

## Libero convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. Le regole europee.

- Alberto Macchia -

Prove legali *intime conviction* e motivazione: passi verso un convincimento “ragionato”

Cordero<sup>1</sup> ci ricorda che nel tardo *ancien régime* «lo stile inquisitorio viene considerato “sapiente”, rispetto al “primitivo” incarnato della giuria inglese<sup>2</sup>: lo dicono gli apologeti [...], vantando arsenale istruttorio, documentazione, matematica decisoria; scrittura e assiomatica del giudizio storico costituiscono l’asse del sistema. L’alternativa radicale è un processo senza carte, concentrato nel dibattimento e mirante a decisioni “intuitive” sul fatto».

Tematica delicata, che suscitò un vivace dibattito in epoca illuministica, ove il pensiero liberale cominciava ad affermarsi. Gaetano Filangeri, illuminista della importante scuola napoletana, giudicava – ricorda ancora Cordero - «intollerabile la condanna fondata sul calcolo probatorio-legale, quando chi giudica non sia persuaso; ma sarebbe micidiale il sistema dove tutto dipendesse da stati mentali a base emotiva, variabili secondo le teste ed esposti a mille influssi («una passione dell’animo indipendente dalla verità o falsità...della proposizione»); meglio combinare i due canoni subordinando la condanna a una «moral certezza», fondata su «prove legali». Ad esempio: non basta l’*unius testis*; né conta quanto l’imputato dica *contra se*; ci vogliono almeno due testimoni oculari concordi; ma spetta al giudice valutare i relativi dati; e se non lo persuadono, assolva»<sup>3</sup>.

L’*intime conviction* della giuria, dunque, spaventava, non meno che gli eccessi inquisitori, che teorizzavano la tortura come strumento indefettibilmente volto *ad eruendam veritatem* e si limitavano a contare dichiarazioni testimoniali o acquisire confessioni, senza che nessuno potesse sottoporre a vaglio critico le une o le altre.

Una via, però, quella del “libero convincimento”, che, nata per lasciar germinare un controllo critico circa il *fond* del processo, può, se abusata, «divenire la formula d’una gnosi onnivora in perfetto stile inquisitorio»<sup>4</sup>.

I passaggi, però, non sono sempre così lineari, specie nella vulgata della alternativa accusatorio-inquisitorio-misto, scandita secondo le diverse tradizioni

---

<sup>1</sup> F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 596

<sup>2</sup> R.C.Van Caenegem, *I signori del diritto*, Giuffrè. 1991, p. 105, osserva che «nel medioevo la giuria inglese rappresentava soprattutto un intralcio per i giuristi nel Continente; qui gli ecclesiastici del Duecento respingevano, come del tutto ridicola ed assurda, l’idea della giuria, che lasciava il verdetto decisivo di una causa nelle mani di una dozzina di campagnoli analfabeti».

<sup>3</sup> V. F.Cordero, op.cit. p. 597. Gaetano Filangeri, *La scienza della legislazione*, Grimaldi & C. editori, 2003.

<sup>4</sup> F.Cordero, cit., p. 611

processuali che si sono succedute, nel tempo e nello spazio, fra *common law* anglosassone e *civil law* continentale<sup>5</sup>.

Come è stato sottolineato, infatti, per un verso, non era affatto sconosciuto alla tradizione francese dell'*ancien régime* il principio del libero convincimento; dall'altro lato, come ha avuto modo di puntualizzare la ricerca storica, l'*intime conviction*, che si assume tradizionalmente essere tipica espressione del giudizio di un organo composto da giudici laici, non era rigidamente circoscritta al solo fatto, anche nella stessa esperienza anglosassone, né priva di "guide" che ne "razionalizzassero" in qualche misura il verdetto.

Sotto il primo profilo, infatti, venutisi a ridurre nel tempo i reati puniti con la pena capitale, divenne necessario porsi il problema di quali dovessero essere i criteri probatori da seguire per l'irrogazione delle più miti "nuove" forme sanzionatorie. Mentre per i reati capitali si riteneva infatti necessario ricorrere alla confessione a seguito di tortura per la valida irrogazione della pena di morte, per pene diverse e più "articolate" nella loro misura, un simile procedimento non era ritenuto indispensabile. L'accertamento della responsabilità dell'imputato era in larga misura rimesso alla prudente valutazione del giudice, pure nell'ambito della raccolta di alcune prove di cui il legislatore aveva preventivamente individuato il valore.

E' evidente, infatti, che il pericolo di un giudizio arbitrario era una forte remora se ci si doveva confrontare con la morte del condannato; pericolo che, invece, non era avvertito in termini tanto drammatici nel caso di sanzioni minori, per le quali il giudicante riacquistava un proprio potere autonomo di valutazione, connaturale all'attività giurisdizionale. In tali casi, il giudice, affrancato dai vincoli di una prova legale "assoluta", non solo avrebbe dovuto ottenere specifiche garanzie probatorie per condannare, ma avrebbe dovuto anche essere personalmente convinto della colpevolezza del prevenuto: sarebbe stata inconcepibile, infatti, una pronuncia di condanna da parte di un giudice intimamente persuaso dell'innocenza dell'imputato.

Quanto al processo con giuria di tradizione anglosassone, le varie "istruzioni", i limiti di acquisizione probatoria e le varie "regole" distillate dalla prassi (ad esempio contro l'*hearsay*), oltre alla possibile "ribellione" delle giurie al potere sovrano ove reati o pene fossero stati reputati illegittimi, rendevano meno "istintivo" il verdetto, al quale poi si sovrapponeva la decisione del giudice togato. Il tutto, non senza sottolineare il graduale esorbitare della giuria dal perimetro del rigoroso ambito del "fatto", al quale si doveva poi affiancare il "diritto" del giudice, secondo l'antica formula: "*ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem juris non respondent juratores*"<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Per una attenta analisi critica dei profili fortemente ideologizzati che hanno portato alcuni ad identificare, con metodologia approssimativa, il processo di *common law* come un processo essenzialmente orale, mentre il processo di *civil law* sarebbe un processo essenzialmente scritto, e che il primo sarebbe di tipo *adversarial*, mentre il secondo *inquisitorial*, v. Taruffo, *Il procedimento civile di "civil law e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, 345 s. Per un ampio sguardo anche storico, v. il fondamentale lavoro di M. Nobili, *Il principio di libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, 10 ss

<sup>6</sup> Al riguardo v. ampiamente, F. Ruggieri *La circolazione di "libero convincimento e giuria" all'epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato*, in *Criminalia*, 2012, p. 229 s.

La “matassa”, dunque, anche sul versante storico, è più “aggrovigliata” di quanto non appaia a tutta prima; e il dilemma degli “spazi” da consegnare al libero convincimento non erano, poi, così scontati, a prescindere dal “modello ideale” auspicato, prima, durante i travagliati tempi della rivoluzione francese, e, poi, col codice napoleonico e gli altri codici preunitari.

Ma c'è qualcosa che cova sotto la cenere e che “deflagra”, per la prima volta, il 23 settembre 1774: e, a nostro vanto, in Italia e precisamente a Napoli (non a caso, “salotto buono” dell’illuminismo). Ferdinando IV di Borbone, infatti, attraverso una prammatica sanzione adottata con un dispaccio del segretario alla giustizia Bernardo Tanucci – un giurista toscano che per anni aveva insegnato a Pisa – dispone che da allora in poi, tutte le sentenze adottate dai giudici – comunque denominati – che operavano nel Regno delle due Sicilie, fossero motivate<sup>7</sup>. In tale documento, storicamente fondamentale, la esigenza di esplicitare le “ragioni del decidere” viene direttamente collegato alla necessità di evitare gli arbitrii dei giudici e lo “strapotere” dei “dottori”, che con le loro “opinioni” avevano reso evanescente la stessa certezza del diritto. Non è un caso – dunque – che ancora adesso, l’art. 118 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, a proposito della motivazione della sentenza, espressamente stabilisca che «In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»<sup>8</sup>. La Prammatica sottolinea, poi, l’esigenza del rispetto della *littera legis*, e quando manchi una legge espressa per il caso, si deve ricorrere alla logica ed alle “due premesse dell’argomento”, a loro volta fondate su leggi espresse. Ove, infine, l’interpretazione risulti impossibile, si dovrà ricorrere al “sovrano oracolo” che promana

---

<sup>7</sup> La Prammatica così recitava: «Per togliere malignità, o alla frode qualunque pretesto; ed assicurare nella opinione del pubblico la esattezza e la religiosità de' magistrati, vuole la Maestà, anche sull'esempio e sull'uso de' tribunali più rinomati, che in qualunque decisione che riguardi o la causa principale, o gl'incidenti, fatta da qualunque tribunale di Napoli, o collegio, o giunta, o altro giudice della stessa capitale che abbia facoltà di decidere, si spieghi la *ragione del decidere*, o sieno li *motivi* su quali la decisione è appoggiata: incaricando Sua Maestà, per rimuovere quanto più si possa dà giudizi lo *arbitrio*, ed allontanare dà giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni si fondino non già sulle nude *autorità de' dottori*, che han pur troppo colle loro opinioni o alterato o reso *incerto* ed *arbitrario* il diritto, ma sulle leggi espresse del Regno o comuni. E quando non vi sia legge espressa per lo caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'interpretazione o all'estensione della legge; vuole il Re che questo si faccia dal giudice in maniera che le *due premesse* dell'*argomento* sieno sempre fondate sulle *leggi espresse e letterali*. E quando il caso sia tutto nuovo, o talmente dubbio, che non possa decidersi né colla *legge* né coll'*argomento* della legge, allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua per attendere il sovrano oracolo. Nel tempo istesso, poichè Sua Maestà ha provveduto al decoro de' magistrati, col risolvere ed ordinare che le decisioni così ragionate *si stampino*, ha pensato ancora al minor dispendio delle parti; volendo che se ne faccia stampa privatamente dalla sua stamperia regale col pagamento di un carlino per ogni dieci copie stampate, quando la decisione non passi il mezzo foglio; così a proporzione di uno o più fogli, e di maggior numero di copie, che bisognassero alle parti. E colla prevenzione ancora, che, quando gli atti si faranno gratis per la povertà del litigante, la qual cosa si dee spiegare nel fondo della decisione, anche la stampa si farà gratis. Ed a fin che questa sovrana risoluzione sia esattamente osservata; vuole il Re che la decisione, la quale non sia così stampata, non faccia mai passaggio in cosa giudicata, e si abbia per non fatta. Dichiarando ancora Sua Maestà che, per la solennità delle notifiche di tali decisioni così stampate, debbano le stampe essere sottoscritte dal Giudice, o dal Commessario della causa, e dallo Scrivano, o Attitante».

E' singolare riflettere sul fatto che la Prammatica, di portata rivoluzionaria per l'epoca, incontrò il plauso della dottrina illuministica, ma il feroce ostracismo da parte dei magistrati che ne disapplicarono i *dicta*, fino a che la stessa (staremmo per dire, *more italico*) non venne abrogata, con altro dispaccio del 1791.

<sup>8</sup> V. al riguardo, M. Morello, *Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiurisprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra il XV e XVII secolo*, in *Studi Urbinati, Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 68(1-2), 2018, p. 159 s.

dal Re: un organo di nomofilachia *ante litteram*. La pubblicazione a stampa della sentenza è, infine, l'esibizione *erga omnes* del "fondo" della decisione.

Tanta "modernità" – anticipatrice di approdi che solo decenni dopo vedranno la luce in alcuni codici preunitari, fra i quali spicca proprio il codice di procedura penale del Regno delle due Sicilie del 1819<sup>9</sup> – fa comprendere come, sin dall'epoca, fosse maturato il convincimento che proprio attraverso la motivazione fossero, non solo controllabili i criteri adottati per valutare i risultati probatori, ma, anche – e forse soprattutto – si evidenziava la necessità che tali criteri dovessero intimamente correlarsi (per essere poi "esibiti" come parametri persuasivi) ad un rigoroso impegno di strumenti logici: gli unici che, specie nella temperie illuministica, apparivano come mezzi universalmente accreditati per saggiare qualsiasi percorso conoscitivo.

Ragionamento libero o libertà di ragionamento? Il falso mito della ricerca della verità

Charls Sanders Peirce<sup>10</sup>, un matematico e filosofo vissuto tra il 1839 ed il 1914, ed il cui pensiero è stato poi ripreso e raffinato da Popper, affermava che "la verità è l'opinione destinata ad essere accettata all'ultimo da tutti coloro che investigano". Per Peirce, anche se la *recherche*, per dirla con Proust, vuole soddisfare delle pulsioni naturali verso la conoscenza, non determina mai una posizione di "stasi atarassica" rispetto ai suoi risultati, perché non siamo in grado di sapere se nuove esperienze non imporranno un mutamento di posizione. Non possiamo mai essere certi di non aver commesso un errore.

