

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



**Dottorato di ricerca in Storia e Dottrina delle Istituzioni
XVIII ciclo**

Coordinatrice: prof.ssa Barbara Pozzo

PROVE LEGALI E LIBERO CONVINCIMENTO

Dottoranda:

Valentina Cattelan

Tutor:

**Prof.ssa Francesca Ruggieri
Prof.ssa Elena Maria Catalano
Prof.ssa Cristina Danusso**

Settore scientifico disciplinare IUS/16

Sommario

Premessa. Il contesto dei sistemi inquisitorio ed accusatorio.....	1
I capitolo: la concezione classica della prova e la nascita della dialettica	4
1. La teoria dei “segni” degli oratori attici: retorica e teoria del verosimile	4
2. Gli sviluppi aristotelici nella teoria delle prove.....	6
3. La teoria degli <i>status</i> nel sistema ermagoreo: verso la concezione della prova quale “ <i>argomentum</i> ”.....	7
4. Gli ulteriori sviluppi del concetto di prova nel processo romano: i <i>loci</i> come <i>sedes argomentorum</i> e la nascita del metodo dialettico.....	9
5. Lo sviluppo della dialettica de XIII secolo: l’ <i>ars opponendi et respondendi</i> come metodo.....	11
II capitolo: Il sistema delle prove legali.....	14
Introduzione: alle origini del dualismo accusa – inquisizione medievale.....	14
1. Il processo barbarico e le prove ordaliche dell’Alto Medioevo.....	14
2. La giustizia comunale del XIII secolo.....	17
2.1. La testimonianza di Alberto da Gandino: le origini del processo inquisitorio.....	20
3. Il XV secolo: Angelo Gambiglioni e l’ <i>inquisitio</i> come struttura fondamentale del processo penale.....	22
3.1. Il sistema delle prove legali e la c.d. presunzione di colpevolezza	23
4. Il consolidamento del sistema inquisitorio, quale forma ordinaria di procedimento: la testimonianza di Giulio Claro	27
5. Prime “codificazioni” del sistema inquisitorio	30
6. Criticità del sistema delle prove legali ed ulteriori riflessioni sulla dicotomia <i>accusatio/inquisitio</i>	34
Capitolo III – Il principio del libero convincimento del giudice	37
SEZIONE I: EVOLUZIONE ED INVOLUZIONE DEL PRINCIPIO	37
1. L’illuminismo	37
2. Il principio del libero convincimento.....	39
3. Il <i>Code d’instruction criminelle</i> e la nascita del c.d. processo “misto”.....	43
4. Accusa ed inquisizione nelle codificazioni italiane	44
5. Il principio del libero convincimento nel Codice Rocco del 1930, un codice misto con prevalenza inquisitoria	48
6. Involutione del principio del libero convincimento	52
6.1. La teoria romantica del libero convincimento.....	54
SEZIONE II: IL LIBERO CONVINCIMENTO RAZIONALE	58
7. I contenuti positivi del principio	58
8. La motivazione, quale limite intrinseco al principio.....	61
8.1. <i>Ratio</i> degli altri limiti al principio.....	66
8.2. In particolare: l’art. 192, II comma.....	70
8.3. In particolare: l’art. 192, III comma	79
8.4. Riscontri individualizzanti e misure cautelari.....	84
8.5. Le contestazioni	86
9. L’inutilizzabilità	87
SEZIONE III: LIBERO CONVINCIMENTO E CONTRADDITTORIO.....	92

10. Dalla codificazione del 1988 al giusto processo	92
11. Libero convincimento, giusto processo e contraddittorio nella formazione della prova.....	98
11. 1. In particolare il diritto alla prova.....	116
IV capitolo: Modelli di ragionamento probatorio.....	119
1. Il superamento della concezione moderna di prova.....	119
2. Altri sillogismi	122
3. Il metodo induttivo: da una probabilità “quantitativa” ad una probabilità “logica”.....	126
3.1. Il metodo falsificazionista di Popper	134
4. L’abduzione	136
4.1. <i>Inference to the best explanation</i>	140
5. Ragionamenti probatori e valutazione delle controversie tecnico - scientifiche..	142
6. L’inquadramento della prova scientifica nell’ordinamento italiano.....	146
7. La figura del giudice avanti alla prova scientifica: tra codificazione dei principi accusatori e reminiscenze inquisitorie?	148
Conclusioni	153
Bibliografia	156
Giurisprudenza.....	176

Premessa. Il contesto dei sistemi inquisitorio ed accusatorio

Prima di procedere ad analizzare il concetto di prova nell'attuale sistema processual – penalistico, appare opportuno procedere ad una ricostruzione storico – teorica dell'avvicinarsi, nel corso del tempo¹, dei diversi modelli processuali, alla luce della dicotomia *accusatio/inquisitio*².

Come verrà analizzato nel prosieguo del presente lavoro, l'adozione di un procedimento a carattere accusatorio piuttosto che inquisitorio influenza la concezione stessa del metodo probatorio, stante il naturale nesso sussistente tra un sistema di carattere accusatorio e la concezione classica della prova da un lato e un sistema di stampo inquisitorio e il concetto moderno di prova, dall'altro.

Appare opportuno preliminarmente delineare le caratteristiche principali sia del sistema c.d. accusatorio sia del sistema c.d. inquisitorio.

Caratteri costitutivi del primo modello sono: la necessità di un'accusa sostenuta da un soggetto diverso dal giudice; la parità tra accusa e difesa, garantita dal contraddittorio tra le parti; la terzietà della figura del giudice; la pubblicità e l'oralità; il principio dell'onere della prova gravante sull'accusatore. Quest'ultimo elemento è logicamente legato alla presunzione d'innocenza: incombe sull'accusatore l'obbligo di provare “interamente” la colpevolezza dell'accusato.

Singoli elementi probatori non rendono l'imputato “parzialmente colpevole”, a differenza di quanto avviene nel modello inquisitorio.

L'accusato è presunto innocente sino alla sentenza definitiva di condanna. Da ciò l'importanza della libertà personale dell'individuo fino alla eventuale sentenza di condanna in via definitiva e l'utilizzo delle misure restrittive della libertà personale in corso di processo quali *extrema ratio*.

All'opposto, sono coerenti al modello inquisitorio: l'intervento *ex officio* del giudice ed il suo forte protagonismo nel campo della ricerca delle prove; la corrispondenza tra giudice ed accusatore; la forte disparità nel giudizio tra accusa e difesa; il carattere scritto e segreto del procedimento. Il processo inquisitorio è caratterizzato da un procedimento che coincide largamente con l'istruttoria

¹ Vedi *infra* capitolo II e seguenti, ove verrà analizzata in particolare la dicotomia *accusatio/inquisitio* a partire dal Medioevo.

² Secondo G. ILLUMINATI, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1991, voce *accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, vol. I, p. 1, parlare di processo accusatorio ed inquisitorio significa riferirsi a due modelli ipotetici, ricavati mediante un'astrazione, da alcuni caratteri reali di ordinamenti esistenti o ricostruiti storicamente. “Ne segue” - come afferma lo stesso autore - “che non è in questione l'analisi di un fenomeno (o meglio, di una disciplina normativa soggetta alle consuete tecniche ermeneutiche), quanto piuttosto la definizione di una scala di valori, ideologicamente determinata. Difatti, in qualunque prospettiva ci si ponga - storica, giuridica, sociologica - i lineamenti del sistema accusatorio si identificano per contrapposizione a quelli del sistema inquisitorio, e viceversa. Accusatorio ed inquisitorio, dunque, rappresentano dei tipi ideali, collocati agli estremi di un territorio all'interno del quale possono combinarsi numerose variabili, secondo modalità differenti”.

segreta ed “offensiva”, tesa, cioè, a ricercare tutti gli elementi a carico dell'accusato, prima che a quest'ultimo vengano consentite possibilità di contestazione e difesa.

Storicamente al primo modello si è più di frequente accompagnata la discrezionalità dell'azione penale, il carattere elettivo dei giudici, la limitazione dell'appello e dei mezzi di ricorso avverso la sentenza del giudice.

All'adozione del processo inquisitorio ha più spesso corrisposto l'obbligatorietà dell'azione penale, l'ampia possibilità di proporre gravami avverso la sentenza del giudice, coerente al carattere fortemente burocratizzato della piramide giudiziaria. In questo quadro, l'obbligo, quando previsto *ex lege*, di motivazione della sentenza assicura la possibilità di controllo dell'operato del giudice, da parte delle corti di più alto grado³.

In questa cornice emerge un primo elemento distintivo, che, come verrà puntualmente analizzato nella ricostruzione storica, incide sul concetto di prova, ovvero il ruolo del giudice all'interno del procedimento; mentre in un sistema a carattere accusatorio sussiste una netta separazione tra la figura processuale del giudice e quella dell'accusatore, in un procedimento di stampo inquisitorio, il giudice riveste sia la funzione di organo giudicante sia quella di accusa⁴.

In un siffatto sistema processuale il giudice procede inevitabilmente d'ufficio, escludendo la dialettica tra accusa e difesa tipica sia del metodo accusatorio sia, come verrà analizzato, di una concezione classica della prova.

Il secondo elemento distintivo tra sistema accusatorio ed inquisitorio concerne per l'appunto la funzione attribuita all'argomentazione: solo in un processo a carattere accusatorio, infatti, la prova costituisce un onere delle parti e si forma in fase dibattimentale, nel pieno rispetto dei principi del contraddittorio⁵.

³ Per un ulteriore approfondimento circa la dicotomia tra *accusatio* ed *inquisitio* cfr M. BARBA, *Il nuovo processo penale: molte luci e qualche ombra*, in *Giurisprudenza italiana*, parte IV, II, 1989; G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale, del giudizio, della offesa e della difesa*, tomo IV, F.11i Nistri, Pisa 1832; G. SALVIOLI, *Le prove legali secondo la dottrina più antica*, in *Rivista giuridica d'Italia*, anno 11, n. 1-2, 1916, oltre alla bibliografia indicata *infra*, capitolo II, nota 1, relativa alla dicotomia *accusatio/inquisitio* del periodo medievale.

⁴ Cfr *infra* capitolo III, paragrafo IV, ove viene, a titolo esemplificativo, messo in luce come l'elemento caratterizzante del codice asburgico del 1803 (sulla scia del precedente codice di Giuseppe II) fu la soppressione della difesa tecnica, funzione svolta anch'essa dal giudice; in tal modo, si ottenne “un giudice a tre teste” contemporaneamente inquirente, difensore e giudicante.

⁵ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale, del giudizio, della offesa e della difesa*, cit., p. 6, ritiene che in un sistema a carattere accusatorio ai “contendenti” si attribuisca piena libertà in materia probatoria, in quanto tutte le prove sono considerate alla pari (dall'indizio alla prova documentale), in quanto il giudice giudicherà *secundum conscientiam*, ovvero secondo un criterio “istintivo” e sul punto espressamente scrive che “Il processo accusatorio è nella necessità di adottare nelle attribuzioni del giudice il criterio istintivo primieramente, perché il giudice popolare non ne può avere altro; in secondo luogo perché le due forze dell'accusatore e del reo, libere e sciolte da ogni regola, potendo farsi valere non che coi ragionamenti colle simpatie, e colle antipatie, il criterio scientifico sarebbe cattivo ingrediente di questo giudizio: in terzo luogo perché facendogli mestiere d'una decisione perentoria definitiva il criterio istintivo è solo atto a somministrarla come quello che facilmente prende la propria persuasione per assoluta verità delle cose”.

Il giudice non può ricercare le prove d'ufficio, ma, *a contrario*, deve limitarsi a formulare la propria decisione *secundum conscientiam*, sulla base del materiale probatorio fornito dalle parti.

In un sistema processuale di stampo inquisitorio, invece, risultano, se non del tutto esclusi, ma, perlomeno, limitati il contraddittorio e il diritto di difesa, in quanto “l’accentramento del potere nelle mani del sovrano e lo sviluppo degli apparati burocratici tendono [...] ad erodere gli spazi lasciati all’iniziativa del singolo, ad impedire il ricorso a schemi di ispirazione civilistica, a bloccare forme popolari di giudizio e, quindi, ad accantonare decisamente l’*accusatio*⁶”.

Ispirato ad un sistema accusatorio⁷ fu il processo dell’antica Grecia, ove i retori, proprio in virtù di quei principi che oggi definiremmo del contraddittorio e della formazione della prova in dibattimento, svilupparono la concezione della prova intesa quale *argumentum*.

⁶ Così E. DEZZA, *Accusa ed inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, I, Giuffrè, Milano 1989, p. 32.

⁷ Di contro, come verrà analizzato nel prosieguo del presente lavoro, emblema del processo di stampo inquisitorio sarà quello che si baserà sulla teorica delle prove legali, sviluppatesi nel medioevo.

Nei giudizi inquisitori del XIII e del XIV secolo è l’inquisitore ad iniziare l’indagine d’ufficio ed in segreto. *L’inquisitio specialis* è diretta contro il sospettato, il quale senza conoscere con precisione l’addebito e le prove a carico, viene interrogato sotto giuramento, ed eventualmente sottoposto a tortura per ottenerne la confessione; l’interrogatorio e le testimonianze, vengono scrupolosamente documentate nei verbali, che, a chiusura dell’inchiesta, sono trasmessi al tribunale per la decisione. In un siffatto sistema processuale non c’è spazio per la dialettica e il contraddittorio delle parti.

I capitolo: la concezione classica della prova e la nascita della dialettica

1. La teoria dei “segni” degli oratori attici: retorica e teoria del verosimile

La concezione c.d. classica della prova trova la sua prima formulazione presso gli oratori attici Tisia, Corace e Antifonte, i quali utilizzavano, nel VI secolo A.C., i metodi della retorica per difendere i propri clienti e, per tale ragione, ricorrevano ad un metodo probatorio basato sulla c.d. “teoria dei segni”¹.

Tale teoria nasce dal metodo induttivo già applicatosi in medicina: dall’osservazione empirica dei “segni”, attraverso un ragionamento di carattere induttivo, si possono ricavare da elementi noti ed empirici, ulteriori elementi, frutto di una ricostruzione dei fatti fenomenici operata dalla mente umana².

Già i presocratici, quindi, come osserva Giuliani ebbero la consapevolezza che “dalla presenza di qualche cosa si può arguire la esistenza di qualcos’altro che non è presente o apparente”³.

Un tale salto logico dall’ignoto al noto presupponeva, però, una *ratio*, che fosse in grado di sostenere tale ricostruzione operata dalla mente umana.

Il criterio fu fornito dalla dottrina del verosimile, dell’“eikòs”, fondata sul principio che la conoscenza dei fatti avviene per mezzo di probabilità, ossia secondo gradi di conferma tra una determinata ipotesi e le prove che la devono convalidare.

È rilevante osservare come il concetto di probabilità non coincida con quello moderno: oggi la teoria della probabilità è formulata in termini oggettivi, statistici, che equivalgono alla frequenza con cui un dato fatto si verifica o si può verificare in una serie di eventi.

Secondo la concezione retorica, invece, si tratta di valutare il rapporto tra una certa ipotesi e le prove che la devono confermare.

¹ Al fine di meglio chiarire che cosa gli oratori attici intendessero con il termine “segno” appare opportuno ricorrere alla definizione datane nel 380 A.C. nella *Rhetorica ad Alexandrum*: “segno è una cosa che di solito ne precede un’altra o che la segue e si distingue tra *seméion*, o segno probabile, e *tekmérion*, o segno necessario”.

² Sul punto osserva De Lalla, in P. DE LALLA, *Logica della prova penale*, Napoli, 1973, p. 82 che “in questo periodo il processo penale coincide integralmente col suo sistema probatorio; poiché nella legislazione penale attica, come in gran parte delle legislazioni più antiche o anche medioevali, esiste soltanto la menzione del reato ma non la descrizione del fatto, donde una giurisdizione sostanzialmente equitativa è intuitivo che l’interesse per l’ermeneutica giudiziale converga interamente sulla ricostruzione del fatto, e pertanto sulla logica probatoria”.

³ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 10.

Sui rapporti tra processo e concezione della prova come *argumentum* cfr, altresì, A. GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come argumentum*, in *Jus*, 1960, pp. 425 ss.

Utilizzando le parole di Giuliani “il concetto di probabilità viene analizzato in relazione ad un evento unico, non ad una serie di eventi”⁴.

Un altro elemento particolarmente significativo della teoria presocratica dell'*eikòs* è quello per cui

“*la contraddittorietà rappresenterà un aspetto costitutivo della ricostruzione del fatto*”⁵; tale aspetto assume rilevanza in quanto i fatti non sono intesi solo dal punto di vista naturalistico, ma, altresì, come ipotesi controvertibili e controverse, in quanto il fatto non è considerato un dato esterno, conoscibile nella sua assolutezza ed esistenza fisica, ma s’identifica con il suo processo di ricostruzione.

Inevitabilmente, stanti le suddette premesse, si sviluppa una vera e propria metodologia dell’argomentazione: secondo Giuliani la retorica pre-aristotelica era consapevole dell’importanza del metodo dialettico, ovvero dei *pro* e *contra* di ogni questione⁶ e per tale ragione il fatto è quello che viene ricostruito in sede di giudizio attraverso l’esame dei *pro* e dei *contra* della questione, in virtù dello scambio dialettico dei diversi punti di vista dei soggetti processuali, e proprio tale metodo conferisce a tutto il procedimento una razionalità.

In un sistema probatorio come quello degli antichi greci fondato sulla categoria del verosimile, la verità processuale s’intende raggiunta allorché il giudice valuti, in base alle argomentazioni addotte dai retori, il migliore tra i segni probabili.

Sulla base di tali presupposti nella pratica probatoria del processo attico si ricorre alla distinzione tra “segni necessari”, o indizi sicuri, e “segni non necessari”, o dati fenomenici verosimili.

Appare evidente come già nei tempi dell’antica Grecia si avverta la necessità di suddividere le prove in ragione della rilevanza che esse assumono nell’economia processuale, esattamente come oggi si distingue tra prove dirette o storiche (o rappresentative), equiparabili alle prove necessarie o *tekméria*, e prove indirette o critiche (o logiche, o, ancora, indiziarie), assimilabili al concetto greco di prove non necessarie⁷.

⁴ Cfr A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 14, per il quale afferma che il termine probabilità ha due principali significati: “il primo riguarda il grado di conferma di una ipotesi in relazione a determinate prove; il secondo, la frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi. Se accettiamo tale distinzione dovremmo dire che la teoria del verosimile, nella formulazione dei retori attici, pare rientrare piuttosto nel primo significato. I retori non fanno che formulare ipotesi, ed Isocrate impiega il termine *ypóthesis* per designare una questione definita e limitata”.

⁵ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 15.

⁶ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 18.

⁷ Cfr M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, tomo 2, sez. 2, Giuffrè, Milano 1992, pp. 426-432, il quale afferma che “la prova potrà definirsi come diretta o indiretta a seconda del rapporto che si pone tra il fatto da provare e l’oggetto della prova (o meglio: tra i fatti che sono assenti nelle due definizioni). Si ha prova diretta quando le due enunciazioni hanno ad oggetto il medesimo fatto, ossia quando la prova verte sul fatto principale da provare. Si avrà, invece, prova indiretta quando l’oggetto della prova sia costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione”. Per dovere di chiarezza, bisogna, altresì, precisare che l’equiparazione tra prova diretta e storica, da un lato, e tra prova indiretta e critica, dall’altro, si ritrova spesso in dottrina, ma non

Con *tekméria* (che in greco significa “indizi sicuri”) gli antichi greci indicavano le prove necessarie in quanto incontrovertibili, cioè necessariamente vere in relazione al fatto da provare; si trattava di segni che consentivano di prevedere il futuro perché in grado di rivelare il fatto.

Con *seméion* o *eikós*, s’intendeva, invece, la prova non necessaria perché congetturale, non univoca, ovverosia il segno che permetteva di ricostruire il passato in quanto faceva solo immaginare il fatto⁸.

2. Gli sviluppi aristotelici nella teoria delle prove

Occorre ora porre l’attenzione sullo sviluppo che il concetto di prova ha avuto nell’ambito degli studi aristotelici, i quali si pongono come momento di transizione tra la precedente tradizione degli oratori attici e l’evoluzione successiva operata dalla teoria ermagorea degli *status*.

Nel pensiero aristotelico il metodo probatorio assolve una funzione centrale nel discorso: lo stesso Aristotele, nell’opera intitolata *Retorica*, afferma che “le prove costituiscono l’essenza dell’arte retorica e tutto il resto è accessorio”⁹.

Nella sua elaborazione del sistema probatorio Aristotele suddivide i discorsi in tre generi; il primo concerne l’*ethos* e si esplica nella circostanza che l’oratore, utilizzando le tecniche del discorso, cerca di diventare fededeigno, cioè di convincere l’ascoltatore; il secondo discorso riguarda la figura dell’ascoltatore, in quanto fine primo dell’oratore dev’essere quello di suscitare emozioni (*pathos*) in coloro che lo ascoltano.

Il terzo genere, infine, riguarda la dimostrazione, ovvero le prove con cui si dimostra il vero o l’apparente¹⁰.

tutti vi concordano. Per un approfondimento di tale questione, si confronti M. TARUFFO, cit., pp. 433-437.

⁸ A titolo esemplificativo si veda M.F. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, libro V, cap. IX, par. 5-6, in cui l’autore illustra questi due diversi tipi di prove. Esempi di prove necessarie, riportate da Quintiliano, sono: “è necessario che colei che ha partorito si sia unita ad un uomo, che ci siano i flutti quando il vento imperversa sul mare (...), né può succedere che ci sia messe dove non si è seminato, o che uno si trovi contemporaneamente a Roma e ad Atene; un esempio di prova “non necessaria”, invece, è: per mezzo del sangue si capisce che c’è stata uccisione, ma ad insanguinare un abito può essere stato il sangue sprizzato da una vittima o uscito dal naso, per cui non necessariamente chi si sarà macchiato l’abito di sangue avrà commesso un assassinio”.

⁹ ARISTOTELE, *Retorica*, libro I, cap. 1, 1354 a 13.

¹⁰ ARISTOTELE, in *Retorica*, libro I, cap. 3, 1358 b, scrive: “della retorica i generi sono in numero di tre; altrettanti infatti sono anche i tipi di ascoltatori dei discorsi. Il discorso è costituito a sua volta da tre elementi: da colui che parla, da ciò di cui si parla e da colui a cui si parla; il fine è rivolto a quest’ultimo, all’ascoltatore [...] v’è chi decide sul futuro, come il membro dell’assemblea; quello che decide sul passato, come il giudice; quello che decide sul talento dell’oratore, cioè lo spettatore; cosicché necessariamente vi saranno tre generi della retorica: il deliberativo, il giudiziario, l’epidittico. Della deliberazione i due aspetti sono il consigliare e lo sconsigliare; infatti sempre coloro che persuadono privatamente e quelli che arringano pubblicamente fanno una di queste due cose. Del genere giudiziario i due aspetti sono l’accusa e la

Sulla base della suddivisione attuata da parte degli oratori attici tra segni necessari”, o indizi sicuri, e “segni non necessari”, o dati fenomenici verosimili, Aristotele distingue le prove in due tipi: le *artificiales* e le *inartificiales*. Queste ultime sono le leggi, i testimoni, i contratti, le torture, i giuramenti ed appartengono alla retorica giudiziale; le prime, invece, sono proprie dell’arte oratoria e sono l’*enthymema*, corrispondente retorico del sillogismo, e l’*esempio*, corrispondente retorico dell’induzione.

L’*enthymema* (ovvero quel certo sillogismo che partendo dal probabile o dai segni costituisce la prova principale, il concetto logico su cui poggia l’intera argomentazione), costituisce il centro della teoria aristotelica¹¹.

Nel concetto di sillogismo aristotelico logica, retorica e dialettica tendono ad essere connesse e ad intrecciarsi: la dialettica e la logica costituiscono, infatti, un controllo di razionalità sulla fenomenologia della persuasione retorica.

Nella concezione Aristotelica la dialettica è da intendersi come logica del dialogo e del probabile (endoxon), del verosimile, ma la probabilità si collega all’opinione ed al consenso, muovendo dall’assunto che le opinioni non sono tutte uguali: sono probabili, per Aristotele, gli elementi “che appaiono accettabili a tutti, oppure alla grande maggioranza, oppure ai sapienti e, tra questi, o a tutti o alla grande maggioranza o a quelli oltremodo noti ed illustri”¹².

L’uso del sillogismo non implica però, nell’ambito della dialettica, conoscenza causale, ma congetturale: i procedimenti non sono dimostrativi, ma argomentativi e fondati per l’appunto sul dialogo e sulla “collaborazione delle parti in una situazione controversa”¹³.

3. La teoria degli *status* nel sistema ermagoreo: verso la concezione della prova quale “*argumentum*”

La novità introdotta dal sistema ermagoreo rispetto al sistema aristotelico consiste nella formulazione di una vera e propria teoria della rilevanza delle

difesa; necessariamente i contendenti fanno una di queste due cose. Del genere epidittico i due aspetti sono l’elogio e il biasimo. Ciascuno di questi generi ha un fine diverso, ed essendo essi tre, vi sono tre fini: il consigliare ha come fine l’utile e il nocivo [...]; i contendenti in giudizio hanno come fine il giusto e l’ingiusto [...]; quelli invece che lodano e che biasimano hanno come fine il bello e il brutto”.

¹¹ La dottrina dell’*enthymema* è essenzialmente una teoria della *prova dimostrativa* (*pístis*, *apodeiktiké* oppure *deiktiké*) ossia dei mezzi con i quali si produce una credenza in un’altra persona mostrando qualcosa. Del resto la famiglia di termini raccolta intorno a *enthyméomai* significa appunto l’operazione con la quale si considera qualche cosa, si formula un piano e infine *enthymema* è la trovata, l’invenzione di una connessione. Aristotele riduce l’*enthymema* a ragionamento, e si propone di trovare, con questo accorgimento, la disciplina interna del discorso retorico attraverso il disciplinamento che è inerente ai mezzi argomentativi.

¹² ARISTOTELE, *Topica*, 100 b. 12.

¹³ A. GIULIANI, *Logica del diritto b) teoria dell’argomentazione*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 16.

questioni giuridiche e della prova, che viene articolata nelle varie *stáseis*, o *status*, cioè in centri di questioni processuali effettivamente rilevanti sulle quali il giudice è chiamato a pronunciarsi.

Il sistema ermagoreo degli *status* non interessa più soltanto l'ambito retorico - soggettivo, ma anche quello giudiziale, nel senso che individua concretamente e tipicamente - come afferma Giuliani - "l'ambito pragmatico, il contesto comunicativo entro cui gli argomenti - valori soggettivi entreranno in contesa"¹⁴.

Il vero fulcro della teoria ermagorea consiste nell'aver individuato lo *status* in maniera autonoma rispetto alla determinazione degli strumenti argomentativi.

In tal modo l'interesse si sposta dai 'segni' all'argomentazione, per considerare elemento primo dell'indagine giudiziaria il processo di ricostruzione del fatto.

Se fino a questo momento storico si era trascurato l'aspetto tecnico - giuridico del processo, con la filosofia ermagorea al momento dell'invenzione è connesso il giudizio inteso in senso stretto, rivalutando accanto all'aspetto retorico quello giuridico.

Come osserva Giuliani, in Ermagora "la connessione fra retorica e filosofia avviene attraverso la mediazione del diritto ed in particolare di un momento importante della sua esperienza: ossia il processo"¹⁵.

Le prove, secondo la teoria ermagorea, sono subordinate allo *status* e di conseguenza vengono classificate attraverso una complessa logica delle esclusioni e degli errori¹⁶: sono rilevanti soltanto quelle prove che un particolare *status* ammette.

A questo scopo, la teoria ermagorea fornisce un quadro didattico in cui vengono indicati tutti i diversi tipi di controversie giudiziali e si distinguono gli *status* in *rationales* e *legales*¹⁷: i primi, concernono le questioni relative alla

¹⁴ Così A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 19.

¹⁵ A. GIULIANI, *La prova come argumentum*, in *Recueils de la société Jean Bodin*, tomo XVI, Bruxelles 1965, p. 375, dove l'autore osserva come il punto di vista fondamentale fosse quello del retore giurista: "la differenza tra tesi ed ipotesi centrata sull'elemento persona è il risultato del punto di vista del giurista. Questo interesse per la retorica giudiziale era dovuto alla circostanza che solo il diritto poteva permettere di individuare, accanto al momento della invenzione, tipico momento retorico, il momento del giudizio: solo il diritto in definitiva sembrava dare dei canoni intorno a ciò che è essenziale, rilevante nella ricerca".

¹⁶ Come, infatti, sottolinea A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 71 ss., il problema dell'errore nell'argomentazione fu un aspetto della retorica ermagorea che ebbe grande sviluppo ed influenza. Infatti, esigenze di chiarezza e di rigore erano state senza dubbio avvertite fin dai tempi della retorica pre - aristotelica, e ci si era accorti dei pericoli inerenti all'allontanamento dal tema della discussione. Ma era necessario dare un fondamento logico alla teoria degli *status* per delineare quella che il Giuliani definisce "la patologia dell'argomentazione". Non esisteva ancora, però, prima di Ermagora, una teoria generale dei vizi e degli errori. In mancanza, la teoria ermagorea elaborò una classificazione minuziosa condotta da un punto di vista *didattico*, allo scopo di rendere gli scolari sensibili ai diversi tipi di errori.

¹⁷ A differenza di Aristotele che distingueva i discorsi retorici nei tre generi deliberativo, giudiziario ed epidittico, Ermagora li distingue, invece, sulla base degli *status*. Giuliani, al riguardo afferma che la teoria dei segni e del verosimile, com'era impostata nel sistema aristotelico, risultava insoddisfacente perché considerava, come abbiamo potuto vedere nel precedente paragrafo, il *seméion* e l'*eikós* come definiti tipi di sillogismo. La difficoltà stava proprio nella struttura sillogistica dell'*enthymema*, descritto come la prova per eccellenza. Per

ricostruzione del fatto (*stochasmós*), i secondi, invece, riguardano l'interpretazione della legge.

Nella teoria retorica degli *status* si distingue tra le congetture sui fatti - *stochasmós* - e la discussione sulla premeditazione, sul diritto (cioè la distinzione tra *krinomenon aphanes* e *krinomenon phaneron*).

A differenza di Aristotele, la teoria ermagorea degli *status* non valuta più la proposizione probabile in relazione al ragionamento sillogistico, ma alla luce della ricostruzione del fatto passato.

Per tale ragione diventa necessario, secondo il sistema ermagoreo, riconoscere un valore autonomo al ragionamento, basato sui 'segni'.

Si introduce, così, l'idea di prova come *argumentum*¹⁸, fondata sulla teoria retorica come *artificialis ratio*, e sulla considerazione della particolare situazione competitiva in cui avviene l'interpretazione dei "segni" nel mondo del diritto, di cui è espressione l'attuale principio del contraddittorio.

4. Gli ulteriori sviluppi del concetto di prova nel processo romano: i loci come *sedes argomento rum* e la nascita del metodo dialettico

Prima di analizzare l'evoluzione del concetto classico di prova nel processo romano, appare opportuno delineare brevemente l'evoluzione storica che lo stesso processo romano ha seguito.

Alle origini della civiltà romana erano presenti quelle forme processuali tipiche delle civiltà primitive¹⁹, caratterizzate dall'irrazionalità.

Successivamente, nella ricostruzione delle prime forme di processo penale romane, appare opportuno distinguere tra un processo privato ed uno pubblico.

Nel primo²⁰ "la procedura era un giudizio arbitrale autorizzato dalla pubblica autorità, istituito dall'atto delle parti detto *litis contestatio*, impensabile senza la cooperazione di entrambe le parti, ovvero dell'attore e del convenuto. L'istituto impiegato era quello della *provocatio ad populum*²¹, considerato una specie di appello al popolo del cittadino romano condannato da un magistrato.

questo diventava fondamentale nella teoria ermagorea la ricostruzione del fatto rilevante, facendo passare in secondo piano il ragionamento sillogistico. Si veda A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit, pp. 31 ss.

¹⁸ Analizzando etimologicamente il termine *argumentum* si nota come esso sia legato alla radice greca - *arg* - da cui *argós*; *argentum*, *arguo*, che richiamano l'idea di un qualcosa che porta alla luce ciò che è oscuro, fa brillare, illustra, mostra, quindi dimostra, convince.

¹⁹ Vedi infra, capitolo II, paragrafo I ove si tratta per l'appunto delle c.d. prove ordaliche.

²⁰ Così testualmente L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, tr. R. Orestano, Giuffrè, Milano, 1938, p. 15.

²¹ In dottrina si dubbi sul significato di tale istituto; si presume che servisse a devolvere al comizio pene derivanti da accuse gravi, o, solo, a sottoporre l'accusato a regolare processo (così G. PUGLIESE, *Diritto penale romano*, in *Il diritto romano* di V. Arangio-Ruiz, A. Guarino, G. Pugliese, parte IV, Jouvence 1980, pp. 249 ss).

Fino alla fine del II secolo A.C. rimase ferma la procedura per *quaestiones perpetuae*, caratterizzata dalla presenza di un *consilium* giudicante e dall'attribuzione dell'iniziativa processuale a qualsiasi cittadino.

Il procedimento cominciava con l'azione privata e solo successivamente si instaurava un procedimento dinnanzi ad una giuria modellata verosimilmente sulle predette *quaestiones*²².

Nell'età del principato vennero istituiti accanto al sistema delle *quaestiones* nuovi organi giudicanti come il tribunale senatorio, quello imperiale, del *praefectus urbi* o pretorio.

Con l'introduzione di questi nuovi organi si diffuse, altresì, la c.d. *cognitio extra ordinem*, così definita in contrapposizione ai *publica iudicia*, che si svolgevano dinnanzi alle *questiones*.

Per *cognitio extra ordinem* si intende l'attività del principe o di un funzionario imperiale, che conosce direttamente l'accusa e che giudica, senza che il c.d. giudizio finale passi attraverso il popolo riunito nei comizi o nelle giurie.

In questa procedura rimane l'accusa *quivis de populo*, ma l'accusatore assume il ruolo di un denunziante, piuttosto che di un autentico organo propulsore.

L'iniziativa è, dunque, presa *ex officio* dal magistrato indipendentemente e generalmente ciò avviene sulla base di documenti scritti e tenuti segreti; inoltre, viene ridotto al minimo il vasto contraddittorio caratteristico del processo repubblicano.

Una volta esibite le prove, la difesa diventa una semplice formalità, anzi non è più nemmeno necessaria. In questo senso si può affermare che il processo, nel periodo del principato, pur rimanendo accusatorio, tende ad assumere aspetti di natura inquisitoria.

Passando ora ad analizzare gli sviluppi del concetto di prova nel processo romano, occorre osservare, innanzitutto, come la tradizione romana si ponga come un *continuum* rispetto a quella greca.

In particolare il primo a proseguire la tradizione aristotelica è Quintiliano, in una realtà processuale come quella romana in cui "ai retori era lasciata la questione di fatto, disdegnata dai giuristi; mentre la *probatio*, spesso mal distinta dall'*argumentum*, scade a semplice parte del discorso giudiziario, posta dopo il *proemium* e la *narratio* (o espositiva dei fatti) e prima della *refutatio* della tesi avversa e della *peroratio* finale"²³.

Dopo di esso a proseguire la tradizione oratoria in Roma furono Demostene e Cicerone.

²² Per *quaestio* s'intende il tribunale giudicante in materia penale, composto da una giuria presieduta da un magistrato, a cui l'accusatore chiedeva la necessaria autorizzazione per promuovere l'azione, il quale doveva solo controllare la regolarità degli atti. L'onere di cercare e addurre le prove spettava alle parti, mentre il giudice assumeva un ruolo passivo. Si possono individuare, dunque, in questa fase dell'evoluzione del sistema penale romano, i caratteri tipici del processo accusatorio. Cfr P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, II ed. dell'Ateneo, Roma 1962, pp. 429 ss. .

²³ Così testualmente M.PISANI, *Intorno alla prova come argomentazione retorica*, in Riv. dir. Civ. I, anno V, Padova, 1959, p. 463.

La topica ciceroniana parte dai principi della concezione classica, ma si arricchisce, rispetto all'esposizione aristotelica, di nuovi elementi²⁴.

La *Topica ad Trebatium*, ovvero l'opera in cui Cicerone esplicita la propria concezione sulla topica, contiene una definizione di *locus* più ampia rispetto a quella espressa da Aristotele.

Cicerone definisce i loci come *sedes argumentorum*, cioè criteri per trovare gli argomenti e dare loro una sistemazione.

Le argomentazioni si producono in riferimento ai loci, così che il problema dibattuto possa essere discusso da svariati punti di vista ed il sistema dei loci diventa nel discorso la condizione per l'esercizio di ogni successivo processo logico.

Così la conoscenza e l'applicazione dei loci diventano una solida base non solo per l'*ars dicendi*, ma anche, e soprattutto, per l'*inquisitio rerum*.

I loci, secondo quest'ultima accezione servono ad individuare argomenti che sostengano le tesi dell'oratore ed a recuperare quelli che possano controbattere le tesi dell'avversario.

Il concetto di prova, in Cicerone, diventa "sede", non solo di principi retorici, ma anche di argomentazioni logiche; la prova viene definita come *argumentum* nel senso di *ratio quae rei dubiae faciat fidem*²⁵, cioè una ragione plausibile atta a convincere.

Come analizzato sopra l'introduzione delle teorie retoriche è avvenuto con il superamento delle prove irrazionali, che avvenne a partire da I secolo A.C. .

Successivamente, nel processo giustiniano, si riscontrano i principi classici della prova, che verranno codificati in epoca moderna come onere della prova, principio del contraddittorio e teoria delle presunzioni.

5. Lo sviluppo della dialettica de XIII secolo: l'*ars opponendi et respondendi* come metodo

La dialettica del XII secolo si sviluppa in connessione con la tradizione topico - retorica dell'età classica, nella consapevolezza che esista un campo "dove la verità non è qualcosa di assoluto, bensì si identifica con un certo procedimento di ricerca"²⁶.

²⁴ Su questo punto nota A. Giuliani che "l'interesse filosofico acquista progressivamente una preminenza nel pensiero di Cicerone il quale cerca di stabilire e di fissare (pur restando —in *philosophia rhetor*) le connessioni profonde che intercedono fra retorica e filosofia, nel senso che la subordinazione degli interessi retorici a quelli filosofici è sempre più preminente nel metodo topico - retorico di Cicerone". Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 90-91.

²⁵ CICERONE, *Topici*, 2,8.

²⁶ Così A.GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 118.

Rinsaldata l'idea che la conoscenza si muove nell'ambito del *probabilis*²⁷, viene mantenuta e rafforzata, altresì, la concezione di prova come *argumentum*.

L'arte retorica, nell'applicazione giudiziaria, mantiene un ruolo fondamentale²⁸, anche se la dialettica diventa sempre più importante, subordinando ai propri metodi anche quelli della retorica.

I giuristi del tempo da Azzone ad Accursio, da Cino da Pistoia a Bartolo, definiscono la prova come "*rei dubiae per argumenta ostensio*"²⁹.

La base della *probatio* si traduce nella ricostruzione del fatto, attraverso le argomentazioni dei *pro* e dei *contra*, nella consapevolezza che l'ambito in cui si sviluppa il processo è quello del "probabile" e non della certezza e di una verità assoluta.

Il processo si pone in questo senso come ristabilimento di un ordine; la controversia, elemento fisiologico e connaturale al processo, non deve costituire un conflitto, ma deve mantenere una "misura dialettica", nel senso che "[...] oggetto della controversia è il riconoscimento del diritto sulla cosa che ciascuna delle parti rivendica come proprio e persegue dialetticamente, dimostrando che nella tesi avversaria è presente, e condizionante la stessa, qualcosa che, se radicalmente tematizzato, la fa cadere in contraddizione e la riduce alla propria versione dell'ordine"³⁰.

Quanto descritto corrisponde esattamente alla tecnica *dell'ars opponendi et respondendi*.

²⁷ Sul punto A. Giuliani afferma: "l'idea del probabile e del normale - mutuata da Cicerone - viene sviluppata nel senso che si cerca di delimitare una scala di probabilità. Le *opinioni*, nel mondo del probabile, hanno un valore in quanto rappresentano il punto di partenza della conoscenza probabile; esse possono essere graduate, e l'assenso varia in relazione al grado di probabilità. La *opinio* può essere violenta, probabile, temeraria; la prima è vicina alla certezza nel mondo dell'azione, ma differisce costitutivamente dalla conoscenza necessaria. Il più probabile è norma dell'azione: non disponiamo di altre certezze nel mondo del contingente. Ogni probabilità non esclude mai quella contraria, e siccome sono possibili soluzioni contrastanti il *dubbio* è l'elemento motore della ricerca. Certo è che non si raggiungerà mai una verità necessaria, e la verità probabile finisce in definitiva ad identificarsi con *un procedimento di ricerca*". Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 149.

²⁸ Sul punto scrive Francesco Calasso: "Che lo studio del diritto fosse ritenuto come parte dello studio della retorica, non era una novità: è notissimo che così l'aveva presentato già Quintiliano, e Cassiodoro aveva affermato che la retorica era necessaria "maxime in civilibus quaestionibus". Ma, nell'alto medio evo, questa stretta relazione portò - come fa notare l'autore - ad un fatto importante, nel senso che l'insegnamento della retorica andava di pari passo con quello delle nozioni elementari di diritto, le quali rientravano anche negli studi grammaticali per via del linguaggio tecnico dei giuristi". "Il fatto" - come afferma F. Calasso - "ha tanto più importanza in quanto l'alto medio evo non fu certo l'epoca più propizia alla scuola: la quale in Italia e fuori è costretta a rifugiarsi nella pace dei chiostri, impedita com'era frequentemente dai torbidi politici, anche se i tempi eran tranquilli, dall'ignoranza che cresceva tutt'intorno. Secoli particolarmente squallidi furono il VII e l'VIII: ma anche il IX e il X, che videro il dilagare delle istituzioni feudali, non offesero alla cultura migliori condizioni di vita". Così F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I°, *Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954, p. 276.

²⁹ Cfr. A. GIULIANI, *Voce — Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Varese, 1988, pp. 530 ss.

³⁰ Così testualmente F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, *passim*.

Alla base di tale metodo si pone l'idea che ogni ragionamento probabile non possa escludere il contrario, nella consapevolezza che la ragione del singolo non può giungere ad alcuna verità.

In questa prospettiva, il compito della dialettica non è di scegliere, ma di individuare la contraddizione tra opinioni confliggenti.

L'*opinio* è un giudizio basato su prove e, come tale, in grado di resistere alla confutazione dell'opinione opposta.

Tale sistema dialettico verrà superato, come meglio analizzato nel prossimo capitolo, qualche secolo più tardi a causa del propagarsi, innanzitutto nella prassi, della concezione tecnica e burocratica della prova, nel senso di prova pre-costituita dal legislatore.

II capitolo: Il sistema delle prove legali

Introduzione: alle origini del dualismo accusa – inquisizione medievale

La dicotomia accusa/inquisizione attraversa, accompagnando lo sviluppo delle istituzioni politiche e sociali tra Evo Medio e Moderno, tutta l'esperienza storica del diritto comune europeo dal XII al XVIII secolo.

Aperta agli influssi sia del diritto romano sia del diritto canonico, la suddetta dicotomia vede l'affermazione del modello inquisitorio a danno di quello accusatorio: la trasformazione dell'inquisizione da forma connotata da caratteri di straordinarietà e di eccezionalità (come si evince dalle fonti giustinianee e come ancora attestato nella pratica della prima metà del XIII secolo) a forma ordinaria e prevalente¹, che risulta sostanzialmente conclusa nella prima metà del XVI secolo, non ha comportato, specie a livello dottrinale ed accademico, l'abbandono definitivo dell'accusa e permette, quindi, la continuazione di un rapporto dialettico tra *accusatio* ed *inquisitio* che verrà modificato solo con la codificazione².

1. Il processo barbarico e le prove ordaliche dell'Alto Medioevo

Con la deposizione di Romolo Augustolo (476 d.C.)³ cadde l'Impero Romano d'Occidente e conseguentemente iniziò a decadere, altresì, il sistema dialettico di cui si è accennato più sopra.

¹ Sul rapporto storico tra accusa ed inquisizione: Cfr P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio* in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Vol. I, 1953, pp. 332 ss.; G. CAPUTO, voce *Inquisizione*, in *Enciclopedia del diritto* XXI, 1971, pp. 711-714; PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi. Brevi note* in *Studia Gratiana*, 1976, p. 20; G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, Jovene - Editore, 1987, pp. 13 ss.; E. AMODIO, *Clima inquisitorio e clima accusatorio: due prassi a confronto*, in *Dif. Pen.*, 20-21 (1988), p. 29; P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, p. 7;

² Sempre sul rapporto tra accusa ed inquisizione: SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1927, vol. III, pt. II, p. 356; A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, Torino, 1972, pp. 471-472, p. 356; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp. 4 ss. .

³ Le informazioni storiche relative al diritto penale presenti nel capitolo sono tratte da A. SCHIAVONE (cur.), *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 223 ss. e da ALDO SCHIAVONE (cur.), *Storia giuridica di Roma*, Giappichelli (Torino 2016), pp. 390-396.

L'Italia fu ripetutamente invasa dalle popolazioni barbariche: Cimbri, Teutoni, Germani, Unni, Visigoti, Ostrogoti si insediarono nel territorio, portando le loro usanze e i loro costumi.

Tuttavia il diritto romano non scomparve: il principio della personalità del diritto (che comportava l'applicazione del diritto romano alle popolazioni romane), nonché l'incapacità dei Barbari di creare nuovi ordinamenti, ne permisero la sopravvivenza.

Con la discesa dei Longobardi (568 d.C.) si chiuse il periodo dell'esclusiva preponderanza delle istituzioni romane e iniziò quello dell'influenza germanica anche nel procedimento penale.

I tribunali italiani adottarono la struttura del processo barbarico, che era profondamente diversa da quella del processo romano: nel diritto barbarico il giudizio non consisteva in una valutazione fatta dai giudici circa il torto o la ragione delle parti, ma aveva ad oggetto la determinazione del tipo di prova da fornire e la valutazione dell'esito di essa.

Il sistema probatorio, in altri termini, esauriva il processo e ciò accadeva perché era la prova stessa che sanciva l'innocenza o la colpevolezza della persona.

I principali mezzi di prova erano il giudizio di Dio e il giuramento di purificazione.

Il primo *ordal* (dove *ordalia*) poteva consistere nel duello, nella prova dell'acqua fredda (immersione del corpo), del ferro rovente (tenere in mano un ferro infuocato per un certo tempo) o dell'«offa» (grosso boccone da inghiottire).

Per superare la prova non bastava resistere al dolore, ma bisognava vincere gli effetti della prova stessa, nel senso che occorreva che le ferite guarissero entro un certo tempo.

Il tutto si fondava sul presupposto che la divinità fosse sempre presente al processo e che non avrebbe lasciato soccombere un innocente.

Il giuramento di purificazione poteva essere prestato sia dalle parti sia da altre persone, dette *conjuratores*, che appartenevano alla famiglia o alla parentela: mentre le parti giuravano *de veritate*, sostenendo che la verità non fosse quella dichiarata dall'accusatore, i *conjuratores* giuravano *de credulitate*, cioè, solo sulla credibilità o buona fama dell'accusato.

Detto giuramento aveva carattere di prova giudiziaria, perché si credeva che Dio avrebbe punito lo spergiuro con morte o malattia.

Il processo iniziava con un'accusa privata: l'accusatore doveva anzitutto prestare il *juramentum de calumnia*⁴, col quale asseriva di agire in buona fede, cioè convinto della responsabilità dell'accusato.

In seguito, quest'ultimo veniva chiamato a «purgare» l'accusa: a tal fine era tenuto a prestare il giuramento *de veritate* e poteva respingere l'addebito presentando testimoni.

⁴ Sul punto confronta F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino, 1890, pp. 2 e ss. L'autore analizza l'origine del termine *ordalia* e la corrispondenza tra quest'ultima e l'espressione *iudicium Dei*.

La deposizione dei testi a difesa era segreta, quella dei testi d'accusa, invece, avveniva in presenza dell'accusato che, a sua volta⁵, poteva sollevare *interrogationes*. Terminata questa fase il giudice stabiliva il tipo di prova.

Nel processo tardo medioevale l'accusatore doveva prestare il giuramento *de calumnia* e incorreva in pene se non provava l'accusa; l'accusato, invece, era chiamato a "purgare" l'infamia: data questa struttura, risulta complicato stabilire su quale delle parti gravasse effettivamente l'onere della prova e se esistesse o meno il principio di presunzione di innocenza.

In realtà, nella maggior parte dei casi si faceva ricorso all'ordalia, cioè ad una prova fisica, per determinare l'esito del processo; per cui è dubbio se si possa effettivamente parlare di onere della prova, quanto meno nel significato attuale.

Per quanto riguarda il principio di presunzione di innocenza, quale regola di giudizio, posto che era la prova a sancire l'esito del processo, è evidente come non ci fosse spazio per l'incertezza decisionale; in un tale sistema il giudice non avrebbe mai potuto trovarsi in quella situazione di dubbio che è il presupposto logico per l'applicazione del principio in parola: grazie ad una verità di provenienza soprannaturale, il caso si sarebbe comunque risolto "da solo".

Anche quanto alla presunzione di innocenza, quale regola di trattamento, il giudizio non può che essere negativo: nell'Alto Medioevo tanto Liutprando quanto Carlo Magno prescissero la costruzione di carceri sotterranee che fungevano da luoghi di custodia dei giudicandi.

Si trattò sempre di luoghi orribili e malsani, ove il carcerato giaceva senz'aria né luce, talora in solitudine e in catene, malnutrito e in balia di mille abusi e vessazioni. Un simile trattamento lascia intendere come l'imputato, cioè colui che è ancora in attesa di giudizio, non fosse verosimilmente presunto innocente.

Quanto illustrato finora riguarda il procedimento su accusa privata, che era previsto per quei reati che offendevano interessi individuali e che si svolgeva, in sostanza, nelle stesse forme del rito civile.

Il suddetto tipo di processo non era l'unico esistente, perché durante la dominazione dei Longobardi e dei Franchi rimase in vigore il procedimento su iniziativa pubblica, peraltro già introdotto dai Romani⁶.

Quest'ultimo si differenziava dal primo non solo per il diverso ambito di applicazione, visto che riguardava i crimini di interesse pubblico (ad es. delitti contro la persona del Re, rapina per le strade, magia ecc.), ma anche perché in esso non figuravano né il giudizio di Dio né il giuramento di purificazione.

Con l'avvento dei Franchi e la costituzione del Sacro Romano Impero tale rito riprese nuovamente a diffondersi, sia pure con le modificazioni nel frattempo apportategli dalla Chiesa: quest'ultima, infatti, fin dal V secolo esercitava sui fedeli una giurisdizione repressiva, volta a controllarne la condotta.

⁵ Questa l'opinione di A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, cit., pp. 471-472. L'Autore definisce la tesi dell'onere della prova a carico dell'imputato, nel processo tardo medioevale, come "una delle non poche iperboli che nel fervore della rivoluzione illuminista, l'eloquenza dei giuristi francesi ha alimentato (...)".

⁶ Cfr A. SCHIAVONE, *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, cit., pp. 223 ss.

A tal fine la stessa Chiesa aveva stabilito che chiunque avesse avuto notizia di scandali che potessero turbare le coscienze o d'inosservanze dei precetti religiosi, fosse obbligato a denunciarlo (c.d. *denunciatio evangelica*) alla comunità.

Quando la Chiesa ottenne maggior peso politico, i vescovi cominciarono a muovere le accuse ai fedeli direttamente.

L'attività giurisdizionale dei vescovi fu considerata dall'autorità secolare un prezioso aiuto per contenere i disordini e combattere l'immoralità dei costumi; così, i pubblici funzionari furono incaricati di coadiuvare i vescovi nelle loro indagini e di mettere a loro servizio la forza pubblica.

Questa nuova alleanza tra Stato e Chiesa determinò una svolta epocale, dato che, fino a questo momento, la storia li aveva visti su fronti opposti.

Naturalmente il nuovo assetto non tardò a produrre i suoi effetti anche in ambito giuridico: il procedimento inquisitorio elaborato dal diritto canonico era congeniale ai regimi politici di tipo autoritario⁷, cosa che ben spiega il successo e la diffusione che avrebbe avuto nei secoli successivi

2. La giustizia comunale del XIII secolo

L'Alto Medioevo trasmise all'epoca comunale due modi di persecuzione dei rei: l'accusa privata e l'inchiesta (*inquisitio*) da parte dei pubblici ufficiali.

La prima aveva il favore delle popolazioni che, non potendo ricorrere a forme di giustizia private, vedevano in essa un mezzo legale di soddisfazione; la seconda, invece, rimanendo in sostanza affidata all'arbitrio dei funzionari, serviva alle diverse fazioni che salivano al potere per eliminare gli avversari.

La nuova realtà rappresentata dal Comune andò ben presto consolidandosi, favorita sia dalle forti pressioni delle classi emergenti, sia dalla debolezza del potere centrale; tanto che, fallito l'ultimo tentativo di restaurare con le armi l'autorità imperiale, ai Comuni venne legalmente riconosciuta l'autonomia (1183)⁸.

In tal modo i Comuni assunsero il controllo della giustizia e presero l'iniziativa di perseguire i rei senza attendere l'accusa dell'offeso o dei suoi parenti; controversie che prima erano considerate d'interesse privato e, quindi,

⁷ La correlazione tra sistema accusatorio e regimi democratici, da un lato, e tra sistema inquisitorio e regimi assolutistici, dall'altro, sono stati sottolineati con forza da numerosi autori tra i quali Lucchini, Carmignani, Carrara e F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 43 e ss.

Sul rapporto tra sistema accusatorio e regimi democratici e tra sistema inquisitorio e regimi assolutistici, confronta, altresì, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparativa del processo*, Bologna, 1991, *passim*.

⁸ Cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., pt. II, pp. 356 ss.

lasciate alla transazione delle parti, vennero fatte rientrare tra le violazioni dell'ordine pubblico.

La Città-Stato voleva realizzare la giustizia e la pace combattendo la diffusa criminalità, l'omertà e l'usanza di ricorrere alla vendetta privata: a tal fine volle dai Consoli il giuramento di *inquirere* qualora fosse mancata la *denunciatio*⁹; questa trasformazione avvenne contro la dottrina del tempo, che, invocando il diritto romano, proclamava l'irregolarità del processo inquisitorio¹⁰.

Tale rito assunse una vera e propria delineazione tra il XII e il XIII secolo e notevole sullo stesso fu l'influenza del diritto canonico: la Chiesa, che, fin dal V secolo, esercitava la sua giurisdizione sui fedeli, perfezionò il rito inquisitorio canonico¹¹ fino a darne una precisa regolamentazione con le decretali di Innocenzo III.

Fu proprio tale Papa che nel 1215 istituì il Tribunale dell'Inquisizione, il cui compito era quello di ricercare (*inquirere*) gli eretici¹². Si riteneva che nei delitti di eresia e magia, dove l'offeso è direttamente Dio, l'accusa pubblica fosse un atto dovuto e che la ricerca del vero non ammettesse incertezze, né tollerasse contraddittorio, ma esigesse la collaborazione forzosa dell'accusato.

⁹ Cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., pt. II, p. 356, nota 2.

¹⁰ Grazie all'attività dottrinale della scuola bolognese dei Glossatori (tale nome deriva dal metodo usato, che consisteva nell'esegesi dei singoli brani confrontati con brani paralleli o analoghi traducendosi in annotazioni, le c.d. *glossae*, per l'appunto) ripresero gli studi romanistici: l'intero *Corpus Iuris* fu tratto dall'oblio, letterati e artisti greci e latini vennero riscoperti e sorsero le prime università. Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Pontificia Universitas Lateranensis, 1963, p. 67.

¹¹ Per un'analisi delle varietà delle forme di giustizia penale sviluppate nell'Alto Medioevo da parte della Chiesa di Roma, cfr. M. DAMASKA, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, pubblicato in lingua originale sull'*American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, Issue 4, Fall 2012, pp. 919 ss.; tradotto dall'inglese a cura del dott. Alessandro Corda e pubblicato su *Criminalia*, 2012, pp. 28 ss. .

L'autore individua acutamente tre forme di procedimento penale sviluppate dalla Chiesa con il declino dell'ordalia; la prima e più antica è la forma di tipo cosiddetto "accusatorio", la quale era modellata sulla base del processo romano del tardo impero: per poter essere avviata una tale procedura richiedeva l'accusa da parte di un privato.

Tale modello, però, iniziò, a detta dell'autore, a creare problematiche circa il caso in cui vi fossero voci credibili relative alla commissione di un reato, ma nessun privato cittadino si assumeva la responsabilità di presentare formale querela. Per tale ragione si sviluppa la seconda forma di procedimento penale, ovvero il modello inquisitorio canonico: attraverso tale modello i giudici ecclesiastici acquisirono il diritto di compiere indagini d'ufficio al fine di accertare se le voci correnti nel pubblico (*pubblica fama*) relative alla commissione di un determinato reato fossero o meno giustificate.

Infine il terzo tipo di procedimento penale (*processus per denunciationem*) fu ab origine strutturato per compensare la mancanza di pubblici ministeri privati; tale forma rappresenta un'evoluzione dei procedimenti disciplinari della Chiesa: il processo era avviato dalla denuncia di un privato circa la commissione di un crimine, ma successivamente lo stesso soggetto non voleva assumersi le responsabilità connesse all'esercizio dell'azione penale. Indi lo stesso soggetto privato, dopo aver presentato la denuncia, era tenuto semplicemente a dimostrare la *mala fama*, ovvero la voce della commissione del reato tra il pubblico, piuttosto che l'effettiva commissione del reato. Un tale onere incombeva successivamente sul giudice che svolgeva le indagini sulla base di un sistema processuale squisitamente inquisitorio.

¹² Sulla genesi, lo sviluppo ed il definitivo successo del modello inquisitorio in ambito canonistico e sulle decisive ripercussioni di tale affermazione sulla storia del processo penale nell'età di diritto comune confronta: G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., pp. 345-363.

Il procedimento in questione fu in seguito adottato dalle autorità civili e se, inizialmente, fu imposto per i delitti più gravi (ad es. il *crimen laesae maiestatis*, oppure nel caso di dominus *occisus a familia sua* o, ancora, contro i ladroni di strada, i lenoni, i sacrileghi), in seguito venne esteso a tutti i reati, divenendo così il rito ordinario italiano¹³.

In un tale contesto si afferma la Scuola della Glossa e la nuova scienza del diritto si trova ad affrontare, per quanto riguarda le fonti della stessa, un panorama divergente.

Se da una parte, infatti, persiste, perlomeno a carattere dottrinale¹⁴ un diritto romano giustiniano¹⁵ ancorato ai principi del processo accusatorio, da un'altra parte, come analizzato, si sviluppa un diritto canonico, che si basa primariamente su principi di carattere inquisitorio.

Secondo i precetti canonistici di carattere inquisitorio, l'iniziativa ex officio del giudice e la denuncia sono posti sullo stesso piano dell'accusa, come mezzo ordinario per intraprendere il procedimento.

Viene disegnata una prima schematica mappa dell'iter inquisitorio¹⁶, nel quale la fama e la voce pubblica assurgono a soggetto accusatore («*quasi deferente fama vel denunciante clamore*»).

Scompaiono le ordalie (e con effetti talora rivoluzionari: in Inghilterra il venire meno dell'ordalia favorisce infatti l'emersione della giuria popolare di giudizio¹⁷), mentre i duelli sopravvivranno ancora per qualche tempo.

Nel panorama di cui sopra, sia le élites comunali sia i giuristi del tempo iniziano ad avvertire come la giustizia penale possa essere un mezzo autorevole di governo; in particolare tra i giuristi viene coniato un principio che, se potrebbe vantare una provenienza romano-giustiniana¹⁸, in realtà è stato da poco codificato e reso effettivo proprio in ambito canonistico¹⁹.

¹³Cfr G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., p. 357.

¹⁴ La rilevanza del sistema accusatorio nella tarda età imperiale ed in epoca giustiniana è, a voler guardare, in realtà, più modesta nella prassi ai principi sanciti nel *Corpus Iuris Civilis*.

¹⁵ Nel codice giustiniano era presente una costituzione che diffidava dal proporre una pubblica accusa che non fosse fondata su idonee testimonianze. Essa era un punto di riferimento per la dottrina che propendeva per l'applicazione del sistema accusatorio. Vedi C. 4.19.25, riportata da U. ZILETTI, *Studi delle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR*, 1964, p. 170.

¹⁶Cfr in particolare alla decretale *Qualiter et quando* del 1206, ripresa dal canone 8 del Quarto Concilio Lateranense. Vedi al riguardo E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, 2013. - VIII, p. 10.

¹⁷ Sul punto occorre precisare, per correttezza di informazione, che, in realtà l'istituto della giuria, ovvero della *Grand Assize*, nasce, con le grandi riforme giudiziarie apportate da Enrico II nel 1179, *ab origine* quale mezzo di prova e non di giudizio. Infatti venne istituita in quegli anni una *recognitio* sulla lite da parte di un consesso di dodici probi abitanti del luogo, che, per volontà del convenuto, poteva essere scelta quale "altro mezzo di prova" rispetto alla prova ordalica del duello. Sul punto A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 506 ss.

¹⁸ Ad esempio in Dig., 9, 2, 51, 2: «*cum neque impunita maleficia esse oporteat*», osservazioni tratte da E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., p. 9.

¹⁹ Ad esempio nella decretale *Ut famae* del 1203: «*publicae utilitatis inter[est], ne criminare maneant impunita*». E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Giuffrè, 1989, pp. 9 ss.

Tale principio recita, nella sua formula più diffusa: *interest rei publicae ne crimina maneant impunita* (‘è pubblico interesse che i crimini non rimangano impuniti’).

Corollario di tale principio è che chiunque commette un crimine, non solo offende la vittima del reato, ma, altresì, la *res publica*; in quanto parte offesa, si svilupperà il convincimento che, per tutelare gli interessi comuni, il mezzo più valido sia quello dell’azione *ex officio* del giudice.

In tale periodo, ulteriore conseguenza dello sviluppo dei principi inquisitori di carattere canonistico è la nuova valenza probatoria attribuita alle *presumptiones probabiles*²⁰: in caso di presunzioni solo probabili, ovvero che potevano essere contraddette, il giudice si ritiene autorizzato ad infliggere al presunto reo prove corporali. Si inizia così ad infrangere il principio per cui la condanna e la punizione corporale al reo potessero infliggersi solo in caso di *prova plena*²¹.

2.1. La testimonianza di Alberto da Gandino: le origini del processo inquisitorio

Esempio e portavoce della suddetta dicotomia tra sistema accusatorio ed inquisitorio è Alberto da Gandino²².

Al rapporto tra i due modelli – l’accusa e l’inquisizione – Gandino dedica i paragrafi terzo e quarto della settima rubrica del *De maleficiis*, «*Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*».

Nella sua opera traspare ancora come il principio generale che governa la dottrina di quel tempo sia quello dell’accusa privata; infatti, il giudice *ex officio* non può indagare su tutti i crimini, poiché, se manca l’accusatore, lo svolgimento del processo e l’imposizione della pena non sono consentiti.

