GIUSTIZIA INSIEME

Filosofia del diritto

Riforma della giustizia: un retroterra epistemologico

di Bruno Montanari

12 febbraio 2026

Sommario: 1. Una premessa necessaria – 2. Inquisitorio e accusatorio: la ricerca della verità – 2.1. Primo passaggio – 2.2. Secondo passaggio – 3. Dalla epistemologia moderna e contemporanea ai modelli processuali – a. Il paradigma dell'"inquisitorio" – b. Il paradigma concettuale dell'"accusa" è del tutto differente – 4. Per una riflessione conclusiva

1. Una premessa necessaria

Quando Mimesis accettò di pubblicare il testo, a più mani, *Modelli processuali e pubblica accusa*, volle che come sottotitolo si aggiungesse *Una separazione delle carriere*. Chi scrive queste righe a sua volta chiese che si concludesse l'espressione con un punto interrogativo: *una separazione delle carriere?*

Il motivo della interrogazione si giustificava per la considerazione che il testo aveva come suo obiettivo quello di aprire una serie di riflessioni retrostanti la questione pratica e contingente della separazione delle carriere; riflessioni che dovevano riguardare la questione di fondo: il

rapporto che si instaura tra modelli processuali differenti (per il loro "retroterra culturale") e funzione della pubblica accusa. È evidente che il caso di specie fosse rappresentato dalla riforma del 1988, che sostituiva nel nostro ordinamento il modello processuale "inquisitorio" (o inquisitorio "misto") con il modello processuale "accusatorio".

Chi vorrà leggere il libro potrà rendersi conto dell'ampiezza del dibattito tra autori autorevoli e di diverso orientamento.

Nelle righe che seguono vorrei io prospettare alcune considerazioni, che traggono spunto dalle modalità con le quali ha preso forma mediatica la discussione, propedeutica al *referendum*, ma che intendono seguire una linea di pensiero, che prescinde dalla contingenza pratica, per guardare a ciò che epistemologicamente e "teoreticamente" (non "teoricamente") costituisce la differente struttura concettuale dei due modelli in questione, con i riflessi che ne derivano sul piano dell'ordinamento giuridico, in questo caso quello nostro, italiano (sempre che sia ancora in vigore e non sia stato sostituito dal sistema *governance*, termine che non è sinonimo mediatico di "ordinamento", ma si costruisce su principi del tutto diversi ed anche alternativi) (**[1]**).

La prima cosa che mi colpisce è che non ricorre mai nei dibattiti e nella informazione mediatica la memoria alla riforma dell'88, e quindi c'è da chiedersi in quale misura i cittadini, cui si chiede di votare, siano al corrente del mutamento del modello processuale e delle conseguenze che ovviamente devono prendere forma, per correttezza ordinamentale. Non si precisa neppure, quando si fa giustamente riferimento a modifiche costituzionali, che la Costituzione italiana, quando nacque, aveva come riferimento il modello processuale "inquisitorio" e non l'attuale "accusatorio".

Vi sono poi altre due questioni che occupano l'attuale progetto governativo: la riforma delle elezioni all'organo di autogoverno della magistratura, il CSM, e la formazione di un'Alta Corte di Giustizia. Questioni che ben poco hanno a che fare con il modello processuale in vigore (l'"accusatorio", appunto), ma riguardano piuttosto la costitutiva indipendenza della magistratura nei confronti della politica e la responsabilità dei magistrati in virtù dell'esercizio del potere "funzionalmente" legittimo, di cui sono investiti.

Si tratta di temi diversi e tutti assai complessi e delicati; essi investono, infatti, sia le conseguenze derivanti dall'operare del modello processuale, oggi in vigore, sia le garanzie di "indipendenza" dell'organismo magistratuale, secondo l'ordinamento giuridico proprio di uno "stato di diritto". Per tali motivi, sarebbe stato opportuno affidare la formazione di un qualsiasi intervento riformatore ad una commissione di "giuristi" (magistrati, avvocati, professori universitari), come

avvenne sia per il codice civile del 1942, sia per quello processual-penalistico dell'88.

Ancora una avvertenza che mi perdonerete; ma è necessaria. Svolgerò questo intervento partendo da lontano, il che può disorientare il possibile lettore, ritenendo il percorso una digressione inutile, rispetto alla attualità della questione che occupa questo scritto. Non è così e mi spiego. Il nostro tempo, come sempre nella storia, si costruisce nella pratica operativa grazie ad "abitudini mentali", che orientano sia la comprensione di quella che viene chiamata "realtà", sia i comportamenti delle persone comuni, sia, a più alto livello, il modo di pensare e decidere di coloro che sono chiamati ad operare. Il nostro tempo, in particolare, vive una strutturale ambiguità mentale e pratica: quella tra "eredità razionalistica", che ha come ricadute i concetti di "oggettività" e realtà", prodotto della separazione tra il soggetto conoscente e il "mondo esterno", e l'epistemologia "quantica", che teorizza la caduta di quella *separazione,* poiché il soggetto è dentro lo stesso "Mondo" che indaga ed ha come ricaduta pratica il dileguarsi cognitivo di quei due termini ("oggettività" e "realtà", appunto), unitamente alle "congetture" che da essi traggono origine, prima fra tutte il concetto di "verità". Sul versante giuridico, l'ambiguità epistemologica cui ho solo accennato (per il momento), produce una mescolanza pratico-operativa ed anche teorica tra due concetti: quello di ordinamento giuridico, con il suo sistema di "qualificazione" dei fatti, e quello di "*governance*" fondato, invece, sulla mera "osservazione" della fattualità dei poteri in gioco e sulla conseguente ricerca di un "equilibrio".