Da qui, l'elaborazione di una teoria generale che Peirce chiama "fallibilismo", quale costante che si rinviene al fondo di qualsiasi ricerca della soluzione di problemi: una teoria, come accennato, che verrà di lì a poco ripresa e ampliata da Popper<sup>11</sup>. Dunque, la verità finisce per assumere gli eteri connotati di una sorta di convenzione: vale a dire la opinione comune a quanti, impegnati nella risoluzione di determinati problemi, ne assumono un certo risultato come condivisibile soluzione.

Eppure, con una buona dose di ottimismo, l'immaginario onnisciente che stava al fondo di una certa figura di giudice, aveva indotto, già nel codice Finocchiaro – Aprile del 1913, all'art. 190, a sanciva il dovere del giudice istruttore, di compiere "tutti gli atti che conducano all'accertamento della verità"; ed ancora nel codice Rocco del 1930, con l'art. 299, similmente, veniva affidato al giudice istruttore l'"obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento della istruzione appaiono necessari per l'accertamento della verità".

William James<sup>12</sup> ed il suo pragmatismo indussero a correggere il tiro secondo una prospettiva che conduceva verso lidi più realistici l'assunto di Peirce, concludendo che: "Vero è ciò che dà buona prova attraverso conseguenze pratiche". Una sorta di cartina al tornasole per misurare, nel nostro campo, una sentenza "giusta" quale epilogo di un "giusto processo".

---

<sup>9</sup> Reputato «uno dei migliori sistemi di legislazione degli stati preunitari»: M.Nobili, op. cit., p. 210, nota 19.

<sup>10</sup> C.S.Peirce, *Causalità e forza*, in *Scritti scelti*, Utet, 2005

<sup>11</sup> K.R.Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, 2010.

<sup>12</sup> W.James, *Saggi pragmatisti*, Carabba editore, Lanciano, ristampa anastatica, 2008.

Relativismo valutativo e pragmatismo non privo di riflessi applicativi: pensiamo alle “diatribe” che, anche in forma “sommersa”, hanno visto contrapporsi le decisioni delle diverse sezioni della cassazione, alcune delle quali più coinvolte dal “merito” rispetto ad altre, proprio in ragione di una visione “pragmatica” della sentenza “ingiusta” – anche se ineccepibile sul versante della pura legittimità – e, come tale, comunque da demolire. Il tutto per di più, sempre che si guardi ad una società irenica, che non fagociti e manipoli vicende, decisioni e uomini, attraverso quelle perturbazioni massmediatiche cui siano ormai sempre più assoggettati.

Ma le vie per raggiungere questo approdo “conoscitivo” sono diverse: possono derivare dalla applicazione del metodo classico della deduzione (i sillogismi aristotelici, Leibniz e in genere i razionalisti), o da quello induttivo degli empiristi (Bacone, Hume, Stuart Mill). Peirce pensò che nessuno di questi procedimenti fosse corretto, perché le ipotesi sono il risultato di un terzo procedimento logico che chiamò “abduzione”: vale a dire un processo volto alla costruzione di ipotesi-premesse esplicative che, successivamente, potranno essere accettate o falsificate.

Per semplificare, un ragionamento viene detto deduttivo, quando si conoscono le premesse e le regole (o leggi) e si intende ricavare il risultato o l’esito. Vengono in discorso i noti sillogismi di Aristotele: tutti gli uomini sono mortali; i filosofi sono uomini; i filosofi sono mortali. Se tutte le operazioni previste sono state svolte correttamente, le risposte che si ottengono sono sempre certe e sicure, ed è proprio per questo che, ad avviso di molti, la logica deduttiva non porta mai a delle novità “conoscitive”, in quanto i risultati ottenuti sono già impliciti nelle premesse.

Tutto condivisibile: ma, *in cauda venenum*. Il punto è che non sempre le regole o leggi di copertura (secondo il modello nomologio-deduttivo di Hempel) corrispondono a degli *standard* plausibili: accade – e il fenomeno non è rarissimo – che si contrabbandino per regole o massime di esperienza meccanismi (presuntivi) di flebile verificabilità e, dunque, da accantonare o manipolare con cautela. Basti pensare alle varie presunzioni di pericolosità sociale “fulminate” dalla Corte costituzionale, in quanto tutt’altro che basate sull’*id quod plerumque accidit*, o a talune “regole”, più o meno sociologiche, che si evocano per dedurre una situazione di assoggettamento mafioso. Il vizio di “manifesta illogicità” imbriglia – e deve imbrigliare – qualsiasi “superfetazione” del “libero convincimento”.

Un ragionamento, poi, viene detto induttivo quando si conoscono le premesse e i risultati e si intendono costruire le regole. Questo tipo di logica è tipica di chi, come gli scienziati, vuole risalire ad una legge naturale osservando quale risultato è stato ottenuto a partire da certe situazioni o premesse iniziali conosciute. La pluralità e la convergenza di determinate esperienze vissute, accredita (come una sorta di *mutual corroboration*) quella determinata conclusione come regola generale. Se ne è fatta forse impropria applicazione in alcuni casi di cosiddetta “convergenza del molteplice”. Ma al di là delle critiche mosse al metodo induttivo (è noto a questo riguardo il paradosso dei corvi di Hempel, così come, in chiave “falsificazionista”, la metafora del tacchino di Russel), la legge che si ottiene di regola non è sicura in assoluto, ma solo probabile (teorema della probabilità delle cause di Bayes).

Entriamo, ovviamente, all'interno di quel terreno "minato" che è la prova scientifica, su cui occorrerà tornare, con riverberi indiretti sugli approdi cui è pervenuta la sentenza Franzese<sup>13</sup> in tema di nesso di causalità nei reati omissivi impropri e sullo *standard* di "elevato grado di credibilità razionale" a proposito del giudizio controfattuale; sui criteri di validazione del metodo scientifico enunciati nella sentenza Cozzini<sup>14</sup> e vagamente ispirati ai cosiddetti parametri Daubert della Corte suprema degli Stati Uniti; ai rapporti tra linee guida e colpa medica elaborati, con forti accenti creativi, nella sentenza Mariotti<sup>15</sup>. Ancora una volta, un convincimento giurisdizionale sempre più "regolato" e tale da generare – quantomeno all'apparenza – un "tranquillizzante" risultato in termini di persuasività.

Un ragionamento, infine, viene detto abduittivo, quando si conoscono regole e risultati e si pretende ricostruire le premesse. Questo tipo di logica è propria di chi cerca, come l'investigatore ed il giudice, di ricostruire una situazione iniziale, conoscendo il risultato che è stato ottenuto per effetto di una legge nota (dalla autopsia ricostruisco le cause della morte). Anche in questo caso, però, la situazione iniziale che si ricostruisce non è quasi mai certa in assoluto, ma è valida solo con un dato livello di probabilità.

Tuttavia, per la formazione di una "conoscenza" o di un "convincimento" nel quadro di problemi complessi come quelli che spesso si presentano agli occhi del giudice, non si ricorre quasi mai ad un solo tipo di metodo logico. Nella prospettiva di Peirce e della moderna epistemologia, per valutare se determinate ipotesi scaturite da ragionamenti induittivi o abduittivi possano essere considerate attendibili, è spesso necessario sottoporle a controlli di tipo deduttivo e corroborarle mediante seri tentativi di falsificazione.

---

<sup>13</sup> Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta legittimamente affermata la responsabilità di un sanitario per omicidio colposo dipendente dall'omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente). (Sez. U, Sentenza n. 30328 del 10/07/2002 Ud. (dep. 11/09/2002 ) Rv. 222138 - 01

<sup>14</sup> Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, Cozzini ed altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, con nota di P.Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, p. 1341 s. Per una recente posizione critica verso gli abusi dell'impiego del "falsificazionismo" popperiano in campo di prova scientifica v. G.Boniolo, G.Gennari, *Ahi Popper! ripensando criticamente al suo mito fra i giuristi*, in *Sistema penale*, fasc. 3/2022, p. 5 s.

<sup>15</sup> In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse. (Sez. U, Sentenza n. 8770 del 21/12/2017 Ud. (dep. 22/02/2018 ) Rv. 272174 – 01)

Il “libero convincimento”, dunque, già sotto il profilo della pura logica conoscitiva (anche il linguaggio delle cose va “decrittato” e ricomposto), finisce per appannarsi non poco. Le “regole” di esclusione probatoria; le “regole” di ammissione probatoria; le “regole” di formazione probatoria; le “regole” di valutazione probatoria e, *last but not least*, le cosiddette “regole” di giudizio fanno il resto, imbrigliando il “convincimento” all’interno di un percorso rigorosamente predefinito.

Ciò forse spiega la ragione per la quale il principio del libero convincimento del giudice sia frequentissimamente evocato in giurisprudenza, specie a proposito delle prove “innominate”, ma assai meno per scandirne la nozione ed i relativi margini applicativi.

Il “*BARD*”: ovvero, Carneade, chi era costui?

Capita sempre più spesso di imbattersi, in articoli e scritti di vario genere – secondo mode linguistiche esterofile – nella espressione “*BARD*”<sup>16</sup>, vale a dire un acronimo della ormai notissima espressione anglosassone *beyond any reasonable doubt*, dalla quale è stata pedissequamente tratta la nostra regola dell’«al di là di ogni ragionevole dubbio» che qualifica, ad avviso dei più, lo *standard* cui si deve conformare il giudizio di colpevolezza, secondo la riformulazione del primo comma dell’art. 533 del codice di rito, operata dall’art. 5 della legge n. 46 del 2006.

L’espressione anglosassone è, come è noto, di antico conio, e si ispira alle *instructions* che il giudice impartisce alla giuria prima che questa si ritiri nella *jury room* per deliberare<sup>17</sup>. Se ne ha traccia già nel 1880, nel caso *Miles v. United States*<sup>18</sup>, fino, poi, a divenire il termine di riferimento per tutti i paesi di *common law*<sup>19</sup>.

Ma si tratta di una espressione alla quale dobbiamo annettere un valore denotativo o connotativo? Aggiunge qualcosa a ciò che già era scritto nel codice o si tratta di una metafora valida al più a segnalare un “monito” rivolto al giudice circa il “livello” che deve raggiungere il suo “convincimento”, pur sempre “libero”? Si è osservato al riguardo come ciascuna delle parole che la formula enuncia, contenga in sé una irriducibile vaghezza: l’”oltre”, che è termine di misura, di quanto deve superare il dubbio? Il “ragionevole”, che esprime una qualità soggettiva del dubbio, in base a cosa deve essere accertata e quali ne sono i parametri di apprezzamento? Il “dubbio” stesso deve essere oggettivato, e quale termine deve prendere a riferimento? Abbiamo una sorta di “agente modello” (un *homo eiusdem condicionis ac professionis*) o ci troviamo in presenza del classico enunciato elastico da adattare al caso per caso? Posto, infine, che il termine di riferimento della formula dell’«al di là di ogni ragionevole dubbio» è rappresentato dal fatto che l’imputato “risult(i) colpevole del reato

<sup>16</sup> Sulla *bard rule* v. in generale G.Dalia, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Cedam, 2018, p. 52 s.

<sup>17</sup> V. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, 1987, 144.

<sup>18</sup> *Miles v. United States*, 103 U.S. 304 (1880), il cui punto 6 del *Syllabus*, espressamente puntualizza che “In a criminal case, the evidence upon which the jury are justified in finding a verdict of guilty must be sufficient to satisfy them of the prisoner's guilt beyond a reasonable doubt. Held that the instruction by the court of original jurisdiction upon this point (*infra*, p. 103 U. S. 309) furnishes him no just ground of exception.”

<sup>19</sup> V. al riguardo Q.Whitman, *Reasonable Doubt and the History of the Criminal Trial (reviewing The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial)*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, p. 941 s.

contestatogli”, il “non dubbio” copre tutte le componenti del giudizio di colpevolezza e di ciò che ne scaturisce (in sostanza, di tutto ciò che forma oggetto del dispositivo della sentenza di condanna, trattamento sanzionatorio compreso) o il relativo oggetto deve qualificarsi in stretto raccordo (in negativo) ai fatti che impongono l’adozione della sentenza di assoluzione a norma del secondo comma dell’art. 530 cod. proc. pen.<sup>20?</sup>

Per Sant’Agostino (e la patristica) se l’uomo dubita, significa che esiste, se non dubitasse di nulla avrebbe delle certezze; ma, al contrario, il sapere di dubitare è l’unica certezza che l’uomo ha. Tutte le volte che si dubita si parte dal presupposto che esista qualcosa di veritiero. Ma se la ricerca della “verità”, come abbiamo detto, è bandita – a differenza del passato – dal processo, perché ogni assunto è teoricamente falsificabile, allora è il dubbio stesso che finisce per rappresentare un ossimoro, come metro di giudizio negativo della colpevolezza.

Tutto questo non vuole affatto dire che il “convincimento” del giudice, e quindi il suo “sapere”, non debba essere strettamente ricordato al rispetto delle “regole” probatorie, al di fuori di qualsiasi intuizionismo soggettivo: “giusto processo” e “giusta sentenza”, sono, infatti, concetti ontologicamente inscindibili<sup>21</sup>. Molti anni fa, sosteneva Carnelutti che “La legge considera la condanna ingiusta come un danno sociale più grave dell’ingiusto proscioglimento e perciò esige dal giudice maggior cautela per condannare che non per prosciogliere”. Né potrebbe essere diversamente, perché “l’interesse della società - affermava Carnelutti – è soltanto alla punizione se costui è colpevole, non già se è innocente; al contrario la punizione di un innocente sarebbe a sua volta un disordine che lede gli interessi della società”<sup>22</sup>.