²⁰ La classica tripartizione delle *presumptiones* di matrice canonistica prevedeva la suddivisione in *praesumptio temeraria, probabilis e violenta* (solo il contenuto probatorio dettata da quest’ultima autorizzava il giudice a pervenire ad un giudizio di condanna); per quanto concerne, invece, la matrice romano – civilistica, la stessa era propensa ad attribuire piena dignità probatoria ed efficacia solo a testimonianze ed a documenti (ed a guardare con diffidenza ad *argumenta, praesumptiones, indicia*) Così G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, Jovene Editore, Napoli, 1979, pp. 46 ss.

²¹ La prova piena secondo i tradizionali principi di carattere accusatorio del diritto civile era integrata solo dalla prova testimoniale o documentale. G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, cit., pp. 42 ss.

²² Alberto da Gandino (Crema ...1281-1310...), probabilmente allievo di Guido da Suzzara a Reggio Emilia o a Bologna, è un giudice di professione e di buona cultura attivo dal 1280 e per circa un trentennio presso le curie podestarili di numerose città dell’Italia centrosettentrionale: Lucca, Perugia, Firenze, Bologna, Siena, Fano (ove è podestà), Firenze. Cfr. Voce “*Gandino Alberto*” in *Dizionario bibliografico dei Giuristi Italiani, XII –XX secolo*, Bologna, 2008, pp. 942-944.

Informazioni tratte, altresì, da E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp. 11 ss. .

A *contrario* i casi in cui il giudice può procedere *ex officio* sono tassativi e specificamente elencati sia per quanto concerne il diritto civile sia per quanto riguarda il diritto canonico²³.

Dall'analisi dell'opera di Alberto da Gandino traspare come il sistema processuale "ordinario" sia ancora quello accusatorio. Per l'autore, infatti, di regola, al fine di instaurare il procedimento, per quanto concerne il diritto civile, è necessaria l'accusa («*regular iter necessaria est accusatio*»); specularmente anche per il diritto canonico l'Autore sostiene che regolarmente non si procede per inquisizione («*regulariter non proceditur per inquisitionem*»), se non nei casi specifici e già illustrati («*sed utroque iure in casibus specialibus potest procedi per inquisitionem officio iudicis, quos casus notavi supra*»)²⁴.

Quella sopra descritta è, però, la situazione che traspare dagli scritti dottrinali dell'epoca; di contro, gli stessi autori che sostengono la regolarità ed ordinarietà del metodo accusatorio, non mancano di segnalare come nella prassi sia sempre più frequente il ricorso alla *inquisitio ex officio* da parte del giudice.

L'autore nel suo *De maleficiis* esplicitamente scrive:

“Ma oggi nell'ambito dello *ius civile* i giudici dei podestà conoscono di ogni reato per loro ufficio mediante l'inquisizione [...]
E i giudici si comportano così per consuetudine,
come nota il maestro Guido e come ho visto comunemente osservare, sebbene sia in realtà contro lo *ius civile*”²⁵.

Come si evince dal passo riportato, appare evidente che, nonostante quanto proclamato dai testi dottrinali, in realtà, nella prassi i giudici perseguono i reati normalmente (*de consuetudine*) *ex officio*; appare evidente come questo sia il metodo comunemente osservato e, dunque, percepito come normale, nonostante la sua contrarietà ai dettami dello *ius civile*.

Altro traguardo importante in materia penalistica raggiunto da Alberto da Gandino è la suddivisione esplicita tra inquisizione generale (*inquisitio generalis*, svolta per accertare l'avvenuta commissione del reato quando ancora non si

²³ Per lo *ius civile* l'elenco ricomprende una ventina di casi, ed è ripreso molto probabilmente dallo *Speculum iudiciale* di Guillaume Durand. Per il diritto canonico le condizioni che consentono di avviare *ex officio* l'inquisizione sono quelle stabilite dalla decretale *Qualiter et quando* del *Liber Extra*. Cfr E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., p. 10.

Informazioni tratte E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp. 14 ss.

²⁴ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp. 14 - 19.

²⁵ «*Sed hodie de iure civili iudices potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo [...] Et ita servant iudices de consuetudine, ut notat dominus Guido, e ut vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile*».

Traduzione dal latino a cura di E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., p. 19.

conosce il colpevole e si cerca di individuarlo) e inquisizione speciale (*inquisitio specialis*, che presuppone lo svolgimento dell'inquisizione generale ed è finalizzata alla assunzione di indizi e prove, che dimostrino la colpevolezza di uno specifico imputato)²⁶.

L'*inquisitio specialis* non può essere svolta arbitrariamente dal giudice, ma richiede la sussistenza di determinate condizioni, ovvero la citazione, l'indicazione dei capi d'accusa, la possibilità di replicare alle accuse e di contestare le testimonianze.

Quanto, invece, alla trattazione svolta dall'autore, sulle prove e sugli indizi, il *De maleficiis* presenta sì i casi tassativi in cui la prova è da considerarsi "piena", ma accenna, altresì, ai casi in cui i cosiddetti indizi indubitati sono parificabili ad una piena prova legale²⁷.

Anche il sistema probatorio, quindi, viene influenzato man mano dai principi tipicamente inquisitori: si cerca, infatti, quale diretta conseguenza del principio generale per cui *interest rei publicae ne crimina maneat impunita*, di parificare il valore probatorio (pieno) delle prove legali a quello degli indizi indubitati, in tal modo erodendo le garanzie del reo²⁸.

3. Il XV secolo: Angelo Gambiglioni e l'*inquisitio* come struttura fondamentale del processo penale

Se con gli scritti di Alberto da Gandino si assiste ad uno sviluppo nella prassi del sistema inquisitorio, ma, nello stesso tempo, si continua a sostenere, almeno formalmente, che il modo ordinario di instaurazione del procedimento è quello dell'accusa privata, nella prima metà del Quattrocento con il *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni²⁹, si assiste alla proclamazione del rito inquisitorio quale struttura fondamentale del processo penale.

²⁶ Cfr G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Vol. XXXVI, cit., pp. 362 ss.; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., pp. 357 ss.

²⁷ Così G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, cit., 1987, p. 64.

²⁸ Sul punto cfr G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, cit., p. 64 ed, altresì, il successivo paragrafo 3.1, ove si analizza il sistema delle prove legali in correlazione con la cosiddetta presunzione di non colpevolezza.

²⁹ Giurista al contempo pratico e accademico, Angelo Gambiglioni (Arezzo 1400 ca. - Bologna 1461) si laurea a Bologna nel 1422. Per un decennio è giudice e assessore in varie città dell'Italia centrale, e avvia un'intensa attività di consulente che prosegue per tutta la vita. Professore a Bologna dal 1431 al 1445, si stabilisce infine a Ferrara, chiamato da Leonello d'Este. Nel 1452 come ambasciatore della sua città natale ottiene dall'imperatore Federico III il privilegio di legittimazione dello *Studium* di Arezzo. Cfr. G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de Maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976, pagine 9 e 13; sulla vita e le opere di Gambiglioni, cfr altresì D. MAFFEI, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1979, pagine 43 e 44 e nota numero 112.

Il *tractatus*, composto intorno al 1438, esamina i problemi del diritto e del processo criminale; l'elemento di maggiore interesse consiste, per l'appunto, nella sua piena rispondenza ai principi del rito inquisitorio.

Nell'opera di Angelo Gambiglioni sia la forma processuale, che ha inizio su richiesta della parte che accusa («*ad partis accusantis petitionem*»), sia la forma processuale che viene instaurata su denuncia di un pubblico ufficiale («*ad denunciam et relationem officialis*»)³⁰ sono collocate in una posizione complementare e paritaria: l'*inquisitio*, infatti, non è più solo considerata un rimedio ordinario, ma diventa la struttura fondamentale ed abituale del processo criminale.

Il giurista, sempre in base al noto principio per cui *interest rei publicae ne crimina maneat impunita*, ritiene esplicitamente l'inquisizione il metodo più adatto per reprimere i delitti, che, in quanto tali, non offendono solo la vittima del reato, ma altresì la *res publica*.

3.1. Il sistema delle prove legali e la c.d. presunzione di colpevolezza

Occorre, ora, prima di proseguire con la ricostruzione storico – letteraria, che ha portato alla lenta, ma inesorabile ascesa del processo inquisitorio a danno di quello accusatorio, valutare ed analizzare il procedimento inquisitorio in relazione alla c. d. presunzione di colpevolezza, che ha costituito la base per l'introduzione del sistema delle prove legali.

Se fino al XII secolo circa il principio dell'*in dubio pro reo*, grazie alle resistenze del procedimento basato sull'accusa privata, ebbe una seppur marginale applicazione, in seguito cadde nell'oblio più profondo.

³⁰ Angelo Gambiglioni, come acutamente rilevato da Ettore Dezza in *Lezioni di storia del processo penale*, cit., p. 17, spiega, altresì, le scelte che lo hanno indotto a privilegiare l'*inquisitio* ed a centrare il discorso sul processo *ex officio*. “In primo luogo, il giurista prende atto degli sviluppi verificatisi a livello legislativo: gli statuti delle città italiane ammettono pressoché nella loro totalità che per ogni crimine si possa fare l'inquisizione («*quod de omni crimine possit fieri inquisitio*»).

In secondo luogo, Gambiglioni osserva come molti tra i principi sostenuti in passato dalla dottrina non siano più considerati validi o non siano comunque più osservati. Gli antichi scrittori («*antiqui*») solevano ripetere che l'inquisizione speciale (cioè quella fase dell'inquisizione nella quale si procede nei confronti di una determinata persona per dimostrarne la colpevolezza) *de iure* non è di regola permessa («*regulariter de iure non est permessa specialis inquisitio*») se non in una serie di casi tassativamente elencati. Già da tempo, però, si agisce diversamente, e per autorizzare la *specialis inquisitio* molti reputano ormai sufficiente la semplice pubblica fama. Nello stesso modo, Gambiglioni contesta la massima tradizionale secondo la quale nessuno di regola può essere condannato senza un accusatore e afferma al contrario che, come un privato può sempre accusare, così il giudice può sempre inquisire («*[iudex] potest semper inquirere, sicut quis accusare*»). Se infatti è permessa l'*accusatio* per qualsiasi crimine, altrettanto deve accadere per l'*inquisitio*, che ne ha preso il posto («*quae succedit loco eius*»)³¹. Sul punto cfr, altresì Domenico MAFFEI, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, cit., pp. 45 ss. ed E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp. 24 ss.

Nell'età dell'inquisizione la presunzione d'innocenza venne capovolta in presunzione di colpevolezza: non era l'accusa a dover dimostrare la colpa, ma l'imputato a dover provare la propria innocenza.

Il procedimento inquisitorio, come accennato, si svolgeva in due fasi.

Nella prima, detta di inquisizione «generale», il giudice, avuta notizia del crimine, inviava sul luogo un ufficiale di polizia per svolgere un'ispezione e assumere informazioni; di ciò veniva fatta relazione scritta.

Il giudice, in seguito, raccoglieva ulteriori notizie dall'offeso, dai vicini, dai testimoni, dai sospettati, nonché dallo stesso ufficiale; sul punto occorre precisare che la semplice «fama», cioè la notorietà del fatto, era di per sé sola sufficiente ad individuare il sospetto (*infamatus*), poiché se la voce pubblica indicava il colpevole, il giudice poteva tralasciare l'inchiesta generale e iniziare subito quella «speciale».

L'indiziato, una volta condotto davanti al giudice (a seguito del *mandatum de capiendo*), veniva interrogato ed era tenuto a “purgarsi” dall'accusa, cioè a giustificare la propria fama.

Quest'ultima “bastava [...] per creare la presunzione di reità sovra lievissimi indizi”³¹, tra i quali era compresa la semplice contumacia, che “valeva come tacita confessione”³².

Tutto il sistema dell'epoca si basava sulla dottrina degli indizi: le prove erano distinte in piene e semi-piene, gli indizi in dubitati e indubitati, prossimi e remoti, veementi e nudi, e così via.

La prova piena “*fit per duos testes, semiplena fit per unum testem, duae semiplenae faciunt unam plenam*”³³; gli indizi indubitati consentivano la condanna immediata, quelli dubitati presupponevano, al fine di pervenire ad una condanna, la tortura³⁴.

Difatti, per poter sottoporre l'imputato ai tormenti della tortura dovevano sussistere sufficienti indizi.

La questione era complicata, data la complessità della classificazione degli indizi in base alla loro natura ed alla loro qualità (si distinguevano, a titolo esemplificativo, gli *indicia ad inquirendum*, gli *indicia ad capturam*, gli *indicia ad torturam*, ed, infine, gli *indicia ad condemnationem*, che erano per l'appunto gli indizi indubitati)³⁵; gli indizi *ad torturam* dovevano essere “*verisimilia*,

³¹ Sul punto confronta I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 119 ss.

³² Così E. PESSINA, *Storia delle leggi sul procedimento penale*, Napoli, 1912, pagine 84 e 85.

³³ Sul punto confronta I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, cit., pp. 119 e ss.

³⁴ Per uno studio approfondito del rapporto tra l'istituto della tortura ed il procedimento inquisitorio, cfr P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, cit. p. 64.

³⁵ Per un approfondimento sul tema degli indizi confronta E. DEZZA, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano, 1992, *passim*; I. ROSONI, *QUAE SINGULA NON PROSUNT COLLECTA IUVANT, la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, cit., pp. 119 e ss.

*probabilia, non levia aut presunctoria, sed graviora et urgentia, certa, clara, imo et luce, ut aiunt meridiana clariora*³⁶.

Nelle pratiche criminali del tempo gli esempi relativi agli indizi che avevano le suddette caratteristiche e che potevano condurre a tortura, erano numerosi e svariati: la testimonianza di un unico teste, l'inimicizia grave, la fuga, le minacce, la modifica delle risposte date dal reo; in una tale situazione, al giudice non erano, in realtà, dati parametri fissi per stabilire quando giungere alla tortura del reo o meno; anzi, *a contrario*, ci si affidava al suo arbitrio³⁷, quale “fattore di equilibrio” o “criterio di razionalità, equità e giustizia”³⁸.

Le categorie degli indizi, inoltre, si sovrapponevano, perché gli stessi indizi dovevano, in siffatto sistema, essere provati per testi, visto che era proprio la concorde testimonianza di due persone quella che li trasformava in prove piene; necessita, infine, precisare, per completezza del quadro “probatorio”, che la testimonianza aveva un valore diverso a seconda delle qualità personali dei testi³⁹.

Se l'imputato non portava prove a propria discolpa e gli indizi erano sufficienti (occorreva, come analizzato sopra, che se ne assommassero tanti da dar luogo ad una prova definibile astrattamente quale semi-piena) si procedeva alla tortura⁴⁰.

Lo scopo era quello di ottenere la confessione, considerata la «regina delle prove».

Tortura e confessione erano ben viste, anche perché, nell'ottica cristiana, avevano una funzione catartica, nel senso che potevano «redimere» il reo accusato di eresia: così i giudici diventarono quasi dei «terapeuti», che lavoravano

³⁶ Così P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis*, Lugduni, 1613 – 1616, Quaestio 37 n. 3, tratto da C. PASSARELLA, *La tortura giudiziaria nella Repubblica di Venezia nei secoli XVI-XVIII, Historia et ius*, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, in www.historiaetius.eu – 9/2016 – paper 10, p. 5.

³⁷ Giulio Claro, (Alessandria 1525 - Cartagena 1575), giurista di cui meglio *infra* (paragrafo IV), sul punto scriveva che “ad torturam etiam quae indicia sufficiant non potest dari certa doctrina sed pariter relinquitur arbitrio iudicis”. Così Giulio Claro, *Volumen alias Liber Quintus in quo omnium criminum materia sub receptis sententiis copiosissime tractatur, ita ut nil ulteriu desiderari possit, quod cum ad Reorum persecutionem, tum ad ipsorum defensionem faciat*, Venetiis, 1570, Quaestio XX, n. 4, tratto da C. PASSARELLA, *La tortura giudiziaria nella Repubblica di Venezia nei secoli XVI-XVIII, Historia et ius*, cit., p. 5.

³⁸ Così ROSONI, *QUAE SINGULA NON PROSUNT COLLECTA IUVANT, la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, cit., p. 166. Sull' *arbitrium iudicis* si confronti anche M. MACCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età del diritto comune*, Milano, 1998, pp. 195-254.

³⁹ Cfr G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, pp. 179-180.

⁴⁰ Scomparsa per secoli dagli ordinamenti italiani tornò nell'epoca comunale, sostituendo le ormai desuete prove ordaliche. Largamente in uso presso i Greci e i Romani essa era quasi sconosciuta ai popoli germanici, la cui concezione del reato, come torto essenzialmente privato, relegava il giudice ad un ruolo quasi arbitrario. Ciò aveva impedito che l'autorità pubblica potesse espandere il suo potere fino all'imposizione della tortura. Con il ripristino in epoca comunale di un concetto di pubblica autorità si ebbe il suo ritorno, peraltro avallato dalla Chiesa nella lotta contro le eresie. In tal senso G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., pp. 67-68.

nell'interesse dell'accusato per liberarlo da quel blocco verbale noto come *taciturnitas*⁴¹.

Appare chiaro da quanto esposto che la finalità dell'interrogatorio nel processo penale di diritto comune fosse una ed una sola, ovvero giungere *ad eruendam veritatem*⁴².

Infatti, se l'inquisitore riteneva che il testimone mentisse o si contraddicesse, poteva torturarlo; tale facoltà si tramutava in obbligo nei procedimenti per crimine di lesa maestà o di eresia (anche se i testi non erano mendaci o vacillanti).

Quanto sopra sommariamente descritto accadeva perché, nella logica inquisitoria contava soprattutto il risultato e non il modo in cui lo si perseguiva: qualunque mezzo diventava lecito pur di arrivare alla verità, una verità non più convenzionale, come quella offerta dalle prove ordaliche, ma di natura sostanziale e come tale assoluta, non confutabile, non controllabile e discrezionale, in quanto frutto di giudizi di valore⁴³.

Posto che l'inquisizione era "una pratica psico-compulsiva diretta a flussi verbali autoincriminanti"⁴⁴, in essa assumeva un ruolo centrale la carcerazione preventiva, la quale era al contempo premessa e parte della tortura. Essendo ogni inquisito un probabile colpevole alla cui condanna mancava solo una confessione, era ovvio che dovesse rimanere *in vinculis*.

L'inquisitore, come prima cosa, escludeva l'indiziato da ogni contatto con l'esterno, poi lo sottoponeva a ripetute sedute di tortura, di modo che, indebolito nel fisico e nello spirito, fosse obbligato a scegliere se confessare e porre fine ai tormenti o resistere prolungando la sua agonia.

Terminato l'*iter* processuale o l'indiziato aveva confessato, ed allora seguiva la condanna, oppure aveva resistito alle vessazioni.

In quest'ultimo caso c'erano varie possibilità: la prima, e più difficile, era la liberazione; la seconda, invece, era costituita dalla detenzione in carcere per la ricerca di nuove prove; al contrario, a partire dal XVI secolo, entrò in uso la liberazione rebus *sic stantibus* per non provate innocenza e colpevolezza, con possibilità di riapertura del giudizio in base a nuovi indizi.

⁴¹ Così F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., pp. 50-51.

⁴² Sul punto cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. I, Torino, 1967, p. 52 e L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente*, in RITI, TECNICHE, INTERESSI, *Il processo penale tra otto e novecento*, atti del Convegno di Foggia, 5-6 maggio, Giuffrè, Milano, 2006, p. 283; come scritto dall'autrice non esistono dubbi circa la funzione dell'interrogatorio nel processo penale: a tal fine L. Garlati riporta un passo tratto da M. TIRABOSCO, *Ristretto di pratica criminale che serve per la formazione de' Processi ad offesa*, Fuligno, 1702, p. 76, il quale recita " *perché l'interrogare il reo ordinatamente, chiaramente, sottilmente, debitamente a condurlo con l'esame accomodatamente al confessare la verità è cosa molto difficile e consequentemente molto laudabile, è d'honore a chi la sa fare*".

⁴³ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, 1989, p. 550. L'Autore contrappone a questa verità massima propria del modello inquisitorio una verità minima, relativa, confutabile ed empiricamente controllabile propria, invece, del modello accusatorio.

⁴⁴ Così F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 256.

E' evidente come il principio della presunzione d'innocenza fosse totalmente inesistente. Come regola probatoria si affermò l'onere della prova a carico della difesa, mentre l'accusa poteva giovare di semplici indizi e, talvolta, anche della mala fama di cui si fosse genericamente circondato l'imputato.

Quanto alla c.d. regola di trattamento, l'indiziato non era considerato persona, ma era solo un mezzo, un contenitore di informazioni che andava opportunamente "spremuta" per arrivare alla verità.

Infine, quanto al profilo della regola di giudizio, il sistema inquisitorio poneva di fronte, quali avversari, il giudice e l'imputato, con l'inevitabile conseguenza che l'assolutoria costituiva una sconfitta per il giudice; ciò spiega perché quest'ultimo cercasse a tutti i costi di ottenere dall'imputato o dai testi le prove sufficienti per una condanna. Nella logica inquisitoria, infatti, non c'era spazio per l'incertezza, visto che la presenza del dubbio si sarebbe inesorabilmente tradotta in un giudizio di incapacità del giudice.

4. Il consolidamento del sistema inquisitorio, quale forma ordinaria di procedimento: la testimonianza di Giulio Claro

La trasformazione del Comune in Signoria e di questa in Principato segnò la fine del pluralismo medioevale e il ritorno del potere assoluto, destinato a trovare il proprio apice con l'avvento delle grandi Monarchie⁴⁵.

Ebbe in tal modo inizio una nuova era di cui Signorie e Principati furono solamente un'anticipazione in tono minore. In questo periodo mutarono radicalmente la concezione e la legittimazione del potere.

Il Comune era stato l'espressione, sia pur parziale, della comunità cristiana governata in vista delle finalità indicate dalla Chiesa, sicché la gestione del potere era avvertita come affare di tutti e non dei soli governanti.

La nascita dell'assolutismo, invece, fu la nascita di un potere terreno, laico, che trovava in sé la propria legittimazione, allontanandosi per ciò stesso dalla comunità su cui era esercitato. I precetti cristiani furono così sostituiti da quelli di una nuova religione: la «ragion di Stato»⁴⁶.

Questo cambiamento culturale non tardò a manifestarsi anche nell'amministrazione della giustizia e, in particolare, nel processo penale, da sempre fedele riflesso del tipo di regime al potere.

⁴⁵ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 227 ss.

⁴⁶ G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, cit. pp. 375 ss; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., pp. 390 e ss.

Se prima del XV secolo vi fu l'esaltazione del procedimento inquisitorio, poi si assistette all'esasperazione dello stesso⁴⁷: la logica processuale divenne logica di potere, il processo strumento di sopraffazione dell'individuo da parte dell'autorità e le garanzie dell'accusato furono totalmente soppresse. L'impianto del processo penale rimase sostanzialmente lo stesso, solo che si ebbe un inasprimento delle singole fasi rispetto all'inquisizione medievale.

Innanzitutto si accentuò il valore attribuito alla pubblica fama: se, prima, essa era da sola sufficiente ad individuare il sospetto, poi si arrivò ad arrestare, torturare e addirittura condannare quanti venivano accusati tramite denunce segrete⁴⁸.

Il processo continuava ad essere articolato nelle due fasi dell'inquisizione «generale» e «speciale», ma, in molti casi, si riteneva sufficiente la prima fase, peraltro svolta da organi di polizia, legati più al sovrano che al giudice.

L'inquisizione speciale si basava sempre sulla tortura, ma questa conobbe eccessi mai riscontrati prima d'ora: se nel tardo Medioevo questa pratica feroce era stata comunque assoggettata a regole processuali⁴⁹, durante l'assolutismo queste vennero meno.

A tutto ciò deve aggiungersi quella che fu la novità più importante, cioè l'introduzione delle c.d. pene straordinarie o di «sospetto».

Qualora l'imputato, nonostante la tortura, non avesse confessato o ratificato la confessione già resa, il giudice lo poteva condannare proprio per la sua incostanza o, in generale, perché le prove dell'innocenza non erano tali da scagionarlo interamente.

La pena era lasciata alla discrezionalità dell'organo giudicante e la condanna era sganciata dall'accertamento del reato.

La presunzione d'innocenza non conobbe mai oscurantismo maggiore che durante l'assolutismo. Posto che bastava una denuncia segreta per doversi disculpare, che carcerazione preventiva e tortura erano i mezzi ordinari di accertamento del reato e che la legge prevedeva la possibilità d'irrogare pene basate sul sospetto di colpevolezza, appare evidente come il principio allora in auge fosse quello dell'*in dubio contra reum*.

⁴⁷ I. ROSONI, *QUAE SINGULA NON PROSUNT COLLECTA IUVANT*, la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna, cit., pp. 119 ss.

⁴⁸ Sono rimaste famose le bocche dei leoni a Venezia, il tamburo di Firenze, la capsietta di Genova, dove chiunque poteva depositare denunce anonime. Così G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 92, nota 31.

⁴⁹ Nel tardo Medioevo la tortura si sarebbe dovuta applicare (almeno in teoria) come *extrema ratio*, cioè solo nel caso in cui non ci fossero stati altri mezzi per arrivare alla verità. Poteva essere ripetuta due o tre volte, ma non nello stesso giorno. Il cancelliere verbalizzava ogni cosa: domande del giudice, risposte, grida, lamenti, durata e ora della tortura, qualità e grado della stessa, ragione della sua applicazione, condizioni del soggetto prima e dopo; il tutto per attestarne la legittimità in relazione al tipo di reato e alla gravità degli indizi. Inoltre, era sempre presente un medico per curare l'imputato e controllare che non ne fosse provocata la morte. Infine, era stabilito che la deposizione resa sotto i tormenti doveva essere ratificata lontano dagli strumenti di tortura ed a distanza di tempo per essere valida. Cfr. A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, cit., p. 37.

Alla metà del Cinquecento, l'assetto sopra descritto del sistema penale è illustrato ed analizzato da un giurista di quel secolo, Giulio Claro⁵⁰.

L'autore⁵¹, dopo aver precisato che, secondo lui, le forme procedurali dovevano essere condotte a due, ovvero all'accusa privata su istanza di parte ed all'accusa *ex officio*, riteneva che, secondo i dettami del diritto comune, la forma processuale ordinaria dovesse essere quella dell'accusa privata.

In realtà, però, lo stesso Claro era costretto a rilevare che nella prassi del tempo la situazione era ben diversa⁵². Infatti scriveva testualmente⁵³:

“Ma certamente, qualunque sia la regola di diritto comune, tutte questo viene meno grazie alla consuetudine del tempo presente; infatti, [oggi] anche secondo il diritto civile in qualsiasi caso è consentito al giudice di procedere *ex officio*, e dunque per via d'inquisizione.

(«*Sed certe quidquid sit de iure communi, haec omnia cessant ex consuetudine praesentis temporis; nam etiam de iure civili in quocunque casu permissum est iudici procedere ex officio, et sic per inquisitionem*»)⁵⁴.

Sulla base di tale consuetudine, si deve senz'altro pervenire, secondo l'autore, ad una conclusione diversa rispetto alla posizione ufficiale espressa dalla maggioranza della dottrina: l'inquisizione è un metodo ordinario, quanto lo è quello dell'accusa («*inquisitionis remedium est ita ordinarium, prout est remedium accusationis*»)⁵⁵.

Claro si interroga sulle motivazioni che hanno inevitabilmente portato all'ascesa del sistema inquisitorio e le ritrova nella pubblicizzazione degli apparati giudiziari e nella figura dell'avvocato “fiscale”, il quale sempre più di frequente propone l'accusa e la sostiene di concerto con i giudici.

⁵⁰ Giulio Claro (Alessandria 1525 - Cartagena 1575) consegue il dottorato a Pavia nel 1550; nel 1557 entra a far parte del Senato di Milano. Pretore a Cremona (1560) e Presidente a Milano del Magistrato delle entrate straordinario (1563), dal 1565 si trasferisce a Madrid come reggente del Supremo Consiglio d'Italia.

Informazioni tratte da PAOLA MAFFEI, voce “Giulio Claro”, in *Dizionario Bibliografico dei giuristi Italiani*, Vol. I, cit., pp. 945 ss. e A.MAZZACANE, voce *Claro Giulio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXVI, Milano, 1982, pp. 141 - 144. In argomento cfr anche G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola, Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano, 1985, pp. 239-301.

⁵¹ Egli è autore del *Liber Quintus Sententiarum Receptarum*, pubblicato a Venezia nel 1568. Cfr. E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., pp. 21 ss.

⁵² Tale mancata corrispondenza tra quanto scritto a livello dottrinale e quanto avvenga in realtà nella prassi si era già avuto modo di notarla nelle opere di Alberto da Gandino e di Angelo Gambiglioni.

⁵³ Il passo riportato è tratto dall'ultimo paragrafo dell'opera dal titolo aggiuntivo di *Practica Criminalis*.

⁵⁴ Passo e traduzione tratti da E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 23.

⁵⁵ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp. 32 ss.; G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola, Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano, cit., pp. 239-301.

In questo modo si rafforza il procedimento d' ufficio a danno dell'accusa privata.

5. Prime “codificazioni” del sistema inquisitorio

La suddetta dicotomia presente nella dottrina italiana tra sistema inquisitorio ed accusatorio si ritrova, altresì, in tutti i paesi europei nei quali si era diffuso il processo romano-canonico. Di conseguenza, nel secolo XVI la tendenza è quella di accentuare la funzione repressiva del giudizio⁵⁶, sulla base del già citato principio per il quale “*interest rei publicae ne crimina maneat impunita*”.

La suddetta esigenza repressiva conduce inevitabilmente le autorità governative a provvedere ad una prima sistemazione razionale dei principi del sistema inquisitorio.

A livello europeo le più rilevanti legislazioni sono rappresentate dalla *Constitutio Criminalis Bambergensis* del 1507 e dalla *Constitutio Criminalis Carolina* di Carlo V del 1532 in ambito germanico, dalla *Criminelle Ordonnantien* del 1570 dei paesi Bassi spagnoli ed, in particolar modo, dalle due *ordonnances* francesi e, precisamente, quella di Blois, del 1498, e quella di Villers-Cotterêts, del 1539.

In precedenza, in Francia, le procedure di carattere inquisitorio, nonostante la grande diffusione nella prassi, erano considerate *extraordinaire*, in contrapposizione con le procedure di carattere accusatorio, che erano, invece, considerate *ordinaire*.

Con l'*ordonnance* di Blois si codificano le due procedure, entrambe ugualmente presenti nella prassi, che continuano, nonostante la compresenza, a mantenere le originarie denominazioni di procedure *ordinaire* ed *extraordinaire*⁵⁷.

Il rito prevede che l'azione sia introdotta *ex officio* dal funzionario dell'apparato giudiziario, il c.d. *procureur de roi*⁵⁸; a quest'ultimo la *notitia criminis* può pervenire o attraverso una denuncia della parte lesa o attraverso l'iniziativa diretta del giudice.

Anche l'istruttoria d'indagine, segreta, è condotta dallo stesso *procureur de roi*, il quale, nel caso in cui ritenga sufficienti gli elementi raccolti al fine di sostenere l'accusa, apre formalmente il procedimento.

In tal caso l'imputato viene citato in giudizio o catturato, ed interrogato immediatamente (artt. 96, 98, 106 della *ordonnance*)⁵⁹.

⁵⁶ Cfr A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. 1, cit., pp. 265 e ss.; G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, cit, p. 379.

⁵⁷ Così E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 31.

⁵⁸ Cfr G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, cit., p. 380.

⁵⁹ Per il testo dell'*Ordonnance* cfr *Recueil Générale des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusq'à la Révolution de 1879*, a cura di F.A. Isambert, Paris, 1821-1833, 29 voll. XII, Paris 1827, coll. 600-640. Per le osservazioni cfr ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième*

Terminato il suddetto interrogatorio obbligatorio, si apre la scelta tra le due diverse procedure, aventi la stessa pari dignità, ovvero tra la *procédure ordinaire* e la *procédure extraordinaire*.

La procedura ordinaria, di ispirazione accusatoria, prevede il contraddittorio delle parti e la possibilità per il reo di essere assistito da un legale.

La procedura c.d. straordinaria, invece, ispirata ai dettami del rito inquisitorio, priva l'accusato di qualsiasi assistenza legale e prevede, altresì, la tortura.

L'imputato, nel corso di tale procedimento, può essere ammesso a proporre personalmente le proprie difese, ma senza conoscere i capi d'imputazione (art. 111)⁶⁰: tutto il procedimento straordinario, infatti, è caratterizzato dalla massima segretezza, oltre che dalla scrittura.

Il ricorso alla tortura deve essere attuato nel rispetto di precise forme (art. 112), mentre gli esiti dell'esame devono essere verbalizzati con estrema cura dal cancelliere (*greffier*), che dovrà, per esempio, indicare quante volte sia stato dato da bere all'imputato (art. 113)⁶¹.

L'*Ordonnance* prevede, altresì, un conclusivo criterio di collegamento tra il rito c.d. ordinario e quello straordinario, ovvero, nel caso in cui, al termine di tutta la procedura dettata in tema di rito straordinario, non si sia pervenuti a conclusioni apprezzabili, è possibile procedere con le forme del rito ordinario⁶².

Quarant'anni dopo Blois, l'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts conferma le tendenze di fondo già emerse a Blois e delinea un assetto del processo penale destinato a restare pressoché immutato fino alla grande *Ordonnance Criminelle* del 1670.

Con il 1539 le basi legislative del modulo inquisitorio sono in Francia definitive.

Se gli interventi sovrani in tema di giustizia penale non mancano nel periodo seguente, fino alla definitiva grande *Ordonnance* del 1670, questi semplicemente confermano i principi già espressi nelle suddette *ordonnances* di Blois e di Villers-Cotterêts.

L'assolutismo raggiunge il suo apice tra il XVII e la fine del XVIII secolo.

Massima espressione di questo regime è, senza dubbio, la monarchia francese di Luigi XIV, a cui si deve, sotto la direzione del ministro Colbert, la

siècle, Durand Et Pedone Lauriel, Hoste, 1868, pp. 416 e ss. ed E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, cit., pp 92 e ss. .

⁶⁰ Per il testo dell'*Ordonnance* cfr *Recueil Générale des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusq'à la Révolution de 1879*, a cura di F.A. Isambert, Paris, 1821-1833, cit. Cfr, altresì, E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 37.

⁶¹ Per il testo dell'*Ordonnance* cfr *Recueil Générale des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusq'à la Révolution de 1879*, a cura di F.A. Isambert, Paris, cit., coll. 600-640. Per le osservazioni cfr ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, cit., pp. 416 ss. ed E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, pp. 36-37.

⁶² Ciò ai sensi dell'art. 118 dell'*Ordonnance de Blois*, cfr E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 34.

Ordonnance Criminelle del 1670, vero e proprio “monumento dell’ingegno inquisitoriale”⁶³.

L’ordinamento francese di quel periodo ha tutte le caratteristiche del sistema inquisitorio: l’arbitrio del giudice è illimitato, tutto il procedimento si svolge per iscritto, i testimoni si limitano a «confermare» le dichiarazioni rese in precedenza all’inquisitore⁶⁴ e la decisione è fondata sulle «prove legali».

Tale sistema predetermina il valore di ogni singolo mezzo e stabilisce, tra l’altro, la misura necessaria per procedere a tortura o pronunciare sentenza di condanna. Il meccanismo si traduce in una specie di «tariffario», a cui il giudice è vincolato.

Il diritto penale di allora “considera più l’ordine sociale alterato dal reato, che le ragioni dell’imputato”⁶⁵: bisogna punire il delitto, anzitutto, e la questione relativa a chi l’avesse commesso assume un’importanza secondaria.

L’ordine pubblico è difeso con l’intimidazione e con il procedimento inquisitorio non solo in Francia, ma anche in tutto il resto dell’Europa continentale; contro tale sistema si scaglieranno gli studiosi e i filosofi illuministi.

Anche in Italia si manifesta la tendenza a redigere grandi compilazioni ufficiali: le più importanti testimonianze in tal senso sono le Nuove Costituzioni dello Stato di Milano (*Constitutiones Domini Mediolanensis*) emanate da Carlo V nel 1541 e la legislazione di Emanuele Filiberto per i domini di casa Savoia, e, in particolare, il Libro Quarto dei Novi Ordini, promulgato nel 1565 con il titolo *Delle cause criminali, et il modo di proceder in esse*⁶⁶.

Entrambe le suddette legislazioni cristallizzano i principi inquisitori e le procedure in uso nella prassi, che sono la diretta conseguenza, soprattutto in Italia, sia del principio “*ne crimina remaneant impunita*” sia dell’ascesa della figura dell’avvocato fiscale⁶⁷.

Per quanto concerne le *Constitutiones Domini Mediolanensis*, il procedimento viene avviato *ex officio*⁶⁸ dal giudice e presuppone l’accusa o la querela della parte lesa ovvero la denuncia di un pubblico ufficiale.

In tutte le cause criminali la partecipazione dell’avvocato fiscale è espressamente richiesta a pena di nullità, al fine di garantire la tutela degli interessi pubblici e la condanna dei colpevoli («*ne condemnandi absolvantur*»)⁶⁹.

Il ruolo del detto avvocato è centrale nell’economia processuale delle *Constitutiones Domini Mediolanensis*: allo stesso spetta il compito di svolgere le indagini, al fine di pervenire ad una formulazione dell’accusa e di assistere il

⁶³ Questa è l’espressione utilizzata da F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 47.

⁶⁴ Va notato, peraltro, che se il testimone non «persisteva», doveva essere punito. Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2002, p. 19.

⁶⁵ Cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., pp. 373-374.

⁶⁶ Cfr. E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., pp. 51 ss.

⁶⁷ La figura dell’avvocato “fiscale” propone l’accusa e la sostiene di concerto con i giudici, come analizzato nel paragrafo IV attraverso i pensieri di Giulio Claro.

⁶⁸ L. GARLATI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo stato di Milano*, Giuffrè, 1999, pp. 80 ss.

⁶⁹ L. GARLATI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo stato di Milano*, cit., pagine 83 ss.

giudice durante le sue indagini; oltre a ciò, l'avvocato fiscale deve sottoscrivere la relazione predisposta dal giudice, che verrà inviata al Senato; quest'ultimo, infine, perverrà alla decisione finale⁷⁰.

In un sistema siffatto, appare evidente l'incidenza delle competenze senatorie nell'amministrazione della giustizia penale, resa ancor più rilevante dal fatto che è vietato l'appello ed ogni altra forma di impugnazione *in criminalibus*, ad eccezione del ricorso al Senato, che decide sostanzialmente con il più ampio arbitrio.

Il procedimento prescritto dalle *Constitutiones Domini Mediolanensis*, inoltre, riassume in sé tutti i tipici principi che caratterizzano il sistema inquisitorio: la segretezza delle indagini condotte dall'avvocato fiscale, e la scrittura, imposta a tutti i giudici e i funzionari⁷¹.

Il Libro Quarto dei Novi Ordini sabauda si pone quale testo complementare rispetto a quanto sancito dal diritto comune: i giudici procedono "secondo le disposizioni del diritto comune, salvo nelle parti che fossero vietate, corrette, aumentate e ristrette per gli Ordini stabiliti"⁷².

Anche in questo caso assume una rilevanza fondamentale la figura dell'accusatore fiscale, il quale avvia l'inquisizione, assume prove e presenta, altresì, al giudice le proprie conclusioni⁷³.

L'inquisizione costituisce la parte fondamentale del procedimento e viene iniziata *ex officio* dal giudice non appena avuta notizia del reato; il procedimento si attua nel rispetto dei principi della segretezza e della scrittura, secondo l'ormai consueta impostazione volta al conseguimento della prova regina, la confessione, passando, se necessario, attraverso la tortura⁷⁴.

La fase deliberativa è ridotta al minimo indispensabile e si fonda sulla sola documentazione contenuta nel fascicolo processuale.

Anche secondo il Libro Quarto dei Novi Ordini la sentenza è appellabile presso il Senato⁷⁵; allo stesso è attribuita la facoltà di avocare e decidere direttamente determinate cause criminali, quelle punibili con pena corporale o pecuniaria di notevole entità.

⁷⁰ Cfr E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, pp. 52-53.

⁷¹ G.P. MASSETTO, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età della riforma: il ruolo del Senato Milanese*, in *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, cit., pp. 425-494.

⁷² Così E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 54.

⁷³ Cfr CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. I, cit., pp. 278 ss.

⁷⁴ Cfr E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 54.

⁷⁵ In tal caso in realtà il condannato può a sua volta appellare per gradi, ovvero adire direttamente il Senato, come sottolineato da Cfr E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit, p. 54.

6. Criticità del sistema delle prove legali ed ulteriori riflessioni sulla dicotomia *accusatio/inquisitio*

Anche e soprattutto a seguito delle suddette compilazioni legislative, iniziarono ad emergere le prime contraddizioni intrinseche al metodo delle prove legali.

L'originaria teorizzazione del sistema delle prove legali presupponeva che la prova piena si ottenesse, oltre che con la confessione, con due testi attendibili, mentre con la deposizione di un solo teste si raggiungeva soltanto una prova semipiena; ma due prove semipiene formavano una prova piena⁷⁶.

La difficoltà di assumere su un fatto due testimonianze dirette e, altresì, completamente corrispondenti e la conseguente impossibilità di condannare in caso di soli indizi, portarono la prassi giudiziaria a discostarsi da quel rigido regime di predeterminazione della prova⁷⁷.

Per ovviare alla difficoltà di pervenire ad una pronuncia di condanna, la prassi elaborò una serie di correttivi, tra cui la prova privilegiata⁷⁸, ovvero la predeterminazione del valore probatorio di determinati indizi quale prova piena nei casi di crimini gravissimi (ad esempio della lesa maestà e della falsificazione di moneta) e la cosiddetta "pena straordinaria". Quest'ultima consentiva di condannare il reo ad una pena minore di quella edittale, determinata ad arbitrio del giudice, nel caso in cui, pur non sussistendo una prova piena, fossero presenti tanti e tali indizi da far presumere la sua colpevolezza⁷⁹.

Il ricorso alle pene straordinarie era il risultato di un compromesso tra le difficoltà insite in una rigida applicazione del sistema delle prove legali e l'esigenza avvertita dagli Stati moderni di una forte repressione dei crimini.

Altro punto debole del sistema delle prove legali tipico del processo inquisitorio era la mancata motivazione della sentenza: la ragione principale addotta per giustificare una tale carenza era la pericolosità intrinseca alla motivazione, ovvero la possibilità di riscontrare in essa contraddizioni nell'iter argomentativo⁸⁰. Soprattutto nel caso di condanna e conseguente irrogazione di pena straordinaria, la quale non si limitava ai soli casi di prove insufficienti, ma copriva anche i casi di irregolarità di rito⁸¹ o di previsioni normative lacunose, la

⁷⁶ Sul punto confronta I. ROSONI, *QUAE SINGULA NON PROSUNT COLLECTA IUVANT, la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, cit., pp. 119 ss.

⁷⁷ Cfr G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, cit., p. 386.

⁷⁸ Il ricorso alla categoria della prova privilegiata si può riscontrare in numerose prammatiche napoletane del Seicento, ove, ad esempio, si prevedeva, in relazione alla falsificazione delle polizze di credito che "per la pena ordinaria debbono ricercarsi due testimoni *de visu* e per la pena straordinaria di galera vita durante basti un solo testimonio, purchè degno di fede". Cfr Pramm. XIII *de falsis* del 1664 riportata da G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, cit., p. 26.

⁷⁹ Cfr G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, cit., p. 23.

⁸⁰ Cfr G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, cit., p. 386.

⁸¹ Nel corso del Cinquecento il ricorso alle pene straordinarie avvenne anche in tutte quelle ipotesi in cui si potesse riscontrare un'infrazione nell'*ordo in procedendo*. G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, cit., pp. 22 ss.

presenza di un obbligo motivazionale avrebbe comportato la possibilità di riscontrare nella stessa deficit argomentativi.

Per esempio, in relazione all'istituto della confessione, si giunse ad attribuire conseguenze sfavorevoli al rifiuto di ratifica della stessa da parte dell'accusato⁸².

Nel caso di mancata ratifica, inoltre, si stabilì che il reo potesse essere sottoposto a tortura; qualora non fosse stato possibile ricorrere alla tortura, invece, si ricorreva alla cosiddetta pena straordinaria.

Un tale sistema consentiva praticamente al giudice, sulla base degli stessi elementi di prova, la scelta tra la tortura o il ricorso alla prova straordinaria: così lo stesso giudice poteva pervenire a conclusioni anche antitetiche tra loro, dando paradossalmente risalto alla sua discrezionalità in un sistema di prove legali, che avrebbero dovuto vincolare il giudizio.

Alla fine del XVI secolo vi fu una prima presa di coscienza da parte della dottrina delle suddette contraddizioni del sistema e dell'anacronismo dello stesso.

Sul punto Matthaeus⁸³, sostenitore di un modello processuale di tipo accusatorio, considerava scorretto il ricorso alle pene straordinarie, in quanto, secondo lui, era assurdo che esistesse una prova che, sebbene sufficiente a fondare la responsabilità penale, non permettesse di pronunciare una condanna con l'irrogazione della pena edittale.

Ma critiche ben più accese sia alla tortura giudiziaria che al rito inquisitorio saranno sollevate dagli illuministi, in particolare da Cesare Beccaria, e saranno raccolte dai rivoluzionari francesi, che segneranno un punto di svolta nella dicotomia *accusatio/inquisitio*, favorendo il rito accusatorio e introducendo l'istituto della giuria e il principio del libero convincimento in contrasto con il sistema delle prove legali.

Ciò che importa in questa sede sottolineare è come la dicotomia *accusatio/inquisitio* non trovò un punto d'arrivo con la rivoluzione francese, ma continuò ad influenzare il diritto continentale.

A titolo esemplificativo, i codici austriaci del 1788 e del 1803 rimarranno ancorati al sistema inquisitorio⁸⁴.

Ulteriore dimostrazione dell'infinita dicotomia tra sistema accusatorio ed inquisitorio, sarà il modello cosiddetto misto, con l'istruttoria segreta e il dibattimento orale e pubblico, che, dopo il codice francese del 1795 (code Merlin)

⁸² P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, 1953, pp. 106 ss.

⁸³ Matthaeus, giurista del Seicento, nato in Germania, ma trasferitosi successivamente nei Paesi Bassi è autore di un manifesto, denominato "*De criminibus*"; informazioni tratte da E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., p. 79.

⁸⁴ Cfr E. DEZZA, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, rist. anast., studi raccolti da S. Vinciguerra, Padova 1997, pp. CLV-CLXXXIII, e in E. DEZZA, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova 2001, pp. 141-169; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. II, cit., p. 310.

e i codici napoleonici, sarà ripreso da alcuni codici preunitari e dai codici italiani successivi all'unificazione fino al codice Rocco del 1930⁸⁵

⁸⁵ Come meglio analizzato nel successivo capitolo in realtà, quanto al codice Rocco, sarebbe più corretto parlare di un codice misto con prevalenze inquisitorie.

Capitolo III – Il principio del libero convincimento del giudice

SEZIONE I: EVOLUZIONE ED INVOLUZIONE DEL PRINCIPIO

1. L'illuminismo

Come analizzato sopra, l'assolutismo raggiunse il suo apice tra il XVII e la fine del XVIII secolo, e altrettanto accadde per la diffusione della logica e del sistema inquisitorio.

Tra la fine del Seicento e quella del Settecento, cominciò a diffondersi una nuova corrente di pensiero, basata sulla fiducia illimitata nella ragione: l'illuminismo.

Nato in Inghilterra grazie alla filosofia di carattere antimetafisico e alla politica liberale di Locke e Hume¹, ben presto si diffuse nel continente, trovando il suo maggior sviluppo proprio in Francia, dove divenne uno dei fattori della Rivoluzione del 1789.

Gli illuministi affermarono il valore della ragione e della scienza contro l'ignoranza, la superstizione e la barbarie medioevali, e richiamarono le idee giusnaturalistiche del diritto naturale e del contratto sociale² per riconoscere al singolo la titolarità di diritti naturali, inalienabili e imprescrittibili³.

Una volta affermata la prevalenza dei diritti individuali rispetto allo Stato, la tutela dell'innocente s'impose come problema cardine dell'ordinamento penale e gli studiosi denunciarono apertamente l'inquisizione dell'Ancien Régime.

Una delle critiche più violente fu quella che fece Voltaire nel *Commentaire sur le livre des delits et des peines* (1766), dove scrisse che il sistema francese d'allora non sembrava "diretto ad altro che alla sconfitta degli accusati...mentre dovrebbe essere così favorevole all'innocente, come terribile con il colpevole [...]. La legge sembra obbligare il magistrato a comportarsi, verso l'accusato, come un nemico, piuttosto che come un giudice".

Montesquieu affermò, altresì, che la sicurezza dei cittadini "non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche o private. È dunque dalle leggi

¹ Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., pp. 329 ss.

² Contro l'idea di Machiavelli (1467-1527) che l'autorità dello Stato fosse un fenomeno naturale, si fece ben presto strada la concezione contrattualistica. Quest'ultima ravvisava l'origine del potere statale nel «patto sociale», con cui gli uomini dello «stato di natura» rinunciavano consapevolmente ad una parte della loro libertà, pur di garantire la pace sociale.

³ Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., pp. 329 ss.

penali che dipende principalmente la libertà del cittadino”, poiché “quando l’innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà”⁴.

Tra gli illuministi italiani, accanto a Pagano, Filangeri e Genovesi, un ruolo fondamentale fu svolto da Cesare Beccaria, il quale, nel celeberrimo *Dei delitti e delle pene* (1764), sostenne che “un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violato i patti coi quali gli fu accordata”.

Conseguenza logica di questa tesi fu che l’imputato non dovesse essere trattato durante il processo come un colpevole, e, quindi, non dovesse essere sottoposto a detenzione preventiva se non in caso di “stretta necessità”, né dovesse subire durante tale detenzione trattamenti “punitivi”⁵.

Nel continente, proprio con Beccaria e Pietro Verri, il pensiero illuminista pose l’accento soprattutto sull’aspetto della regola di trattamento dell’imputato e attaccò, oltre la carcerazione preventiva, anche la pratica della tortura.

Si sostenne che “se il delitto è incerto è cosa ingiusta porre al tormento un cittadino che forse è innocente”⁶, ed anzi “non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati”⁷.

La polemica illuminista travolse anche le regole probatorie dell’*Ancien Régime*, denunciando come fossero concepite secondo una logica vessatoria, volta ad addossare all’imputato le difficoltà e le incertezze della ricerca giudiziaria; “quasi che le leggi e il giudice” avessero “interesse non di cercare la verità, ma di provare il delitto”, fino ad ammettere “le tiranniche presunzioni, le quasi-prove, le semi-prove (quasi che un uomo potesse essere semi-innocente o semi-reo, cioè semi-punibile o semi-assolvibile)”, mentre i delitti “per meritar pena devono essere certi”⁸.

L’evento storico che più risentì di tale nuovo modo di pensare fu la Rivoluzione francese del 1789. Il pensiero dei *philosophes* e dei giuristi trovò la sua massima espressione nella solenne proclamazione del principio della presunzione d’innocenza nell’art. 9 della *Déclaration des droits de l’homme et du*

⁴ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi* (1748), Libro XII, Capo II, *Della libertà del cittadino*, a cura di Sergio Cotta, vol. I, Torino, 1973, pp. 321-322.

⁵ Sempre Beccaria scriveva: “il carcere è la semplice custodia di un cittadino finché sia stato giudicato reo” e perciò “non può preceder la sentenza se non quando la necessità lo chiede”. Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, 1964, pp. 39-69. Analoghe considerazioni si ritrovano in F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, in *Opere Varie*, Tomo I, 1801, p. 163 (“le carceri [...] colla riforma debbono essere bene anche riformate, in guisa che fossero sicura custodia e non immatura pena dell’accusato”). Inoltre, G. FILANGERI, *La scienza della legislazione*, Libro III, Capo VII, 1855, p. 489 (“[...] non ricorrere alla cattura che in quei soli casi, nei quali o si può sospettare la fuga dell’accusato, o si ha ragione di punire il suo disprezzo per la legittima autorità [...] procurare che anche in questi casi la custodia dell’accusato non sia indegna di un innocente”).

⁶ P. VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese* (1763), in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell’opera e alla sua fortuna nell’Europa del Settecento*, a cura Venturi F., Torino, 1973, p. 132.

⁷ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 54 ss.

⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., rispettivamente par. XXXI p. 83 e par. XIV p. 51

citoyen del 1789⁹ ove, per la prima volta, la presunzione d'innocenza ebbe esplicito riconoscimento in un corpo normativo assurgendo a norma di diritto positivo.

Durante il periodo rivoluzionario il procedimento inquisitorio, basato sulla presunzione di colpevolezza, era stato sostituito con modelli tendenzialmente accusatori¹⁰, ispirati alla procedura inglese.

Accennando brevemente alle tappe fondamentali del diritto inglese a cui si ispiravano gli illuministi, occorre ricordare che nel XIII secolo i baroni ribelli al Re avevano ottenuto la *Magna Charta Libertatum (1215)*¹¹, dove si stabiliva, tra l'altro, che nessuno poteva essere arrestato, imprigionato, spogliato delle sue proprietà e privato della sua libertà, posto fuori legge, esiliato e comunque molestato, se non su giudizio dei suoi pari e secondo la legge del suo paese¹².

La tradizione di *common law*, inoltre, nelle sue peculiarità metteva il singolo al centro dell'ordinamento, assicurandogli protezione nei confronti di ogni "aggressione", pubblica o privata che fosse.

In questo contesto, già nel 1679, l'*Habeas Corpus Act* sanciva la libertà personale dei cittadini nei confronti di possibili arresti arbitrari da parte del potere esecutivo e il principio della presunzione d'innocenza si affermò più rapidamente,¹³ divenendo una pietra angolare del diritto anglosassone.

2. Il principio del libero convincimento

Nei programmi di riforma degli illuministi si rivendicava, tra l'altro, l'abolizione del sistema probatorio delle prove legali, esaltando l'*intime conviction*.

I *philosophes*, illuminati dalle nuove idee della ragione, proclamavano l'introduzione del metodo della libera valutazione delle prove, frutto di una sostanziale trasformazione culturale ed ideologica.

⁹ L'articolo 9 prescrive: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimé par la Loi*".

¹⁰ Le principali caratteristiche di questo sistema erano: l'iniziativa dell'azione penale alla parte offesa e ad ogni cittadino a conoscenza del reato; l'introduzione di una giuria composta da laici e presieduta da un giudice di pace competente per il rinvio a giudizio e di altra giuria laica presieduta da un magistrato per la sentenza definitiva; giudizio pubblico, orale, in contraddittorio. Così A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, cit., p. 46.

¹¹ Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., p. 219.

¹² Il § 39 della *Magna Charta* inglese dice che: "*Nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*". *Magna Carta*, ed J.C. Holt, Cambridge, 1992.

¹³ Nel diritto anglosassone la presunzione d'innocenza è espressa attraverso la formula "*every man is presumed innocent until he is proved guilty, beyond any reasonable doubt*".

Fu il decreto dell'Assemblea costituente dell'8 - 9 ottobre 1789 a riformare radicalmente i principi della procedura inquisitoria codificati dall'*Ordonnance criminelle* del 1670, imponendo, in tutti i gradi di giudizio, la pubblicità e la difesa dell'imputato.

Due anni più tardi, il decreto del 16 - 19 settembre 1791 abbatté interamente il vecchio sistema, introducendo, fin dall'istruttoria, il rito accusatorio, istituendo le giurie popolari¹⁴, abolendo ogni tipo di segreto, vincolando il processo all'oralità e all'immediatezza e, infine, sopprimendo le prove legali, per consacrare il principio del libero convincimento del giudice¹⁵.

Questo è il momento al quale si fa risalire l'introduzione di un nuovo assetto nel processo penale moderno.

Eliminando il sistema probatorio legale, l'essenza della prova derivava dal giudizio individuale del giudice e, quindi, diventava necessario capire in che modo tale giudizio dovesse essere inteso.

Le risposte in merito a ciò furono molteplici e diversificate.

Gli stessi pensatori, come Montesquieu, Beccaria, Filangieri, Pagano, che affermavano l'introduzione delle giurie popolari¹⁶ ed una valutazione della prova basata sul "senso comune"¹⁷, non nascosero qualche timore nei confronti di un sistema fondato sulla libertà di convincimento.

Scrivendo al riguardo, Voltaire: "si sarebbe tentati di auspicare che ogni vincolo legale fosse abolito e che non vi fosse altro, al suo posto, che la coscienza e il buon senso dei magistrati. Ma chi garantirà che questa coscienza e questo buon senso non si smarriscano?"¹⁸ Forse il giudice "bouche de la loi", così

¹⁴ Nei sistemi probatori di diritto continentale, l'adozione del principio del libero convincimento sembra essere stata proprio il corollario naturale dell'introduzione delle giurie popolari. Una conferma deriverebbe dall'esempio tedesco: nei paesi di lingua tedesca, infatti, fu prima elaborata una teoria delle prove legali negative, poi, ci fu il totale accoglimento del metodo del libero convincimento con l'introduzione, nel 1848, delle giurie popolari. Così M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, pp. 92 ss. .

¹⁵ «Vous jurez», prescriveva il decreto nella formula del giuramento letta ai giurati, «de décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre *intime conviction*, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre». Così riporta L. FERRAJOLI, cit., p. 115; così anche M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, p. 46.

¹⁶ Nell'ottica del verdetto immotivato della giuria, si parte dal presupposto che l'*intime conviction* del giudice si formi, come dice Aniello Nappi, "per effetto di una valutazione globale e immediata della prova, insuscettibile di autentiche razionalizzazioni. La motivazione della sentenza, in questa prospettiva, era solo una giustificazione *a posteriori* della decisione, le cui reali ragioni rimanevano ignote". Cfr. A. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in "Cassazione penale", 1991, p. 1516.

¹⁷ Nell'idea degli illuministi, come fa notare M. Nobili, "il "senso comune" avrebbe scongiurato di per sé la fallacia e l'arbitrarietà dell'accertamento giudiziale, meglio di qualsiasi sistema di regole predeterminate legalmente. Si potrebbe tentare una più esauriente dimostrazione di questo elemento, ma è sufficiente rileggere le voci "*Senso comune*" ed "*Intimo convincimento*" nell'*Encyclopédie di Diderot e d'Alambert*, per verificare quale efficacia esercitasse allora l'appello ad una capacità di accedere alla verità che è propria dell'intelletto di ogni uomo e che, se pur basata su un sentimento intimo, ha tuttavia ben poco di irrazionale, nel senso moderno della parola". Così M. NOBILI, cit., pp. 131-132.

¹⁸ VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, 1766, tr. it. a cura di R. Fubini, p. 578.

definito da Montesquieu, a dire che la legge è lì alla portata di tutti, quel giudice che non deve fare altro che darle voce ed animarla?¹⁹.

A tal proposito, Cesare Beccaria affermava che “è più sicura l’ignoranza che giudica per sentimento” poiché “per giudicare [...] non si richiede che un semplice e ordinario buon senso”²⁰.

Nonostante le suddette incertezze, il libero e intimo convincimento ebbe il sopravvento sull’ideale legalitario e, per evitare il rischio che questo criterio gnoseologico del giudice potesse degenerare in arbitrio, si tentò di introdurlo entro una struttura processuale di tipo squisitamente accusatorio.

L’*intime conviction* si espanse nel sistema istituzionalizzato dalla legislazione francese, cioè in un modello processuale basato sul metodo accusatorio, sulla presenza delle giurie popolari, sulla piena attuazione dell’oralità e dell’immediatezza, in cui la fase preliminare del processo assumeva un’importanza minima rispetto a quella dibattimentale.

Quello stesso principio fu poi trapiantato in altri sistemi penali, in cui, perdendosi di vista la forza dell’interdipendenza di quei principi accusatori, si introdusse il requisito della motivazione della sentenza come limite alla nuova libertà, abbandonando la pratica del verdetto immotivato adoperata nella Francia dell’Assemblea costituente.

Si arrivò, per questa via, ad attribuire alla libertà di convincimento del giudice una pluralità di significati dai contenuti talvolta completamente divergenti.

Sintetizzando, il principio dell’*intime conviction* significava l’affermazione della necessità di una libertà di decisione in merito alla valutazione delle prove e un’aspirazione alla “verità”, che si concretizzerà, successivamente, in una visione autoritaria della cosiddetta verità materiale.

Tale principio d’*intime conviction* ha senza dubbio risentito delle influenze del razionalismo e dell’empirismo, e, in particolare, dell’idea che il metodo sperimentale di ragionamento potesse essere trasferito dal mondo fisico a quello morale e, quindi, a quello giudiziario.

¹⁹ L’idea riassunta, brevemente, nell’inciso di Montesquieu rientra a pieno titolo, come fa notare Francesco Gentile, nella prospettiva geometrica del diritto. Secondo la geometria legale, infatti, “anche la sentenza del giudice è una legge, seppure la legge del caso particolare, come concordano i vari geometri della legge, da Hobbes a Kelsen”. Così F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 239, par. 50.

²⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. VIII. È interessante, a questo riguardo, notare come il riferimento al “semplice e ordinario buon senso” sia inserito nella contrapposizione tra la ricerca e l’acquisizione del materiale decisorio, da un lato, e “il giudicare del risultato medesimo”, dall’altro. Indicando con ciò che il principio del libero convincimento si afferma in relazione al momento della valutazione probatoria e non della fase ad essa precedente di ricerca ed acquisizione dei mezzi probatori. A dimostrazione di ciò sarebbe anche la stretta connessione sussistente tra l’introduzione di detto principio e l’istituzione delle giurie popolari. Per una conferma si veda M. NOBILI, voce “libero convincimento del giudice — 11) Diritto processuale penale”, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1991, vol. XVIII, p. 1.

È ciò che sosteneva Bentham, pensando alla logica dell'induzione come mezzo perfetto per adattare il giudizio giuridico sulla verità dei fatti a quello scientifico, la prova giudiziaria a quella applicata nei sistemi della scienza²¹.

Per Bentham il procedimento per accertare i fatti individuali doveva essere quello induttivo: diventava così possibile individuare un metodo oggettivo e quantitativo in base al quale valutare la prova.

Si osserva in tal modo il rovesciamento rispetto ai principi classici della prova: in questa prospettiva diventa inutile l'onere della prova²² e perde di valore il principio del contraddittorio, in quanto l'allegazione della parte costituisce già prova, apparendo, di conseguenza, del tutto irrazionale anche il sistema fondato sulle norme di esclusione.

Grande influenza sui processualisti ebbe anche il razionalismo di J. Stuart Mill, nei termini in cui cercava di valutare quale peso avesse la prova nel ragionamento induttivo, applicato sia in campo scientifico - naturale, sia giuridico e, quindi, tentava di analizzare la questione interpretativa del calcolo matematico delle probabilità²³.

Partendo da una concezione tecnica della verifica del fatto e concependo la probabilità in termini oggettivi e quantificabili, si aveva l'ardire di poter allargare il campo d'indagine del giudice, fino a riconoscergli la capacità di ricostruire e conoscere quel fatto allo stesso modo in cui lo scienziato poteva ricreare, in laboratorio, l'esperimento di un evento verificatosi in natura.