L'itinerario che propongo al possibile lettore è, dunque, indispensabile per capire cosa si è sviluppato in gran parte nella seconda metà del '900, producendo ricadute pratiche talora anche sconcertanti, come la decostruzione dei principi dello Stato di diritto (nella sua declinazione "sociale"), anche in quelle parti del mondo (compresa l'Italia), nelle quali si era affermato soprattutto dopo le due guerre mondiali. D'altra parte, in questo itinerario sono confortato dall'analogo percorso, che ho trovato durante una recente lettura di un testo di Werner Heisenberg del 1958 (*Fisica e Filosofia*, tr.it, Milano 2015, 6^ ed. maggio 2025), di cui più avanti, nel quale l'introduzione di F.S.C. Northrop sottolinea i riflessi della epistemologia quantica nelle "scienze sociali".

2. Inquisitorio e accusatorio: la ricerca della verità

Una volta chiarite le premesse, intendo ragionare attorno alle caratteristiche epistemologiche che costituiscono i due modelli processuali, l' "inquisitorio" e l' "accusatorio", per comprendere le differenze teoriche che ne formano i concetti e vederne le conseguenze, di ordine pratico, circa la

configurazione delle relative figure processuali: inquirente e requirente.

Comincio da un pensiero semplice, ma fondante il senso proprio di un qualsiasi processo.

Per l' "uomo della strada" e, dunque, per il senso comune, il termine "processo" si accompagna ad un altro termine, "giustizia", e quest'ultimo, a sua volta, ne evoca un altro ancora: "Verità". Un qualsiasi cittadino accetterebbe forse un giudizio di condanna se non credesse che un tale giudizio fosse "giusto"? E, per esser tale, chi non legherebbe la più immediata, semplice idea di giustizia alla conoscenza della verità? Ogni giudizio, infatti, per il senso comune, deve, innanzitutto, poggiare sull'accertamento di una verità; insomma, si parte sempre dal sapere "come stanno *veramente* le cose". Questo percorso, sempre per il senso comune, vale per qualsiasi forma di giudizio, sia esso morale, politico o, nel caso di specie, giuridico-giudiziario: una sentenza processuale.

Andiamo per ordine.

2.1. Primo passaggio

Ponendo da subito il tema della "verità", intendo mostrare come sia del tutto razionalmente inadeguato, rispetto alla effettiva consistenza teoretica ed epistemologica del problema, confinare la discussione e la relativa divulgazione alla dialettica pragmatico-negoziale "separazione / non separazione" (delle carriere). Una tale dialettica, infatti, non può eludere, e quindi prescindere, da un nesso triadico: colpa – accusa – verità; dove l'ultimo termine, "Verità", può stare sia all'inizio che alla fine del nesso, poiché è ciò *dal quale* gli altri due termini – *colpa e accusa* – o traggono origine, oppure *giungono* a porre il tema di fondo, come luogo di arrivo del percorso cognitivo. Insomma, la questione teoretica "Verità" o si pone fin dall'inizio del ragionamento o, comunque, ci si arriva alla fine.

Riflettendovi, in queste pagine, è per sottolineare, e quindi *ricordare*, come quel contesto culturale abbia il suo inizio nella "modernità" della Ragione; e ciò, per due motivi. Il primo, perché è proprio sulla teoresi della "Verità", che viene a giocarsi la *soggettività* dell'uomo "moderno", come ente finito e, al tempo stesso, costituito nella "potenza" della Ragione; il secondo, perché è il "razionalismo moderno", che opera come fondamento per la *scientia juris*, avendo come chiave filosofico-teoretica e socio-politica l'idea di "ordine". Come esempio, basti pensare al tema del governo e della sovranità, nel quale i concetti di "soggettività" e di "ordine" sono in continuo e strutturale dialogo; proprio da tale dialogo scaturisce, come conseguenza logica un altro tema-chiave: la "legittimazione". Quest'ultima, la legittimazione, costituendo lo spartiacque tra potere arbitrario e potere di governo, distingue il "vero" sovrano dall'usurpatore:

la “verità” dell’investitura genera la “legittimazione” dell’esercizio del potere da lui esercitato. Il tema, allora, della “Verità” si sposta e prende visibilità attraverso il nesso “investitura” - “legittimazione”, che, se un tempo riguardava la figura del Sovrano, nel tempo a noi prossimo concerne il potere “funzionale” esercitato dalle Istituzioni e dagli organismi costituzionali.