Ma la vecchia “formula dubitativa” del codice Rocco, espunta da quelle che la *Relazione al progetto preliminare* qualifica come “regole di giudizio” da applicare nella sentenza di assoluzione, sembra “far capolino”, sia pure sotto più o meno mentite

---

<sup>20</sup> Ad esempio, a proposito della causalità nei reati omissivi impropri si è di recente affermato che in tema di causalità colposa, il giudice ha il dovere di verificare il nesso di causalità secondo le regole della sussunzione della causalità entro leggi scientifiche universali sufficientemente valide secondo il criterio di alta probabilità logica della spiegazione causale ipotizzata, ma non può usare, per validare la propria verifica, il canone logico del ragionevole dubbio, che, invece, si manifesta all’esito di tale verifica, come piano di sintesi logico-giuridica degli accertamenti di fatto già svolti, alla luce dell’art. 533 cod. proc. pen. (In applicazione del principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di assoluzione di un ginecologo dal reato di omicidio colposo per una errata manovra di Kristeller, in cui il mancato superamento del ragionevole dubbio si fondava sulla impossibilità di ricostruire con certezza le cause della morte della neonata in conseguenza della soppressione e falsificazione della cartella clinica). (Sez. 5 - , Sentenza n. 15816 del 20/01/2020 Ud. (dep. 26/05/2020 ) Rv. 279417 – 01. In termini non del tutto coincidenti si è però anche affermato che l’applicazione della regola di giudizio compendiata nella formula “al di là di ogni ragionevole dubbio”, di cui all’art. 533 cod. proc. pen., in tema di nesso causale, in presenza di patologie riconducibili a più fattori causali diversi e alternativi tra loro, consente di pronunciare condanna a condizione che, in base al dato probatorio acquisito, la realizzazione dell’ipotesi alternativa, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell’ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana. (Fattispecie in tema di omicidio colposo da esposizione ad amianto sul luogo di lavoro, in cui la Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza di assoluzione che aveva ritenuto sussistente il ragionevole dubbio sulla sussistenza del nesso causale, avendo la persona offesa abitato per lungo tempo in prossimità di un’industria manifatturiera dell’amianto). (Sez. 4 - , Sentenza n. 48541 del 19/06/2018 Ud. (dep. 24/10/2018 ) Rv. 274358 - 01

<sup>21</sup> P.Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2019, p. 798, afferma che “Il canone del ragionevole dubbio, lungi dal lasciare spazio all’intuizionismo del giudice, ha l’effetto di imbrigliare il libero convincimento”

<sup>22</sup> F.Carnelutti, *Accertamento del reato e “favor rei”*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 3, p. 337 s.



spoglie, nel secondo comma dell'art. 530 del codice di rito. Puntualizza, infatti, la *Relazione*, che nel comma 2 di detto articolo «è stata riprodotta la formula della delega (“prova insufficiente o contraddittoria”) con riferimento alle situazioni di dubbio, equiparate nel nuovo testo alla mancanza di prova», mentre nel comma 3 «specificatamente dedicato alle regole di giudizio concernenti le cause di giustificazione e le cause personali di esenzione da pena» si puntualizza che «se vi è dubbio sull'esistenza delle esimenti o sulle cause personali di esenzione il giudice pronuncia sentenza di assoluzione, enunciando la relativa “causa”» (pag. 120).

Sul punto, si è osservato che il giudice debba assolvere sulla base dell'accertamento dovuto alla prova negativa ogniqualvolta la prova negativa prevalga, sia pure di poco, sulla prova positiva. Infatti, il proscioglimento determinato dalla insufficienza di prove è imposto, come risulta dal testo dell'art. 530, comma 2, solo quando tale insufficienza riguardi le prove necessarie per condannare e non le prove su cui può basarsi il proscioglimento. Dal che se ne deduce che il proscioglimento per insufficienza di prova vada pronunciato solo se la lieve differenza tra prove positive e prove negative sia a vantaggio delle prime e non anche nella ipotesi inversa<sup>23</sup>

Anche gli approdi giurisprudenziali, d'altra parte, evidenziano la sostanziale dissimetria a proposito dei coefficienti probatori tra condanna e assoluzione. Si afferma, infatti, che il canone dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" descrive un atteggiamento valutativo imprescindibile che deve guidare il giudice nell'analisi degli indizi secondo un obiettivo di lettura finale e unitaria, vivificato dalla soglia di convincimento richiesto e, per la sua immediata derivazione dal principio di presunzione di innocenza, esplica i suoi effetti conformativi non solo sull'applicazione delle regole di giudizio, ma anche, e più in generale, sui metodi di accertamento del fatto. (In applicazione del principio la Corte ha annullato la sentenza che aveva utilizzato il parametro della "consistente verosimiglianza" o forte plausibilità per l'affermazione della responsabilità dell'imputato per il delitto di omicidio, qualificato come preterintenzionale, di un familiare scomparso di cui non era stato ritrovato il cadavere). (Sez. V, n. 25272 del 19/04/2021 (dep. 01/07/2021 ) Rv. 281468 – 01).

Insufficienza e contraddittorietà, normativamente equivalenti alla mancanza di prova agli effetti della assoluzione, evocano, dunque, quella situazione di ”dubbio” (“ragionevole”) che esclude il giudizio di responsabilità: dunque, la prova positiva dell'innocenza dell'imputato e quella negativa della sua responsabilità sono equivalenti, sia al fine della pronuncia della sentenza assolutoria sia rispetto agli effetti processuali della decisione<sup>24</sup>.

Ma il “dubbio” trova piena e incontestabile affermazione, come testuale ed autonoma *regula iuris*, nella previsione dettata a proposito delle cause di giustificazione e delle cause personali di non punibilità in base al terzo comma dello stesso art. 530, ove, appunto, le stesse operano ai fini della sentenza di assoluzione, anche se « vi è dubbio» sulla relativa esistenza. Dunque, è lo stesso codice a rendere del tutto superflua la formula dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio», che

---

<sup>23</sup> G.Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2018, p. 631.

<sup>24</sup> F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 1000.

apparentemente “condiziona” la sentenza di condanna, dal momento che ove il “dubbio” sussista, è – come si è visto – testualmente imposta l’adozione della sentenza di assoluzione.

D’altra parte, la maggioranza della dottrina ritiene, condivisibilmente, che l’efficacia di giudicato che scaturisce dalla sentenza di assoluzione nei giudizi civili ed amministrativi di danno ex art. 652 cod. proc. pen. circa la insussistenza del fatto o che il fatto non sia stato commesso dall’imputato o che il fatto sia stato compiuto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima, è ricollegato al positivo accertamento dell’innocenza dell’imputato; con la conseguenza che l’assoluzione pronunciata a norma del comma 2 dell’art. 530 cod. proc. pen. non vincolerebbe il giudice chiamato a pronunciarsi sul danno<sup>25</sup>

Dubbio e prova (come fatto “provato”) sono, dunque, concetti ontologicamente “contraddittori”. Si è osservato, infatti, che, mentre deve ritenersi assunto pacifico quello secondo il quale, ai fini della condanna, la colpevolezza debba essere provata al di là di ogni ragionevole dubbio (richiedendolo esplicitamente l’art. 533 c.p.p.), resta da stabilire se, anche ad altri fini, una proposizione possa ritenersi “provata” anche sulla base di uno standard inferiore, compatibile con la presenza di un «dubbio ragionevole». Al quesito si è data, a mio avviso giustamente, risposta negativa, in quanto «quella formula rappresenta il limite massimo ma, al tempo stesso, minimo, perché in qualsiasi contesto possa ritenersi “provata” una proposizione; standard inferiori possono, senza dubbio, assumere rilevanza epistemica, ma esigono che si abbandoni il verbo “provare”, sostituendolo con le tante espressioni che la nostra lingua offre: “ritenere”, “supporre”, “ipotizzare”, “credere” ecc. Ciò che lascia spazio a dubbi ragionevoli non può in alcun modo dirsi “provato”; né si vede quale controesempio sarebbe sensatamente prospettabile<sup>26</sup>».

---

<sup>25</sup> F.Caprioli – D.Veroli, *Procedura penale dell’esecuzione*, Giappichelli, 2011, p. 120; Cesari – Daniele – Di Bitonto – Camon – Negri – Paulesu, *Fondamenti di Procedura Penale*, Cedam, 2019, p. 890. Nello stesso senso si è orientata anche la giurisprudenza civile ove si è affermato che ai sensi dell’art. 652 (nell’ambito del giudizio civile di danni) e dell’art. 654 (nell’ambito di altri giudizi civili) c.p.p., il giudicato di assoluzione ha effetto preclusivo nel giudizio civile solo quando contenga un effettivo e specifico accertamento circa l’insussistenza o del fatto o della partecipazione dell’imputato e non anche quando l’assoluzione sia determinata dall’accertamento dell’insussistenza di sufficienti elementi di prova circa la commissione del fatto o l’attribuibilità di esso all’imputato e cioè quando l’assoluzione sia stata pronunciata a norma dell’art. 530, comma 2, c.p.p.; inoltre l’accertamento contenuto in una sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata perché il fatto non costituisce reato non ha efficacia di giudicato, ai sensi dell’art. 652 c.p.p., nel giudizio civile di danno, nel quale, in tal caso, compete al giudice il potere di accertare autonomamente, con pienezza di cognizione, i fatti dedotti in giudizio e di pervenire a soluzioni e qualificazioni non vincolate dall’esito del processo penale. (Sez. 3, Sentenza n. 4764 del 11/03/2016, Rv. 639372 – 01. Nel medesimo senso, v. Cass. civ. Sez. L., n. 3376 dell’11 febbraio 2011, Rv. 615991). La giurisprudenza penale afferma però che non sussiste l’interesse dell’imputato a proporre impugnazione avverso la sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto, pronunciata ex art. 530, comma 2, cod. proc. pen. – per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova – in quanto tale formulazione non comporta una minore pregnanza della pronuncia assolutoria ai sensi dell’art. 530, comma 1, cod. proc. pen., anche in ordine agli effetti extrapenali. (In motivazione la Corte ha precisato che tale formula, unitamente a quella perché il fatto non sussiste, si pone al vertice di quelle favorevoli all’imputato, oltre le quali non è possibile conseguire risultato migliore, tenuto conto dell’irrelevanza della motivazione rispetto al dispositivo connotato in tal senso). (Conf. SS.uu. n. 2110 del 23/11/1995, dep. 2016, P.G.in proc. Fachini e altri, Rv. 203761). (Sez. 6 - , Sentenza n. 49554 del 11/09/2018 Ud. (dep. 29/10/20018 ) Rv. 274433 - 01

<sup>26</sup> P.Ferrua, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2639 s.

I riverberi che possono intravedersi sul versante di altre e peculiari “regole di giudizio” sono notevoli, e non poco problematiche appaiono, a mio avviso, le riflessioni che potrebbero svolgersi al riguardo. Basti pensare alle “regole” sulla archiviazione; sul rinvio a giudizio e sulla sentenza di non luogo a procedere; sui presupposti cautelari (personali e reali); sui riti alternativi; sui “gravi indizi di reato” per le intercettazioni; sulla revisione, ecc.<sup>27</sup>

Libero convincimento, regole probatorie e limiti legali.

Malgrado risulti certamente esclusa la possibilità di utilizzare processualmente, come elementi di giudizio di un qualsiasi *factum probandum*, prove non acquisite legittimamente, il primo comma dell’art. 192 cod. proc. pen., si limita a richiedere che il giudice dia conto dei “risultati acquisiti e dei criteri adottati” per la valutazione della prova. La disposizione, quindi, non definisce cosa sia una prova e cosa serve perché un fatto possa definirsi “provato”, ma delinea un modello che impone al giudice di giustificare la correlazione che si intende stabilire tra la “fonte probatoria del convincimento” e l’“oggetto del convincimento provato”, enunciando non soltanto il “perché” il ragionamento probatorio ha condotto a quell’epilogo, ma anche i “criteri” inferenziali adottati al riguardo.

Dunque, è lo stesso enunciato normativo a stabilire che la valutazione delle prove non è priva di restrizioni; mentre, dall’altro lato, ne deriva che non può ammettersi nel sistema una fonte di convincimento “precostituita per legge”, e, dunque, tale da essere sottratta alla valutazione del giudice. Il che equivale a dire che il codice testualmente ripudia qualsiasi espressa o camuffata evocazione del vecchio sistema delle prove legali.