In questo senso la libertà di valutazione della prova è legata ad un atteggiamento scientifico e ruota intorno alla distinzione tra la verità materiale o reale od obiettiva, che dir si voglia, e quella formale; diretta conseguenza di tale metodologia di pensiero è stato il fatto che quello stesso sistema accusatorio, in cui si sviluppò il principio dell'*intime conviction*, si trasformò nei processi misti,

²¹ Scriveva, infatti, Bentham: «*Pour s'assurer d'agir conformément à la loi, le juge en chaque occasion a deux points à considérer; l'un est la question de fait, l'autre est la question de droit. La première consiste à s'assurer que tel fait a existé dans un lieu et un tel temps; la seconde consiste à s'assurer que la loi a fait une disposition de telle ou telle nature, applicable à ce fait individuel. La question de droit se décide d'après le texte de la loi, ou d'après les décisions antérieures, là où il n'y a point de loi écrite. La question de fait se décide par les preuves. Tout roule sur des faits.*» (BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, p. 250). La logica giudiziaria, nella dottrina benthamiana, è relativa alla prova dei fatti, in quanto presuppone l'autonomia della questione di fatto rispetto a quella di diritto. A questo riguardo, Alessandro Giuliani afferma: "da un punto di vista generale possiamo dire che il Bentham ha introdotto nel diritto il concetto moderno di prova, sviluppatosi in connessione con la filosofia induttiva e la scienza sperimentale fin dai tempi di Bacone. Nei tempi moderni la storia della teoria della prova si confonde con la storia della logica dell'induzione; e anche nel diritto la prova è -da un punto di vista logico - "un fait supposé vrai, que l'on considère comme devant servir de motif de crédibilité sur l'existence ou la non - existence d'un autre fait" [*Traité*, vol. I, p. 16]. Pertanto l'essenza del concetto scientifico di prova consiste nel passaggio *dal fatto noto al fatto ignoto*". A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 237-238.

²² In questo senso Bentham asserisce che «l'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuelle, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est à dire le moins de délai, de vexation et des frais». BENTHAM, cit., pp. 237-238.

²³ Per un approfondimento si veda L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè, Milano 1998, *passim*.

che, come si dirà, introdussero, accanto ai principi accusatori, elementi di carattere inquisitorio, rientranti ancora in una logica della prova legale.

3. Il *Code d'instruction criminelle* e la nascita del c.d. processo "misto"

Nel 1808 entrò in vigore, in Francia, il *Code d'instruction criminelle*²⁴, il "mostro, nato dall'accoppiamento tra il processo inquisitorio quello accusatorio"²⁵.

Le due fasi del procedimento erano nettamente distinte: prevalentemente inquisitoria, in quanto scritta, segreta, dominata dalla pubblica accusa e senza partecipazione dell'imputato la prima; tendenzialmente accusatoria, per la presenza del contraddittorio orale e pubblico tra accusa e difesa, la seconda.

Il nodo centrale della problematica era rappresentato dalla figura del giudice istruttore: organo che, pur essendo qualificato "giurisdizionale", non si limitava a giudicare, ma era investito di un'ampia ed articolata istruttoria probatoria.

C'era ancora spazio per un imputato da considerarsi presunto innocente? O il nuovo tipo di processo aveva ancora una volta sostituito la presunzione d'innocenza con una presunzione di colpevolezza?

Si tentò di superare la suddetta contraddizione, sostenendo che se, nel sistema accusatorio, il giudice era "neutrale", in quello "misto" era "imparziale"; in altri termini, se, a causa del suo ruolo attivo, l'organo giudicante non poteva più essere equidistante dalle parti, il fatto che dovesse ricercare non solo le prove a carico, ma anche quelle a discarico, permetteva di recuperare la sua terzietà.

Obbligando il giudice a supplire d'ufficio alle carenze della difesa, si credette di trovare un punto di incontro e di equilibrio tra la difesa sociale e la libertà dei singoli.

Nel "rinnovato autoritarismo del regime politico", tuttavia, l'ago della bilancia finiva inesorabilmente per pendere a favore della difesa sociale²⁶.

Anche la riflessione in tema di onere della prova dovette essere ripensata nell'impianto del nuovo sistema. Essendoci un giudice che ha il dovere di istruire, sia a carico che a discarico, non era più possibile dire su chi effettivamente gravasse l'onere probatorio e stabilire, di conseguenza, la presenza o meno della presunzione d'innocenza. Quest'ultimo principio si riteneva salvaguardato con l'attribuzione al pubblico ministero dell'onere di provare non solo gli elementi dell'accusa, ma anche la non attendibilità degli elementi posti a difesa.

Inoltre, mentre l'accusa avrebbe dovuto ottenere una prova certa, alla difesa sarebbe bastato il solo dubbio: la presunzione d'innocenza escludeva che, nel

²⁴Le tappe furono il Codice di brumaio del 1795 e poi le leggi del 1801. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., pp. 448 ss.

²⁵F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, in *Opere Varie*, Tomo I, 1801, p. 80.

²⁶Questa l'opinione di O. DOMINIONI, *Le parti del processo penale*, Milano, 1985, pp. 213-214.

dubbio, una responsabilità non pienamente provata potesse tradursi in responsabilità attenuata.

L'imputato aveva diritto ad una decisione che non lasciasse perdurare nessuna incertezza.

Il sistema presentava, però, “un non lieve tasso di equivocità”²⁷; Il principio dell'Ottantanove era stato gravemente compromesso dall'impatto con il sistema c.d. “misto”.

4. Accusa ed inquisizione nelle codificazioni italiane

Se in Francia ed in Germania il nuovo criterio di valutazione delle prove venne introdotto con le giurie popolari, in Italia si ebbe, invece, un sistema di “intima convinzione” immotivata, affidata a giudici professionali²⁸.

I casi in cui, nella legislazione italiana, si cercò di instaurare l'istituto della giuria furono rari; tra questi meritano menzione le Costituzioni approntate per la Repubblica Cisalpina, ovvero la prima del 21 Messidoro anno V (9 luglio 1797) e la seconda del 15 fruttidoro anno VI (1 settembre 1798)²⁹; tali costituzioni, improntate ai principi accusatori, presentavano l'istituto della giuria e la segretezza dello scrutinio della stessa.

Tra i codici entrati in vigore sulla scorta della diffusione dei principi del sistema accusatorio, che, però, non arrivò a prevedere l'istituto della giuria, merita menzione, il codice del 1819 del Regno delle due Sicilie, il quale era connotato da un'impronta marcatamente progressista e garantista; in tale codice si sanciva il principio del libero convincimento, unitamente all'obbligo di motivazione ed alla possibilità di utilizzare ai fini decisori le sole prove formatesi in dibattimento³⁰.

Di contro, nello Stato Pontificio, il Regolamento di procedura criminale del 1831 di Gregorio XVI stabilì l'equiparazione delle prove raccolte nel corso della fase istruttoria (inquisitoria) a quelle formatesi in dibattimento³¹.

Anche il codice asburgico del 1803, nei suoi dettami e nel suo circoscrivere l'attività del giudice “in protocolli”, riconfermò i principi tipici del sistema

²⁷ Cfr. O. DOMINIONI, *Le parti del processo penale*, cit., p. 214.

²⁸ Una tale scelta, per parte della dottrina ed in *particolare* modo per Carmignani, fu un errore. In particolare l'autore giudica un “errore pestilenziale” il criterio del libero convincimento soprattutto se affidato a giudici che fossero funzionari statali. Sottolinea, infatti, che “se nella decisione del fatto il magistrato fosse, come il giudice popolare, libero ed indipendente, egli apparirebbe una forza egualmente libera ed indipendente. Da qui nasce la necessità di obbligare il magistrato a seguire, nella decisione de fatto, la legge scritta, come egli la segue nel diritto. Così G. CARMIGNANI, *Saggio teorico – pratico sulla fede giuridica e sui suoi vari metodi nelle materie penali*, in *Scritti inediti*, Lucca, 1852, pp. 295 ss. .

²⁹ C. GHISALBERTI, *Le costituzioni “giacobine” 1796/1799*, Milano, 1973, pp. 131 ss.

³⁰ Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., p. 483; quanto alla mancata utilizzabilità della scienza privata del giudice ai fini decisori confronta in particolare articolo 293 comma III del *Codice per lo regno delle due Sicilie*.

³¹ Cfr art. 422 e 423 del Regolamento.

inquisitorio: primato della scrittura sull'oralità, della segretezza sulla pubblicità, delle prove legali sul principio del libero convincimento³²: il giudice nel sistema così delineato è un giudice completamente asservito ai protocolli stabiliti *ex lege*.

Altro elemento caratterizzante il codice asburgico del 1803 (sulla scia del precedente codice di Giuseppe II) è la soppressione della difesa tecnica, funzione svolta anch'essa dal giudice; in tal modo, come ben definito da Cavanna, si aveva un giudice *a tre teste*³³ contemporaneamente inquirente, difensore e giudicante.

In un siffatto sistema, ampiamente ispirato ai principi inquisitori, non poteva mancare il recupero dei mezzi di prova dell'interrogatorio e della confessione, la quale, però, seppur prova regina, come sottolineato nel paragrafo 400 del Codice "*sola non ha mai forza di prova legale*"³⁴.

Altro codice pre-unitario che merita menzione è il cosiddetto "Codice Romagnosi", il *Codice di procedura penale del regno italico*, il quale, nell'ambito della riorganizzazione voluta da Napoleone, a seguito della instaurazione del Regno d'Italia (1805)³⁵, affidò a giudici togati (e non all'istituto della giuria) l'arduo compito di decidere secondo il principio del libero convincimento; nella fase istruttoria, continuarono ad avere un ruolo centrale gli atti scritti ed i processi verbali³⁶, ma le acquisizioni istruttorie erano poi «sottoposte a una severa verifica dibattimentale» e servivano solo a «fornire le basi della discussione definitiva»³⁷: il codice Romagnosi può, quindi, definirsi un codice misto.

La fase istruttoria di stampo inquisitorio prevedeva due fasi differenti: un'istruzione preliminare ed una regolare. La prima spettava alla polizia giudiziaria, la quale riceveva la *notitia criminis* ed iniziava l'attività investigativa; l'istruzione cosiddetta regolare spettava, invece, al giudice istruttore, il quale riceveva e rielaborava, con l'ausilio e l'impulso del procuratore, le indagini già svolte durante l'istruzione preliminare³⁸. Sia quest'ultima istruzione sia quella regolare erano caratterizzate dai principi di scrittura e segretezza.

Di contro, invece, la fase del giudizio vero e proprio, ovvero il dibattimento, era pubblico, orale e basato sul contraddittorio della parti, nel pieno rispetto dei principi di stampo accusatorio.

Ultimo codice che merita d'essere citato nella presente disamina prima di quello unitario, è il codice Rattazzi, che riformava il precedente codice albertino del 1839 e venne adottato nello Stato sabauda con la legge 13 novembre 1859 n. 3781.

³² Cfr A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II vol., cit., p. 325.

³³ Così A. CAVANNA, cit., II vol., p. 327.

³⁴ Testo riportato da A. CAVANNA, cit., II vol., p. 327, il quale elenca una serie di articoli del Codice asburgico che dimostrerebbero gli adempimenti c.d. garantistici presenti nel Codice stesso.

³⁵ Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., pp. 459 ss.

³⁶ E. DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno italico (1807)*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 209 ss.

³⁷ E. DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno italico (1807)*, cit., p. 317.

³⁸ Per un'analisi del codice Romagnosi, vedi G.D. ROMAGNOSI, *Prospetto delle cose più sostanziali del codice di procedura penale*, in A. DE GIORGI, *Opere di Gian Domenico Romagnosi. Scritti editi ed inediti riordinati ed illustrati*, Vol. IV, parte II, Milano, 1842, p. 757.

Il codice Rattazzi si presentava anch'esso quale un codice c.d. misto, ma con un'importante peculiarità, in quanto lo stesso, prevedeva, che alcuni reati, previsti tassativamente, fossero attribuiti alla competenza di una giuria, o più precisamente, alla competenza di una Corte d'assise composta dal presidente del Tribunale, da due giudici ordinari e da dodici giurati³⁹.

Entrando nel merito del procedimento, il codice Rattazzi prevedeva anch'esso una prima fase istruttoria e di formazione dell'accusa segreta e scritta, che era affidata a giudici ordinari; la giuria esercitava il suo ruolo nella fase dibattimentale, al termine della quale doveva decidere sul fatto, mentre l'applicazione e la commisurazione della pena spettava ai tre giudici della Corte d'assise⁴⁰.

A seguito della proclamazione dell'unità d'Italia nel marzo 1861, si pose il problema di adottare ed attuare, altresì, un'unità giuridica del paese. Nel 1865 fu emanato un nuovo codice strettamente derivato dal modello piemontese: esso accolse l'istituto della giuria popolare e mantenne ben distinte le due fasi del procedimento: la prima, di indagine, ispirata ai principi del processo inquisitorio, era segreta, mentre la seconda, di stampo accusatorio, era dibattimentale e pubblica⁴¹.

L'indagine era di due tipi: una sommaria, svolta dal pubblico ministero e l'altra formale condotta dal giudice istruttore, con l'ausilio del pubblico ministero; quest'ultima tipologia d'indagine era, secondo il codice del 1865, la modalità ordinaria, caratterizzata dalla scrittura, dalla segretezza e dall'assenza del difensore⁴².

L'indagine sommaria, invece, era svolta dal solo pubblico ministero, il quale, accertata l'esistenza del *fumus commissi delicti*, rinviava direttamente a giudizio; la dottrina⁴³, all'uopo, osserva come tale citazione diretta da parte del pubblico ministero aveva due risvolti di carattere garantista per l'imputato: innanzitutto, il giudice, non partecipando alla fase di indagine, come nell'istruttoria formale ed ordinaria, offriva maggiori garanzie per quanto concerne i principi di imparzialità e terzietà; oltre a ciò, la celerità dell'istruzione sommaria svolta dal pubblico ministero, rispetto a quella ordinaria, permetteva al reo di venire a conoscenza in un momento antecedente dell'accusa formulata a suo carico e consentiva, inoltre, di giungere prima alla fase del dibattimento.

³⁹ Cfr C. PIZZAMIGLIO, *Dei giurati in Italia*, Milano, 1872, p.118.

⁴⁰ Cfr C. PIZZAMIGLIO, *Dei giurati in Italia*, cit., p. 103.

⁴¹ Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., p. 527.

⁴² C. STORTI STORCHI, *Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logiche dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*", in M. MILETTI, *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 232.

⁴³ C. STORTI STORCHI, *Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logiche dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*", in M. MILETTI, *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, cit., pp. 233 ss.

Tale fase, in contrapposizione con quella dell'indagine, era basata sull'oralità e sul principio del contraddittorio, secondo i principi di stampo accusatorio.

L'impianto del codice di procedura penale del 1913 rimase sostanzialmente quello previsto dal codice del 1865: erano presenti una prima fase, di indagine, ispirata ai principi del processo inquisitorio (nella quale, però, erano introdotti maggiori diritti di difesa), ed una seconda fase, di stampo accusatorio, che era dibattimentale e pubblica.

Da notare come il codice del 1913 rispetto a quello del 1865 riordinò il regime delle nullità, con un preciso fine, ovvero quello di evitare ricorsi in Cassazione da parte degli avvocati degli imputati, per l'impugnazione di vizi formali formati nella fase istruttoria, che rimaneva, come analizzato, suddivisa in formale e sommaria⁴⁴.

Ulteriore elemento che contraddistingue il codice di procedura penale del 1913 è la codificazione del c.d. diritto al silenzio, quale noi oggi conosciamo: con l'art 261 l'imputato, nel momento in cui il giudice decideva di proseguire l'istruttoria, veniva avvertito della possibilità di "stare in silenzio": gli veniva accordata, in tal modo, la scelta tra una difesa passiva ed una difesa attiva⁴⁵.

Il suddetto breve *excursus* storico mette in luce come nel territorio italiano, nonostante l'influenza dei principi illuministi e della prima fase della rivoluzione francese, continuò a sussistere la dialettica *accusatio/inquisitio*.

Tale contrapposizione si sviluppò anche in ambito dottrinale.

Meritano al proposito di essere segnalate le opere di giuristi quali Lombroso, Ferri e Garofalo, le quali hanno costituito una sorta di manifesto della cosiddetta "Scuola positiva"⁴⁶: essa ripropose, in aperto antagonismo con la Scuola c.d. "classica", istanze marcatamente inquisitorie, mai completamente sopite.

La successiva ulteriore svolta in chiave inquisitoria ed autoritaria del processo penale italiano fu legata al pensiero politico e giuridico che si affermò in Germania; in particolare per la dottrina tedesca assunse grande rilievo la polemica concernente il modo di intendere lo Stato di diritto (*Rechtstaat*) dapprima come

⁴⁴ Così C. STORTI, *L'acuta tesi della difesa*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L.GARLATI, Giuffrè Editore, 2010, p. 117.

⁴⁵ Così L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente*, in M. MILETTI, *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, cit., pp. 351-352 ss., la quale osserva come nel codice del 1865 il giudice aveva "sì l'obbligo di informare l'imputato sulla prosecuzione dell'istruttoria, ma si trattava di un'avvertenza pronunciata soltanto dopo che l'imputato si era astenuto dal rispondere. In altre parole egli non veniva informato in via preventiva della possibilità di esercitare tale facoltà e delle conseguenze derivanti: al comportamento materialmente ed effettivamente assunto faceva seguito l'avvertimento".

La stessa autrice osserva come l'avvento del fascismo travolse il principio dettato dall'articolo 261 del codice di procedura penale del 1913; tanto è vero che nel codice Rocco di cui al prossimo paragrafo non si riscontra una norma siffatta.

⁴⁶ Lombroso è il fondatore della cosiddetta scuola positiva, che si contrappone a quella classica di Carrara e dei suoi seguaci. Fu medico e professore a Pavia ed a Torino. Cfr A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, cit., p. 574.

ente in grado di autolimitarsi, in seguito come soggetto preminente ed autoritario rispetto al singolo soggetto⁴⁷.

La prima definizione richiamava inevitabilmente i principi del giusnaturalismo settecentesco, la seconda, invece, che finì con il prevalere, era l'espressione delle istanze che invocavano la centralità del principio della difesa sociale.

Anche in Italia, con l'ascesa del fascismo, non poteva che diffondersi la teoria dello stato tedesco, protettore della difesa sociale, quale Stato che si dovesse porre a presidio dell'autorità costituita⁴⁸.

Ne derivò che principi quali quelli del contraddittorio, dell'intervento delle parti e della pubblicità non furono più visti come elementi essenziali del processo, ma vennero valutati solo su un piano strettamente tecnico e il loro valore venne pian piano sminuito dall'esaltazione della difesa sociale.

Sulla base di tali premesse ideologiche il processo non poteva che volgere senza remore al raggiungimento della cosiddetta verità materiale: di conseguenza la figura del giudice doveva essere rafforzata, con l'attribuzione alla stessa della più ampia discrezionalità in merito alla ricostruzione del fatto storico⁴⁹.

Questa estensione dei poteri attribuiti al giudice comportò, altresì, inevitabilmente un nuovo modo di concepire il principio del libero convincimento, che, originariamente limitato al solo momento valutativo delle prove, fu applicato anche alla fase della loro acquisizione; il nuovo modo di concepire il principio portò inevitabilmente a criticare qualsiasi formalismo che potesse costituire un limite all'attività giudiziaria.

La procedura penale diveniva così uno strumento del tutto asservito alla logica del potere, anziché un limite agli arbitri dell'inquirente⁵⁰.

5. Il principio del libero convincimento nel Codice Rocco del 1930, un codice misto con prevalenza inquisitoria

Il clima culturale in cui si pongono le basi per la redazione del codice Rocco sono quelle sopra descritte, che sono ben rappresentate dal pensiero di Carnevale: egli si esprimeva a favore di un sistema probatorio che fosse il più libero possibile

⁴⁷ Sulle diverse interpretazioni del concetto di stato di diritto presso la dottrina tedesca, Cfr M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, pp. 175 ss.

⁴⁸ I diritti della difesa ed in particolare la presunzione di non colpevolezza furono largamente osteggiati dalla dottrina del tempo, vedi V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano (1914)*, VI edizione, Torino, 1967, pp. 254 ss., il quale definisce la presunzione di innocenza quale "grossolanamente paradossale e contraddittoria" in quanto in contrasto con il principio della verità materiale.

⁴⁹ Cfr A. SERMONTI, *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Milano, 1943, p. 246.

⁵⁰ In dottrina è da segnalare la posizione di U. CAO, *Dottrina penale fascista*, Cagliari, 1931, pp.19 ss.

da limitazioni sostanziali o di rito, le quali potessero risultare d'ostacolo al pieno esplicarsi dell'attività conoscitiva del giudice⁵¹.

Dato che il principio del libero convincimento era definito come un mezzo di investigazione obiettiva, si ricercava inevitabilmente la base della sua intrinseca razionalità; se l'illuminismo e il giusnaturalismo avevano posto un'assoluta fiducia nell'innato buonsenso insito in ogni uomo, nel periodo storico che precedeva la redazione del Codice Rocco, si instaurò l'idea che la soluzione migliore fosse quella di fare affidamento esclusivo sulla razionalità del giudice-funziario, la cui estrazione sociale e la cui cultura venivano percepite quali garanzie assolute⁵².

Una tale convinzione portò ad una rielaborazione in chiave inquisitoria del principio del libero convincimento: il giudice era l'unico e vero *dominus* del processo e la libertà del magistrato venne a coincidere con la possibilità che il suo convincimento si formasse a prescindere dall'instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Analizzando la struttura del procedimento delineato dal Codice Rocco, esso distingueva, nel momento investigativo, una fase cosiddetta preliminare ed una fase di istruzione vera e propria, che, a sua volta, era ripartita tra formale e sommaria.

La fase preliminare era destinata alla ricerca del materiale probatorio necessario per l'inizio della azione penale⁵³.

Solo successivamente si passava alla fase di istruzione vera e propria che doveva condurre ad una decisione circa il rinvio a giudizio o meno dell'imputato; la stessa istruzione si definiva formale o sommaria a seconda del soggetto che conduceva effettivamente le indagini.

Nel caso di istruzione formale era il giudice istruttore; nel caso, invece, di istruzione sommaria era il pubblico ministero; quest'ultimo poteva procedere ad istruzione sommaria nel caso in cui ritenesse la prova della colpevolezza evidente⁵⁴.

Quanto all'istruzione formale, essa era avviata dal pubblico ministero, il quale investiva il giudice dell'istruzione attraverso una richiesta; prima di tale richiesta era comunque consentito al pubblico ministero di compiere atti di investigazione e di conservazione della prova⁵⁵.

Nella fase dell'istruzione formale condotta dal giudice istruttore, inoltre, il pubblico ministero poteva avanzare richieste, assistere a qualsiasi atto di indagine e prendere visione degli atti in qualsiasi stato e grado del procedimento.

⁵¹ E. CARNEVALE, *Carattere della verità nel processo penale*, in *Diritto Criminale*, Vol. III, Roma, 1932, pp. 380 ss.

⁵² E. CARNEVALE, *L'investigazione obiettiva nel processo criminale*, in *Diritto Criminale*, cit., Vol. III, pp. 413 ss.

⁵³ Cfr U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, p. 268.

⁵⁴ Cfr Cassazione, I sezione, 29 febbraio 1932, in *Giustizia penale*, 1933, IV, p. 50. Cfr altresì, L. GARLATI, "Contro il sentimentalismo". *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, p. 192.

⁵⁵ L. GARLATI, "Contro il sentimentalismo". *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, cit. p. 193.

Nel caso, invece, di prova evidente e di istruzione sommaria, le indagini erano svolte dal pubblico ministero, il quale aveva tutti i poteri d'indagine attribuiti nell'istruzione formale al giudice istruttore, tranne alcuni (ben pochi), che erano espressamente previsti *ex lege*.

Terminata l'istruzione, che fosse formale o sommaria⁵⁶, nel caso in cui rispettivamente giudice istruttore o pubblico ministero optassero per il rinvio a giudizio dell'imputato, si giungeva all'ultima fase dell'*iter* processuale, ovvero al dibattimento.

Esso era orale e pubblico, ma il giudice poteva basare la sua decisione indifferentemente sia su elementi probatori formati davanti a lui nel contraddittorio tra le parti sia su atti compiuti in fase di indagine⁵⁷.

In tal modo veniva meno la base della struttura accusatoria, in quanto, come ben precisato da Loredana Garlati, "l'utilizzabilità dibattimentale degli atti raccolti nell'istruttoria finiva per vanificare la separazione delle fasi processuali (autonome e al tempo stesso concatenate fra loro fino a formare un meccanismo complesso) e forgiava un'idea di unità dell'intero procedimento in cui, tuttavia, la fase precedente al giudizio era talmente preponderante da trasformare il dibattimento in una mera e il più delle volte spenta riproduzione di quanto già trasfuso negli atti, quasi fosse "una sorta di semplice controllo di giudizi cristallizzatisi in momenti anteriori"⁵⁸.

Il codice Rocco, inoltre, riteneva quasi superflua la figura dell'avvocato nella fase istruttoria: la sua presenza era vissuta quasi come una mancanza di fiducia nei confronti del giudice, che, come visto, per estrazione sociale e cultura, meritava la più ampia discrezionalità.

Nel codice Rocco non vi era una disciplina specifica circa la prova e la sua valutazione: a titolo esemplificativo dovevano sussistere indizi sia ex art. 252, al fine di giustificare l'emissione di mandati o di ordini di cattura, sia ex art. 226 ter per la predisposizione di intercettazioni telefoniche; al contrario, si richiedeva la presenza di vere e proprie prove al fine del rinvio a giudizio o per emettere sentenza di condanna.

A causa dell'assenza di una vera e propria disciplina della valutazione delle prove, si doveva ricorrere a conclusioni elaborate dalla giurisprudenza, adducendo quale principio giustificatore quello del libero convincimento del giudice.

I casi più rilevanti ed eclatanti erano quelli in cui si ammettevano prove formate in modo irrituale o del tutto nulle.

⁵⁶ Da notarsi come "la violazione della forma d'istruzione, ossia la non osservanza dell'obbligo imposto dagli articoli 295 e 389 del codice di procedura penale di procedere ora con rito formale ora con quello sommario a seconda dei presupposti di partenza, non comportava nullità, risolvendosi in un mero spostamento di attribuzioni tra organi giudiziari egualmente abilitati a compiere quegli stessi atti istruttori, sottolineandosi in questo modo ancor di più la promiscuità" tra le due figure. Così testualmente L. GARLATI, "Contro il sentimentalismo". *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, cit. p. 194.

⁵⁷ FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, p. 66.

⁵⁸ Così letteralmente testualmente L. GARLATI, "Contro il sentimentalismo". *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, cit. p. 195.

In alcune pronunce, la Cassazione ha ritenuto valutabili interrogatori viziati da nullità assoluta, nonostante avesse la stessa Corte precisato che il principio del libero convincimento comporta in ogni caso l'esclusione di prove nulle⁵⁹, od informazioni testimoniali non verbalizzate e riferite dalla polizia giudiziaria senza indicazione dei testi⁶⁰.

Un cenno a parte meritano le sentenze in tema di diritto al silenzio dell'imputato, che consideravano lo stesso rilevante ai fini decisori⁶¹: di particolare importanza quanto affermato dalla Sezione VI penale della suprema Corte, la quale giustificava, proprio in nome del principio del libero convincimento, la valutazione del silenzio dell'imputato come elemento da ascrivere a suo carico⁶².

Tale posizione finiva col far ricadere sull'imputato un onere della prova proprio sulla base del principio del libero convincimento.

Nel codice Rocco il principio del libero convincimento si legava inevitabilmente con il concetto di prova; quest'ultima assumeva significati polivalenti, non essendo codificata, come nel sistema vigente, la differenza tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.

In dottrina⁶³ si prospettava la distinzione tra prove rappresentative e prove critiche. Con le prime, il giudice, fondandosi su massime di esperienza verificava se l'oggetto della rappresentazione fosse o meno materialmente e storicamente esistito; nel caso delle prove critiche, invece, l'elemento acquistava l'attitudine a provare, tramite l'elaborazione critica dell'interprete.

Si riteneva che la prova rappresentativa esprimesse essa stessa la proposizione probatoria, lasciando poi all'operatore giuridico il solo compito di controllarla, mentre con la prova critica quest'ultimo esprimeva un giudizio proprio.

La decisione consisteva nel confronto tra quanto espresso dall'escussione del mezzo di prova e il fatto storico la cui esistenza andava provata⁶⁴.

⁵⁹ Cfr. Cass. Pen. 16 ottobre 1973, D'Ali e Cass. Pen. 14 dicembre 1982, Ferrari.

⁶⁰ Cfr. Cass. Pen. 7 dicembre 1976.

⁶¹ Cfr. Cass. Pen. 1 marzo 1982, Di Bitetto, nonché Cass. Pen. 7 novembre 1983, Canale.

⁶² Vedi Cass. Pen. VI, 21 febbraio 1988, la quale affermava che "il principio secondo cui l'imputato non ha l'obbligo di rispondere alle contestazioni che gli vengono rivolte non comporta una limitazione legale della sfera del libero convincimento del giudice, che può legittimamente esercitarsi anche sulla portata significativa del silenzio mantenuto dall'interrogato su circostanze sui cui questi, potendo fornire indicazioni di dati che potrebbero scagionarlo e contribuire all'accertamento della verità, si rifiuti di farlo.

In tal caso non si può dire che il silenzio, garantito all'imputato come oggetto di un suo diritto processuale, venga utilizzato in contrasto di tale garanzia, come tacita confessione di colpevolezza, giacchè il convincimento di reità nel giudice viene a formarsi non sulla valorizzazione confessionaria del silenzio, bensì sulla valorizzazione in senso probatorio di elemento già idonei a suffragare il giudizio di colpevolezza, in ordine ai quali il silenzio del soggetto viene ad assumere valore di mero riscontro obiettivo".

⁶³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 128 ss. E F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pp. 9 ss.

⁶⁴ Cfr. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1992, pp. 115 ss.

6. Involuzione del principio del libero convincimento

Il Codice Rocco sopra descritto affermava implicitamente il principio del libero convincimento all'articolo 308 c.p.p., il quale recitava: “le limitazioni che le leggi civili stabiliscono relativamente alla prova, non si osservano nel procedimento penale, eccettuate quelle che riguardano lo stato delle persone”.

Per capire la portata del suddetto articolo, occorre leggerlo congiuntamente con l'articolo 116 c.p.c., secondo il quale “il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga diversamente”. Come acutamente osservato in dottrina⁶⁵ la disposizione di cui all'art. 116 c.p.c. sembra fondare la libera valutazione delle prove ed il libero convincimento del giudice anche nel processo civile; ma a differenza del processo penale sono posti dei limiti invalicabili, di alcune “prove legali”, quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, l'efficacia di prova piena dell'atto pubblico (art. 2700 c.c.), l'efficacia di prova piena della scrittura privata autenticata (art. 2702 c.c.), la preclusione all'ammissibilità della prova per testi (art. 2721 c.c.), l'efficacia di prova piena attribuita al giuramento decisorio ed a quello suppletorio (art. 2738 c.c.).

Appare, indi, evidente che il “prudente apprezzamento” di cui all'art. 116 c.c. appare “compresso” dalla codificazione delle suddette “prove legali”; limite e compressione non presente nell'art. 308 Codice Rocco, il quale, eliminando ogni criterio collegato alla prova legale⁶⁶ nell'*iter* logico seguito dal giudice, fissa il principio del libero convincimento nel senso più libero e, come si vedrà nel prosieguo della presente analisi, nel senso più irrazionale.

Il sistema accusatorio proclamato dagli illuministi sopra descritto, in cui si sviluppò il principio dell'*intime conviction*, si trasformò ben presto, come analizzato nell'*excursus* storico che ha portato dalle legislazioni pre-unitarie ed unitarie alla codificazione del codice Rocco, nei processi misti, che introdussero, accanto ai principi accusatori, elementi di carattere inquisitorio, rientranti ancora in una logica della prova legale.

È significativa la constatazione dottrinale che, mentre la “scuola positiva” teorizzava il metodo scientifico nell'accertamento giudiziale, il principio del libero convincimento assumeva risvolti di carattere inquisitorio.

La stessa traduzione accolta dagli autori italiani dell'espressione *intime conviction* nasconde un “trapianto sbagliato”⁶⁷ del principio dal sistema di *common law* nei paesi di *civil law*: “intima convinzione” alludeva, infatti, ad un fenomeno interiore, di pura coscienza e, come tale, libero da ogni forma di controllo e analisi, in quanto impenetrabile.

⁶⁵ Cfr N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, Giuffrè editore, *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2001, p. 30, nota 3.

⁶⁶ Tranne per quanto concerne la marginale eccezione costituita dalla prova dello *status personae*.

⁶⁷ Usa codesta espressione F. RUGGIERI, *La circolazione di “libero convincimento e giuria” all'epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato*, in *Criminalia*, 2012, pp. 230 ss.

La ricezione del principio dell'*intime conviction* non ha comportato lo sviluppo di un sistema di diritto probatorio, simile a quello anglosassone, riducendo così la disciplina del libero convincimento ad una mera condizione di libertà del giudice nella valutazione del materiale probatorio.

Sempre per quanto concerne il profilo terminologico, appare importante rilevare che il termine usato sia “convinzione” e non “persuasione”.

La differenza è messa in evidenza da Chaim Perelman, il quale definisce come “persuasiva un’argomentazione che pretende valere soltanto per un uditorio particolare” e “convincente quella che si crede ottenga l’adesione di ogni essere razionale”⁶⁸.

Si trattava dello stesso concetto espresso da Kant, quando scriveva che “se la credenza ha il suo fondamento nella natura particolare del soggetto, si chiama persuasione. La persuasione è una semplice apparenza perché il fondamento del giudizio, che è unicamente nel soggetto, viene considerato come oggettivo. Un tal giudizio, pertanto, ha solo una validità privata e la credenza non si può comunicare”⁶⁹.

Se ci si sofferma sulla terminologia della formula “libero convincimento” si può scorgere, altresì, un contrasto tra l’aggettivo “libero” e il sostantivo “convincimento”: libertà implica e presuppone la possibilità di scegliere senza vincoli, mentre l’idea di convincimento, se distinta dal concetto di persuasione, non ammette alcuna libertà.

L’argomento convincente è quello che è accettato dall’auditorio, quindi, implica una qualche valenza oggettiva, nel momento in cui si impone a tutti; cosa che non si verifica nel caso di argomento persuasivo, poiché la persuasione ha una valenza meramente soggettiva.

Iacoviello sul punto affermava “se c’è convincimento, non v’è libertà neppure per il giudice. Se c’è libertà, c’è persuasione non convincimento”⁷⁰.

Il problema, dunque, si pone, anzitutto, nella misura in cui è necessario valutare quale significato debba assumere la formula “libero convincimento”⁷¹.

⁶⁸ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation*, tome premier, Paris, 1958, par. 6, pp. 34 ss., in cui afferma che «persuader est plus que convaincre, la conviction n’étant que le premier stade qui mène à l’action».

⁶⁹ KANT, *Critica della ragion pura, dottrina del metodo*, cap. II, sez. 3. Si veda per una precisazione sui termini *convinzione e persuasione* N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, II ed., Utet, Torino 1990.

⁷⁰ Così F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997, p. 64.

⁷¹ Rimanendo nell’ambito etimologico, è interessante richiamare alla memoria che il termine vincere richiama l’idea di una lotta, una sorta di *certamen* interiore che si agita nell’animo del giudice. La stessa parola “decidere” deriva da *de caedere*, vale a dire separare, tagliare le differenze. Ed, ancora, “dubbio” trae origine da *duo*, come *duellum*, ad indicare uno scontro tra realtà contrapposte. Cfr. G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. ital. proc. penale*, 1992, pp. 1255-1276. Sono interessanti queste osservazioni terminologiche nella misura in cui conducono tutte verso un’unica direzione: la decisione del giudice implica una tensione interiore che si risolve in una scelta tra contrapposte ragioni, superando così il dubbio nella valutazione delle ragioni del *pro* e del *contra*. Chiaro che questa sorta di lotta interiore non deve, poi, rispondere ad un conflitto dai modi violenti. Il

6.1. La teoria romantica del libero convincimento

Quanto alla suddetta degenerazione del principio del libero convincimento, autorevole dottrina⁷² ha coniato la c.d. teoria della *preuve morale*.

L'introduzione del libero convincimento è sicuramente legato alla *jury* del processo francese⁷³: il primo metodo che venne utilizzato per introdurre il c.d. *principio della libera valutazione* fu l'inserimento nel sistema processuale, delle giurie popolari, sulla scorta del modello inglese.

Ciò avvenne mediante una riforma del sistema, nel quale si introdussero principi fondamentali quali quello dell'oralità, dell'immediatezza e del libero convincimento, considerati fra loro come inevitabilmente connessi⁷⁴.

I giudici del popolo per forza di cose, nell'impossibilità di utilizzare lo stesso metodo dei giudici professionisti, più che fondare il loro convincimento su parametri legislativi razionali, facevano riferimento alle loro intuizioni intime di giustizia.

La Costituzione francese del 1791 stabilì, sul punto, il principio che, nei processi penali, le questioni di fatto sarebbero state decise da una giuria di cittadini⁷⁵, quelle di diritto da giudici togati; in questo modo si voleva realizzare la partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia, in coerenza con il principio di sovranità nazionale affermato dalla Rivoluzione francese. L'istituto della giuria era chiaramente mutuato dal sistema giudiziario inglese, che gli illuministi francesi del XVIII secolo ammiravano, contrapponendolo al sistema dell'Ancien Régime dove, soprattutto nei potenti *Parlements*, le funzioni giurisdizionali erano appannaggio di un ceto ristretto (*La noblesse de robe*).

Con il trapianto dell'istituto della giuria –importata sull'onda del fascino delle istituzioni giudiziarie di *common law* – si diffuse nel continente, però, l'idea sbagliata, di una valutazione della prova affidata ai giurati in forza di un approccio puramente emotivo.

processo non deve risolversi in termini di conflitto, ma di controversia e il contrapporsi delle opposte posizioni delle parti non deve implicare uno scontro, ma un confronto dialettico.

⁷² Ci si riferisce in particolar modo ad E. AMODIO. Si veda sul punto: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano 1967, pp. 95 ss., ed altresì, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria*, in *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano 2003, pp.121 ss. Cfr altresì NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 13.

⁷³ Per un'ampia trattazione del problema si veda Amodio, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit. pp. 95 ss.

⁷⁴ Si consideri che la proposta di adottare il *Grundsatz der freien Überzeugung* venne avanzata nei paesi di lingua tedesca già molto tempo prima rispetto alla formulazione franco-italiana ma ciò senza successo. Ma non solo. Ed invero, già dalla fine del secolo XVIII venne elaborata la teoria delle c.d. “prove legali negative” secondo la quale le prescrizioni normative sulla sufficienza e il valore delle prove erano richieste unicamente per la condanna e non già anche per l'assoluzione. Tale soluzione intermedia venne adottata appunto nei paesi tedeschi per circa un cinquantennio e venne superata solo dall'adozione delle giurie popolari. Sul tema si veda Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 95.

⁷⁵ Cfr sopra, par. 1. L'illuminismo.

Il convincimento, dettato, pertanto, da aspetti metarazionali, frutto di scelte intuitive, da sollecitazioni emotive, risultava essere del tutto insuscettibile di analisi.

“La decisione della giuria, resa attraverso un provvedimento immotivato, fece pensare ai giuristi continentali che il giudizio sull’imputato fosse per sua intrinseca natura così fortemente radicato nella reazione istintiva delle prove da essere sottratto a qualsiasi forma di razionalizzazione”⁷⁶, anche a quella astrattamente attuabile a posteriori mediante la motivazione.

Questa catena logica giuria-verdetto immotivato-persuasione emotiva costituisce l’asse portante di quella che potrebbe essere definita come la teoria romantica del libero convincimento⁷⁷.

La testimonianza più significativa di questo orientamento si trova nel testo delle istruzioni ai giurati contenute nel codice di procedure penale francese: “ *la legge non chiede conto ai giudici del modo in cui si sono convinti; essa non prescrive regole dalle quali far dipendere in modo particolare la pienezza e la sufficienza di una prova; essa prescrive ai giudici di interrogarsi nel silenzio e nel raccoglimento cercare, nella sincerità delle loro coscienze, quali impressione hanno avuto, sulla loro ragione, le prove a carico e quelle a discarico introdotte dalla difesa. La legge pone ai giudici un solo interrogativo, che racchiude la pienezza dei loro doveri: Avez vous un intime conviction?*” (Art. 363 c.p.p., ed analogamente art 498 c.p.p. italiano del 1865).

La versione irrazionalistica del libero convincimento ebbe due effetti perversi: da un lato produsse un’interpretazione in chiave illiberale, e quindi prevalentemente inquisitoria, dell’obbligo di motivazione e, dall’altro lato, costituì un artificio attraverso il quale si cercò di recuperare le prove inammissibili, perché irrituali o illecite, onde poterle utilizzare nella formazione della decisione⁷⁸.

Si era progressivamente ed inevitabilmente giunti al paradosso per cui la regola del libero convincimento si era sovrapposta con il principio della libertà dei mezzi di prova, nonostante la prima regola attenga al momento valutativo dell’efficacia probatoria della prova, mentre il secondo principio, ovvero quello della libertà dei mezzi di prova, attenga la fase acquisitiva del materiale probatorio⁷⁹.

Tale versione costituì il pretesto per una rivolta antiformale, che sfociò in una vera e propria anarchia gnoseologica attraverso una ricca fioritura di norme

⁷⁶ Così E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1999, p. 4.

⁷⁷ Sul tema si veda E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., pp. 4 ss.

⁷⁸ Sul punto G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali ed il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., p. 1269 scrive che il libero convincimento “ha rappresentato per due secoli il grande artificio a cui ha fatto ricorso la giurisprudenza per recuperare ed utilizzare nel processo prove acquisite *contra legem* determinando l’abolizione di fatto di quasi tutte le regole di esclusione della prova.

⁷⁹ Cfr E. ZAPPALA’, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Giuffrè, 1984, p. 108.

para-legali, frutto di avventurosi criteri interpretativi improntati ad una razionalità teologica.

Sul piano compartivo si deve, quindi, registrare una curiosa evoluzione di segno opposto, o come definito sopra, un “trapianto sbagliato”; infatti, mentre nei sistemi di *Common law* la giuria ha dato luogo al sorgere di quel reticolo di regole probatorie che prende il nome di *law of evidence*, regole che servivano principalmente per evitare possibili errori valutativi di giudici non professionali, in Europa, invece, la presenza di laici nelle corti d’Assise, ha dato vita alla teoria dell’*intime conviction* che, di fatto, ha affrancato i giudici, laici e togati, da qualsiasi limite legislativo nella valutazione della prova.

Secondo autorevole dottrina⁸⁰ il problema di una tale sbagliata ricezione nei paesi continentali del principio del libero convincimento risiede non solo della mancata previsione di qualsiasi regole di esclusione, che potesse arginare l’ampia e libera discrezionalità del giudice, ma, altresì, nel fatto che la “stessa concezione dialettica del processo fu trapiantata unicamente nei tratti che riguardano le strutture del processo (contraddittorio, assetto accusatorio etc.) e per breve periodo (1789-1808)⁸¹, non anche per quanto attiene alla logica interna del giudizio ed alla concezione della prova”⁸².

In questo modo si ottenne in pratica una deformazione del metodo anglosassone, che ha causato un’impostazione del problema dell’intimo convincimento del giudice del tutto particolare per i paesi continentali.

Ed invero, in tali paesi anche quando ci si sforzò di individuare un’interpretazione in chiave razionale dell’intimo convincimento si ottennero comunque risultati apprezzabili sotto alcuni profili, ma sicuramente differenti rispetto a quelli della *law of evidence*, ricollegabili piuttosto a quel tipo di razionalismo aprioristico che aveva caratterizzato l’evoluzione delle prove nei secoli precedenti.

Tramite l’*excursus* storico di cui sopra si è già avuto modo di rilevare come la sola adozione delle giurie popolari non sia stata idonea a far confluire nei sistemi continentali le tecniche probatorie della *common law*; il che comportò appunto la suddetta serie di fraintendimenti nell’interpretazione del principio del libero convincimento del giudice, sino ad arrivare addirittura alla concezione irrazionale dello stesso.

Si consideri che a partire dal XVIII secolo era comunque già molto chiara la distinzione sussistente fra il principio del libero convincimento e il *iudicium secundum conscientiam*, rappresentativo di un giudizio personalizzato ed interiorizzato: infatti, se è pur vero che in entrambi i casi assume rilevanza la convinzione del singolo, è altresì vero che il libero convincimento è un principio che spiega i suoi effetti esclusivamente nella fase relativa alla valutazione del materiale probatorio, mentre il giudizio secondo coscienza ha una portata più

⁸⁰ Ci si riferisce a M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 13.

⁸¹ Vedi sopra, paragrafo 3.

⁸² Così testualmente M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 13.

vasta e tale da contrapporsi all'impostazione stessa del *iudicium secundum alligata et probata*⁸³.

Il codice di procedura penale dell'Italia preunitaria- approvato l'8 settembre 1807- ricalcava fedelmente il modello napoleonico, ma con una peculiarità degna di rilievo: il giudizio sul fatto, prima di esclusiva competenza della giuria popolare, tornava ad essere prerogativa dei giudici togati, che non erano, però, obbligati, a motivare le loro decisioni, né tenuti ad osservare alcun criterio predeterminato di valutazione delle prove.

La totale assenza di argini alla libertà del giudicante rendeva concreta il rischio che *l'intimo convincimento* potesse trasmodare e risolversi in puro arbitrio, come la dottrina del tempo non mancò di segnalare⁸⁴.

I grandi teorici italiani della procedura - come Romagnosi, Genovesi, Pagano o Nicolini - hanno tentato di reagire all'irrazionalismo della formula "*intime conviction*", elaborando una logica della prova storica e giudiziaria.

⁸³ "Al riguardo si può infatti rilevare come pur trattandosi in entrambi i casi di sistemi che risolvono il problema del giudizio sul fatto dando preminente rilievo alla convinzione del singolo, quello dell'intimo convincimento fa riferimento solo alla valutazione delle prove raccolte nel processo, secondo il rito giudiziario, mentre il giudizio secondo coscienza si pone come antitetico al *iudicium secundum alligata et probata*". Così M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 97. Su tale contrapposizione si veda G. SALVIOLI, *Dei limiti della certezza morale nella prova criminale secondo il diritto romano canonico e la dottrina antica*, in *Diritto e giurisprudenza*, Napoli, 1916.

⁸⁴ Come osservano M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 207 e ss. ed E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., pp. 4 ss: la previsione dell'obbligo di motivazione - introdotta dal codice del regno di Napoli del 1819 e ben presto adottata da tutti gli altri ordinamenti degli Stati pre-unitari - senza dubbio ridimensionò i pericoli paventati dalla dottrina, ma nella coscienza del giudice - portato a credere che, comunque, restasse fermo l'intento del legislatore di non porre vincoli all'accertamento del fatto - si era ormai radicata la convinzione di gestire un potere sostanzialmente illimitato, al quale non sarebbe stato facile rinunciare.

A seguito dell'unificazione politica, venne alla luce nel 1865, il primo codice dello Stato italiano che si presentava come una riedizione - ampliata e corretta - di quello promulgato dal regime albertino nel 1847.

Trascorsero, tuttavia, quasi cinquant'anni prima che il nostro paese si aprisse ad idee liberali, almeno in parte recepite dal codice Finocchiaro Aprile del 1913.

Dopo pochi anni si vita difficile, anche quel codice usciva, però di scena travolto dalla veemente e repentina ascesa del regime fascista, che manifestò subito l'intento di imporre una sua codificazione, a cominciare propria dal settore della giustizia penale. Quello del 1930 era un sistema processuale di ispirazione dichiaratamente autoritaria, che fu etichettato, persino nelle presentazioni ufficiali, come il simbolo di una ferma opposizione alle idee illuministiche e liberali. Era inevitabile, quindi, che la filosofia di fondo del codice fascista condizionasse anche il modo di intendere il principio del libero convincimento, destinato ad assecondare le istanze di difesa sociale propugnate da regime.

La successiva riforma codicistica maturò in un clima profondamente diverso, segnato da eventi - come l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana e l'approvazione delle Carte internazionali sui diritti dell'uomo - che avevano rivoluzionato il quadro dei valori di riferimento per la disciplina del processo penale, riequilibrando il rapporto tra autorità e diritto. Le mutate esigenze del paese spingevano verso un radicale rinnovamento del sistema e, in tale prospettiva, i compilatori del codice del 1988, non potevano che imprimere una netta inversione di tendenza anche alla traiettoria del libero convincimento, recuperando quei profili di garanzia e legalità offuscati dalle imposizioni ideologiche del regime fascista.

L'unica via per temperare gli eccessi dell'arbitrio dei giudici, per molti, risiedeva in una logica delle prove legali negative⁸⁵: non, dunque, nella predeterminazione legislativa dei mezzi di prova da addurre e nella definizione a priori del valore da attribuire loro, come nel sistema di prove legali, ma in un metodo costituito da norme di esclusione alla maniera del processo anglosassone e, alla luce di quanto sin qui esaminato, secondo il concetto di prova tramandato dai nostri classici.

A che cosa ci si riferisca parlando di prova legale negativa o positiva, ce lo spiega, negli anni cinquanta, Ettore Dosi, quando precisa che la prova legale possa intendersi in senso positivo, “quando la legge prescrive che, verificandosi certi presupposti da essa indicati, un fatto deve essere ritenuto vero dal giudice”, in senso negativo, “quando la legge fa divieto al giudice di ritenere vero un fatto se non si verifica quel minimo di prova ch'essa stessa stabilisce”⁸⁶.

SEZIONE II: IL LIBERO CONVINCIMENTO RAZIONALE

7. I contenuti positivi del principio

La locuzione “libero convincimento” non ricorre in nessuna delle disposizioni ordinarie e costituzionali che regolano il processo penale, ma è comunque ampiamente condivisa, in dottrina e giurisprudenza, l'idea che la formula sia espressione di un “Principio Cardine” del sistema.

Va sottolineata la difficoltà di aderire alla tesi che attribuisce rango costituzionale al principio.

In quest'ottica, il riferimento normativo che senza dubbio evoca il libero convincimento è la previsione dell'obbligo di motivare tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, 6° comma, Cost.), ma tale dato non sembra esprimere un'opzione vincolante in favore di un determinato regime di valutazione della prova.

⁸⁵ Scrive in proposito G.D. Romagnosi: “Il legislatore [...] appose all'intimo convincimento certi limiti, ed assegnò certe regole, se non positive, almeno negative. Io voglio dire che se il Legislatore non disse ai Giudici quando dovevano essere convinti, disse loro almeno quando non dovevano esserlo. In sostanza disse loro: mancando le tali e tali condizioni, i mezzi di prova adottati mancheranno di credibilità”. G.D. ROMAGNOSI, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizi*, in Opere, vol. IV, p. II, Perelli e Mariani, Milano, 1842, p. 964.

⁸⁶ Così E. DOSI, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 59-60, nt. (2), in cui, peraltro, riporta un'ulteriore precisazione interessante quando afferma che “*intimo convincimento*” e “*persuasione razionale*” altro non sono che “due modi dell'attuarsi del libero convincimento, il quale, quindi, può distinguersi in libero convincimento immotivato e in libero convincimento motivato”.

Infatti, pur rappresentando un limite alla libertà di giudizio, l'obbligo di motivazione non è affatto inconciliabile con il sistema delle prove legali, poiché la predeterminazione, in astratto, del valore probatorio di ogni singola fonte cognitiva introdotta nel processo non esclude la necessità di verificare, in concreto, come il giudice sia giunto alla decisione attraverso l'apprezzamento complessivo dei fatti emersi dall'attività istruttoria.

Non si può, tantomeno, desumere la valenza costituzionale del principio rispetto a quanto disposto dall'art 101,2° comma, Cost., sostenendo che la soggezione del giudice alla legge implichi la incondizionata possibilità di accertare i presupposti fattuali per la sua corretta applicazione e, di conseguenza, l'assenza di qualunque vincolo nella valutazione del dato probatorio.

Per confutare la tesi, basta ricordare, infatti, che l'automatismo tipico delle prove legali è comunque oggetto di previsione normativa, sicché sembra illogico ipotizzarne il contrasto con il principio che impone al giudice la rigorosa osservanza della legge.

Il principio del libero convincimento va incluso tra i "Principi generali dell'ordinamento giuridico", ovvero nel novero di quelle "regole fondamentali del sistema", ricavabili, per astrazione, da norme specifiche, che orientano l'interprete nei casi in cui la mancanza di una espressa disciplina non è colmabile neppure attraverso il ricorso all'analogia⁸⁷.

La versione codicistica del libero convincimento si ritrova indubbiamente nella formulazione dell'art.192 c.p.p. .

In questo articolo i compilatori del codice hanno espresso la loro scelta in favore del libero convincimento del giudice, affermando il principio e, nel contempo, ponendo i limiti all'esercizio indiscriminato del potere decisorio.

La previsione dell'art. 192 c.p.p., collocata, non a caso, nel titolo di apertura del libro III del codice, tra le disposizioni generali in tema di prova, concentra in sé regole suscettibili "di potenziale irradiazione applicativa a qualsiasi fase o stadio del procedimento", per evitare una incongruente frantumazione settoriale dei parametri normativi che orientano il convincimento del giudice⁸⁸.

Quanto ai contenuti, il raccordo tra valutazione delle prove e obbligo di motivazione, di cui al 1° co. dell'art.192 c.p.p., segnala l'adesione ad una concezione razionalistica del principio del libero convincimento, che impone un accertamento del fatto scevro da fuorvianti suggestioni emotive⁸⁹. Nell'apprezzare i dati probatori sottoposti alla sua cognizione, il giudice non può affidarsi ad intuizioni istintive, ma è tenuto a seguire criteri logici, che deve necessariamente indicare quando enuncia le ragioni sottese alla decisione.

In ciò si sostanzia il vero limite al libero convincimento, poiché il semplice resoconto dei risultati dell'attività valutativa non consentirebbe di ricostruire il

⁸⁷ In questi termini, BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 179 ss.

⁸⁸ Vedi in questi termini, COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1990, p. 120 ss.

⁸⁹ Al riguardo per un'analisi da rilievi comparatistici, vedi E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit, p. 6.

percorso argomentativo che ha portato alla decisione, vanificando la funzione di garanzia contro l'arbitrio assegnata alla motivazione.

Lo sforzo legislativo volto ad assicurare la razionalità del giudizio non è certamente compromesso dal singolare richiamo all'intimo convincimento che ancora compare nella formula del giuramento prestato dai giudici popolari della Corte d'Assise (art. 30, legge 10 aprile 1951, n. 287).

Si tratta, in realtà, di un mero retaggio storico, chiaramente superato dalla previsione dell'art. 527, 2° comma, c.p.p., che obbliga tutti i giudici impegnati in deliberazioni collegiali ad enunciare le ragioni della loro opinioni all'atto del voto espresso sulle singole questioni poste in decisione; a riconferma dell'impegno legislativo per la "codificazione" di un principio di libero convincimento c.d. razionale è stato inserito l'art. 546 comma 1 lettera e) c.p.p., il quale stabilisce che la motivazione in fatto debba contenere "l'indicazione delle prove poste a base della decisione" e "l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie"⁹⁰.

La disciplina del libero convincimento, come si analizzerà, non si esaurisce nella previsione di un razionale apprezzamento dei dati probatori e del correlativo obbligo di enunciare le ragioni delle decisione.

Il dovere di motivare si inserisce, infatti, in un più ampio contesto di garanzie che tendono a prevenire il rischio dell'arbitrio attraverso l'opposizione di ulteriori limiti, diretti o indiretti, all'indiscriminato accertamento dei fatti su cui si fonda il giudizio.

L'art 192 del c.p.p. nell'intento del riformatore del 1988 avrebbe dovuto soddisfare un duplice obiettivo, ovvero *in primis* fondare un criterio metodologico stabile al fine di garantire l'imprescindibile raccordo tra metodo valutativo e successivo *redde rationem* e, successivamente, verificare il peso probatorio da assegnarsi a taluni dati conoscitivi di controversia efficacia dimostrativa.

Un proponimento sicuramente ambizioso soprattutto in considerazione della necessità di riaffermare la supremazia della legge formale, come fonte del diritto, nei confronti del massiccio interventismo giurisprudenziale. Il ricorso al formante legislativo avrebbe potuto ovviare, se inteso nei giusti termini, ad inconvenienti pratici.

Come osservato da Amodio⁹¹, tale obiettivo del nuovo codice di evitare involuzioni di carattere giurisprudenziale è altresì testimoniato dalla previsione della nuova sanzione dell'inutilizzabilità, di cui meglio in seguito.

Il primo comma dell'art. 192 ha avuto l'effetto di fare emergere a livello legislativo il principio del libero convincimento del giudice che rappresenta il canone basilare di valutazione della prova.

Nella Relazione al progetto preliminare del codice è chiarito che l'art. 192 conferma la scelta in favore del principio del libero convincimento di cui offre

⁹⁰ Cfr E. AMODIO, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria*, cit., p.125.

⁹¹ E. AMODIO, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria*, cit., p.125.

una formulazione che in parte ricorda il disposto dell'art. 116 c.p.c. ("il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti").

Nella stessa Relazione è precisato che "decisamente nuovo è, però il raccordo tra convincimento del giudice e obbligo di motivare su un piano generale, esso mira a segnalare, anche a livello legislativo, come la libertà di apprezzamento della prova trovi un limite in principi razionali che devono trovar risalto nella motivazione, sotto un profilo più strettamente operativo; il nesso vuol far risaltare il contenuto della motivazione in fatto, che si esprime nella enunciazione dei criteri di valutazione (massime di esperienza) utilizzate per vagliare il fondamento della prova".

L'art 192 del c.p.p. da un lato prevede la libertà del giudice nella valutazione della prova con una rigorosa enunciazione del dovere di motivazione e dall'altro lato, richiede l'esplicita enunciazione dei criteri di apprezzamento degli elementi di prova sottoposti.

La lettura dell'art. 192 e la precisa collocazione delle disposizioni in esso contenute all'interno di un corpus normativo formante il "diritto delle prove penali" sono univocamente indicative della preoccupazione del legislatore di arginare possibili fenomeni degenerativi, tant'è che la disciplina della valutazione della prova, in cui manca ogni riferimento al termine "libertà", è delineata in termini di dovere e di limiti all'attività del giudice: l'apprezzamento delle prove deve esplicitarsi, infatti, "con obiettività e prudenza" ed è inscindibilmente collegato con l'obbligo di provvedere, nel modo più rigoroso e completo, alla motivazione posta a base della decisione adottata al fine di evitare che il libero convincimento trasmodi in arbitrio e in scelte dettate da opzioni meramente soggettive che rappresentano la negazione della giurisdizione, la cui essenza è quella di costituire una "attività razionalmente fondabile in quanto ancorata a criteri di valutazione precisi e riconoscibili".

8. La motivazione, quale limite intrinseco al principio

L'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali sancito in via generale dall'art. 111 VI comma, Cost, deve considerarsi, oramai, un limite connaturato al libero convincimento del giudice, poiché costituisce l'ovvia implicazione di una visione razionale del principio comunemente condivisa.

Si tratta, pertanto, di un vincolo di natura essenzialmente giuridica, sicché la violazione dell'obbligo, ossia l'omissione delle ragioni poste a fondamento della decisione, è sanzionata con la nullità del provvedimento.

Laddove, però, l'omissione venga rilevata in sede di appello, il giudice è tenuto ad integrare la motivazione del provvedimento impugnato, senza possibilità di disporre, stante la previsione tassativa delle ipotesi di annullamento, la

regressione del processo al precedente grado di giudizio. Viceversa, la Corte di Cassazione, considerata la funzione posta in essere, non ha poteri di correzione o di integrazione dell'ordito argomentativo elaborato da giudice di merito, ma può solo verificarne la legittimità ed eventualmente annullare con rinvio la pronuncia impugnata.

Al riguardo, si impone, però, un distinguo.

L'omessa indicazione dei criteri adottati e dei risultati conseguiti determina l'invalidità della decisione, deducibile ai sensi degli artt. 125, 3° comma, e 606, 1° comma, lett. c), c.p.p.⁹², mentre l'inosservanza delle regole logiche che devono orientare la ricostruzione del fatto va inquadrata nel vizio processuale della manifesta illogicità della motivazione ex art. 606, comma 1° lett. e).

Quanto al ricorso in Cassazione ex art 606, comma 1° lett. e), la dottrina⁹³ ha chiarito come per mancanza di motivazione debba intendersi l'inesistenza di un apparato giustificativo, il quale può riguardare sia l'apparato normativo che supporta la decisione nel suo complesso sia il discorso che supporta singoli punti decisivi sia l'iter argomentativo che supporta la scelta del materiale probatorio.

La mancanza di motivazione, quindi, si ha anche e soprattutto nel caso in cui si motiva meno rispetto a quanto si è deciso.

L'illogicità manifesta sussiste quando il giudice di merito, nel compiere l'esame degli elementi probatori oggetto della sua analisi e nell'esplicitare conseguentemente in sede di sentenza l'iter motivazionale seguito, si esprime attraverso una motivazione incoerente, incompiuta ed imparziale⁹⁴.

Sul punto occorre ricordare che la legge 46 del 2006 ha modificato l'art. 606 lett. e), riconoscendo il ricorso in Cassazione anche per "contraddittorietà" della motivazione.

Il vizio c.d. di "contraddittorietà" rappresenterebbe il riconoscimento normativo della possibilità di sindacare in sede di legittimità il vizio di motivazione conosciuti come "travisamento della prova"⁹⁵; tale vizio, prima del

⁹² Sul punto, anche per un confronto tra opinioni diverse, vedi P. DELL'ANNO, *Presupposti e limiti del sindacato della corte di cassazione sul vizio di motivazione*, in *Giustizia penale*, 1993, Vol. III, pp. 700-712.

⁹³ M. SCARPONE, *La motivazione della sentenza penale*, in *Diritto penale e processo*, n.4, 2010, pp. 474 – 485; E. RUBIOLA, *Mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità: il controllo della Corte di Cassazione sul vizio di motivazione*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 2012, pp. 603-618; cfr altresì, E. AMODIO, *voce motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Del Diritto*, Vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 239 – 243.

⁹⁴ E. RUBIOLA, *Mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità: il controllo della Corte di Cassazione sul vizio di motivazione*, in *Diritto penale e processo*, cit., pp. 603-618; cfr altresì, E. AMODIO, *voce motivazione della sentenza penale*, cit., pp. 249 – 252.

⁹⁵ G. CANZIO, *Le due riforme del 2006 a confronto: vizio di motivazione. Autosufficienza del ricorso ed accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2007, Vol. 50, pp. 135-157; Cfr altresì sempre G. CANZIO, *La motivazione della sentenza penale: i vizi di motivazione delle sentenza di appello ed il sindacato di legittimità*, in *Csm "la motivazione della sentenza penale"*, Roma, 15 settembre 2009, pp. 1 – 11. Vedi anche C. CONTI, *L'Autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di Cassazione*, in www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_Conti14_06_12.pdf, 2012, pp. 6 ss.; in particolare, quanto alla c.d. doppia conforme a pagina 6, scrive espressamente " il travisamento della prova desumibile dagli atti processuali può essere fatto valere solo nel caso in cui la sentenza

2006 era riconosciuto sindacabile, in via di interpretazione giurisprudenziale, ai sensi dell'art. 606 comma I lett. c).