Dunque, il pensare ed agire umano, che si diffonde anche e soprattutto dal “senso comune”, si lega alla parola: “Verità”. Parola, tuttavia, che è assai problematica sul piano della filosofia teoretica (dirò qualcosa più avanti) e che, già per il senso comune, è affetta da un paradosso: chiarezza e ambiguità, con le conseguenze mentali di una perenne incertezza e della relativa diffidenza. Al centro del paradosso, quasi a scioglierlo o comunque a renderlo intellettualmente accettabile, si aggiungono un “pensiero” ed un’altra parola, che il diritto, inoltre, conosce assai bene: “dubbio”. Ma di questo più avanti. Per ora vediamo il primo aspetto: la “chiarezza”.

Essa scandisce il percorso verso la “Verità” iniziato dal *cogito* cartesiano, che assumo in questa sede, per ovvia semplificazione, come emblematico della teoresi gnoseologica della modernità razionalistica.

La seconda, perché proprio dal cogito cartesiano, e dalla distinzione *res cogitans – res extensa*, prende le mosse Werner Heisenberg, in quel testo del 1958 sopra ricordato, per mostrare la radicale rottura che l’epistemologia “quantica” produce con il razionalismo moderno, e, in particolare con i due concetti, che sono ritenuti ovvii dal senso comune, di “oggettività” e “realtà”. Bastano alcune righe di quel classico che è *La nuova alleanza*, di Isabelle Stengers e Ilya Prigogine(**[2]**), per illuminare il peso teoretico della frattura contenuta nel passaggio epistemologico ora accennato. “[In questo libro] ci accontentiamo di osservare che le leggi di Newton non supponevano invece che l’osservatore fosse un essere fisico; l’oggettività era, appunto, definita come assenza di riferimento all’osservatore come descrizione dell’oggetto… [al contrario] Questa fisica [quella che dà vita alla “Nuova alleanza”, definita *fisica umana*] è soggetta a costrizioni intrinseche che ci identificano come parte del mondo fisico che stiamo descrivendo”. Passaggio epistemologico decisivo, poiché mette in luce come l’osservazione provenga da un soggetto *immerso* nel medesimo mondo fisico dell’oggetto osservato. Tale non-distanza tra soggetto e oggetto è ciò che determina l’assoluta *puntisticità* e *a-temporalità* del dato osservato. Conseguenza: “Possiamo prevedere soltanto probabilità, non singoli eventi. Questo fu inaccettabile per chi – e tra gli altri Einstein – voleva arrivare ad una descrizione deterministica completa’” (**[3]**).

Ho ritenuto di richiamare il tema della epistemologia quantica, non solo perché questa, come ho già accennato, ha messo in forma spesso inconsapevolmente, il modo di ragionare delle “scienze

sociali" (si pensi al "funzionalismo" di Luhmann ed alla sostituzione, mediatico-semantica, del termine *Governance* a quello tradizionale *Ordinamento giuridico*), ma perché tocca, come ho già sottolineato, i concetti di "oggettività" e "realtà". Concetti che, come siamo abituati a pensare, non solo pervadono, ma sono fondativi, del giudizio giuridico più invasivo per l'uomo: quello del processo penale, per riflettersi, e svolgersi e complicarsi al suo interno, in quella modellistica processuale, che va sotto le qualificazioni storiche di processo "inquisitorio" e "accusatorio", e fino a contemplare quello che potremmo definire il brocardo: "oltre ogni ragionevole dubbio".

Emerge qui il secondo aspetto, l' ambiguità, che ha la sua concretizzazione nella figura concettuale della cosiddetta "verità processuale", come oltrepassamento del "dubbio"; il sintomo di tale ambiguità è manifestato dall'aggettivo "ragionevole" (non "razionale"!), il quale ha un suo specifico significato: quello di un *marchingegno logico*, ma *socialmente necessario*. Accettabilità, questa, intellettualmente e praticamente sostenibile, proprio se concepita come argine nei confronti di "certezze" facilmente attraenti ed invece bisognose di maggiore e più scrupolosa indagine. E, tuttavia, anche il dubbio si presta ad una ambiguità, contenuta in due espressioni ugualmente utilizzabili: "non ho più dubbi" e "non ci sono più dubbi". In ogni caso, è il nesso "dubbio – Verità" ad essere particolarmente significativo. Il punto che intendo sottolineare è, infatti, il seguente: il "dubbio" ha un suo significato *teoretico*, prima ancora che epistemologico, in relazione ad una, altrettanto *teoretica*, idea di "Verità".

Giunti a questo punto, si aggiunge, alla già detta questione determinata dalla epistemologia "quantica" (Heisenberg e Prigogine – Stangers), un altro aspetto che destruttura la coppia "oggettività – realtà". Mi riferisco a quel passaggio teoretico, sul quale tornerò di qui a pochissimo, che consente di sottolineare come il significato di "Verità" cambi in conseguenza del *trasfigurarsi*, proprio sotto il profilo *concettuale*, dell' "idea" di "verità" in quella di una *possibile "rappresentazione teorica" del Mondo*. Il punto focale della questione diviene allora non la "oggettività" del conosciuto, ma, appunto, la *sostenibilità della teoria*, come spiegano con chiarezza Thomas Kuhn e Paul Feyerabend in *Dogma contro critica* (Raffaello Cortina, Milano 2000) (**[4]**).

