

## ORIENTAMENTI

---

**GAETANO CARLIZZI**

### **Il problematico rapporto tra prova e sussunzione Un approccio ermeneutico-giuridico**

SOMMARIO: Programma dell'indagine. - 1. Cause della problematicità del rapporto tra prova e sussunzione. - 2. Classificazione e critica delle principali tesi sul rapporto tra prova e sussunzione. - 3. Una teoria ermeneutico-giuridica del rapporto tra prova e sussunzione. - 4. Quattro tesi a mo' di riepilogo.

#### **Programma dell'indagine**

Le seguenti riflessioni hanno un fine teorico-pratico: imparare a trattare adeguatamente i due giudizi in cui si articola la decisione del giudice. Esse nascono da un'esperienza personale, che forse può essere utile comunicare. Nel corso della mia attività di giudice penale, ho notato che, sebbene la differenza concettuale tra giudizio probatorio e giudizio sussuntivo sia alquanto chiara, grazie alla netta differenza di senso delle *quaestiones* che essi mirano a risolvere, nondimeno tali giudizi interferiscono variamente tra di loro, in modi non sempre afferrabili. In particolare, in diverse occasioni mi sono trovato disorientato, in quanto ciò che credevo di star facendo o di aver fatto in funzione sussuntiva (in fase di istruzione, di deliberazione o di motivazione<sup>1</sup>) mi sembrava servire, al contempo, a fini probatori, o viceversa. Donde il desiderio di comprendere se queste interferenze siano di vari tipi, quali sono le loro cause, se siano tutte patologiche, se siano in parte evitabili e così via.

D'altro canto, nello svolgimento dell'indagine, mi propongo di resistere alle opposte, diffuse tentazioni di far valere visioni astratte dell'attività del giudice o semplici intuizioni professionali: tentazioni parimenti incompatibili con un'aspirazione davvero teorica. Così, il contributo che vorrei offrire costituirà l'esito di un percorso graduale, articolato nei seguenti passaggi. Nel § 1, indicherò i principali fattori di complicazione del rapporto tra prova e sussunzione e cercherò di mostrare il carattere in buona misura apparente della problematicità che ne deriva. Nel § 2, sulla scorta di tale analisi preliminare, suddividerò in due tipi le principali tesi formulate sul nostro rapporto, tesi sovrappositive e tesi discretime. Nel § 3, col corredo di vari esempi tratti dal pro-

---

<sup>1</sup> Che una sussunzione possa darsi in ciascuno dei suddetti momenti, risulterà evidente non appena si rifletta sul fatto che vi sono sia sussunzioni definitive (quelle compiute all'esito della deliberazione e di cui si dà conto nella stesura della motivazione), sia sussunzioni provvisorie (quelle compiute durante l'istruzione del processo, per prendere le varie decisioni interlocutorie richieste in tale fase). *Mutatis mutandis*, lo stesso vale per la prova.

cesso penale, proverò a sviluppare una delle tesi discrete, quella dell'Ermeneutica Giuridica Continentale, che tratta prova e sussunzione come attività di giudizio e si interessa al loro svolgimento naturale. Nel § 4, infine, ricapiterò in forma poco più che stenografica i risultati dell'intera indagine.

## 1. Cause della problematicità del rapporto tra prova e sussunzione.

1.1. A prescindere dalle regole di rito dei vari ordinamenti positivi, due sono le questioni principali che il giudice<sup>2</sup> è chiamato ad affrontare<sup>3</sup>. Da un lato, se il *fatto* che la parte promotrice (attore, ricorrente o pubblico ministero) ha addotto a sostegno della propria pretesa di giustizia («fatto principale») sia occorso (*quaestio facti*); tale questione è *esistenziale*, perché riguarda l'esistenza (passata) di un fatto<sup>4</sup>. Dall'altro lato, se un fatto così determinato abbia le qualità di una fattispecie formulata da una fonte giuridica (*quaestio iuris*); tale questione è *predicativa*, perché riguarda il possesso di certe qualità (rilevanti per il diritto) da parte di un fatto<sup>5</sup>.

Correlativamente a ciò, due sono i *giudizi*<sup>6</sup> fondamentali di competenza del

<sup>2</sup> Anche altri soggetti processuali (es.: pubblico ministero) compiono giudizi sussuntivi e probatori. Per il momento, tuttavia, per esigenze di sintesi, mi riferirò solo ai giudizi del giudice.

<sup>3</sup> Ciò non vale per la giurisdizione costituzionale (sulla quale, BISOGNI, *Teoria e giustizia costituzionale in Italia: un profilo storico-filosofico*, Milano, 2012), il cui sindacato presuppone un'attività interpretativo-sussuntiva, ma non probatoria, ancorché si discuta se anche qui vi siano giudizi di fatto (PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004-1037).

<sup>4</sup> Accanto a quella indicata, che è la questione probatoria principale, si pongono questioni relative alla prova di altri aspetti della responsabilità penale (art. 189 c.p.p.).