La ratio innovativa della novella legislativa risiede nella locuzione modificata nell'art 606 comma I lett. e) c.p.p., ovvero "altri atti del processo", in quanto secondo la dottrina e la giurisprudenza sulla base di tale inciso è da riconoscersi la possibilità per la Corte di esaminare gli elementi probatori, per verificare se il contenuto degli stessi sia stato veicolato o meno senza travisamento all'interno della decisione.

In altri termini, l'omissione si risolve nell'inadempimento dell'obbligo di una compiuta enunciazione delle ragioni del giudizio, laddove la manifesta illogicità risulta da un atto formalmente completo, ma sostanzialmente inficiato dall' inosservanza di criteri razionali o di comune esperienza.

Motivare significa tradurre in espressioni linguistiche il senso logico e giuridico della decisione, sicché ove difetti "il discorso su punti specifici e autonomi sui quali il giudice ha deciso, si ha mancanza di motivazione", ma lo stesso "anche quando - per erroneità delle premesse poste in punto di fatto - si fa un altro discorso", ossia il ragionamento, secondo il gergo civilistico verte su un *aliud pro alio*⁹⁶.

Dunque, la violazione dell'obbligo di motivare può manifestarsi in forme radicalmente diverse, dalla oggettiva assenza di riflessioni su questioni decise alla apparente presenza di un elaborato argomentativo⁹⁷, che risulta, però, inconferente rispetto alla decisione.

Al difetto di motivazione dev'essere, quindi, equiparata l'ipotesi della "motivazione apparente", espressione che denuncia il ricorso a giustificazioni sostanzialmente inesistenti, fittizie e, in definitiva, del tutto apodittiche, poiché, risultano completamente dissociate dalle risultanze processuali⁹⁸.

Tale equiparazione rende più incerta la linea di demarcazione tra l'inosservanza dell'obbligo giuridico e la trasgressione delle regole poste a presidio della razionalità del provvedimento. La difficoltà consiste, soprattutto, nello stabilire quando, esattamente, la violazione dei criteri logici raggiunge un livello tale da sconfinare nell'inottemperanza dell'obbligo di motivazione, cioè nella vera e proprio omissione.

Il principio del libero convincimento lascia emergere, al di là di tutto, una triplice sfera di contenuti, corrispondenti ai rapporti con il sistema delle prove legali, alla previsione dell'obbligo di motivazione a presidio della razionalità del

di appello abbia riformato quella di primo grado, dato che in caso di doppia conforme il limite del *devolutum* non potrebbe essere valicato con recuperi di in sede di legittimità, restando così intangibile nel merito del risultato probatorio, fatta eccezione dell'ipotesi in cui il giudice d'appello, per rispondere alle critiche mosse al provvedimento di primo grado abbia individuato atti a contenuto probatorio mai prima presi in esame.

⁹⁶ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea, in Procedura Penale e Garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino 2006, pp. 85 ss.

⁹⁷ Vedi Cass, sez.VI, 12.10.2000, in Banca Dati *De Jure*.

⁹⁸ Secondo la definizione suggerita dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass, sez.VI, 1.3.1999, in Banca Dati *De Jure*.

convincimento, all'esistenza ed ai limiti del potere giudiziale di selezione dei dati probatori.

L'operatività del principio sortisce l'effetto di sottrarre ogni settore del processo penale all' "operatività di oneri probatori e presunzioni"⁹⁹.

Così, il principio del libero convincimento comporta il ripudio, in linea di principio, di regole di prova legale¹⁰⁰.

In secondo luogo, il principio del libero convincimento attribuisce al giudice il potere-dovere di scegliere gli elementi probatori più idonei a sostenere la decisione e non gli consente di instaurare gerarchie tra le diverse fonti di conoscenza, salvi i limiti alla valutazione della prova.

In terzo luogo, le garanzie di legalità nella valutazione della prova si traducono nella prescrizione dell'obbligo di motivazione, secondo il modello normativo illustrato dal codice, che rappresenta un limite razionale alla libertà di convincimento del giudice.

Il codice attuale esplicita il modello di motivazione in fatto già ricavabile, seppure attraverso un laborioso lavoro interpretativo, da un'attenta analisi del reticolato normativo contenuto nel codice abrogato.

L'art. 192, c.p.p. consacra uno schema di argomentazione articolato sulla sequenza fatto probatorio-massima d'esperienza-fatto accertato¹⁰¹.

Più precisamente, la motivazione dei provvedimenti assolve una funzione di garanzia rispetto alla corretta formazione del convincimento del giudice. Sotto questo profilo, chiude il cerchio delle garanzie l'adozione di un modello retorico del ragionamento giudiziale, che implica la «giustificazione di una tesi e, nello stesso tempo, la confutazione della tesi opposta¹⁰²».

⁹⁹ CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, p. 180. Nel senso della inoperatività, nel processo penale, delle presunzioni e degli oneri probatori tipici del processo tributario, salvo che l'inferenza alla quale conducono obbedisca ai criteri della logica v. T. Pesaro, 23-11-1989, M.F., *BT*, 1990, 633 che ha giudicato non coerente l'applicazione dei criteri di redditività, tipici di una impresa sana, ad una azienda che si trovava in stato prefallimentare.

¹⁰⁰ T. Catanzaro, 9-5-1995, *GP*, 1996, III, 31. Significativamente, la Cassazione ha censurato il ragionamento del giudice di pace che aveva coniato un'ipotesi inedita di prova legale. V. Cass. pen., sez. IV, 5-11-2003, D.L., *DPP*, 2004, 172 (nel caso di specie, il giudice di pace aveva prosciolto l'imputato con sentenza di mero rito, per difetto di una condizione di procedibilità, sul rilievo dell'inutilizzabilità dei risultati del test alcolimetrico). V. anche Cass. pen., sez. I, 19-9-2006, Tartag Samir, *GDir*, 2006, 44, 60, che ha precisato come gli elenchi di associazioni terroristiche stilati dall'Unione europea non possano, di per se', costituire elemento di prova della natura terroristica dell'associazione, traducendosi altrimenti in una anomala prova legale.

¹⁰¹ Vedi E. AMODIO, «Motivazione della sentenza penale», in *Enc. Diritto XXVII*, cit., p. 208, che, sotto il vigore del codice abrogato, estrapolava dal tessuto normativo lo schema predetto, con particolare riferimento all'obbligo di indicare le risultanze processuali poste a base dei fatti accertati e all'obbligo di enunciare la regola di inferenza adottata. In questo stesso senso, di recente v. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di Cassazione*, Torino, 2006, p. 159.

¹⁰² DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., 1263, che sottolinea, peraltro, come già il principio della divisione della conoscenza, realizzato attraverso l'adozione di un metodo dialettico di accertamento dei fatti, costituisca un antidoto efficace rispetto al pericolo di una decisione senza regole, rimessa all'arbitrio del giudice. Per un'embrionale enunciazione giurisprudenziale di questo criterio v. Cass. pen., sez. VI, 21-5-2003, Qehalliu Luan, *CP*, 2004, 1722, che, in tema di valutazione della prova indiziaria, richiede

Assume rilievo, come già osservato, l'obbligo del giudice di indicare, ex art. 546, lett. e), c.p.p., le prove poste a base della decisione e di enunciare le ragioni per le quali non ritiene attendibili le prove contrarie.

In particolare il combinato disposto di cui agli articoli 546 comma 1 lett. e) c.p.p. e 192, comma 1 c.c.p. impongono al giudice di indicare le prove poste a base della decisione e di enunciare nella motivazione i motivi per i quali ha escluso una ricostruzione dei fatti diversa da quella accolta e perché ritenga non attendibili le prove contrarie.

Come accennato, sussiste nullità della sentenza nel caso in cui il giudice non abbia indicato gli elementi probatori da cui ha tratto il proprio convincimento; dal combinato disposto dei suddetti articoli, parrebbe, altresì, che al giudice di merito sia imposto di prendere visione di tutto il materiale probatorio e di darne atto in motivazione¹⁰³.

Il modello falsificazionista del ragionamento giudiziale, di cui meglio al quarto capitolo della presente disamina trova, quindi, una base normativa nell'art. 546 c.p.p.¹⁰⁴.

Sul tema occorre segnalare che la recente Riforma del ministro Orlando, ancora *in itinere*, modifica i requisiti della sentenza¹⁰⁵: la stessa dovrà essere articolata per punti e precisamente: fatti di cui all'imputazione e loro

al giudice di verificare sia la convergenza degli indizi sia la non contraddittorietà dei medesimi rispetto ad altri dati certi, ossia la resistenza alla confutazione.

¹⁰³ Cfr. V. CECCARONI, *Incompleta motivazione del giudice dell'impugnazione e riproduzione testuale nel ricorso dell'atto travisato, commento sentenza cassazione penale, Sez. IV, 18/09/2002*, in *Processo penale e processo*, 2003, n. 9, p. 1104. Sul punto occorre ricordare altresì D. SIRACUSANO e F. SIRACUSANO, *Voce Cassazione diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. VI, Roma, 2000, in cui alle pp. 5-6, espressamente scrivono: "la sentenza potrebbe risultare motivata nel suo complesso ed essere ugualmente sindacabile per l'omissione di un fatto decisivo, allorché il fatto commesso non traspaia dalla motivazione, ma dagli altri atti del processo, che hanno inutilmente documentato la decisiva rilevanza di una data acquisizione probatoria.

Non potrebbe, invece, ritenersi motivata nel suo complesso la sentenza che, riconosciuta la rilevanza di una data acquisizione probatoria nella motivazione in fatto, non effettui poi una valutazione di questa acquisizione nella motivazione in diritto, mentre la stessa avrebbe potuto portare ad una soluzione diversa".

Sul punto P. DELL'ANNO, *Presupposti e limiti del sindacato della corte di cassazione sul vizio di motivazione*, cit., p. 714, il quale espressamente scrive: il principio dispositivo della prova richiede che spetti solo alle parti dimostrare i fatti rilevanti in relazione alle proprie pretese ed interessi. Al giudice spetterebbe il compito di valutare gli elementi di giudizio dedotti dalle parti, intervenendo in relazione alle deduzioni delle parti se gli apporti probatori integrino divieti probatori oppure si rilevino irrilevanti rispetto al *thema probandum*.

Risulterebbe illogico vanificare il principio dispositivo, consentendo al giudice di omettere, nell'apparato giustificativo della sua decisione, ogni riferimento valutativo di una delle prove dedotte.

Tale comportamento del giudice sarebbe ammissibile solo nelle ipotesi di prove superflue o acquisite in violazione di divieti normativi".

¹⁰⁴ Nel senso che il criterio della «preferibilità dell'ipotesi» trova nella norma una base testuale rassicurante. Così FASSONE, *Dalla «certezza» all' «ipotesi» preferibile: un metodo per la valutazione*, RIDPP, 1995, p. 1104.

¹⁰⁵ Vedi articolo 23 Riforma Orlando

qualificazione giuridica, punibilità e pena, responsabilità civile da reato, fatti in relazione alla applicazione di norme processuali.

Sulla base dei suddetti punti sono sviluppati i motivi di fatto e di diritto posti a sostegno, i risultati acquisiti e i criteri di valutazione delle prove.

“Il linguaggio dovrà essere sobrio ed essenziale, capace di evitare inutili esibizioni argomentative e dimostrative, così da costituire l’ineludibile premessa sulla quale innestare - attraverso la forma, nonché la sostanza delle impugnazioni (art. 581 c.p.p.) - la necessaria premessa dell’oggetto del *devolutum*, degli errori dedotti, delle richieste, favorendo la funzione di controllo delle impugnazioni, evitando inutili reiterazioni dei giudizi”¹⁰⁶.

Collegata alla modifica dei requisiti della sentenza ex 546 c.p.p. è la modifica dell’articolo 581 c.p.p., in materia di impugnazioni.

Elementi di novità sono la sanzione di inammissibilità nel caso in cui non vi sia l’enunciazione specifica per capi e per punti della decisione impugnata, delle prove (da cui si può dedurre l’inesistenza, l’omessa assunzione o l’omessa od erronea valutazione delle stesse), delle richieste, dei motivi con l’indicazione delle ragioni in diritto e degli elementi posti a sostegno della richiesta¹⁰⁷.

8.1. Ratio degli altri limiti al principio

Il significato del principio del libero convincimento consiste, come già affermato, nel ripudio del regime delle prove legali, a valutazione vincolata, e non nell’affermazione di un sistema a prova libera.

Il principio anzidetto attiene, infatti, soltanto al momento della valutazione della prova e non riguarda, invece, le fasi del procedimento probatorio che la precedono (ammissione, acquisizione, formazione), che restano soggette ad un regime di stretta legalità: deve senz’altro escludersi che, in nome del libero convincimento, il giudice possa disattendere le tassative prescrizioni sancite dagli artt. 188 (libertà morale della persona nell’assunzione della prova), 189 (prove non disciplinate dalla legge), 190 (diritto alla prova) e 191 (inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge).

Il principio del libero convincimento viene fatto retroagire alla fase dell’ammissione e dell’assunzione della prova da quelle decisioni che, attraverso una confusa giustapposizione del principio di non tassatività dei mezzi di prova e

¹⁰⁶ Così G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 8;

¹⁰⁷ G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., osserva come “il riferimento relativo ai capi si correla all’imputazione ed al dispositivo della sentenza; quello sui punti si rifà alle indicazioni di cui ai numeri 1,2,3 e 4 della lett. e) dell’art. 546, comma I, c.p.p.; quello attinente alle prove trova riscontro alla lettera e) del comma I dell’art. 546 c.p.p., alla quale si rifà anche l’esposizione dei motivi in fatto ed in diritto di critica della decisione appellata e le richieste, anche istruttorie”.

del principio del libero convincimento, attraggono nell'ambito del quadro probatorio elementi irrivalentemente acquisiti.

Affatto incongruo appare il richiamo al principio di non tassatività dei mezzi di prova, a prescindere da sbavature e approssimazioni nella definizione di un principio, che meglio si presta ad essere formulato in termini di "tassatività temperata"¹⁰⁸.

Va rilevato che il prodotto finito non possiede quell'intensità tale da giustificare l'appellativo di norma modificatrice del diritto vigente ma, invero, quale meccanismo che "incide solo su una delle due possibili interpretazioni trasformandola in *regola iuris*"¹⁰⁹.

E come se il legislatore recepisce, fra numerose esegesi possibili, quella più confacente al dichiarato intendimento di contenere entro limiti fisiologici *l'intime conviction* del giudice¹¹⁰.

Se a tutto a questo si aggiunge la tradizionale riluttanza della legge formale ad esporsi a definizioni non stupisce affatto il perdurante attivismo giurisprudenziale, di certo controllato, ma per nulla moderato in ordine alla propria capacità espansiva.

E' innegabile, pertanto, una dimensione positiva del criterio *dell'intime conviction*, seppure negativamente costruita.

Da un lato, infatti, l'approccio prescelto ostacola il ricorso incondizionato ed esclusivo a tecniche motivazionali fondate sul rinvio ad un *quid* estrinseco al prodotto decisorio - motivazione cosiddetta *per relationem*-; dall'altro, viene bandita la possibilità di esigere a modulo di verifica del *decisum* criteri che innestano su fondamenti metagiuridici.

In definitiva, la norma acquisisce sostanza nella misura in cui depura il principio suddetto da quelle componenti irrazionalistiche che ne hanno distinto l'origine e lo sviluppo nonché cagionato gli eccessi. L'art 192 comma 1, quando raccorda con corrispondenza biunivoca l'aspetto valutativo all'obbligo di rendiconto, traduce fin dove possibile la detta direttiva.

Riguardo al tema dei limiti posti alla piena e libera valutazione delle prove oggetto della cognizione del giudice, occorre citare la distinzione tra regole di esclusione probatoria e criteri di valutazione.

Le prime afferiscono alla prova come premessa probatoria, operando il divieto di ammissione o di utilizzazione, nel momento antecedente alla

¹⁰⁸ Il legislatore, infatti, "ha imboccato una strada intermedia" tra il modello di libertà di prova, così concepito dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi sotto il vigore del codice abrogato, e l'opposto principio di tassatività della prova. V. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., 6. In termini di «tassatività temperata» si esprime N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, CP, 1991, p. 597; Vedi anche DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 84.

¹⁰⁹ Così Cass., Sez.Un. 3 febbraio 1990, Belli, in Cass. Pen., 1990,II, p. 37, n.12.

¹¹⁰ Si veda M. DEGANELLO, *Criteri di Valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli Editore, 2005, *passim*.

valutazione, poiché affermano la non idoneità del dato acquisito a fungere da prova valutativa della fattispecie criminosa.

I secondi implicano che le prove siano state costituite validamente, incidendo sul valore da attribuirvi, confluendo in un eventuale annullamento delle prove in assenza di certi requisiti legalmente previsti.

Tralasciando la distinzione classificatoria apportata da parte della dottrina¹¹¹ tra le due regole, ciò che veramente rileva, sotto il profilo probatorio, è individuare i segmenti di discrezionalità, in cui si inseriscono le regole di esclusione o valutazione attraverso le quali il giudice giunge ad una decisione.

Tali segmenti possono essere rintracciati anche in riferimento a fattispecie che configurano veri e propri divieti d'uso (regole di esclusione), ma che, in presenza di certe condizioni, dettano i modi in cui quel determinato dato conoscitivo deve essere valutato (regole di valutazione).

Diverso è, quindi, che un dato non possa essere valutato perché non utilizzabile, sottratto per la sua natura dall'ambito di valutazione del giudice; altro è che il valore della prova venga azzerato sulla base dei criteri legali, per cui la regola di esclusione vieta la valutazione del giudice, il criterio la condiziona e la guida.

Emblematico, in tal senso, è l'art. 192 c.p.p., il quale, recitando che le dichiarazioni degli imputati di reati connessi o collegati devono essere valutati *“unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, sancisce un'esclusione dal materiale conoscitivo del giudice in mancanza degli «altri elementi di prova»*.

In tal caso, non si tratta di una regola che impone al giudice come valutare una prova, bensì che cosa valutare. Si è, quindi, al di fuori del campo di azione di una vera e propria regola di valutazione, integrando più esattamente un limite d'uso del dato conoscitivo.

Il giudice è chiamato, sulla base dei singoli elementi di prova, a dar conto alle citate massime di esperienza utilizzate a suffragio della prova stessa.

L'art. 192 c.p.p. non consente al giudice un proprio giudizio sull'attendibilità – inattendibilità del dato conoscitivo, bensì gliene preclude l'uso in carenza di alcuni presupposti. Con l'espressione secondo cui *“l'esistenza di un fatto non può non essere desunta da indizi a meno che questi non siano gravi, precisi e concordanti”*, si fa riferimento non ad un particolare genere di prove quali premesse probatorie, ma alla proposizione che più verosimilmente può essere provata: si allude a tutte quelle prove indiziarie che si fondano non su una legge scientifica, ma sulla massima di esperienza corrente.

La prova del dolo, dei momenti di azione, obbedisce, infatti, a questa determinazione logica, poiché non esistono prove scientifiche delle determinazioni che vincolano i rapporti interpersonali, sebbene sono elementi che influiscono sulla colpevolezza del reo.

¹¹¹ Sul punto DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, *passim*.

Putnam parlava di comprensione epatica e di come “si comporta la gente”¹¹², ridefinendo il concetto che intravede causa ed effetto dell’agire umano che non ricadono sotto la scure delle leggi scientifiche e deterministiche, come accade per la causalità naturalistica.

Le interferenze non propriamente scientifiche, danno luogo ad una valutazione, da parte dell’organo giudicante, plausibile e verosimile, che va al di là della possibilità logica e fisica, anche se non contrassegnata dalla assoluta certezza.

A questo genere di prove ha fatto riferimento il Legislatore del 1988 nel redigere la novella del 192 c.p.p., fissando un più severo criterio di valutazione in base al quale gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti: con *gravi* si qualifica il legame tra le premesse probatorie e la proposizione da provare; con *precisi* si analizza la circostanza che siano ben determinati nei loro contorni; *concordanti* con le esigenze che convergano verso la stessa proposizione da valutare.¹¹³

Altra distinzione in materia che occorre rilevare è quella tra regole di valutazione e le c.d. regole di giudizio, ovvero le modalità di “valutazione probatoria complessiva nel momento decisorio”¹¹⁴; esistono due differenti criteri l’uno valutativo, con riferimento al singolo esperimento probatorio, e l’altro decisorio inerente l’intero compendio conoscitivo. Tali momenti valutativi si adeguano a diversi criteri: infatti, il giudice deve prima vagliare i singoli risultati probatori per poi procedere ad una valutazione complessiva, che tenga conto di tutte le evidenze conoscitive disponibili e legittimamente utilizzabili. Il giudice, con riferimento ai singoli elementi di prova, è chiamato a dar conto, ai sensi dell’art. 192 c.p.p., delle «massime di esperienza» utilizzate per valutare il “fondamento della prova”¹¹⁵.

Così, di fronte al singolo elemento di prova, la funzione di giudizio si estrinseca in un’operazione inferenziale di natura probabilistica, che non riguarda solo il singolo elemento di prova, ma si estende alla valutazione dei “fatti secondari” e cioè di quegli elementi necessari a raggiungere il grado di attendibilità del dato conoscitivo acquisito e la possibilità di comprensione dello stesso.

Il risultato conoscitivo del singolo elemento di prova non soggiace, però, a regole quali quelle dell’oltre ragionevole dubbio, non dovendo sottostare ad un “giudizio assertorio di “concludenza probatoria”¹¹⁶, dovendosi limitare a rispettare le regole di valutazione individuate dall’art. 192 c.p.p., che costituisce limite al principio del libero convincimento.

¹¹² H. PUTNAM, *La sfida del realismo*, 1987, trad. it. Milano, 1991, p.101.

¹¹³ P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1992, p.68.

¹¹⁴ In tal senso vedi le corrette argomentazioni di MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 363.

¹¹⁵ UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 80; da ultimo, cfr. anche le puntuali argomentazioni di MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., p. 364.

¹¹⁶ In tal senso UBERTIS, *La prova penale*, cit., pp. 80 ss.

Il singolo risultato di prova, quindi, viene poi considerato congiuntamente a tutte le evidenze disponibili al momento della decisione. Potrà, quindi, essere giudicato diversamente anche in ragione delle interferenze con altri dati conoscitivi che evidenzino ed impongano diverse massime di esperienza proprio in ragione della valutazione complessiva del quadro probatorio. In tale contesto l'influenza induttiva del giudice con riferimento al singolo mezzo di prova subisce delle inevitabili modificazioni determinate dalla valutazione congiunta di più elementi di prova o di più fatti secondari.

Inoltre appare opportuno osservare che mentre l'attività di valutazione del singolo risultato probatorio non è condizionata al conseguimento di una soglia qualitativa di convincimento (c.d. libero convincimento) pur potendo essere assoggettata a regole prudenziali di valutazione (art. 192 cfr.), l'attività decisoria soggiace ad una precisa disciplina di giudizio individuabile di volta in volta in quella indicata dal legislatore con riferimento alla specifica funzione di giudizio che vede variare il parametro normativo di decisione a seconda della tipologia di pronuncia da adottare.

I rilievi formulati trovano riscontro anche in una pronuncia dell'organo nomofilattico, laddove si è precisato che in tema di valutazione delle prove “non può dirsi adempiuto l'onere della motivazione ove il giudice si limiti ad una mera considerazione del valore autonomo dei singoli elementi probatori, senza pervenire alla valutazione unitaria della prova (...).

Viola tale principio il giudice che parcellizzi la valenza significativa di ciascun elemento probatorio, analizzandolo e valutandolo separatamente e in modo atomizzato dall'intero contesto probatorio, astenendosi dalla formulazione di un giudizio logico complessivo dei dati forniti dalle risultanze processuali, che tenga conto non solo del valore intrinseco di ciascun dato, ma anche e soprattutto delle connessioni tra essi esistenti”¹¹⁷.

8.2. In particolare: l'art. 192, II comma

Un primo limite al principio del libero convincimento si ha rispetto a quanto disposto dall'art. 192, 2° comma, c.p.p.¹¹⁸ secondo cui “l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi non siano gravi, precisi e concordanti”¹¹⁹.

¹¹⁷ Cass. Pen., II sez., 4/11/2010, in *DeG*, 2010.

¹¹⁸ Un limite analogo – riferito, però, all'accertamento dei presupposti per l'applicazione delle misure cautelari – è posto dall'art. 273. Co. 1 –bis, che richiama, oltre ad una serie di divieti di utilizzabilità, le regole di valutazione di cui all'art. 192, 3° comma c.p.p.,

¹¹⁹ Per LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2006, pp. 210 ss., la regola di cui all'art.192, 2° co., c.p.p. va intesa, infatti come una vera e propria deroga al principio del libero convincimento.

Prima di analizzare la portata del suddetto limite nell'attuale diritto positivo, occorre ricordare, come sopra analizzato, l'importanza dell'evoluzione della prova indiziaria tra sistemi inquisitori e sistemi accusatori.

Nel sistema delle prove legali inizialmente gli *indicia* erano considerati come elementi di prova inferiori alle prove rappresentative; successivamente, nel XVI secolo, vennero definiti “*iudicia a iure approbata non minore, auctoritatem et fidem praestant, quam testes et instrumenta*”.

Sostanzialmente in base al principio per cui *indicia quae vim plenam habent in civilibus, non sufficiunt ad condemnationem in criminalibus*, gli indizi, nel sistema delle prove legali erano finalizzati in un primo momento a giustificare la tortura ed, in un secondo momento, a permettere l'irrogazione delle c.d. pene straordinarie.

Tornando al diritto positivo, con il secondo comma dell'art. 192, il codice vigente ha disciplinato la prova indiziaria, conferendo espressa sistemazione legislativa ad un istituto rientrante, da secoli, nel patrimonio della scienza giuridica e della prassi giudiziaria.

Nella Relazione preliminare è precisato che “*il comma 2° introduce nel diritto processuale penale una regola operante nel processo civile in virtù dell'art. 2759 c.c.*”.

È sembrato opportuno che in una materia di così grande rilievo come quella investita nel processo penale intervenga una regola che serva da freno nei confronti di usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove”.¹²⁰

Giova ricordare come la deduzione di un fatto ignoto da un fatto noto sia il risultato di un procedimento logico che si basa su quelle regole di esperienza, ricavate dall'osservazione in ordine di svolgimento delle vicende naturali e di quelle umane, in forza delle quali deve ritenersi che il fatto conosciuto è legato al fatto da provare da un grado più o meno elevato di probabilità o di frequenza statistica.

Più in dettaglio il convincimento indiziario “è la risultante di un sillogismo, costituito da:

- a) Una premessa maggiore, problematica, fondata sull'esperienza o sul senso comune (es.: di solito colui che esce clandestinamente e di notte con un sacco in spalla, vi ha commesso il furto);
- b) Una premessa minore accertata in fatto (es.: l'imputato è stato visto da testimoni mentre usciva clandestinamente, con un sacco in spalla, dalla casa e nella notte in cui fu commesso il furto per il quale si procede)

¹²⁰ G. SILVESTRI *I criteri di valutazione previsti dall'art.192 c.p.p.*, Quaderni Csm, p.2, in www.csm.it

c) Dalla conclusione, ricavata dal riferimento della circostanza concreta e certa (premessa minore) alla regola di esperienza, astratta e problematica (premessa maggiore)¹²¹.

Nella giurisprudenza di legittimità risultano chiaramente enunciati i criteri ai quali deve essere conformato il procedimento da applicare sulla prova meramente indiziaria, ed è stato precisato, anzitutto, che il fatto indiziante deve essere certo, di talché è da escludere che il metodo logico-deduttivo possa prendere le mosse da dati fondati su mere ipotesi o congetture o su valutazioni di verosimiglianza o di mera probabilità poiché, in tale evenienza, viene a cadere la premessa maggiore del sillogismo, non esistendo un fatto noto da cui poter desumere quello ignoto¹²².

Una volta accertata la certezza dei fatti indizianti, il giudice è tenuto a verificare la sussistenza di tutti e tre i requisiti richiesti dall'art. 192, comma 2° c.p.p. perché gli indizi possano assumere valore di prova.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, poi, specificato che il procedimento logico di valutazione della prova indiziaria si articola in due distinti momenti: il primo è diretto ad accertare il maggiore o minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli indizi portano verso il fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza.

Il secondo momento del giudizio indiziaro è costituito dall'esame globale e unitario, tendente a dissolverne la relativa ambiguità, posto *che* "nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno risulta superato e l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, sicché l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto... che – giova ricordare – non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del c.d. libero convincimento del giudice"¹²³.

La costante giurisprudenza della Suprema Corte, assegna all'accertamento della causale, o del movente, influenza sulla valutazione indiziaria, l'individuazione di ragioni idonee a spingere l'imputato a commettere il delitto corrisponde ad un'indagine capace di "cementare" e di attribuire un unitario contesto di riferimento ad un quadro indiziaro che si presenti, al termine della disamina compiuta dal giudice di merito, ancora inadeguato rispetto ad una

¹²¹ Così N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 41, il quale altresì osserva che "la correttezza del sillogismo indiziaro è strettamente connessa alla esattezza delle massime di esperienza che, se errate, vengono ad attribuire ad un fatto una valenza indiziaria che non gli spetta; ne deriva, altresì, un'ulteriore problematica, di notevole spessore epistemologico e pratico nel medesimo tempo, che involge direttamente l'utilizzabilità delle massime di esperienza come veicolo di inferenza logica nel sillogismo indiziaro".

¹²² G. AITA, *Esplacato su decisioni integrali degli organi di giustizia sportiva*, 2009, *passim*.

¹²³ Cass. Sez. Un, 4 febbraio 1992, n. 6682, in Banca Dati *De Jure*.

dimostrazione sufficientemente convincente del fatto ignoto, oggetto del tema di prova.¹²⁴

Risulta, inoltre, necessario è distinguere tra il concetto di indizio che figura nell'art. 192, comma 2° e quello recepito nell'art. 273 c.p.p., quale condizione per l'applicazione delle misure cautelari personali.

In quest'ultima accezione il termine è indicativo non della certezza ma, più semplicemente, di una qualificata probabilità di colpevolezza, che può risultare anche da un solo indizio, purché grave, ed è connotato da una portata più ampia, assistita da una ragionevole probabilità di condanna, in cui sono riconducibili sia gli elementi di prova logica che quelli di prova diretta.¹²⁵

La previsione - apparentemente formulata in termini di rigoroso divieto, superabile soltanto al ricorrere delle condizioni indicate - riproduce, invero, una regola di valutazione già codificata in altro settore dell'ordinamento (Art. 2729 c.c.)¹²⁶, al dichiarato fine di porre un freno all'uso arbitrario ed indiscriminato di elementi che, sul piano logico, non hanno la stessa efficacia persuasiva delle cosiddette prove dirette¹²⁷.

In altri termini, con la disposizione di cui all'articolo 192, II comma, del codice di procedura penale, si è voluta arginare quella "sorta di anarchia nelle operazioni conoscitive del giudice"¹²⁸- persino avallata dalla giurisprudenza prevalente nel vigore del codice abrogato - che il ricorso alla prova indiziaria inevitabilmente finisce per incentivare.

Il legislatore del 1988 ha comunque riconosciuto - pur circondandola di particolare cautela - la possibilità di provare un fatto per indizi, vale a dire attraverso elementi indicativi di un diverso accadimento, che consente di risalire in via induttiva al *thema probandum*.

A tal fine, la norma impone, però, il rispetto di ben definiti canoni di valutazione, osservati i quali la prova indiziaria deve ritenersi assistita da un grado di affidabilità assimilabile a quello proprio della prova diretta, sicché appare difficile condividere i dubbi espressi da una parte della dottrina sull'opportunità di

¹²⁴ Cass. Pen. Sez.II, 12 febbraio 2014, n 11957, in Banca Dati *De Jure*.

¹²⁵ "Gli indizi sui quali essa si fonda devono avere i requisiti indispensabili ad assicurare la loro tenuta in giudizio sul merito dell'accusa; ciò dovendolo desumere non solo dal comma 1bis dell'art.273 c.p.p., ma già dagli artt. 13 e 27 Cost., in ordine alla natura servente della carcerazione preventiva, e dalla regola di valutazione che discende dall'art. 314c.p.p., secondo cui sarà comunque ingiusta la privazione della libertà personale cui segua una sentenza di proscioglimento. Ne deriva che il giudizio prognostico sugli esiti del giudizio di merito è indispensabile, pur dovendo essere effettuato non nell'ottica della ricerca di una certezza di responsabilità già raggiunta, ma nella prospettiva della tenuta di un quadro indiziario alla luce di possibili successive acquisizioni e all'esito del contraddittorio." Cass. Pen. Sez.I, 29 aprile 2011, n. 20160, in Banca Dati *De Jure*.

¹²⁶ Nell'articolo 2729 del codice civile i requisiti indicati afferiscono alle presunzioni, mentre l'articolo 192 del codice di procedura penale li riferisce agli indizi. La dottrina si è soffermata su tale deviazione terminologica probabilmente dovuto ad un atteggiamento ostracistico legislatore penale nei confronti del termine "presunzione", pericolosamente contiguo a sospetti e congetture. Vedi LI VECCHI, *Rischi e pericoli del processo indiziario*, 1992, pp. 329 ss.

¹²⁷ La locuzione è mutuata dalla Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale.

¹²⁸ Così E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1973, pp. 326 e ss.

codificare la regola¹²⁹, se non altro in ragione della funzione "deterrente" che essa svolge rispetto a visioni soggettivistiche del giudizio.

Nonostante la dichiarata opzione normativa per il principio del libero convincimento, permane in giurisprudenza una corrente che predilige la c.d. prova rappresentativa o diretta rispetto a quella indiziaria, creando così, una sorta di *prova minor*, alla stregua di quanto si è analizzato essere presente in un sistema di prove legali¹³⁰.

Appare opportuno, al fine di meglio chiarire il suddetto concetto, riportare quanto affermato dalla Corte di legittimità a metà anni '90¹³¹:

“è viziata da illogicità la motivazione che, pur riconoscendo la possibilità di acquisizione di una prova che dimostri in modo diretto la sussistenza o meno di un reato o anche solo di un elemento della fattispecie criminosa dedotta in contestazione, ne escluda l'ammissibilità, sul presupposto della sua non indispensabilità o necessità, dovuta alla presenza di prove indiziarie e logiche ritenute sufficienti per la decisione in ordine al reato nel suo complesso o ad un elemento di esso. Ciò in omaggio ad un principio di gerarchia delle prove implicito nel nostro sistema processuale, in virtù del quale la prova diretta prevale su quella indiziaria e logica, in quanto idonea più di questa a dimostrare il *thema probandum* ed a costituire pertanto fondamento della certezza morale e giuridica, che è presupposto indispensabile di una sentenza di condanna”.

Una tale impostazione non è condivisibile non solo in quanto contrasta con il principio del libero convincimento, ma anche per ragioni che concernono la corretta metodologia di giudizio del giudice: infatti, anche se la prova diretta, quale, per esempio, la testimonianza, rappresenta di per sé il *thema probandum*, mentre l'indizio è solo un fatto noto da cui desumere il fatto ignoto per abduzione, comunque la relativa capacità di provare non è determinabile aprioristicamente, in quanto solo in sede di valutazione finale del materiale probatorio, si potrà verificare l'effettiva portata probatoria della singola prova¹³².

Per assurgere al rango di prova, gli indizi devono possedere, oltre ai requisiti espressamente indicati della gravità, della precisione e della concordanza, anche i caratteri - logicamente deducibili - della certezza e della pluralità.

E' necessario, innanzitutto, che il dato indiziando (ovvero il *factotum probans*) sia certo, vale a dire che risulti provato in termini non equivoci sulla base delle risultanze istruttorie acquisite in atti. Il requisito della certezza, non previsto *expressis verbis*, ma ritenuto un postulato implicitamente ricavabile dalla norma, è destinato ad assolvere una fondamentale funzione di garanzia, escludendo che il processo di inferenza logica, già di per sé connotato da un immanente margine di insicurezza, si fondi, a sua volta, su elementi di dubbia attendibilità.

¹²⁹ BATTAGLIO, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, 1995, pp. 428 ss.

¹³⁰ Cfr N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 164.

¹³¹ Cass. Pen. Sez. II, 10 marzo 1995, Ghiani, in *Cassazione penale*, 1997, n. 308, p.504.

¹³² Cfr N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 165.

Quanto al requisito della gravità, si registra, in giurisprudenza, una sostanziale convergenza di opinioni, tutte le volte a sottolineare - sia pure con una sfumata diversità di accenti - che il legislatore ha inteso dare rilievo ai soli indizi consistenti, cioè quelli capaci di resistere alle obiezioni e, quindi, credibili e convincenti.

Le pronunce giurisprudenziali sul punto, lasciano, tuttavia, quasi sempre nell'ombra un aspetto di indubbio rilievo, omettendo di precisare che la gravità non sia riferibile al fatto indiziante, quanto, piuttosto, alle indicazioni che dallo stesso si possono intuitivamente ricavare. In quest'ottica, l'indizio può definirsi grave solo quando la massima di esperienza che consente di risalire al fatto da provare presenta un alto grado di concluzenza¹³³.

Decisamente più controverso è il panorama giurisprudenziale sul requisito della precisione: una prima corrente di pensiero tende a ritenere sussistente tale requisito in presenza del cosiddetto indizio necessario, allorquando, cioè, la valutazione inferenziale non può che condurre al fatto oggettivo di prova.

Secondo un diverso indirizzo interpretativo, l'indizio sarebbe preciso anche nel caso in cui, sebbene non induca ad un'unica conclusione, comunque consenta di formulare solo una ristretta cerchia di ipotesi fattuali.

Un indizio si potrebbe, indi, definire preciso quando, “secondo l'*id quod plerumque accidit*, non si presta ad interpretazioni diverse da quella che fornisce la prova del fatto ignoto da abduire”¹³⁴.

La concordanza esprime, invece, convergenza di più indizi verso la medesima conclusione.

In definitiva, escluso il canone della certezza tutti gli altri requisiti stabiliti dall'art. 192, secondo comma del codice di procedura penale, più che all'indizio vanno riferiti alla sua forza induttiva, partendo dal presupposto che il fatto noto è contenutisticamente neutro e solo in termini inferenziali è capace di acquisire un significato precipuo¹³⁵.

Occorre soffermarsi, poi, sulle due fasi del procedimento decisorio: la prima finalizzata all'apprezzamento dei singoli elementi indiziari, la seconda, invece, alla loro valutazione globale ed unitaria.

Tale esigenza scaturisce dalla constatazione che ogni indizio reca con sé un limite, costituito dalla naturale idoneità ad approvare, da solo, il fatto ignoto, sicché il giudice - come peraltro lascia intendere l'art.192, 2 comma, c.p.p.- deve necessariamente fondare il proprio convincimento su una pluralità di dati probatori che indirizzino nella stessa direzione. Il concetto è stato chiarito in una notissima pronuncia delle Sezioni Unite, dove si è precisato che il " il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può perciò prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente,

¹³³ Cass. Penale, Sez. IV, n. 943/1993, Di Jorgi, in *Riv. pen.* 1993, pp. 330 ss; Cass. Penale, Sez. IV, n. 269 del 25 marzo 1992, Di Giorgio, in *Cass. Pen.*, 1994, pp. 368 ss. . In dottrina cfr UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, p. 92.

¹³⁴ Così N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 133.

¹³⁵ COMOGLIO, *Prove ed Accertamento dei fatti*, cit., p. 141.

ciascuno nella propria valenza qualitativa e nel grado di precisione e gravità, per poi valorizzarla, ove ne ricorrano i presupposti, in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porre in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo¹³⁶.

Il giudizio cui si perviene all'esito dell'articolata valutazione indiziaria deve essere, secondo una prima impostazione, l'unico possibile alla stregua degli elementi disponibili¹³⁷.

La tesi sembra, tuttavia pretendere troppo: una decisione che ha ad oggetto accadimenti della realtà, inseriti in un contesto empirico e non logico rifugge da ogni ambizione di certezza assoluta e si rapporto, ineluttabilmente, al concetto di probabilità.

Quindi, in ambito processuale deve considerarsi accertato "non ciò che è conosciuto senza alcun margine di dubbio possibile, ma ciò che è stabilito con grado di probabilità tale da far ritenere ragionevolmente fondata la decisione che assume come vero un determinato fatto"¹³⁸.

La giurisprudenza prevalente è da tempo manifestato tale condizione, sostenendo che il complesso degli indizi rilevato dagli atti può essere posto a fondamento della decisione quando sia idoneo ad escludere sensibili soluzioni alternative o consenta di affermare al di là di ogni ragionevole¹³⁹. La previsione di cui al secondo comma dell'articolo 192 del codice di procedura penale, valorizza la dimensione razionale e garantistica del principio del libero convincimento¹⁴⁰, poiché il legislatore, lungi dall'imporre un'autocritica adesione a risultati configurati anticipatamente all'assunzione della prova, si limita divieto di emettere una decisione "prima di averli rispettati certi canoni della ricerca, senza i quali non vi può essere attendibile accertamento"¹⁴¹.

Appare più chiaro il rapporto tra libertà di giudizio ed è quella di valutazione degli indizi ove si affronti il problema dell'eventuale violazione dell'art. 192, comma II c.p.p. e degli effetti che ne conseguono.

In relazione a tale ipotesi, il codice non prevede alcuna sanzione, affidando all'interprete il compito di individuare i rimedi.

Occorre ricordare che il passaggio inferenziale degli indizi al fatto avviene attraverso il ricorso a criteri logici, analoga al mente a quanto accade nei casi in cui l'apprezzamento del dato probatorio è operato ai sensi dell'articolo 192 primo

¹³⁶ Così Cass. Sez. Un. 20.09.2005, Mannino ed altri, in Banca Dati *De Jure*.

¹³⁷ Cass., sez. I, 24.6.1992, in Banca Dati *De Jure*.

¹³⁸ Così Cass., sez. V, 1.4.1996, Compagnin, in Banca Dati *De Jure*, dove si evidenzia, peraltro, che non può assumere rilievo un'alternativa "in contrasto con ogni e qualsivoglia verosimiglianza e in conseguenza di un inusitato combinarsi di imprevisi imprevedibili fattori", la quale potrebbe, se valorizzata, a "parlare non più di prova indiziaria ed indizi atti a sostenerla, ma di dimostrazione per absurdum, secondo regole che sono pronte soltanto delle scienze esatte, la cui osservanza non può quindi essere pretesa dell'esercizio dell'attività giurisdizionale".

¹³⁹ In questi termini si era già espressa la Cassazione Sezioni Unite il 4 febbraio 1992, Musameci, in Banca Dati *De Jure*.

¹⁴⁰ Come sottolinea C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli Editore, Torino, p. 282.

¹⁴¹ E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 323.

comma del codice di procedura penale, anche se la particolare natura dell'accertamento compiuto in via indiziaria rende più complessa la valutazione e, di riflesso, più articolata la motivazione il percorso valutativo imposto dal secondo comma si traduce, quindi, in un maggiore sforzo argomentativo rispetto a quello richiesto in presenza della prova diretta: all'indicazione dei criteri pre - giuridici, cui il legislatore fa rinvio nel primo comma dello stesso articolo, si aggiunge, infatti, l'onere per il giudice di dimostrare la corretta applicazione delle regole specificatamente destinate alla valutazione della prova indiziaria.

Da ciò si ricava, evidentemente, che la collezione dei criteri indicati al secondo comma e di quelli richiamati dal primo, dà luogo alla medesima conseguenza sul piano processuale, vale a dire il vizio di logicità della motivazione censurabile ex articolo 606, primo comma, lettera e) del codice di procedura penale¹⁴².

Come analizzato, per quanto concerne la valutazione della prova indiziaria e del c.d. "processo indiziario", il giudice, al fine di pervenire ad una condanna "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", deve necessariamente, dopo aver valutato i singoli indizi, procedere ad un esame globale degli elementi certi, analizzando tutte le prove a sua disposizione.

Infatti il singolo fatto indiziante, sebbene valutato secondo una corretta massima di esperienza, possiede una indicatività di portata possibilistica e non univoca¹⁴³.

Il primo passaggio per una corretta valutazione dell'indizio, come analizzato sopra è l'esame globale ed unitario delle circostanze indizianti, tramite il quale può essere "superata" l'ambiguità del singolo indizio¹⁴⁴.

Tale "momento metodologico successivo" consta sia della verifica della unitarietà degli indizi verso un'unica ricostruzione del fatto sia della non validità di ulteriori ricostruzioni del fatto (c.d. metodo falsificazionista, di cui meglio al prossimo capitolo).

Tale esame globale ed unitario degli indizi, non sempre risulta sufficiente al fine di superare la regola di giudizio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*; per questa ragione il giudice dopo il suddetto momento metodologico successivo deve "procedere ad un esame completo e globale degli elementi certi, per accertare se

¹⁴² In dottrina, vedi passi, il controllo del giudice di legittimità sulla valutazione della prova indiziaria. L'assunto è pacifico anche in giurisprudenza: Cass., sez. VI, 8.1.2004, Moscatiello, in Banca Dati *De Jure*.

¹⁴³ N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 255, il quale analizza a titolo esemplificativo la circostanza indiziante costituita dal rinvenimento di un'arma, con la quale è stato commesso un omicidio, nascosta in un luogo di pertinenza dell'imputato Tizio. Secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, l'autore di un omicidio si serve di un'arma nella sua disponibilità e provvede poi a nascondersela; ma tale indizio non è univoco, poiché il fatto stesso può essere altresì significativo di un diverso fatto ignoto, quale il fatto che il vero assassino, per depistare le indagini della polizia, abbia abbandonato l'arma del delitto volontariamente presso la pertinenza di Tizio.

¹⁴⁴ Ad esempio nel caso di cui sopra la circostanza indiziante di aver ritrovato l'arma del delitto nella pertinenza di Tizio, diventa grave (perdendo, indi, di ambiguità) nel caso in cui sia valutata con altri elementi indizianti, quali il fatto che testimoni abbiano visto Tizio aggirarsi sul luogo del delitto, in un'ora consona con l'accertato tempo in cui si è consumato l'omicidio.

la relativa ambiguità di ciascuno di essi, isolatamente considerato, possa in una visione unitaria risolversi, consentendo di attribuire il reato all'imputato "al di là di là di ogni ragionevole dubbio" e, cioè, con un alto grado di credibilità razionale, sussistente anche qualora le ipotesi alternative, pur astrattamente formulabili, siano prive di qualsiasi concreto riscontro nelle risultanze processuali ed estranee all'ordine naturale delle cose ed alla normale razionalità umana"¹⁴⁵

Rilevato come la regola di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p.¹⁴⁶ vada coordinata con le regole dell'art. 192 c.p.p., non potendosi sostenere che la codificazione del principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* abbia estromesso gli indizi dal novero degli elementi probatori suscettibili di fondare legittimamente un'affermazione di responsabilità penale, la giurisprudenza¹⁴⁷ ha costantemente sostenuto che il giudice non possa limitarsi ad una valutazione parcellizzata ed atomistica degli indizi, ma debba procedere all'iter valutativo sopra descritto.

In questo senso, si potrebbe affermare come, in caso di processo indiziario, incomba in capo al giudice un limite al suo libero convincimento, in quanto lo stesso ha il dovere di valutare tutte le prove certe a sua disposizione, al fine di verificare l'affidabilità sia del singolo indizio sia dell'intero impianto indiziario, anche sulla base di alternative ricostruzioni sul fatto (c.d. metodo falsificazionista).

Per concludere la prova indiziaria potrebbe essere considerata dal giudice con efficacia probatoria pari alla prova diretta, quando, nel rispetto dell'iter valutativo sopra descritto, i vari fatti indizianti risultino inequivoci e conducano, indi, ad una univoca interpretazione da parte del giudice.

Tale univocità deve risultare dal percorso argomentativo della sentenza, nel cui ambito "il giudice deve fornire rigorosa e convincente spiegazione delle ragioni che l'hanno indotto a considerare irrilevanti altri elementi di prova diretta o critica di segno opposto e potenzialmente idonei a determinare una decisione diversa"¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Così Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 8 marzo 2016, n. 30382, in Banca Dati *De Jure*.

¹⁴⁶ L'art. 5 della legge numero 46 del 20 febbraio 2006, ha introdotto nell'ordinamento una delle regole cardine del sistema giudiziario anglosassone: la cd "*Beyond any reasonable doubt*". Per un approfondimento vedi *infra*, capitolo IV.

¹⁴⁷ Cfr. Corte di Cassazione n. 44324 del 18 aprile 2013, n. 26455 del 26 marzo 2013, in Banca Dati *De Jure*.

¹⁴⁸ Così testualmente N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 263, il quale riporta, altresì, quale emblema, la pronuncia della Corte di Cassazione n. 1381 del 1995 (in *Cass. Pen.*, 1996, p. 1564), la quale ha censurato l'iter argomentativo della Corte d'Assise di Appello di Catania per manifesta illogicità, in quanto "i giudici di detta Corte di merito avevano costruito la prova indiziaria esclusivamente sulle circostanze che l'imputato disponeva certamente della pistola con cui era stato commesso l'omicidio e che il medesimo, nel pomeriggio del giorno in cui fu uccisa la vittima, per ben due volte aveva cercato questa presso la sua abitazione, ma omettendo di motivare (nel senso della inattendibilità del teste) sulla circostanza che l'amante dell'imputato aveva dichiarato, senza essere contraddetta da altre risultanze processuali, che costui era giunto presso di lei circa un'ora prima di quella in cui era stato presumibilmente consumato l'omicidio e con lei si era trattenuto per tutta la notte".

8.3. In particolare: l'art. 192, III comma

Il codice del 1988, a differenza di quanto inizialmente prevedeva quello abrogato, ha espressamente riconosciuto il valore probatorio delle dichiarazioni rese da coimputati del medesimo reato, nonché da imputati di fatti connessi o probatoriamente collegati, disciplinando al terzo e quarto comma dell'articolo 192 del codice di procedura penale, il fenomeno della cosiddetta "chiamata in correità".

Con una fraseologia non del tutto perspicua il riformatore del 1988 subordina la piena utilizzabilità del contributo orale di coimputati, imputati connessi e di imputati collegati ex articolo 371 comma 2 lett. b), alla simultanea presenza di altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità¹⁴⁹.

La scelta del legislatore è stata, dunque, quella di non rinunciare al possibile contributo conoscitivo di soggetti coinvolti in fatti rilevanti ai fini del giudizio, optando, invece, per l'introduzione di limiti normativi alla valutazione di tali contributi rispetto della previsione di inutilizzabilità degli elementi di prova acquisiti da chi è portatore di un interesse qualificato in relazione alle esito dell'accertamento penale¹⁵⁰.

Il motivo di una tale esclusione valutativa risiede nella consapevolezza che il dichiarante, in considerazione della sua posizione soggettiva, è portatore di un interesse nel processo, ed indi, tale circostanza lo pone in una presunzione di inattendibilità.

Le dichiarazioni degli imputati di reato connesso o collegato devono essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, anche quando l'imputazione elevata a carico del dichiarante risulta già definita con pronuncia irrevocabile.

La dottrina, sulla natura della previsione di cui al terzo comma dell'articolo 192 del codice di procedura penale, è divisa, tra chi la considera una regola di esclusione probatoria¹⁵¹ e chi, invece, collocandola a pieno titolo nella fase

¹⁴⁹ Convenzionalmente si riconduce sotto l'egida dell'articolo di specie il complesso delle dichiarazioni etero accusatorie, indipendentemente da una previa auto assunzione responsabilità e consigliabile; cfr A. MELCHIONDA, *La chiamata di correo*, in *Riv. it. Proc. Pen.*, 1967, p.148.

¹⁵⁰ Per comprendere il senso della scelta, basta pensare alle difficoltà di accertamento di quei reati che, per la loro natura o per le modalità esecutive della condotta illecita, "vedono come informate solo persone che hanno preso parte ai fatti". (Cosi DALIA, *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, 1998).

¹⁵¹ In tal senso, Nobili, nel commento all'articolo 192, cit.,148, Che prefigura un divieto indiretto, la cui lesione è suscettibile di produrre l'inutilizzabilità del dato conoscitivo ex Art.191 c.p.p., e Taormina, *Il regime*, cit., 284 ss, per il quale il giudice è tenuto ad una valutazione preliminare "volta a determinare l'utilizzabilità della chiamata in quanto tale", anche perché la disposizione in esame "non avrebbe avuto senso fuori dalla necessità di sancire la regola di esclusione, pur se condizionata".

valutativa, ritiene che essa costituisca un limite al libero convincimento¹⁵² o una vera e propria deroga al principio¹⁵³.

La giurisprudenza¹⁵⁴ ha affermato sia che la chiamata in correità avrebbe “valore di prova e non di mero indizio”, sia, in altra sede¹⁵⁵, che la stessa costituirebbe un *tertium genus* con natura di prova, ma distinta dall’indizio e dalla testimonianza”; di contro, in altre pronunce giurisprudenziali¹⁵⁶, è stato affermato che, qualora vi siano “dubbi sulla credibilità personale del chiamante”, la chiamata in correità è ritenuta “indizio”, da assumere ai sensi del II comma dell’art 192 c.p.p. “anziché ai sensi del successivo comma III”, valutabile con i criteri della prova indiretta.

La valutazione congiunta di plurimi dati probatori, imposta dal terzo comma, rievoca la sinergia indiziaria, ovvero quella integrazione logica tra una molteplicità di elementi cognitivi che caratterizza la formazione della prova diretta.

Gli indizi, però, in quanto indicativi di un fatto diverso da quello di interesse processuale, consentono l'accertamento del *thema probandum* esclusivamente in termini inferenziale, mentre la chiamata in correità il più delle volte fornisce elementi direttamente rappresentativi del fatto da provare, sicché l'approfondimento valutativo richiesto dal legislatore è motivato, in tal caso, da esigenze giocoforza diverse.

Non può, pertanto, sfuggire il rigore imposto dal legislatore alla valutazione del contributo dichiarativo di imputati di reati connessi o collegati.

Per cui, pur dando vita ad una disciplina per certi aspetti assimilabile le disposizioni inserite al secondo e terzo comma dell'articolo 192 del codice di procedura penale, si basano, in definitiva su giudizi di valore profondamente diversi: da un lato va rilevato il limite all'affermazione di responsabilità sulla scorta di indizi è riconducibile alla minore capacità dimostrativa che intrinsecamente caratterizza tali elementi, dall'altro l'esigenza di non fondare la prova esclusivamente su dichiarazioni provenienti da soggetti interessati ma subordinandola invece all'attendibilità e affidabilità delle fonti.

Quanto richiesto dall'art 192, comma 3, c.p.p. rappresenta uno dei profili più delicati della c.d. *Accomplice evidence*, una tecnica, questa, ampiamente sperimentata dai sistemi di Common Law, che esige il rafforzamento logico di un elemento cognitivo considerato idoneo, di per sé, a supportare il risultato probatorio.

Per conseguire valore probatorio la chiamata in correità deve superare una duplice verifica di attendibilità, prima intrinseca poi estrinseca.

¹⁵² Cfr. RAFACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in *RIDPP*, 1994, il quale avverte che si tratta di un finto limite.

¹⁵³ È la tesi sostenuta, tra gli altri, da GREVI, *Prove*, in Corso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, pp. 314 ss.

¹⁵⁴ Cfr Cass. Sez. V, 15 giugno 2000, Madonia e altri, in *Guida dir.* 2000, pp. 35-60.

¹⁵⁵ Cfr Cass. Sez. II, 26 ottobre 1989, Guzzardi, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1991, p. 128.

¹⁵⁶ Cass. Sez. V, 18 gennaio 2000, Orlando, in *Guida dir.*, 2000.

Il giudice deve, innanzitutto, affrontare il problema della “credibilità del dichiarante”¹⁵⁷, in relazione tra l’altro, alla sua personalità, alle sue condizioni economiche, al suo passato, ai suoi rapporti con l’accusato, alla genesi e alle ragioni che li hanno condotto alla confessione ed alla accusa a carico dei coautori e complici¹⁵⁸.

Tale criterio, come sottolineato da parte della dottrina¹⁵⁹, risponde in realtà più ad una logica processuale che non alla logica della valutazione della prova dichiarativa: infatti non è detto che colui che abbia sempre detto il falso, anche nell’occasione *de qua* dica il falso; di contro il giudice, nel caso in cui ritenga che il dichiarante abbia detto il vero, nonostante altre volte abbia mentito, potrà sempre addurre motivazioni quali che il “percorso interiore del dichiarante verso la collaborazione è stato un percorso accidentato, progressivo, fatto di ripensamenti....”¹⁶⁰.

Da quanto sopra esposto appare evidente come il criterio della credibilità soggettiva debba sempre essere contestualizzato; infatti, nel caso in cui venga assolutizzato (ad es.: la sfiducia nel dichiarante preclude *a priori* che le dichiarazioni dello stesso vengano prese in considerazione¹⁶¹) tale criterio sfocerebbe verso una deriva irrazionale¹⁶².

¹⁵⁷ Quanto alla credibilità intrinseca del dichiarante (intesa come credibilità soggettiva) parte della dottrina ha messo in luce come tale valutazione, dati i parametri, risulti ancorata al soggettivo convincimento del giudice. Sul punto in particolare, M. DEGANELLO, *Criteri di Valutazione della prova penale*, cit., il quale a pagina 173 osserva: “l’efficienza in termini di “utile” dei parametri a monte della verifica della c.d. attendibilità intrinseca risulta deprezzata giacché fa assegnamento su criteri non valutativi, che identificano le costanti di esistenza del fenomeno dichiarativo, ma che, del pari, appaiono “neutri” rispetto al quesito sul livello di credibilità plausibile/implausibile del proponente.

La labilità dei contenuti, nonché relazionale, dei medesimi, per di più, avvalorano un’esegesi del controllo giudiziale osteggiata dalla *ratio* sottesa al disposto di cui all’art. 192 c.p.p., che bandisce possibili recuperi delle aliquote irrazionali dell’ *intime conviction*”.

Da sottolineare come altra parte della dottrina (vedi F. M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di Cassazione*, in Cass. Pen., 2004, 10, 3452), osservi come la valutazione della credibilità soggettiva del dichiarante, se intesa quale credibilità assoluta e non contestualizzata, rievochi il sistema delle prove legali, in quanto lo stesso prevedeva determinate categorie di persone incapaci di testimoniare perché, di natura, inattendibili. Qualora, invece, la credibilità soggettiva venga contestualizzata, è la dichiarazione del correo ad essere valutata e non il correo stesso ad esserlo; in tal modo rispetto al processo di stampo inquisitorio, si inverte la sequenza logica: viene valutata la dichiarazione e non il dichiarante.

¹⁵⁸ Analizzando la giurisprudenza si riscontra, circa la credibilità intrinseca, che essa non è compromessa dal fatto che il *loquens* sia “seminfermo di mente” (Cass. Sez. I, 27 febbraio 1998, Pollaro, in *Riv. Pen.*, 1998, p. 824); si deve tenere conto della personalità del soggetto (Cass. Sez. VI, 17 febbraio 1996, Cariboni e altri, in *Giust. Pen.*, 1997, III, p. 383), ed altresì dei suoi rapporti di inimicizia ovvero di contrasto con l’imputato (Cfr. Cass. Sez. Fer., 25 agosto 1994, Prudentino, in *Cass. Penale*, 1995, p. 1568).

¹⁵⁹ F. M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di Cassazione*, cit.

¹⁶⁰ Così testualmente F. M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di Cassazione*, cit.

¹⁶¹ Illuminanti sul punto le osservazioni di F. M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di Cassazione*, cit.: “la credibilità non è uno *status* del dichiarante. Tanto meno è uno *status* permanente. La credibilità va vista in relazione alla dichiarazione: è una qualità della dichiarazione e non del dichiarante.

Ciò che deve essere attendibile è la dichiarazione, a prescindere dalla credibilità del soggetto dichiarante.

In secondo luogo il giudice dovrà valutare “l’attendibilità delle dichiarazioni rese” verificandone l’intrinseca consistenza e le caratteristiche, alla luce di determinati criteri, tra i quali, la spontaneità, la precisione, la completezza della narrazione dei fatti, la coerenza e le costanza.

In particolare il giudice dovrà valutare la logicità della dichiarazione, verificando che la stessa, sulla base della comune esperienza e delle regole della logica, presenti sia una coerenza interna sia una razionale collocazione all’interno della ricostruzione processuale del fatto¹⁶³.

L’intrinseca attendibilità viene definita dalla giurisprudenza quale “spontaneità, disinteresse, costanza della narrazione e logica interna”¹⁶⁴.

Oltre alla logicità della dichiarazione, il giudice dovrà, altresì, valutare l’articolazione della stessa (la dichiarazione, infatti, deve essere articolata “così da consentire il controllo attraverso il riferimento a fatti obiettivamente accertabili”¹⁶⁵), la sua univocità (ovvero la dichiarazione deve essere formulata con parole e locuzioni insuscettibili di essere intese in significati diversi)¹⁶⁶ e la sua verosimiglianza; secondo tale ultimo criterio la dichiarazione deve essere simile al vero, cioè *ictu oculi* non falsa.

Infine, il giudice dovrà esaminare la presenza o meno dei c.d. “riscontri esterni”, ovvero ulteriori elementi di prova che confermino la attendibilità delle dichiarazioni¹⁶⁷.

Il riscontro esterno deve essere un fatto certo, idoneo ad offrire garanzie obiettive circa l’attendibilità di chi ha effettuato la narrazione accusatoria.

Da sottolineare come il riscontro non debba svolgere funzioni di supplenza dimostrativa rispetto alla chiamata in correo e non debba recuperare fattori già esaminati in sede di valutazione della credibilità intrinseca¹⁶⁸.

Un dichiarante è credibile, perché è attendibile la sua dichiarazione. Non: una dichiarazione è attendibile perché il dichiarante è credibile”

¹⁶² Per le considerazioni circa una deriva in senso irrazionalistico del principio del libero convincimento in caso di valutazione dell’attendibilità soggettiva del correo vedi supra nota 158.

¹⁶³ Cfr A. BEREVE, *La chiamata in correo, Itinerario del sapere dell’imputato nel processo penale*, Teoria e pratica del diritto, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 125.

¹⁶⁴ Cfr Cassazione Sez. I, 29 ottobre 1990, Di Giuseppe, in Banca Dati *De Jure*.

¹⁶⁵ Cfr Cass. Sez. I, 22 novembre 1984, Re, in *Riv. pen.* 1986, p. 114, Cass. Sez. I, 11 luglio 1987, Benacchio, *Cass. Pen.*, 1989.

¹⁶⁶ Cfr Cass. Sez. I, 25 giugno 1984, Rebesch, *Cass. Pen.*, 1986, 1149. Da sottolineare come parte della dottrina ritenga che il criterio della univocità sia vago, in quanto è “incerto il confine tra chiamata univoca e chiamata equivoca e, facendo leva su ciò, la giurisprudenza ha ritenuto univoche chiamate in realtà generiche e nebulose”. Così G. DI CHIARA, *Chiamata in correo, garantismo e diritto di difesa*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1987, p. 235.

¹⁶⁷ Tali “altri elementi di prova”, per DEGANELLO, *Criteri di Valutazione della prova penale*, cit., oltre a proporsi quale componente necessaria del riscontro di affidabilità, presidiano avverso letture tendenti a ripensare il modulo valutativo secondo archetipi che esaltano la *fides* in chiave di valore sovraordinato. Vedi supra nota 157.

