



# Criminalia

---

*Annuario di scienze penalistiche*

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Fausto Giunta,  
Renzo Orlandi, Michele Papa,  
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

*Coordinatore*

Fausto Giunta

*Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Daniele Guerri,  
Dario Micheletti, Daniele Negri,  
Caterina Paonessa

*Coordinatore*

Dario Micheletti

*Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

**2 0 1 2**



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2013  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Distribuzione  
PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884673653-6  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### **Editoriale**

GIOVANNI CANZIO

*“Per non dimenticare”: a vent’anni dalle stragi di Capaci e via D’Amelio* 15

### **Primo Piano**

EVA CANTARELLA

*La chiamavano basanos. La tortura nell’antica Grecia* 19

MIRJAN R. DAMAŠKA

*La ricerca del giusto processo nell’età dell’inquisizione* 27

GIOVANNI FIANDACA

*La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale* 67

CARLO ENRICO PALIERO

*L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?* 95

JOHN A.E. VERVAELE

*Extraordinary rendition e sparizione forzata transnazionale nel diritto penale e nel diritto internazionale dei diritti umani* 119

**Retrospectiva** “*Giudici e giurati tra ‘intimo convincimento’, ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ e obbligo di motivazione*”

MANUEL J. ARROBA CONDE

*Convincimento, certezza e motivazione: l’esperienza canonica* 163

LOREDANA GARLATI

*“Contro il sentimentalismo”. L’impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930* 181

FRANCESCA RUGGIERI

*La circolazione di “libero convincimento e giuria” all’epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato* 229

<b>Il punto su...</b> <i>La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione</i>	
RENATO BRICCHETTI <i>Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza</i>	261
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale</i>	267
GAETANO INSOLERA <i>Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”</i>	285
SERGIO MOCCIA <i>Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto</i>	299
VITO VELLUZZI <i>Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione</i>	305
NICOLÒ ZANON <i>Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale</i>	315
<b>Il punto su...</b> <i>Il nesso causale: accertamento e motivazione</i>	
FRANCESCO D'ALESSANDRO <i>Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese</i>	331
OLIVIERO MAZZA <i>Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione</i>	357
<b>Il punto su...</b> <i>Quale colpa penale?</i>	
ROCCO BLAIOTTA <i>Legalità, determinatezza, colpa</i>	375
CARLO BRUSCO <i>Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”</i>	383
<b>Opinioni a confronto</b>	
<i>La Direzione Nazionale Antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive</i> Nota introduttiva di Giovanni Canzio	415
<i>Ne dibattono:</i> SALVATORE LIOTTA FILIPPO SPIEZIA	

## Antologia

- ALESSANDRO CORDA  
*Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale* 497
- CRISTIANO CUPELLI  
*Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge* 535
- ALBERTO DI MARTINO  
*Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione* 563
- ANGELO MARLETTA  
*Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale* 603
- DARIO MICHELETTI  
*Le fonti di cognizione del diritto vivente* 619
- CATERINA PAONESSA  
*Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo* 641
- MARIO PISANI  
*Sull'esperienza investigativa all'estero di Giovanni Falcone* 675

## L'angolo dei classici

- Il mestiere del giudicare. Traendo spunto dalla riedizione dell'opera di Dante Troisi "Diario di un giudice", Sellerio, 2012*  
 Introduce Ettore Randazzo  
 Interventi di ALESSANDRO CENTONZE e TITTA MADIA 681

## La biblioteca del penalista

- ANTONIO VALLINI  
*Il guidatore contromano e il guardiano del faro. Recensione a Winfried Hassemer, Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale, Il Mulino, 2012, trad. it. di Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, a cura di Domenico Siciliano* 701





## TABLE OF CONTENTS

### **Editorial**

- GIOVANNI CANZIO  
*"Lest we forget": twenty years after the massacres of Capaci and via D'Amelio* 15

### **Front page**

- EVA CANTARELLA  
*They call it basanos. Torture in ancient Greece* 19

- MIRJAN R. DAMAŠKA  
*The quest for a fair process in the era of inquisition* 27

- GIOVANNI FIANDACA  
*State-mafia negotiations between politics and criminal proceedings* 67

- CARLO ENRICO PALIERO  
*The agorà and the palace. Legitimacy for criminal law?* 95

- JOHN A.E. VERVAELE  
*Extraordinary rendition and transnational forced disappearance under criminal law and international human rights law* 119

### **Retrospective** "Judges and jurors between 'intimate belief', 'beyond reasonable doubt' and the duty of explanation"

- MANUEL J. ARROBA CONDE  
*Belief, certainty and motivation: the canonical experience* 163

- LOREDANA GARLATI  
*Against "sentimentalism": the inquisitory structure of the rules of evidence in the Italian code of criminal procedure enacted in 1930* 181

- FRANCESCA RUGGIERI  
*The flow of "free belief and jury" at the time of the first criminal code of united Italy: the misunderstandings of an incorrect transplantation* 229

**Focus on...** *The criminal law of the judge. Talking of sources of law and interpretation*

- RENATO BRICCHETTI  
*The status of legality in jurisprudence* 261
- OMBRETTA DI GIOVINE  
*From constructivism to interpretive naturalism? Cause for reflection in criminal law* 267
- GAETANO INSOLERA  
*A few considerations and a question about legality in criminal law at the "time of the judges"* 285
- SERGIO MOCCIA  
*On preconditions of judicial hermeneutics in the rule of law* 299
- VITO VELLUZZI  
*Two (short) notes on the judge and interpretation in criminal cases* 305
- NICOLÒ ZANON  
*On some current problems of the supremacy of the law in creating criminal law* 315

**Focus on...** *The causal nexus: verification and motivation*

- FRANCESCO D'ALESSANDRO  
*Causal explanation through scientific laws, ten years after the Franzese judgement* 331
- OLIVIERO MAZZA  
*The reasonable doubt in the theory of decision making* 357

**Focus on...** *Criminal negligence?*

- ROCCO BLAIOTTA  
*Legality, definiteness and negligence* 375
- CARLO BRUSCO  
*Risk and danger, "allowed danger" and the precautionary principle. The so called "flexibility of the categories of the crime"* 383

**Opinion exchange**

- Direzione Nazionale Antimafia and the coordination of mafia investigations twenty years after: evaluation and perspectives* 415
- Introductory note by Giovanni Canzio
- Discussants:*  
SALVATORE LIOTTA  
FILIPPO SPIEZIA