Il principio del libero convincimento, peraltro, non ha più nulla a che vedere rispetto al canone illuministico della *intime conviction*<sup>28</sup>, strutturalmente immotivato, teorizzabile solo in sistemi che, come quelli basati sulla sola giuria popolare<sup>29</sup>, fondano lo scrutinio di colpevolezza o innocenza secondo lo schema binario del *guilty, not guilty*.<sup>30</sup> Nel primo comma dell’art. 191, infatti, si traccia un assunto apparentemente

---

<sup>27</sup> Il discorso è ovviamente proponibile anche per ciò che attiene alla prova del fatto processuale, ex art. 187, comma 2, cod. proc. pen. Si pensi, ad esempio, alla “prova” dell’impedimento a comparire; alla “prova” della assenza dovuta a incolpevole mancata conoscenza del processo; agli “elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia offerta o promessa di denaro o altra utilità per ché non deponga o deponga il falso” x art. 500, comma 4, cod. proc. pen. e simili.

<sup>28</sup> A proposito della componente “emozionale” del giudizio, si è sottolineato come «Per quanto ci si sforzi a disciplinare una regola di giudizio, quest’ultimo resta comunque affidato ad una componente emozionale del giudicante. Il dato su cui si deve esprimere il giudizio attinge contemporaneamente la sfera conoscitiva ed emozionale del soggetto senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti.». F.R.Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Archivio pen.*, 2013, n. 3, p. 1 s.

<sup>29</sup> V. al riguardo F.Ruggieri, *La circolazione di “libero convincimento e giuria” all’epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato*, in *Criminalia*, 2012, 229 s ove si evidenzia, fra l’altro, il tendenziale superamento della dicotomia tra fatto, rimesso alla giuria e diritto, rimesso al giudice; G.Ubertis, *Prova II) Teoria generale del processo penale*, in *Enc giuridica Treccani*, vol. XXV, 2008.

<sup>30</sup> Si pensi, al riguardo, alla ormai antistorica formula del giuramento dei nostri giudici popolari nei processi di corte di assise, secondo il testo riportato dall’art. 37 del d.P.R. 22 settembre 1988, che ha sostituito l’art. 30, primo comma, della legge 10 aprile 1951, n. 287, che così recita: «con la ferma volontà di compiere da persona d’onore tutto il mio dovere,

neutro che peraltro tale non è: vale a dire che la “prova” non è processualmente tale se non è assistita da una motivazione che ne “valuti” la conferenza agli effetti della relativa decisività: vale a dire, sulla sua giustificabilità a fungere da elemento dirimente sul piano gnoseologico.

E’, dunque, a nostro avviso, una motivazione che “precede”, sul piano logico, la motivazione della sentenza. In tanto, infatti, posso fondare la mia decisione sulle sole “prove legittimamente acquisite nel dibattimento”, in base all’art. 526, comma 1, in quanto abbia “predelibato e motivato” perché quegli elementi assumono il valore di “prove” (utilizzabili, e quindi legittimamente assunte) che compongono il mosaico decisorio.

Anche qui, però, *in cauda venenum*. Assegnando alla motivazione il doveroso compito di impedire errori o arbitrii da parte del giudice<sup>31</sup>, si finisce per conferire alle “abilità argomentative” una sorta di portata sostanziale (la prova è tale perché l’ho ben motivata) che può trasfigurare – esaltando o deprimendo – il valore oggettivo della “essenza” probatoria. Dunque, il rischio, non di travisamento, ma di “camuffamento” della prova, che dovrebbe essere svelato nel momento stesso in cui il dato probatorio viene preso “isolatamente” in considerazione per misurarne la sua teorica valutabilità nel contesto degli altri elementi, oggetto della motivazione “complessiva” della decisione (basti pensare ai profili di attendibilità “intrinseca” di quella determinata prova, che non di rado viene “affabulata” da stilemi motivazionali ricchi di belle parole ma non altrettanto gravidi di rilievi “sostanziali”).

Il rifiuto per la prova legale (per condannare occorrono due testimonianze indipendenti; la confessione, anche se estorta con la tortura *ad eruendam veritatem*, ecc.) comporta, come naturale contraltare, la corrispondente mancanza di “limiti” all’oggetto di prova: i fatti, di qualunque natura essi siano, devono comunque poter essere provati. Ce lo dimostra il regime delle pregiudiziali, con un giudice tendenzialmente libero di spaziare anche in altri settori attraverso la cognizione *in identer tantum*, e l’art. 193 cod. proc. pen., a norma del quale nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza. Di riflesso, però, la sentenza penale di condanna o di assoluzione pronunciata nel giudizio penale potrà avere efficacia nei giudizi civili o amministrativi diversi dai giudizi di danno, soltanto “se la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa” (art. 654 cod. proc. pen.).

Questo iato che nettamente separa fra loro il processo penale da quello civile (come in tanti altri aspetti, non tutti giustificabili: basti pensare alla diversa concezione del nesso di causalità, al grado della colpa, ed altro ancora) trova la sua spiegazione nel diverso tipo di valori coinvolti e nella esigenza che l’accertamento della responsabilità non sia condizionato da settori sottratti al tema (e all’onere) della prova. Se nel processo

---

cosciente della suprema importanza morale e civile dell’ufficio che la legge mi affida, giuro di ascoltare con diligenza e di esaminare con serenità prove e ragioni dell’accusa e della difesa, di formare il mio intimo convincimento giudicando con rettitudine ed imparzialità, e di tenere lontano dall’animo mio ogni sentimento di avversione e di favore, affinché la sentenza riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e di giustizia».

<sup>31</sup> V. l’ampia trattazione di A.Giuliani, *Il concetto di prova*, Giuffrè, 1961, p. 161 s. e *passim*.

civile, dunque, possono trovar spazio limiti al potere di valutazione della prova in dipendenza della esigenza di certezza dei rapporti giuridici sottostanti o alla difficoltà di provare determinati fatti, come nell'esercizio di attività pericolose, o all'applicazione di clausole presuntive fondate, come nella *mora debendi*, sul brocardo del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*, nel giudizio penale tutto ciò non ha spazio.

Il che, ancora una volta, non significa che la "libertà" di valutazione sia senza "regole": alcuni divieti (*exclusionary rule*) scaturiscono, infatti, dalla valutazione legale di inattendibilità probatoria di determinati apporti "conoscitivi", come le voci correnti nel pubblico, le dichiarazioni anonime, le regole contro il "sentito dire", o più in generale le prove assunte in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

La griglia dei "divieti" e dei "permessi" è tutt'altro che evanescente e la tendenza è sempre più orientata verso un incremento di "regolamentazione", piuttosto che nel senso di un "affievolimento" o semplificazione della relativa disciplina (basti pensare agli ormai complicatissimi protocolli – più o meno ufficializzati - in tema di ricerca e acquisizione della "prova informatica", poi da decrittare e "valutare", o alla nuova disciplina delle intercettazioni, scaturita dal d.l. n. 161 del 2019, convertito dalla legge n. 7 del 2020)

### Gli "indizi" ed il relativo apprezzamento

Eppure, malgrado quanto espressamente stabilito dall'art. 193, il secondo comma dell'art. 192, riproduce i "limiti" enunciati dall'art. 2729 del codice civile. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti. Solo in questo caso gli "indizi" sono "prova" del fatto. La "trasmigrazione", dal civile al penale, non è casuale: si legge, infatti, nella *Relazione al progetto preliminare* che la introduzione nel processo penale della regola operante nel processo civile in virtù dell'art. 2729, è stata dovuta al fatto che si è reputato «opportuno che in una materia di così grande rilievo come quella investita dal giudizio penale intervenga una regola che serva da freno nei confronti degli usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove».

Dunque, l'anodino riconoscimento agli "indizi" della generica qualifica di "elementi", sottende una valutazione legale degli stessi come possibile componente del giudizio diversa dalle prove. Il che, evidentemente, suggerisce una qualche "torsione" rispetto al libero convincimento, proponendo un vincolo valutativo che per di più si riferisce ad una categoria concettuale di non agevole (e controversa) natura.

Secondo alcuni, infatti, l'indizio rappresenterebbe un elemento che pur non riproducendo la realtà storica che costituisce il fatto da provare – come invece accadrebbe, sia pure con diversi livelli di inferenza, tanto nella prova rappresentativa che in quella critica, essendo entrambe caratterizzate dal necessario collegamento tra premessa e risultato probatorio - è peraltro riconducibile alla stessa realtà storica attraverso una inferenza di tipo probabilistico.

Da ciò deriverebbe, dunque, la necessità di distinguere tra prova “diretta” – tanto rappresentativa che critica – e prova “indiretta”, desunta da un fatto non destinato a provare l’oggetto specifico dell’accertamento, ma tale da imporre la relativa valutazione secondo i criteri tracciati dall’art. 192<sup>32</sup>

Altri, invece, sottolineano come la nozione di prova critica si colleghi appieno a quella di prova indiziaria, in quanto la stessa è desunta sulla base di regole di tipo probabilistico; non senza puntualizzare, peraltro, come anche il fatto indiziante sia, o possa comunque essere, a sua volta, oggetto di rappresentazione, con conseguente interferenza fra le due categorie<sup>33</sup>.

Altri, infine, contestano la unità ed autonomia concettuale del termine “indizi” per far riferimento esclusivamente ad una categoria probatoria dotata di una minore efficacia dimostrativa: una sorta di *probatio levior*, bisognosa di una “convergenza del molteplice”<sup>34</sup>.

La giurisprudenza opta, invece, per la distinzione tra prova diretta e prova indiretta. E’ ricorrente, infatti, l’assunto secondo il quale in tema di valutazione probatoria, la differenza tra prova e indizio è costituita dal fatto che mentre la prima, in quanto si ricollega direttamente al fatto storico oggetto di accertamento, è idonea ad attribuire carattere di certezza allo stesso, l’indizio, isolatamente considerato, fornisce solo una traccia indicativa di un percorso logico argomentativo, suscettibile di avere diversi possibili scenari, e, come tale, non può mai essere qualificato in termini di certezza con riferimento al fatto da provare. (In motivazione, la Corte ha anche precisato che la differenza tra indizio e prova non è determinata esclusivamente dalla tipologia del mezzo che la produce, ma dai contenuti che esprime e rappresenta, poiché, ad esempio, la testimonianza, come pure le conversazioni intercettate, avuto riguardo al loro concreto contenuto, possono integrare sia una prova piena sia un indizio). (Sez. II, n. 14704 del 22 aprile 2020 (dep.12/05/2020 ) Rv. 279408 – 04)<sup>35</sup>

Il punto, però, è che il trasferimento della “regola” sancita dall’art. 2729 cod. civ. per le presunzioni semplici al tema degli “indizi” penali non è privo di aspetti

---

<sup>32</sup> G.Ubertis, *prova*, cit., 6; A.Scafati-D.Servi, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G.Spangher, vol. II, tomo,I, Utet, 2009, p. 66 s.; G.Ubertis, *Prova*, cit., p,6; D.Siracusano, voce *Prova*, III) *Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXV, 2003

<sup>33</sup> M.Bargis, (a cura di) *Compendio di procedura penale*, fondato da G.Conso e V.Grevi, Cedam, 2018, 301, 321: p.Tonini, *Manuale*, cit., 233 s.; v. anche,seppure con particolarità di accenti, F.Cordero, *Procedura penale*, 1991, 537 s.

<sup>34</sup> A.Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2000, 190 s.

<sup>35</sup> Sui criteri di valutazione si è affermato che il giudice di merito non può limitarsi ad una valutazione atomistica e parcellizzata degli indizi, né procedere ad una mera sommatoria di questi ultimi, ma deve, preliminarmente, valutare i singoli elementi indiziari per verificarne la certezza (nel senso che deve trattarsi di fatti realmente esistenti e non solo verosimili o supposti) e l'intrinseca valenza dimostrativa (di norma solo possibilistica), e, successivamente, procedere ad un esame globale degli elementi certi, per accertare se 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 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 e della normale razionalità umana. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto immune da censure la sentenza di assoluzione dall'imputazione di omicidio per strangolamento, pronunciata in appello in riforma della sentenza di primo grado, sulla base di una rivalutazione complessiva di una serie di dati tanatologici che risultavano compatibili unicamente con la morte per impiccagione). (Sez. I, n. 20461 del 12 aprile 16, Rv. 266941). In senso analogo, Sez. I, n. 8863 del 18 novembre 2020, Rv. 280605

problematici. Anzitutto, il codice civile offre una definizione delle presunzioni all'art. 2727, affermando che le presunzioni "sono le conseguenze che la legge (presunzioni legali) o il giudice (presunzioni semplici) trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto". Definizione che, come è noto, ha dato vita ad un vivace dibattito nella dottrina e giurisprudenza civili, dal momento che, come è stato osservato, tale definizione si limita ad affermare, in modo del tutto anodino, che da un fatto noto si trae un fatto ignoto, ma non afferma anche, come invece, con diversità di accenti, sottolinea la dottrina, da un lato, e la giurisprudenza, dall'altro, che tale conoscenza si trae in modo "deduttivo", "induttivo", "inferenziale", o "probabilistico" o "verosimile", o "ragionevole", o "abduttivo" o in qualche altro modo<sup>36</sup>.