2.2. Secondo passaggio

Vediamo ora come questo passaggio avvenga già all'interno della filosofia teoretica del '900 (e quindi non solo quella "quantica"), finendo per coniugare, proprio sul piano pratico, il tema proprio del senso comune dell' "oggettività" con quello della *sostenibilità della teoria*. In quest'ultimo contesto, in definitiva, il ricorrere del dubbio, in ambito giuridico, può dirsi il residuo di una idea di verità, che fa riferimento ancora al paradigma cartesiano, ed alla quale,

tuttavia, il diritto non può rinunciare, al fine di garantire ciò che è gli è proprio: la costruzione dell'ordine sociale.

Se si guarda, da un lato, alla sequenza "giustizia – verità – dubbio", che orienta il ragionare giuridico, e, dall'altro, alla questione epistemologica che trasfigura la "Verità" nella "sostenibilità della teoria", ne segue che la nostra contemporaneità esibisce, tra diritto e conoscenza, un rapporto, che potrei definire *nuovo*, rispetto a quello che si era instaurato nel contesto del razionalismo moderno. Rapporto, segnato dalla tensione tra due aspetti dell'esistenza propri dell'essere umano, come *ente finito,* e quindi *fallibile*: l'uno *inevitabile* e l'altro *indispensabile*; "incertezza" del sapere e "certezza" del normare. E il processo penale, quale che sia il suo modello, costituisce una capitale banco di prova.

Per non arrendersi alla ineffabilità che il mutamento in atto potrebbe a buon diritto legittimare, provo ad indagare meglio il rapporto tra "incertezza scientifica" e quel che resta della tradizione giuridica, della quale abbiamo fatto esperienza e di cui resistono tracce formali e semantico-linguistiche.

Innanzitutto, si tratta di vedere, in generale, quale tipo di relazione venga ad instaurarsi ed articolarsi tra il momento, giuridicamente qualificante, della tipizzazione del fatto (irrinunciabile, per assolvere alle ovvie finalità regolative) e le problematiche cognitive della "realtà", promosse da una attenta epistemologia.

Il punto centrale della questione, infatti, è dato dalla considerazione che la trasformazione e riduzione di "eventi" o "accadimenti" naturali in "fattispecie" è la conseguenza di una lettura del "Mondo" secondo un paradigma cognitivo, idoneo a dar luogo ad un processo di tipizzazione. Come dire che le condizioni per una tipizzabilità dei fatti sono già contenute nel paradigma di lettura adottato dal soggetto; dipende, cioè, da come il soggetto "osserva" un evento, *configurandone* cognitivamente quella che definiamo "realtà".

Basti considerare come l'espressione cognitiva comunemente adoperata – "fenomeno" – sia un prodotto puramente congetturale, e dunque "mentale", proprio di un certo modello teoretico (prima che epistemologico), e *non la mera traduzione semantica di un dato materiale*: in natura non si danno "fenomeni", ma solo "accadimenti".

È a questo punto che occorre ricordare un passaggio-chiave del razionalismo "moderno", ripreso poi dalla filosofia post-metafisica del '900. In breve è il nesso Kant – Cassirer.

Kant, *Prefazione* alla *Critica della Ragion pura*: "…noi non abbiamo punto concetti dell'intelletto, e perciò nessun elemento di conoscenza delle cose, se non in quanto può essere data una

intuizione corrispondente a questi concetti; e per conseguenza non c'è dato d'aver conoscenza di nessun oggetto come cosa in se stessa, ma solo come oggetto dell'intuizione sensibile, vale a dire come fenomeno…" (**[5]**). In queste righe della *Prefazione*uesti elementia questi concettiqu Kant raccoglie, in pochissime righe, il senso della conoscenza umana, intesa come *potenza* e come *limite*. Il punto focale della proposizione è costituito dalla espressione "come fenomeni". Essa pone in relazione il conoscere, da un lato, con le idee di *spazio* e *tempo* (alle quali Kant aveva fatto riferimento qualche riga più sopra) e, dall'altro, con l'esperienza sensibile e la sua possibilità di generalizzazione. L'attività cognitiva dell'uomo è limitata a ciò che egli percepisce appunto "come" fenomeno; proprio il termine "come" (*gleich*) rende manifesto il significato di una operazione umana di natura *congetturale*. Per comprendere il senso effettivo della rivoluzione teoretica operata dal razionalismo kantiano occorre leggere alcuni passaggi che si trovano nella *Dialettica trascendentale*. Innanzitutto la sottolineatura in una nota, che egli stesso appone in quella parte della *Ragion pura*, nella quale esamina il soggetto come "unità di coscienza": " 'Io penso' è, come si è già detto, una proposizione empirica, che contiene in sé la proposizione 'io esisto'…Quindi la mia esistenza *non si può considerare come conseguente alla proposizione Io penso, come la ritenne Cartesio*…"(**[6]**). E più avanti: "L'uomo è uno dei fenomeni del mondo sensibile …Noi lo vediamo per le facoltà, che estrinseca nelle sue azioni…Noi diciamo queste facoltà intelletto e ragione; soprattutto quest'ultima è in modo affatto speciale e preminente distinta da tutte le forze empiricamente determinate, poiché essa esamina i suoi oggetti semplicemente come idee, e determina conformemente ad esse l'intelletto, che fa dei suoi concetti…un uso empirico" (**[7]**).