¹⁶⁸ Cfr A. BEREVE, *La chiamata in correo, Itinerario del sapere dell’imputato nel processo penale*, cit., p. 143.

Indi, se da un lato il riscontro non deve necessariamente riguardare il *thema decidendum* (in quanto la funzione del riscontro è quella di confermare *ab estrinseco* l'attendibilità del dichiarante), ma deve illustrare fatti che concernono direttamente la persona dell'accusato in relazione allo specifico fatto che gli viene addebitato¹⁶⁹.

I riscontri estrinseci, inoltre, debbono avere carattere individualizzante, ovvero “devono riferirsi a fatti che riguardano direttamente la persona dell'accusato, in relazione a fatti che riguardano la persona dell'accusato, in relazione a tutti gli specifici reati a lui addebitati”¹⁷⁰.

L'oggetto della conferma di attendibilità deve riguardare fatti e circostanze specificatamente attinenti al fatto da ricostruire ed alla responsabilità penale che si deve dimostrare.

Inoltre il riscontro deve essere certo: “l'elemento di riscontro, negli aspetti essenziali di fatto in cui ne è ritenuta rilevanza verificatrice della attendibilità del chiamato in correo, deve essere obiettivamente certo, e non soltanto possibile, o, ancor meno, congetturale, non essendo logicamente ammissibile che venga attribuita funzione verificatrice della certezza di un fatto ad un elemento del quale, a sua volta, dovrebbe essere verificata la certezza”¹⁷¹.

Ovviamente, come illustrato, l'*iter* valutativo del giudice è ispirato ad un rigoroso procedimento logico “a tre tempi”¹⁷²: prima occorre verificare la dichiarazione in sé indipendentemente da eventuali elementi esterni (sia dal punto di vista soggettivo di chi la rende, che dal punto di vista oggettivo delle dichiarazioni rese) e solo successivamente valutare la dichiarazione unitamente ai “riscontri esterni”¹⁷³.

Si richiede, indi, una verifica progressiva in grado di pervenire alla valutazione circa l'esistenza del riscontro solo se il giudizio sulla credibilità intrinseca del dichiarante e sulla attendibilità supera il vaglio.

¹⁶⁹ Cfr Cass. Sez. I, 19 febbraio 1990, Pesce, *Cass. Pen.*, 1991, II, n. 14.

Quanto alla osservazione che il riscontro non deve necessariamente riguardare il *thema decidendum*, ma deve illustrare fatti che concernono direttamente la persona dell'accusato in relazione allo specifico fatto che gli viene addebitato A. BEREVE, *La chiamata in correo, Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 143, riporta un esempio della Corte di Appello di Napoli 15 settembre 1986, Acquaviva e precisamente: se T afferma che C ha ucciso S sotto la torre di Pisa, non può essere accertata la l'esistenza della Torre a dimostrare la credibilità di T.

L'esistenza della Torre, comunque indifferente rispetto al tema storico da ricostruire (omicidio di S), può divenire efficace a dimostrare il tema probatorio intermedio (credibilità di T) se in questo luogo sono state ritrovate tracce di sangue dell'ucciso e, prima delle dichiarazioni accusatorie, tutti ignoravano la circostanza che l'omicidio fosse stato consumato sotto la Torre.

¹⁷⁰ Cfr Cass. Sez. VI, 16 aprile 1998, Civardi, *CED*, Cass. n. 210734.

¹⁷¹ Così Cass. Sez. II, 16 febbraio 1972, Masci, in *Banca Dati De Jure*.

Cfr altresì A. BEREVE, *La chiamata in correo, Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 145.

¹⁷² Così F. M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di Cassazione*, cit, il quale osserva che tale forma di razionalizzazione non è priva di ambiguità.

Tanto è che parte della giurisprudenza (cfr Sez. Unite del 30 ottobre 2003) sembrerebbe auspicare per una valutazione a due tempi: attendibilità della dichiarazione – riscontri esterni individualizzanti.

¹⁷³ *Ex multis*, confronta Cassaz. Penale Sez. II, 27 ottobre 2009, Banca dati *De Jure*.

Si verifica, così, anche nel metodo, un'eccezione al libero convincimento del giudice: le regole di valutazione in tale sede esaminate sia pure "figlie" dell'ordinaria logica induttiva consentono, nell'ambito della stessa, di porre limiti al principio del libero convincimento¹⁷⁴.

Per parte della stessa giurisprudenza la necessità dei riscontri esterni costituisce "una limitazione legale della libertà del libero convincimento"¹⁷⁵.

8.4. Riscontri individualizzanti e misure cautelari

La giurisprudenza ha per lungo tempo sostenuto la non applicabilità dell'art 192, II comma in materia cautelare, in virtù del mancato richiamo, alla norma medesima.

Questa conclusione ha suscitato, sia in dottrina che in giurisprudenza, perplessità alla luce del fatto che l'art. 192 c.p.p. codifica regole del corretto ragionamento del giudice, che possono trovare applicazione in ogni fase del processo.

In particolare, in giurisprudenza, sino ad una recente Cassazione a Sez. Unite, la n. 36267/2006, ci si interrogava se, in materia cautelate, a seguito della novella legislativa sul giusto processo n. 63/2001, che ha inserito, nell'art. 273 c.p.p., il comma 1 bis, il quale recita: "nella valutazione di gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192 commi III e IV, 195 comma VII, 203 e 271, I comma", vi fosse la necessità o meno di riscontri individualizzanti alla chiamata in correo.

Prima di analizzare le posizioni giurisprudenziali prima della pronuncia a Sezioni Unite, occorre precisare che cosa si intenda con "gravi indizi di colpevolezza", criterio generale per l'applicazione delle misure cautelari ex articolo 273 c.p.p. .

Concettualmente gli indizi, in materia cautelare, possono essere definibili quali "prove in formazione", in quanto non ancora sottoposte al vaglio del contraddittorio dibattimentale; da sottolineare sul punto che, nonostante l'art. 192, II comma, non sia richiamato dall'art 273, comma 1bis, la Corte Costituzionale¹⁷⁶ ha considerato equivalente ad un giudizio sulla responsabilità dell'imputato la valutazione dei gravi indizi, che deve essere così incisiva da risolversi in un "giudizio non di mera legittimità, ma di merito (sia pure prognostico ed allo stato degli atti) sulla colpevolezza dell'imputato"¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Così DANIELE, *Le regole di esclusione*, cit., 127.

¹⁷⁵ Cfr Cass. Sez. I, 5 novembre 1998, Aletto e altri, in *Guida diritto*, 1999.

¹⁷⁶ Cfr Corte Cost., sent. n. 43/1995.

¹⁷⁷ Cfr CORSO, DOMINIONI, FILIPPI, GAITO, GALANTINI, GARUTI, MAZZA, SPANGHER, VARRASO, VIGONI, *Manuale di Procedura Penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 338.

Per quanto attiene al rapporto con l'art. 192, II comma, si ritiene che esso non sia applicabile agli indizi di cui all'art 273 c.p.p.¹⁷⁸: ne consegue che i criteri dettati dall'art. 192, II comma, siano assorbiti dall'unico criterio previsto in materia cautelare, ovvero quello della gravità.

Il concetto di gravità presuppone, come sancito, altresì, dalla Corte Costituzionale, un giudizio prognostico, allo stato degli atti, orientato verso la condanna della persona sottoposta a misura cautelare; se così non fosse, infatti, la limitazione della libertà personale non sarebbe giustificabile¹⁷⁹.

Ciò premesso, in giurisprudenza, prima della Cassazione a Sezioni Unite n. 36267/2006 come esplicitato, altresì, dalla stessa sentenza, si erano formati in giurisprudenza tre orientamenti circa la necessità o meno di riscontri individualizzanti alla chiamata in correo in materia cautelare.

Secondo un primo orientamento, la chiamata in correità, anche dopo il suddetto inserimento del comma I bis dell'art. 273 c.p.p., non avrebbe necessitato, nella fase cautelare, di riscontri individualizzanti, ma semplicemente di riscontri esterni, che ne dimostrassero l'attendibilità; secondo tale orientamento giurisprudenziale, se si ragionasse diversamente, si avrebbe un automatico allineamento delle nozioni di indizio grave e di prova, che, invece, sono e devono rimanere due concetti ontologicamente distinti¹⁸⁰.

Secondo un altro indirizzo la chiamata in correo, per integrare i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273, I comma, dovrebbe, oltre che essere connotata da un'intrinseca credibilità, altresì, essere corroborata da riscontri esterni parzialmente individualizzanti, che consentano di collocare la condotta del chiamato nello specifico fatto oggetto di dell'imputazione provvisoriamente formulata; secondo tale indirizzo giurisprudenziale, il comma 1 bis dell'art. 273 c.p.p. non perde di vista il concetto del riscontro definito nell'ambito puramente indiziario in cui esso assume valore designante, con l'effetto che al medesimo debba richiedersi una mera "vocazione individualizzante", la quale, peraltro, può atteggiarsi in maniera più o meno elastica in rapporto al grado di attendibilità intrinseca del dichiarante e del suo narrato, nonché alla maggiore o minore precisione delle provalazioni¹⁸¹.

¹⁷⁸ Cfr Cass. Sez. IV, 28 ottobre 2005, X, in CED, *Cass.*, 232627.

¹⁷⁹ Cfr CORSO, DOMINIONI, FILIPPI, GAITO, GALANTINI, GARUTI, MAZZA, SPANGHER, VARRASO, VIGONI, *Manuale di Procedura Penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 339, in cui si spiega che tale necessità del giudizio prognostico ex ante circa la colpevolezza dell'imputato è rafforzato e confermato dall'art. 273, comma II, il quale, "vieta l'adozione della misura cautelare in tutti i casi in cui la condanna non può sopravvenire: è il caso del fatto compiuto in presenza di una causa di giustificazione, sintomo di un *fumus boni iuris* che elide il *fumus commissi delicti* (adempimento di un dovere, esercizio di un diritto, legittima difesa, consenso dell'avente diritto), per il quale colui che ne risulta autore non può incorrere in responsabilità penale".

¹⁸⁰ Cfr Cassazione Sezione I, 27 febbraio 2001, Bidognetti; Sezione V, 18 aprile 2002, Battaglia; Sezione I, 24 aprile 2003, Esposito; Sezione V, 21 gennaio 2003, Fonnigli; Sezione V, 11 maggio 2004, Zini), in Banca Dati *De Jure*.

¹⁸¹ Cfr Cassazione, Sezione VI, 217/2001, Tramonte; Sezione sesta 2 ottobre 2001, Calabretta; Sezione II 26 giugno 2002, Berretta; Sezione feriale 21 agosto 2002, Musitano; Sezione IV, 28 ottobre 2005, De Pieri, in Banca Dati *De Jure*.

Un terzo orientamento giurisprudenziale sosteneva, invece, che l'esplicito richiamo di cui all'art. 273, comma I bis "alla regola forte di valutazione probatoria stabilita dall'art. 192, commi III e IV" comportava che i riscontri estrinseci alla chiamata in correità dovessero essere compatibili con la stessa, così da consentire "un collegamento diretto ed univoco, sul piano logico-storico, con i fatti per cui si procede mediante connotati individualizzanti".

Solo la individualizzazione del riscontro, è, infatti, in grado di fondare la persuasività probatoria della chiamata in correità e la razionalità della decisione cautelare, che è destinata a reggere la forza d'urto del contraddittorio dibattimentale¹⁸².

La corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 36267/2006 ha risolto il suddetto contrasto giurisprudenziale, aderendo a tale terzo orientamento giurisprudenziale e precisando che la nuova formulazione dell'articolo 273 c.p.p. ha risolto la *quaestio* di cui sopra, poiché ha sancito che la *corroboration* relativa ad una chiamata in correo (assunta quale grave indizio di colpevolezza), che paia intrinsecamente attendibile, "deve essere costituita da riscontri esterni individualizzanti, in grado di dimostrarne la compatibilità con il *thema decidendum* proprio della pronuncia *de libertate* e di giustificare, quindi, la razionalità della medesima"¹⁸³.

8.5. Le contestazioni

Nella stessa prospettiva sopra analizzata in tema di chiamata in correità si pone la regola enunciata nell'art. 500, II comma, c.p.p., secondo cui il contenuto delle dichiarazioni lette per le contestazioni può essere utilizzato non come prova, ma solo ai fini di una valutazione circa la credibilità del teste o della parte (art. 503, comma IV c.p.p.)¹⁸⁴.

La contestazione probatoria è regolata dagli artt. 500 c.p.p. (per il testimone e per l'imputato connesso o collegato) e 503 c.p.p. (per le parti). Tali articoli impongono precisi requisiti per procedere alla contestazione: innanzitutto si deve trattare di precedenti dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

Gli altri atti contenuti in tale fascicolo, ma non consistenti in dichiarazioni, possono essere utilizzati per porre domande al dichiarante, ma non sono ricompresi nell'istituto della contestazione probatoria.

¹⁸² Cfr Cassazione, Sezione I, 14 novembre 2001, Caliò; Sezione feriale, 28 agosto 2002, Desogus; Sezione Sesta, 20 giugno 2001, Caterino; Sezione I, 21 novembre 2005, Cavalcanti, Sezione IV, 2 dicembre 2005, Baldassi, in Banca Dati *De Jure*.

¹⁸³ Confronta testo integrale della sentenza ed, altresì, C.A. ZAINA, *La chiamata in correo non legittima misure cautelari personali senza riscontri individualizzanti*, in www.overlex.com.

¹⁸⁴ Norma oggetto di analisi della corte costituzionale con sent. 358 del 15 dicembre 2001 sulla questione di legittimità sollevata per le valutazioni del giudice sulle dichiarazioni lette per la contestazione solo ai fini del giudizio di credibilità del testimone, ritenuta infondata.

Le precedenti dichiarazioni devono poi essere state rese dalla stessa persona che in dibattimento sta cambiando versione; inoltre, la contestazione può avvenire soltanto sui fatti o sulle circostanze da contestare al testimone od alla parte abbia già deposto.

Lo scopo di questo requisito è di evitare di imbeccare la risposta al teso, ovvero che gli sia suggerita la risposta

La modalità di effettuazione della contestazione consiste nel leggere la dichiarazione rilasciata prima del dibattimento e nel chiedere conto al deponente dei motivi giustificanti una diversa rappresentazione della medesima circostanza.

Sul punto occorre osservare, ai fini dell'analisi delle regole di valutazione, come il *dictat* giuridico, secondo cui gli elementi conoscitivi fatti oggetto di contestazione al dichiarante possono essere utilizzati ai soli fini dell'attendibilità, non pone vincoli in ordine al giudizio operato su tale ultimo requisito.

In sostanza la regola normativa se, da un lato, preclude l'utilizzo in positivo delle "diverse dichiarazioni contestate", dall'altro lato non enuncia una regola di comportamento nella valutazione del singolo esperimento probatorio.

Le contestazioni, nel corso dell'esame testimoniale, concorrono a formare il materiale giuridico del libero convincimento del giudice, per la parte in cui consentono di desumere l'esistenza di atteggiamenti reticenti.¹⁸⁵

Sotto un tale aspetto, appare arduo attrarre le contestazioni nella sfera delle singole regole valutative. In ogni caso, deve rilevarsi che si è in presenza di un meccanismo di valutazione assolutamente libero, anche se il ricorso a letture per le contestazioni del testimone di per sé dovrebbe condurre ad un giudizio di scarsa affidabilità dello stesso.

9. L'inutilizzabilità

La sanzione dell'inutilizzabilità costituisce un limite al libero convincimento del giudice¹⁸⁶ sia nella sua accezione c.d. fisiologica¹⁸⁷ (nel senso

¹⁸⁵ Punto affermato dalla sentenza n. 3470 del 2009 Cass. Pen. Sez. I.

¹⁸⁶ In dottrina sul punto si è osservato che prima ancora degli aspetti regolamentari della prova, il diritto probatorio sia diretto a garantire la legittimità della regola, posta a fondamento del convincimento del giudice. Così DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 10.

¹⁸⁷ Sulla nozione di inutilizzabilità fisiologica e sulla sua contrapposizione alla nozione di inutilizzabilità patologica si è espressa, altresì, la Corte di Cassazione n. 37026/2008. Commentando la stessa C.A. ZAINA, *Commento a sentenza Cass. Pen. 37026/2008* su www.aduc.it ritiene che l'inutilizzabilità "configura una categoria di sanzione processuale che viene a coprire quel vuoto che il sistema giuridico previgente accusava, attesa l'insufficienza dell'istituto della nullità (artt. 177 e segg. c.p.p.) a ricomprendere nella propria previsione tutti le possibili ipotesi di inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento. Tale situazione trovava la propria causa nell'esplicita applicazione del principio di tassatività dei casi di nullità. Se da un lato, infatti, siffatta scelta appariva offrire, indubbiamente, certezza in ordine alle ipotesi di operatività delle norme e della sanzioni procedurali richiamate codicisticamente, dall'altro, però, essa manteneva al di fuori dello steccato, così costruito, situazioni di carattere

che possono essere utilizzate dal giudice solo le prove legittimamente acquisite in dibattimento, nel contraddittorio tra le parti) sia nella sua accezione c.d. patologica, ovvero quel vizio che colpisce le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

Come osservato in dottrina, per quanto concerne l'inutilizzabilità patologica, la sanzione sembrerebbe riguardare più gli effetti (mancata utilizzabilità del materiale probatorio acquisito *contra legem*), che non la causa (violazione di un divieto probatorio): il termine è stato quindi traslato per indicare la causa, ovvero l'invalidità che colpisce la prova¹⁸⁸.

La sanzione della inutilizzabilità costituisce un *novum* del Codice di procedura penale del 1988; il Codice Rocco, infatti, come analizzato sopra¹⁸⁹, non

border line, che pur non rientrando *strisctu sensu* nella nozione di nullità, apparivano ed appaiono, comunque, difformi dai precetti normativi vigenti. Soprattutto (ma non solo) in materia di prove, questa categoria ha avuto modo di esplicitare la propria vocazione – al contempo – suppletiva e complementare rispetto al regime delle nullità. Si è, pertanto, individuata sotto le vestigia della cd. *inutilizzabilità fisiologica della prova*, quella situazione che impedisce al giudice l'utilizzo di prove, che pure siano state assunte "*secundum legem*", ma che, per esempio, possano differire da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'articolo 526 del c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'articolo 514 dello stesso codice. Sotto la specie sanzionatoria della cd. *inutilizzabilità patologica della prova*, invece, sono stati fatti rientrare tutti gli atti probatori assunti "*contra legem*", che, dunque, *tamquam non esset*. Si tratta di attività, la cui utilizzazione è, dunque, vietata in modo assoluto in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle di merito. La rilevanza delle due categorie si è, indi, prepotentemente appalesata in relazione alle tematiche concernenti il giudizio abbreviato, posto che la natura di rito a carattere negoziale-abdicativo, che connota lo stesso ha imposto una ricognizione approfondita circa i poteri che rimangono, una volta, operata detta scelta, nella sfera di disponibilità della parte privata, riguardo la deducibilità di vizi concernenti le prove che possano essere poste a fondamento della decisione. Ulteriore recente autorevole chiarimento, sullo specifico tema della patologia dell'inutilizzabilità, è derivato dalla pronuncia del giudice di legittimità Sez. II Sent., 27 marzo 2008, n. 1587, che ha affermato che "*L'art. 191, comma primo, cod. proc. pen., il quale sancisce la inutilizzabilità delle prove "acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge", va interpretato nel senso che tale inutilizzabilità può derivare, in difetto di espressa, specifica previsione, soltanto dalla illegittimità in sé della prova stessa, desumibile dalla norma o dal complesso di norme che la disciplinano, e non invece soltanto dal fatto che la prova sia stata acquisita irritualmente*". Dalle premesse di cui alla massima è derivata la conclusione che la categoria delle "*prove illegittimamente acquisite*" (dunque *contra legem*) ricomprende solo quelle che non si sarebbero potute acquisire proprio a cagione dell'esistenza di un espresso o implicito divieto. Nel caso che ci occupa la Corte ha ritenuto che non potesse operare un effetto preclusivo, versando in ipotesi di inutilizzabilità fisiologica, posto che si trattava di prove già assunte, ergo, appartenenti all'alveo del principio di tassatività e, al contempo, munite del carattere proprio della legalità. La loro inidoneità, quindi, non derivava affatto da una contrarietà originaria delle stesse a norme imperative e, quindi, esse avrebbero potuto formare oggetto di rinnovazione, ove per la natura dell'atto o del mezzo di ricerca della prova, tale volontà fosse stata possibile a realizzarsi."

¹⁸⁸ Cfr M. NOBILI, sub art. 191, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, p. 409; P. TONINI, *La prova penale*, 4a ed., Padova, 2000, p. 186.

¹⁸⁹ Vedi sopra paragrafo V.

prevedeva una disciplina specifica circa la prova e la sua valutazione¹⁹⁰ ed esisteva solo la sanzione della nullità¹⁹¹.

La sanzione dell'inutilizzabilità fece la sua prima comparsa nel progetto preliminare del codice del 1988, ove però aveva la seguente formulazione:

“le prove *ammesse* dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate; l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.

Appare evidente come la suddetta formulazione, rispetto a quella codicistica, parli di prove *ammesse* e non *acquisite*.

Nel nuovo codice, poiché l'ammissione indica un preciso momento del procedimento probatorio, ovvero il momento in cui le parti richiedono le prove al giudice, la parola “ammesse” è stata sostituita con “acquisite”¹⁹².

Il legislatore del 1988 ha, dunque, deciso di inserire una previsione generale di inutilizzabilità, il cui fulcro è costituito dalla nozione di “divieti probatori”¹⁹³.

In dottrina ci si è posti la *quaestio* se, oltre a divieti probatori in fase di acquisizione della prova, si possano configurare, altresì, divieti probatori in fase di valutazione.

Parte della dottrina¹⁹⁴ ritiene che “le regole di esclusione, pur collegate alle diverse fasi del procedimento probatorio, si traducano, alla fine, in regole del

¹⁹⁰ Come affrontato sopra a titolo esemplificativo dovevano sussistere indizi sia ex art. 252, al fine di giustificare l'emissione di mandati o di ordini di cattura, sia ex art. 226 ter per la predisposizione di intercettazioni telefoniche; al contrario, si richiedeva la presenza di vere e proprie prove al fine del rinvio a giudizio o per emettere sentenza di condanna.

¹⁹¹ Sul punto in dottrina si è osservato come, però, fosse presente l'art. 141 c.p.p. 1930, il quale recitava che degli scritti anonimi non poteva farsi “alcun uso”. Cfr. G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, p. 63.

¹⁹² Sul punto osserva C. CONTI (in C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, pp. 234 e ss., Cedam, 2007) “Una volta dato tale significato tecnico al concetto di “ammissione” della prova, i teorici del codice hanno rilevato che l'impiego del termine “ammesse” all'interno dell'art. 191 avrebbe comportato conseguenze sistematiche di non poco conto. L'inutilizzabilità avrebbe colpito soltanto le prove oggetto di un provvedimento di ammissione strettamente inteso. Viceversa, l'art. 191 sarebbe risultato inapplicabile agli atti di indagine compiuti in violazione di divieti probatori, giacché in relazione a tali atti non è configurabile una “ammissione” in senso tecnico. Proprio al fine di sottolineare che l'inutilizzabilità opera in tutto l'arco del procedimento e si riferisce a tutte le prove raccolte in violazione di divieti, al posto del termine “ammesse” si è preferito inserire il termine “acquisite”, concetto che aveva il fine di ricomprendere, nel senso più ampio possibile, l'ingresso di un dato probatorio nel procedimento. D'altro punto di vista, però, l'inserimento del termine “acquisizione” ha reso teoricamente più difficile la distinzione tra inutilizzabilità e nullità: c'è stato, infatti, chi ha affermato che il termine “acquisizione”, nella sua generalità, non si riferisce soltanto all'ingresso della prova, ma ricomprende anche la assunzione della stessa. Da tale interpretazione si percepiva che l'inutilizzabilità avrebbe colpito anche quelle prove che, pur astrattamente ammissibili, fossero state formate (“acquisite”) in violazione di divieti probatori attinenti al *quomodo*. Cfr. altresì P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1251.

¹⁹³ Secondo parte della giurisprudenza una tale nozione è talmente ambigua da lasciare all'interprete “attraverso un processo di etero – integrazione, di dare certezza ad elementi della fattispecie legale intenzionalmente privi di una completa ed analitica determinazione. Cfr G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., p.152.

¹⁹⁴ Così letteralmente N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 104.

procedimento decisorio, risolvendo nell'impossibilità di fondare ufficialmente il convincimento su un determinato dato, l'inammissibilità originaria del medesimo.

Analoga considerazione si attaglia del resto alla fattispecie della prova ammissibile incorsa in un vizio di assunzione: il divieto apposto in tale fase opera funzionalmente allo stesso modo del divieto collocato nel momento dell'ammissione, cosicché la sua inosservanza è riconducibile alle previsioni dell'art. 191 c.p.p. .

Sulla base di questa premessa può quindi affermarsi che, al di là dell'operata distinzione fra divieti di ammissione e divieti di assunzione, non pare prospettabile la categoria dei divieti riferibili alla fase valutativa”.

Secondo altra parte della dottrina¹⁹⁵, invece, sarebbero altresì configurabili dei divieti probatori nella fase valutativa del giudizio.

Una tale impostazione dottrinale basa le sue convinzioni sul dettame di cui agli articoli 195 commi III e VII e dell'art. 63 c.p.p., ovvero sulle questioni concernenti l'ammissibilità delle dichiarazioni *de relato* e delle dichiarazioni indizianti, ritenendo che le stesse integrino dei divieti probatori nella fase della valutazione e non in quella dell'acquisizione.

In realtà, come osservato in dottrina¹⁹⁶, anche in tali casi, l'ammissibilità o meno della prova emergerebbe *ex post* e di conseguenza sarebbe irragionevole sostenere che tali fattispecie, per le quali l'inutilizzabilità può essere verificata solo *ex post* rispetto all'assunzione, possano essere *sic e simpliciter*, solo per tale ragione, qualificate come divieti operanti nel momento della valutazione.

Quanto alla individuazione dei c.d. “divieti probatori”, fulcro della sanzione della inutilizzabilità, in dottrina si sono formate tre differenti tesi.

Una prima tesi c.d. formale¹⁹⁷ ritiene che siano divieti probatori solo quelli esplicitamente sanciti dalla legge, utilizzando espressioni quali “è vietato”, “non può” e simili.

Ad una tale impostazione dottrinale si può facilmente obiettare come vi siano ipotesi in cui, sebbene il dato letterale della norma non si esprima in termine di divieto, la norma medesima detti una “regolamentazione a tutela di valori essenziali (es. art. 201 in materia di segreto d'ufficio)”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Cfr. M NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, edito da Clueb, 1989, p. 152.

¹⁹⁶ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 234 e ss. .

¹⁹⁷ D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2006, 354-355.

¹⁹⁸ Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 234 e ss., la quale, altresì, specifica che l'art. 201 c.p.p. stabilisce che i pubblici ufficiali hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragione del proprio ufficio, che devono rimanere segreti. Sebbene tale norma non stabilisca un divieto in capo al giudice di assumere la testimonianza che il pubblico ufficiale intenda prestare violando il segreto, la Cassazione ha ritenuto trattarsi di un divieto probatorio. Così Cass., sez. un. ,30 ottobre 2002, Carnevale, in *Giur. it.*, 2004, 600 (con nota di G. INZERILLO, *Violazione del segreto in camera di consiglio e conseguente inutilizzabilità della testimonianza*), e in *Foro it.*, 2003, II, 457 (con nota di G. DI CHIARA, *Sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso e sull'inutilizzabilità della testimonianza resa in violazione del segreto d'ufficio*): «il giudice penale non può essere richiesto ed ha l'obbligo di astenersi dal deporre come testimone in merito al procedimento formativo della

Per ovviare alle suddette contraddizioni, la tesi formalistica ha, altresì, elaborato il concetto di “divieti probatori indiretti”, ovvero quei divieti che si esprimono letteralmente nella forma della permissione, ovvero, a titolo esemplificativo, “l’acquisizione è consentita solo se”¹⁹⁹.

Ad una tale impostazione, si contrappone la c.d. tesi sostanzialistica, che, al fine di determinare quali siano i divieti probatori, ricerca l’interesse tutelato dalla singola norma²⁰⁰.

Secondo la tesi sostanzialistica, al fine di valutare se sussista o meno l’inutilizzabilità del dato probatorio acquisito, occorre per prima cosa individuare l’interesse giuridico tutelato dalla norma e, successivamente, valutare se la violazione del divieto probatorio, leda l’interesse giuridico protetto.

Qualora l’interesse protetto dalla norma giuridica non venga leso, la violazione della norma non comporta l’inutilizzabilità del dato probatorio²⁰¹.

In dottrina ci si è, altresì, chiesti se possano costituire divieti probatori le violazioni non solo delle norme dettate dal codice di procedura penale, ma anche quelle presenti nel codice penale sostanziale.

La dottrina prevalente non ritiene che la trasgressione di una norma sostanziale possa implicare l’inutilizzabilità del dato probatorio raccolto²⁰².

Analizzando il dettame dell’art. 191 c.p.p., però, si nota come il generico riferimento alla legge possa essere considerato espressione della volontà del legislatore ad ampliare l’operatività della locuzione divieti probatori, fino ad includere figure derivanti da altri settori dell’ordinamento.

deliberazione collegiale, segreta, in camera di consiglio, limitatamente alle opinioni ed ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, fermo restando il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza della dichiarazione di astensione. La violazione del suddetto obbligo comporta l’inutilizzabilità della relativa testimonianza».

¹⁹⁹ Cfr C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 234 e ss., la quale letteralmente scrive che si adduce l’art. 228, comma 2 c.p.p., in base al quale il perito può essere autorizzato a servirsi di ausiliari di sua fiducia per lo svolgimento di attività materiali non implicanti apprezzamenti o valutazioni e rileva che “la tesi dei divieti probatori indiretti, se pone rimedio ad alcuni limiti della soluzione letterale svincolando l’esistenza di un divieto probatorio dal fatto che la legge si esprima in termini espliciti di “negazione”, porta, comunque, ad un risultato inesatto: seguendo il ragionamento della prove indirette tutte le norme in tema di prova potrebbero essere interpretate *a contrario* come se recassero una implicita regola di esclusione di tutto ciò che non è espressamente consentito. Dunque è inevitabile che la tesi formalistica debba essere supportata da un criterio di tipo sostanziale, che valuti quale sia in concreto la ratio della norma e la conseguente gravità della violazione”.

²⁰⁰ Cfr E. AMODIO, *Modalità di prelievo dei campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1970, pp. 95 e 109.

²⁰¹ Cfr C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 234 e ss., la quale apporta, ad esempio, l’art. 251, I comma, il quale, anche se infranto, non costituisce origine di una inutilizzabilità: questo perché le perquisizioni domiciliari, effettuate al di fuori delle fasce orarie previste, non si ritiene compromettano irrimediabilmente la libertà di domicilio.

²⁰² Cfr F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto*, IV ed., cit., Torino, 1993, p. 250 e A. SCCELLA, *Prove penali ed inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 177.

SEZIONE III: LIBERO CONVINCIMENTO E CONTRADDITTORIO

10. Dalla codificazione del 1988 al giusto processo

Il codice di rito del 1988 introduce, nel sistema italiano, il modello accusatorio, che si basa sul principio della formazione della prova nella fase del dibattimento.

Tale regola d'oro del processo accusatorio, implica che le dichiarazioni rese dagli imputati e dalle persone coinvolte nella fattispecie concreta, hanno valenza probatoria solo a seguito di esame incrociato delle parti dell'accusa e della difesa.²⁰³

Non si può dar tale valenza, quindi, alle dichiarazioni rese unilateralmente dai soggetti informati sui fatti o presunti colpevoli, poiché contrarie alle regole promosse dal giusto processo. Tali regole sono segnate dalle norme su cui si fonda il principio del contraddittorio, ossia l'esclusione delle dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini preliminari che non coincidono con quelle rese durante la fase del dibattimento²⁰⁴, e il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria²⁰⁵ la quale non può riferire su circostanze non verbalizzate o acquisite *de relato*²⁰⁶.

²⁰³ P. FERRUA, *Il giusto processo*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p.2.

²⁰⁴ Art. 500 c.p.p. comma 2 “Le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste”; comma 3: “Se il teste rifiuta di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante.”

Sul punto “le contestazioni nel corso dell'esame testimoniale concorrono a formare oggetto del libero convincimento del giudice per la parte in cui consentono di desumere l'esistenza di atteggiamenti reticenti.” Cass.pen. sez. I, 9 dicembre 2009, n.3470.

²⁰⁵ Critica di FERRUA nell'opera citata, p. 4, quando afferma: “ma era proprio irragionevole il divieto di testimonianza indiretta imposto alla polizia giudiziaria? Niente affatto perché rappresentava semplicemente il corollario dell'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni raccolte dalla polizia giudiziaria. Se è vietata l'acquisizione dei verbali che le contengono, deve anche essere vietata la testimonianza di chi le ha ricevute; ammettere quest'ultima equivale di fatto a vanificare il divieto di acquisizione dei verbali.”

²⁰⁵ Art. 513, comma 2 c.p.p.

²⁰⁶ Art.194 c.p.p. comma 4. La Cassazione in merito ha affermato che: “La testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria è sempre preclusa in riferimento al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357 c.p.p., mentre è invece ammessa quando concerne dichiarazioni che non sono tecnicamente ricevute dall'ufficiale o agente di polizia giudiziaria, in quanto non a lui dirette, ma percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione e, dunque, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità.(Fattispecie di dichiarazioni rese spontaneamente ai militari operanti nel corso dell'esecuzione di un fermo e, pertanto, nel contesto di una attività di polizia giudiziaria non finalizzata all'assunzione di una prova dichiarativa)-Cass.pen.sez.VI, 11 aprile 2013, n.17138.

Le successive sentenze, di matrice costituzionale, intervenute sul punto, censurano da un lato il non prevedere per il giudice, sentite le parti, di disporre la lettura dei verbali di dichiarazioni dei soggetti che poi si sono avvalsi della facoltà di non rispondere²⁰⁷, e dall'altro l'illegittimità della lettera dell'art. 500, comma 3 c.p.p., che non consente l'acquisizione, nel fascicolo per il dibattimento, delle dichiarazioni rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

Si è ottenuta la possibilità per il giudice di acquisire, come prove, le testimonianze rese in dibattimento anche se, attraverso la contestazione, emerge la difformità con le dichiarazioni rese precedentemente sul punto.

Il giudice dovrà effettuare una scelta tra le due versioni, tenendo presente il dato, quasi di scienza empirica, che è la prima versione a prevalere data la sua imminenza rispetto all'esposizione dei fatti sull'accadimento storico di riferimenti, poiché sono più vivi i ricordi in merito alle successioni temporali della condotta oggetto di giudizio.

Il compito dell'esame incrociato, nel procedimento di primo grado, è proprio quello di valutare l'attendibilità del teste, sul suo dichiarare elementi mendaci o elementi di verità processuale.

E' solo con questo strumento, cristallizzato con le sentenze costituzionali, che si può accertare la verità o la falsità delle dichiarazioni assunte in dibattimento, non quelle rese in altre sedi, che servono solo al fine di un'eventuale contestazione.

Il quadro del processo accusatorio ha mostrato tutta la sua debolezza e fallacità, *in primis* nella ricerca dei mezzi di prova, che il codice del 1988 riservava solo alla fase del contraddittorio tra le parti.

L'obiettivo di vanificare la separazione funzionale tra le diverse fasi del processo penale e la necessità di ritornare ad un metodo autoritario nella formazione della prova, si raggiunge con la sentenza della Consulta che ha statuito il criterio della non dispersione della prova.²⁰⁸

Questo spiega i successivi interventi legislativi che hanno condotto alla riforma, dieci anni dopo, dell'art. 111 della Costituzione²⁰⁹, la quale si è estrinsecata nel riconoscere alla magistratura quell'indipendenza e quell'autonomia proprie dei principi ispiratori del codice.

Approvata il 1 novembre del 1999, la nuova Legge Costituzionale, segnatamente la n. 2, si compone di due articoli: il primo, relativo ai principi del giusto processo, il secondo sul principio transitorio secondo il quale tale

²⁰⁷ Art. 513, comma 2 c.p.p.

²⁰⁸ N. GALATINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, p.1, www.penalecontemporaneo.it

²⁰⁹ Si tenta di recuperare il processo accusatorio sia con la L.267/1997 e la L. Cost. 1 /1997. La prima legge riforma interamente l'art.513 c.p.p. stabilendo che le dichiarazioni rese nell'indagine preliminare dell'imputato o del coimputato in processi separati, che si avvalgono del diritto di silenzio nel dibattimentale, non possono essere utilizzate nei confronti di altri. La sentenza Costituzionale 361/1998 incentra il suo intervento sulla irragionevole dispersione della prova nella utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal coimputato *erga alios* nell'indagine preliminare, rimasto poi in silenzio nel dibattimento. La seconda iniziativa indica qualche principio del giusto processo che poi è stato ripreso nella riforma che ha investito l'art.111 Costituzione.

normativa si attua anche ai procedimenti penali pendenti alla data della sua entrata in vigore.

Si costruisce, così, il 'Giusto Processo' con l'utilizzo di formule ricavate dalle fonti pattizie sui diritti umani, le quali consacrano principi e garanzie come parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice, canoni di equità processuale e contraddittorio costituzionalizzato alla stregua della giurisprudenza europea²¹⁰.

Come chiaramente si è affermato in dottrina, il legislatore *"ha realizzato una sorta di incorporation rafforzativa di garanzie già codificate nel 1989 e poi ripudiate dalla svolta involutiva dei primi anni novanta, per accrescerne il grado di resistenza e renderle insensibili alle tentazioni di future revisioni legislative o giurisprudenziali"*²¹¹.

Incastonato nella Carta costituzionale, il diritto partecipativo dell'imputato al processo nel momento formativo della prova, non ha sopito il vecchio dibattito se si tratti, *sic et simpliciter*, di un metodo di acquisizione della prova piuttosto che di una garanzia del contraddittorio.

Diatriba riaffiorata nella recente disquisizione dottrinale, suscitata da una pronuncia della Corte Cost. n. 189/2009, circa il profilo oggettivo ovvero soggettivo del rapporto tra contraddittorio e giusto processo, delineato dai diversi commi dell'art.111 Cost.

In primo luogo si evidenzia la statuizione secondo cui la legge deve assicurare che *"la persona accusata di un reato...abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico"*²¹².

Il diritto al confronto viene sancito al comma 2 con la separata formula della *facoltà di convocazione di persone a difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e di acquisizione di ogni altro mezzo di prova a favore*.

Il diritto alla controprova compete infatti anche al pubblico ministero in base alle previsioni codicistiche che attuano il principio di parità tra le parti²¹³, mentre il *right to confrontation* non può che essere prerogativa dell'imputato²¹⁴.

Inoltre, si realizza il diritto al confronto attraverso il contraddittorio specifico stabilendo al comma quattro *che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è*

²¹⁰ Emblematico il caso Dorigo, sul quale si era pronunciata la giurisprudenza europea (C. eur. 23 settembre 1998) e che ha portato alla declaratoria di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. là dove non prevede, tra i casi di revisione, una diversa fattispecie, relativa alla sentenza o al decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; ciò al fine di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost. 4 aprile 2011 n. 113). In precedenza la Corte si era pronunciata per l'infondatezza della questione (Corte cost. 16 aprile 2008 n. 129).

²¹¹E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 141.

²¹² Art.111 comma 3 Costituzione.

²¹³ Art. 495 comma 2 c.p.p.

²¹⁴ E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in Cass. pen., 2010, p. 20.

*sempre sottratto volontariamente all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore, e devono essere partecipi gli stessi soggetti destinatari dell'utilizzazione probatoria dei suoi esiti".*²¹⁵

Il legislatore ha così indicato lo strumento e il criterio guida nelle regole di selezione del materiale probatorio desunto dalla polizia giudiziaria e dalla pubblica accusa, a cui si è successivamente aggiunta la nuova disciplina sulla contestazione testimoniale statuita dalla L.63/2001.

Da ultimo con l'individuazione delle legittime deroghe al contraddittorio per cui *"la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita"* (comma 5), si costituzionalizza l'inutilizzabilità fisiologica di alcune prove, statuendo tassativamente le ipotesi in cui la prova può essere acquisita in forza di un contraddittorio implicito ovvero in assenza di contraddittorio qualora questo sia oggettivamente impossibile o inquinato.

L'assetto del contraddittorio diviene chiara espressione del diritto di difesa, già da attuarsi nella fase delle indagini preliminari: alla forma del contraddittorio formale da svolgersi innanzi al giudice, si può contrapporre un contraddittorio imperfetto, poiché si garantisce comunque il giusto processo²¹⁶.

Nessuna contestazione può essere mossa alla regola del contraddittorio: solo il giudice ha il compito di interpretare la legge, su cui basa il suo libero convincimento, che può essere corretta solo se si basa su tre saperi.²¹⁷

Obiettivamente riconosciuta la non possibilità, quindi, di addivenire a soluzione solo con la valutazione delle regole scientifiche, poiché la ricostruzione della condotta della persona e della sua *suitas* nel commettere reato, necessita di altre regole.

Nell'agire intenzionale riscontriamo relazioni di causa ed effetto, ma non ricadono nella determinazione e rigidità data dalle leggi deterministiche.

Ad esempio, la prova del dolo, il movente di azione criminosa obbedisce a regole di esperienza; sebbene esistono prove scientifiche che valutino la psiche del reo, non possono costituire l'unica fonte di prova per il giudicante.

²¹⁵ O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in Cass. pen., 1997, p. 768.

²¹⁶ Corte Cost. 7 giugno 2010 n. 205.

²¹⁷ P. FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in *Il libero convincimento del giudice penale- vecchie e nuove esperienze*, Atti del Convegno- Siracusa, 6-8 dicembre 2002, pag. 71 Giuffrè, Milano, 2004.

“ Questi tre saperi, raffigurabili come tre cerchi concentrici, occupano un vastissimo territorio: all'interno le preposizioni più stabili, che riteniamo tendenzialmente immutabili, quelle della logica formale, della matematica [...]; poi le proposizioni ancora salde, ma già meno stabili, della scienza che progredisce attraverso continue correzioni[...]; infine, all'esterno le preposizioni, più fluide ed elastiche, dell'esperienza corrente, tenendo presente che tra queste e quelle della scienza non vi è un salto netto, ma un *continuum*, una differenza di grado più che di qualità (l'episteme sfuma poco nella *doxa* e, d'altronde, vi sono scienze, ad esempio la psicologia, le cui acquisizioni difficilmente possono essere ritenute leggi scientifiche) ”.

È il mezzo di prova della testimonianza, il suo passaggio dalla premessa probatoria alla proposizione da provare che fornisce quel complesso di interazioni e intuizioni che non hanno nulla di scientifico.²¹⁸

Così è il giudizio di fatto che concorre a dare validità e verità processuale alla ricostruzione delle circostanze fattuali che, appartenendo al passato, si basa sulla proposizione nel provare ciò che è basato sull'incertezza e sull'insufficienza delle premesse da analizzare che si analizzano solo in maniera deduttiva e logica.

Ferrua sul punto afferma che: *"il problema è che la nozione di verità come corrispondenza, pur importante per definire il significato della parola "vero", non può essere di alcun aiuto nell'individuazione dei criteri, dei metodi per accertare la verità; tanto meno nel processo penale dove il fatto, appartenendo al passato è ormai scomparso, e quindi sottratto a qualsiasi verifica diretta, ad ogni accesso immediato da parte del giudice"*.²¹⁹

Nel giudizio di diritto, il Legislatore ha il compito di individuare la fattispecie criminosa in termini verificabili empiricamente, mentre è esclusivo compito del giudice interpretarla alla luce dei principi e delle regole costituzionali.²²⁰

La lettera e la volontà delle leggi rappresentano il punto di partenza e di arrivo del giudice, ma l'interpretazione della legge è talmente complesse e delicata che a nessun titolo può fornire aiuto le formule codificate nell'articolo 12 delle preleggi.

Occorre, infatti, da un lato evitare lo scetticismo interpretativo che comporta la ricerca spasmodica dell'unica risposta esatta; e dall'altro evitare la negazione di un pluralismo interpretativo.

Non bisogna giungere ad un'interpretazione meccanica della legge soprattutto nel processo penale, per evitare che il sistema diventi un'accozzaglia di norme prive di organicità e coerenza.

A questi limiti legali, si pone risoluzione attraverso il principio del libero convincimento del giudice, che pur non esistendo codificazione all'interno del nostro sistema processuale, ne rappresenta la pietra miliare.²²¹

²¹⁸ P. FERRUA, cit., pag.72.

²¹⁹ *"Il metodo di accertamento può allora essere solo di tipo induttivo, fondato sul passaggio delle prove-rectius, dalle proposizioni probatorie relative ai fatti del presente- al fatto imputato, rectius, all'enunciato fattuale contenuto nell'atto di accusa che rappresenta la proposizione da provare. Il procedimento probatoria, sulla scia di una celebre definizione di Wittgenstein, può essere descritto come una figura a due lati, ad un'estremità della quale stanno le premesse probatorie mentre nell'altra estremità sta la proposizione mentre nell'altra estremità sta la proposizione da provare. Proprio per la sua natura induttiva, il passaggio dalle premesse probatorie alla proposizione da provare implica un arricchimento di conoscenza: negando o affermando la proposizione da provare si introduce qualche cosa che, pur collegato empiricamente alle premesse, non è in esse contenute né vi discende deduttivamente, ossia in forza di una necessità logica."*

²²⁰ Il legislatore ha dettato i criteri che il giudice deve utilizzare nella sua attività interpretativa. Con l'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile si stabilisce che: "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore".

²²¹ FERRUA, cit., p.75 *"non esiste perché, se esistesse, si dovrebbe riconoscere al giudice la possibilità di valutare liberamente l'assenza o la contumacia dell'imputato nel processo come*

Il libero convincimento del giudice è il punto di forza del giusto processo, essendo la valutazione razionale delle prove legittimamente acquisite al fine di verificare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.²²²

La libertà riconosciuta al giudice non può comunque contraddire l'esigenza di una motivazione razionale.

Il valore delle prove, pur non essendo determinato dalla legge, va accertato in via interpretativa nel contesto di tutto il materiale probatorio acquisito al processo; le prove, anche se evidenti, non dimostrano certezza assoluta sulla colpevolezza del reo, ma la rendono più o meno verosimile e probabile.

Si giunge quindi a quello sdoppiamento della colpevolezza in *quaestio facti* e *quaestio iuris* che attiene l'una al fatto attribuito all'imputato e l'altra alla qualifica giuridica del fatto. Tale distinzione è di fondamentale importanza ai fini della correlazione tra l'accusa e la sentenza.²²³

La separazione tra fatto e diritto, ad un certo livello, è chiara e lineare. Il giudizio di fatto coinvolge la proposizione che descrive l'accaduto e il passato ricostruito su cui verte.

Il giudizio di diritto, invece, confronta la ricostruzione dei fatti enunciato dal pubblico ministero e convalidato dal giudice, e dall'altra l'enunciato della legge penale.

Come spiega Ferrua, il quadro si complica quando si sale ad un livello superiore, per due ordini di motivi che offuscano la distinzione tra fatto e diritto.

La prima è una ragione esterna al processo penale in cui il giudizio di diritto corrisponde al giudizio analitico, quello di fatto al sintetico.

La ragione interna, invece, riguarda l'atto di accusa dove i fatti e le qualifiche legali dovrebbero essere separate.

Nella realtà fattuale, la pubblica accusa si trova minacciata da due rischi opposti: da un lato se si avvicina troppo alla fattispecie legale corre il rischio di parafrasarla, al contrario se prende troppo le distanze dalla lettera della norma finisce per basarsi unicamente sul fatto storico, aprendo una distanza incolmabile tra fatto e diritto.

A soluzione del problema, quindi, occorre ragionare sulle massime di esperienza con cui il giudizio di diritto si interseca con quello di fatto.²²⁴

segno di colpevolezza; e , altrettanto, per l'eventuale rifiuto dell'imputato di sottoporsi all'esame dibattimentale, o, nel corso di questo, rispondere a singole domande. E, ancora, in nome del libero convincimento, il giudice sarebbe autorizzato ad assolvere l'imputato sulla sola base della sua professione d'innocenza, nonostante il solido quadro probatorio, che lo indica inequivocabilmente come colpevole. È chiaro, invece, che in nessun modo può avere cittadinanza nel nostro ordinamento una simile libertà di valutazione".

²²² De Luca e Nobili hanno preso le distanze da due noti fenomeni degenerativi tra loro strettamente connessi: da un lato, l'esaltazione delle componenti irrazionali del libero convincimento (con la conseguenza che la libertà sconfinava inevitabilmente nell'arbitrio); dall'altro, il progressivo slittamento della libertà dal momento della valutazione a quello dell'acquisizione delle prove (con l'ingresso nel quadro decisorio di prove illegittimamente acquisite).

²²³ Ai sensi degli articoli 521 e 522 cpp al giudice è vietato condannare per un fatto diverso da quello contestato, gli è consentito modificare la qualifica giuridica, purché resti ferma l'identità del fatto.

²²⁴ P. FERRUA, cit., p. 65.

11. Libero convincimento, giusto processo e contraddittorio nella formazione della prova

Come accennato, con la legge di revisione costituzionale n. 2/1999, il Parlamento ha introdotto, nell'art. 111 della Costituzione, cinque nuovi commi che canonizzano nella Carta fondamentale i principi del "giusto processo".

In parte si tratta di enunciati dichiaratamente ispirati al *processo equo* consacrato all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (co. 1-3); in parte si tratta di principi "autoctoni" finalizzati a porre fine ad una "antica querelle" tra Corte costituzionale e legislatore sorta in relazione al tema delicato della prova dichiarativa nel processo penale (co. 4 e 5).

I primi due commi dell'art. 111 sanciscono principi che non si riferiscono soltanto al processo penale, bensì devono informare di sé, come una sorta di denominatore comune, tutti i contesti nei quali si ravvisa l'esercizio di un potere giurisdizionale.

Il primo comma dell'art. 111 stabilisce che "*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*".

La norma impone una riserva di legge in materia processuale.

La dottrina è divisa circa il significato da attribuire all'espressione "giusto processo". Da un lato, essa è dotata di quella portata evocativa che è comune a tutte le più solenni proclamazioni del moderno costituzionalismo; dall'altro dimostra la propria vaghezza.

Si afferma che si tratta di una formula di incerto significato giuridico in quanto i connotati del "giusto" processo sono definiti nei commi successivi²²⁵.

Secondo altra visione, siamo dinanzi ad un concetto limite, funzionale ad orientare nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili²²⁶.

Vi è ancora chi sostiene che la locuzione allude ad un concetto ideale di Giustizia, che preesiste rispetto alla legge ed è direttamente collegato ai diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel processo²²⁷.

Si è, infine, rilevato che il termine indica gli stessi principi successivamente enunciati, visti nel loro dinamico combinarsi in una dimensione concreta e fattuale²²⁸.

²²⁵ Così P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2005, 32 ss. l'Autore distingue l'efficacia che la nozione può esplicare nei confronti della Corte costituzionale, per la quale ha una funzione riassuntiva del complesso delle garanzie costituzionalizzate o rafforzativa delle singole disposizioni a rilevanza processuale, nei confronti del legislatore che deve ottimizzare il bilanciamento tra gli interessi coinvolti nel processo penale, e nei confronti degli attori processuali, per i quali costituisce un richiamo alla lealtà.

²²⁶ G. SPANGHER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, 255 ss.

²²⁷ C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, pp. 87 ss.; E. MARZADURI, *sub art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 765 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2005, 40.

Inoltre, una clausola così generale pare rendere aperto e non tassativo l'elenco dei diritti e delle garanzie sanciti nei commi successivi²²⁹.

Giusto processo identifica l'iter che potrebbe esser scelto da persone razionali in situazioni di ideale imparzialità, perché ignare del ruolo che le attende: attore, convenuto, imputato, giudice, accusatore o vittima del reato.

Ed ancora, giusto processo significa un giudice imparziale, precostituito dalla legge; il principio *dell'audiatur et altera pars* da cui discendono il contraddittorio e l'uguaglianza delle parti, la pubblicità delle udienze, tempi ragionevoli e, più in generale, una struttura idonea a favorire decisioni giuste, ossia corrette nell'interpretazione delle norme e nella valutazione delle prove.

Con specifico riferimento al processo penale, il giusto processo si identifica con la tempestiva conoscenza per dell'accusa, la non presunzione di colpevolezza e le adeguate garanzie nella restrizione della libertà personale.

Questa elencazione rappresenta, in sostanza, gli stessi requisiti già imposti dalla normativa costituzionale.²³⁰

Il comma 2 afferma, in esordio, il principio del contraddittorio, che ricorre anche nel comma 4; pertanto, è opportuno tracciare sin da ora una distinzione tra le due nozioni. Il comma 2, come abbiamo accennato, concerne indistintamente tutti i tipi di processo, pertanto il contraddittorio è affermato nella sua accezione più ampia e generale.

Nel comma 4, che si riferisce esclusivamente al processo penale, il principio in oggetto è richiamato nel suo significato "specifico" di contraddittorio nella formazione della prova.

Occorre tenere presente che il contraddittorio sancito nel comma 2°, concerne qualsiasi provvedimento, anche di natura incidentale, che può essere emesso nel corso del procedimento penale.

Inoltre, tale istanza, da un lato, costituisce un diritto soggettivo dell'imputato, che deve essere previamente sentito ogniqualvolta possa essere emesso un provvedimento suscettivo di effetti nei suoi confronti; dall'altro si configura come garanzia oggettiva, funzionale ad assicurare la qualità dell'accertamento sul quale poggia la decisione del giudice.

Successivamente, viene enunciato il principio di parità tra le parti: si tratta di una questione che ha una portata applicativa diversa nel processo civile e in quello penale.

Difatti, in base al principio di adeguatezza, il concetto di parità deve adattarsi al tipo di processo (civile o penale) ed alla natura dell'interesse (pubblico o privato) che la singola parte persegue.

Nel processo civile, ad esempio, è possibile attuare la piena parità delle armi tra attore e convenuto. Viceversa, nel processo penale si scontra con la diversità di

²²⁸ N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, Milano, 2001, 49ss.

²²⁹ C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 95-96.

²³⁰ G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass. parl.*, 1999, p. 559.

posizione, istituzionale e processuale, che intercorre tra il pubblico ministero e l'imputato.

Inoltre, sebbene la norma sancisca il principio in discorso con riferimento alla fase "processuale", anche nella fase delle indagini è prospettabile il perseguimento di una parità delle parti, sia pure tendenziale.

Ulteriore principio che è dato evincersi dal medesimo articolo è quello secondo cui il processo deve svolgersi "*davanti a giudice terzo e imparziale*".

La dottrina è divisa circa il significato dell'espressione: alcuni sostengono che essa costituisca un'endiadi²³¹. Altri hanno rilevato che, mentre la terzietà attiene alla posizione istituzionale rivestita dal giudice, l'imparzialità connota l'esercizio delle funzioni processuali da parte dello stesso.

L'ultimo principio sancito è quello della "ragionevole durata" del processo, la cui attuazione è rimessa al legislatore il quale deve operare un bilanciamento tra l'esigenza di non compromettere le garanzie dell'imputato e quella di non minare la qualità dell'accertamento processuale. Si rileva, *de facto*, che la ragionevole durata è un principio sussidiario che deve essere bilanciato con gli altri valori primari tutelati dall'art. 111 Cost. Ha da essere evidenziato che mentre la Convenzione europea inserisce la ragionevole durata nel catalogo dei diritti soggettivi immediatamente azionabili, riconosciuti all'imputato, la Costituzione si limita ad una previsione di tipo oggettivo, che tuttavia non esclude, ma assorbe la componente soggettiva, con un rinvio alla legge ordinaria quale necessario *quid medium*.²³²

L'art. 111 della Costituzione prosegue con enunciati che hanno per oggetto esclusivo il processo penale. Infatti, il terzo comma contiene il decalogo dei diritti spettanti all'accusato. Di nuovo siamo dinanzi ad una norma modellata sull'art. 6 della Convenzione europea.

La parola "accusato" non ha un preciso significato tecnico ed è idonea a ricomprendere sia la persona sottoposta alle indagini, sia l'imputato.

È necessario interpretare detto termine in modo coerente con il tipo di diritto che di volta in volta viene riconosciuto.

Anzitutto la persona sottoposta alle indagini deve essere «informata riservatamente della natura e dei motivi» dell'accusa «nel più breve tempo possibile». La disposizione si colloca nel punto di frizione tra il diritto di difesa dell'accusato e l'esigenza di segretezza delle indagini. Il bilanciamento tra le due opposte istanze è attuato dall'espressione "nel più breve tempo possibile". La predetta espressione non significa "immediatamente": l'indagato deve essere avvisato non appena tale informazione è compatibile con l'esigenza di genuinità e di efficacia delle indagini.

²³¹ M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, Agg. X, Roma, 2001, pp. 9 ss.

²³² In almeno due occasioni la Corte costituzionale ha rilevato che la violazione di tale parametro non può essere collegata alla peculiare e contingente situazione dell'ufficio giudiziario in cui opera il rimettente, bensì deve essere dedotta quale conseguenza astratta e generale dell'applicazione della norma impugnata (ord. n. 408 del 2001 e n. 370 del 2002).

Si è rilevato in dottrina che nella norma in parola si proietta altresì il diritto dell'indagato di conoscere tempestivamente le successive modificazioni dell'accusa.²³³

L'art. 111 Cost. prevede che l'accusato sia informato «riservatamente» al fine di prevenire inammissibili divulgazioni della notizia che possano aprire processi paralleli in televisione o sui giornali. Tale previsione non ricorre nelle corrispondenti clausole delle Convenzioni.

Il medesimo comma 3 riconosce all'accusato il diritto di disporre «del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa». Una norma siffatta rafforza il fondamento normativo dell'indagine privata ed impone la previsione di termini a difesa dell'imputato. L'enunciato più importante della norma in esame riconosce all'imputato il diritto “davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”. Si tratta dell'espresso riconoscimento costituzionale del diritto a confrontarsi con l'accusatore.

Vi sono due differenze rispetto alla Convenzione europea.

In primo luogo il diritto a confrontarsi deve trovare attuazione “davanti al giudice”, mentre ciò non è previsto nella Convenzione. In secondo luogo, la norma per indicare i dichiaranti a carico usa il termine “persone” e non la parola “testimoni”, presente nella Convenzione.

Il termine più ampio è stato scelto per consentire l'attuazione del diritto al confronto anche con i dichiaranti incompatibili con la qualità di testimoni. Nonostante una pronuncia isolata di parere contrario²³⁴, la norma non riconosce all'imputato il diritto di interrogare direttamente l'accusatore.

Si è sostenuto che la locuzione “far interrogare”, senza alcuna precisazione in ordine al soggetto che svolge l'esame, è idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui esso sia condotto dal giudice.

Proseguendo nell'esegesi del comma 3, all'imputato è riconosciuto altresì il diritto di “ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa alle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore”.

La norma riconosce il diritto alla prova. Per quanto concerne l'acquisizione di “ogni altro mezzo di prova”, nonostante l'espressione enfatica, un'interpretazione ispirata al principio di ragionevolezza e di parità delle parti, deve indurre a ritenere che anche le prove richieste dall'imputato debbano superare il vaglio giudiziale di ammissibilità.

Probabilmente, l'ambiguità del testo, deriva dalla volontà di riconoscere lo *ius probandi* anche in relazione alle prove diverse da quelle dichiarative, in merito alle quali esso è espressamente menzionato nella prima parte della disposizione.

²³³ La Corte costituzionale ha affermato che la norma non esclude che il diritto dell'indagato di essere informato nel più breve tempo possibile dei motivi dell'accusa possa essere variamente modulato dal legislatore ordinario in relazione ai singoli riti alternativi (così ordd. n. 292 del 2004 e n. 257 del 2003).

²³⁴ Trib. Cagliari, 9 giugno 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1237.

Infine si attribuisce all'accusato il diritto di farsi assistere da un interprete "se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo". A differenza di quanto previsto dalla Convenzione europea, la norma non reca l'espressione "gratuitamente". Anche in questo caso, come si è precisato *supra*, la parola "processo" deve essere intesa in senso atecnico. Pertanto, la garanzia costituzionale dell'assistenza all'indagato che non conosce l'italiano opera anche nel corso delle indagini.

A seguire, il primo periodo del comma 4, stabilisce che "*il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*".

La norma riconosce il principio del contraddittorio nella sua accezione oggettiva, servente rispetto alla giurisdizione. Si tratta del miglior metodo per la ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio.

L'assunto prosegue precisando che la colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio della difesa.

In base ad una prima interpretazione, la clausola appena riportata, costituisce un corollario del principio del contraddittorio nella formazione della prova i cui effetti vanno tutti ricercati all'interno della fattispecie regolata.

Altra e differente esegesi, riempie di significato del comma con il diritto a confrontarsi con l'accusatore di cui al precedente comma 3. Qualora tale diritto non trovi attuazione, perché il dichiarante per libera scelta si sottrae al confronto, la colpevolezza non potrà essere provata sulla base delle precedenti accuse lanciate da costui. Si tratta di una norma posta a tutela del contraddittorio inteso come garanzia individuale.

Acceso dibattito ha avuto la locuzione "per libera scelta". Alcuni hanno sostenuto che, così come è formulata, essa palesa una sorta di indifferenza costituzionale verso l'atteggiamento del dichiarante, che si sottrae alla *servitus iustitiae*.

In senso contrario si è sostenuto, da un lato, che l'espressione "libera scelta" è stata inserita per impedire che la norma venisse a sancire l'inutilizzabilità delle dichiarazioni di chi fosse rimasto silenzioso perché minacciato; dall'altro lato, che il termine scelta "libera" non equivalesse a scelta "lecita", poiché anche chi commette falsa testimonianza nella forma della reticenza sceglie "liberamente" di sottrarsi al contraddittorio. Pertanto, la norma costituzionale non riconosce alcun diritto al silenzio in capo al dichiarante.

Il divieto probatorio si riferisce alla sola prova di reità e non anche alla prova di innocenza: è una ipotesi di inutilizzabilità relativa.

Si è discusso sulla portata applicativa della clausola del contraddittorio nella formazione della prova (co. 4, primo periodo). La dottrina maggioritaria ha affermato che tale principio impone *a contrario* la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio, anche quando si tratta del precedente difforme contestato al testimone che cambia versione in dibattimento.

Altri hanno obiettato che il precedente difforme, contestato al testimone, è comunque calato nel contraddittorio ed unito alla deposizione resa nel corso

dell'esame incrociato, costituendo, così, una prova "complessa" che può considerarsi come formata in contraddittorio.

In senso contrario, rispetto a quest'ultima posizione si è espressa la Corte Costituzionale, la quale ha rilevato come l'art. 111 Cost. abbia espressamente attribuito risalto al principio del contraddittorio anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, rispetto alla formazione della prova ed al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti (sent. n. 32 del 2002; ordd. n. 36 del 2002 e n. 293 del 2002, secondo cui la norma in oggetto esprime una generale regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo).