Inoltre, le presunzioni semplici sono quelle configurate, di volta in volta, dal giudice del merito sulla base delle regole di esperienza. L'affermazione di una presunzione semplice rappresenta pertanto, secondo un tradizionale orientamento giurisprudenziale, il risultato del libero apprezzamento della situazione di fatto ad opera del giudice.

Quanto alla relativa funzione, si sottolinea come le presunzioni abbiano, anzitutto, l'effetto di rendere superflua la prova che la parte onerata dovrebbe fornire, risultandone dunque facilitato il relativo onere probatorio. Inoltre, le presunzioni non si possono ammettere, per espressa previsione dell'art. 2729, secondo comma, cod. civ., nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.

Dunque, non è agevole intravedere una perfetta sovrapposibilità di "situazioni" tra le presunzioni civili e gli indizi penali, diversa essendo la portata dell'onere probatorio, la nozione, e la funzione che le due realtà normative prendono in considerazione. Sicché, la ragione per la quale l'ammissibilità delle presunzioni è circoscritta alla ipotesi in cui le stesse siano "gravi, precise e concordanti" non è automaticamente proponibile per la controversa nozione di "indizi", della quale il codice di rito penale non fornisce definizione alcuna.

D'altra parte, i postulati della "gravità, precisione e concordanza" che gli indizi sono normativamente chiamati a soddisfare, vanno comunque ricordati con il valore "non dubbio" che la prova, anche indiziaria, deve rappresentare agli effetti dello scrutinio di colpevolezza; con l'ovvia conseguenza che il "trasferimento" normativo tra civile e penale di cui si è detto, finisce, a nostro avviso, per rappresentare un enunciato di portata essenzialmente dichiarativa e di metodo, piuttosto che una vera e propria "regola probatoria".

Dalla chiamata di correo alla proliferazione dei dichiaranti "intermedi".

Per misurare la portata del passaggio tra codice Rocco e codice vigente a proposito della chiamata di correo basta ricordare l'ultimo orientamento della giurisprudenza sui requisiti che la stessa doveva presentare ai fini della pronuncia di condanna. Si diceva, infatti, che, in tema di valutazione delle prove, la chiamata di

---

<sup>36</sup> G. Perlingeri, G. Carapezza Figlia, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, *sub art.* 2727.

correo può assumere valore di prova decisiva a carico del coimputato qualora, ancorché non corroborata da elementi di riscontro estrinseci, risulti, attraverso un rigoroso e prudente vaglio critico, del tutto credibile sul piano logico e psicologico, perché spontanea, costante, dettagliata e non contrastante con altri elementi istruttori. ( V mass n 179266; ( Conf mass n 174729); ed ivi citate. (Sez. IV, n. 12680 del 24 agosto 1989 Rv. 182098 – 01).

Il “prudente e rigoroso vaglio critico” cede il passo al terzo (e quarto) comma dell’art. 192 del nuovo codice, che introduce una sorta di prova legale a rime invertite: le dichiarazioni *erga alios* non hanno più valenza “autosufficiente”, ma devono essere «valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità».

Sono note e chiaramente enunciate nella *relazione al Progetto preliminare* del codice le ragioni per le quali la disciplina delle dichiarazioni promananti dai coimputati e dagli imputati di reato connesso o collegato sono state riguardate come ontologicamente “sospette”, e quindi da circoscrivere con maggiori cautele, provenendo da soggetti che risultano «coinvolt(i) negli stessi fatti addebitati all’imputato o che ha(nno) comunque legami con lui, alla luce della (loro) attitudine ad ingenerare un erroneo convincimento giudiziale».

Da qui, la scelta di trarre ispirazione dalle esperienze dei sistemi accusatori anglosassoni, ove la valutazione della *accomplice evidence* si accompagna alla cosiddetta *corroboration*<sup>37</sup>, oltre che da talune indicazioni offerte dalla giurisprudenza, che aveva già fatto riferimento alla necessità di riscontri<sup>38</sup>. L’opzione del legislatore delegato è stata quindi quella di «formulare la norma in chiave di regola sulla valutazione delle prove<sup>39</sup>, escludendo così che le dichiarazioni del chiamante in correità possano qualificarsi *ex lege* come elementi probatori inutilizzabili» (*Relazione* pag. 61).

Le opinioni, a proposito di tale “scossa” normativa sono state ovviamente articolate e non poco divergenti. Accanto alla maggioranza delle voci favorevoli, non sono mancati accenti critici, essenzialmente sul versante della utilità sistematica della

---

<sup>37</sup> V. al riguardo Lester B. Orfield, *Corroboration of Accomplice Testimony in Federal Criminal Cases*, 9 Vill. L. Rev. 15 (1963), il quale sottolinea (pag. 15) come le Federal Rules of evidence del 1946 non prevedessero espressamente la regola della *corroboration*, soffermandosi sui casi che ne avevano fatto applicazione o escluso la relativa necessità.

<sup>38</sup> V. ad es. Cass., Sez. I, n. 8265 del 23 maggio 1988 (dep.19 luglio 1988 Rv. 178893 – 01, ove si è affermato che le dichiarazioni dei cosiddetti “pentiti” costituiscono un mezzo di prova, recepitibile nel processo penale e che il giudice può e deve valutare nel procedimento di ricostruzione del fatto storico, nell’ambito del libero convincimento, a condizione, poiché questo non trasmodi in arbitrio, che le proposizioni accusatorie siano controllabili e controllate. Tale controllo deve estrinsecarsi, sia in una penetrante analisi sull’autore delle dichiarazioni accusatorie e delle spinte psicologiche che lo hanno indotto alla collaborazione con gli inquirenti che nella valutazione intrinseca di tali dichiarazioni sotto il profilo della costanza, della coerenza e precisione in ordine ai riferimenti. Poiché su tali dichiarazioni possa fondarsi il convincimento del giudice è necessario, inoltre, che trovino precisi e puntuali riscontri esterni.

<sup>39</sup> P.Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2010, p. 335 s., sostiene trattarsi di un criterio legale di valutazione della prova. Si sottolinea, infatti, la differenza che passa tra le regole di esclusione e quelle di valutazione della prova: le prime indicano un radicale divieto di valutazione di elementi acquisiti in modo illegittimo; le seconde, invece, non vietano al giudice di valutare una determinata prova, ma influiscono soltanto sul valore della prova fino ad annullarlo in assenza di alcuni requisiti. In quest’ottica, l’art. 192, comma 3, costituisce un criterio di valutazione, in quanto non stabilisce un radicale divieto di utilizzazione, bensì si limita a stabilire che, in assenza di riscontri, le dichiarazioni di imputati connessi o collegati e testimoni assistiti “valgono zero”. Il che, se non andiamo errati, non è lontano, quantomeno nei risultati pratici, dalla introduzione di un modello di “prova legale” a rime invertite.



norma. Chi reputa la valutazione probatoria come un campo fisiologicamente ancorato a limiti di ordine solo razionale (attraverso la evocazione dell'obbligo di motivazione e del criterio della prova oltre il ragionevole dubbio) tende a concepire le disposizioni previste dal secondo e terzo comma dell'art. 192 non già come deroghe a principio del libero convincimento, ma come semplici specificazioni, «*guide-lines* del convincimento» del giudice, con «funzione essenzialmente pedagogica»<sup>40</sup>. Un «finto limite», insomma, nonostante «l'accento imperioso»<sup>41</sup>, perché quei due commi non fanno altro che specificare, quanto agli indizi e alle dichiarazioni *erga alios* dei correi, criteri che il giudice dovrebbe comunque osservare nella valutazione di qualsiasi prova, anche in assenza di una specifica prescrizione normativa<sup>42</sup>.

La maggior parte della dottrina e buona parte della giurisprudenza<sup>43</sup> sono invece orientati a ritenere che le “regole” sancite dal secondo e terzo comma dell'art. 192 integrino delle vere e proprie eccezioni al principio del libero convincimento<sup>44</sup>, rappresentando criteri e modalità di valutazione del tutto peculiari - oltretutto variamente interpretate – alle quali il giudice non può sottrarsi. Si è infatti anche puntualizzato che la norma fa divieto al giudice di condannare l'imputato anche nei casi in cui «pur osservando rigorosamente tutti i canoni del ragionamento induttivo, singoli indizi o dichiarazioni di un unico imputato (sarebbero) sufficienti a dimostrare l'esistenza del reato». Dal che se ne desumerebbe che si tratti in realtà di «regole di valutazione negativa che richiedono una corroborazione », perché proibiscono di ritenere accertato un fatto se non in presenza di ulteriori elementi conoscitivi tali da confermare l'attendibilità della prova stigmatizzata dal legislatore»<sup>45</sup>.

Due aspetti, peraltro, ci sembrano offrire spazio a talune riflessioni. Un primo dato è “l'oggetto” della *regula iuris* sancita dal terzo comma dell'art. 192: non viene infatti in discorso la valutazione, *tout court*, delle dichiarazioni che promanano da determinate figure soggettive; non ci troviamo, infatti, al cospetto di altri modelli di dichiarazioni, parimenti contrassegnate da un coefficiente “dimostrativo” inesistente o più flebile del normale. Le dichiarazioni anonime e le voci correnti nel pubblico, ad

---

<sup>40</sup> P.Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 594

<sup>41</sup> F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, il quale, icasticamente, sottolinea trattarsi di «materia clinica, non codificabile. Meglio lasciarla alla prassi; e notiamo come alla cassazione, suprema terapeuta, non convenga disquisire teoremi sui requisiti d'una attendibile testimonianza del correo: lavori sul caso sottopostole, meglio se in lingua secca, spiegando perché sia stato deciso bene o dove stiano i difetti

<sup>42</sup> P.Ferrua, *Il giudizio penale*, cit., 353 s.

<sup>43</sup> Ad esempio, si è affermato che i canoni di valutazione specificamente dettati dall'art.192, commi 3 e 4, c.p.p., per le dichiarazioni provenienti da coimputati del medesimo reato o da imputati di reati connessi o interprobatoriamente collegati, ponendosi come derogativi al principio del libero convincimento del giudice, recepito anche nel codice vigente come regola generale di valutazione della prova, non possono essere considerati suscettibili di applicazione al di fuori dei rigorosi limiti loro assegnati dal legislatore. Detti canoni, quindi, non debbono venire obbligatoriamente osservati quando si tratti di valutare dichiarazioni provenienti da soggetti i quali, pur essendo investiti della qualità di "collaboratori di giustizia", non rientrano, però, con riguardo al procedimento nel quale dette dichiarazioni debbono essere utilizzate, in alcuna delle categorie indicate nelle summenzionate disposizioni normative. (Sez. 1, Sentenza n. 9723 del 01/07/1999 Ud. (dep. 29/07/1999 ) Rv. 213925 - 01

<sup>44</sup> Fra gli altri, M.Nobili, *sub art. 192 in Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, Utet, vol II, 1990, p. 415 s.; G.Lozi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2018, p. 210 s.; D.Siracusano, in Siracusano ed altri, *Diritto processuale penale*, Giuffrè 2013, p. 269 s.

<sup>45</sup> M.Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009, p. 121

esempio, sono bandite dal processo; la testimonianza indiretta, sulla base delle *rules against hearsay* (stavolta, e a differenza della *corroboration*, formalmente enunciate dalle Federal rules of evidence<sup>46</sup>) non sono neglette, a norma dell'art. 195, ma presuppongono l'esame della fonte diretta, ove possibile e sia richiesto o disposto. Ma la disciplina non incide, in sé, sulla valutazione del dichiarato e, soprattutto, sulla "credibilità" del dichiarante, indiretto locutore dei fatti.

Nell'art. 192 terzo comma, invece, il coinvolgimento, quale oggetto di valutazione "vincolata", non riguarda la "attendibilità" accreditabile solo in funzione della esistenza di "altri elementi di prova" confermativi. L'asse del "vincolo" sembra dunque ineluttabilmente spostarsi dalla prova in sé alla relativa fonte: quasi a denotare una sorta di dimidiata capacità a svolgere quella funzione (appunto, quale fonte di prova).

Ma l'attendibilità – e il relativo apprezzamento – è figlia del contraddittorio, dal momento che le contestazioni dibattimentali mirano – per scelta normativa – proprio a questo. Con l'ovvia conseguenza che, per i coimputati e per gli altri soggetti considerati normativamente "compromessi", si avrà un doppio livello di scrutinio: un primo livello, destinato a saggiare la "attendibilità" dibattimentale (che li potrebbe vedere del tutto "accreditati"); ed un secondo livello, in cui l'"attendibilità" si dissolve *ex lege* in assenza dei noti riscontri individualizzanti.

Dunque, le dichiarazioni di tutte le parti private (ontologicamente più che "interessate" al proprio procedimento) saranno valutate secondo gli ordinari criteri; quelle degli imputati connessi, collegati e simili trovano un vincolo (normativo) sul versante della attendibilità che non nasce dai "fatti dichiarati", ma dalla semplice condizione soggettiva.