Sottolineando la differenza da Cartesio, e più avanti sottolineando che l'uomo è uno dei "fenomeni del mondo sensibile", Kant chiarisce il senso dell'"io penso", nella prospettiva fondante della precedenza dell'*esistere* sul *pensare*; meglio, Kant stabilisce teoreticamente il radicamento esistenziale del pensiero, senza tuttavia ridurre quest'ultimo ad una dimensione meramente empirico-fenomenica, poiché essa propria dell'idea universale di "soggetto" (**[8]**). E, tuttavia, nel testo kantiano vi è anche la chiara sottolineatura della *finitudine* ontologica della "soggettività"; finitudine della quale era ben consapevole anche Cartesio, ma dalla quale Kant trae tutte le conseguenze, in quanto limite e potenza del pensiero umano, senza alcun appello al Trascendente. *Potenza*, proprio in quanto prodotto di un *limite*, che non è solo ontico-naturale, ma ontologico-esistenziale: la finitudine. Tale *limite*, infatti, contiene in sé la capacità di pensare *oltre* il dato empirico-fenomenico. Capacità *razionale* (il concetto di "finito" implica infatti, *razionalmente*, un *oltre*, appunto), che a sua volta contiene la *provvisorietà* del risultato cognitivo, poiché ogni dato conosciuto, rientrando nell'esperienza, è solamente *una possibilità* del pensiero

strutturalmente finito, retta dalla logica interna della pensabilità (**[9]**). E qui si gioca davvero la differenza della finitudine kantiana rispetto a quella cartesiana. Non vado oltre su questo punto, per sottolineare, invece, che ho ritenuto di riportare le righe tratte dalla *Critica* kantiana, legando il "come fenomeni" della *Prefazione* al rovesciamento del *cogito* cartesiano (non "*cogito ergo sum*, ma *sum ergo cogito*"), per mostrare come la critica alla distinzione cartesiana tra *res extensa* e res *cogitans*, dalla quale prende le mosse Heisenberg, abbia le sue premesse già all'interno della Ragione moderna. E non solo, poiché un'analoga prospettazione cognitiva prosegue nelle lezioni amburghesi del 1920 – 21 di Ernst Cassirer, intorno ad una questione allora impellente e di rilievo epocale. Si trattava, infatti, della riflessione filosofica originata dalla teoria della relatività generale di Einstein(**[10]**). In esse emerge con chiarezza la possibilità che il costrutto operato dal pensiero si presenta sotto forma di "teoria" e l'*oggettività* altro non è che quel livello di *stabilità cognitiva*, che usiamo chiamare "risultato", e che, proprio perciò, può essere messo in comune. Una tale *stabilità del dato* svolge una funzione decisiva soprattutto quando si opera nel settore della "pratica", come accade appunto nel campo del giuridico, in generale. Mi sembra utile ricordare alcuni di quei pensieri in un contesto come questo, perché aiutano a capire proprio quale sia il rapporto tra risultanze cognitive e "senso comune", sul quale grava una relazione fondamentale: quella tra "verità" dell'attività conoscitiva e rappresentazione mentale. È un modo per proiettare Kant nel XX secolo.

Spiega Cassirer: "La concezione ingenua del mondo ritiene di cogliere immediatamente la realtà delle cose, della natura delle percezioni sensoriali; ma già fin dai primordi delle considerazioni scientifiche del mondo si scopre la relatività e la mutevolezza dei contenuti della percezione sensibile e si mostra con ciò che essi non possono essere attribuiti all'oggetto "stesso""(**[11]**)**.**

Da qui in poi Cassirer evidenzia, attraverso numerosi esempi, come la conoscenza scientifica incorpori o sconti uno "scarto" tra la verità scientifica contenuta in una formula matematica, quale quella che viene costruita da una determinata "teoria", e la verità che proviene dalle rappresentazioni sensoriali, per la cui inaffidabilità basti pensare al ruolo che gioca la "direzione dello sguardo": «…nella stessa osservazione, nella determinazione del suo contenuto e del suo significato non si tratta appunto mai solamente dell'*accaduto* passivamente, bensì anche della specifica disposizione spirituale, della specifica *direzione dello sguardo*. È questa direzione dello sguardo che distingue il procedimento del *fisico* da ciò che comunemente si chiama "esperienza sensibile" »(**[12]**).

3. Dalla epistemologia moderna e contemporanea ai modelli processuali

Perché mi sono spinto così lontano, fino a toccare un ambito di questioni che ai giuristi può sembrare irrilevante per l'attualità del loro lavoro? La ragione è la seguente e spero di darne conto in modo convincente e condivisibile, anche se sono stato costretto ad esporla in modo sintetico e per grandi punti.

