

IL DUBBIO E LA LEGGE (*)

di Giovanni Canzio

SOMMARIO: 1. Le coordinate del processo moderno. – 2. La ricerca della verità fra logica e procedura e il criterio normativo “al di là di ogni ragionevole dubbio”. – 3. La legge fra “dubbio fattuale” e “dubbio giuridico”. – 4. Il dubbio fra passato e futuro. – 5. Il dubbio e la “giustizia predittiva”.

1. Le coordinate del processo moderno.

Il razionalismo critico e scientifico del pensiero occidentale s’innerva intorno ai concetti di ipotesi, fatto, prova, verifica, verità, dubbio, decisione ¹, che segnano anche le coordinate del processo moderno e ne legittimano la *funzione cognitiva e aletica*.

Occorre essere consapevoli, tuttavia, della valenza meramente probabilistica nel processo del “*paradigma indiziario*” (“*trial by probabilities*”), che, a differenza di quello “scientifico o galileiano”², tende all’accertamento della ottimale corrispondenza, verosimiglianza, plausibilità dell’ipotesi rispetto al fatto realmente accaduto nel passato (*lost facts*). In termini, cioè, non di certezza o verità materiale e assoluta bensì, di elevato grado di credibilità razionale e di conferma dell’enunciato di partenza.

2. La ricerca della verità fra logica e procedura e il criterio normativo “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

La strutturale in-cerchezza del risultato cognitivo spiega l’apparente estraneità alla grammatica della legge dell’area semantica della “verità” e del “dubbio” (le cui difficoltà definitorie risalgono all’antica Grecia, in cui s’indica, utilizzando l’alfa privativo, ciò che non sono: *a-letheia* / *a-poria*). Ma perché un’estraneità solo “apparente”?

Innanzitutto, nel settore della legge e del diritto, anche di formazione giurisprudenziale, la tradizione razionalista occidentale ha subito progressive erosioni,

(*) Il contributo costituisce il testo, corredato da una bibliografia essenziale, dell’intervento all’incontro sul tema “*Il dubbio e la legge*”, nell’ambito del festival *Milanesiana* (Milano, 19 luglio 2018).

¹ J.R. SEARLE, *Occidente e multiculturalismo*, Luiss University Press, Roma, 2008, p. 25.

² C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in A. Gargani (a cura di), *Crisi della ragione*, Einaudi, Torino, 1979.

perché si sono scandite nel tempo regole di tipo preclusivo, procedurali o logiche, sugli enunciati riguardanti fatti, che vanno rispettate anche se e quando esse non conducano alla verità o addirittura impediscano di pervenire alla verità.

I *percorsi di verità* che guidano il ragionamento probatorio e la decisione giudiziale, infatti, sono disegnati dalla legge sulla base di regole epistemiche che caratterizzano il sistema accusatorio (“*adversary*”): il contraddittorio, la confutazione dell’enunciato di accusa mediante la prospettazione di prove contrarie a sostegno di ipotesi antagoniste, la verifica delle prove per la conferma o la falsificazione dell’ipotesi, infine la motivazione della decisione, diretta a spiegare le relazioni fra probabilità e prove secondo adeguati criteri inferenziali, e il controllo impugnatorio della stessa (artt. 192, 546 lett. e, 606 lett. e cod. proc. pen.).

Inoltre, i confini di legalità delle operazioni valutative e decisorie del giudice, ancora prima delle *regole procedurali o logiche*, sono fissati da principi di rango più elevato, di rilievo costituzionale, da *metavalori* quali: la presunzione d’innocenza dell’imputato, da cui consegue che solo sull’accusa grava l’onere della prova, il principio del contraddittorio, suscitatore del dubbio e perciò prescelto come il più fecondo metodo euristico, la motivazione dei provvedimenti, l’obbligo di assolvere l’imputato quando non è sufficiente la prova della colpevolezza (*in dubio pro reo*) e il potere di condannarlo solo se ne risulta provata la colpevolezza “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” (art. 533, comma 1, cod. proc. pen.).

Regola sistemica, questa, delle democrazie postmoderne³, per la quale le difficoltà pratiche di ricostruzione probatoria del fatto e l’in-cerchezza processuale non autorizzano il superamento della presunzione d’innocenza e la condanna dell’imputato se il dubbio è “ragionevole”. Si assume per tale non qualsiasi, possibile dubbio, astrattamente sempre configurabile, né il dubbio marginale, ma solo quello che, sorretto da oggettive evidenze probatorie, sia in grado di destrutturare l’apparente solidità dell’enunciato di accusa e, grazie all’opera maieutica del contraddittorio, immettere nel ragionamento giudiziale una plausibile spiegazione alternativa del fatto.

3. La legge fra “dubbio fattuale” e “dubbio giuridico”.

È la legge, dunque, che re-cide l’in-cerchezza probatoria e l’in-decisione⁴, manipolando autoritariamente il *dubbio fattuale* indotto dalla dualità, equivalenza o pluralità di campo delle possibilità. Poiché è precluso al giudice rispondere alle parti *non liquet* -il caso non è chiaro-, la legge ne prescrive il metodo di soluzione in termini di risultato procedurale e non di coerente titolo logico (vero/falso).