## Anthology

- ALESSANDRO CORDA  
*Reflections on the relationship between neuroscience and imputability  
 in criminal procedure* 497
- CRISTIANO CUPELLI  
*The European Parliament and the limits of the co-decision procedure  
 in criminal law. Between models of democracy and the crisis of the  
 “supremacy of the law” in criminal law* 535
- ALBERTO DI MARTINO  
*Crime in the optative form. A criminal law exegesis  
 of the international crime of aggression* 563
- ANGELO MARLETTA  
*“Administrative” detention of foreigners and reserve jurisdiction  
 over personal freedom* 603
- DARIO MICHELETTI  
*The sources of legal information* 619
- CATERINA PAONESSA  
*Obligation to prevent and physiognomy of the power to prevent* 641
- MARIO PISANI  
*On the Giovanni Falcone investigation experience* 675

## Classics corner

- The profession of judging. Taking the cue from the republication  
 of Dante Troisi’s work  
 “Diario di un giudice” (“Diary of a judge”), Sellerio, 2012  
 Introduction by Ettore Randazzo  
 Discussants: ALESSANDRO CENTONZE and TITTA MADIA* 681

## The library of the criminal law scholar

- ANTONIO VALLINI  
*The driver on the wrong side of the road and the lighthouse keeper.  
 Review of Winfried Hassemer, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer  
 (Why punishment is necessary. In defense of criminal law),  
 Il Mulino, 2012, Italian translation by Domenico Siciliano* 701



OLIVIERO MAZZA

## IL RAGIONEVOLE DUBBIO NELLA TEORIA DELLA DECISIONE

SOMMARIO: 1. La sentenza Franzese nell'orizzonte epistemologico giudiziario contemporaneo. – 2. La probabilità logica. – 3. Regole di valutazione probatoria e regole di giudizio (o di decisione). – 4. Il ragionevole dubbio come induzione eliminatoria.

### 1. *La sentenza Franzese nell'orizzonte epistemologico giudiziario contemporaneo*

In dieci anni è stato detto e scritto probabilmente tutto quello che si poteva intelligentemente disquisire intorno alla sentenza Franzese. Questo non trascurabile lasso di tempo ha anche permesso di verificare quale sia stata l'incidenza di tale arresto sugli orientamenti giurisprudenziali, sulle prassi applicative e sulle scelte legislative. Forse mai nessuna sentenza ha avuto, e meritato, l'attenzione riservata alla "Franzese". Tornare oggi sull'argomento per tracciare dettagliati bilanci<sup>1</sup> o per contribuire all'"apologia" di una pur importante decisione delle sezioni unite della Cassazione potrebbe apparire uno sterile esercizio di stile. L'unica prospettiva utilmente coltivabile sembra, dunque, quella di collocare la decisione delle sezioni unite nel dibattito teorico dell'epistemologia giudiziaria, in particolare sull'insidioso terreno della costruzione di un fondamento razionale della decisione che viene assunta nel processo penale.

Conviene prendere le mosse dai tre principi di diritto enunciati dalle sezioni unite, ai sensi dell'art. 173 n. 3 norme att. c.p.p., riguardanti, nell'ordine: a) la necessità di accertare la causalità omissiva mediante lo schema del giudizio controfattuale fondato su generalizzate regole di esperienza o su leggi scientifiche, universali o statistiche; b) il ripudio del criterio della mera probabilità statistica della legge scientifica di copertura per abbracciare il più pregnante canone della probabilità logica; c) la teorizzazione del ragionevole dubbio che conduce all'assoluzione dell'imputato quando la prova del nesso causale risulti insufficiente, contraddittoria e incerta, nello specifico quando le evidenze disponibili non suffraghino appieno l'efficacia condizionante della condotta omissiva rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo.

<sup>1</sup> In proposito, v. P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1225 ss.

Tutti e tre i principi sottendono il carattere necessariamente probabilistico del giudizio penale. Questo aspetto potrebbe però risultare in qualche modo falsato da un brano della motivazione in cui si parla espressamente della auspicabile conclusione del ragionamento giudiziale in termini di «certezza processuale» caratterizzata da un «alto grado di credibilità razionale». Non è un caso, del resto, se i primi autorevoli commentatori, enfatizzando proprio tale passaggio argomentativo, hanno addirittura affermato che «se il supporto induttivo offerto dall'*explanans* non è forte, forte come quello garantito da una legge statistica con coefficiente percentualistico vicino a 100, il giudizio finale di probabilità causale *ex post* non potrà mai assurgere al grado di conferma richiesto dall'oltre ogni ragionevole dubbio per una sentenza di condanna»<sup>2</sup>.

In realtà, il maggior pregio dell'impostazione seguita dalle sezioni unite è quello di aderire a un concetto di probabilità logica o baconiana, che rifugge da certezze espresse in termini numerico-percentualistici, per ribadire come, anche a fronte di una «certezza processuale» di natura probabilistica (alto grado di credibilità), l'esito cognitivo della ricostruzione giudiziale del fatto rimane connotato da un irresolubile margine di incertezza, quello che potremmo già chiamare «il dubbio non ragionevole». Riservandosi di approfondire il tema quando si affronterà la regola di giudizio enunciata nel terzo principio di diritto, è opportuno precisare subito che l'aggettivo giudiziale o processuale, oltre a definire la sede in cui si compie l'accertamento, assolve anche alla non meno rilevante funzione di rendere immediatamente percepibile il carattere approssimativo e incerto di ogni conclusione che si può trarre all'esito di un processo penale. Senza dover fare riferimento in questa sede all'impossibilità, ormai accettata in qualunque campo, del conseguimento dell'episteme<sup>3</sup>, intesa come conoscenza assolutamente certa e dimostrabile, è possibile spiegare e, al tempo stesso, accettare il carattere inevitabilmente probabilistico e incerto del ragionamento giudiziale, evidenziandone la componente essenzialmente induttiva. La valutazione delle prove e la conseguente decisione sono attività che richiedono al giudice una inferenza ampliativa, quindi non dimostrativa né deduttiva<sup>4</sup>, le cui

<sup>2</sup> F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 814.

<sup>3</sup> K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. it., Torino, 1995, p. 311. V. anche M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1993), trad. it., Torino, 1998, p. 16; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 23; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1.

<sup>4</sup> Come ricorda P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, p. 71, «lo schema dell'implicazione – 'se A allora B', dove non è possibile affermare A e negare B, senza contraddirsi – è inapplicabile ai rapporti tra prove e contenuto della decisione. Se la colpevolezza dovesse discendere deduttivamente dalle prove, così da riuscire inconfutabile per qualsiasi persona razionale, ogni processo si concluderebbe con l'assoluzione».

conclusioni asseriscono più di quanto conosciuto dalle premesse (le prove) e la cui validità può essere apprezzata solo in termini di probabilità.