Ho ritenuto di dare inizio al tema, che è innanzitutto teoretico, della "verità", e mostrarne le derivazioni epistemologiche, poiché questo conforma la questione, più specifica e lessicalmente affine, che riguarda l'esperienza giuridica; riguarda, cioè, il tema della "verità", quando questa è messa alla prova nel processo penale. Qui entrano in gioco due capisaldi del diritto processuale: la prova scientifica ed il libero convincimento del giudice (**[13]**). Come dire, per usare l'espressione di Cassirer, formule matematiche (*lato sensu*) di una possibile rappresentazione teorica dell'evento da un lato e, non uno, ma due *sguardi* dall'altro: quello dell'investigatore e quello del giudice. Ed alla fine del percorso, la necessità del diritto: la "certezza" del giudicato, nella quale la *forma processuale* viene intesa come rappresentazione corrispondente ad una "sostanza accertata".

Ed è ancora qui che prende forma la *fictio* terminologica, "verità processuale", ed assume senso, esclusivamente pratico, il "dubbio", nella sua trasmigrazione dal necessariamente soggettivo (non ho più dubbi) al ragionevolmente oggettivo (non ci sono più dubbi), da cui poi trae origine l'espressione: "oltre ogni ragionevole dubbio".

La scienza giuridica ha sempre avuto contezza che operava tramite una *fictio*; ma una *fictio*, alla quale non ha mai potuto sottrarsi. Ha aggirato invece il problema, per una teoria che deve farsi "pratica", delegandone la risoluzione alla *legittimazione* dei soggetti processuali. Intendo dire, che la scienza giuridica ha risolto il tema della "verità" cosiddetta "processuale", *spostandone la determinazione dalla conoscenza dell'evento* (epistemologicamente incerta) *alla legittimazione* (questa certa, in quanto fondata sull'ordinamento) *dei soggetti processuali chiamati a configurarla*. In definitiva, la "verità" del giudizio viene a dipendere dalla *legittimazione degli sguardi* dei soggetti processuali, chiamati ad accertarla e a determinarla. Prova ne sia, che nel tempo in cui si riteneva che la *verità* della "colpa", come presupposto del successivo giudizio di condanna, non potesse essere determinata esclusivamente dall'uomo, poiché questo, in quanto ente finito era ontologicamente fallibile, lo "sguardo" cui si ricorreva era quello di Dio. Intendo sottolineare che la "colpa", in quanto è una determinazione di tipo "sostanzialistico", si inscrive

nell'orizzonte logico del *vero/falso*; essa, infatti, altro non è che la radice animistica originaria del concetto di "causa" di un evento, come ebbe a sottolineare Kelsen, risalendo al greco *aitia*, che comprendeva le due declinazioni di *colpa* e *causa* (**[14]**). Lo mostra bene Franco Cordero, in un suo celebre testo (**[15]**), evocando l'origine del modello processuale che ne verrà fuori: l' "inquisitorio". E non è senza significato che la pratica storica del modello processuale inquisitorio, nel quale l'oggetto è la determinazione della "colpa" dell'inquisito, esigesse, con ogni mezzo, di ottenere la *confessione* del colpevole. La ragione, infatti, resta quella dell'origine: poiché l'essere umano è fallibile, non può pretendere di conoscere in *modo assoluto* la "verità", occorre che la colpa, per essere "vera" debba essere *necessariamente confermata* dall'inquisito.

In definitiva, il modello processuale detto "inquisitorio", pur nelle sue diverse configurazioni storiche e anche politiche, si costruisce avendo come fattore fondante il nesso "colpa – verità", con le conseguenze che ho rapidamente descritto.

L'altro modello, detto "accusatorio", si costruisce, come sottolinea lo stesso lemma identificativo, attraverso il concetto di "accusa". Termine questo, che è opera di una diversa identità epistemologica, rispetto a quella della "colpa". Prende corpo, così, tra i due modelli processuali, un vero e proprio *contrappunto epistemologico*, originato dal significato dei due termini-chiave, che danno il nome ai rispettivi modelli: la "colpa" e l' "accusa".

Mi spiego. Mentre la "colpa" esige la *dimostrazione della verità*; l' "accusa", al contrario, chiede l' *argomentazione logica di una possibile e plausibile ricostruzione* dell'evento, operata dal magistrato dell'istruzione (**[16]**). D'altra parte, la differenza contrappuntistica emerge già dalle seguenti espressioni di uso comune: "tu sei colpevole" *versus* "io ti accuso". Il punto centrale del contrappunto è messo a fuoco proprio dai due pronomi: "Tu" / "Io".

Analizzo il "contrappunto", per metterne in luce le ricadute pratiche.

a. Il paradigma dell'"inquisitorio"

Giustizia e *verità* sono termini che evocano, nel loro strettissimo legame concettuale, uno scenario teoretico-argomentativo di tipo *sostanzialistico* di origine cartesiana; l'attività operativa corrispondente è attribuita ad un Ente, lo Stato, in quanto autore supremo della Legge. Tale attribuzione, in quanto esclusiva, si costituisce in virtù di un presupposto *formale*, la "legittimazione", e viene esercitata da soggetti, dotati dell'investitura, ancora *formale*, della "competenza", dipendente dall' essere organi dello Stato. In definitiva, la *fictio* consiste nel soddisfare alla domanda di verità, che è "ontologica", attraverso una modalità operativa che è di tipo *formalistico-funzionale*. E questo, per il fine di ordine sociale, cui sovraintende lo Stato: l'

affermazione della giustizia, che è un concetto, a sua volta, ancora di ordine *sostanziale*.