L'altro profilo che viene in discorso, riguarda l'ormai quasi "incontrollabile" messe di soggetti cui si applica la regola della *corroboration*. Tra imputati connessi "forti", connessi "deboli", imputati di reato collegato nel caso previsto dall'art. 371, comma 2, lettera *b*) (connessione occasionale, teleologica o probatoria), già giudicati, e testi assistiti, si fa ormai davvero fatica a districarsi, tanto il sistema si è venuto a complicare.

Non staremo qui a rivangare le ragioni per le quali un siffatto ordito è stato concepito dalla legge sul giusto processo che ha seguito, attuandola, la riforma dell'art. 111 Cost. Quello che sembra da rimarcare è che per ciascuna di queste eterogenee figure trova applicazione – perequandole fra loro – quel limite di "attendibilità" di cui si è detto. Ci sono volute due sentenze della Corte costituzionale (n. 381 del 2006 e n. 21 del 2017) per escludere da quelle regole di *corroboration*, richiamate per i testi assistiti dall'art. 197 *bis*, le ipotesi della persona assolta con sentenza irrevocabile per non aver commesso il fatto e perché il fatto non sussiste: e malgrado l'ampiezza delle due formule, non sono mancate critiche dalla dottrina<sup>47</sup>, che ha contestato le pronunce in quanto l'assoluzione non eliderebbe di per sé il "collegamento" col fatto *sub iudice*.

---

<sup>46</sup> V. le *rules* 801 e segg. delle *Federal rules of evidence*, edizione 2021

<sup>47</sup> A proposito della sentenza n. 381 del 2006 v. C.Conti, *Imputato assolto per non aver commesso fatto: deve essere equiparato al testimone comune*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, n.3, p.318; L.Cordi, *Il regime delle dichiarazioni testimoniali rese dall'imputato in procedimento connesso o per reato collegato assolto per non aver commesso il fatto*,

Il sistema, malgrado le trancianti valutazioni che hanno condotto la Corte costituzionale – con l’ordinanza n. 265 del 2004<sup>48</sup> - a dissolvere, sotto la veste della manifesta infondatezza, i dubbi sollevati a margine del comma 6 dell’art. 197 *bis*, pare disallineato, in quanto gli equilibri (precarì) per tentare di stimolare al massimo il contraddittorio, senza compromettere il *nemo tenetur*, avrebbero potuto indurre a visioni meno manichee sul versante delle generalizzate “presunzioni” normative di inaffidabilità di chi può essere stato in qualche modo collegato col processo. Con buona pace del “libero apprezzamento”, proprio sul versante “elettivo” della attendibilità, certo da non mitizzare ma neppure da demonizzare.

Prova scientifica e libero apprezzamento: un nodo gordiano?

Perizie e consulente tecniche sono veicoli probatori dai contenuti imprevedibili, dal momento che la loro portata “dimostrativa” dipende dai diversi metodi che possono informarne dimensioni e cadenze e dai caratteri che presentano le variegati “conoscenze” il cui specifico apporto viene coinvolto per la risposta ai diversificati “quesiti”.

In sostanza, pare quasi che il “dubbio” sia insito nella specificità del mezzo di prova (quale è la causa di quel fatto?; da quel fatto deriva quella conseguenza?; se fosse stata tenuta quella condotta, il fatto sarebbe stato impedito? quel quadro, quella scrittura sono autentici o no? quel reperto è di interesse storico, artistico od altro?), dal momento che, ove non si trattasse di materia “opinabile” o addirittura “ignota” ai più – in quanto apprezzabile solo se in possesso di particolari cognizioni od esperienze – non vi sarebbe la necessità di ricorrere al contributo valutativo e gnoseologico di soggetti estranei alla vicenda processuale. E questo presupposto – ontologicamente “dubitativo” - non è trascurabile sul versante dell’apprezzamento dei risultati che da perizie e consulenze scaturiscono, perché testimonia la “incapacità” del giudice e delle stesse parti di dissolverne (o risolverne) la portata, proprio perché l’*explanandum* postula un *explanans* al di fuori del comune patrimonio conoscitivo<sup>49</sup>.

Quando il fatto da provare richiede specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche, quindi, ci si muove su di un piano riconducibile ad una “legge scientifica”, assunta, per di più, in un significato più ampio di quanto la espressione non dica, come la storia della epistemologia ci insegna. Pertanto, il giudice (e le parti) non sono

---

in *Foro it.*, 2007, I, 2023; M.L. Di Bitonto, *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 491; O.Mazza, *Lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3980. In merito alla sentenza n. 21 del 2017 v. G.M.Baccari, *La Corte costituzionale restringe ancora i confini della testimonianza assistita*, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it), 2017, n. 4; G.Borgia., *Imputato assolto per insussistenza del fatto e regole testimoniali*, in *Cass. pen.*, 2017, p.1289; C.Conti, *Assolto irrevocabile per insussistenza del fatto: la Consulta elimina difensore e 'corroboration' ma la testimonianza resta coatta*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, n. 4, p. 465; O.Mazza, *La testimonianza dell'imputato assolto tra verità processuale e autodifesa dell'onore*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 148; R.A.Ruggiero, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017

<sup>48</sup> La quale ha affermato conclusivamente che “la sussistenza o meno di un obbligo di verità del dichiarante potrà essere comunque opportunamente valorizzata dal giudice, in sede di valutazione dell’entità del riscontro esterno idoneo a confermare l’attendibilità della dichiarazione di cui si tratta”: quasi che quell’obbligo funga da viatico per affievolire la rilevanza del riscontro, divenendo esso stesso una sorta di “semi attendibilità”.

<sup>49</sup> Sul tema, v. ampiamente G.Carlizzi, R.Blaiotta, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G.Canzio e L.Luparia, Cedam, 2018, p. 367 s.

chiamati a risolvere quel “dubbio” di cui prima dicevamo, in chiave, per così dire, solipsistica, ma attraverso un metodo dialettico che passi attraverso uno specifico contributo dichiarativo, il quale “attesti” ciò che altrimenti le parti e lo stesso giudice non potrebbero ritenere accertato; anche se, in ipotesi, personalmente in possesso di quelle specifiche conoscenze e competenze scientifiche, tecniche o artistiche.

Ed è qui che si innervano, come la storia e la stessa prassi giudiziaria ci insegnano, due aspetti problematici, che paiono, quasi, le due facce di una stessa medaglia. Per un verso, infatti, specie per le materie o le scienze a minor tasso di “sperimentabilità” o misurabilità in chiave tecnico-scientifica, l’assunto descrittivo e valutativo dell’esperto presenta il rischio di divenire l’incontrovertito “verdetto”, che il giudice finisce, quasi supinamente, per trasferire in sentenza: camuffando la propria autonoma valutazione attraverso formule il più delle volte di tipo retorico, come una sorta di artificio linguistico<sup>50</sup>. Il pericolo non è teorico e se ne ha contezza, in particolare, in tema di accertamenti sulla imputabilità<sup>51</sup>, specie dopo la nota sentenza Raso<sup>52</sup> che ha “riscritto” il concetto di malattia mentale, uscendo dal quadro nosografico del DSM (Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, giunto ormai alla sua V edizione).

E non è un caso che proprio sul punto la Cassazione abbia avvertito la necessità di puntualizzare, in varie occasioni, che il responso del perito non comporta in capo al giudice, anche nei casi complessi, la facoltà di limitarsi ad una sorta di «recepimento fideistico» ed una «scontata adesione al parere tecnico», perché il «perito non è l’arbitro che decide il processo ma l’esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell’ambito fenomenologico al quale attiene il giudizio, spiegando quale sia lo stato del dibattito, nel caso in cui vi sia incertezza sull’affidabilità degli enunciati a cui è possibile addivenire, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecnologiche disponibili in un dato momento storico»<sup>53</sup>. Infatti, si sottolinea ancora, se «è vero [...] che nessun metodo scientifico – per la sua intrinseca fallibilità – può dimostrare la verità di una legge scientifica, ne consegue, inevitabilmente, che anche la perizia non

---

<sup>50</sup> Sul tema v. fra gli altri M.Serraino, *“Cronaca di una morte annunciata” perizia e perito nel processo penale, tra tensioni normative, istituzionali, culturali*, in *Leg. pen.*, Studi, 17 luglio 2017, p. 22 s.

<sup>51</sup> V. M.Bartolino, *L'imputabilità secondo il codice penale Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2020

<sup>52</sup> Nella quale si è affermato che ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i “disturbi della personalità”, che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di “infermità”, purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di “infermità”. (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo le indicazioni della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili, corrispondenti al quadro di una determinata malattia psichica, per cui, in quanto semplice “disturbo della personalità”, non integrava quella nozione di “infermità” presa in considerazione dal codice penale). (Sez. un, n. 9163 del 25 gennaio 2005 Rv. 230317 – 01). V. al riguardo, fra gli altri M.T. Collica, *Anche i “disturbi della personalità” sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 394.

<sup>53</sup> Cass., Sez. IV, n. 28102, 21 marzo 2019, non massimata sul punto

può essere considerata portatrice di una verità assoluta (e, quindi, “neutra”) tanto più in quei casi in cui il perito – del tutto legittimamente – sia fautore di una tesi scientifica piuttosto che di un’altra»<sup>54</sup>.

Dall’altro lato, neppure va sottaciuto il pericolo inverso, vale a dire che il giudice, malamente evocando la propria indipendenza di giudizio (un libero convincimento di carattere “pervasivo”), elevi il supposto sapere personale a conoscenza generalizzata, coniano per la bisogna massime di esperienza come “leggi” surrogatorie di una scienza che deve invece essere asseverata da un esperto. Pericolo, questo, tanto più presente, quanto più il discorso scientifico si avvicini a profili di carattere storico-sociologici<sup>55</sup> o a fattori di tipo predittivo. Declinare, oggi, il brocardo *judex peritus peritorum*, equivale contraddirne la genesi, tutta rivolta a sancire il primato del giudice rispetto ai contributi scientifici ed allo stesso sapere scientifico di cui, per avventura disponga. In un modello accusatorio, infatti, il giudice, quando sia necessario svolgere indagini od acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, non può prescindere dall’apporto della perizia per avvalersi direttamente di proprie, personali, competenze scientifiche e tecniche, perché l’impiego della scienza privata costituisce una violazione del principio del contraddittorio nell’“iter” di acquisizione della prova e del diritto delle parti di vedere applicato un metodo scientifico e di interloquire sulla validità dello stesso<sup>56</sup>.

Il brocardo, dunque, significa – attualizzandosi in un modello dialogante che pone a fulcro il contraddittorio – che al giudice spetta il compito di valutare la congruenza e l’affidabilità del metodo e delle tecniche di indagine utilizzati dall’esperto, eventualmente da “preferire” rispetto ad altre voci tecniche confluite nel contraddittorio fra perito e consulenti o fra consulenti delle diverse parti<sup>57</sup>.

Il problema, però, è che dovendo il giudice valutare la prova “scientifica” dando conto nella motivazione dei relativi risultati e dei criteri adottati, come può “sovrapporre” gli schemi del ragionamento probatorio ai criteri scientifici somministrati dall’esperto e apprezzarne i relativi risultati – vale a dire le conclusioni rassegnate in risposta ai quesiti – se non utilizzando lo stesso “modulo” scientifico di ragionamento? Il percorso non è di immediata percepibilità, in quanto è evidente il

---

<sup>54</sup> Cass., Sez. un. , n. 14426, 28 gennaio 2019, Pavan Davis

<sup>55</sup> La Cassazione infatti ha più volte affermato che in tema di rilevanza dei risultati di indagini storico-sociologiche ai fini della valutazione, in sede giudiziaria, dei fatti di criminalità di stampo mafioso, il giudice deve tener conto, con la dovuta cautela, anche dei predetti dati come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l’effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza e, principalmente, dopo avere ricostruito, sulla base dei mezzi di prova a sua disposizione, gli specifici e concreti fatti che formano l’oggetto del processo. (Cass., sez. I, n. 84 del 5 gennaio 1999 Cc. Rv. 212579 . V., nel medesimo senso, Sez. II, n. 21102 del 9 giugno 2006; Sez. V, n. 47574 del 7 ottobre 2016.

<sup>56</sup> Principio, questo, in applicazione del quale la Corte ha annullato con rinvio l’ordinanza del tribunale di sorveglianza che aveva rigettato l’istanza di rinvio dell’esecuzione della pena, disattendendo la relazione sanitaria, sulla base delle valutazioni esposte in camera di consiglio dall’esperto componente del collegio giudicante (Cass., sez. I, n. 19822 del 23 marzo 2021, Rv. 281223 – 01.

<sup>57</sup> La Cassazione d’altra parte, non ha mancato di sottolineare che il giudice di legittimità «non è giudice del sapere scientifico, e non detiene proprie conoscenze privilegiate. Essa è chiamata a valutare la correttezza metodologica dell’approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile verifica critica in ordine all’affidabilità delle informazioni che utilizza ai fini della spiegazione del fatto» (Cass., Sez. IV, n.42128 del 30 settembre 2008, Rizza ed altri, non massimata

rischio che la “logica” della prova scientifica finisca per risultare insensibile ad un controllo *ab exstrinseco*, se non facendo del giudice un controllore “tecnico” della prova, che però presupporrebbe competenze che non soltanto di regola non possiede ma che comunque il sistema non richiede.