Volendo precisare meglio, si potrebbe ritenere che, «chiamato a ricostruire eventi del passato attraverso la diretta percezione di eventi del presente (le prove), il giudice deve effettuare una duplice operazione logico-valutativa: in primo luogo, formulare ipotesi circa il “caso” che ha prodotto il “risultato” osservabile (abduzione); in secondo luogo, scegliere l’ipotesi migliore tra quelle compatibili con i dati probatori (*inference to the best explanation*). Entrambi i passaggi del ragionamento probatorio richiedono l’applicazione di regole inferenziali di tipo induttivo, ricavate empiricamente dalla precedente osservazione di casi analoghi»<sup>5</sup>.

Sgombrato così il campo dalla credenza ingenua del raggiungimento di una assoluta verità processuale<sup>6</sup>, occorre allora interrogarsi sul *quantum* di incertezza sia ammissibile e accettabile nel ragionamento induttivo-probabilistico del giudice. La “sentenza Franzese” ha dato una risposta convincente al quesito, preferendo la probabilità logica a quella meramente statistico-frequentista. Il calcolo matematico delle probabilità, la probabilità di frequenza o statistica non è idonea a sorreggere il ragionamento probatorio giuridico per la semplice ragione che non ha natura individualizzante, o meglio non dice nulla con riguardo allo specifico fatto oggetto di ricostruzione giudiziale<sup>7</sup>. Non bisogna certo richiamare i famosi paradossi degli autobus blu<sup>8</sup> o dell’intruso (*gatecrasher*)<sup>9</sup> per concludere circa l’inadeguatezza della probabilità statistica che, seppur in grado di ridurre e, in alcuni casi, addirittura di minimizzare percentualmente gli errori di giudizio<sup>10</sup>, non sarebbe rispondente a quel bisogno di “giustizia del caso singolo” che impone di collegare la decisione alle prove concretamente disponibili.

La scelta necessitata in favore della probabilità logica segna anche la preferenza per un modello del calcolo delle probabilità di tipo baconiano che porta al superamento delle opposte concezioni quantitative pascaliane o bayesiane<sup>11</sup>. Il modello

<sup>5</sup> F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 62.

<sup>6</sup> Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 23, «l’idea contraria che si possa raggiungere ed asserire una verità oggettivamente e assolutamente certa è infatti un’ingenuità epistemologica, che le dottrine giuridiche illuministiche del giudizio come applicazione meccanica della legge condividono con il realismo gnoseologico volgare».

<sup>7</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1992, p. 174.

<sup>8</sup> L. H. TRIBE, *Trials by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harvard Law Review*, 1971, p. 1340-1341.

<sup>9</sup> L. J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 77 ss.

<sup>10</sup> Cfr. F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, London, 2003, p. 92 ss.

<sup>11</sup> In proposito, v. l’ampia ricostruzione di L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell’induzione e della probabilità* (1989), trad. it. 1998, Milano, p. 5 ss.

pascaliano e il calcolo bayesiano sono stati giustamente criticati in quanto “metodi di calcolo” che scontano sia l'impossibilità concreta di realizzare una raccolta assolutamente completa dei dati informativi sia, soprattutto, la mancanza di criteri “oggettivi” di quantificazione delle premesse del calcolo (*prior probabilities*) e, in definitiva, del valore persuasivo delle prove. In altri termini, si insegna al giudice come calcolare la probabilità, ma al tempo stesso si rimette al suo approccio soggettivo il compito di stabilire il valore da assegnare ai dati immessi nel calcolo<sup>12</sup>. L'estremo soggettivismo conduce a una teoria che sembra avere il semplice scopo di descrivere lo stato mentale in cui versa il giudice<sup>13</sup>, senza tuttavia fornire alcuna indicazione utile per un inquadramento razionale del problema della ricostruzione probatoria del fatto<sup>14</sup>.

Come si è già ricordato, uno dei maggiori meriti della sentenza Franzese va rintracciato nell'abbandono delle suggestioni derivanti dalla probabilità quantitativa, da sempre molto ben radicate nella prova “scientifica” del nesso di causalità<sup>15</sup>. Ciò non toglie, tuttavia, che le frequenze statistiche possano e debbano avere una certa rilevanza nel procedimento probatorio<sup>16</sup>. Quando si dispone di dati statistici raccolti con metodo scientifico, questi possono costituire un elemento di prova che il giudice dovrà valutare, senza però che la probabilità statistica divenga a sua volta lo schema logico della valutazione della prova stessa. In tale ottica va letta l'affermazione centrale delle sezioni unite sull'accertamento del nesso di causalità: la probabilità statistica, desunta dalla legge scientifica di copertura, non è il criterio tautologico di valutazione della prova o di giudizio, bensì un elemento di prova che va valutato unitamente a tutte le altre evidenze del caso concreto le quali, a loro volta, devono consentire di escludere l'incidenza

<sup>12</sup> È quanto ammette anche chi sostiene la plausibilità giudiziaria di una teoria bayesiana della decisione: P. GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4042 ss. Cfr., inoltre, G. ÜBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 180-181.

<sup>13</sup> L. J. COHEN, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in AA.VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers - E. D. Green, Milano, 2003, p. 192.

<sup>14</sup> Per una completa esposizione di tutti le obiezioni che possono essere mosse alla probabilità quantitativa bayesiana, v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 168 ss.

<sup>15</sup> Suggestioni ampiamente raccolte dalla più autorevole dottrina penalistica che, consapevole dell'impossibilità di ricondurre, sulla base del mero dato statistico, il singolo evento nei fatti inclusi nel campione, richiede un risultato percentuale molto prossimo alla certezza (F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 814): tuttavia, se non si fonda su una legge universale, la “prova scientifico-statistica”, in sé e per sé considerata, nulla dice sulla causa dell'evento singolo.

<sup>16</sup> Sul punto, cfr., in chiave critica, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, p. 308 ss.



di altri fattori interagenti<sup>17</sup>. In tal modo, anche una bassa frequenza statistica di certi tipi di evento legati a una certa causa potrebbe essere adeguata per stabilire che, nel caso specifico, esclusa ogni altra spiegazione alternativa, si sia realizzato proprio quel nesso di condizionamento connotato da «coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista»<sup>18</sup>.