Il fulcro della questione allora è tutto nella determinazione della nozione di "realtà", in quanto parola che raffigura l'incontro del soggetto conoscente con tutto ciò che si presenta come *fuori di lui* (che per brevità ho già chiamato "Mondo"), e che si pretende essere "qualcosa" di *analogo a ciò che è davvero*. Questo "qualcosa" di *analogo a ciò che è davvero* viene qualificato spesso, soprattutto nel linguaggio comune, che vorrebbe essere anche "scientifico", con il vocabolo "oggettività". Insomma: per il senso comune si dà una sequenza almeno tra tre termini: *conoscenza, oggettività, realtà*; termini che dovrebbero confluire nella *fictio*, peraltro agognata: "Verità".

b. Il paradigma concettuale dell'"accusa" è del tutto differente

"Accusare", nella tradizione storica e nella sua struttura concettuale, individua una iniziativa di origine *privata*, individuale o sociale, ma comunque *non pubblica*, almeno nel senso che non ha la sua origine nello Stato. Un individuo *accusa* un altro individuo dell'offesa ricevuta e l'offensore, a sua volta, contesta l'accusa su di un *piano di parità*. Una tale fenomenologia riposa sull'idea che la verità, quella umana, si manifesti per via *argomentativa* e *dialettica*. Dunque, il concetto di "verità" *non ha, epistemologicamente, una origine sostanzialistica* ma *dialettico-argomentativa*.

Da qui segue che la caratteristica peculiare di questo modello: la centralità, cioè, del profilo retorico proprio dell'agire argomentativo. Alla "verità", sia pure nella sua accezione processuale, si sostituisce il concetto di *ipotesi argomentativamente sostenibile*, che porta con sé, a sua volta, due conseguenze teoriche dagli importanti riflessi pratici. Accusa e difesa vengono incarnati da soggetti processuali *pari ordinati*, coerentemente con la premessa che il magistrato che promuove l'azione penale non attribuisce una "colpa" con le relative "prove", ma prospetta solo una "ipotesi", *argomentativamente sostenibile*, attraverso *elementi di prova*; e la difesa, a sua volta, potrà fornire una diversa "ipotesi", attraverso altri elementi di prova.

Insomma, nel modello processuale accusatorio l'uomo sperimenta davvero (senza *fictio*) tutta la sua finitudine. Non presume di conoscere la verità, ma solo cerca, a volte drammaticamente, di inseguire *una possibilità*, nella quale la dimensione epistemologicamente "ipotetica" può essere corroborata solo dalla *sostenibilità retorica*, messa alla prova attraverso il confronto tra parti, processualmente *pari* (**[17]**). Al giudice, non solo *super partes*, ma soggetto *altro* dalle parti, spetta di formarsi una "opinione", che valga come "giudizio". Tutto ciò significa che il confronto tra ipotesi retoricamente ed argomentativamente sostenibili si traduce, nella mente del giudice, in

una *rappresentazione plausibile*, che dà luogo alla sentenza. E non senza significato: *appellabile*.

In altre parole, nel modello accusatorio prende forma la "verità" intesa, in generale, come "rappresentazione possibile del mondo", alla quale ho fatto riferimento nelle pagine precedenti di questo lavoro.

4. Per una riflessione conclusiva

L'analisi contrappuntistica dei due modelli mostra come il modello "inquisitorio" sia legato alla tradizione cartesiana, fondata sulla separazione Io – Mondo, nel senso che il "Soggetto" conoscente è fuori dal "Mondo" che conosce; per questo il "Mondo" può epistemologicamente assumere il connotato dell' "oggettività" (*objecutum*, ciò che è posto di fronte, ciò che viene da fuori) che mette in forma ciò che è definito "realtà" (*res*: la "cosa", quindi la "cosalità": ciò che esiste di per sé). Di qui il sostanzialismo teoretico-epistemologico.

La medesima analisi mostra come il modello "accusatorio" tragga la sua origine dalla fine dell'impostazione sostanzialistica propria della "modernità" cartesiana. Non vi è più separazione tra Io e Mondo, ma il Soggetto conoscente *appartiene* allo stesso Mondo che indaga: *vi è dentro*. Di qui il percorso già intrapreso dal razionalismo moderno con Kant, prima, (l'inversione del "*cogito*" cartesiano) e dalla razionalità postmetafisica di Cassirer, poi, (la cosiddetta "realtà" è confezionata dallo "sguardo" del Soggetto). In un tempo coevo a quello di Cassirer, con l'affermarsi dell'epistemologia "quantica" (Heisenberg, Prigogine – Stengers), la "cosiddetta" "realtà" si identifica con l' "immediatezza puntistica" del momento "osservativo", che si trasferisce, nelle scienze sociali, nel concetto di "funzionalismo" (Luhmann).