Ancora la legge si rende protagonista del criterio decisorio per risolvere, non più il dubbio logico sulla ricostruzione probatoria del fatto (*dubium facti*) ma talora, il

³ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003; G. CANZIO, *L’“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303.

⁴ N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1, pp. 64-72.

dubbio giuridico (dubium iuris). Il giudice trova così nella legge il filo per uscire dal labirinto ermeneutico delle oscurità, ambiguità, polisemie, stratificazioni orizzontali delle fonti regolatrici del caso, sia normative (art. 12 disp. prel. cod. civ.), nazionali o internazionali, sia contrattuali (art. 1367 ss. cod. civ.).

4. Il dubbio fra passato e futuro.

Si afferma comunemente che l'accertamento della verità, con il giudizio conclusivo di conferma o falsificazione dell'ipotesi, è racchiuso nell'arco spazio-temporale del processo che si chiude definitivamente col *giudicato*.

E però, il tradizionale quadro assiologico appare in crisi, essendo la stabilità dell'accertamento chiamata a misurarsi col potenziale affacciarsi nel futuro del "dubbio ragionevole" circa la reale fondatezza del risultato probatorio precedentemente raggiunto.

Lo standard decisorio "al di là di ogni ragionevole dubbio", insieme col principio del contraddittorio in senso forte, è destinato, infatti, a promuovere la graduale cedibilità del giudicato e la potenziale *revisione* della condanna, soprattutto nei casi in cui da una nuova prova scientifica o da un nuovo metodo d'indagine, consentiti dall'evoluzione del sapere scientifico o tecnologico, possa sortire il *ragionevole dubbio* circa la colpevolezza dell'imputato⁵.

5. Il dubbio e la "giustizia predittiva".

Avvertiva B.N. Cardozo, giudice della Suprema Corte USA negli anni '30, che "ancora non è stata scritta la tavola dei logaritmi per la formula di giustizia".

Va emergendo, peraltro, il fenomeno dell'utilizzo, da parte di alcune corti statunitensi (v., da ultimo, *Wisconsin S.C., State v. Loomis, 881, Wis. 2016*⁶ *Indiana S.C., Malenchick v. State, 928, Ind. 2010*), di tecniche informatiche per misurare il rischio di recidivanza del condannato, ai fini della determinazione dell'entità della pena o di una misura alternativa alla detenzione.

⁵ G. CANZIO, *La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, in Kistoris-Balsamo (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, pp. 479-502, anche per qualche riflessione circa l'esito paradossale (rovesciato) della revisione *contra reum* del giudicato assolutorio in presenza di una nuova prova scientifica; L. FERRARELLA, *La giustizia bussava due volte*, in *La Lettura-Corriere della sera*, 28 settembre 2014.

⁶ *Guidelines e warning* enunciati nella sentenza *Loomis* sono commentati in *Harvard Law Review*, 2017, Vol. 130: 1530-1537 e da E. ISTRIANI, *Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis*, in *Harvard JOLT Digest*, 31 agosto 2017. V. anche M. GOGGI, *Un algoritmo ti giudicherà. "Minority Report" è realtà*, in *La Lettura-Corriere della sera*, 14 maggio 2017; E. YONG, *A che servono gli algoritmi nei tribunali statunitensi*, in *Internazionale*, 16 febbraio 2018 (trad. di F. Ferrone); E. LIVNI, *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, *ivi*, 3 marzo 2017 (trad. di F. Ferrone).

Il *dubbio* del giudice in ordine alla propensione dell'imputato a ripetere il delitto non trova più la soluzione in un criterio metodologico di accertamento del fatto e neppure in una puntuale prescrizione della legge, ma viene affidato a un *algoritmo* di valutazione del rischio, elaborato da un software giudiziario prodotto da una società privata (COMPAS: acronimo di *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*).

Considerati i risultati pratici - soprattutto in termini di risparmio - conseguiti dall'impiego del modello matematico-statistico, neppure le cautele e il *warning* delle corti e lo scetticismo degli studiosi, quanto al rispetto delle garanzie del "*due process*" nella raccolta delle informazioni utili per la valutazione del rischio nel mondo reale e all'eventuale pregiudizio discriminatorio, sono riusciti a frenare l'impetuosa avanzata delle tecniche informatiche di tipo predittivo nel sistema statunitense di giustizia penale.

Si è forse agli inizi di uno sconvolgente (e però non auspicabile) mutamento di paradigma della struttura e della funzione della giurisdizione? A fronte della complessità tecnica, dei tempi e dei costi delle faticose operazioni giudiziali ricostruttive del fatto, la postmodernità metterà in crisi l'equità, l'efficacia e le garanzie del modello proprio del razionalismo critico, oppure resterà ben salda e vitale l'arte del giudicare "*reasonig under uncertainty*", seppure "*by probabilities*"⁷?

⁷ G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in Canzio-Luparia (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Cedam, 2018, pp. 3-21.