## 2. La probabilità logica

La teoria della probabilità logica è sicuramente quella che meglio spiega la ricostruzione induttiva dei fatti in giudizio e quella, per certi versi, più familiare ai giuristi. L'ulteriore pregio della sentenza Franzese è stato di rendere esplicito uno schema razionale di valutazione delle prove che normalmente, in ambito giudiziario, viene utilizzato quasi inconsapevolmente. Al di là della precisione o della divisibilità o meno delle argomentazioni, le sezioni unite hanno certamente infranto un tabù, spiegando ai giuristi, attraverso lo strumento privilegiato della sentenza, che il loro consueto modo di ragionare e di decidere può essere razionalizzato se non propriamente formalizzato. La base teorica ed epistemologica è stata ovviamente importata dalle riflessioni dottrinali, e non solo dei giuristi<sup>19</sup>, ma rimane ferma la circostanza, indubbiamente importante, che anche la giurisprudenza abbia inteso aprirsi a questi “nuovi” orizzonti conoscitivi<sup>20</sup>.

Volendo definire la probabilità logica, potremmo fare riferimento alla relazione intercorrente fra un'ipotesi e gli elementi che ne confermano l'attendibilità. Questo schema corrisponde precisamente alle valutazioni a cui è chiamato il giudice. E proprio la sua esatta corrispondenza al problema giudiziario ne ha segnato la fortuna. La probabilità non viene più riportata al grado di convincimento personale del

<sup>17</sup> Il problema, semmai, sarà quello di stabilire se sia concretamente possibile escludere spiegazioni alternative dell'evento: v., in tema di causalità medica omissiva, F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 121 ss. Peraltro, ci si dovrebbe interrogare su cosa significhi esattamente escludere l'interferenza di fattori alternativi: fornire la prova di un “fatto negativo”? Oppure prendere atto che le ipotesi alternative non sono state nemmeno affacciate o, comunque, se prospettate non siano state in alcun modo confermate dalle prove disponibili?

<sup>18</sup> V. anche Cass., sez. IV, sent. n. 39594, 21 giugno 2007, P.C. in proc. Rizzo, CED 237876, secondo cui «nei reati omissivi impropri, la sussistenza del nesso di causalità non può essere affermata sulla base di una valutazione di probabilità statistica, risultando invece necessaria la formulazione di un giudizio di probabilità logica che consenta di ritenere l'evento specifico riconducibile all'omissione dell'agente al di là di ogni ragionevole dubbio».

<sup>19</sup> V., anche per i diversi approcci al tema, AA.VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., *passim*.

<sup>20</sup> In particolare, il riferimento è al pensiero di J. L. COHEN, un cui utile compendio in lingua italiana è rappresentato da *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, cit., *passim*.

soggetto chiamato a decidere, «bensì al grado di conferma che le prove forniscono – oggettivamente – all'ipotesi»<sup>21</sup>.

Se lo schema è chiaro, resta del tutto aperto il problema di stabilire quali inferenze induttive possono essere ritenute razionali, ossia quando e a quali condizioni possiamo ritenere logicamente confermata l'ipotesi fattuale sulla base delle prove raccolte<sup>22</sup>. Le inferenze induttive, proprio perché tali, non potranno mai essere universalmente valide, tuttavia ciò non esclude la razionalità e la validità di un ragionamento induttivo fondato su massime d'esperienza o leggi scientifiche di tipo probabilistico. È chiaro che impiegando la logica induttivo-probabilistica non si potrà mai giungere a una valutazione di concluzione probatoria, non si potrà mai ritenere assolutamente dimostrata su base induttiva un'ipotesi, cosa invece possibile solo impiegando inferenze deduttive. Nella piena consapevolezza dei limiti dell'inferenza induttiva, la probabilità logica serve però a superare ogni questione riferibile a probabilità numeriche o quantitative ovvero al grado personale di convincimento del giudice.

La probabilità logica, infatti, è direttamente proporzionale all'affidabilità dell'inferenza che va da una proposizione (probatoria) all'altra (fattuale), dall'elemento di prova al risultato di prova o dai risultati di prova alla decisione finale sul merito dell'imputazione, in contesti in cui tale inferenza non gode delle garanzie della logica deduttiva. Misurare esattamente l'affidabilità dell'inferenza è però praticamente impossibile, a meno di non ricadere, surrettiziamente, in una nozione di probabilità pascaliana fondata comunque su calcoli matematici<sup>23</sup>. Occorre, dunque, evitare l'errore di ritenere numericamente o percentualmente quantificabile il grado della probabilità logica.

Il grado di conferma che l'ipotesi fattuale può trovare nelle prove acquisite si misura solo sulla coerenza della conclusione rispetto alle evidenze disponibili, quindi necessariamente anche sulla persuasività logico-razionale dei criteri inferenziali adottati e, più in generale, sulla saldezza del ragionamento. La conclusione deve essere tale da lasciare sopravvivere solo il dubbio non ragionevole, quello cioè determinato dal tipo stesso di inferenza induttiva.

<sup>21</sup> F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 62.

<sup>22</sup> Secondo F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 812, «non ... sembrano necessarie lunghe riflessioni per concludere che la probabilità logica non riesce, da sola, ad individuare il grado di conferma richiesto: essa è muta rispetto al grado di conferma per una decisione giusta del giudice civile e penale».

<sup>23</sup> Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova* (2007), trad. it., Milano, 2012, p. 124 ss.

### 3. Regole di valutazione probatoria e regole di giudizio (o di decisione)

L'aspetto meno convincente della sentenza Franzese riguarda, invece, la mancata esatta percezione di una distinzione fondamentale, quella fra le regole di valutazione della prova e le regole di giudizio o regole di valutazione probatoria complessiva nel momento decisorio<sup>24</sup>. Probabilmente ciò è dipeso dal fatto che si tratta pur sempre di una sentenza e non di una ricostruzione sistematica del lessico e della struttura probatoria<sup>25</sup>, condizionata perciò dallo specifico quesito sottoposto all'attenzione del giudice, rappresentato principalmente dalla individuazione dei criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale.

Tuttavia, è importante sottolineare come la probabilità logica, pur investendo entrambi i momenti, valutativo e decisorio, operi nei due contesti secondo standard diversi.

In estrema sintesi, si può ritenere che il giudice sia dapprima chiamato a valutare i singoli esperimenti conoscitivi, per poi operare, a fini decisorii, una valutazione probatoria complessiva caratterizzata dalla considerazione combinata e unitaria di tutte le evidenze legittimamente acquisite e, quindi, disponibili<sup>26</sup>.