<sup>5</sup> Tra le questioni giuridiche, vi è non solo la questione sussuntiva, ma anche quella relativa all'individuazione degli effetti delle sussunzioni già compiute. Si noti, inoltre, che, ponendo l'accento sulla sussunzione, non intendo sostenere che questa sia l'unica forma dell'applicazione giuridica. Nello Stato costituzionale contemporaneo (per tutti: OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Torino, 2015), intessuto di principi fondamentali indeterminati (a fattispecie aperta e/o soggetti a eccezioni implicite - «defettibili» - e/o generici: GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 173-195) in potenziale conflitto reciproco (sul punto, PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 143-172), questa sarebbe una tesi del tutto anacronistica, giacché i principi richiedono operazioni (di «bilanciamento») diverse dalla mera sussunzione (v. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 2003, 16, 433-449). Intendo sostenere, piuttosto, che, anche quando decide facendo uso (concorrente o esclusivo) di principi fondamentali, il giudice assume o esclude pur sempre che il fatto in giudizio realizzi una fattispecie giuridica. Nel primo caso (uso concorrente), ciò accade perché egli rielabora la norma (qualunque sia la sua origine) alla luce del principio; nel secondo, perché la norma che egli trae direttamente dal principio, in qualità di norma giuridica, deve superare il *test* (di matrice kantiana) di universalizzabilità, cioè assumersi come valevole per tutti i fatti di un certo tipo. In questo senso, può forse sostenersi che, più che forma esclusiva, la sussunzione sia forma decisiva dell'applicazione giuridica.

<sup>6</sup> In questa sede, essendo interessato alle *dinamiche* della decisione giudiziaria, mi occuperò di un rapporto tra *giudizi* (intesi, a seconda dei casi, come attività o come risultati di tali attività). Altri autori,

giudice. Da un lato, un giudizio *probatorio* (o di fatto), che si svolge fissando le caratteristiche del fatto principale e stabilendo, mediante l'apprezzamento di una o più evidenze, se sia occorso un fatto così determinato<sup>7</sup>. Dall'altro lato, un giudizio *sussuntivo* (o di diritto), che si svolge tenendo presenti le suddette caratteristiche e stabilendo, mediante l'interpretazione di criteri giuridici e sulla base dell'esperienza, se esse realizzino le qualità di una fattispecie normativa<sup>8</sup>. Giudizi, questi, i cui *risultati* (conclusioni e ragioni) dovranno es-

---

invece, o sono interessati alla statica della decisione giudiziaria, sicché si soffermano sul rapporto tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* quali problemi che gli stessi giudizi mirano a risolvere (così, buona parte delle opere citate *infra* in materia di giudizio di legittimità, cioè Cassazione e *Revision*); oppure sono mossi da interessi teorico-giuridici più ampi, per cui si rivolgono al rapporto tra fatto e diritto (ALLEN, PARDO, *The myth of the law-fact distinction*, in *Northwestern University Law Review*, 97, 4, 1769-1807 2003; LEVI, *Fatto e diritto*, Milano, 2002; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007) o al rapporto tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* inteso in un senso diverso da quello seguito in questa sede (KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), II ed. (1934), tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, 267-268, su cui v. *infra*, sub 2.1.1.). Sul giudizio giuridico, PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, 1-48; TARUFFO, voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1988, 1-8; VELLUZZI, *Giudizio*, in Aa.Vv., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di Ricciardi, Rossetti, Velluzzi, Roma, 2015, 253-267.

<sup>7</sup> Su valutazione probatoria e/o prova, nella letteratura giusteoria: CANALE, *Ragionamento giuridico*, in Aa.Vv., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino, Schiavello, Villa, Torino, 2013, 344-348; CARLIZZI, *Critica della responsabilità seriale. Un contributo alla logica e alla metodologia del ragionamento probatorio*, in Aa.Vv., *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, a cura di Cananzi, Righi, Milano, 2012; COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in Aa.Vv., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Uberty, Milano, 1992, 215-244; FERRER BELTRÀN, *Prueba y verdad en el derecho* (2002), tr. it. *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, 19-62; FERRER BELTRÀN, *La valoración racional de la prueba* (2007), tr. it. *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012; HAACK, *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law* (2014), tr. it. parz. *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, 2015, 1-38; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 49-195; TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 110-193, 249-298. Nella letteratura processualpenalistica: AA.VV., *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008; AA.VV., *Trattato di procedura penale, II. Prove e misure cautelari, I. Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009; FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2015; RIVELLO, *La prova scientifica*, Milano, 2014, 1-56; SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, 2012; TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 43-191; UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 79-179.