235

Al principio del contraddittorio nella formazione della prova, il comma 5 dell'art. 111 pone tre eccezioni che devono essere previste per legge: la prova è utilizzabile anche se si è formata fuori del contraddittorio "*per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita*". La previsione delle eccezioni rivela una visione moderna del principio. Il contraddittorio non è considerato come un fine in sé, ma come un metodo. Quando tale metodo si rivela inattuabile, è possibile eccezionalmente utilizzarne altri "equipollenti".

La prima deroga è prevista in ragione del consenso dell'imputato.

²³⁵ Sul punto si ricorda il Ricorso 35842/2005, inerente al principio del contraddittorio nella formazione della prova. Depositata il 3 dicembre scorso la pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo nella causa Vararu contro Romania in tema di contraddittorio nella formazione della prova sotto il punto di vista del valore probatorio da riconoscere alle dichiarazioni di testimoni non sentiti in contraddittorio tra le parti. Nella sentenza che si segnala – per ora disponibile solo in lingua francese – i giudici di Strasburgo si sono pronunciati su una presunta violazione dell'art. 6 § 1 e 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo – ossia in tema di diritto ad un equo processo. Il ricorrente, in particolare, lamentava la violazione del diritto ad un equo processo per essere stato condannato sulla base di dichiarazioni di testimoni raccolte in fase di indagine senza aver avuto la possibilità di controesaminare gli autori delle dichiarazioni nè al momento della deposizione, nè successivamente. La Corte di Strasburgo osserva preliminarmente come l'art. 6 della convenzione, c. 3 lett. d) riconosca il diritto per ogni accusato di poter *esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico*. Come è noto, tale disposizione è interpretata in maniera pressoché costante dalla Corte EDU nel senso che, al diritto dell'accusato di confrontarsi con i suoi accusatori può derogarsi in due sole ipotesi: o quando all'accusato venga concessa l'opportunità di controbattere a quanto detto da chi lo ha accusato contestualmente a tali dichiarazioni o anche successivamente; oppure quando, pur non essendo stata concessa tale opportunità, la condanna si sia basata anche su altre prove. In altri termini, per la Corte europea dei diritti dell'uomo può astrattamente concepirsi una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio a condizione che, naturalmente, la condanna non si sia basata esclusivamente sulle dichiarazioni rese in fase anteriore al dibattimento su cui non si è avuto modo di replicare. Devono esserci, in sostanza, altri elementi di prova a carico dell'accusato. Ebbene, nel caso di specie i giudici di Strasburgo all'unanimità hanno ritenuto che non ricorresse nessuna di queste due ipotesi: il ricorrente, infatti, non solo non aveva avuto la possibilità di controesaminare gli autori delle dichiarazioni nè al momento della deposizione, nè successivamente ma, soprattutto, non vi erano altri elementi di prova da cui poter desumere la colpevolezza del ricorrente. In conclusione, per quanto detto prima, vi è stata una chiara violazione dell'articolo 6 § 1 e 3 della Convenzione.

La norma si riferisce, in prima battuta, ai riti deflativi del dibattimento. Si tratta di un bilanciamento tutto interno ad esigenze processuali di diverso segno: da una parte, vi è la necessità di un corretto accertamento dei fatti; da un'altra parte, quella di contenere i tempi e le risorse impiegati nel processo penale. La Corte costituzionale ha ritenuto la disciplina compatibile con l'art. 111 co. 5 con le ordd. n. 8 del 2003 e n. 32 del 2003: si è evidenziato con la previsione costituzionale che il Legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio.²³⁶

Il secondo spazio operativo della clausola del consenso concerne le possibili ripercussioni nell'ambito del rito ordinario. Ci si chiede in che limiti il "consenso" dell'imputato possa legittimare l'utilizzazione di prove formate senza contraddittorio. Tale sostantivo, nel linguaggio giuridico, indica una manifestazione di volontà con la quale un soggetto rimuove un limite all'agire altrui nella propria sfera soggettiva. Il consenso sortisce il suo effetto soltanto nei casi in cui l'ordinamento riconosce ad un soggetto la disponibilità esclusiva di un assetto di interessi.

Pertanto, il consenso dell'imputato può valere esclusivamente con riferimento ad elementi potenzialmente contrari se in quanto raccolti da altre parti, titolari di un interesse che potrebbe entrare in conflitto con quello dell'imputato. Conseguentemente il consenso dell'imputato costituisce una *rinuncia* al contraddittorio in senso *soggettivo* ed alla tutela rappresentata dalla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi ha eluso il confronto con la difesa.

Viceversa, il contraddittorio in senso oggettivo resta indisponibile unilateralmente.

Soltanto con l'accordo di tutte le parti il contraddittorio nella formazione della prova può essere oggetto di disposizione, sia pure entro limiti ben precisi.

L'altra deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova è consentita in caso di accertata impossibilità di natura oggettiva. Si è affermato che la disposizione eleva formalmente a principio costituzionale l'esigenza di non dispersione della prova.

Quanto alla *ratio*, l'impossibilità impone di assegnare rilevanza all'evenienza stessa che il fatto probatorio si sia verificato. La deroga al contraddittorio in ragione di impossibilità oggettiva ricomprende anche quelle ipotesi di non ripetibilità originaria che consentono l'ingresso dibattimentale degli atti di indagine.

La formulazione è estremamente generica; in particolare, non specifica se debba trattarsi di una ipotesi di non ripetibilità dovuta a cause imprevedibili.

Il termine "oggettiva", utilizzato nella norma in esame, sembra alludere a quelle cause indipendenti dalla volontà di taluno, che sono assimilabili a situazioni di forza maggiore.

²³⁶ Ci si è chiesti se l'articolo 111 si riferisca soltanto ai riti semplificati nei quali il consenso precede l'acquisizione delle prove formate fuori dal contraddittorio (rito abbreviato e patteggiamento) o sia idoneo a ricomprendere anche il procedimento per decreto, basato su di un consenso "successivo".

L'ultima eccezione è consentita nell'ipotesi in cui la mancata attuazione del contraddittorio costituisca effetto di "provata condotta illecita".

Come è stato chiarito in due occasioni dalla Corte costituzionale, la condotta illecita si riferisce a comportamenti contrari al diritto (*contra ius*) finalizzati ad indurre il dichiarante a sottrarsi (lecitamente o meno) al contraddittorio, e non ai casi nei quali quest'ultimo, senza essere condizionato *ab extra*, ha commesso falsa testimonianza²³⁷

La Costituzione non richiede che la condotta illecita sia riconducibile all'imputato: l'eccezione al contraddittorio scatta a prescindere dall'identità dell'autore. Quando il dichiarante è stato minacciato, il contraddittorio come metodo di accertamento dei fatti è ormai inquinato: ne è compromessa la funzione euristica. Ciò rende inutile la regola di esclusione delle dichiarazioni rese in precedenza.²³⁸

La formula del giusto processo, assume per il Legislatore un significato ben più pregnante rispetto a quello esemplificativo anche delle pronunce della Corte costituzionale.

Si coinvolge l'intera disciplina del codice di rito, sollecitando il bilanciamento tra garanzia ed efficienza e la ricerca della risposta più coerente rispetto agli interessi coinvolti nel processo; e ancora, una costante apertura all'evoluzione della coscienza e della cultura dei diritti umani, in prospettiva sovranazionale, che va oltre il semplice rispetto dei valori costituzionali.²³⁹

Si fissano quattro importanti principi, riferibili ad ogni processo: contraddittorio, condizioni di parità, giudice terzo ed imparziale, quali valori primari di giustizia, e durata del processo quale condizione di efficienza della giustizia.

Non rappresentano, in realtà, una novità della riforma, poiché il nostro ordinamento li ha sempre riconosciuti nelle altre norme costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale e l'esigenza di razionalità di norme processuali.

Nel progetto originario della norma, accanto al principio del contraddittorio, veniva anche indicato quello dell'oralità e della immediatezza.

La scelta di ridimensionarne la portata della norma, è stata giustificata dal fatto che il contraddittorio, è un elemento comune anche ai riti civili e amministrativi, onde lasciare questi ultimi indenni dalle limitazioni poste dall'oralità e dall'immediatezza

²³⁷ Corte cost., ordd. n. 453 del 2002 e n. 518 del 2002.

²³⁸ Sul tema del giusto processo C. MEOLI, *Il principio del giusto processo. Osservazioni di diritto comparato europeo*, in www.europeanrights.eu

²³⁹ N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo* in G.Civinini e C.M. Verardi, il nuovo articolo 111, cit, "proprio la nozione di giusto processo ancorata alle Convenzioni Internazionali, dovrebbe far cadere le barriere formate dalle autarchie normative e superare la chiusura dell'ordinamento nazionale alle normative convenzionali per dare ingresso agli insegnamenti offerti soprattutto dalla giurisprudenza della Corte Europea come elementi interpretativi dei quali tener conto nella determinazione delle implicazioni che da quelle nozioni discendono"

Come detto, le condizioni di parità citate non afferiscono al possedere per le parti gli stessi strumenti o identità di poteri o doveri: appare ovvia la differenza tra le possibilità di indagine, ricostruzione della verità storica, mezzi utilizzati dalla pubblica accusa rispetto a quelli a disposizione del singolo difensore.²⁴⁰

Non può nemmeno pensarsi ad una perfetta simmetria tra accusa e difesa rispetto all'esito del processo: la difesa può adoperarsi con ogni mezzo per addivenire ad una sentenza di proscioglimento del cliente-imputato, oppure ad una pena più blanda possibile.

Il pubblico ministero, in ragione della natura pubblicista della funzione di tutela della collettività, persegue la condanna dell'imputato solo se colpevole, poiché la pubblica accusa non è esercitata nell'interesse privato della vittima del reato.

Da questo assunto scaturiscono conseguenze che mostrano come la parità non deve esser intesa quale uguaglianza né sul piano dei poteri e doveri, né di fronte alla funzione cognitiva del processo. Si richiede, quindi, un rapporto di reciprocità tra accusa e difesa: i poteri dell'una e dell'altra, in funzione delle opposte prospettive, devono bilanciarsi per garantire l'equilibrio delle varie tappe del processo.²⁴¹

Sul giusto processo veglia il Giudice, organo terzo e imparziale. La terzietà riguarda lo *status*, ossia l'organizzazione del suo ufficio tale per cui deve rispondere solo ai *dictat* della legge, in totale indipendenza dal potere politico come dalle parti. L'imparzialità afferisce, invece, la funzione esercitata nel processo, tale per cui la sua decisione deve essere autonoma, scevra da qualsiasi pregiudizio o interferenza da parte dell'organo giudicante che si è occupato della conclusione della fase precedente dell'*iter* processuale.²⁴²

Ultimo elemento che costituisce il principio del giusto processo è la sua ragionevole durata, contemplato già nell'art.6 della convenzione europea CEDU che prevede, infatti, che "*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...)*". La disposizione, prende come referente primario il Legislatore, al quale è affidato il compito di adottare norme interne che assicurino lo svolgimento del processo entro un termine ragionevole.

La differenza sta nel fatto che, nella previsione normativa di rango sovranazionale, la garanzia è costruita come diritto soggettivo, azionabile immediatamente, mentre nella previsione della nostra costituzione ha valenza omnicomprensiva ed impegna la legge nell'assicurare tale disposizione.

Nonostante la previsione costituzionale, il principio *de quo* rimaneva formula vuota, stante la mancanza di uno specifico strumento normativo, capace

²⁴⁰ CALAMANDREI, nelle sue *Istituzioni di diritto processuale civile*, IV edizione, Giappichelli, 2014 "sull'impossibilità di concepire la parità tra le parti, la definiva come meccanica e automatica identità di diritti e doveri per l'accusa e per la difesa".

²⁴¹ P. FERRUA, cit., p.102.

²⁴² Concilia con l'imparzialità la previsione dell'art. 507c.p.p che disciplina il potere di iniziativa probatoria del giudice, in caso di negligenza o impossibilità temporale delle parti di indicare tutte le prove, anche se potere circoscritto nei tempi e nei modi di intervento.

di assicurare ristoro alla parte processuale vittima di un giudizio svoltosi oltre una "durata ragionevole".²⁴³

L'unico espediente possibile, fino alla riforma, era infatti quello di adire direttamente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, mediante la presentazione di ricorsi finalizzati a ottenere equa riparazione per violazione dell'art. 6, della CEDU.

Il progressivo aumento dei ricorsi presentati, e il contestualmente aumento delle violazioni dello stato italiano, dimostravano l'inefficienza del nostro sistema processuale nei confronti dell'eccessiva durata dei procedimenti.

Il Consiglio d'Europa, al riguardo, accertò che le identiche infrazioni, rilevate a seguito dei numerosi ricorsi presentati alla Corte, erano tali da non poter essere considerate semplicemente degli episodi isolati, bensì riflettevano una situazione perdurante rispetto alla quale i ricorrenti non avevano alcun rimedio interno a disposizione.

Era quindi di tutta evidenza la necessità di prevedere un rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi, in modo da realizzare la sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo, sancita espressamente dall'art. 35 della CEDU²⁴⁴.

A fronte di tale situazione, e onde arginare il numero di condanne provenienti dai Giudici di Strasburgo, il Legislatore italiano emanò la legge n. 89 del 2001, anche nota come "Legge Pinto".

La normativa in questione ha disciplinato un procedimento *ad hoc* finalizzato ad ottenere, per chi si ritiene aver subito un danno patrimoniale e/o morale, derivante dal mancato rispetto del termine di ragionevole durata del giudizio, un equo indennizzo mediante ricorso alla competente Autorità Giudiziaria.²⁴⁵

Nello specifico, il nuovo art. 2, comma 2-*bis* della suindicata l. 89/2001, fissa il termine massimo di durata ragionevole in tre anni per il primo grado, due anni per il secondo grado, e un anno per il giudizio di legittimità. Il comma 2-

²⁴³ Per stabilire quando la durata di un procedimento civile o di un processo penale, la Corte europea ha enucleato alcuni parametri idonei all'individuazione del *délai raisonnable*, chiarendo se non esiste il diritto ad un processo che sia breve, bensì che esiste solo un diritto ad un processo che sia concluso nel tempo giusto, alla luce del comportamento delle parti, alla complessità della controversia, al comportamento del giudice e delle altre autorità, nonché la posta in gioco oggetto della controversia. Sul tema, v., *ex multis*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I., Le tutele, Padova, 2003, p.61; M. DE STEFANO, *La lunga marcia della cassazione italiana verso la corte dei diritti umani di Strasburgo (legge Pinto, ma non solo)*, in Fisco, 2006, p. 1121; A. DIDONE, *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo: sepolti i contrasti*, in Giur.It., 2004, p. 944.

²⁴⁴ Corte EDU, *Bottazzi c. Italia, Di Mauro c. Italia, Ferrari c. Italia* ed *A.P. c. Italia*, sentenza 28 luglio 1999.

²⁴⁵ Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in [Legge 7 agosto 2012, n. 134](#), con l'art. 55, ha provveduto successivamente a modificare la succitata Legge Pinto, sia sotto il profilo procedurale che sostanziale. La novella del 2012 ha, in particolare, snellito le modalità di proposizione del ricorso, prevedendo che la domanda di equo indennizzo debba essere decisa, con decreto emesso *inaudita altera parte*, da un giudice monocratico di Corte d'Appello, impugnabile con opposizione dinanzi al medesimo Ufficio Giudiziario che ha emesso il decreto, entro il termine perentorio di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione.

ter specifica, poi, che si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio complessivo viene definito, in modo irrevocabile, in un tempo non superiore a sei anni.

Ai fini del computo del termine di ragionevole durata, il processo civile si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Per quanto concerne il processo penale, esso si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari.²⁴⁶

Per ciò che attiene, invece, al vaglio della Corte Costituzionale sulla legittimità della novella normativa²⁴⁷, i Giudici delle Leggi partono dall'orientamento fino a quel momento elaborato da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, mediante reiterate pronunce, ha ricavato dall'art. 6 della CEDU la regola in base alla quale, ai fini dell'indennizzo conseguente alla violazione del termine di ragionevole durata del processo penale, si debba tener conto altresì del periodo che segue la comunicazione ufficiale, da parte dell'autorità competente, dell'accusa di aver commesso un reato²⁴⁸.

Tale orientamento, prosegue la Consulta, appare in sintonia con le finalità precipue del procedimento di equa riparazione, in quanto la violazione del diritto ad un celere svolgimento del processo, di cui all'art. 6 della CEDU, genera "la

²⁴⁶ Sul punto M.PAPPONE, *Irragionevole durata del processo, dopo la pronuncia n. 184/2015 della consulta: il termine decorre anche dalla conoscenza formale del procedimento durante le indagini preliminari*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it "De iure condendo, infine, si riportano brevemente alcune delle modifiche più rilevanti nella materia *de qua*, come attualmente previste all'art. 39 del testo provvisorio del disegno di Legge di Stabilità 2016, In particolare, dopo la previsione dell'attuale articolo 1 della legge n. 89/2001, viene inserito l'art. 1-bis, rubricato "Rimedi all'irragionevole durata del processo", in base al quale la parte di un processo, che assume aver subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo, ha il diritto/dovere di esperire i rimedi preventivi di cui al successivo art. 1-ter, pena l'inammissibilità della domanda di equa riparazione. I rimedi preventivi suddetti, con riferimento al procedimento civile, si sostanziano, generalmente, nell'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile; nella richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario a norma dell'articolo 183-bis del codice di procedura civile, entro l'udienza di trattazione e comunque almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis della predetta legge. Con riguardo al processo penale, invece, l'imputato e le altre parti provate hanno diritto di depositare, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, un'istanza di accelerazione almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis.

²⁴⁷ La Corte con sentenza 184/2015 dunque, conclude nel dichiarare l'art. 2, comma 2-bis, della legge n. 89 del 2001, costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico, facendo salva, in ogni caso, la discrezionalità giudiziaria nel verificare, alla luce dei fattori indicati dalla Corte EDU e dal legislatore, se l'eventuale inosservanza dei termini di legge comporti o meno violazione del diritto alla ragionevole durata del processo.

²⁴⁸ Cfr. Corte EDU, *Ringeisen c. Austria*, sentenza 16 luglio 1971; Corte EDU, *Eckle c. Germania*, sentenza 15 luglio 1982; Corte EDU, *Corigliano c. Italia*, sentenza 10 dicembre 1982; Corte EDU, *Manzoni c. Italia*, sentenza 19 febbraio 1991, Corte EDU, *Messina c. Italia*, sentenza 26 febbraio 1993, Corte EDU, *Kobtsev c. Ucraina*, sentenza 4 aprile 2006.

pretesa di un indennizzo idoneo a ristorare il patimento cagionato dall'eccessiva pendenza dell'accusa", quando essa abbia acquisito una consistenza tale da ripercuotersi, in maniera significativa, sulla vita dell'indagato.

Tale pretesa, invero, non può ritenersi tutelabile solo a partire dalla fase successiva all'esercizio dell'azione penale o all'assunzione della qualità di imputato, bensì deve ricondursi sin dal momento in cui una persona è venuta formalmente a conoscenza dell'esistenza di una indagine a sua carico, specie laddove, tale situazione, sia accompagnata dal compimento di atti invasivi della sfera di libertà dell'individuo.²⁴⁹

La formula coinvolge non il singolo processo, bensì le disposizioni che prevedono tempi biblici od inutili passaggi da un organo all'altro, non giustificate da nessun tipo di esigenza.

Pur non essendo possibile pensare di ipotizzare a priori termini di durata massima dell'intero iter processuale, l'impegno di una durata ragionevole si spiega sia nel diritto della persona coinvolta nel processo, ma anche quale garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia, evitando, comunque, che ragioni di speditezza vadano a comprimere le garanzie riconosciute all'imputato sul diritto di difesa.

Nessuna influenza può esercitare l'impegno alla ragionevole durata del processo con il principio del giusto processo a cui sottende: è il caso proprio del contraddittorio nella formazione della prova, che è regola nella realizzazione della dialettica processuale.

Difatti, essendo regola sufficientemente determinata, non necessita di un bilanciamento con l'esigenza di durata del processo.

La ragionevole durata del processo svolge, comunque, un ruolo sussidiario rispetto alla funzione cognitiva, al diritto di difesa ed all'imparzialità del giudice, poiché contempla delle condizioni di efficienza dell'azione penale, che può essere o meno tempestiva.²⁵⁰

Non si esclude, tuttavia, che tale principio rappresenti un limite, non del diritto di difesa, bensì sull'incontrollata proliferazione delle garanzie in cui esso si realizza.²⁵¹

Quanto detto deve necessariamente raccordarsi con il compito principe del processo penale: accertare se sia stato commesso un fatto per il quale le norme di diritto penale sostanziale comminano una pena, accertamento che deve essere regolato dai principi del giusto processo.

²⁴⁹ Corte EDU, *Wemhoff c. RTF*, sentenza 27 giugno 1968, laddove viene affermato che il principio di ragionevole durata del processo costituisce, nel procedimento penale, un rimedio contro il rischio, per una persona, di "restare a lungo sotto il peso di un'accusa", con tutto ciò che essa materialmente e moralmente comporta sulla medesima.

²⁵⁰ G.RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in Cass.pen., 2011, p.4524 e ss.

²⁵¹ S.LUKE, *Sul trade-off tra valori*, in Keiron, 1999, p. 20.

"Persino il diritto alla salute, sicuramente prioritario sulle esigenze di economia e di efficienza subisce quotidianamente dei bilanciamenti: avviene quando si decide sui limiti alla circolazione dei veicoli, sull'uso e smaltimento di sostanze velenose, sulla sicurezza industriale ecc."

Al pubblico ministero, quindi, il compito di dimostrare che l'imputato abbia commesso un fatto riconducibile ad una delle fattispecie astratte descritte dal codice penale.

Il processo, invece, è destinato a verificare se questa asserzione sia vera, se l'editto accusatorio, formulato dal pubblico ministero nell'elevare l'imputazione, corrisponda ai fatti sottoposti alla cognizione del giudice.

Rebus sic stantibus, si può dire che il processo è destinato alla ricerca della verità²⁵². Ma "verità" è una parola rischiosa, perché è capace di evocare concetti carichi di implicazioni ideologiche, come, a esempio, quelli di "Natura" o di "Essere".

Tuttavia la "verità" in ambito processuale penale, deve essere intesa soltanto come rapporto tra una descrizione e il suo oggetto, quali che siano le opzioni metodologiche circa i criteri per accertare se un enunciato descrittivo sia vero, per conoscere, cioè, i fatti cui esso pretende di corrispondere.²⁵³

Nel processo penale, dunque, si discute circa l'attendibilità dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato in ordine al fatto descritto nell'imputazione.

Tutto ciò che è rilevante ed idoneo per tale verifica costituisce prova: il discorso sulla rilevanza della prova è, invece, più complesso di quanto potrebbe apparire dalla sua definizione, ove la si valutasse solo in termini di idoneità all'accertamento del fatto descritto nell'imputazione.

Oggetto della prova può, certamente, essere un fatto che le norme di diritto sostanziale individuano come elemento costitutivo del reato ovvero come circostanza aggravante o attenuante.

Di converso, tuttavia, può essere anche un fatto secondario, dal quale è possibile desumere, per via inferenziale, conclusioni in ordine al fatto principale, direttamente riconducibile alla qualificazione giuridica.

In questo secondo caso, il giudizio di rilevanza della prova implica una valutazione non solo sull'idoneità a provare il fatto secondario, ma anche sulla possibilità di trarre da questo fatto, ove provato, conclusioni in ordine al fatto principale.²⁵⁴

La rilevanza probatoria di un dato, dipende non solo dalla sua pertinenza ai fatti descritti nell'imputazione, ma anche dal più ampio contesto ricostruttivo della vicenda in cui quel fatto si inserisce. In verità, il procedimento probatorio richiede innanzitutto la formulazione di almeno un'ipotesi di ricostruzione della vicenda oggetto di giudizio. Una tale ricostruzione necessita di un'argomentazione di tipo abduttivo, la quale consente di risalire dall'effetto alla causa.

²⁵²P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, *passim*.

²⁵³A. NAPPI, *I poteri integrativi e surrogatori del giudice per l'udienza preliminare e del giudice del dibattimento*, in www.csm.it/quaderni.

²⁵⁴M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 420.

Più specificatamente, considerando che una vicenda consiste di una pluralità di eventi, ciascuno dei quali può avere le cause più disparate, le argomentazioni abduttive, intese a spiegare e ricostruire l'avvenimento, operano su due livelli.

“A un primo livello consentono di tentare un'elencazione di tutte le possibili cause di ciascun evento, delimitando, così, l'ambito delle ipotesi proponibili per la ricostruzione della vicenda.

A un secondo livello consentono di selezionare, tra quelle proponibili, l'ipotesi di ricostruzione della vicenda che appare più probabile in una determinata prospettiva di coordinamento tra le diverse possibili cause della pluralità di eventi. Si traggono, poi, deduttivamente tutte le conseguenze necessarie dell'ipotesi ricostruttiva ipoteticamente formulata e si verifica se sono compatibili con le evidenze, vale a dire i fatti certi o indiscussi.”²⁵⁵

Soprattutto nei sistemi di *common law* è oggi diffusa la concezione del “giudizio di fatto come scelta dell'ipotesi razionalmente più attendibile tra diverse ricostruzioni possibili dei fatti della causa”.

Poiché, comunque, la valutazione di rilevanza di una prova dipende dall'ipotesi ricostruttiva dei fatti nella quale la prova si inserisce, il principio dispositivo, che affida alle parti l'iniziativa probatoria, appare oggi più rispondente ai criteri di razionalità condivisi.

Se l'orizzonte del giudice definisce ciò che è probabile, infatti, l'orizzonte delle parti deve definire ciò che è possibile, perché quanto maggiori sono le possibilità suggerite al vaglio critico del giudicante dal confronto delle parti, tanto maggiori sono le probabilità che il processo si concluda con una sentenza giusta.²⁵⁶

Nel vigente codice di procedura penale il rapporto tra giudice e parti è regolato con una dichiarata preferenza per il principio dispositivo.

Nella fase delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare l'iniziativa probatoria è integralmente nella disponibilità delle parti, che svolgono, senza contraddittorio, le proprie attività investigative, sebbene sia previsto l'intervento della difesa in alcuni atti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero.

Lo stesso incidente probatorio può essere ammesso solo su richiesta delle parti e tutti i riti dell'alternativa inquisitoria sono costruiti come giudizi allo stato degli atti, che non ammettono integrazioni probatorie.

In queste fasi sono previste solo due deroghe al principio dispositivo.

La prima, posta a tutela del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, consente al giudice per le indagini preliminari di ordinare ulteriori attività investigative al pubblico ministero che abbia richiesto un'archiviazione, ritenuta prematura.

La seconda tende, invece, a salvaguardare la funzione di filtro dell'udienza preliminare e consente al giudice di sollecitare l'iniziativa probatoria delle parti indicando “*temi nuovi o incompleti sui quali si rende necessario acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione*” ai sensi dell'art. 422 c.p.p..

²⁵⁵ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990, *passim*.

²⁵⁶ A.NAPPI, *cit.*, p.5.

Tuttavia se, in alcuni casi, si consente al giudice o al pubblico ministero di decidere solo in presenza di indizi di reato²⁵⁷, il *quantum* probatorio richiesto si eleva nella misura in cui il provvedimento da adottare va a toccare altre sfere costituzionalmente protette le quali, in ragione della loro maggiore «invasività», sono presidiate dal legislatore con maggiori garanzie. A tale impostazione si coordina quella prevista in sede di richiesta di adoziane di misure cautelari personali, cui si richiede, ai sensi dell'art. 273 c.p.p. l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza.

Il riferimento normativo agli «indizi» non evoca un circuito probatorio inferenziale per cui, da un fatto noto non oggetto di prova, si perviene al fatto ignoto oggetto di prova; al contrario, ha fondamento nella consapevolezza che la materia cautelare trova le maggiori occasioni di applicazione nelle indagini e spesso nel momento iniziale delle stesse.

L'indizio cautelare, quindi, è una prova allo stato degli atti o, se si preferisce, una «prova nana»²⁵⁸ che si differenzia dalle prove necessarie alla definizione del processo solo in ragione della sua mancata evoluzione, determinata dalla fase del procedimento in cui deve essere valutata. In tal modo i «gravi indizi di colpevolezza» richiamano ad un giudizio di responsabilità dell'indagato, allo stato degli atti²⁵⁹

Il giudizio di gravità, però, non può essere confuso con quello di «sufficienza», distinguendosene da un punto di vista quantitativo e qualitativo. Si richiede, difatti, una situazione probatoria che consenta di pervenire ad un *decisum* d'alta probabilità di colpevolezza dell'indagato, resistente ad interpretazioni alternative²⁶⁰

In questa prospettiva, la valutazione della prova in sede cautelare non si distingue dalla valutazione nel giudizio di cognizione, giacché l'unica peculiarità del giudizio cautelare è rappresentata dal fatto che i gravi indizi sono «una prova allo stato degli atti», valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è di norma «in itinere», essendo suscettibile di una possibile evoluzione dinamica nel corso del procedimento.

Ovvia conseguenza, è la verifica della prova, ovvero la sua valutazione, che dovrà essere aderente alla probabilità di fondare, sui risultati raggiunti, una sentenza di condanna.

Il Legislatore ha inteso garantire, al giudice chiamato all'applicazione della misura, una completezza conoscitiva, obbligando il pubblico ministero a presentare, unitamente alla richiesta cautelare, anche tutti gli elementi a favore dell'imputato.

Il quadro di «completezza conoscitiva», che deve avere il giudice nel momento in cui è chiamato ad adottare o rigettare una misura cautelare personale, rende ragione di quell'interpretazione del massimo organo nomofilattico il quale,

²⁵⁷ Cass.pen., sez.VI del 2 luglio 2012.

²⁵⁸ L'espressione è di NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 170.

²⁵⁹ Cass. Pen. sez. II del 15 novembre 2011.

²⁶⁰ Così GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, GI, 1993, II, p. 622.

nel vagliare i limiti di sindacato dei «gravi indizi di colpevolezza», anche a seguito di un decreto che dispone il giudizio, ha riconosciuto il potere del giudice di valutare la «gravità indiziaria».²⁶¹

La conclusione assume particolare valore, ove si consideri che è stata adottata all'indomani della riforma intervenuta con l. 16-12-1999, n. 479 con la quale, modificandosi l'art. 425 c.p.p., si sono sensibilmente ampliate le paratie valutative del giudice dell'udienza preliminare²⁶², consentendosi l'adozione di una sentenza di non luogo a procedere anche in ipotesi di dubbio.

Emerge, quindi, come, in sede operativa, la valutazione probatoria di natura cautelare risulti avere un maggiore spettro di azione rispetto a quella prognostica del rinvio a giudizio.

Diversa è la valutazione delle prove nell'ambito dibattimentale, poiché in questa sede il giudice è chiamato a valutare l'idoneità e legalità delle prove nella loro forma di acquisizione.

Per quanto attiene, invece, all'udienza preliminare è consentita, di regola, un'attività di istruzione solo documentale. Secondo quanto prevede l'art. 421, comma 3, c.p.p., effettuata la costituzione delle parti, il giudice ammette «gli atti e i documenti» che le parti stesse producono.

Come noto gli «atti» sono quelli compiuti dal pubblico ministero dopo il deposito della richiesta di rinvio a giudizio e le eventuali memorie dei difensori (art. 121 c.p.p.) o dei consulenti di parte; i documenti sono quelli di formazione extraprocessuale, che ogni parte potrà produrre.

Compiuta questa attività di istruzione documentale, si apre la discussione, che inizia con l'illustrazione, da parte del pubblico ministero, dei risultati delle indagini preliminari e delle prove che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio.

Dopo l'esposizione del pubblico ministero, l'indagato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, che sarà condotto dal giudice, previa contestazione dell'imputazione e delle prove dell'accusa.

All'interrogatorio, ove espletato, seguono le esposizioni delle altre parti, secondo un ordine che prevede come ultimo l'intervento del difensore dell'imputato, anche per le eventuali repliche.

Con questo iter procedurale, formalmente individuato, si sviluppa il contraddittorio tra le parti, quale punto massimo di intersezione e valutazione degli elementi probatori, che devono condurre il giudice alla determinazione rispetto all'emanazione del decreto di archiviazione od alla richiesta di imputazione coatta al PM.

Il giudice del dibattimento fornisce, invece, la sua ricostruzione del fatto storico costitutivo mediante una verifica a ritroso di come si è realizzato un accadimento della vita reale attraverso quei dati conoscitivi che ha acquisito nel corso del processo, al fine di valutare se le prove sono idonee a fondare il giudizio di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

²⁶¹ F.R. DINACCI, cit., p. 24.

²⁶²Prima della riforma avvenuta con l. 479/1999 negli stessi termini, sia pure su una diversa regola di giudizio riservata al giudice dell'udienza preliminare, cfr. Cass. S.U., 21-04-1995.

Si tratta, cioè, di un'attività di verifica delle prove per mezzo di una logica inferenziale che da un giudizio sulle prove conduce a quello di verosimiglianza del fatto da provare²⁶³.

La difficoltà dell'analisi di tale funzione di giudizio sta nella consapevolezza che, nel momento decisionale puro, la logica non opera nel senso che il giudice una volta «ridotta la distanza tra il sommamente probabile ed il grandemente improbabile fino a configurare un semplice dilemma - che esclude la prospettabilità di ogni altra ragionevole soluzione – decide senza escludere la possibilità che la realtà delle cose sia stata diversa» da quella desunta dalle prove. La motivazione pertanto realizza uno strumento giustificativo della decisione, rispetto alla quale si pone come un *posterius*²⁶⁴. E se così è, non è controvertibile che la motivazione deve investire tutte le questioni necessarie alla decisione.

L'accertamento del fatto storico, l'individuazione della portata applicativa della fattispecie astratta ed il giudizio di sussumibilità del fatto storico nel «fatto tipico», mediato da una valutazione di conformità, rischiano di perdere il loro «regolamento di confini».

Il risultato è quello di indebite operazioni di supplenza giudiziaria, sia con riferimento alla «determinazione» di fattispecie sia avuto riguardo all'ampliamento dei poteri investigativi e probatori che, in tal modo, vanno a sostituirsi alla carenza dello schema legale astratto²⁶⁵.

In tale prospettiva la regola dell'oltre ragionevole dubbio ha l'indiscusso merito di porre un freno ad «esuberanze operative» ma, nel contempo, non può che risentire dell'incertezza dell'oggetto della prova.²⁶⁶

E sul punto Dinacci offre, ulteriore precisazione: *“Indipendentemente dal metodo probatorio utilizzato per la ricostruzione del fatto storico oggetto d'imputazione, il giudizio che si andrà ad esprimere non potrà mai essere di certezza assoluta.”*

Infatti, il giudice giunge ad una decisione caratterizzata da una certezza processuale, la quale risponde ad un criterio di credibilità razionale²⁶⁷ che si affianca ad una valutazione non di verità ma di semplice verosimiglianza.

Non a caso il legislatore, proprio in tema di disciplina delle prove, ha bandito l'utilizzo della parola «verità»²⁶⁸.

²⁶³ Sul tema si rimanda alle puntuali osservazioni di GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in AA.VV. *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, p. 78.

²⁶⁴ Cfr. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 236.

²⁶⁵ Sul tema, si rimanda alle argomentazioni di NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181.

²⁶⁶ Cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, p. 539, dove si rileva: «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria) come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alterano ed infine si sovvertono».

²⁶⁷ Sentenza Franzese del 10 luglio 2002.

²⁶⁸ Sul punto, cfr. NOBILI, *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, II, 1990, p. 381.

Vi è quindi una consapevolezza. Il ragionamento logico del giudice, pur adoperando le leggi scientifiche, le regole della logica e le massime di esperienza, non può raggiungere il grado di certezza della verità matematica. Pertanto, la certezza processuale si caratterizza per una percentuale di incertezza costituita anche dalla possibilità di errore umano, anche in ragione della mutabilità nel tempo e della relatività delle stesse leggi scientifiche.

Questo principio di mutabilità, spiega anche come si possa mettere in discussione le massime di esperienza, nella loro capacità di dimostrare la realtà oggetto di valutazione processuale.²⁶⁹

Proprio in ragione di un tale relativismo, il giudice soggiace all'obbligo di un chiara motivazione, di estrinsecare le ragioni della scelta effettuata nell'emanare il provvedimento, il cui schema legale minimo è individuato negli artt. 125, 292 e 546 c.p.p..

La finalità è quella di limitare la libertà valutativa del giudice vincolandolo al rispetto dei requisiti formali controllabili in sede d'impugnazione.

E' necessaria, quindi, la considerazione di qualsiasi accadimento e/o prova, e la valutazione della loro capacità dimostrativa indipendentemente dalla «direzione probatoria» del dato conoscitivo.

L'obbligo di specificare quali prove, emerse in fase dibattimentale, siano state poste alla base della decisione con il correlativo dovere di enunciare le ragioni per le quali non sono state ritenute attendibili le prove contrarie; unitamente all'obbligo di dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati per la deliberazione, denotano «l'esigenza e l'aspettativa che ogni decisione sia adottata nel rispetto delle regole codificate e alla stregua delle regole non codificate della logica razionale, dell'esperienza e della scienza»;²⁷⁰ esigenza ed aspettativa che risultano ancora più rafforzate da quelle regole dirette a presidiare la legalità della prova e, dunque, il materiale conoscitivo utilizzabile ai fini della decisione.

²⁶⁹ DINACCI, cit., p. 40 «L'affermazione svela un vizio di origine nella misura in cui assegna alla massima d'esperienza il ruolo di prova. Ed, infatti, solo il dato conoscitivo è sottoposto alla verifica del contraddittorio; costituendo anzi quest'ultimo il metodo di conoscenza. E' noto, viceversa, come la massima di esperienza non costituisca in sé un dato da valutare, risolvendosi in una mediazione intellettuale attraverso la quale da una prova si giunge alla rappresentazione del fatto da provare. In altre parole si è al cospetto di una regola di valutazione applicabile ad un dato conoscitivo con divieto di sostituirsi al dato probatorio che deve valutare. In tale prospettiva, non appare cogliere nel segno il rilievo secondo cui l'efficacia probatoria delle massime di esperienza non può essere rafforzata dalla loro sottoposizione al contraddittorio in quanto lo stesso potrebbe realizzarsi solo nel giudizio di impugnazione. Qui, al massimo, si potrà procedere ad un'attività di «controllo» del giudizio formulato ricomprendendo in tale attività anche l'eventuale acquisizione di materiale probatorio «utile». Ma, e sul punto non possono essere consentite confusioni, una cosa è il dato probatorio, altra cosa la regola di valutazione dello stesso.»

²⁷⁰GAITO, cit., p.78.

11. 1. In particolare il diritto alla prova

Il diritto alla prova di cui si è parlato fino ad ora trova garanzia a livello costituzionale con l'art. 111 terzo comma Cost., che riconosce la forza resistente dell'art. 6 comma 3 della convenzione Europea²⁷¹.

Ammissa quindi la Convenzione quale fonte sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, l'interpretazione del diritto di difesa e l'individuazione del suo contenuto minimo alla stregua delle norme pattizie, diventa un atto doveroso, al quale la recente giurisprudenza costituzionale si è sottomessa.²⁷²

In sede europea le decisioni si basano su due profili differenti.

Il primo è appunto il valore che la prova può assumere in mancanza di contraddittorio tra le parti: si riconosce, in questi casi la violazione dell'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo se la condanna si basa unicamente o in misura determinante su deposizioni rese da persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare,²⁷³ richiedendosi in una siffatta ipotesi che le dichiarazioni siano corroborate da altri elementi probatori ulteriori rispetto alla prova sottratta al contraddittorio.

L'espressa possibilità per l'accusato di acquisire "ogni altro mezzo di prova", rappresenta una delle garanzie più significative del modello di processo accusatorio; senza dubbio non si ha la discriminazione del diritto alla prova, dando la possibilità di accogliere ogni richiesta da parte della difesa, pur vincolate dai principio ordinari del rispetto di scadenze temporali e vaglio sulla loro necessaria acquisizione da parte del giudice, così come prevede l'art.190 c.p.p..

Pur non essendo stato costituzionalizzato il principio dell'oralità, deve ritenersi ammissibile l'istituto dell'incidente probatorio, ritenuto quasi norma fondamentale sia per l'inutilizzabilità delle testimonianze unilaterali, e sia perché esprime l'assoluta libertà delle parti nella raccolta dei dati probatori, che impedisce le lungaggini smisurate dei processi penali.²⁷⁴

Le testimonianze assunte durante la fase dell'incidente probatorio sono, infatti, valide e utilizzabili ai fini decisori dal giudice procedente, poiché si formano seguendo le regole previste dal dibattimento.

Ai sensi dell'art. 190 1° co. C.p.p., salvo il caso di sopravvenuta irripetibilità, l'imputato può chiedere che siano rinnovate nel dibattimento, purché non manifestamente superflue o irrilevanti, essendo oggetto di libera valutazione del giudice.

²⁷¹ << in quanto norme derivanti da una forza riconducibile a una competenza atipica e, come tali, suscettibili di abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria>> dall'altro che le garanzie ivi stabilite possono già in larga parte considerarsi implicite nel diritto inviolabile di difesa>> Art 24, 2° comma Costituzione

²⁷² Al riguardo v. G.UBERTIS, *Verso un giusto processo penale*, Torino, 1997, p.16.

²⁷³ Corte eur. Diritti dell'Uomo sez. II, 18-05-2010, organisti c. Italia.

²⁷⁴ Il ddl S/2567 sul c.d. processo lungo d'iniziativa dei deputati Lussana e altri approvato in Senato il 29 luglio 2001 che riconosce al giudice il potere di escludere solo le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente non pertinenti, non violando quindi l'art.111 comma 2 della Costituzione e non comprimendo il vaglio del giudice.

Medesima valenza e possibilità procedurale, riconosciuta per il rinvio del dibattimento davanti a collegio diversamente costituito; valide le prove già assunte, ma salvo il diritto di chiedere la rinnovazione delle testimonianze, di cui non appaia manifesta l'inutilità.²⁷⁵

La rinnovazione della prova non è aprioristicamente esclusa, ma viene confinata in ipotesi eccezionali, che sono poco compatibili con il diritto alla prova così come previsto dal comma 3 dell'art 111 Cost.

Esempio ne è l'art. 190 bis c.p.p.²⁷⁶ accusato di essere poco conciliabile con la nostra *mater lex*, poiché pur appoggiando le esigenze di maggiore repressione dei reati indicati dall'art. 51 comma 3 c.p., prescrive un regime differenziato e più severo nella acquisizione delle prove, in ragione della gravità e della pericolosità sociale del reato, che tuttavia potrebbe essere utilmente raggiunto solo attraverso il diritto alla prova e l'applicazione del canone del al di là di ogni ragionevole dubbio.

Tale restrizione anche se tollerata dal precetto costituzionale, sarebbe comunque in tensione con il principio di uguaglianza, poiché nel suo estremismo appare più coerente la prospettiva di chi vorrebbe estendere il regime dell'art. 190 bis c.p.p. ad ogni processo, quale che fosse l'oggetto dell'imputazione.²⁷⁷

Il secondo aspetto a cui afferisce la giurisprudenza europea sono, poi, le forme del contraddittorio, che si dovrebbe realizzare attraverso le dichiarazioni testimoniali rese pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto identificato, in presenza dell'imputato e del suo difensore, oltre che dal giudice, per poi esser sottoposte a confronto con le ragioni della difesa.²⁷⁸

Nella pratica è emerso, anche dall'analisi delle norme suindicate, che risulta difficile attenersi alla lettera della norma europea, per cui la Corte ha ribadito di affidarsi ad un confronto ridotto essendo sufficiente la contestazione, anche in fase antecedente al dibattimento.

²⁷⁵ Con ordinanza 399 del 2001 la Corte ha affermato che, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione della prova ex art. 525 c.p.p. *“non contrasta con gli artt. 25 e 101 Cost. in quanto imposta solo nell'ipotesi in cui sia possibile disporre l'esame e la parte ne abbia fatto espressa richiesta, mentre la prova medesima potrà comunque essere recuperata, attraverso il meccanismo della lettura, qualora il nuovo esame non abbia luogo per sopravvenuta impossibilità o per mancata richiesta delle parti”*.

²⁷⁶ Così recita: Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio [392 ss.] o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238 [511bis], l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600bis, primo comma, 600ter, 600quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 600quinquies, 609bis, 609ter, 609quater, 609quinquies 609octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici e, in ogni caso, quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità.

²⁷⁷ P.FERRUA, cit., p.126

²⁷⁸ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in Id. procedura penale e garanzie europee, Torino, 2006, p.58.

In tal modo, però, il contraddittorio europeo si colloca al di fuori di quello strumento conoscitivo del contraddittorio disegnato dal Costituente.

Ed allora, se così è, a fronte di una differenza qualitativa di tale spessore diventa difficilmente accettabile l'affermazione secondo cui la previsione dell'irripetibilità dell'atto, non contemplata dall'art. 512 bis c.p.p., ponendosi in linea con i parametri europei, salva la norma da ogni censura in forza di un semplice rapporto di specialità con l'art. 512 c.p.p.²⁷⁹.

Tale conclusione sconta fuorvianti scelte di metodo, dirette a valutare la legittimità di una norma sulla base dei soli principi convenzionali che, è bene ricordarlo, costituiscono il contenuto minimo cui gli Stati aderenti devono osservare.²⁸⁰

La stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito che allorquando si scruta la compatibilità ai sensi dell'art. 117 Cost. tra la norma censurata e la Cedu «interposta», occorre verificare se le disposizioni Cedu invocate come integrazione del parametro, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano²⁸¹.

Si può, quindi, dichiarare illegittima la disposizione di legge ordinaria in contrasto con le norme convenzionali, salvo che queste ultime non si pongano in contrasto con la Carta delle leggi.

Come correttamente riconosciuto in sede nomofilattica, le norme della Convenzione, come interpretate dalle pronunce di Strasburgo, «*non possono comportare la disapplicazione di norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se ed in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate...*».

Il diverso opinare, recepito dalla Corte europea, degrada arbitrariamente la violazione del contraddittorio a semplice regola valutativa, in cui i contenuti probatori sono rimessi al libero convincimento del giudice.

In ogni caso, non può farsi a meno di rilevare come la regola valutativa europea, al di là della sua non conformità al dato di rango costituzionale, replichi i vizi delle regole valutative «interne» che si caratterizzano per una «fluidità operativa» che pone le stesse nella difficoltà di assolvere alla funzione di limite al «giudizio arbitrario», sempre più ricorrente attraverso la manipolazione dell'effettivo significato del libero convincimento.²⁸²

²⁷⁹ In tal senso cfr. Cass., S.U., 25-11-2010,

²⁸⁰ P.FERRUA, *La dialettica regola ed eccezioni nell'impianto dell'art.111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di DI CHIARA, Torino, 2009, p. 37.

²⁸¹ C. Cost. 348 e 349 del 2007.

²⁸² F.R.DINACCI, cit., p. 20.

IV capitolo: Modelli di ragionamento probatorio

“Una delle più pericolose illusioni del processo contemporaneo è l’idea che il giudizio penale “non solo tende alla verità, ma è in grado di raggiungerla, perché esso dispone del più potente strumento logico che la mente umana abbia concepito, il sillogismo”¹.

1. Il superamento della concezione moderna di prova

Con la convergenza della civiltà occidentale verso una concezione probabilistica del giudizio sul fatto, l’interesse di dottrina e giurisprudenza verso il modello di ragionamento del giudice, costituito dal metodo deduttivo, ha cambiato direzione.

La deduzione, inferenza di origine Aristotelica², che ha costituito per secoli la via maestra della conoscenza, consiste in un ragionamento predittivo e classificatorio³, che partendo, da una premessa maggiore assiomatica, per mezzo di una premessa minore, giunge alla soluzione del caso concreto.

Nell’inferenza di tipo deduttivo⁴ si ha la seguente sequenza:

Regola - Caso- Risultato

A titolo esemplificativo, l’*iter* logico è il seguente:

Regola: tutti gli uomini sono mortali;

¹ Così F.M. IACOVIELLO, cit., p. 15.

² Famosissimo l’esempio formulato dallo stesso Aristotele:

Premessa maggiore: tutti gli uomini sono mortali;

Premessa minore: Socrate è un uomo;

Conclusione: Socrate è mortale.

³ Cfr. E. FASSONE, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Luisella De Cataldo Neuburger, Isisc, Atti e documenti, 18, Cedam, Padova, 2007, p.244.

⁴ Per lo schema sillogistico della induzione e della abduzione vedi *infra*.

Caso: x è un uomo;
Risultato: x è mortale.

Secondo la concezione moderna di prova, al procedimento probatorio si deve chiedere quell'inconfutabilità logica, che è un criterio essenzialmente scientifico, fondato sul presupposto che, disponendo di una Regola e di un Caso, attraverso un ragionamento di tipo deduttivo, si giunge necessariamente a determinate conseguenze.

Aristotele definiva il sillogismo deduttivo come un discorso in cui “poste alcune premesse, risulta per necessità, attraverso le premesse stabilite, alcunché di differente da esse”.

Un ragionamento, dunque, che partendo dal “generale” arriva al “particolare”⁵.

In quest'ottica la prova altro non sarebbe che una dimostrazione ottenuta, deducendo una proposizione da premesse costituite da assiomi o comunque da proposizioni già provate prima⁶.

Diretta conseguenza è che, un tale tipo di ragionamento non aumenti il sapere empirico, in quanto il Risultato ha lo stesso valore della Regola⁷.

Il limite del metodo deduttivo risiede nel fatto che, assodata la razionalità e la coerenza nel ragionamento, lo stesso non assicura nulla quanto alla falsità o alla verità delle premesse e, quindi, delle conclusioni: se le premesse sono vere le conclusioni sono vere; se le premesse sono solo probabili, anche il risultato sarà tale.

Dalle suddette considerazioni appare chiaro che mentre il metodo deduttivo sia ottimale per il ragionamento matematico, che muove da assiomi, ed altresì, importante per lo sviluppo tecnologico e scientifico, non appare consono al

⁵ ARISTOTELE, *Organon*, Topici, libro I, cap. 1, 100 a. In realtà, si distingue il sillogismo “dimostrativo” o apodittico, basato su premesse sicuramente vere, quello “dialettico”, fondato su elementi che appaiono accettabili a tutti, ma che non è detto siano necessariamente veri, quello “eristico”, costituito da elementi fondati sull'opinione generale. Aristotele definiva altresì il non sillogismo, ovvero il “paralogismo”, costruito su premesse non vere.

Cfr., tra gli altri, A. TRAVERSI, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano 1995, p. 49.

⁶ Nella concezione classica del metodo deduttivo - come afferma C. PERELMAN (*La spécificité de la preuve juridique*, in —*Recueils de la société Jean Bodin*, tomo XIX, «La preuve IV», Bruxelles 1967; ID., *Logica giuridica nuova retorica*, Milano 1979, p. 5) - gli assiomi dovevano essere delle proposizioni perfettamente evidenti: ed era questa la concezione della prova formulata dai logici e dai matematici.

⁷ Nel ragionamento sillogistico di tipo deduttivo - come sostiene Elvio Fassone - “si assume che tutta l'informazione rilevante è già stata introdotta nella premessa e resa disponibile immediatamente”. Cfr. E. FASSONE, *La valutazione della prova*, in *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di Luciano Violante, Milano, 1986, pp. 25-26, il quale afferma che “la deduzione [...] è tipica del ragionare in avanti, e può servire per operazioni intermedie della *detection* (...); ma la deduzione non può servire direttamente per il recupero dei fatti antecedenti”

ragionamento quotidiano e/o giuridico, in quanto in tali campi non sussistono assiomi⁸.

Come osserva Cherubini⁹ “nel ragionamento quotidiano tutte le premesse sono *contingenti*, generate da precedenti inferenze induttive o dall’interpretazione dei dati passibili di reinterpreteazione.

Nel sillogismo:

Chi spara con una pistola lascia su di essa le sue impronte;
Caio ha sparato con una pistola;
Quindi Caio ha lasciato le sue impronte su quella pistola,

la premessa maggiore, presa per vera ai fini deduttivi, è, però, uno schematismo a sua volta generato induttivamente¹⁰, quindi solo probabile; la premessa minore è una congettura investigativa, anch’essa vera solo in via ipotetica”.

Per quanto osservato il metodo deduttivo non pare confacente al ragionamento probatorio in quanto, non assicurando la certezza della premessa maggiore o della premessa minore o di entrambe, non assicura conseguentemente la certezza del Risultato¹¹.

Concepire il procedimento probatorio come un sillogismo deduttivo costituisce un’illusione.

Il processo psicologico che porta il giudice a convincersi per l’assoluzione dell’imputato piuttosto che per la sua colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio

⁸ P. CHERUBINI, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p.283.

⁹ Così testualmente P. CHERUBINI, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 283.

¹⁰ Come osservato sopra l’induzione è utilizzabile negli altri due modelli inferenziali, in quanto permette di risalire dal fatto noto a quello non noto, sia esso susseguente (deduzione) o antecedente (abduzione).

¹¹ Per confermare tale problema legato alla validità della premessa maggiore nel ragionamento deduttivo appare opportuno riprendere l’esempio sopra riportato relativo al convincimento indiziario, il quale “è la risultante di un sillogismo, costituito da:

a) Una premessa maggiore, problematica, fondata sull’esperienza o sul senso comune (es.: di solito colui che esce clandestinamente e di notte con un sacco in spalla, vi ha commesso il furto);

b) Una premessa minore accertata in fatto (es.: l’imputato è stato visto da testimoni mentre usciva clandestinamente, con un sacco in spalla, dalla casa e nella notte in cui fu commesso il furto per il quale si procede)

c) Dalla conclusione, ricavata dal riferimento della circostanza concreta e certa (premesse minore) alla regola di esperienza, astratta e problematica (premesse maggiore)” . Così N. SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, cit., p. 41, il quale altresì osserva che “la correttezza del sillogismo indiziario è strettamente connessa alla esattezza delle massime di esperienza che, se errate, vengono ad attribuire ad un fatto una valenza indiziaria che non gli spetta; ne deriva, altresì, un’ulteriore problematica, di notevole spessore epistemologico e pratico nel medesimo tempo, che involge direttamente l’utilizzabilità delle massime di esperienza come veicolo di inferenza logica nel sillogismo indiziario”

ha ben poco a che fare con un ragionamento di tipo dimostrativo o apodittico; l'idea del sillogismo deduttivo potrà servire a giustificare razionalmente a posteriori, in motivazione per esempio, il ragionamento seguito per giungere alla decisione finale; ma in tal caso allora, costituisce solo una sorta di strumento di controllo successivo dell'operato del giudice e non un metodo cognitivo.

2. Altri sillogismi

Stante il superamento della concezione tradizionale¹² di cui sopra, l'interesse della dottrina italiana alle ipotesi di applicazione di metodi scientifici all'*iter* valutativo ed argomentativo del giudice si è "risvegliato" a seguito della esplicita codificazione nell'ordinamento di un principio generale, che già ispirava il nostro sistema probatorio, ovvero quello della colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio¹³.

Un tale principio, letto in chiave positiva¹⁴, indica inevitabilmente un grado di probabilità necessario, al fine di pervenire ad una condanna al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'Art. 533 comma 1 del c.p.p., così come modificato dall'art. 5 della legge numero 46 del 20 febbraio 2006, introduce nell'ordinamento una delle regole cardine del sistema giudiziario anglosassone: la cd "Beyond any reasonable doubt".

Non tutti attribuiscono realmente carattere innovativo alla sua esplicita consacrazione codicistica. Complementare al canone di valutazione probatoria, che impone di assolvere l'imputato quando la prova della sua colpevolezza risulti mancante, insufficiente o contraddittoria (Art. 530 c.p.p. Comma 2), il rinnovato disposto dell'articolo 533 comma uno del codice di procedura penale si limiterebbe, a giudizio di molti, a rendere esplicito un criterio valutativo già desumibile al contrario da una corretta interpretazione del suddetto canone¹⁵.

¹² Da sottolineare come in dottrina si sia osservato che la concezione dimostrativa della prova sia tipica dei sistemi inquisitori, ove la decisione è vista come una "serie di operazioni burocratiche di deduzione da regole generali che caratterizza la ricerca della verità nei sistemi inquisitori". Cfr G. ILLUMINATI, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1991, voce *accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, vol. I.

¹³ Nel sistema anglosassone la c.d. *beyond any reasonable doubt rule (bard rule)*.

¹⁴ Secondo la dottrina in negativo tale principio sancisce che la colpevolezza dell'imputato può essere affermata anche in presenza di dubbi, purchè non ragionevoli. Cfr sul punto D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in Cass.pen., 2006, p. 2413; FERRUA, *La colpevolezza ogni oltre ragionevole dubbio*, AA. VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di FILIPPI, Padova, 2007, p. 143.

¹⁵ E' di questo parere, tra gli altri, CONTI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 87.

Prima di questo intervento da parte legislatore vigeva l'idea secondo la quale non si poteva prescindere dall'assenza di ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'imputato¹⁶.

Il quadro normativo ed interpretativo, al di là di tutto, si è complicato ancora di più: molti, infatti, hanno provato ad interpretare in chiave probabilistica la regola "dell'oltre ogni ragionevole dubbio " applicando delle concezioni profondamente diverse del calcolo della probabilità, ovvero quella quantitativa o pascaliana e quella logica o baconiana di cui meglio in seguito.

Da notare, altresì, come l'aggettivo "ragionevole" comporti implicitamente, già nel dato letterale del principio, l'osservazione che si possa acquisire un grado di probabilità elevata di colpevolezza (c.d. verdetto di colpevolezza *a quote elevatissime di probabilità assoluta*¹⁷), ma mai la certezza.

Al fine di raggiungere tale utopia di certezza, si è cercato di applicare al procedimento probatorio i metodi sillogistici, che a loro volta, in parte del loro procedimento conoscitivo, o nella Regola o nel Caso a seconda del metodo adottato, come in seguito analizzato, si riportano e si affidano a metodi di analisi della realtà, basati su metodologie scientifico – probabilistiche.

Tale idea di utilizzare il metodo sillogistico nel procedimento probatorio rientra, altresì, nell'ottica moderna del concetto di prova, in quanto risponde sostanzialmente ad una razionalità scientifica applicata ai fenomeni ed alla realtà fattuale.

I metodi sillogistici si possono suddividere in tre tipologie, ciascuna delle quali si compone e si differenzia dalle altre, a seconda della forma di inferenza utilizzata, ovvero sillogismo di tipo deduttivo, induttivo ed abduttivo.

Prima di analizzare analiticamente come si sia cercato, in dottrina, di applicare tali metodi al ragionamento probatorio, occorre, preliminarmente chiarirne l'*iter* logico.

Partendo dal presupposto che ciascuno di essi è comunque composto da una premessa maggiore (Regola), una premessa minore (Caso) e dalla soluzione del sillogismo (Risultato), occorre analizzare come la composizione di tali elementi porti ad una diversa argomentazione logica¹⁸.

¹⁶ Vedi CANZIO, *L'oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, 2004, pp. 303 ss.

¹⁷ Così CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, p. 55, il quale si riferisce usando tale espressione, altresì, alla c.d. certezza meramente processuale di cui alla sentenza Cassazione a Sez. Unite c.d. Franzese, di cui meglio in seguito.

¹⁸ Come analizzato sopra, La deduzione, inferenza di origine Aristotelica, che ha costituito per secoli la via maestra della conoscenza, consiste in un ragionamento predittivo e classificatorio, che partendo, da una premessa maggiore assiomatica, per mezzo di una premessa minore, giunge alla soluzione del caso concreto.

Nell'inferenza di tipo deduttivo si ha, dunque, la seguente sequenza:

Regola - Caso- Risultato A titolo esemplificativo, l'*iter* logico è il seguente:

Regola: tutti gli uomini sono mortali;

Caso: x è un uomo;

Risultato: x è mortale.

Oltre al metodo deduttivo, di cui meglio sopra, possiamo distinguere il metodo induttivo e quello abduttivo.

La forma di inferenza induttiva estrae una legge (la premessa maggiore assiomatica nel sillogismo aristotelico) dall'osservazione e dall'analisi di più fatti concreti.

In tal caso, indi, abbiamo la seguente sequenza logica:

Caso - Risultato - Regola

A titolo esemplificativo:

Caso: questo corvo è nero;

Risultato: i corvi che ho visto sono tutti neri;

Regola: Tutti i corvi sono neri.

L'abduzione, infine, consente di risalire da un determinato fenomeno concreto al suo antecedente logico¹⁹, secondo il seguente schema:

Risultato - Regola - Caso

A titolo esemplificativo, si supponga:

Risultato: Ci sono sacchi di neve a bordo dell'autostrada;

Regola: il sale serve a sciogliere la neve;

Caso: i sacchi di sale a bordo dell'autostrada servono per la neve.

Dal ragionamento di cui sopra si abduce, dal Risultato, ovvero dal fenomeno concreto che ci sono sacchi di neve a bordo dell'autostrada, attraverso la Regola, un fatto nuovo, che è antecedente logico, ovvero che nevierà.

Come si evince dai semplici esempi sopra riportati, l'unico metodo di inferenza che consente di aumentare la conoscenza è l'abduzione; di contro sia la deduzione sia l'induzione non adducono ulteriori conoscenze fattuali: la prima perché la conclusione è in realtà racchiusa nella premessa (in realtà che x fosse uomo mortale lo si conosceva già dalla premessa maggiore – Regola), la seconda, perché, attraverso l'osservazione di più fenomeni concreti, alla fine, pur

¹⁹ Sul punto E. FASSONE, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 244, apporta un esempio illuminante: “dalla presenza di frammenti di vetro all'interno dell'ambiente si può abduire che il ladro sia passato dal terrazzo, ma nulla vieta di pensare che ciò sia stato un artificio di chi ha operato essendo già all'interno, al fine di depistare”.

determinando una regola – legge, non si apporta al ragionamento alcuna conoscenza *ex novo*²⁰.

Per tali ragioni parte della dottrina, di cui meglio in seguito, ritiene che, in ambito probatorio, il metodo abduttivo sia il più proficuo, in quanto è l'unico in grado di accrescere le conoscenze fattuali; di contro, però, è lo schema dotato di una forza logica minore rispetto a quelli induttivo e deduttivo, in quanto la Regola, che permette di ricavare dal Risultato l'antecedente logico, non è certa, ma è essa stessa opinabile, in quanto basata o su dati empirici o su quelli statistici.

Per esempio “che il possessore della refurtiva sia il probabile autore del furto non deriva dall'averlo mille volte constatato – se così fosse sarebbe la constatazione e non l'abduzione a fornire la prova -, ma dall'averlo mille volte affermato sulla base di una prognosi meramente empatica”²¹.

La prova scientifica altro non è se non il caso in cui sia la scienza a fornire la Regola che permette di risalire all'antecedente logico del Risultato (se sul corpo del reato è presente un'impronta e l'impronta di Tizio, così come rilevata dalla polizia giudiziaria, è uguale, la scienza conduce ad affermare che Tizio ha toccato quell'oggetto).

La *quaestio*, come verrà analizzato, si concentrerà, oltre che sulla fallacia delle regole scientifiche, sull'osservazione che tali antecedenti logici, anche se raggiunti in base a leggi scientifiche valide non conducano di per sé, se non avvalorati da altri elementi, alla colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio.