Nella prima fase, quella della valutazione della singola prova, il giudice deve dar conto, ai sensi dell'art. 192 comma 1 c.p.p., «dei criteri di valutazione (massime d'esperienza) utilizzati per vagliare il fondamento della prova»<sup>27</sup>. Di fronte al singolo elemento di prova, il giudice compie una complessa operazione inferenziale

<sup>24</sup> La giurisprudenza non è comunque insensibile a tale distinzione: «la previsione normativa della regola di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» non ha introdotto un diverso e più restrittivo criterio di valutazione della prova ma ha codificato il principio giurisprudenziale secondo cui la pronuncia di condanna deve fondarsi sulla certezza processuale della responsabilità dell'imputato» (Cass., sez. II, sent. n. 16357, 2 aprile 2008, Crisiglione, CED 239795). Analogamente, Cass., sez. I, sent. n. 20371, 11 maggio 2006, Ganci e altro, CED 234111, laddove si afferma che, «con la previsione della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, di cui all'art. 5 della legge n. 46 del 2006, che ha modificato il comma primo dell'art. 533 cod. proc. pen., il legislatore non ha introdotto un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice, ma ha semplicemente formalizzato un principio già acquisito dalla giurisprudenza, secondo cui la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale della responsabilità dell'imputato».

<sup>25</sup> Il suo estensore, tuttavia, anche in sede teorica parla del ragionevole dubbio come di una «regola probatoria e di giudizio»: G. CANZIO, *L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303.

<sup>26</sup> Descrive compiutamente le diverse attività del giudice, G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, cit., p. 178-179; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 80-83; ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 77 ss.

<sup>27</sup> *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, Milano, 1991, p. 349.

che lo condurrà a stabilire il risultato di prova. L'inferenza, come detto, è di tipo induttivo-probabilistico e riguarda non solo l'elemento di prova in sé considerato, ma anche, e soprattutto, la valutazione dei fatti secondari<sup>28</sup>, intesa come verifica del grado di attendibilità della fonte e/o del mezzo di prova e della comprensibilità dell'elemento di prova, spesso connotato da proposizioni e concetti vaghi o generici<sup>29</sup>. La verifica dei fatti secondari può anche implicare controlli incrociati con elementi di altre sequenze probatorie, senza peraltro sconfinare nella seconda fase, quella della valutazione complessiva a fini decisori.

Anche quando nella considerazione del solo elemento di prova il giudice possa fare applicazione di leggi universali, logiche o scientifiche non probabilistiche<sup>30</sup>, il ben più pregnante apprezzamento congiunto dei fatti secondari richiederà sempre l'impiego di massime d'esperienza<sup>31</sup>, con la conseguenza che l'inferenza che conduce dall'elemento al risultato di prova sarà necessariamente connotata da una probabilità logica.

Non va nemmeno dimenticato che in alcuni casi, predeterminati dal legislatore, il giudice non è libero di apprezzare il singolo elemento di prova, dovendo sottostare alle regole di valutazione sancite dall'art. 192 commi 2-4 c.p.p.

L'aspetto che merita di essere posto in luce è come il giudice, nella valutazione della singola prova, non sia tenuto a raggiungere una conclusione vincolata in termini di concludenza probatoria, ossia di affermazione o negazione della proposizione fattuale che costituisce il singolo tema di prova. Egli può anche ritenere relativamente persuasivo l'esperimento probatorio, quindi giungere a un grado di conferma dell'ipotesi fattuale non del tutto soddisfacente, senza perciò escludere il conseguimento di un risultato di prova, sia pure incerto. In altri termini, non è necessitato il raggiungimento della conclusione per cui l'asserto fattuale risulta provato (o smentito), essendo ammissibili anche risultati di prova connotati da un dubbio superiore a quello fisiologicamente implicato dalla inferenza induttiva fondata su massime d'esperienza. Un risultato conoscitivo ambiguo o non particolarmente persuasivo non deve, per ciò stesso, essere scartato o addirittura considerato alla stregua della smentita della proposizione probatoria (prova fallita). La valutazione della prova, del singolo elemento di prova, non soggiace a regole decisorie, come quella della persuasività "al di là di ogni ragionevole dubbio", non

<sup>28</sup> I riferimenti alla sequenza probatoria sono tratti da G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 25 ss.

<sup>29</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 204 ss.

<sup>30</sup> L'esempio classico è quello della prova d'alibi fondata sulla legge scientifica non probabilistica per cui gli esseri umani non sono dotati dell'ubiquità.

<sup>31</sup> Stando sempre all'esempio di nota 30, andrà valutato il fatto secondario costituito dall'attendibilità del testimone che fornisce la prova d'alibi, inferenza necessariamente fondata su massime d'esperienza e sul riscontro fornito da altri elementi di prova.

deve per forza giungere a un «giudizio assertorio di concludenza probatoria»<sup>32</sup>, dovendo, al limite, sottostare alle regole legali di valutazione specificamente dettate dal codice quale temperamento del canone generale del libero convincimento (v. art. 192 c.p.p.)<sup>33</sup>.

Il singolo risultato di prova, ancorché, in ipotesi, connotato da ampi margini di incertezza, entrerà comunque nella valutazione complessiva di tutte le evidenze disponibili nel momento decisorio, potendo in questa seconda fase essere oggetto di una nuova valutazione alla luce di tutti gli altri elementi nel frattempo raccolti, che magari possono innalzare o abbassare il livello di persuasività del risultato di prova originario, anche attraverso l'impiego di diverse massime d'esperienza suggerite proprio dall'evoluzione complessiva del quadro probatorio<sup>34</sup>. L'inferenza induttiva del giudice è infatti un *work in progress* in cui le conclusioni tratte inizialmente potrebbero essere superate in un momento successivo dalla valutazione congiunta di più elementi di prova o di più fatti secondari<sup>35</sup>. Senza trascurare l'eventualità che la singola prova incerta, ma incidente su una circostanza fattuale determinante, pur non avendo la forza logica della falsificazione della proposizione probatoria, possa comunque supportare adeguatamente il ragionevole dubbio.

È chiaro che nel caso limite (e pressoché solo teorico) in cui sia stato acquisito un unico elemento di prova il momento valutativo e quello decisorio tenderanno a

<sup>32</sup> G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 77; ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 76.

<sup>33</sup> Secondo M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 172 ss., il ragionevole dubbio non «si può configurare come regola di valutazione negativa ... non limita il libero convincimento del giudice, ma ne costituisce un'attuazione, prescrivendo l'impiego dei criteri della logica induttiva in tutti i gradi del processo». Al tempo stesso, però, la distinzione fra regole di valutazione della prova e regole di giudizio sembra sfumare quando si afferma che «la valenza della prescrizione dell'art. 533 comma 1 c.p.p., infine, è tale da indebolire le regole di corroborazione stabilite dall'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p., potendo arrivare ad esautorarle completamente».

<sup>34</sup> Il riferimento è a prove disposte in ordine convergente verso la medesima proposizione probatoria, secondo la descrizione fornita da P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 77.