<sup>8</sup> La definizione di «sussunzione» proposta va precisata sotto un duplice profilo. Innanzitutto, essa rifiuta la logica *classificatoria* della concezione classica (secondo cui la sussunzione sarebbe meccanica e fondata sulla eguaglianza del fatto sussunto agli altri fatti rientranti nella fattispecie) e accoglie la logica *ordinatoria* della concezione ermeneutico-giuridica (secondo cui la sussunzione è in qualche misura inventiva e fondata su una somiglianza rilevante del fatto sussunto agli altri fatti tipici: OMAGGIO, CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, 110-112, 121-124). In secondo luogo, poiché ritiene che l'unità di misura della sussunzione sia la fattispecie normativa (intesa nel senso della nota 46), la definizione proposta è *intensionale*, non *estensionale*: intende la sussunzione come riconduzione del fatto singolo, non già alla classe dei fatti tipici, bensì al tipo di fatto normativo.

Su interpretazione e/o sussunzione, nella letteratura giusteoria: AA.VV., *Subsumtion. Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*, a cura di Gabriel, Gröschner, Tübingen, 2012; BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003), II ed. parz. rid. e int. riv., Torino, 2005, 208-243; CANALE,

sere esposti, così da assicurarne il controllo pubblico.

Con riguardo al processo penale italiano<sup>9</sup>, essi campeggiano nei suoi snodi principali: dall'avvio del procedimento<sup>10</sup>, alla conduzione delle indagini preliminari<sup>11</sup>, allo svolgimento del dibattimento<sup>12</sup>, alla redazione dei motivi della decisione<sup>13</sup>, fino ad arrivare al controllo di quest'ultima<sup>14</sup>.

---

*Ragionamento giuridico*, cit., 340-344; CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 11-47; DICCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 122-291; NEUMANN, *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung* (2012), tr. it. *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, *Ars Interpretandi*, 2013, n. 1, 83-99; OMAGGIO, CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., 3-61, 91-127; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 3-37, 63-79, 91-101; PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 2014, 51-98; PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, n. 1, 77-102; VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 17-55; VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, 1-116; VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 105-408; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, cit., 61-90; ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012. Nella letteratura penalistica: DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; DONINI, *Euro-peismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 63-117; FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 33-64; MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica penale nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *Aa.Vv.*, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di Picotti, Fornasari, Viganò, Melchionda, Padova, 2005, 161-172; MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1918-1945; MAZZACUVA, *A proposito della interpretazione «creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 437-453; PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, *ivi*, 515-538; PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, *ivi*, 657-691; RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, 693-713.

<sup>9</sup> L'indagine trae dalla sfera penale il materiale pratico, ma ambisce ad avere validità teorico-generale.

<sup>10</sup> Art. 335, co. 1, c.p.p.

<sup>11</sup> Cfr. colleg. sistem. tra gli artt. 326, 358, 405, 416, 417 c.p.p.

<sup>12</sup> Artt. 493 e 495, in rif. agli artt. 190, co. 1, 190-bis; 527 c.p.p.

<sup>13</sup> Art. 546, co. 1, lett. e, c.p.p.

<sup>14</sup> Art. 606, co. 1, lett. b ed e. In sede di controllo della decisione di merito da parte della Corte di Cassazione, prova e sussunzione pongono problemi peculiari, che meriterebbero uno spazio non concesso in questa sede. Anzi, può dirsi che la maggior parte delle analisi del loro rapporto si collega proprio all'esigenza di delimitare con precisione il sindacato del giudice di legittimità. Qui mi limiterò ai seguenti rilievi (estensibili, *mutatis mutandis*, al giudizio di legittimità in generale). Compito della Cassazione penale è verificare la legittimità della decisione di merito, nei limiti segnati dai motivi di ricorso proposti dalle parti interessate. Tale verifica dà luogo a un sindacato diverso a seconda che il ricorso si riferisca al giudizio sussuntivo ovvero a quello probatorio del giudice di merito. Infatti, solo nel primo caso la sindacabilità è diretta, con la conseguenza che la Suprema Corte può compiere un autonomo giudizio sussuntivo. Nel secondo, invece, la sindacabilità è indiretta, ossia non può investire la correttezza del risultato del giudizio probatorio del giudice di merito, ma solo del ragionamento retrostante (vizi di contraddittorietà e di manifesta illogicità della motivazione ex art. 606, lett. e, II parte, c.p.p.), con la conseguenza che la S.C. non può compiere un autonomo giudizio probatorio. Peraltro, con riguardo al

1.2. Se la distinzione tracciata è alquanto familiare tra i giuristi, manca ancora una visione chiara del rapporto tra prova e sussunzione. Ciò soprattutto per le seguenti cause, *estrinseche*, in quanto dipendenti dal modo in cui esso è trattato in letteratura o è attuato nella prassi. Le prime due sono *fisiologiche*, riflettendo la naturale diversità di impostazione degli autori considerati, mentre le successive sono *patologiche*, dipendendo da manchevolezze teoriche o pratiche di vario genere. ...

## TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI

---

giudizio sussuntivo, si discute se esso possa essere compiuto dalla S.C. sempre (teoria tradizionale) o solo nei casi in cui sia funzionale al suo ruolo nomofilattico (teoria teleologica). Sul punto, in generale, BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, 76-115. Sulla Cassazione penale, IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.