Nell'esempio addotto il fatto che Tizio abbia toccato il corpo del reato non assicura che lo abbia toccato al fine di commettere il delitto, ben potendo essere, che egli abbia toccato l'oggetto in un'altra circostanza e che l'effettivo autore del reato indossasse i guanti.

Premesso quanto sopra, pare opportuno ai fini della presente disamina, analizzare i diversi modelli di inferenza e valutare se e con quali risultati siano applicabili al ragionamento probatorio.

²⁰ Sul punto appare, però opportuno osservare come l'induzione sia utilizzabile negli altri due modelli inferenziali, in quanto permette di risalire dal fatto noto a quello non noto, sia esso susseguente (deduzione) o antecedente (abduzione). Così E. FASSONE, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 244.

²¹ Così E. FASSONE, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 244.

3. Il metodo induttivo: da una probabilità “quantitativa” ad una probabilità “logica”

Accanto al sillogismo di tipo deduttivo, Aristotele stesso indicava un'altra forma di ragionamento, quello induttivo, il quale, contrariamente alla deduzione, parte da casi “particolari” per arrivare al “generale”.

Il metodo induttivo rientra in un'impostazione di tipo scientifico - sperimentale, secondo la quale si ricostruisce la “Regola” attraverso l'osservazione dei casi particolari.

Il metodo induttivo ed il conseguente concetto di probabilità è stato studiato da molti filosofi tra cui Bacone, Locke, Hobbes, Leibnez, Hume, Bentham, ma colui che ha formalizzato un *modus operandi* è stato Thomas Bayes²².

Il merito di Bayes consiste nell'aver codificato un teorema relativo alla c.d. “probabilità delle cause”, che permette di correggere la stima di probabilità: precisamente se è già presente una stima preliminare di probabilità del verificarsi di un evento e si conseguono, in seguito, nuove informazioni, è possibile correggere la nuova esatta probabilità a posteriori.

Bayes lega la probabilità a priori di $P(A)$ con la probabilità a posteriori $P(A/B)$ ²³.

Quindi, data un'ipotesi iniziale alla quale viene assegnata una fiducia *a priori* (espressa da 0^{24} a 1^{25}) ed una nuova evidenza, la regola di Bayes illustra il modo corretto per revisionare la fiducia *a priori* nell'ipotesi alla luce della nuova evidenza²⁶.

Applicato al ragionamento giuridico, lo schema di Bayes permette di verificare il grado di un'ipotesi H data una prova E .

Secondo quanto rilevato sopra il teorema di Bayes afferma che “ $P(H/E)$ ovvero il grado di probabilità di un'ipotesi H data la prova E si calcola moltiplicando $P(H)$ (la probabilità “iniziale” di H misurata in base alla frequenza relativa degli eventi della classe in cui H rientra) per il c.d. “quoziente di verosimiglianza” di E .”

²² (Londra, 1702 – Royal Tunbridge Wells, 17 aprile 1761); è stato un matematico e ministro presbiteriano britannico. Deve la sua fama ai suoi studi nel campo della matematica e della filosofia; è noto soprattutto nella statistica per il teorema di Bayes, vertente sulla probabilità condizionata, pubblicato postumo nel 1763.

²³ Il Teorema di Bayes in formula è il seguente: $P(A/B) = P(B/A) P(A) / P(B)$, il tutto fratto $P(B)$. Cfr CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, pp. 56 ss.

²⁴ Che indica l'impossibilità.

²⁵ Che indica la certezza.

²⁶ Cfr. P. CHERUBINI, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 254.

Il quoziente di verosimiglianza di E si ottiene dividendo P (E/H) per P (E/non H), cioè la probabilità che la prova E consegua al fatto ipotizzato in H per la probabilità che E non consegua ad H.

Se il quoziente è superiore a 1 perché P (E/H) è maggiore di P (E/non H), l'ipotesi H si afferma sostenuta da E; nel caso contrario, l'ipotesi H è indebolita dalla prova E.

Se, infine, le due eventualità sono equiparabili, E deve essere considerata irrilevante per H.

La differenza tra la probabilità iniziale e le probabilità finale misura il grado di conferma che la prova E assegna all'ipotesi H²⁷.

Sul punto occorre osservare che il ciclo inferenziale di Bayes potrebbe ripetersi sino all'infinito.

Ogni qualvolta si presenti una nuova prova E, quella che nell'inferenza era la quota finale diviene la quota iniziale, che, moltiplicata per il rapporto di Bayes relativo alla nuova prova E, dà luogo ad una nuova probabilità finale e così via²⁸.

Se si applicasse il suddetto teorema ad una ipotesi di partenza aggiungendo man mano le prove E a disposizione del giudice, si giungerebbe ad avere una probabilità finale, sia in positivo: probabile al n%; sia in negativo: 1-n%, ovvero la percentuale che l'ipotesi sia infondata.

Il problema a questo punto si sposta nella valutazione di quale sia la percentuale di probabilità oltre la quale, secondo l'accezione della colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio" in negativo, il dubbio sia irragionevole (che potrebbe essere 90 - 95 - 99%).

La dottrina ha criticato sotto vari aspetti il teorema di Bayes²⁹: la critica più cogente si è concentrata sul fatto che, come analizzato, di tutto il teorema di Bayes, che lega la probabilità a priori di P(A) con la probabilità a posteriori P (A/B), ci debba comunque sempre essere una probabilità di colpevolezza a priori³⁰, anche prima dell'esistenza di qualsiasi prova E.

²⁷ Così CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, p. 56, nota 25.

²⁸ A.MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in Cass. Pen., 2004, pp. 1808 ss.

²⁹ Secondo CHERUBINI, in P. CHERUBINI, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 280, la fallacia di un siffatto modello di ragionamento risiede, altresì, in altre due ragioni: la prima si esplica nella considerazione che il teorema di Bayes somma semplicemente le prove E per calcolare la probabilità dell'ipotesi H, ma non le pondera; non prende cioè in considerazione il peso probatorio di ogni singola prova. La seconda ragione è che il teorema di Bayes inevitabilmente misura solo il grado di probabilità dell'ipotesi sulla base delle prove addotte (c.d. probabilità subordinata); quando, invece, per un corretto rispetto del principio dell'*in dubio pro reo* sarebbe necessario giungere ad un livello elevato di probabilità. Cfr. altresì, CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, p. 59.

³⁰ Cfr. P. CHERUBINI, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 280, il quale riporta che alcuni autori propendono per una probabilità a priori pari a 0.

Secondo Cherubini, però, assegnare 0 alla probabilità a priori non implica il ragionamento di un giudice che applichi la presunzione di innocenza, in quanto $p=0$ significa "impossibilità": ritenere che la probabilità a priori di colpevolezza sia nulla equivale a ritenere che è impossibile che l'imputato sia colpevole. Conseguentemente il processo non dovrebbe nemmeno svolgersi.

Da sottolineare, altresì, che, nell'evoluzione della formula di Bayes, si è cercato di "sganciare" tale metodo dal concetto di numero ed, in particolar modo, dal problema del numero "a priori" ed a posteriori.

Nella nuova concezione del metodo di Bayes si sono superati i limiti epistemologici sopra accennati, concentrando l'attenzione sull'inferenza che una determinata prova E apporti alla quota finale rispetto alla quota iniziale, a prescindere da quali valori numerici si attribuiscono alla probabilità *a priori*; quello che rileva, infatti, è la forza probatoria della prova E rispetto all'ipotesi di partenza.

All'uopo il modello bayesiano ha trovato un correttivo ovvero la costruzione di reti bayesiane, cioè diagrammi formati da vertici o nodi e da frecce che uniscono i nodi, illustrando le relazioni di dipendenza probabilistica tra le ipotesi ed i diversi elementi di prova.

Nel reticolo così formato, denominato "network bayesiano" a ciascun nodo possono essere attribuiti valori diversi per valutare l'effetto di ogni variazione sulle diverse componenti del modello.

L'esito finale è costituito non da uno o più risultati numerici, ma dalle informazioni acquisite circa l'ordine di grandezza dell'impatto che la modifica di talune variabili ha sull'ipotesi di partenza³¹: si riesce, così, a verificare l'impatto della prova E sull'ipotesi I, a prescindere da qualsiasi valutazione numerica dell'ipotesi *a priori*.

Il bayesianesimo ha acquisito un crescente consenso in vari settori della scienza soprattutto nella seconda metà del XX secolo, ma proprio nell'ambito dell'epistemologia si sono levate anche voci di dissenso.

Si ricordano, al proposito i nomi di Jonathan Cohen e Clark Glymour.

Al contrario, Glymour in "Why I am not a Bayesian" sottolinea il divario tra l'effettiva pratica scientifica e l'idealizzazione del ragionamento offerta dai bayesiani.

Si sviluppa, così, un approccio antagonista al problema dei rapporti tra probabilità ed accertamento dei fatti.

Il presupposto fondamentale è che la probabilità di un'ipotesi consiste in una relazione logica tra le ipotesi e le prove che la supportano.

La stima probabilistica non andrebbe commisurata al grado di convincimento razionale del soggetto che valuta le prove, bensì al grado di conferma che le prove forniscono oggettivamente all'ipotesi.

Secondo l'autore il giudice a priori dovrebbe considerare più probabile che l'imputato sia innocente piuttosto che colpevole; dovrebbe quindi attribuire una probabilità a priori di colpevolezza più bassa, ma non nulla.

³¹ Cfr E.M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 26, la quale osserva "Ne esce confermato indirettamente l'assunto che il calcolo delle probabilità è importante "non per i numeri ma per la struttura che impone ai nostri ragionamenti". Il ricorso a modello astratto può valere perfino a frenare il rischio di un processo fatto coi numeri dove ciò che non si può contare non esiste". Cfr, altresì, GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in Cass.pen., 2007, p. 326.

Aderire a questa impostazione significa, in primo luogo, prefiggersi l'ambizioso obiettivo che la teoria bayesiana non è in grado di raggiungere: individuare chi i criteri che rendono una congettura buona anziché cattiva, una credenza più giustificata di un'altra; tracciare, sul terreno dell'accertamento giudiziale, le coordinate all'interno delle quali le inferenze probatorie su cui poggia la decisione del giudice possono ritenersi razionalmente fondate³².

Nasce da questa contestazione il dissenso dei personalisti più convinti.

L'illusione che esista una qualche logica tra l'evidenza di cui si dispone e l'ipotesi da verificare cadrebbe al cospetto dell'invincibile confutazione humeana del ragionamento induttivo³³.

Va ricordato che altri seguaci di Bayes negano che il requisito della coerenza sia sufficiente a soddisfare le condizioni di razionalità del giudizio probabilistico ed ammettono la possibile coesistenza dei due modelli, ovvero, in sostanza, la possibilità di coniugare la teoria logica baconiana con quella quantitativa pascaliana.

Comunque, l'impossibilità di esprimere in termini numerici il grado di probabilità logica della colpevolezza evocato dall'articolo 533 del codice di procedura penale non esclude che possa essere effettuata una comparazione di tipo quantitativo tra lo standard probatorio coincidente con l'assenza di ragionevoli dubbi e quello implicito nei criteri di valutazione della prova diversi dalla *bard rule*.

Secondo altra parte della dottrina, qualunque disposizione di legge che richieda la prova di un fatto postulerebbe, invece, l'applicazione del canone *beyond any reasanoble doubt*, non potendosi definire automaticamente provato, nel linguaggio giuridico come in quello comune ciò che non risulta approvato al di là di ogni ragionevole dubbio. Per cui, il significato del termine provare rimarrebbe invariato anche nelle norme processuali che evocano soglie cognitive attenuate rispetto alla prova piena del fatto.

Il suddetto metodo di tipo quantitativo – baconiano è stato di recente messo in discussione anche da una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la sentenza Franzese.

Detta sentenza, come noto, ha affermato il paradigma della "probabilità logica", in linea con l'assunto della necessità di raggiungere la prova della colpevolezza al di là di ogni "ragionevole dubbio"³⁴.

Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite i giudici devono prendere in considerazione le leggi scientifiche (anche statistiche) sub condizione che dette

³² Cfr CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, p. 62.

³³ HUME, *Ricerche sull'intelletto umano*, in *Opere*, II, Bari, 1987.

³⁴ Il giudice, come precisato da coloro che si sono approcciati alla sentenza della Corte di Cassazione, deve effettuare una duplice operazione logico valutativa: per prima cosa deve formulare un'ipotesi circa il caso che ha prodotto il risultato (secondo un'inferenza di tipo abduittivo) ed in secondo luogo scegliere l'ipotesi migliore tra quelle compatibili con i dati probatori (inference to the best explanation). O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, pp. 358 ss.; Cfr altresì, P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. proc. Pen.*, 2012, pp. 1225 ss.

leggi siano non solo applicabili al caso concreto, ma anche coniugate con tutte le circostanze disponibili nel caso specifico; di talché l'evento rappresenta la conseguenza della condotta colpevole (e quindi sussiste nesso di causalità) quando vi sia un "alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica".

Così, alla ritenuta insufficienza del criterio della probabilità statistica è subentrato il paradigma della "probabilità logica"³⁵.

Le Sezioni Unite aderiscono al concetto di probabilità logica o baconiana, la quale fugge da certezze espresse in termini numerico – statistici, per sancire come, anche in presenza di una “certezza processuale” di natura probabilistica (alto grado di credibilità), la cognizione del giudice rimane connotato inevitabilmente da incertezza, che rientra nel concetto meglio sopra espresso di dubbio non ragionevole³⁶.

Le Sentenza Francese ha introdotto il concetto di "certezza processuale" nel caso concreto, la cui ricostruzione causale deve essere credibile in misura alta o elevata, superando il concetto di “certezza assoluta”, che si caratterizzava per operare una ricostruzione del decorso causale in termini puramente astratti³⁷.

³⁵ La distinzione tra probabilità statistica e logica risale a Rudolph Carnap (filosofo e logico tedesco, naturalizzato statunitense, membro del circolo di Vienna ed esponente del neopositivismo), per il quale la probabilità statistica si ferma alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa alla successione di determinati eventi ed è quindi riferibile “a tutti gli eventi” (G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in D&Q, 2005, p.15), mentre la probabilità logica “contiene la verifica aggiuntiva dell’attendibilità dell’impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasive e razionale credibilità dell’accertamento giudiziale” (G. CANZIO, *Nesso di causalità nell’attività medica*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 15). Da osservare, altresì, che il rapporto tra probabilità logica e probabilità statistica è stata espressa dall’equazione di Hempel $pHK=R$ dove p rappresenta il grado di probabilità dell’ipotesi H e R rappresenta la capacità di resistenza alle contro ipotesi. Tale capacità è proporzionale alle quantità di informazioni (K), coerenti con l’ipotesi.

³⁶ O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, pp. 358 ss.

³⁷ Per la sentenza Francese quanto alla verifica avente ad oggetto la validità dell’ipotesi statistica nel caso concreto, per raggiungere la prova della *condicio sine qua non* con altro grado di credibilità razionale, essa può trarsi *dalla vicenda clinica delle vittime, analiticamente illustrata nella sentenza di merito, emergendo che, in linea di massima, in sintonia con lo studio di Casale Monferrato, il rischio decresce (anche nel solo senso che l’insorgenza della malattia si allontana nel tempo) con il trascorrere del tempo dall’ultima esposizione, di talché è facile concludere che ogni assunzione successiva aumenta il rischio*. Cfr. S. ZIRULA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle “morti da amianto”*. *Brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Fincantieri*, in www.penalecontemporaneo.it.

Da osservare che specifiche problematiche si riscontrano nelle ipotesi di esposizione a sostanze pericolose (c.d. nuove fonti di rischio).

Nei casi di accertamento di responsabilità per i danni alla vita e all’integrità fisica conseguenti all’esposizione all’amianto, la giurisprudenza precedente alle Sezioni Unite si era assestata sul paradigma del c.d. aumento del rischio, nell’ambito del quale si distinguevano due ragionamenti. Secondo un primo orientamento – che guardava al decorso causale reale – si affermava sussistere la responsabilità quando si accertava nei fatti che la mancata adozione del comportamento alternativo lecito – idoneo ad impedire l’evento – aumentava il rischio di verificazione dell’evento. Una diversa soluzione prendeva parimenti avvio dalla ricostruzione del decorso causale reale e dall’individuazione del comportamento alternativo lecito astrattamente idoneo ad impedire l’evento ma non richiedeva la verifica in concreto in punto capacità del comportamento ad impedire l’evento.

Allontanatosi, però, dalla credenza di poter raggiungere una assoluta verità processuale, occorre capire quale sia il *quantum* di incertezza ammissibile, sempre in corrispondenza del principio della colpevolezza ogni oltre ragionevole dubbio.

La sentenza Franzese ha dato una risposta parziale al quesito, preferendo la probabilità logica a quella statistico frequentista³⁸.

Prima di analizzare la probabilità logica o baconiana, risulta necessario, altresì, osservare come il discorso sul nesso eziologico connesso al giudizio di

Lo stesso canone interpretativo è stato utilizzato anche successivamente alla pronuncia Franzese: si è affermato che sussiste il rapporto di causalità non solo quando l'omissione dell'intervento doveroso avrebbe evitato l'evento prodottosi in concreto o ne avrebbe cagionato uno di minore intensità lesiva ma anche quando l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani oppure quando alla condotta sia ricollegabile un'accelerazione dei termini di latenza di una malattia provocata da altra causa. Al suesposto paradigma si obietta che, nel caso di patologie multifattoriali, l'accertamento della probabilità dell'aumento del rischio sia insufficiente in quanto deve anzi accertarsi la causalità specifica. Altro filone giurisprudenziale ha abbandonato il paradigma dell'aumento del rischio in favore di quello della c.d. spiegazione causale che propone quesiti in ordine alla questione della "dose-dipendenza" o meno delle malattie ricollegabili all'esposizione all'amianto. Un orientamento giurisprudenziale maggioritario ha affermato che tutte le patologie – vale a dire asbestosi, carcinoma e mesotelioma – sono dose-dipendenti: più alta è la dose di cancerogeno assorbita più elevata è la risposta patologica, maggiore l'incidenza, minore la durata della latenza (con conseguente anticipazione dell'evento letale). Questo filone apre alla spiegazione causale fondata non solo sulle leggi scientifiche, ma altresì sulle generalizzazioni empiriche basate del senso comune, nonché su rilievi epidemiologici. Secondo la giurisprudenza di legittimità, invece, non vi sarebbe certezza scientifica riguardo alla spiegazione del rapporto tra esposizione e latenza per tutte e tre le patologie, ma solo per alcune. Un'altra questione evidenziata dalla giurisprudenza attiene all'incertezza scientifica riguardo alla rilevanza causale delle dosi successive a quella c.d. killer.

La problematica è connessa al fatto che la condotta censurata attiene profili omissivi che si caratterizzano per la concretizzazione del principio di "equivalenza tra cagionare e non impedire" quando vi sia un dovere giuridico in tal senso (c.d. posizione di garanzia). Le ragioni di tale accostamento tematico risiedono nel fatto che, in realtà, nelle imprese in cui si lavorava con l'amianto, si è verificata nel tempo una successione nella titolarità delle posizioni di garanzia, cui è conseguita la difficoltà, sul piano concreto e processuale, di accertare quando ha avuto avvio la patogenesi e chi ne sia responsabile alla luce dell'accertamento del nesso specifico tra l'attività (od omissione) del garante e la malattia.

Ragionare di responsabilità nel settore in parola – così come di quello di responsabilità medica, di infortunistica sul lavoro o di incidenti stradali – implica la necessità di non trascurare l'elemento soggettivo della "colpa", con la difficoltà di accertamento della "causalità della colpa" – necessità imposta dall'esigenza di non rinnegare il principio di personalità della responsabilità penale – che deve essere accertata in modo rigoroso e non già quale mero effetto della violazione di norme cautelari. Se il nesso di causalità in generale è il legame che intercorre tra la condotta dell'agente e l'evento (è la "causalità della condotta" che consente l'imputazione oggettiva del fatto al soggetto), la "causalità della colpa" riguarda più specificamente la verifica della riconducibilità dell'evento alla colposa violazione delle norme cautelari. Sul punto la giurisprudenza ha affermato che nei reati colposi d'evento non si può presumere – di per sé – la sussistenza del nesso causale tra il comportamento inosservante delle regole cautelari e l'evento dannoso verificatosi in concreto; l'accertamento della violazione della norma cautelare è necessario ma non sufficiente perché si deve altresì indagare se il rischio che la norma cautelare mira a prevenire si sia effettivamente concretizzato. Per un approfondimento sulla sentenza Franzese, cfr. MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive, tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.* 2003, pp. 58 ss.; STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 3643; MASSA, *Le Sezioni unite davanti a «nuvole e orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pp. 3661 ss.

³⁸ O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 359.

elevata probabilità logica, cui sono pervenute le Sezioni Unite penali della Cassazione con la sentenza *Franzese*, è stato svolto nel 2002 e quindi ancor prima dell'entrata in vigore dell'art. 5 L. n. 46/2006 sul principio dell' "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Quest'ultimo principio, una volta codificato, ha oggi ampliato in senso ancor più garantista il discorso sul nesso eziologico³⁹, richiedendosi, ai fini dell'affermazione della sussistenza del nesso eziologico e quindi della penale responsabilità, una *elevata probabilità logica, al di là di ogni ragionevole dubbio*.

Da rilevare quanto al nesso eziologico, altresì, che parte della dottrina ha rilevato un punto debole nel giudizio della Cassazione che annulla con rinvio le sentenze di merito, invitando il giudice del rinvio a valutare dialetticamente le opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, legandola ai dati scientifici.

Il nodo problematico è stato riscontrato nell'incapacità del giudice di scegliere (e motivare) la ricostruzione della causalità dal punto di vista scientifico, che – a fronte dell'incertezza della legge scientifica esplicativa del decorso causale – dovrebbe arrendersi all'impossibilità di affermare la responsabilità.

Nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite intervenga in un caso di responsabilità medico chirurgica, la portata della sentenza ha avuto ricadute di fondamentale importanza su tutti i casi di accertamento del nesso causale.

In particolare la Corte afferma la validità del metodo della teoria condizionalistica⁴⁰; ciò che rileva ai presenti fini è che il metodo attraverso il quale si debba verificare la rilevanza causale di una data condotta consista nell'espletamento del c.d. giudizio controfattuale, ovvero nell'eliminazione materiale della condotta, cui deve conseguire il venir meno dell'evento.

La condotta potrà dirsi *condicio sine qua non* dell'evento solo se l'evento stesso rientri "nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica – "legge di copertura"- frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi del "tipo" di quello verificatosi in concreto"⁴¹.

In generale, la giurisprudenza di legittimità ha, altresì, evidenziato la differenza tra c.d. causalità generale (astratta relazione tra il fattore pericoloso e l'evento patologico) e c.d. causalità singolare, affermando – nello specifico settore

³⁹ Per un approfondimento sul nesso eziologico, vedi sopra nota 37.

⁴⁰ A danno dell'accertamento prognostico postulato dai sostenitori della teoria dell'aumento del rischio.

⁴¹ Così testualmente la sentenza *Franzese*. Da notare come con tale affermazione le Sezioni Unite accolgano il criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche elaborato da Stella, secondo cui il giudizio sul nesso causale dovrebbe essere svolto nel rispetto di criteri che consentano di spiegare oggettivamente perché l'evento si sia verificato. Secondo il pensiero dell'autore "ciò che deve spiegarsi (*explanandum*) è reso intellegibile col venir ricondotto ad una classe di leggi naturali (*explanans*)". Di conseguenza "la spiegazione di un accadimento particolare può essere ottenuta solo impiegando il concetto di "successione regolare" e quindi coprendo l'evento da spiegare con una legge o, se si preferisce, sussumendo l'evento medesimo sotto una legge". Cfr F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 94 ss.

in parola – che la metodologia di indagine del nesso causale si snoda attraverso l'accertamento dell'esistenza di una legge scientifica (universale o solo statistica) sufficientemente consolidata in ordine all'effetto acceleratorio della protrazione dell'esposizione alla sostanza pericolosa; in via gradata, nell'ipotesi in cui la legge sia solo probabilistica, occorre verificare se, tenuto conto delle acquisizioni fattuali, l'effetto acceleratore si sia determinato in concreto e, infine, se alla luce delle conoscenze scientifiche, possa affermarsi con sicurezza una relazione causale relativa al tempo in cui è insorta la patologia.

La sentenza Franzese ha stabilito che sia la c.d. causalità generale che quella singolare debbono essere oggetto di un autonomo giudizio controfattuale bifasico, imponendosi una verifica non solo della affidabilità della relazione espressa dalle leggi di copertura (giudizio di causalità generale), ma, altresì, la verifica della validità della stessa in rapporto al singolo caso concreto (giudizio di causalità individuale).

Una siffatta differenziazione risulta necessario in campo giudiziale in quanto il diritto non è una scienza il cui scopo consista nella ricerca di regolarità nomiche, ma è, al contrario, indirizzata alla spiegazione di fatti concreti.

Nella prima parte del giudizio (accertamento causalità generale) la valutazione del giudice ha carattere probabilistico, in quanto il giudice è obbligato a rifarsi a conoscenze oggetto di altre discipline conoscitive⁴², il cui scopo è l'interpretazione di dati statistici al fine di pervenire a relazioni causali probabilistiche.

Successivamente il giudice, come analizzato, dovrà affrontare la questione della applicabilità della legge generale al caso concreto.

Tornando al concetto di probabilità logica, introdotto dalla Corte, occorre osservare come il presupposto fondamentale della logica induttiva baconiana risieda nell'affermazione che la probabilità di un'ipotesi consista in una relazione per l'appunto logica tra le ipotesi e le prove che la supportano; intesa come grado oggettivo e non soggettivo di conferma che le prove adducono all'ipotesi⁴³.

Muovendo dal suddetto concetto di “probabilità logica”, parte della dottrina⁴⁴ auspica un accertamento del giudiziale diviso in due fasi⁴⁵:

- Una prima fase prevede che il giudice debba formulare le ipotesi sulla base del caso secondo il metodo abduttivo;

- In seguito il giudice deve scegliere l'ipotesi più convincente in base ai dati probatori (*inference to the best explanation*).

⁴² A titolo esemplificativo, l'epidemiologia, che studia le malattie professionali.

⁴³ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu – Messineo, cit., pp. 199 ss.

⁴⁴ O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit, pp. 358 ss.; Cfr altresì, P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, cit. , pp. 1225 ss.

⁴⁵ CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., p. 63.

In entrambe le operazioni, però, le regole inferenziali sono di tipo induttivo, ricavate empiricamente dall'osservazione di casi simili: qui risiede la fallacia del metodo logico – induttivo, come dimostrato dalla teoria falsificazionista di Popper.

3.1. Il metodo falsificazionista di Popper

Il problema dell'induzione risiede nella giustificazione di quelle inferenze che, partendo da premesse basate sull'osservazione, pervengono ad asserzioni dotate di un contenuto informativo maggiore rispetto a quelle da cui derivano⁴⁶.

I neo-positivisti non cercavano risposte a tale *quaestio*, poiché ritenevano che fosse compito dell'epistemologia dimostrare la validità delle teorie scientifiche a partire da asserti singolari di osservazione; in altre parole ai neo-positivisti interessava il “contesto della giustificazione” e non quello “della scoperta”⁴⁷.

Secondo il pensiero popperiano il problema dell'induzione (o *problema di Hume* per usare il linguaggio utilizzato da Popper) è essenzialmente logico⁴⁸.

Per quanto riguarda il problema logico, Popper pone una domanda: “siamo giustificati razionalmente a trarre dai ripetuti esempi che abbiamo osservato agli esempi di cui non abbiamo avuto conoscenza?”

Secondo Popper è illusorio credere che da una serie finita di asserzioni singolari, si possa pervenire ad asserzioni di carattere universale.

Popper parte dal presupposto che un'affermazione universale affermativa è logicamente equivalente ad un'affermazione universale negativa; ma un'affermazione esistenziale negativa altro non è se non un'affermazione di *non esistenza*.

Mentre l'esistenza può essere provata l'inesistenza no.

Appare opportuno introdurre l'esempio addotto dallo stesso Popper⁴⁹: l'asserzione universale (frutto del metodo induttivo) per cui “Tutti i cigni sono bianchi” è logicamente equivalente alla asserzione “Non esiste un cigno scuro”⁵⁰.

⁴⁶ Cfr K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni*, traduz. Italiana, Bologna, *Il mulino*, 1972, p. 100 e K.R. POPPER, *Conoscenza. Un punto di vista evoluzionistico*, trad. it., Roma, Armando, 1975, p. 20.

⁴⁷ Uno dei presupposti principali della concezione positivista è la netta distinzione tra “contesto della scoperta” e “contesto della giustificazione”, ovvero tra il procedimento che riguarda la genesi delle teorie scientifiche ed il metodo con cui si cerca di saggiare la validità di queste teorie. Popper accetta tale distinzione, ma non condivide l'idea positivista che la soluzione circa il “contesto della scoperta” sia compito dell'epistemologia.

⁴⁸ In realtà Popper distingue tra problema logico e problema psicologico dell'induzione, ma in questa sede appare rilevante solo l'analisi del c.d. problema logico dell'induzione.

⁴⁹ Cfr K.R. POPPER, *Logik der Forschung*, Wien, 1935, trad. inglese: *The logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London, 1959; traduzione italiana: *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, pp. 54-56.

Per Popper, mentre l'esistenza può essere verificata in modo conclusivo e la ricerca di un cigno scuro può giungere a conclusione, l'inesistenza non può essere provata: infatti non si può setacciare tutto l'universo spazio – temporale per accertare che una determinata cosa, ovvero un cigno scuro, non esiste, non è esistito o non esisterà mai.

Secondo Popper gli uomini possono essere testimoni di un enorme numero di casi che confermano una data regolarità “al di là di ogni ragionevole dubbio”, ma ciò non autorizza a compiere un salto logico fino alla legge di quantità universale.

Pertanto Popper non crede che l'induzione possa essere alla base della scienza e di conseguenza nemmeno alla base dell'accertamento giudiziale, in quanto quest'ultimo, avente ad oggetto la verifica degli enunciati fattuali che integrano il *thema probandum*, presenta notevoli similitudini con la metodologia falsificazionista della ricerca scientifica.

Nonostante tali osservazioni, Popper ritiene che non si debba ricadere in uno scetticismo radicale nei confronti della scienza empirica, in quanto esiste un *tipo di inferenza strettamente deduttiva che proceda, per così dire, nella “direzione induttiva”*; cioè da asserzioni singolari ad asserzioni universali⁵¹.

Dalle possibilità che ci offre la logica deduttiva (cercare i punti deboli di una teoria) e dal *modus tollens*, ovvero dalla falsificazione di una legge generale, nasce tutta la teoria di Popper.

Il *criterio di falsificabilità* afferma che una teoria, per essere controllabile, perciò scientifica, deve essere “confutabile”: in termini logici, dalle sue premesse di base devono poter essere deducibili le condizioni di almeno un esperimento che, qualora la teoria sia errata, ne possa dimostrare integralmente l'erroneità alla prova dei fatti, secondo il procedimento logico del *modus tollens*: se da A si deduce B, e B è falso, allora è falso anche A.

Se una teoria non possiede questa proprietà, è impossibile controllare la validità del suo contenuto informativo relativamente alla realtà che presume di descrivere.

Deducendolo dalle premesse della sua epistemologia falsificazionista, Popper formulò altresì un duplice *criterio logico di verosimiglianza*⁵², che dovrebbe guidare il ricercatore nella scelta fra due teorie: se una teoria è sempre errata per principio, si potrà solo cercare di minimizzare l'errore, cercando teorie sempre più verosimili, in un cammino infinito di approssimazione alla verità. Il criterio logico di verosimiglianza di Popper è così articolato:

Una teoria T2 è migliore di un'altra teoria T1 se:

⁵⁰ In proposito del cigno scuro da citare è l'opera di Taleb, *The Black Swan, Il cigno nero*, saggio filosofico letterario dell'epistemologo Nassim Nicholas Taleb. Il libro tratta dell'impatto di alcuni fatti, rari ed imprevedibili e della tendenza dell'uomo a trovare spiegazioni semplicistiche a tali eventi. Questa teoria, da tale saggio, prende il nome di “teoria del cigno nero”, ove il cigno nero rappresenta l'imprevedibile e l'imponderabile.

⁵¹ Cfr K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 23

⁵² Cfr G. SCATTONE, *Due filosofie della libertà: Karl Popper e Robert e Robert Nozick*, Rubbettino Editore, 2002, pp. 30 ss.

1) rispetto a T1, il contenuto di verità di T2 è maggiore senza che sia maggiore il suo contenuto di falsità;

2) rispetto a T1, il contenuto di falsità di T2 è minore senza che sia minore il suo contenuto di verità.

Si noti che Popper da filosofo ragionava in termini di verità e falsità, arrivando comunque a distinguere quantità di falso e vero.

Popper, muovendo dal fatto che gli esempi a favore non possano rendere né vera né falsa una teoria scientifica, trova un modo per indicare il suo grado di “accettabilità provvisoria”: all’uopo Popper parla di *corroborazione*; secondo Popper gli esempi favorevoli non possono rendere più probabile una teoria universale, ma le confutazioni fallite possono aumentare il suo grado di corroborazione.

Indi, per concludere, il falsificazionismo di Popper critica il metodo induttivo⁵³, negandone qualsiasi competenza sul piano logico, dato che la somma dei casi concreti non può mai fondare un’asserzione universale.

Ogni ipotesi è provvisoria e non può essere confermata, ma solo verificata, quando resiste ai tentativi di confutazione.

In assenza di falsificazioni, dunque, una teoria scientifica gode di provvisoria validità e può essere utilizzata.

Per converso un’ipotesi che non sia suscettibile di essere falsificata non è, per definizione, scientifica.

4. L’abduzione

L’abduzione⁵⁴, come introdotto sopra, è una terza inferenza, cioè non riconducibile né allo schema della deduzione (che muove dal generale per discendere al particolare) né a quello dell’induzione (che dai casi particolari perviene ad una regola generale).

Essa ha come premessa un fenomeno conosciuto e come conclusione un elemento costitutivo di una spiegazione causale o non causale dello stesso, prima ignoto⁵⁵.

Da osservare come nel ragionamento giudiziario l’abduzione sia da utilizzare nella sua forma di “abduzione selettiva”, ovvero nell’eliminazione “di tutti i disgiunti salvo uno e quindi determinare l’ *explanans*⁵⁶”.

⁵³ Per completezza occorre osservare che nel Novecento vi era una netta contrapposizione tra il neopositivismo di Hempel, che adottava un metodo induttivo ed il falsificazionismo di Popper. Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, V capitolo.

⁵⁴ Inferenza scoperta da Peirce.

⁵⁵ Cfr O. DI GIOVINE, *Il concetto scientifico ed il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Luisella De Cataldo Neuburger, Isisc, Atti e documenti, 18, Cedam, Padova, 2007, pp. 192 ss.

Come sopra osservato l'abduzione oltre ad essere l'unico metodo di inferenza, che consenta di aumentare la conoscenza, esso appare anche il più "certo" in quanto spiega un evento già verificatosi e consentirebbe, così, di conseguire una "ragionevole certezza"; si parla di certezza in quanto "stando così le cose, non c'è motivo di negare che l'abduzione selettiva sia una procedura di tipo razionale, dato che l'eliminazione dei disgiunti non ha niente di arbitrario, ma obbedisce a principi ben acquisiti della logica e della filosofia della scienza"⁵⁷; si parla, invece, di ragionevolezza, poiché la suddetta certezza è comunque basata sul materiale probatorio a disposizione del giudice.

Tale osservazione circa la ragionevolezza e la finitezza del ragionamento probatorio può riguardare sia la premessa minore, ovvero il fatto, sia la premessa maggiore, ovvero la legge scientifica utilizzata.

Sul punto occorre ricordare che la Regola, che permette di ricavare dal Risultato l'antecedente logico, non è certa, ma è essa stessa opinabile, in quanto basata o su dati empirici o su quelli statistici⁵⁸.

In tal senso occorre, altresì, specificare che l'abduzione utilizzata nel discorso probatorio del giudice rientrerebbe nella c.d. "abduzione ordinaria", che ricomprende tutte le esplicazioni in cui si utilizzano delle regole conosciute o dei concetti noti.

Si tratterebbe, in altre parole, di inferire l'istanza sconosciuta da un tipo conosciuto⁵⁹.

Peirce introduce un metodo scientifico che si basa su tre fasi inferenziali: una prima fase abduttiva che formula delle ipotesi esplicative; una seconda fase deduttiva che trae le concepibili conseguenze delle ipotesi ed una terza fase induttiva che valuta empiricamente tali conseguenze (chiedendosi se ed in quale misura corrispondano alla realtà).

Seguendo il suddetto metodo scientifico elaborato da Peirce, all'abduzione, quale strumento conoscitivo in campo giudiziario, è stata formulata l'obiezione della inaffidabilità, apportando un esempio⁶⁰ e precisamente:

⁵⁶ Così C. PIZZI, *Diritto, Abduzione e prova*, Giuffrè, 2009, p. 240. L'ulteriore forma di abduzione è quella creativa, da utilizzare nella scoperta scientifica. Peirce utilizza tale forma per spiegare il passaggio dal sistema tolemaico alla rivoluzione copernicana.

In particolare U. ECO, in *Corna, Zoccoli, Scarpe. Alcune ipotesi su tre tipi di abduzione*, in U. Eco e T.A. Sebeok (a cura di), *Il segno di tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, Milano, distingue tra abduzioni ordinarie e straordinarie definendole come segue: le prime utilizzano delle leggi o generalizzazioni note e riconosciute, mentre le seconde rispondono ai casi in cui manca una legge od una generalizzazione capace di offrire una soddisfacente ipotesi esplicativa.

⁵⁷ Così testualmente C. PIZZI, *Abduzione*, cit., p. 240.

⁵⁸ Si riporta l'esempio supra citato: Per esempio "che il possessore della refurtiva sia il probabile autore del furto non deriva dall'averlo mille volte constatato – se così fosse sarebbe la constatazione e non l'abduzione a fornire la prova -, ma dall'averlo mille volte affermato sulla base di una prognosi meramente empatica".

⁵⁹ Di contro Peirce parlava di "abduzione straordinaria" per indicare un'abduzione completamente nuova, in quanto le cognizioni possedute non permetterebbero di spiegare quanto riscontrati; in altre parole consiste nell'inferire una istanza sconosciuta da un tipo anch'esso sconosciuto.

Per un approfondimento sul tema cfr. G. TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico – giuridici*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 119.

- (i) Sono lasciate sul luogo del delitto un'orma, delle tracce di sangue e dei capelli;
- (ii) Tizio ha tale numero di scarpa, tale gruppo sanguigno e le stesse proprietà tricologiche;

Allora si potrebbe dedurre sì che Tizio sia stato sul posto, ma altresì che l'assassino potrebbe essere un altro soggetto con le stesse caratteristiche.

Da tale esempio parte della dottrina⁶¹ ricaverebbe l'inaffidabilità del metodo abduttivo.

Altra parte di dottrina⁶² osserva che in tal caso la scorrettezza o poca affidabilità dell'antecedente logico ricavato dal Risultato non dipende dalla scarsa logicità del metodo abduttivo in sé, ma dalla pochezza del material probatorio; il problema non sarebbe, dunque, logico, ma epistemico.

Infatti, a ben guardare, una concezione funzionale della logica e delle inferenze porterebbe ad osservare che lo scopo dell'abduzione non è quello di determinare delle credenze certe, ma delle ipotesi giustificate, suscettibili di un successivo controllo empirico⁶³.

Altra parte della dottrina critica il metodo inferenziale abduttivo dal punto di vista puramente sillogistico formale⁶⁴, apportando i seguenti esempi⁶⁵:

(1) – schema dell'abduzione in termini sillogistici:

Tutti gli A sono B

Tutti i C sono B

Dunque tutti gli A sono C

(2) Il suddetto schema non crea problemi se A sta per Greci, B per mortali e C per uomini, indi:

Tutti i Greci (A) sono mortali (B)

Tutti gli Uomini (C) sono mortali (B)

Dunque tutti i Greci (A) sono uomini (C).

(3) Il suddetto schema crea, invece, dei problemi se A stesse per maiali, in quanto risulterebbe una conclusione falsa (tutti i maiali sono uomini), pur in presenza di due premesse vere⁶⁶.

⁶⁰ Cfr F.M. IACOVIELLO, *I criteri di valutazione della prova*, in Bessone e Guastini, 1995, pp. 406-407.

⁶¹ Oltre a IACOVIELLO (vedi nota *supra*), così anche G. CARUSO, *Paradigmi epistemologici del processo penale tra modello accusatorio ed inquisitorio*, appendice a U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, 2001, terza edizione, Cedam, Padova, pp. 285-286.

⁶² TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico – giuridici*, in *Soc. dir. cit.*, pp. 119 ss.

⁶³ Cfr TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, tratto dal sito www.dirittoequationipubbliche.org, pp. 276 ss.

⁶⁴ Cfr MANIACI, *Il ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giuridico*, tesi di dottorato, Università Statale di Milano, 2002.

⁶⁵ Esempio riportato da TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, cit., p. 277.

Secondo tale parte di dottrina ciò dimostrerebbe l'invalidità dell'inferenza abduttiva.

Per i sostenitori del metodo induttivo la suddetta obiezione, denominata per l'appunto dagli stessi "dei maiali"⁶⁷, non dimostrerebbe alcuna fallacia del metodo abduttivo, in quanto lo stesso deve essere ricondotto ad una concezione funzionale della logica e non puramente formale⁶⁸

Infatti ogni inferenza dovrebbe essere valutata rispetto alle funzioni cognitive che intende realizzare e insieme alle altre interferenze di cui si è in possesso⁶⁹.

Dato quanto sopra, appare opportuno analizzare il ruolo dell'abduzione nel ragionamento giuridico e probatorio, concentrando per l'appunto l'attenzione sul suo ruolo funzionale.

Dato che l'abduzione è l'inferenza che formula un'ipotesi esplicativa, nel processo si ricercano ipotesi volte a ricostruire l'accaduto oggetto del giudizio.

La *quaestio facti* si apre con un procedimento abduttivo a cui seguono, una fase deduttiva (che trae le conseguenze dell'ipotesi) ed una fase induttiva che le verifica o falsifica⁷⁰.

L'adduzione, in quanto inferenza probabile⁷¹, di per sé non garantisce la verità delle proprie conclusioni e deve essere supportata da successive inferenze che la possano supportare.

In tal senso si parla di *Inference to the best explanation*, intendendo con tale locuzione non solo la formulazione di un'ipotesi attraverso il metodo abduttivo, ma, altresì, le modalità con cui l'ipotesi viene testata e verificata.

⁶⁶ Il sillogismo risulterebbe il seguente:

Tutti i maiali (A) sono mortali (B)

Tutti gli uomini (C) sono mortali (B)

Dunque tutti i maiali (A) sono uomini (C)

⁶⁷ TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, cit., p. 277.

⁶⁸ TUZET, *Legal abductions*, in D. Bourcier, *Legal Knowledge and Information System: Jurix 2003*, IOS, Press, Amsterdam.

⁶⁹ Appare interessante osservare come Maniaci, cit., si chieda se il ragionamento abduttivo non sia, in realtà, un ragionamento "falsamente deduttivo", in cui almeno una delle due premesse sia probabile e, quindi, anche la conclusione. Maniaci giunge sul punto alla conclusione che il ragionamento abduttivo contenga sempre, oltre alle premesse esplicite, un insieme di premesse implicite e probabili (es.: generalizzazioni, presunzioni, massime di esperienza) da cui viene inferita, in modo logicamente corretto, una conclusione probabile. In tal senso l'abduzione non sarebbe, indi, un ragionamento "falsamente deduttivo", ma un ragionamento probabile, dotato di validità deduttiva. Cfr TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, cit., p. 278.

⁷⁰ Sul punto cfr IACOVIELLO, *I criteri di valutazione della prova*, cit., 1995, pp. 406 ss. e P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, I, Giappichelli, Torino, p. 20.

⁷¹ Da osservare sul punto che abduzione ed induzione sono inferenze probabili (la verità delle loro conclusioni non segue necessariamente da quella delle premesse), la deduzione è un'inferenza necessaria: la verità delle conclusioni segue necessariamente da quella delle premesse, ancorché probabili.

4.1. *Inference to the best explanation*

La suddetta locuzione (inferenza per la migliore spiegazione) è stata introdotta in ambito epistemologico da G. Harman⁷², a metà degli anni '60, ed il ruolo svolto da tale modello inferenziale si inserisce nella c.d. svolta realista, maturata a partire dalla seconda metà del secolo scorso⁷³.

Gli studi epistemologici hanno elaborato due teorie circa il rapporto tra metodo abduttivo ed I.B.E. (inference to the best explanation): mentre parte della dottrina, infatti, identifica i due concetti e giunge così a ricostruire un unico schema argomentativo⁷⁴, altra parte della dottrina mantiene una netta separazione tra contesto della ricerca e contesto della scoperta, ovvero nel caso concreto tra il piano relativo all'analisi delle alternative ipotetiche e la scelta di una di esse quale miglior proposta esplicativa.

Così l'I.B.E. costituirebbe una metodologia meta - esplicativa, ovvero una teoria della spiegazione e di conseguenza la prima fase, ovvero l'abduzione, si identificherebbe nella proposta esplicativa (o potenzialmente tale) e la seconda fase (quella della I.B.E.) sarebbe la fase valutazione e decisione comparativa.

Quest'ultimo modo di interpretare i rapporti tra abduzione ed *inference to the best explanation* appare più confacente al ragionamento giuridico - probatorio, in quanto, seguendo tale schema logico, si avrebbe:

- Una prima fase, che prevede che il giudice debba formulare le ipotesi sulla base del caso secondo il metodo abduttivo;
- Una seconda fase in cui il giudice debba scegliere l'ipotesi più convincente in base ai dati probatori (*inference to the best explanation*).

In giurisprudenza sul punto si è affermato⁷⁵: “un'ipotesi può alla fine essere adottata come preferibile e, quindi, come base della decisione, soltanto quando non esistano altre ipotesi possibili o quando ogni altra ipotesi risulti idonea a spiegare i fatti storici”.

⁷² Cfr G. HARMAN, *Inference to the best explanation*, “Philosophical review”, 64, 1965, pp. 88-95.

⁷³ Vedi J. C. Smart, H. Putman.

⁷⁴ Cfr S. ZIPOLI CAIANI, *Il realismo scientifico è veramente la miglior spiegazione?*, in *Annali del dipartimento di filosofia*, 2006, Firenze, University Press, pp. 110-111, il quale rappresenta lo schema argomentativo come segue:

“0 - D è una collezione di dati fattuali;

1- H è un'ipotesi esplicativa per D se H è approssimativamente vera (o potenzialmente tale);

2- H rappresenta le migliori condizioni esplicative rispetto alle rivali

Quindi:

3- H è vera o approssimativamente tale”.

L'autore terminato l'esempio nota come “la definizione del percorso esplicativo proceda attraverso due momenti inferenziali: uno che muove dal riconoscimento di H quale migliore spiegazione e giunge a definirne il grado di “verità”, l'altro che dall'assunzione di uno stato di verità per H approda alla sua identificazione quale migliore ipotesi esplicativa”.

Da questo l'autore ne deduce che se H è la migliore spiegazione allora H è vera.

⁷⁵ Cfr testualmente Tribunale di Milano, Sez. VII penale, 7/7 - 5/10 del 1998; Cfr, altresì, Cass. Sez. Unite penali, n. 30328 del 2002, in Banca Dati *De Jure*.

Il suddetto estratto di sentenza esemplifica in modo chiaro il principio dell'I.B.E.: il valore di un'ipotesi non è determinabile di per sé, ma deve essere valutato in rapporto alle ulteriori inferenze che ne testano le conclusioni ed in particolar modo in raffronto alle ulteriori inferenze, che cercano di spiegare in modo diverso gli stessi fatti.

Sempre in giurisprudenza⁷⁶ si è affermato che risulta necessaria “la formulazione della più probabili delle ipotesi, ricostruttiva secondo lo schema argomentativo dell'abduzione” e si è, altresì, osservato come la premessa maggiore dell'abduzione e della successiva deduzione di ulteriori conseguenze debba essere integrata da una legge di natura o da una generalizzazione scientificamente garantite, in quanto “ il ricorso a generalizzazioni scientificamente valide consente di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminatezza, a parametri oggettivi, in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali dei fenomeni naturali, fisici, chimici e biologici”⁷⁷.

L'essenza del processo per parte della dottrina risiede, proprio in corrispondenza del metodo meta conoscitivo dell'I.B.E., dal confronto tra ipotesi contrapposte⁷⁸.

Da notare, però, come, in ambito processuale, l'accoglimento di un'ipotesi non può seguire solo dalla assenza di alternative migliori, in quanto entra in gioco, altresì, il criterio dell'onere della prova: se l'ipotesi dell'accusa non soddisfa determinati criteri, quand'anche la difesa non sia in grado di provarne la falsità, l'assenza di ipotesi alternative non è condizione sufficiente per l'accoglimento dell'ipotesi d'accusa.

Come sottolineato in dottrina⁷⁹si devono rilevare sia le qualità “intrinseche”⁸⁰ di un'ipotesi sia le qualità “estrinseche”, ovvero il rapporto della stessa ipotesi con altre.

Appare interessante notare che alcune di tali qualità intrinseche dell'ipotesi giuridica coincidano con quelle dell'ipotesi scientifica: la rilevanza e la capacità di spiegazione di un'ipotesi processuale, per esempio, coincidono con ciò che in campo scientifico è generalmente denominato *explanatory power*, così come la comprovabilità di un'ipotesi giuridica corrisponde alla suscettibilità di verifica scientifica.

⁷⁶ Cass. Sez. Unite penali, n. 30328 del 2002, cit.

⁷⁷ La sentenza richiama indirettamente la suddetta distinzione esplicita tra abduzioni ordinarie e straordinarie

⁷⁸ In termini epistemologici quanto illustrato viene denominata dinamica *contrastiva* della selezione delle ipotesi; la migliore delle ipotesi emerge dal confronto delle ipotesi rivali e di ciò che le supporta. Cfr TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, cit., p. 279.

⁷⁹ Cfr TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, cit., p. 280.

⁸⁰ Sul punto si può osservare come la suddetta sentenza del Tribunale di Milano specifichi dei criteri di “accogliibilità dell'ipotesi”, ovvero: la rilevanza, la comprovabilità, la compatibilità con altre ipotesi già stabilite, la capacità di spiegazione, la semplicità.

Nonostante le suddette affinità, occorre sempre tenere presente che la prova giuridica differisce da quella scientifica, in quanto:

- È sottoposta a certi limiti di qualità e quantità;
- È sottoposta ad un limite temporale;
- Le questioni probatorie sono definite attraverso decisioni autoritative⁸¹.

5. Ragionamenti probatori e valutazione delle controversie tecnico - scientifiche⁸²

A partire dagli anni sessanta del ventesimo secolo si è cercato di costruire, sulla base dei metodi conoscitivi di cui sopra, un modello “integrato” di scienza penalistica, vale a dire un modello basato sulla stretta collaborazione tra dogmatica giuridica e scienze empiriche.

Il limite di un tale approccio e della stessa applicazione dei metodi induttivi o deduttivi, ma, altresì di quelli abduuttivi di cui sopra, risiede nell’incertezza scientifica di tali teorie, in quanto legate inevitabilmente alla mutabilità dei risultati scientifici ed ai limiti intrinseci del concetto stesso di scienza⁸³.

Tutti i metodi di giudizio sopra analizzati, infatti, presuppongono o come premessa maggiore o come premessa minore o ancora, nel caso dell’abduzione, quale ultima fase di controllo, l’applicazione di una legge generale, che è frutto o di massime di esperienza, o di principi ritenuti oramai conoscenza comune o di leggi scientifiche.

La *quaestio*, come accennato, si concentra, oltre che sulla fallacia delle regole scientifiche, sull’osservazione che tali antecedenti o susseguenti logici, anche se raggiunti in base a leggi scientifiche valide non conducano di per sé, se non avvalorati da altri elementi, alla colpevolezza dell’imputato oltre ogni ragionevole dubbio.

Poiché le conclusioni tecnico – scientifiche sono ipotesi, di cui non si saprà mai se saranno assolutamente vere o false, la *quaestio* che si pone è sino a che

⁸¹ Cfr TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 303 – 310.

⁸² Così testualmente G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche. Il diritto ed il processo penale*, relazione del Convegno “Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico – scientifiche”, Firenze, 7 – 8 maggio 2004.

⁸³ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 431, il quale circa la mutabilità della scienza apporta il seguente esempio: “fino a circa vent’anni fa, gli scienziati ritenevano che la maggior parte dei tumori fosse dovuta alle contaminazioni “ambientali”.

Nel 1981 Sir Richard Doll e Richard Peto pubblicavano la loro analisi enciclopedica sulle cause dei tumori: le conclusioni furono che l’inquinamento industriale era da associare a circa il 4% dei tumori”. Tale stima è stata successivamente confermata dalla *Environmental Protection Agency*, la quale ha calcolato che solo una percentuale di tumori oscillante tra l’1% ed il 3% può essere messa in relazione con l’inquinamento industriale.

punto il ragionamento probatorio del giudice (sia esso di tipo induttivo, deduttivo od abduttivo) possa affidarsi alla conoscenza scientifica.

Come sottolineato in dottrina⁸⁴ in ogni processo le leggi scientifiche sono utilizzate “a ritroso”, nel senso che dall’effetto si intende individuare la sua causa⁸⁵.

Nel momento in cui le leggi scientifiche vengono elaborate permettono di affermare che, dato un determinato evento A, seguirà, quale conseguenza, un più o meno probabile evento B; “ma quasi mai consentono di affermare che l’*unica* causa dell’evento B è *sempre e soltanto* l’evento A.

Resta la possibilità che l’evento B possa avere anche una causa *differente* da A”⁸⁶.

Sulla base delle suddette considerazioni appare evidente come non sia possibile “verificare” una teoria; per tale ragione, dato che risulta necessario operare nei limiti delle conoscenze umane, nel campo della scienza si è raggiunta la “convinzione che da un numero finito di esperimenti non si possono ricavare regole indubitabili, che abbiano valore assoluto” (c.d. concezione post-positivistica della scienza)⁸⁷.

La suddetta questione è stata, altresì, oggetto di numerose pronunce del mondo giuridico occidentale.

La prima è la sentenza del 1990 della Corte Suprema Italiana relativa al disastro Stava, la quale sancì che le leggi della scienza “devono ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili”⁸⁸.

Successivamente sul tema è da segnalare la sentenza *in re Daubert*, pronunciata su un caso civile dalla Corte Suprema degli Stati Uniti⁸⁹.

La Corte suprema con la suddetta pronuncia ha disatteso il dogma, sottostante al “Frey test”⁹⁰, dell’autonoma esistenza, all’esterno del mondo del

⁸⁴ Cfr P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, in *L’assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, p. 31.

⁸⁵ Cfr P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XII edizione, Milano, 2011, p. 255.

⁸⁶ Così testualmente P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., pp. 31-32.

⁸⁷ Così testualmente P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, p. 32, il quale sottolinea, altresì, che la pretesa di poter “verificare una teoria” fosse un’illusione della scienza positivista. Come meglio sottolineato affrontando la c.d. teoria falsificazionista di Popper, per poter sostenere che, dato l’effetto B sicuramente la causa di esso era A, si sarebbero dovuti prendere in esame tutti gli effetti B ed avere la fortuna che la causa fosse sempre identica. Poiché, però, gli effetti di tipo B sono infiniti, non sarebbe stato logicamente possibile che la causa fosse stata sempre A.

⁸⁸ Cfr F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 437.

⁸⁹ Alla Corte fu sottoposto il problema degli effetti teratogeni di un farmaco (il Bendectin), in quanto i ricorrenti Daubert e Schuller, minori nati con gravi malformazioni, addebitavano tali malformazioni alla ingestione da parte della madre di tale farmaco antinausea.

⁹⁰ Nell’ordinamento di *common law*, ed in particolare in quello statunitense (per il quale assumono preminente rilievo le *Federal Rules of Evidence* n. 702-706, sulla “Expert Testimony”, approvate nel 1975 e recentemente emendate nel 2000), l’attenzione dei giuristi si è incentrata pressoché esclusivamente sul primo momento del procedimento probatorio, quello della “ammissibilità” della *scientific evidence*, al fine di sterilizzare il rischio che le caratteristiche dello stile *adversary*

diritto, di una certezza scientifica, salda ed irreversibile, cui il giudice dovrebbe fare riferimento.

Secondo il “Daubert test” spetta al giudice il ruolo di effettivo e diretto “gatekeeper”, essendo a lui affidati il filtro e la valutazione discrezionale di affidabilità e il controllo di validità dei “methods and pocedures”, che presiedono alla formazione di ogni singola prova scientifica, che le parti intendono dedurre nel processo, secondo i plurimi, non necessariamente coesistenti, criteri della controllabilità e falsificabilità della teoria scientifica o del metodo tecnico, della *peer review* o revisione critica degli esperti del settore, della pubblicazione, della indicazione del margine di errore conosciuto o potenziale, dell’esistenza di *standards* di applicazione ed, infine, della accettazione generale da parte della comunità scientifica di riferimento⁹¹.

La sentenza *Daubert* offre una lista di criteri necessari al fine di controllare l’affidabilità della prova scientifica, senza, per altro, alcuna pretesa di esaustività: infatti, non è necessario che il giudice ricorra sempre e comunque a tutti i criteri *Daubert*, come una check – list, da applicare *in toto*, potendo, al contrario, il Giudice utilizzare, di volta in volta, solo alcuni criteri ed altresì elaborarne di diversi⁹².

La Corte è ben consapevole della mutabilità della scienza e per tale ragione ritiene che il rischio di una sentenza “sbagliata” debba essere ridotta il più possibile: è sufficiente una solo contro esempio perché l’ipotesi debba essere

proprio di quei Paesi fossero inquinate da operazioni tecnico scientifiche incomprensibili, confuse, non verificabili, suggestive e pregiudizievoli per il corretto esame da parte della giuria, giudice del fatto. I due pilastri della giurisprudenza nord-americana sono costituiti dai casi comunemente noti come “*Frye test*” del 1923 e, rispettivamente, “*Daubert test*” del 1993. Nel caso *Frye v. United States* risalente al lontano 1923, in cui si dibatteva dell’ammissibilità come prova, in un processo per omicidio, della testimonianza di un consulente della difesa circa il risultato sperimentale di una primordiale macchina della verità, la Circuit Court del Distretto di Columbia respinse la richiesta stabilendo il principio per cui i dati su cui si basa la deduzione devono avere raggiunto un tale giudizio di consenso da essere generalmente accettati nello specifico campo scientifico, c.d. *General acceptance test*. Soltanto dopo 70 anni, la Corte Suprema, nel caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, nel deliberare ancora una volta sull’ammissibilità di una testimonianza scientifica in uno dei numerosi *Bendectin* case, ha disatteso il dogma, sottostante al “*Frey test*”. Per un approfondimento confronta M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in Riv. trim. dir. Proc. Civ., 1996, pp. 219 ss. e A. DONDI, *Paradigmi processuali ed “expert witness testimony” nell’ordinamento statunitense*, ibidem, 1996, pp. 261 ss.

⁹¹ Criteri questi che, a ben vedere, rinviano, al procedimento falsificazionista popperiano.

⁹² O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano 2005, p.146.

Da sottolineare, altresì, che sulla scia della sentenza *Daubert* sono state successivamente emanate altre due sentenze, che costituiscono la c.d. trilogia *Daubert – Joiner – Kumho*.

In particolare la sentenza *Joiner* ha affrontato la questione della discrezionalità del *trial judge* e dei suoi limiti, individuando un criterio guida concernente l’ammissibilità della prova scientifica mediante *expert witness*, nel c.d. “*abuse of discretion*”.

La sentenza *Khumo Tire (Khumo Tire Company, Ltd. V. Carmichael, 526, U.S. 137, 1999)* affronta il tema dell’applicabilità dei principi della suddetta sentenza *Daubert* alle sole conoscenze scientifiche od anche alle conoscenze derivanti da “tecniche ed altre specializzate”.

Le premesse da cui muove tale ultima sentenza sono rispettivamente la discrezionalità concessa al giudice nel valutare l’affidabilità del testimone esperto, di cui alla sentenza *Daubert* ed il limite alla stessa discrezionalità sancito dalla sentenza *Joiner* ed individuato nell’*abuse of discretion*. Per un approfondimento sul punto, cfr O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p.190.

considerata non confermata (teoria della conferma) e basta che l'ipotesi non sia stata sottoposta a tentativi di falsificazione, secondo la logica popperiana di cui sopra.

A questo punto, associata l'incertezza scientifica, "la base più comune per il processo di decisione è il più probabile che non" ed entrano così in gioco le teorie probabilistiche induttive di cui sopra, con i limiti già analizzati, che riconducono alla ritenuta insufficienza del criterio della "probabilità statistica" a favore del paradigma della "probabilità logica" sancita dalla Sentenza Franzese.

Oggi l'accertamento della verità si pone sul terreno "del giudizio di falsificazione o di conferma dell'enunciato di accusa e si fonda su un rigoroso confronto tra l'ipotesi ed i fatti"⁹³.

La prospettiva è una ricostruzione del fatto dotata di coerenti inferenze probatorie, di alta probabilità logica e di conseguente certezza processuale in merito alla colpevolezza dell'imputato⁹⁴.

Sulla scia della sentenza *Daubert* di cui sopra, parte della giurisprudenza italiana aveva guardato ai dettami stabiliti dalla stessa sentenza, quali meri indici di orientamento per il giudice, senza vantare pretese di assumerli quali guida nella valutazione della prova scientifica nell'ordinamento italiano⁹⁵.

Di recente, però, la c.d. sentenza Cozzini⁹⁶ ha espressamente elencato le verifiche a cui il giudice deve sottoporre la prova scientifica, al fine di valutarne l'ammissibilità.

La stessa sentenza espressamente sancisce che "per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti.

L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano la tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione

⁹³ Così L. DE CATALDO NEUBURGER, *Prova dichiarativa e prova scientifica*, in *L'assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, p. 204.

⁹⁴ Come precisato da Canzio: "le coordinate di questo indirizzo teorico possono essere collocate entro il moderno modello epistemologico della scienza, fondato su un rigoroso atteggiamento critico e su un serrato confronto tra l'ipotesi ed i fatti.

Con la premessa che poiché occorre pervenire alla conclusione moralmente e processualmente "certa", che la condotta dell'imputato è stata condizione necessaria dell'evento e a lui è perciò attribuibile come fatto proprio, qualora l'ipotesi formulata dalla accusa non abbia retto all'urto dialettico e falsificatorio degli elementi di prova antagonisti, l'incertezza o l'insufficienza probatoria e il non irragionevole dubbio sulla reale efficacia della condotta medesima non possono comportare la neutralizzazione dell'ipotesi accusatoria e l'esito assolutorio.

Ciò premesso si può definire scientifica quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare". Così G. CANZIO, *La causalità "scientifica" in Dir. proc. Pen.*, Dossier, *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, 2008, p. 38.

⁹⁵ Cfr Cass. pen. Sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456 in Banca Dati *De Jure* e Sentenza Franzoni, in *Cass. pen.* 2009, p. 1867.