<sup>35</sup> Sulla necessità di inserire nella valutazione probatoria complessiva anche risultati non univoci o del tutto persuasivi, soprattutto per effetto della valutazione dei fatti secondari, v., sia pure con qualche imprecisione linguistica, Cass., sez. VI, sent. n. 29350, 3 maggio 2006, Rispoli, CED 235088, secondo cui, «in tema di valutazione della prova, con riferimento ai risultati delle intercettazioni di comunicazioni, il giudice di merito deve accertare che il significato delle conversazioni intercettate sia connotato dai caratteri di chiarezza, decifrabilità dei significati e assenza di ambiguità, di modo che la ricostruzione del significato delle conversazioni non lasci margini di dubbio sul significato complessivo della conversazione. (La Corte ha chiarito che qualora la conversazione captata non sia connotata da queste caratteristiche – per l'incompletezza dei colloqui registrati, per la cattiva qualità dell'intercettazione, per la cripticità del linguaggio usato dagli interlocutori, per la non sicura decifrabilità del contenuto o per altre ragioni – non per questo si ha un'automatica trasformazione da prova a indizio, in quanto è il risultato della prova che diviene meno certo con la conseguente necessità di elementi di conferma che possano eliminare i ragionevoli dubbi esistenti)».

coincidere, determinando una sorta di *transfert* della regola di giudizio nella valutazione della prova che, dunque, dovrà rivelarsi capace di dimostrare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio. Tale particolare eventualità non sembra però inficiare la validità della distinzione concettuale appena delineata.

Se, dunque, l'attività di valutazione della prova, e cioè l'inferenza che intercorre fra l'elemento e il risultato di prova, è libera (libero convincimento, art. 192 comma 1 c.p.p.), ossia non condizionata al raggiungimento di uno standard predeterminato di persuasività e non sottoposta a regole predeterminate, a meno che non siano eccezionalmente applicabili le note regole prudenziali (art. 192 commi 2-4 c.p.p.), l'attività decisoria soggiace, invece, a una precisa regola di giudizio espressa dalla "sentenza Franzese" facendo ricorso all'arcinoto canone anglosassone *beyond any reasonable doubt (bard rule)*<sup>36</sup> e oggi codificata nell'art. 533 comma 1 c.p.p.

#### 4. *Il ragionevole dubbio come induzione eliminatória*

Messo in evidenza lo scollamento fra standard probatori e standard decisori, occorre ora soffermarsi sul terzo principio di diritto con cui le sezioni unite hanno teorizzato la regola di giudizio del ragionevole dubbio che la l. n. 46 del 2006 ha poi testualmente inserito nel novellato art. 533 c.p.p.<sup>37</sup>.

Non bisogna, anzitutto, farsi fuorviare dalla consacrazione codicistica del principio giurisprudenziale, evento raro che sembrerebbe invertire le regole dell'ermeneutica, con un legislatore pronto a recepire il diritto giurisprudenziale creativo: in realtà, il canone decisorio per cui il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio era già ricavabile dal sistema normativo prima della riforma del 2006, come d'altronde dimostra l'interpretazione fornita dalla stessa "Franzese" del combinato disposto degli art. 530 comma 2 e 533 c.p.p. nel testo allora vigente, facendo coincidere il ragionevole dubbio con «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso di causalità». Ha quindi ragione la dottrina che, in modo pressoché unanime<sup>38</sup>, non attribuisce carattere innovativo all'intervento

<sup>36</sup> Contrariamente a quanto si potrebbe ritenere, l'origine della formula *BARD* non è statunitense, bensì inglese: in proposito, v. R. ORLANDI, Recensione a J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, p. 760.

<sup>37</sup> Sull'origine della regola nel nostro ordinamento, v. F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2406 ss.

<sup>38</sup> V., per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 995, secondo cui la riscrittura dell'art. 533 comma 1 c.p.p. esprimerebbe un «banale americanismo e [una] verità ovvia».

riformatore<sup>39</sup>. Tuttavia, se il superamento del ragionevole dubbio non ha efficacia autonomamente prescrittiva rispetto a quanto era già ricavabile prima della riforma dal combinato disposto degli art. 530 comma 2 e 533 c.p.p., per non parlare della regola di giudizio direttamente imposta dalla presunzione costituzionale ed europea d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.; art. 6 comma 2 CEDU)<sup>40</sup>, sul piano descrittivo<sup>41</sup> la formula appare certamente evocativa, permettendo di meglio comprendere e perimetrare il carattere probabilistico del giudizio di stampo induttivo<sup>42</sup>.

Nella valutazione complessiva delle prove disponibili il giudice deve fare riferimento alla già ricordata probabilità logica, raggiunta la quale la decisione di condanna potrà essere assunta senza incorrere in ragionevoli dubbi. Il dubbio che porta con sé la stessa nozione di probabilità logica<sup>43</sup> non è ostativo alla condanna e non è contemplato nella formula *BARD* che, quindi, non lascia spazio alle osservazioni di

<sup>39</sup> In giurisprudenza, analogamente, Cass., sez. I, sent. n. 30402, 28 giugno 2006, Volpon, CED 234374: «con la previsione della regola per la quale il giudice pronuncia sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 5 della legge n. 46 del 2006, modificativo del comma primo dell'art. 533 cod. proc. pen., il legislatore ha formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni per la condanna, stante la preesistente regola, di cui all'art. 530, comma secondo, cod. proc. pen., per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova l'imputato va assolto».

<sup>40</sup> V., in particolare, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 90 ss.; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 186 ss.

<sup>41</sup> Secondo Cass., sez. II, sent. n. 19575, 21 aprile 2006, Serino ed altro, CED 233785, «la modifica dell'art. 533 cod. proc. pen. ad opera dell'art. 5, L. n. 46 del 2006, con la previsione che il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio, ha carattere meramente descrittivo, più che sostanziale, dato che anche in precedenza il "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza dell'imputato ne comportava il proscioglimento a norma dell'art. 530, secondo comma, cod. proc. pen.».

<sup>42</sup> L'attenzione dedicata, in questa sede, al versante epistemologico non deve, però, far dimenticare che la regola decisoria ha una sua ragion d'essere schiettamente garantista, meglio rappresentata dai principi sinonimi del *favor rei* o dell'*in dubio pro reo*. Sul punto, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 185. Una interessante spiegazione delle ragioni che possono aver determinato l'intervento legislativo è fornita da R. ORLANDI, Recensione a J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, cit., p. 762-763, per il quale «il testo dell'art. 533 comma 1 è stato novellato da una legge che aveva principalmente lo scopo di ridurre, fin quasi a vietarla, l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento».

