistemologico.

Inoltre, il dibattito recente sulla prova si è concentrato sugli elementi in relazione ai quali la scienza può portare il maggior contributo informativo, come l'imputabilità, la causalità o il pericolo. La riflessione sul senso comune, al contrario, dovrebbe farsi carico di estendere compiutamente la valutazione di affidabilità e controllabilità dell'accertamento anche agli elementi in relazione ai quali la scienza non è tradizionalmente coinvolta, come il dolo, la causalità psichica e il consenso.

Questa indagine non può conseguire tale obiettivo, che individua piuttosto come semplice proposta per un più articolato e organico programma di ricerca. Tuttavia, essa ambisce a fornire un'argomentazione a sostegno di tutti gli sforzi che, magari disorganicamente o partendo da punti prospettici parziali, muovono verso un rinnovamento *garantista* delle tecniche di redazione della fattispecie e un ripristino di costante e vigile dialogo con le modalità "viventi" della stessa.

In altre parole, oggi più che mai, il legislatore e l'interprete della fattispecie astratta non possono permettersi di scegliere nemmeno un aggettivo o un avverbio senza porsi il problema di ciò che quella particella diventerà per mano, per mente, dell'interprete del caso concreto. Al tempo stesso, essi devono tenacemente resistere alla tentazione di ripiegare su un recepimento normativizzante della prassi, pronto a cedere gli spazi dialettici dell'accertamento in cambio di un rispetto del primato legislativo tutto "di facciata".

5. Senso comune, emozioni e dimensione gnoseologica della risposta al reato

Un'ultima riflessione rende questo tema partecipe di un orizzonte ancora più ampio. Scienza e senso comune, nella loro già segnalata dimensione di fibre portanti e modi caratterizzanti la reazione dell'ordinamento al reato, ricevono alternatamente favori e critiche per i loro differenti approcci alla *conoscenza della realtà*.

La circostanza invita a soffermarsi sulla funzione cognitiva dell'accertamento, che certamente supera le angustie della strumentalità rispetto all'irrogazione di una sanzione.

L'ultimo decennio di studi sul "diritto del nemico" e sul ruolo delle emozioni nel sistema penale ha dato incontrovertibile evidenza al reato, quando non ai suoi percepiti o presunti epifenomeni, come *rottura della sicurezza cognitiva*. Se anche (e a volte solo) in questa frattura è sentito il cuore dell'offesa, allora soprattutto su questo livello si gioca la partita dell'ordinamento.

Il senso comune si appropria così di un ruolo crescente nella reazione del diritto alle emozioni potenti, come paura, dolore e vendetta, che plasmano la percezione dei fatti traumatici, ancora e più che mai, nel tempo attuale. La sua capacità di "dare sempre" una spiegazione, ben dimostrata da secoli di fantasiose credenze popolari, ripristina l'apparenza di sicurezza cognitiva infranta dal reato, mentre la sanzione statuisce un'illusoria neutralizzazione di offese e offensori.

Così, se il securitarismo della sanzione impernia la risposta "muscolosa" dello Stato su strumenti *eccezionali e altisonanti*, al contrario la spiegazione del fatto secondo il senso comune offre una rassicurazione a buon mercato basata sulla *familiarità*, pur avvalendosi di cornici logiche e filosofiche di taglio innovativo o sofisticato. In entrambi i casi, l'ordinamento si scioglie dai vincoli critici di realtà e di verità, che sono l'ancora *sicura* dei diritti e delle garanzie, e fluttua verso la pericolosa vacuità del *ristabilimento simbolico della sicurezza*.

Nell'ottica della dimensione cognitiva dell'offesa e della reazione dell'ordinamento a questa, è forse sottovalutata la funzione dell'accertamento come *risposta in sé* e delle ricadute sociali dei casi in cui lo stesso sia malcerto o illusorio.

Anche privilegiando la sola posizione della vittima, potrebbe sfuggire la differenza in termini di ristoro della sicurezza di un accertamento che sappia qualitativamente distinguersi dalle uniformi, offuscate approssimazioni del senso comune. I sentieri della giustizia riparativa, passando per i capisaldi del riconoscimento e della comprensione dell'altro, quand'anche non conseguano le virtuose e incoercibili vette del pentimento, del perdono e dell'accettazione, possono offrire una prospettiva cognitiva ben superiore alle falsamente rassicuranti intuizioni giudiziali più o meno empatiche, alle normalizzazioni opacizzanti condotte sulla base di "ciò che di solito accade" e alla scomoda convivenza delle opposte generalizzazioni possibili, *anche sotto il profilo della sicurezza percepita*. Del resto, il reato *non* è ciò che di solito accade e proprio a questo è richiesta risposta.

Per concludere, con un solo cenno, sia consentito aggiungere che, dal punto di vista delle reazioni concrete e “tangibili”, una spiegazione del fatto non stereotipata e una sua valutazione aperta a “ciò che di solito *non* accade” (anche con riferimento al tempo *successivo* al reato) è l’unica piattaforma cognitiva plausibile per una risposta non meramente sanzionatoria e per una politica criminale che cerchi di realizzare, davvero e al tempo stesso, nel coniugio di diritti e garanzie, prevenzione e rieducazione *effettive*.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2017