Occorre, perciò, aver presente qualcosa di molto *scomodo* per la scienza del diritto, soprattutto per le sue applicazioni processuali

Ciò, dunque, che ho definito "scomodo" per la scienza giuridica è che il "conosciuto", e che comunemente indichiamo con il termine "realtà", giunge al termine di una operazione cognitiva umana (che comincia già con l' "osservazione" o con lo "sguardo" e si completa nella astrazione concettuale), consistente nella traduzione semantico-congetturale di un incontro dell'uomo con il "Mondo", cui egli stesso appartiene. Il punto chiave è, però, che tale incontro implica, per lo statuto stesso dell'atto cognitivo umano, uno *scarto incolmabile* con il referente naturale, che pur apparendogli come *totalmente altro* (l' "oggetto" appunto)*, non lo è affatto* (la ricostruzione di uno "sguardo").

In definitiva, la parola “Verità”, attraversa e mette in forma i due modelli processuali l’”inquisitorio” e l’ “accusatorio”; li mette in forma, tuttavia, in modo contrappuntistico. Alla *fictio* propria della Verità prodotta dall’ “inquisitorio”, corredata della glossa cautelativa dell’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, si contrappone quel tipo di “verità”, che, in quanto consapevolmente retorico-argomentativa, si presenta fin dalla sua origine come *ipotesi logicamente sostenibile*, che attende conferma dall’unico atto processuale che può contenere la sanzione di una “verità” *umana*: la sentenza posta in essere dal giudice del dibattimento. E in un contesto siffatto, l’appellabilità propria dei due gradi di giudizio, e la verifica logico-argomentativa, posta in essere dall’opera della Cassazione, trovano il loro significato epistemologicamente coerente.

Qui si cela il paradosso umano, prima ancora del giudizio, della ricerca della cosiddetta “verità processuale” e sta a chi svolge professioni a questa connesse averne consapevolezza.

---

[1] Mi permetto di citare in proposito il mio *Dall’ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, in “Europa e Diritto Privato” n. 2/2012, pp. 397-436, ed alle riflessioni ivi espresse.

[2] I. Stengers, I. Prigogine, *La Nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* [1991], Einaudi, Torino, 1999 in part. pp. 218-219.

[3] *Ivi*.

[4] Intorno al tema della “sostenibilità della teoria” ed a quello ad esso strettamente connesso dell’ “incertezza scientifica” resta emblematico un dibattito centrale per l’epistemologia scientifica contemporanea: Kuhn- Feyerabend (cfr., del primo, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago University Press, Chicago 1962, tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 1969; e, del secondo, almeno *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, London 1975, tr. it. *Contro il metodo*, Feltrinelli, Milano 1979). In particolare di Kuhn merita di essere sottolineato come l’affermarsi di un paradigma di “verità” (ovviamente scientifica) dipenda dalla sua “codificazione” manualistica. Quest’ultimo tema fu anticipato da Kuhn in un lungo saggio precedente al 1962 e pubblicato, insieme due

lettere di Feyerabend, da Cortina nel 2000 (*Dogma contro critica*, Milano). Cfr. intorno a questo tema il saggio, breve ma assai intrigante di Giorgio Agamben, *Che cos'è reale? La scomparsa di Majorana*, Neri Pozza, Vicenza 2016.

[5] *Critica della Ragion pura*, tr.it., Bari 1972, I, p. 26.

[6] *Ragion pura*, cit., II, p. 333, nota (corsivo mio).

[7] *Ragion pura, cit.*, II, p. 437,

[8] *Ragion pura*, cit., II, p. 334, nota.

[9] Ho trattato questo tema più ampiamente nel mio *Potevo far meglio. Kant e il lavavetri. Ovvero: l'etica discussa con i ventenni*, Padova 2008 (3^ ed.), cui mi permetto di rinviare.

[10] E.Cassirer, *I problemi filosofici della relatività. Lezioni 1920-1921*, tr.it a cura di R.Pettoello (con Premessa e note del traduttore-curatore editoriale), Mimesis, Milano-Udine 2015.

[11] *Ivi*, p. 57.

[12] *Ivi*, p. 70.

[13] Si veda, ad es., il ricchissimo testo M. Bertolino – G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica Ragionamento probatorio e Decisione giudiziale* (Atti del Convegno tenutosi all'Università Cattolica del Sacro Cuore il 10 e 11 ottobre 2014), Jovene, Napoli 2015. Sulla questione di un possibile modello di "verità" riferibile agli enunciati normativi cfr. ancora F.D'Agostini, cit., p.36 e ss. Alla crisi culturale del nostro tempo presta la sua attenzione anche G.Forti nella sua *Introduzione* al testo *La "verità" del precetto…*, sopra citato, pp. 3 – 23, in part. le osservazioni di p. 10 e ss, La questione è partitamente analizzata da G.Forti, in un "*chapter*", in corso di redazione per un testo che avrà come ed. Sprjnger, dal titolo *From scientific evidence to scientific proof: Daubert standard and medical standard care*.

[14] H.Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, tr.it. Einaudi, Torino 1966, p. 103.

[15] F,Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1981, in part. p. 556 e ss.

[16] Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Dioskurseswe als Theorie der iuristiscen Begrundung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1978, tr.it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffré, Milano 1998, p. 171.

[17]In argomento, cfr., il significativo testo di P.Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *Diritto e Processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, ESI, Napoli 2001, vol. III, pp. 315-368.