Una condanna in secondo grado dell'imputato prosciolto in primo grado diventava pressoché impossibile. C'era dunque il rischio che il giudice di primo grado, consapevole di questa nuova difficoltà, risolvesse in sfavore dell'imputato il dubbio fra assoluzione e condanna. Posto che la condanna era appellabile, egli poteva esser spinto a dichiarare colpevole l'imputato in situazioni dubbie. Situazioni che, verosimilmente, si sarebbero risolte in suo favore, all'epoca in cui anche le sentenze assolutorie erano appellabili. È del tutto plausibile che la regola del ragionevole dubbio sia stata formalizzata nell'art. 533 comma 1 per contrastare questo perverso effetto: un monito al giudice che si accinge a condannare; un richiamo all'etica professionale e al sentimento di giustizia; un invito inteso a provocare un sussulto di responsabilità nel giudicante che si accinge a condannare».

<sup>43</sup> ... dubbio che potrebbe essere superato solo dal rapporto di implicazione necessaria fra premesse e conclusione che connota l'inferenza deduttiva.

chi dubita della stessa possibilità di raggiungere una convinzione su base induttivo-probabilistica<sup>44</sup>. Si tratterebbe, infatti, di un dubbio non ragionevole<sup>45</sup>, un dubbio scettico che, se accolto, condurrebbe al rifiuto della stessa possibilità di adottare una decisione in ambito giudiziario dove l'inferenza induttiva lega premesse e conclusioni con il filo della probabilità. Al tempo stesso, non sarebbe ragionevole e non potrebbe essere preso in considerazione il dubbio meramente soggettivo, ossia non suffragato dalle evidenze raccolte. La probabilità logica, che rappresenta lo schema razionale di giudizio, non considera il personale convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato, ma richiede che un solido e coerente quadro probatorio confermi induttivamente l'affermazione di colpevolezza. Non conta quello che soggettivamente e irrazionalmente pensa il giudice, ma quanto lo stesso giudice può ragionevolmente inferire dalle prove raccolte. Così interpretato, il dubbio ragionevole assume una dimensione "oggettiva", ben più rassicurante rispetto alla deriva soggettivistica e irrazionale che si registra in alcune formule normative, come quella contenuta nella Section 1096 del codice penale della California<sup>46</sup>.

Il ragionevole dubbio, legato a doppio filo con l'inferenza induttiva e la probabilità logica, non è né misurabile né quantificabile<sup>47</sup>. Valgono esattamente le stesse considerazioni già svolte affrontando il tema dell'attività inferenziale del giudice. E' preferibile arrendersi a questa realtà piuttosto che tentare di imporre percentuali di convincimento che finirebbero per non avere concretamente nulla di oggettivo: anche un elevatissimo grado di certezza, poniamo al 99%, circa la colpevolezza dell'imputato rimetterebbe pur sempre al giudice il compito di stabilire se, nel caso specifico, tale soglia sia stata raggiunta.

<sup>44</sup> Come rileva giustamente P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 73, «fuori dal settore della logica deduttiva e della dimostrazione matematica, nessuna prova è tale da escludere il dubbio sulla verità della conclusione; ma, se quel dubbio non appare 'ragionevole', si può ritenere raggiunta la prova e assumere convenzionalmente il risultato come certo, data l'impossibilità di giustificare in termini definitivi e indubitabili le nostre conoscenze. È proprio questo, a ben vedere, l'apporto più significativo dell'attributo 'ragionevole', che ci autorizza a considerare 'provata' una proposizione anche quando in senso puramente logico si potrebbe dubitare di essa. Può sembrare un paradosso ma in termini propriamente tecnici l'enunciato "x è provato oltre ogni ragionevole dubbio" rappresenta un'attenuazione e non un rafforzamento del più lapidario "x è provato"».

<sup>45</sup> Così ancora P. FERUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 73.

<sup>46</sup> Il testo originale della Section 1096 recita: «A defendant in a criminal action is presumed to be innocent until the contrary is proved, and in case of a reasonable doubt whether his or her guilt is satisfactorily shown, he or she is entitled to an acquittal, but the effect of this presumption is only to place upon the state the burden of proving him or her guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt is defined as follows: "It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge"».

<sup>47</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 995, per il quale «la misura della probabilità sufficiente alla condanna non è codificabile, meno che mai in numeri».



L'unica conclusione plausibile è quella di ritenere che la probabilità della colpevolezza dell'imputato superi la soglia, non definita né definibile percentualmente, del ragionevole dubbio quando risulti coerentemente sostenuta dalle evidenze disponibili attraverso solide inferenze. Per converso, la presenza del ragionevole dubbio attesta o la scarsa qualità (*rectius*, persuasività) dei criteri inferenziali adottati, dando così luogo a una situazione di insufficienza della prova, ovvero la possibilità che sul materiale probatorio acquisito, o più spesso su una parte di esso, possa fondarsi una diversa inferenza, più o meno solida, ma comunque logicamente plausibile, a sostegno della conclusione alternativa a quella di colpevolezza, integrando così il fenomeno della contraddittorietà della prova<sup>48</sup>.

Sul punto è opportuno soffermarsi con alcune ulteriori precisazioni. Per quanto concerne le regole di inferenza, non è detto che la loro qualità sia direttamente proporzionale alla scientificità delle stesse<sup>49</sup>. Non sarebbe perciò giustificata la scelta di bandire l'impiego delle massime d'esperienza che non fossero «l'espressione abbreviata e familiare di una legge scientifica»<sup>50</sup>. Va infatti considerato che le leggi scientifiche normalmente utilizzate dal giudice sono di carattere probabilistico, mentre quelle poche leggi universali non probabilistiche (ad esempio, la forza della gravità o la mancanza del dono dell'ubiquità nell'uomo), peraltro a loro volta facenti parte del senso comune, non vengono quasi mai utilizzate per la più complessa valutazione dei fatti