Ed è evidente che tutto questo gioca un ruolo non indifferente sul piano della regola dell’al di là del ragionevole dubbio e dello stesso “libero apprezzamento”, perché, quantomeno all’apparenza, o la logica giudiziaria deve corrispondere in tutto e per tutto a quella della scienza che volta a volta viene in discorso; oppure si postulano ragionamenti autonomi (quello dell’esperto e quello del giudice che fruisce del suo contributo) ma complementari<sup>58</sup>.

Il punto sembra aver raggiunto il suo equilibrio nella sentenza Franzese, tributaria – ma con sensibili scostamenti – delle intuizioni di Federico Stella, il quale per primo – ponendo in luce le carenze esplicative della teoria della *condicio sine qua non* per i casi non autoevidenti - ha ricostruito il problema del nesso di causalità penale prospettando il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche come strumento per la soluzione di casi dubbi: solo mediante una legge scientifica di copertura, atta a spiegare il rapporto fra condotta del presunto autore del reato ed evento dannoso, sarà possibile formulare un giudizio di responsabilità penale. Si adotta, dunque, un modello nomologico deduttivo: il tutto, però, in un quadro probatorio di alto livello di probabilità logica o «grado elevato di credibilità razionale»<sup>59</sup>.

La regola dell’al di là di ogni ragionevole dubbio era, dunque, già insita in quegli scritti.

Gli effetti sulla giurisprudenza furono significativi, in quanto mentre per lungo tempo aveva fatto a meno delle leggi scientifiche ai fini dell’accertamento del nesso di causalità, operando sulla base del senso comune o addirittura di un approccio di tipo intuizionistico<sup>60</sup>, già con la sentenza sul disastro di Stava, in Val di Fiemme<sup>61</sup>, la

---

<sup>58</sup> Si è affermato, tuttavia, che il giudice, qualora si discosti dalle conclusioni del perito, è tenuto a motivare il proprio convincimento con criteri che rispondano ai principi scientifici oltretutto logici, ed in particolare, sviluppandosi l’iter diagnostico dei periti attraverso due operazioni successive, connesse ed interdipendenti in relazione al risultato finale, ovvero sia la percezione dei dati storici e il successivo giudizio diagnostico fondato sulla prima, è su tale percezione che il giudice deve portare la sua indagine, discostandosi dalle conclusioni raggiunte quando queste si basino su dati fattuali dimostratisi erronei che, viziando l’iter logico dei periti, rende inattendibili le loro conclusioni. (Fattispecie relativa a perizia sull’inidoneità a testimoniare di persona minore di anni dieci). (Cass., Sez. IV, n. 37785 del 11 dicembre 2020 Rv. 280165 – 01).

<sup>59</sup> F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1990 (ristampa della edizione del 1975), p. 315

<sup>60</sup> Si cita, a questo riguardo, la sentenza del Tribunale di L’Aquila del 17 dicembre 1969 (in *Rass. Giur. Enel*, 1970, p. 197) sul disastro del Vajont, ove si afferma che «se nessuno è in grado di spiegare perché la frana si sia verificata, ciò nondimeno non si può minimamente dubitare che la frana sia dovuta all’opera dell’uomo. V. anche, sia pure in chiave diversa, Cass., Sez. IV, n. 13690 del 24 giugno 1986, Rv. 1744512, ove si afferma che nell’ambito del diritto penale, in considerazione del fine di repressione che l’ordinamento persegue, la prova non può essere identificata soltanto con quella scientifica e non può quindi essere fondata esclusivamente sulla base di una “regolarità senza eccezioni” nella successione di determinati fenomeni. Ne consegue che, al fine dell’indagine causale, possono considerarsi validi, in assenza di leggi scientifiche, i risultati di generalizzazione del senso comune, fermo restando che è doveroso da parte del giudice orientare, finché possibile, l’indagine verso una spiegazione scientifica o, comunque, statistica, esplicativa dei fenomeni.

<sup>61</sup> Disastro cagionato dal collasso di un bacino per il lavaggio di minerali, che aveva determinato una tragica inondazione nella valle sottostante.

Cassazione aveva affermato che «un antecedente può essere configurato come condizione necessaria di un evento solo a patto che esso rientri nel novero degli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (la c.d. “legge di copertura”) portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto»<sup>62</sup>.

Il problema è che le leggi di copertura universale o quasi universale sono assai rare, sicché il giudizio di probabilità logica che spiega la causalità finisce per essere condizionato dalla sua frequenza statistica, dando così l'avvio a quelle incertezze giurisprudenziali circa la percentuale (prossima al 100%; alta; media; medio-bassa; ecc.) di ricorrenza del dato per inferirne la validità come legge causale.

La sentenza Franzese supera l'*impasse* attraverso un diverso metodo, si è detto bifasico, di accertamento della causalità, che prescinde dal dato statistico in quanto tale. In una prima fase, infatti, occorre ricercare la legge scientifica applicabile nel caso concreto, valutando i decorsi causali ipotizzabili e validando il relativo risultato attraverso una opera di “falsificazione”, che neghi le alternative percorribili (la c.d. “giustificazione esterna”). La seconda fase, è dedicata al controllo del fatto concreto, per verificare se esso possa o meno essere spiegato alla luce della legge generale formulata, anche in questo caso tentando di operarne una smentita (falsificazione) sulla sua validità in concreto, escludendo il contributo di decorsi causali alternativi (c.d. “giustificazione interna”). Il risultato deve condurre ad un giudizio di alta probabilità logica, vale a dire uno scrutinio che in sé racchiude – attraverso l'enunciato della elevata credibilità razionale – una valutazione di insussistenza proprio di quel “ragionevole dubbio” poi confluito normativamente ad “esplicitare”, in positivo, la base probatoria necessaria per la condanna. Probabilità logica che, dunque, può sussistere anche in presenza di leggi scientifiche a basso connotato di predittività, purché risulti nel concreto positivamente escluso qualsiasi decorso causale alternativo. Allo stesso modo, e in chiave reciproca, una legge scientifica dotata di elevata probabilità statistica, può non fungere da parametro nel caso concreto, ove concorrano altri fattori che ne compromettano la conferenza dimostrativa<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> La massima ufficiale così recita: «In tema di accertamento del nesso di causalità, il ricorso alle leggi statistiche da parte del giudice è più che legittimo, perché il modello "della sussunzione sotto leggi" utilizzabile in campo penale sottintende, il più delle volte, necessariamente, il distacco da una spiegazione causale deduttiva, che implicherebbe una impossibile conoscenza di tutti i fatti e di tutte le leggi pertinenti. Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, ne' procedere, quindi, ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, nella spiegazione causale si dovrà ricorrere ad una serie di assunzioni nomologiche tacite e dare per presenti condizioni iniziali non conosciute o soltanto azzardate, per cui, il nesso di condizionamento tra azione ed evento potrà essere riconosciuto soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente, non certamente, da escludere l'intervento di un diverso processo causale. (Cass., Sez. IV, n. 4793 del 6 dicembre 1990 Rv. 191790 – 01)

<sup>63</sup> F.Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, 2017, p. 145, distingue tre ipotesi: 1) che l'elevato grado di probabilità statistico- astratta trovi conferma nel caso concreto in quanto non risultano altri fattori alternativi (industria inquinante e numero elevato di persone che hanno contratto affezioni polmonari, e nel caso di specie si trattava di un operaio per il quale non vi erano altre spiegazioni circa la genesi della patologia) 2) che ad un elevato grado di probabilità statistico- astratta, può fare riscontro un basso grado di probabilità logico concreta in quanto interferiscono altri fattori causali alternativi (si trattava di un tabagista che aveva già altre varie patologie respiratorie) 3) che ad un basso grado di probabilità statistico- astratta può fare riscontro un elevato grado o di quasi certezza logico-concreta in quanto risulti l'assenza di altri fattori causali alternativi (trasmissione dell'AIDS attraverso un solo rapporto sessuale non protetto da parte di soggetto che non aveva potuto contrarre altrimenti il morbo)

E' ovvio che quando venga in discorso – come nel caso della sentenza Franzese – il problema della causalità nei reati omissivi impropri, la questione si complica non poco, dal momento che, accanto alle ordinarie difficoltà di accertamento della causalità “ordinaria” (quale è la causa che ha determinato il decesso di quella persona), occorre anche interrogarsi sul contributo causale determinato dalla clausola di equivalenza dettata dall'art. 40 cod. pen., per la quale il titolare della posizione di garanzia che non ha impedito l'evento equivale alla relativa causazione. Dunque, occorre rispondere alla ulteriore domanda (ipotetica): se quella condotta fosse stata serbata, l'evento si sarebbe ugualmente verificato o quella condotta avrebbe sortito effetti salvifici?

Una valutazione, quindi, doppiamente ipotetica e che presuppone, accanto all'apprezzamento di tutte le circostanze note, desumibili dal caso di specie, un patrimonio di “esperienze” che consentano di “pronosticare” un determinato esito: la “statistica”, quindi, sotto questo secondo profilo (e momento di accertamento) gioca un ruolo di primo piano. Il giudizio di elevato grado di credibilità razionale, presenta, allora, l'evidente rischio di trasformare un giudizio di “accertamento” in un giudizio “probabilistico”, con evidenti torsioni proprio sul piano dell'al di là del ragionevole dubbio che, pure, assertivamente, rappresenta il “faro” verso il quale approdare.

La complessità estrema dei giudizi che si svolgono in tema, soprattutto, di responsabilità medica, di infortuni e malattie professionali, e nei casi di disastri, testimoniano e acuiscono la delicatezza dei temi: quasi a spostare l'asse della causalità (e della causalità colposa) su un versante sempre più intriso di venature processuali (e motivazionali), piuttosto che sostanziali.

Altro aspetto problematico e che, soprattutto in tempi di emergenza pandemica, sta divenendo sempre più attuale, è quello relativo all'accreditamento scientifico che una determinata metodica, tesi o esperienza deve aver ricevuto per poter svolgere un contributo informativo utilizzabile nel processo. In sostanza, quali sono gli *standard* che valgono a conferire all'esperto e alla scienza di cui è portatore quel credito occorrente a far sì che quel “fatto” possa dirsi accertato oltre l'ormai noto ragionevole dubbio?

Sono note a questo riguardo le esperienze maturate negli Stati Uniti, ove la Corte suprema ha tracciato una serie di parametri sulla cui base scrutinare la affidabilità scientifica di determinati contributi degli esperti: a partire dalla risalente decisione Frye del 1923 sulla ammissibilità del poligrafo (la macchia della verità), ove si affermò la regola per la quale occorre fare riferimento alla approvazione della comunità scientifica, fino ai più recenti casi Daubert del 1993, Joiner del 1997 e Khumo Tire del 1999, ove il discorso si è fatto più articolato<sup>64</sup>, in linea, anche, con la interpretazione offerta dell'art. 702 delle *Federal rules of evidence*<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> In sintesi, si esige che la teoria o tecnica utilizzata dall'esperto : 1) sia stata effettivamente o possa essere messa all' prova attraverso test; 2) sia stata valutata e pubblicata a seguito di *peer review*, salvo che si tratti di tecniche o teorie particolari o di recente enunciazione; 3) abbia un tasso di errore noto o potenzialmente non troppo elevato (in particolare per le tecniche di riconoscimento vocale); 4) sia stata generalmente accolta nella relativa comunità degli specialisti.

<sup>65</sup> Il testo attuale, nella edizione del 2021, recita: Rule 702 – Testimony by Expert Witnesses *A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence*



Per quanto ci riguarda, il tema è stato approfondito nella sentenza Cozzini, ove, a proposito delle contrastanti opinioni degli esperti circa l'insorgenza del mesotelioma pleurico da esposizione all'amianto se "dose-dipendente" o meno (esistenza, quindi, di una correlazione tra la quantità di esposizione e la manifestazione della malattia), sono stati dettati una serie di "indicatori" cui fare riferimento per lo *screening* di affidabilità di una determinata tesi scientifica<sup>66</sup>.

Il problema della validazione del sapere scientifico – articolato e complesso, ad esempio, sul versante delle neuroscienze e del relativo contributo in campo processuale – assume connotazioni particolari in ragione degli innesti normativi operati, in materia di responsabilità medica (ove il problema causalistico e della colpa, specie se omissiva, è massimamente avvertito), dalla legge Gelli-Bianco che ha introdotto la tematica delle linee guida e delle *best practices* in campo sanitario. Sulla falsariga, infatti, di una lunga esperienza maturata, essenzialmente per fini assicurativi, negli Stati Uniti, ove la adozione delle linee guida in campo ospedaliero è da tempo praticata, la legge Gelli-Bianco ha, come è noto analiticamente disciplinato un apposito procedimento per la formulazione, la validazione, l'aggiornamento e la pubblicazione di linee guida nei vari settori specialistici, ed alle quali il personale sanitario è tenuto ad uniformarsi.