⁹⁶ Cfr Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010 (ud. 17 settembre 2010), n. 43786, Cozzini e altri in www.penalecontemporaneo.it; per un approfondimento sul tema vedi anche la sentenza in *Cass. pen.* 2011, p. 1679 con nota di R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*

l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate, l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica.

Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica.

Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove".

Dal dato testuale della sentenza si evince che per verificare l'attendibilità di una teoria scientifica occorre analizzarla secondo criteri di controllabilità, falsificabilità, grado di conferma, conoscenza del margine di errore ed accettazione da parte della comunità scientifica⁹⁷.

Ai suddetti criteri, di base già presenti nella suddetta sentenza *Daubert*, devono essere aggiunti quelli della affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto.

Infine, un'ulteriore sentenza da segnalare sul tema è la sentenza pronunciata dalla Corte di Assise d'Appello di Perugia nel caso di Amanda Knox⁹⁸: nella motivazione della stessa sentenza si afferma che "per emettere una pronuncia di condanna non è sufficiente che le probabilità della ipotesi accusatoria siano maggiori di quelle della ipotesi difensiva, neanche quando siano notevolmente più numerose", bensì "è necessario che ogni spiegazione diversa dalla ipotesi accusatoria sia, secondo un criterio di ragionevolezza, niente affatto plausibile.

In ogni altro caso (e cioè se vi è un'ipotesi alternativa ragionevole) si impone sempre l'assoluzione dell'imputato".

6. L'inquadramento della prova scientifica nell'ordinamento italiano

Parte della dottrina⁹⁹ ha osservato come determinati dei suddetti criteri sanciti sia dalla sentenza *Daubert* sia dalla sentenza *Cozzini*, quali la verificabilità del metodo, l'accettazione da parte della comunità scientifica, la rilevazione del margine d'errore, abbiano evidenti affinità con la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. in tema di prova atipica, in quanto l'idoneità della prova ad assicurare l'accertamento dei fatti che il giudice deve valutare in sede di ammissione potrebbe senza alcuna riserva riguardare proprio gli strumenti tecnico scientifici ed il loro grado di affidabilità.

Prima della "codificazione" di tali criteri da parte della giurisprudenza, in mancanza di una normativa *ad hoc*, si tendeva a far rientrare la valutazione della

⁹⁷ Cfr altresì E. DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Corte di Cassazione sul caso "Porto Margherita"*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2887.

⁹⁸ Cfr P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., p. 37.

⁹⁹ O. DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1063.

validità della prova scientifica all'interno del principio generale del libero convincimento.

Una tale ricostruzione si esponeva, però, ad una duplice critica: in primo luogo il principio del libero convincimento, di cui meglio sopra, è un criterio riguardante la fase della valutazione e non quella dell'ammissione; in secondo luogo affidare la valutazione al principio del libero convincimento del giudice per parte della dottrina costituiva una violazione del principio del contraddittorio¹⁰⁰.

Dopo la sentenza *Daubert*, la dottrina è unanime nel ritenere riconducibile nell'alveo dell'ammissione della prova atipica ex articolo 189 c.p.p. la prova scientifica, in quanto i mezzi di prova "non disciplinati dalla legge" ricomprendono, altresì, i nuovi strumenti tecnico – scientifici, i quali non possono essere né tipizzati né, *a contrario*, esclusi *a priori* dal materiale probatorio a disposizione del giudice¹⁰¹; seguendo siffatto orientamento sarebbe il giudice *ex post* a valutare la scientificità della prova, a prescindere da qualsiasi accettazione *ex ante* da parte della comunità scientifica¹⁰².

Al fine di affrontare la materia della prova scientifica in modo più approfondito occorre accennare alla distinzione presente in dottrina tra prova scientifica "nuova" e "comune".

Per prove scientifiche "comuni" si intendono quelle prove che risultano oramai assodate sia nell'ambito della scienza sia in quello giurisprudenziale; le prove scientifiche c.d. "nuove", *a contrario*, sono le vere e proprie prove scientifiche di cui si discute, ovvero le prove per le quali è necessario ricorrere ai criteri di ammissione di cui all'art. 189 c.p.p.¹⁰³.

Secondo la citata dottrina, infatti, alle prove scientifiche c.d. comuni si applicherebbe la disciplina generale di cui all'art. 190 c.p.p., che prevede la non ammissibilità delle prove vietate dalla legge o manifestamente superflue od irrilevanti; nel caso in cui, invece, il giudice debba valutare una prova scientifica c.d. atipica dovrà rifarsi ai criteri di ammissibilità previsti in materia di prova atipica ex art. 189 c.p.p. .

Tale ultimo vaglio richiede, rispetto a quello ex art 190 c.p.p., altresì, un giudizio in positivo, in quanto il giudice nell'ammettere una prova scientifica "nuova" (assimilabile alla prova atipica), oltre ad escludere gli aspetti dequalificanti di cui all'art. 190 c.p.p., dovrà valutare la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 189 c.p.p., ovvero l'idoneità all'accertamento del fatto e la non lesività della libertà morale.

¹⁰⁰ Cfr P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prova*, in *Quest. Giust.*, 1998.

¹⁰¹ Vedi O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 104 ss.

¹⁰² Cfr P. TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in *La prova scientifica nel processo penale* a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, cit., p. 69.

¹⁰³ Cfr G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV edizione, Giappichelli Editore, 2010, pp. 75 ss.

Stante quanto esposto il giudice dovrà, nel caso concreto, essere in grado di distinguere la prova scientifica “nuova” da quella “comune”, al fine valutare la validità e l’ammissibilità della stessa prova¹⁰⁴.

7. La figura del giudice avanti alla prova scientifica: tra codificazione dei principi accusatori e reminiscenze inquisitorie?

A seguito della questione analizzata sopra¹⁰⁵, ovvero che la giurisprudenza abbia constatato la mancata certezza “assoluta” del sapere scientifico ed abbia “finito per escludere che l’opinione e la ricostruzione dell’accaduto da parte degli esperti possa accreditarsi in base alla mera ragione del sempre maggiore specialismo delle scienze e delle tecnologie e del conseguente particolare statuto epistemologico delle relative risorse conoscitive”¹⁰⁶, si è aperta una nuova *quaestio* in ambito dottrinale, ovvero con che competenze il giudice possa scegliere tra le ricostruzioni tecnico – scientifiche di parte e fino a che punto il giudice possa divergere dalle conclusioni degli esperti. Durante la vigenza del Codice Rocco del 1930, come meglio analizzato sopra, si riteneva, secondo i principi del sistema inquisitorio, che, al fine di ricercare al meglio la verità, il giudice dovesse cumulare in sé tutti i poteri di accusa, di difesa e di decisione¹⁰⁷.

In una tale impostazione processuale la perizia era una “prova neutra”, disponibile per il giudice a sua semplice e totale discrezionale; di contro l’imputato non godeva di alcun diritto alla prova.

Il giudice si soleva definire, tramite un brocardo latino, *peritus peritorum*¹⁰⁸, in quanto, qualora avesse avuto, per motivi personali, conoscenze specialistiche, avrebbe potuto evitare di nominare un perito, decidendo direttamente¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Come osservato da parte della dottrina in caso di dubbio circa la collocazione del materiale probatorio acquisito in una o nell’altra categoria, in alcuni casi il dubbio si risolverà nell’inquadramento dello stesso materiale in un’altra figura tipica (al fine di evitare deroghe alle garanzie previste per la prova tipica); in altri casi, invece, sarà necessario ricorrere alla figura della prova atipica, dato il forte carattere di novità intrinseco nel materiale probatorio.

Cfr A. MARANDOLA, *Prova scientifica, sviluppo processuale e decorso temporale*, in *Scienza e Processo penale: nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Giuffrè Editore, 2011, p. 92.

¹⁰⁵ Vedi paragrafo V.

¹⁰⁶ Così testualmente C. SANTORIELLO, *Il ruolo degli esperti nel processo penale fra consulenze di parte e perizia ex officio*, in *L’assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, p. 225.

¹⁰⁷ Come analizzato sopra capitolo III par. 5, sotto la vigenza del Codice Rocco, il giudice era l’unico e vero *dominus* del processo e la libertà del magistrato venne a coincidere con la possibilità che il suo convincimento si formasse a prescindere dall’instaurazione del contraddittorio tra le parti.

¹⁰⁸ A tale modello di stampo inquisitorio si contrappone quello accusatorio anglo-americano, secondo il quale il giudice assume la figura di arbitro tra gli esperti nominati dalle parti. In tale impostazione il giudice non ha alcun potere probatorio; solo le parti possono chiedere al giudice di

Con l'entrata in vigore, il 24 ottobre del 1989, del nuovo codice di procedura penale, la figura del giudice avanti all'assunzione e valutazione della prova scientifica è mutata.

Nel sistema vigente, infatti, le parti hanno il potere di ricercare le prove e sia le parti private sia il pubblico ministero possono nominare consulenti tecnici di parte, che hanno il diritto di partecipare alla perizia.

In tal modo anche nella formazione della prova scientifica, attraverso lo strumento della perizia, si garantisce il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti.

Al giudice, nel sistema vigente, spetta comunque il potere di nominare un perito d'ufficio, ma, anche in tal caso, deve essere rispettato il suddetto principio del contraddittorio nella formazione della prova¹¹⁰.

Tale potere di iniziativa probatoria può essere esercitato dal giudice nel caso di inerzia delle parti; il giudice, infatti, qualora non ritenga sufficiente il sapere derivante dalle consulenze tecniche di parte, può ammettere la perizia sia su richiesta di parte sia d'ufficio¹¹¹.

Inoltre, anche nel caso di prova scientifica, il giudice deve, come analizzato sopra¹¹², motivare la sentenza secondo criteri logico – razionali ex art. 546, lett. e) c.p.p. .

La giurisprudenza¹¹³ sul punto ha affermato che “in tema di valutazione probatoria, nel contrasto tra diverse perizie d'ufficio, il giudice è libero di accettare le conclusioni dell'uno o dell'altro dei due elaborati peritali, ma ha l'obbligo di indicare nella motivazione le ragioni di ordine scientifico o tecnico o fattuali, per le quali ha ritenuto di scegliere l'una o l'altra delle argomentazioni e delle conclusioni, fra loro in contrasto, delle diverse perizie; non può limitarsi ad affermare semplicemente che l'una è più convincente dell'altra, senza incorrere nel vizio di mancanza di motivazione”.

Una siffatta ricostruzione, che rispetta perfettamente i principi del contraddittorio e del libero convincimento del giudice c.d. razionale, incontra un limite nel caso in cui si tratti, come meglio analizzato nel precedente paragrafo, di

ammettere il c.d. “testimone esperto”. Cfr P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., p. 28.

¹⁰⁹ P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., pp. 27-28, il quale a pagina 27 sottolinea, altresì, che, “sotto il codice previgente, il pubblico ministero non poteva nominare un proprio consulente tecnico perché la scienza era unica: era sufficiente quel perito che era nominato dal giudice e che doveva bastare anche al magistrato requirente. Non si riteneva necessario un ulteriore esperto della pubblica accusa; soltanto le parti private potevano nominare consulenti tecnici. Questi ultimi, peraltro, potevano solo argomentare e, cioè, redigere memorie. Gli esperti di parte non erano considerati fonti di prova e, cioè, non erano sottoposti ad esame, come, invece, avviene attualmente. Inoltre i consulenti tecnici non avevano il potere di investigazione difensiva, come avviene oggi”.

¹¹⁰ A tal proposito, in dottrina, si è parlato del sistema italiano, quale sistema accusatorio “temperato”, in quanto, a differenza del sistema anglosassone, di cui alla nota 107, il giudice mantiene un potere *ex officio* alla nomina del perito. Cfr. P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., p. 30.

¹¹¹ Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XII edizione, Milano, 2011, pp. 211 ss.

¹¹² Cfr. Capitolo III, par. 8.

¹¹³ Cfr. Cass. Sez. I, 21 marzo 1991, Arini, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 2158.

prova scientifica “nuova”, ove non è possibile che il giudice svolga alcun controllo sulla base del c.d. sapere scientifico comune.

Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto che “il responso peritale non è vincolante per il giudice, anche se, ove maggiore è la complessità dell’accertamento tecnico scientifico, maggiore dovrebbe essere il tasso di aderenza alle relative risultanze”¹¹⁴.

Di contro, nel caso in cui la prova scientifica risulti comune, è possibile che la stessa venga “valutata” dal giudice e dalle parti “sulla scorta di conoscenze estraibili dal sapere comune, nella sua componente di cultura di merito”¹¹⁵.

Oltre alla suddetta questione relativa alla valutazione da parte del giudice della c.d. prova scientifica “nuova”, in tema di prova scientifica e di approccio del giudice alla stessa, si sono riscontrate, in recenti pronunce giurisprudenziali, reminiscenze di stampo inquisitorio, che contrastano con i principi codificati dal nuovo codice di procedura penale del 1988.

Una siffatta interpretazione è stata oggetto della sentenza della Corte d’Assise di Perugia sul caso Meredith Kercher¹¹⁶, la quale ha sostenuto che il

¹¹⁴ Cfr. Cass. Sez. I, 8 maggio 2003, *Zorzi, inedita*.

¹¹⁵ Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit. p. 337

¹¹⁶ Per un approfondimento generale cfr. il volume *L’assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, *passim*.

In fatto Meredith Kercher, studentessa inglese di 22 anni, in Italia per Erasmus, viene uccisa il primo novembre del 2007 con una coltellata alla gola nel proprio appartamento; il corpo viene ritrovato il giorno seguente in camera da letto, coperto da un piumone.

Per il suddetto omicidio vengono condotti in carcere Amanda Knox, Raffaele Sollecito e Patrick Lumumba Diya. Amanda, americana, di Seattle, all’epoca vent’enne, è la coinquilina di Meredith e studia a Perugia. Sollecito, 24 anni, pugliese, laureando in ingegneria, ha da un paio di settimane una storia con Amanda; Lumumba, 38 anni, originario dell’ex Zaire, dal 1988 vive in Umbria dove gestiva un bar, ove lavorava Amanda.

Tutti e tre si dichiarano estranei all’omicidio.

Gli investigatori successivamente trovano tracce del DNA di Meredith e di Amanda su un coltello da cucina ritrovato in casa di Sollecito. Lumumba viene, invece, successivamente rilasciato perché considerato estraneo alle indagini.

Di contro viene arrestato Rudy Guede, ivoriano di 21 anni, bloccato dalla polizia a Magonza, in Germania, dopo che gli investigatori palmari hanno individuato l’impronta di una sua mano insanguinata su un cuscino accanto al cadavere della studentessa inglese e a diverse tracce di DNA in casa. Viene condannato con rito abbreviato a 30 anni, pena poi ridotta a 16 anni. L’ivoriano ha ammesso la sua presenza nella villetta del delitto, affermando, però, di essere stato in bagno mentre la Kercher veniva uccisa da altre due persone.

Nel 2009 la Corte d’Assise di Perugia condanna la Knox a 26 anni di carcere e Sollecito a 25 anni.

Si apre il processo d’appello e viene accolta la richiesta delle difese per una nuova perizia del DNA (come si vedrà negata in primo grado) presente sul coltello considerato l’arma del delitto e sul gancetto del reggiseno di Meredith.

Gli accertamenti tecnici, diranno sei mesi dopo i consulenti della Corte “non sono attendibili”; i due imputati vengono assolti “per non aver commesso il fatto”.

La Cassazione, però, annulla la sentenza di secondo grado e rinvia alla Corte di appello di Firenze per un nuovo processo.

28 anni e sei mesi alla Knox e 25 anni di carcere a Sollecito, per il quale viene anche stabilito il divieto di espatrio: questa la sentenza della Corte.

Contro la sentenza presentano ricorso in Cassazione le difese dei due condannati.

Cassazione n. 36080/2015 che definitivamente assolve Raffaele Sollecito ed Amanda Knox “per non aver commesso il fatto”.

giudice sia *peritus peritorum* e che le parti non abbiano diritto all'ammissione della perizia.

La sentenza di primo grado così recita: "...A questo punto va' anche osservato che, rispetto a interpretazioni diverse offerte dall'uno o dall'altro (dei consulenti tecnici di parte, cioè della polizia scientifica e della difesa) questa Corte avrebbe potuto, come peraltro era stato richiesto, dalle difese, disporre la nomina di esperti ed affidare apposita perizia.

A ben vedere, però, ci si sarebbe trovati dinanzi ad un'ulteriore interpretazione, che sarebbe stata pienamente o parzialmente confermativa di questa o di quella interpretazione già offerta e il problema della interpretazione più congrua sarebbe rimasto e pertanto non si è ravvisato il presupposto per disporre una relativa perizia ex art. 507 c.p.p."

La Corte d' Appello ha successivamente interpretato le suddette argomentazioni come segue¹¹⁷: "in sostanza è come dire che la questione, già complessa sulla base delle contrapposte valutazioni (polizia scientifica da un lato, consulenti della difesa dall'altro), avrebbe finito con il divenire ancora più complicata per la possibile formulazione di una terza valutazione, quella del perito eventualmente nominato dalla Corte, che sarebbe stata sicuramente confermativa in tutto od in parte di una delle diverse posizioni; dunque tanto valeva che fosse la Corte a risolvere direttamente il problema". Senonchè la Corte di Assise di primo grado ha ritenuto di risolvere una controversia scientifica, riconosciuta come particolarmente complessa, in base a valutazioni di natura scientifica dalla stessa Corte formulate".

Da quanto analizzato si evince come in recenti pronunce giurisprudenziali, "la giurisprudenza tradizionale (ivi compresa la sentenza di primo grado di Perugia) abbia stravolto la finalità originaria del codice, poiché ha tramutato quello che è un "dovere del giudice" ad ammettere la perizia in un "limite per le parti". I poteri officiosi sono stati interpretati, purtroppo, per lungo tempo, come

Le motivazioni della suddetta sentenza recitano "il processo per l'omicidio di Meredith Kercher ha avuto un iter obiettivamente ondivago, le cui oscillazioni sono la risultante anche di clamorose *defaillance* investigative e di colpevoli omissioni dell'attività di indagini". I giudici proseguono escludendo "la loro partecipazione materiale all'omicidio, pur nell'ipotesi della loro presenza nella casa di via della Pergola", e sottolineano la "assoluta mancanza di tracce biologiche a loro riferibili" nella stanza dell'omicidio o sul corpo di Meredith.

¹¹⁷ Cfr. P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., p. 39.

Come meglio analizzato sopra (vedi paragrafo V), la sentenza Cozzini espressamente sancisce che "per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti.

L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano la tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate, l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica.

Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica.

Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove".

limiti al diritto alla prova, mentre costituiscono doveri per il giudice anche quando le parti restano inerti”¹¹⁸.

La suddetta corrente giurisprudenziale tradizionale, che si basava sulla teoria che il giudice fosse *peritus peritorum*, è stata superata dalla recente Cassazione n. 1105/2015, la quale si è pronunciata proprio relativamente al caso dell’assassinio di Meredith Kercher¹¹⁹.

La suddetta sentenza ha, infatti, rigettato “la concezione del giudice *peritus peritorum* ed ha affermato che il magistrato deve valutare il responso dell’esperto sulla base di quei criteri che noi sappiamo essere quelli della sentenza Cozzini”¹²⁰.

In particolare nella motivazione della sentenza si legge che “l’antico brocardo (del giudice *peritus peritorum*) esprime un modello culturale non più attuale ed, anzi, decisamente anacronistico, quanto meno nella misura in cui pretenda di assegnare al giudice una reale capacità di governare il di conoscenze scientifiche che le parti riversino nel processo, ove, invece, una più realistica impostazione lo vuole del tutto ignaro di quei contributi, che sono il frutto di un sapere scientifico che non gli appartiene più e non può – né deve – appartenegli”¹²¹.

Di contro la Corte è, altresì, consapevole che la prova scientifica, data la mutabilità della stessa, non può godere di un credito incondizionato di “autoreferenziale affidabilità in sede processuale”, ma necessita del “controllo” da parte del giudice, che dovrà essere svolto secondo le regole ed i principi che disciplinano l’acquisizione e la formazione della prova nel procedimento penale.

Sempre come affermato dalle Corte “le coordinate di riferimento dovranno essere quelle afferenti al principio del contraddittorio ed al controllo del giudice sul processo di formazione della prova, che deve essere rispettoso di preordinate garanzie, alla cui osservanza deve essere rigorosamente parametrato il giudizio di affidabilità dei relativi esiti”¹²².

¹¹⁸ Così testualmente P. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, cit., p. 43.

¹¹⁹ Cfr Cass. Sez. V, 27 marzo – 7 settembre 2015, n. 1105, Pres. G. Marasca – Rel. P.A. Bruno – Ric. Sollecito e Knox, in www.giurisprudenza.penale.com.

¹²⁰ Così testualmente P.TONINI, *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 11/2015, p. 1413.

¹²¹ Cfr Cass. Sez. V, 27 marzo – 7 settembre 2015, n. 1105, cit., p. 33.

¹²² Cfr Cass. Sez. V, 27 marzo – 7 settembre 2015, n. 1105, cit., p. 34.

Conclusioni

L'esistenza di un sistema giuridico ha rappresentato, nella storia universale della civiltà umana, un elemento di raccordo tra differenti popoli.

Per tale ragione non stupisce ritrovare molti elementi comuni, quali forme processuali e valori di giustizia, definiti da Cherif Bassiouni come un "*sentimento quasi istintivo*," nel senso sociale della parola; un "istinto di sopravvivenza della società che esige che la giustizia si manifesti in un certo modo".¹

Dall'analisi promossa emerge un quadro abbastanza chiaro: ci si è sempre appellati alla diligenza e all'imparzialità del ruolo del giudice per la valutazione e la motivazione della prova, quale valore di giustizia.

L'episodio a cui fa riferimento Cherif Bassiouni, rilevante sulla storia del libero convincimento, evidenzia la difficoltà del giudice yemenita Abu Musa El Ashali, di dar ragione o di dar torto ad una parte, difficoltà che viene superata, poi, con l'obiettiva valutazione di chi avesse ragione, ossia tutti e tre i soggetti coinvolti².

Baricentro del lavoro del giudicante è la fase di ottenimento della prova, che passa attraverso lo strumento dell'ascolto, della valutazione scientifica e dell'esame obiettivo, prova che pur non essendo univoca, caratterizza civiltà e varchi temporali differenti.

Nell'ottica moderna, invece, appare evidente che lo scientismo abbia spinto verso un nuovo metodo segnato dal passaggio dalla ricerca di un assenso, mediante il convincimento generato dal confronto, tipico della dialogica retorica, ad un consenso che può fare a meno dello stesso, in quanto fondato su una certezza evidente.

La conseguenza di questo nuovo orientamento metodologico ha finito per attribuire, come analizzato nel presente lavoro, al principio del libero convincimento valenze del tutto irrazionali, produttrici di effetti deleteri soprattutto sul diritto di difesa dell'imputato.

Tale pericolo deriva dal fatto che il libero convincimento possa costituire "il grande artificio" cui faccia ricorso, in taluni casi, la giurisprudenza, "basandosi su un avventuroso criterio teleologico nell'interpretazione delle norme processuali", servendosi così di "quel principio, per recuperare ed utilizzare - nel processo -

¹ M.CHERIF BASSIOUNI, *Il libero convincimento del giudice nei grandi sistemi di giustizia penale*, in *Il libero convincimento del giudice. Vecchie e nuove esperienze*, Giuffrè, Milano, 2004, p.15.

² -Egli chiese una volta al profeta Maometto: "Mohammed ma, io come giudice, che devo fare? Sono sempre stato uno studioso!". Il Profeta disse "La cosa più importante per noi, per me, per avverti come giudice, è la rettitudine morale dell'individuo, poi la conoscenza e infine la capacità di ascolto e valutazione" Secondo la storia del diritto islamico questi criteri entrarono a far parte del libero convincimento del giudice.- M. CHERIF BASSIOUNI, *Il libero convincimento del giudice nei grandi sistemi di giustizia penale*, cit., p.12.

prove acquisite *contra legem* contribuendo all'abolizione di fatto di quasi tutte le regole di esclusione della prova"³.

In passato erano la retorica e la dialettica ad assolvere la funzione di una sorta di "controllo" e di argine alla libertà di arbitrio nell'opera degli operatori giuridici, garantendo così l'imputato da ogni forma di abuso di potere.

Al contrario, il determinismo e l'*optimisme* psicologico su cui si è fondata la versione irrazionalistica della libertà di convincersi, ha fatto prevalere il criterio intuitivo sul momento della conoscenza; non bisogna dimenticare che in Germania il regime nazista aveva proposto di cancellare dal vocabolario processuale i termini "parti" e "controversia": una sintomatica applicazione - sul piano giudiziario - della teoria monistica della verità.

Se la verità è una sola, e questa si identifica con la verità ufficiale, di cui solo il Führer è depositario, non può sorgere su questo fine supremo alcun dissenso tra i sudditi, obbligati a trovarsi sempre d'accordo su che cosa deve intendersi per verità.

Ciò dimostra che per stabilire che cosa sia la verità manifesta, è necessaria un'autorità, cioè la volontà del tiranno che imprime il crisma della infallibilità ufficiale alla verità"⁴.

Alla luce della presente disamina si ritiene che le vie per temperare gli eccessi dell'arbitrio dei giudici risiedano in due correttivi: il primo è costituito dal recupero della concezione classica della prova come *argumentum*, la quale può e dovrebbe assolvere una funzione di controllo "comune" sull'operato del giudice.

Secondo la concezione classica della prova, l'argomento convincente deve essere quello accettato dall'auditorio, il qual fatto implica di per sé una valenza oggettiva, nel momento in cui si impone a tutti; cosa che non si verifica nel caso di argomento persuasivo, poiché la persuasione ha una valenza meramente soggettiva.

Iacoviello sul punto afferma "se c'è convincimento, non v'è libertà neppure per il giudice. Se c'è libertà, c'è persuasione non convincimento"⁵.

Il vero convincimento, quello razionale, non si contrappone ad un sistema processuale basato regole di esclusione, ma al contrario, si affianca allo stesso, in quanto proprio come sostenuto da Iacoviello: "se c'è convincimento, non v'è libertà neppure per il giudice".

Sulla base di tale ultima osservazione si innesta la seconda via prospettata per temperare gli eccessi dell'arbitrio del giudice, la quale consiste nella logica delle prove legali negative⁶: non nella predeterminazione legislativa dei mezzi di

³ Così G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., pp. 1268-1269.

⁴ In tal senso G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., p. 1270.

⁵ Così F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 64.

⁶ La teoria delle prove legali negative è stata elaborata da grandi teorici italiani della procedura, quale Romagnosi, Genovesi, Pagano e Nicolini. Scrive in proposito G.D. Romagnosi: "Il legislatore [...] appose all'intimo convincimento certi limiti, ed assegnò certe regole, se non

prova da addurre e nella definizione a priori del valore da attribuire loro, come nel sistema di prove legali sopra analizzato nella evoluzione storica, ma in un metodo costituito da norme di esclusione alla maniera del processo anglosassone e secondo il concetto di prova tramandato dai nostri classici.

Le teorie degli *status*, dei *loci* e degli *argumenta*, insieme ai principi classici, quali l'onere della prova, il principio del contraddittorio e l'idea di una scala di probabilità, costituiscono le basi di una concezione del diritto probatorio espresso in termini di norme di esclusione.

Ed a ben vedere le stesse regole di esclusione del “nuovo codice di procedura penale”, che hanno posto le basi per il principio del libero convincimento c.d. razionale, altro non sono se non delle prove legali “negative”.

positive, almeno negative. Io voglio dire che se il Legislatore non disse ai Giudici quando dovevano essere convinti, disse loro almeno quando non dovevano esserlo. In sostanza disse loro: mancando le tali e tali condizioni, i mezzi di prova adottati mancheranno di credibilità”. G.D. ROMAGNOSI, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizi*, in Opere, vol. IV, p. II, cit., p. 964.

Bibliografia

ABBAGNANO N., *Dizionario di filosofia*, II ed., Utet, Torino 1990;

AITA G., *Esplicato su decisioni integrali degli organi di giustizia sportiva*, 2009, *passim*;

ALESSI G., *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Medio Evo e Moderno*, Jovene - Editore, 1987, pp. 13 ss., pp. 22 ss., p. 26, p. 42;

ALESSI G., voce *Processo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Vol. XXXVI, pp. 362 ss., p. 375, p. 379, p. 380, p. 386;

ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Durand Et Pedone Lauriel, Hoste, 1868, pp. 416 e ss.;

ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, p. 268;

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, pp. 67-68, p. 92 nota 31, pp. 179-180;

AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 323, pp. 326 ss.;

AMODIO E., *Clima inquisitorio e clima accusatorio: due prassi a confronto*, in *Dif. Pen.*, 20-21 (1988), p. 29;

AMODIO E., *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010;

AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Ennio Amodio, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 141;

AMODIO E., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano 1967, pp. 95 ss.;

AMODIO E, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria*, in *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano 2003, pp. 121 ss., p. 125;

AMODIO E, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1999, pp. 4 ss.;

AMODIO E, *Modalità di prelevamento dei campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1970, pp. 95 e 109;

AMODIO E, voce *motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Del Diritto*, Vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 239 - 243, pp. 249-252;

ARISTOTELE, *Retorica*, libro I, cap. 1, 1354 a., cap. 3, 1358 b, cap. 1, 100 a; trad. a cura di Marco Dorati, Mondadori, Collana Oscar Classici Greci e Latini, 1996;

ARISTOTELE, *Topica*, 100 b. 12, a cura di Luca Gili, *I topici di Aristotele*, Aracne Editore, 2013;

BARBA M., *Il nuovo processo penale: molte luci e qualche ombra*, in *Giurisprudenza italiana*, parte IV, II, 1989;

BATTAGLIO, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, 1995, pp. 428 ss.;

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, 1964, pp. 39-69, par. XXXI p. 83 e par. XIV p. 51;

BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, p. 250, pp. 237 – 238;

BEREVE A., *La chiamata in correo, Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Teoria e pratica del diritto, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 125, p. 143;

BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 179 ss.;

BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Pontificia Universitas Lateranensis, 1963, p 67;

CALAMANDREI P., nelle sue *Istituzioni di diritto processuale civile*, IV edizione, Giappichelli, 2014;

- CALASSO F., *Medio evo del diritto*, I°, *Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954, p. 276
- CANZIO G., *La causalità “scientifica”* in *Dir. proc. Pen.*, Dossier, *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, 2008, p. 38;
- CANZIO G., *La motivazione della sentenza penale: i vizi di motivazione delle sentenza di appello ed il sindacato di legittimità*, in *Csm “la motivazione della sentenza penale”*, Roma, 15 settembre 2009, pp. 1 – 11;
- CANZIO G., *Le due riforme del 2006 a confronto: vizio di motivazione. Autosufficienza del ricorso ed accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2007, Vol. 50, pp. 135-157;
- CANZIO G., *Nesso di causalità nell’attività medica*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 15;
- CANZIO G., *L’oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, pp. 303 ss.;
- CAO U., *Dottrina penale fascista*, Cagliari, 1931, pp.19 ss.;
- CAPRIOLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 55, p. 56 nota 25, p. 62;
- CAPUTO G., voce *Inquisizione*, in *Enciclopedia del diritto XXI*, 1971, pp. 711-714;
- CARMIGNANI G., *Saggio teorico – pratico sulla fede giuridica e sui suoi vari metodi nelle materie penali*, in *Scritti inediti*, Lucca, 1852, pp. 295 ss.;
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale, del giudizio, della offesa e della difesa*, tomo IV, F.11i Nistri, Pisa 1832, p. 6;
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 128 ss.;
- CARNEVALE E., *Carattere della verità nel processo penale*, in *Diritto Criminale*, Vol. III, Roma, 1932, pp. 380 ss.;
- CARNEVALE E., *L’investigazione obiettiva nel processo criminale*, in *Diritto Criminale*, cit., Vol. III, pp. 413 ss.;

CARUSO G., *Paradigmi epistemologici del processo penale tra modello accusatorio ed inquisitorio*, appendice a U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, 2001, terza edizione, Cedam, Padova, pp. 285-286;

CATALANO E.M., *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 26;

CATTANEO M.A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, pp. 175 ss.;

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1982, p. 265, p. 278 ss., p. 310, p. 325, 327, pp. 506 ss.;

CECCARONI V., *Incompleta motivazione del giudice dell'impugnazione e riproduzione testuale nel ricorso dell'atto travisato, commento sentenza cassazione penale, Sez. IV, 18/09/2002*, in *Processo penale e processo*, 2003, n. 9, p. 1104;

CHERIF BASSIOUNI, *Il libero convincimento del giudice nei grandi sistemi di giustizia penale*, in *Il libero convincimento del giudice. Vecchie e nuove esperienze*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 12 – 15;

CHERUBINI P., *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Luisella De Cataldo Neuburger, Isisc, Atti e documenti, 18, Cedam, Padova, 2007, p.283, p. 280;

CHIAVARIO M., voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. Giur.*, Agg. X, Roma, 2001, pp. 9 ss.;

CICERONE, *Topici*, 2,8, Collana Bibliotheca philologica. Testi, l'Epos Editore, 1994;

COHEN L. J., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè, Milano 1998, *passim*;

COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 120 ss., p. 141;

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I., Le tutele, Padova, 2003, p. 61;

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, pp. 234 ss.;

CONTI C., *Al di là di ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 87;

CONTI C., *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, pp. 87 ss.;

CONTI C., *L'Autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di Cassazione*, in www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_Conti14_06_12.pdf, 2012, pp. 6 ss.;

CORDERO F., *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pp. 9 ss.; ID, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, pp. 43 e ss., 50, 51, p. 256;

CORSO, DOMINIONI, FILIPPI, GAITO, GALANTINI, GARUTI, MAZZA, SPANGHER, VARRASO, VIGONI, *Manuale di Procedura Penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, pp. 338 - 339;

CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, p. 180;

D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass.pen.*, 2006, p. 2413;

DA GANDINO A., Voce "Gandino Alberto" in *Dizionario bibliografico dei Giuristi Italiani, XII –XX secolo*, Bologna, 2008, pp. 942-944;

DALIA, *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, 1998, *passim*.

DAMASKA M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparativa del processo*, Bologna, 1991, *passim*;

DAMASKA M., *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, pubblicato in lingua originale sull' *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, Issue 4, Fall 2012, pp. 919 ss.; tradotto dall'inglese a cura del dott. Alessandro Corda e pubblicato su *Criminalia*, 2012, pp. 28 ss.;

DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 127;

DE CATALDO NEUBURGER L., *Prova dichiarativa e prova scientifica*, in *L'assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, p. 204;

DE FRANCISCI P., *Sintesi storica del diritto romano*, II ed. dell'Ateneo, Roma 1962, pp. 429 ss.;

DE LALLA P., *Logica della prova penale*, Napoli, 1973, p. 82;

DE LUCA G., *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. ital. proc. penale*, 1992, pp. 1255-1276;

DE STEFANO M., *La lunga marcia della cassazione italiana verso la corte dei diritti umani di Strasburgo (legge Pinto, ma non solo)*, in *Fisco*, 2006, p. 1121;

DEGANELLO M., *Criteri di Valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli Editore, 2005, p. 173;

DELL'ANNO P., *Presupposti e limiti del sindacato della corte di cassazione sul vizio di motivazione*, in *Giustizia penale*, 1993, Vol. III, pp. 700-712, p. 714;

DEZZA E., *Accusa ed inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, I, Giuffrè, Milano 1989, pp. 4 ss., pp. 11 ss., pp. 24 ss., pp. 32 ss., pp. 92 e ss.;

DEZZA E., *Il codice di procedura penale del Regno italico (1807)*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 209 ss.;

DEZZA E., *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, rist. anast., studi raccolti da S. Vinciguerra, Padova 1997, pp. CLV-CLXXXIII;

DEZZA E., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, 2013. - VIII, pp. 9, 10, pp. 21 ss., p. 31, p. 34, pp. 36 – 37, pp. 51 e ss., p. 54, p. 79;

DEZZA E., *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova 2001, pp. 141-169;

DEZZA E., *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano, 1992, *passim*;

DI CHIARA G., *Chiamata in correo, garantismo e diritto di difesa*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1987, p. 235;

DI GIOVINE O., *Il concetto scientifico ed il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Luisella De Cataldo Neuburger, Isisc, Atti e documenti, 18, Cedam, Padova, 2007, pp. 192 ss.;

DI SALVO E., *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Corte di Cassazione sul caso "Porto Margherita"*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2887;

DIDONE A., *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo: sepolti i contrasti*, in *Giur.It.*, 2004, p. 944;

DINACCI F.R., *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 10, p. 20, p. 24, p.40;

DOMINIONI O., *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1063;

DOMINIONI O., *La prova penale scientifica*, Milano 2005, p. 104, p.146, p. 190, p. 337;

DOMINIONI O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 84;

DOMINIONI O., *Le parti del processo penale*, Milano, 1985, pp. 213-214;

DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 768;

DONDI A., *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, *ibidem*, 1996, pp. 261 ss.;

DOSI E., *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 59-60, nt. (2);

ECO U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990, *passim*;

ECO U, in *Corna, Zoccoli, Scarpe. Alcune ipotesi su tre tipi di abduzione*, in U. Eco e T.A. Sebeok (a cura di), *Il segno di tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, Milano, *passim*;

FASSONE E., *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Luisella De Cataldo Neuburger, Isisc, Atti e documenti, 18, Cedam, Padova, 2007, p. 244, p. 254;

FASSONE E., *Dalla «certezza» all' «ipotesi» preferibile: un metodo per la valutazione*, RIDPP, 1995, p. 1104;

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, 1989, p. 115, p. 550;

FERRARA G., *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass. parl.*, 1999, p. 559;

FERRUA P., *Il giusto processo*, terza edizione, Zanichelli, 2005, Bologna, p.2, p. 32 ss.;

FERRUA P., *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in *Il libero convincimento del giudice penale- vecchie e nuove esperienze*, Atti del Convegno-Siracusa, 6-8 dicembre 2002, pag. 71 Giuffrè, Milano, 2004;

FERRUA P., *La dialettica regola ed eccezioni nell'impianto dell'art.111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di DI CHIARA, Torino, 2009, p. 37;

FERRUA P., *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino 1990, p. 20, p. 68, p. 126;

FERRUA P., *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giust.*, 1998;

FERRUA P., *La colpevolezza ogni oltre ragionevole dubbio*, AA. VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di FILIPPI, Padova, 2007, p. 143;

FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche. Il diritto ed il processo penale*, relazione del Convegno “Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico – scientifiche”, Firenze, 7 – 8 maggio 2004;

FIANDACA G, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in D&Q, 2005, p.15;

FILANGERI G., *La scienza della legislazione*, Libro III, Capo VII, 1855, p. 489;

FIORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, 1953, pp. 106 ss;

FIORELLI P, voce Accusa e sistema accusatorio in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Vol. I, 1953, pp. 332 ss.;

FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, p. 66;

GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura Penale e Garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino 2006, pp. 85 ss.;

GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in AA.VV. *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, p. 78;

GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in Id. *procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, p. 58;

GALANTINI N., *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, CP, 1991, p. 597;

GALANTINI N, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 104;

GALANTINI N, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, p.1, www.penalecontemporaneo.it ;

GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in Cass.pen., 2007, p. 326;

GARLATI L., *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo stato di Milano*, Giuffrè, 1999, pp. 80 ss.;

GARLATI L, *Silenzio colpevole, silenzio innocente*, in RITI, TECNICHE, INTERESSI, *Il processo penale tra otto e novecento*, atti del Convegno di Foggia, 5-6 maggio, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 351-352, p. 283,

- GARLATI L, “*Contro il sentimentalismo*”. *L’impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, pp. 192 ss.;
- GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, GI, 1993, II, p. 622;
- GENTILE F., *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, p. 239 par. 50, *passim*;
- GHISALBERTI C., *Le costituzioni “giacobine” 1796/1799*, Milano, 1973, pp. 131 ss.;
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 10, 14, 15, 18, 19, 31, 71, 90, 91, 118, 149;
- GIULIANI A., *La prova come argumentum*, in *Recueils de la société Jean Bodin*, tomo XVI, Bruxelles 1965, p. 375;
- GIULIANI A., *Logica del diritto b) teoria dell’argomentazione*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 16;
- GIULIANI A., *Voce —Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Varese, 1988, pp. 530 ss.;
- GIULIANI A., *Il concetto classico di prova: la prova come argomentum*, in *Jus*, 1960, pp. 237 e 238, pp. 425 ss.;
- GREVI, *Prove*, in Corso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, pp. 314 ss.;
- GRIFANTINI F.M., voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto*, IV ed., cit., Torino, 1993, p. 250;
- HARMAN, *Inference to the best explanation*, “*Philosophical review*”, 64, 1965, pp. 88-95;
- HUME, *Ricerche sull’intelletto umano*, in *Opere*, II, Bari ,1987;
- IACOVIELLO F.M., *I criteri di valutazione della prova*, in Bessone e Guastini, 1995, pp. 406-407;

IACOVIELLO F.M, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997, p. 15, p. 64;

IACOVIELLO F.M, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2004, 10, 3452;

ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV edizione, Giappichelli Editore, 2010, pp. 75 ss;

ILLUMINATI G, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1991, voce *accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, vol. I, p. 1;

ISAMBERT F.A., *Recueil Générale des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusq'à la Révolution de 1879*, Paris, 1821-1833, 29 voll. XII, Paris 1827, coll. 600-640;

KANT, *Critica della ragion pura, dottrina del metodo*, cap. II, sez. 3, a cura di Pietro Chiodi, Collana Classici del Pensiero, Utet, 2013;

LI VECCHI, *Rischi e pericoli del processo indiziario*, 1992, pp. 329 ss;

LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2006, pp. 210 ss.;

LUKE S., *Sul trade-off tra valori*, in Keiron, 1999, p. 20;

MACCARELLI M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età del diritto comune*, Milano, 1998, pp. 195-254;

MAFFEI D., *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1979, pagine 43 e 44, nota numero 112, pp. 45 ss.;

MAFFEI D, voce "Giulio Claro", in *Dizionario Bibliografico dei giuristi Italiani*, Vol. I, pp. 945 ss;

MALINVERNI A., *Lineamenti di storia del processo penale*, Torino, 1972, p. 37, p. 46, pp. 471-472, p. 356;

MANIACI, *Il ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giuridico*, tesi di dottorato, Università Statale di Milano, 2002;

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale italiano (1914)*, VI edizione, Torino, 1967, p. 52, pp. 254 ss.;

MARANDOLA A., *Prova scientifica, sviluppo processuale e decorso temporale*, in *Scienza e Processo penale: nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Giuffrè Editore, 2011, p. 92;

MARCHETTI P., *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, pp. 7, 64;

MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive, tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.* 2003, pp. 58 ss.;

MARZADURI E., sub art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 765 ss.;

MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 236;

MASSA, *Le Sezioni unite davanti a «nuvole e orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pp. 3661 ss.;

MASSETTO G.P., *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età della riforma: il ruolo del Senato Milanese*, in *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 47 (1981), pp. 425-494;

MASSETTO G.P., *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola, Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano, 1985, pp. 239-301;

MAZZA O., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, pp. 358 ss., pp. 363 - 364;

MAZZACANE A., voce *Claro Giulio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXVI, Milano, 1982, pp. 141 – 144;

MELCHIONDA A., *La chiamata di correo*, in *Riv. it. Proc. Pen.*, 1967, p. 148;

MEOLI C., *Il principio del giusto processo. Osservazioni di diritto comparato europeo*, in www.europeanrights.eu;

MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi* (1748), Libro XII, Capo II, *Della libertà del cittadino*, a cura di Sergio Cotta, vol. I, Torino, 1973, pp. 321-322.

- MOSCARINI P., *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1251;
- MURA A., *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2004, pp. 1808 ss.;
- NAPPI A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1992, pp. 115 ss.;
- NAPPI A., *I poteri integrativi e surrogatori del giudice per l'udienza preliminare e del giudice del dibattimento*, in www.csm.it/quaderni, p. 5;
- NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di Cassazione*, Torino, 2006, p. 159.;
- NAPPI A., *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in "Cassazione penale", 1991, p. 1516;
- NOBILI M., *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 170;
- NOBILI M., *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, II, 1990, p. 381;
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, p. 13, pp. 92 ss, pp. 131-132, p. 207;
- NOBILI M., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, edito da Clueb, 1989, p. 152;
- NOBILI M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181;
- NOBILI M., sub *art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, p. 409;
- NOBILI M., voce "libero convincimento del giudice — 11) Diritto processuale penale", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1991, vol. XVIII, p. 1;
- P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis*, Lugduni, 1613 – 1616, Quaestio 37 n. 3, tratto da C. PASSARELLA, *La tortura giudiziaria nella Repubblica di Venezia nei secoli XVI-XVIII, Historia et ius*, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, in www.historiaetius.eu – 9/2016 – paper 10, p. 5;

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 219, pp. 227 ss., pp. 329 ss., pp. 448 ss., p. 483, p. 527, p. 574;

PADOA SCHIOPPA A., *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi. Brevi note in Studia Gratiana*, 1976, p. 20;

PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale, Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, p. 539;

PAGANO F.M., *Considerazioni sul processo criminale*, in *Opere Varie*, Tomo I, 1801, P. 80, p. 163;

PAPPONE M., *Irragionevole durata del processo, dopo la pronuncia n. 184/2015 della consulta: il termine decorre anche dalla conoscenza formale del procedimento durante le indagini preliminari*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

PASSARELLA C., *La tortura giudiziaria nella Repubblica di Venezia nei secoli XVI-XVIII, Historia et ius*, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, in www.historiaetius.eu – 9/2016 – paper 10, p. 5;

PATETTA F., *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino, 1890, pp. 2 ss.;

PERELMAN C. - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, tome premier, Paris, 1958, par. 6, pp. 34 ss.;

PERELMAN C., *La spécificité de la preuve juridique*, in —*Recueils de la société Jean Bodin*, tomo XIX, «La preuve IV», Bruxelles 1967, *passim*; ID, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano 1979, p. 5;

PESSINA E., *Storia delle leggi sul procedimento penale*, Napoli, 1912, pp. 84 e 85;

PIERRO G., *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, p. 63, P. 152.

PIFFERI, *Diritto comune e inquisitio ex officio*, p.1, www.unife.it/giurisprudenza/storiadeldirittopenale;

PISANI M., *Intorno alla prova come argomentazione retorica*, in Riv. dir. Civ. I, anno V, Padova, 1959, p. 463;

PIZZAMIGLIO C., *Dei giurati in Italia*, Milano, 1872, p. 103, p.118;

PIZZI C., *Diritto, Abduzione e prova*, Giuffrè, 2009, p. 240;

POPPER K. R., *Congetture e confutazioni*, traduz. Italiana, Bologna, *Il mulino*, 1972, p. 100;

POPPER K. R., *Conoscenza. Un punto di vista evoluzionistico*, trad. it., Roma, Armando, 1975, p. 20;

POPPER K. R., *Logik der Forschung, Wien*, 1935, trad. inglese: *The logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London, 1959; traduzione italiana: *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, p. 23, pp. 54-56;

PUGLIESE G., *Diritto penale romano*, in *Il diritto romano* di V. Arangio-Ruiz, A. Guarino, G. Pugliese, parte IV, Jouvence 1980, pp. 249 ss;

PUTNAM H., *La sfida del realismo*, 1987, trad. it. Milano, 1991, p. 101;

QUINTILIANO M.F., *Institutio oratoria*, libro V, cap. IX, par. 5-6, Einaudi, 2001;

RAFACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in *RIDPP*, 1994;

RICCIO G., *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass.pen.*, 2011, p.4524 e ss.;

ROMAGNOSI G.D. , *Prospetto delle cose più sostanziali del codice di procedura penale*, in A. DE GIORGI, *Opere di Gian Domenico Romagnosi. Scritti editi ed inediti riordinati ed illustrati*, Vol. IV, parte II, Milano, 1842, p. 757;

ROMAGNOSI G.D., *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizi*, in *Opere*, vol. IV, p. II, Perelli e Mariani, Milano, 1842, p. 964;

RONCO M., *Il problema della pena*, Torino 1996, p. 46;

ROSONI I., *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 119 ss., p. 166;

RUBIOLA E., *Mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità: il controllo della Corte di Cassazione sul vizio di motivazione*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 2012, pp. 603-618;

RUGGIERI F., *La circolazione di "libero convincimento e giuria" all'epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato*, in *Criminalia*, 2012, pp. 230 ss.;

SALVIOLI G., *Dei limiti della certezza morale nella prova criminale secondo il diritto romano canonico e la dottrina antica*, in *Diritto e giurisprudenza*, Napoli, 1916;

SALVIOLI G., *Le prove legali secondo la dottrina più antica*, in *Rivista giuridica d'Italia*, anno 11, n. 1-2, 1916;

SALVIOLI G., *Storia della procedura civile e criminale*, in P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1927, vol. III, pt. II, p. 356, pp. 345-363, pp. 373 e 374, pp. 390 ss.;

SANTORIELLO C., *Il ruolo degli esperti nel processo penale fra consulenze di parte e perizia ex officio*, in *L'assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, p. 225;

SCAPINI N., *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, Giuffrè editore, *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2001, p. 30, nota 3, p. 41, p. 113, pp. 164 – 165, p. 255, p. 263;

SCARPONE M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Diritto penale e processo*, n.4, 2010, pp. 474 – 485;

SCATTONE G., *Due filosofie della libertà: Karl Popper e Robert e Robert Nozick*, Rubbettino Editore, 2002, pp. 30 ss.;

SCELLA A., *Prove penali ed inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 177;

SCHIAVONE A. (cur.), *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 223 ss., pp. 390-396;

SERMONTI A., *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Milano, 1943, p. 246;

SILVESTRI G., *I criteri di valutazione previsti dall'art.192 c.p.p.*, Quaderni Csm, p.2, in www.csm.it ;

SIRACUSANO D. e SIRACUSANO F., Voce *Cassazione diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. VI, Roma, 2000, pp. 5-6;

SIRACUSANO D., *Le prove*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2006, 354-355;

SPANGHER G., *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, 255 ss.; ID, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 8;

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 94 ss.;

STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 3643;

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, V capitolo, p. 431, p. 437;

STORTI STORCHI C., *L'acuta tesi della difesa*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L.GARLATI, Giuffrè Editore, 2010, p. 117;

STORTI STORCHI C., *Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logiche dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*", in M. MILETTI, *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp. 232 ss.;

TAORMINA C., *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli Editore, Torino, p. 282;

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, tomo 2, sez. 2, Giuffrè, Milano 1992, pp. 119 ss., pp. 426-437;

TARUFFO M., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in Riv. trim. dir. Proc. Civ., 1996, pp. 219 ss.;

TARUFFO M., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in Riv. dir. proc., 1990, p. 420;

TIRABOSCO M., *Ristretto di pratica criminale che serve per la formazione de' Processi ad offesa*, Fuligno, 1702, p. 76;

TONINI P., *L'influenza della sentenza Francese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. proc. Pen.*, 2012, pp. 1225 ss.;

TONINI P., *La prova penale*, 4a ed., Padova, 2000, p. 186;

TONINI P., *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, in *L'assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, pp. 27-28, pp. 31 ss., p. 37, p. 39, p. 43;

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2002, p. 19, 40;

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, XII edizione, Milano, 2011, p. 211, p. 255;

TONINI P., *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 11/2015, p. 1413;

TONINI P., *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in *La prova scientifica nel processo penale* a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, in *L'assassinio di Meredith Kercher, anatomia del Processo di Perugia*, a cura di Mariangela Montagna, Aracne Editrice S.r.l., 2012, p. 69;

TRAVERSI A., *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano 1995, p. 49;

TROCKER N., *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in AA.VV., *Il nuovo articolo III della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, Milano, 2001, 49 ss.;

TUZET G., *Abduzione: quattro usi sociologico – giuridici*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 119;

TUZET G., *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, tratto dal sito www.dirittoequestionipubbliche.org, pp. 276 ss.;

TUZET G., *Legal abductions*, in D. Bourcier, *Legal Knowledge and Information System: Jurix 2003*, IOS, Press, Amsterdam;

UBERTIS G., *Verso un giusto processo penale*, Torino, 1997, p.16;

UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, p. 92;

UBERTIS G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, pp. 80 ss.;

VERRI P., *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese (1763)*, in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura Venturi F., Torino, 1973, p. 132;

VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, 1766, tr. it. a cura di R. Fubini, p. 578;

WENGER L., *Istituzioni di procedura civile romana*, tr. R. Orestano, Giuffrè, Milano, 1938, p. 15;

ZAINA C.A., *La chiamata in correo non legittima misure cautelari personali senza riscontri individualizzanti*, in www.overlex.com;

ZAPPALA' E., *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Giuffrè, 1984, p. 108;

ZILETTI U., *Studi delle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR*, 1964, p. 170;

ZIPOLI CAIANI S., *Il realismo scientifico è veramente la miglior spiegazione?*, in *Annali del dipartimento di filosofia*, 2006, Firenze, University Press, pp. 110-111;

ZIRULA S., *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto". Brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Fincantieri*, in www.penalecontemporaneo.it;

ZORDAN G., *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de Maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976, pagine 9 e 13.

Giurisprudenza

Corte di Cassazione

Cassazione penale, sez. III, sentenza 8 marzo 2016, n. 30382, *Diritto e Giustizia*, 2016, con nota di Francesco G. Capitani;

Cassazione penale, sez. V, 27 marzo – 7 settembre 2015, n. 1105, Pres. G. Marasca – Rel. P.A. Bruno – Ric. Sollecito e Knox, in *www.giurisprudenza penale.com*, p. 34;

Cassazione penale, sez. II, 12 febbraio 2014, n. 11957, *Diritto e Giustizia*, 2014;

Cassazione penale n. 44324 del 18 aprile 2013, CED, *Cass. Pen.*, 2013;

Cassazione penale, sez. VI, 11 aprile 2013, n. 17138, in *Diritto e Giustizia on line*, 2013, 30 aprile;

Cassazione penale n. 26455 del 26 marzo 2013, *Cass. Pen.*, 2014, 4, p. 1281;

Cassazione penale, sez. VI, 2 luglio 2012, n. 30068, *Cass. Pen.*, 2013, 7/8, p. 2687;

Cassazione penale, sez. II, 15 novembre 2011, n. 43328, CED, *Cass. Pen.*, 2011;

Cassazione penale sez. I, 29 aprile 2011, n. 20160, *Cass. Pen.*, 2012, 2, p. 669;

Cassazione penale, sez. IV, 13 dicembre 2010 (ud. 17 settembre 2010), n. 43786, Cozzini e altri in www.penalecontemporaneo.it; per un approfondimento sul tema vedi anche la sentenza in *Cass. pen.* 2011, p. 1679 con nota di R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*

Cassazione Sezioni Unite, 25 novembre 2010, n. 27918 in *Cass. Pen.*, 2012, 12, p. 4150, con nota di Scordamaglia;

Cassazione penale, sez. II, 4/11/2010, in *DeG*, 2010;

Cassazione penale, sez. I, 9 dicembre 2009, n.3470, *CED, Cass. Pen.*, 2009;

Cassazione penale, sez. II, 27 ottobre 2009, n. 42595, *CED, Cass. Pen.*, 2009;

Cassazione penale, sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456 in *Cass. Pen.*, 2009, 5, p. 1846, con nota Caprioli;

Cassazione penale n. 37026/2008 con commento C.A. ZAINA, *Commento a sentenza Cass. Pen. 37026/2008* su www.aduc.it;

Cassazione penale, sez. II Sent., 27 marzo 2008, n. 1587, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2531;

Cassazione penale, sez. I, 19-9-2006, Tartag Samir, *GDir*, 2006, pp. 44 – 60;

Cassazione penale, sez. IV, 2 dicembre 2005, n. 43937 in *Cass. Pen.*, 2007, 3, p. 1109;

Cassazione penale, sez. IV, 28 ottobre 2005, X, in *CED, Cass.*, 232627.

Cassazione Sezioni Unite, 20.09.2005, Mannino ed altri, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Cassazione penale, sez. V, 11 maggio 2004, Zini, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it ;

Cassazione penale, sez. VI, 8.1.2004, Moscatiello, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Cassazione penale, sez. IV, 5-11-2003, D.L., *DPP*, 2004, p. 172;

Cassazione penale, sez. VI, 21-5-2003, Qehalliu Luan, *CP*, 2004, p. 1722;

Cassazione penale, sez. I, 8 maggio 2003, n. 23915, *CED, Cass. Pen.*, 2013;

Cassazione penale, sez. I, 24 aprile 2003, Esposito, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. V, 21 gennaio 2003, Fonnigli, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione, Sezioni Unite penali, n. 30328 del 2002, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, Sezioni Unite, 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Giur. it.*, 2004, 600 (con nota di G. INZERILLO, *Violazione del segreto in camera di consiglio e conseguente inutilizzabilità della testimonianza*), e in *Foro it.*, 2003, II, 457 (con nota di G. DI CHIARA, *Sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso e sull'inutilizzabilità della testimonianza resa in violazione del segreto d'ufficio*);

Sentenza Francese del 10 luglio 2002, in Banca Dati *De Jure*. Per un approfondimento sulla sentenza Francese, cfr. MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive, tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.* 2003, pp. 58 ss.; STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 3643; MASSA, *Le Sezioni unite davanti a «nuvole e orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pp. 3661 ss.;

Cassazione penale, sezione feriale, 28 agosto 2002, Desogus, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sezione feriale, 21 agosto 2002, Musitano, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. II, 26 giugno 2002, Berretta, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. V, 18 aprile 2002, Battaglia, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. I, 14 novembre 2001, Caliò, *Cass. Pen.*, 2003, p. 2045;

Cassazione penale, sez. sesta 2 ottobre 2001, Calabretta, n. 40859, *Cass. Pen.*, 2003, p. 1253;

Cassazione penale, sez. VI, 20 giugno 2001, Caterino in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione Sezione I, 27 febbraio 2001, Bidognetti, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione, Sezione VI, 217/2001, Tramonte, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. VI, 12.10.2000, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. V, 15 giugno 2000, Madonia e altri, in *Guida dir.*, 2000, pp. 35-60;

Cassazione penale, sez. V, 18 gennaio 2000, Orlando, in *Guida dir.*, 2000;

Cassazione penale, sez. I, 5 novembre 1998, Aletto e altri, in *Guida diritto*, 1999;

Cassazione penale, sez. VI, 1 marzo 1999, n. 793, CED, *Cass. Pen.*, 1999;

Cassazione penale, sez. VI, 16 aprile 1998, Civardi, *CED*, Cass. n. 210734;

Cassazione penale, sez. I, 27 febbraio 1998, Pollaro, in *Riv. Pen.*, 1998, p. 824;

Cassazione penale, sez. V, 1.4.1996, Compagnin, n. 4313, in *Riv. Giur. Polizia*, 1997, p. 235;

Cassazione penale, sez. VI, 17 febbraio 1996, Cariboni e altri, in *Giust. Pen.*, 1997, III, p. 383;

Cassazione Sezioni Unite, 21-04-1995, n. 7930, *Riv. Giur. Trib.*, 1996, p. 14, con nota di Cerqua;

Cassazione penale, sez. II, 10 marzo 1995, Ghiani, in *Cassazione penale*, 1997, n. 308, p.504;

Cassazione penale n. 1381 del 1995 in *Cass. Pen.*, 1996, p. 1564;

Cassazione penale, sez. Fer., 25 agosto 1994, Prudentino, in *Cass. Penale*, 1995, p. 1568;

Cassazione penale, sez. IV, n. 943/1993, Di Jorgi, in *Riv. pen.* 1993, pp. 330 ss.;

Cassazione penale, sez. I, 24.6.1992, in *Giust. Pen*, 1993, II, p. 275;

Cassazione penale, sez. IV, n. 269 del 25 marzo 1992, Di Giorgio, in *Cass. Pen.*, 1994, pp. 368 ss.;

Cassazione penale, Sezioni Unite, 4 febbraio 1992, n. 6682, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Cassazione penale, sez. I, 21 marzo 1991, Arini, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 2158.

Cassazione penale, sez. I, 29 ottobre 1990, Di Giuseppe, in *Giust. Pen.*, 1991, III, p. 685;

Cassazione penale, sez. I, 19 febbraio 1990, Pesce, *Cass. Pen.*, 1991, II, n. 14.

Cassazione, Sezioni Unite, 3 febbraio 1990, Belli, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p. 37, n.12;

Cassazione penale, sez. II, 26 ottobre 1989, Guzzardi, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1991, p. 128;

Cassazione penale, sez. I, 11 luglio 1987, Benacchio, *Cass. Pen.*, 1989;

Cassazione penale, sez. I, 22 novembre 1984, Re, in *Riv. pen.* 1986, p. 114;

Cassazione penale, sez. I, 25 giugno 1984, Rebeschini, *Cass. Pen.*, 1986, 1149;

Cassazione penale, sez. II, 7 novembre 1983, Canale, *Cass. Pen.*, 1984, p. 2225;

Cassazione penale, sez. IV, 1 marzo 1982, Di Bitetto, *Giust. Pen.*, 1983, III, p. 219;

Cassazione penale 14 dicembre 1982, Ferrari, in Banca dati *De Jure* www.iusexplorerer.it;

Cassazione penale 7 dicembre 1976, in Banca dati *De Jure* www.iusexplorerer.it;

Cassazione penale 16 ottobre 1973, D'Alì, in Banca dati *De Jure* www.iusexplorerer.it;

Cassazione penale, Sez. II, 16 febbraio 1972, Masci, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Cassazione penale, I sezione, 29 febbraio 1932, in *Giustizia penale*, 1933, IV, p. 50.

Giurisprudenza di merito

Tribunale Cagliari, 9 giugno 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1237;

Tribunale di Milano, Sez. VII penale, 7 luglio 1998, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Tribunale di Milano, Sez. VII penale, 5 ottobre 1998, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Tribunale Catanzaro, 9-5-1995, *GP*, 1996, III, p. 31;

Tribunale Pesaro, 23-11-1989, M.F., *BT*, 1990, p. 633.

Giurisprudenza europea

Corte eur. Diritti dell'Uomo sez. II, 18-05-2010, *Orgaristi c. Italia*, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Kobtsev c. Ucraina*, sentenza 4 aprile 2006, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Bottazzi c. Italia*, *Di Mauro c. Italia*, *Ferrari c. Italia* ed *A.P. c. Italia*, sentenza 28 luglio 1999, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Messina c. Italia*, sentenza 26 febbraio 1993, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Manzoni c. Italia*, sentenza 19 febbraio 1991, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Corigliano c. Italia*, sentenza 10 dicembre 1982, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Eckle c. Germania*, sentenza 15 luglio 1982, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Ringelsen c. Austria*, sentenza 16 luglio 1971, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it;

Corte EDU, *Wemhoff c. RTF*, sentenza 27 giugno 1968, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorer.it.

Corte Costituzionale

Corte Cost., 23 luglio 2015, n. 184, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 4 aprile 2011 n. 113, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 16 aprile 2008 n. 129, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost. 7 giugno 2010 n. 205, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 28 luglio 2004, n. 292, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 18 luglio 2003, n. 257, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 453, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 4 dicembre 2002, n. 518, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 18 luglio 2002, n. 370, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 14 dicembre 2001, n. 408, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 11 dicembre 2001, n. 399, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it;

Corte Cost., 13 febbraio 1995, n. 43, in Banca Dati *De Jure*, www.iusexplorerer.it.