<sup>48</sup> Non diversamente, secondo Cass., sez. I, sent. n. 41110, 24 ottobre 2011, Pg in proc. Javad, CED 251507, «la regola dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio”, introdotta dalla legge n. 46 del 2006, che ha modificato l'art. 533 cod. proc. pen., impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio del “dubbio”, con la conseguenza che il giudicante deve effettuare detta verifica in maniera da scongiurare la sussistenza di dubbi interni (ovvero la autocontraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (ovvero l'esistenza di una ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)». Per l'esclusione della rilevanza del dubbio fondato su ipotesi alternative meramente congetturali, sia pure plausibili, ovvero su eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili “in rerum natura”, ma sprovviste del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, v. Cass. sez. IV, sent. n. 30862, 17 giugno 2011, Giulianelli e altri, CED 250903; Cass., sez. I, sent. n. 17921, 3 marzo 2010, Giampà, CED 247449; Cass., sez. IV, sent. n. 48320, 12 novembre 2009, Durante, CED 245879; Cass., sez. I, sent. n. 23813, 8 maggio 2009, P.G. in proc. Manickam, CED 243801; Cass., sez. I, sent. n. 31456, 21 maggio 2008, Franzoni, CED 240763. Meno convincente è il tentativo di porre a carico dell'imputato una sorta di onere di allegazione della ipotesi alternativa quando la stessa si possa comunque desumere dalle prove acquisite: «il giudice, per dichiarare colpevole “al di là di ogni ragionevole dubbio” l'imputato che sia rimasto contumace o si sia avvalso del diritto al silenzio rinunciando così a prospettare una sua versione dei fatti, non ha l'obbligo di verificare le ipotesi alternative alla ricostruzione dei fatti quale emergente dalle risultanze probatorie. (In motivazione la Corte ha precisato che il giudice non è tenuto a tale verifica in quanto l'imputato, con tale condotta processuale, non ha offerto al contraddittorio dibattimentale, dichiarandola, la sua verità dei fatti stessi)» (Cass., sez. III, sent. 30251, 15 luglio 2011, Allegra, CED 251313).

<sup>49</sup> Come, invece, sostiene F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 787-788.

<sup>50</sup> F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, cit., p. 123.

secondari. Massime d'esperienza e leggi scientifiche (non universali) finiscono così per offrire la medesima garanzia conoscitiva basata sulla probabilità logica dell'inferenza. Non è dunque un caso se la dottrina tende a includere le leggi scientifiche probabilistiche nel *genus* delle massime d'esperienza ovvero a confondere le prime con le seconde, facendo leva sul minimo comune denominatore rappresentato dalla generalizzazione di dati empirici. Le leggi scientifiche, tuttavia, presentano un elemento in più rispetto alle regole del senso comune, costituito dal riferimento a un apparato nomologico e teorico la cui esistenza e validità deve essere preliminarmente considerata proprio per evitare di attribuire il carattere delle scientificità a generalizzazioni meramente empiriche. Poste queste premesse, e preso atto che nel processo penale è sempre più frequente il ricorso a conoscenze scientifiche<sup>51</sup> di natura comunque probabilistica, occorre ribadire il ruolo centrale e ineliminabile delle massime d'esperienza nel ragionamento probatorio<sup>52</sup>, rifiutando l'assioma per cui l'inferenza basata sul senso comune non sarebbe in grado di superare la soglia del ragionevole dubbio<sup>53</sup>.

Altro fraintendimento da evitare è quello di ritenere che la probabilità della colpevolezza sia quantificabile in termini numerici e percentuali<sup>54</sup>. Si è già più volte sottolineato come il ragionamento induttivo del giudice non possa fondarsi su coefficienti generali di probabilità statistica (a meno che non si tratti di leggi universali non probabilistiche inquadrabili nella logica deduttiva), gli unici realmente misurabili, ma debba riguardare le prove del caso concreto dalle quali potrebbe anche inferirsi la realizzazione dell'eventualità astrattamente meno frequente, sostituendo così alla probabilità statistica quella logica. Peraltro, ogni tentativo di imbrigliare in termini numerici la probabilità logica è destinato al fallimento, posto che l'attribuzione di precisi valori quantitativi e qualitativi alle prove disponibili o al livello di prove necessario per giustificare la condanna sarebbe sempre, con riguardo al caso concreto, un'operazione soggettiva, arbitraria e contestabile. Quello che si può sensatamente affermare è che la regola decisoria del ragionevole dubbio si pone certamente a un livello superiore al criterio civilistico del "più probabile che no" (*balance of probability*) o a quello espresso dalle disposizioni processuali penali che, per giudizi diversi da quello sul merito dell'imputazione, richiedono una *probatio minor* normalmente indicata con il riferimento a una base conoscitiva di tipo indiziario<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> V. ancora O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., spec. p. 43 ss. Cfr., inoltre, P.P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, 2010, p. 35 ss.

<sup>52</sup> In tal senso, v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 238.

<sup>53</sup> Cfr. F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 787-788 e 814.

<sup>54</sup> V. ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 995.

<sup>55</sup> In tal senso F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole*

Nella incapacità, o meglio nella impossibilità, di attribuire connotati di certezza al ragionamento induttivo – purtroppo ancor oggi l'unico utilizzabile in ambito giudiziario, sebbene la sua efficacia per una logica della conferma sia stata posta in crisi da ben noti paradossi prospettati dalla filosofia della scienza<sup>56</sup> –, al ragionevole dubbio va comunque riconosciuto il merito di configurare la probabilità logica come *induzione* (anche) *eliminatória*, inglobante esigenze di tipo falsificazionista<sup>57</sup>. L'inferenza induttiva eliminatória, postulata proprio dall'esclusione del ragionevole dubbio, è dunque l'attività intellettuale alla quale è chiamato il giudice nel momento decisorio: l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato se non solo conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente inferiore all'ipotesi alternativa e antagonista (non colpevolezza)<sup>58</sup>.

*dubbio*", cit., p. 76-78. Per l'affermazione di standard probatori (e decisori) più bassi nei procedimenti incidentali destinati alla verifica del fatto processuale, v. Cass., sez. VI, sent. n. 25254, 24 gennaio 2012, Alcaro e altri, CED 252896; Cass., sez. VI, sent. n. 33951, 8 luglio 2005, Garacci ed altri, CED 232050.

<sup>56</sup> V., riassuntivamente, L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, cit., p. 207 ss.

<sup>57</sup> K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it., 2009, Bologna, p. 61 ss. Questo tipo di esigenze trova una precisa rispondenza normativa nell'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p. che impone al giudice di enunciare le «ragioni per le quali ... ritiene non attendibili le prove contrarie».

<sup>58</sup> Secondo F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 68, «ciò che conta, in altre parole, non è il livello di attendibilità raggiunto in termini assoluti dalla ricostruzione dei fatti che esclude la responsabilità dell'imputato, ma lo scarto esistente rispetto al livello di attendibilità della ricostruzione alternativa: se calata in un contesto indiziaro di soverchiante caratura accusatoria, anche una circostanza di per sé idonea a mettere ragionevolmente in dubbio la colpevolezza dell'imputato (ad esempio, la totale assenza del movente, o l'esistenza di un alibi suffragato da una testimonianza apparentemente credibile) potrebbe rivelarsi inadatta allo scopo».



Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di giugno 2013