Da qui – a scongiurare, da un lato, deprecabili prassi di cosiddetta "medicina difensiva", e, dall'altro, per circoscrivere l'elevatissimo contenzioso germinato da fatti di responsabilità ospedaliera – le ragioni che hanno orientato il legislatore nella scelta di introdurre, come è noto, l'art. 590-*sexies* nel codice penale, stabilendo, al secondo comma, una (apparente) causa di non punibilità per i reati di lesioni od omicidio dovuti ad imperizia medica, nel caso di rispetto delle linee guida validate e pubblicate o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, purché le linee guida siano adeguate alle specificità del caso. La sentenza Mariotti, come è altrettanto noto, ha fornito sul punto una "interpretazione" di portata fortemente innovativa, rievocando un parametro di "colpa grave" presente nel precedente decreto Balduzzi, ma non altrettanto derivabile dal nuovo testo normativo<sup>67</sup>.

---

*or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.*

<sup>66</sup> «Per valutare l'attendibilità di una teoria – si legge nella sentenza – 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 alla 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» (Cass., Sez. IV, n.43786 del 17 settembre 2010, pag. 44)

<sup>67</sup> Le Sezioni unite hanno infatti affermato che «In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse.» (Cass., Sez. un., n. 8770 del

Dunque, specie nelle vicende ad elevato coefficiente di problematicità “scientifica”, non sarà solo il problema della causalità a venire in discorso, ma anche il profilo della “misura” della colpa a dover essere scrutinata, in rapporto alle linee guida, alla relativa pertinenza al caso concreto ed alla loro esecuzione<sup>68</sup>.

Un caleidoscopio non poco complesso, rispetto al quale la prova scientifica e la relativa valutazione in termini di “elevata credibilità razionale” rischia di generare motivazioni sofisticate e retoricamente appaganti, ma non altrettanto esplicative della effettiva *ratio decidendi*.

L’art. 603, comma 3-*bis* cod. proc. pen.: una regola di “convincimento” o una “prova legale” a rime invertite?

Talvolta, il dato normativo rende necessarie alcune *chicane* interpretative per attribuire a quella specifica regola una ordinata collocazione (e spiegazione) in chiave sistematica. Siamo stati infatti tradizionalmente abituati a considerare la rinnovazione della istruzione dibattimentale in appello come un evento da riguardare in termini di sostanziale “eccezionalità”, partendo dalla presunzione di completezza della istruzione probatoria in primo grado, specie se raccordata ad un modello di processo che pone proprio nel dibattimento di primo grado il “cuore pulsante” dell’accertamento probatorio. Il “mantra” è scandito dalle stesse Sezioni unite, le quali hanno appunto affermato che «la rinnovazione dell’istruttoria nel giudizio di appello, attesa la presunzione di completezza dell’istruttoria espletata in primo grado, è un istituto di

---

21 dicembre 2017, Rv. 272174 – 01). V. al riguardo C.Cupelli, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione costituzionalmente conforme dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 1 marzo 2018; C.Brusco, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d’opera.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p.646; L.Risicato, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 2018, p. 944. In chiave critica, R.Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U.Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 28 maggio 2018 |

<sup>68</sup> Va tenuto presente che, in relazione alla situazione eccezionale determinata dalla pandemia da Covid, è stata adottata in via di urgenza una specifica norma “ombrello” per il personale sanitario. Stabilisce, infatti, l’art. 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 76 del 2021 che: (Art. 3 bis Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19.) 1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell’esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave. 2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all’emergenza. La colpa grave viene dunque estesa, per la situazione di emergenza, ad ogni forma di colpa ed il legislatore, con rassegna non tassativa, ha offerto alcuni indici di valutazione, in larga misura già posti in luce dal personale sanitario. Appare significativo agli effetti del discorso svolto a proposito della prova scientifica e dei relativi criteri di valutazione, l’espresso richiamo alla “limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate”. Per una prima disamina della normativa v. C.Cupelli, *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso*, in *Sistema penale*, 1 giugno 2021.

carattere eccezionale al quale può farsi ricorso esclusivamente allorché il giudice ritenga, nella sua discrezionalità, di non poter decidere allo stato degli atti.»<sup>69</sup>

La “saga” che ha preceduto, accompagnato e seguito l’inserimento nel corpo (estraneo?) dell’art. 603, la particolare regola (comma 3-bis) della obbligatoria rinnovazione della prova dichiarativa in appello, ove appellante sia il pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento per «motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa», è ben nota e vede – tutte schierate nello stesso senso – ben quattro sentenze delle Sezioni unite, la prevalente giurisprudenza della Corte EDU e una sentenza della Corte costituzionale. Oltre, ovviamente, l’*imprimatur* legislativo. Un *collage*, come ognuno vede, talmente sinfonico e coeso da scoraggiare chiunque abbia in animo di tentare una qualsiasi opinione dissenziente.

Ci limiteremo, dunque, a piccole chiose, volte a verificare se sussista una prospettiva di “convergenza” o “divergenza” tra la nuova *regula juris* e il principio sancito dall’art. 192, e se la stessa coinvolga o meno il principio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio. Non senza sottolineare, però, come la novella – assieme, ovviamente ad altre disposizioni “limitative” della impugnazione del pubblico ministero – abbia definitivamente consacrato (con l’avallo di giurisprudenza e dottrina che l’hanno abbondantemente “teorizzata”) la totale “dissimetria” che caratterizza la posizione dell’imputato prosciolto in primo grado rispetto a quella della parte pubblica, lasciando trasparire un evidente “retropensiero”: quello di impedire la *reformatio in peius* dello statuto di proscioglimento, non raggiungibile *claris verbis* a causa della dichiarata illegittimità costituzionale della cosiddetta riforma Pecorella, che aveva come è noto introdotto quella preclusione con la legge n. 46 del 2006, poi demolita dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 26 del 2007 e 85 del 2008.

Un rapido riepilogo. Il *primum movens* è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte EDU. Fatte salve, infatti, alcune pronunce nelle quali La Corte ha escluso la violazione dell’art. 6 della Convenzione, vale a dire i principi del giusto processo, nelle ipotesi in cui il giudice di appello sia pervenuto al convincimento della responsabilità dell’imputato, assolto in primo grado, motivando in modo approfondito il proprio convincimento<sup>70</sup>, la giurisprudenza prevalente ritiene invece violata la norma convenzionale, nel caso di giudizio di appello che condanni l’imputato assolto in primo grado, senza che le dichiarazioni sulla cui base era intervenuta l’assoluzione vengano nuovamente assunte dal giudice dell’appello. La Corte, in particolare, afferma di ritenere che «coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l’innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità. La valutazione dell’attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate»<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Cass., Sez. un., n. 12602 del 17 dicembre 2015, Rv 266820

<sup>70</sup> V. ad es. sentenza 27 giugno 2017, Chiper contro Romania; sentenza 26 aprile 2016, Kashlev contro Estonia.

<sup>71</sup> V. sentenza 29 giugno 2017, Lorefice contro Italia; sentenza 28 febbraio 2017, Manoli contro Moldavia; sentenza 15 settembre 2015, Moinescu contro Romania; sentenza 9 aprile 2013, Manolachi contro Romania; sentenza 9 aprile 2013, Flueraş contro Romania; sentenza 20 marzo 2012, Serrano Contreras contro Spagna; sentenza 5 luglio 2011, Dan contro Moldavia; sentenza 19 febbraio 1996, Botten contro Norvegia.

A parte ogni altra considerazione che si potrebbe svolgere al riguardo (è evidente, a nostro avviso, l'invasione di una sfera – disciplina di dettaglio in tema di impugnazioni - che dovrebbe essere riservata alle scelte normative dei Paesi aderenti), viene evocata una esigenza di immediatezza di tipo squisitamente “perceptivo”, in una sede che, essendo di “riesame”, dovrebbe rimandare ad un controllo *ex actis*; non senza sottolineare – l'aspetto andrà approfondito – come questi “atti” ben possono essere ampiamente espressivi dalla “rappresentazione” fisica del momento dichiarativo (ad es., videoregistrazione).

In tale alveo si collocano, poi, le sentenze delle Sezioni unite.

Inizia la sentenza Dasgupta<sup>72</sup>, la quale, “anticipando” la successiva riforma Orlando e la sentenza Patalano per il giudizio abbreviato, si pone in linea con la giurisprudenza della Corte Edu, affermando che, «nel modello di giudizio ordinario, "contraddittorio", "oralità", "immediatezza" nella formazione della prova e "motivazione" del giudice di merito sono entità strettamente correlate» e che per il giudice «la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa». La *intime conviction* fa, dunque, un balzo in avanti di secoli, rendendo il giudice (dell'appello, si badi) non più “valutatore” della prova, ma ontologico e necessario “perceptore” (sensoriale, extrasensoriale, introspettore, o altro, non sappiamo) del momento in cui il soggetto rende dichiarazioni. Percezioni che, però, le Sezioni unite non ci dicono come possano essere trasfuse in una motivazione “razionale”, che deve dunque basarsi su “fatti” e non certo su “congetture” enucleate su base soggettivistica<sup>73</sup>.

La successiva sentenza Patalano<sup>74</sup> ribadisce la linea, rendendo ancora più acuta la dissimetria di cui si è detto. In essa, infatti, si afferma che è affetta da vizio di motivazione, per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio", la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato non condizionato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni. In motivazione, la Corte. ha affermato che la decisione liberatoria di primo grado travalica ogni pretesa esigenza

---

<sup>72</sup> Cass., Sez. U, n. 27620 del 28 aprile 2016, Dasgupta

<sup>73</sup> Sembra quasi si rievochi l'irrazionalismo e l'intuizionismo della scuola di Kiel che caratterizzò il pensiero giuridico tedesco nel periodo nazista, allorché, si ritenne che alla conoscenza razionale per concetti dovesse sostituirsi «la conoscenza emozionale-sentimentale, fondata sulla intuizione, perché essa sola consentirebbe di cogliere l'essenza individuale di ogni fenomeno giuridico. E questa intuizione delle singole individualità giuridiche deve essere raggiunta dal giudice mettendo in contatto la legge penale col sentimento proprio e con quello del Popolo, con la coscienza giuridico-popolare, fonte prima del diritto penale del sentimento (*Gefühlsstrafrecht*)». F.Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, 2019, p. 31.

<sup>74</sup> Cass., Sez. U, n. 18620 del 19 gennaio 2017, Rv. 269785 – 01. Come osservato in altra sede, in questo caso, addirittura, non può parlarsi neppure di rinnovazione della prova dichiarativa, ma di prova assunta *ex novo*: quindi, per condannare l'assolto (ma non per assolvere il condannato), quando viene in discorso un problema di credibilità del dichiarante, c'è bisogno di un processo “diverso” e più ricco rispetto a quello precedentemente celebrato con forme contratte perché così ha chiesto l'imputato. La logica della diminuzione per la scelta del rito si fa sfumata, per non dire umbratile. (v., volendo, A.Macchia, *La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte EDU e delle Sezioni unite della Corte di cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4441 s.

di automatica "simmetria" tra primo e secondo grado di giudizio, imponendo in appello il ricorso al metodo di assunzione della prova caratterizzato da oralità e immediatezza, in quanto incontestabilmente più affidabile per l'apprezzamento degli apporti dichiarativi.

Con la sentenza Troise<sup>75</sup>, poi, “salta” definitivamente il coordinamento logico che dovrebbe collegare fra loro il giudizio di primo grado con l’appello, dal momento che la pronuncia genera una decisa “frattura” fra l’appello che coinvolga il già condannato e l’appello che riguardi il già prosciolto. Nella sentenza Troise, infatti, si afferma che il principio di immediatezza, privo di garanzia costituzionale autonoma, costituisce fondamentale ma non indispensabile carattere del contraddittorio, modulabile dal legislatore sulla base dell'incidenza dell'oltre ogni ragionevole dubbio sulla decisione da assumere, sicché esso diviene recessivo là dove - come nel caso di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna - detto canone non venga in questione. Si è infatti precisato, al riguardo, che il principio di immediatezza non può essere usato per modificare la natura del giudizio di appello, sostanzialmente cartolare, e renderlo un *novum iudicium*. Il corollario è dunque che il giudice d'appello che riformi in senso assolutorio la sentenza di condanna di primo grado non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive, ma deve offrire una motivazione puntuale e adeguata, che fornisca una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata, anche riassumendo, se necessario, la prova dichiarativa decisiva. Motivazione “rafforzata”; rinnovazione della prova dichiarativa in “un caso sì” ed in un “caso no”; principio di immediatezza configurato a “corrente alternata”; sono solo alcuni dei profili critici che generano un certo sconcerto concettuale, sul quale il limite alla libertà di apprezzamento del giudice si proietta come un’ombra difficilmente dissolvibile in chiave sistematica.

Ultimo “asso” che le Sezioni unite hanno calato a proposito della novella di cui discutiamo è rappresentato dalla sentenza Pavan Devis<sup>76</sup>, ove si è affermato il principio secondo il quale le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale, costituiscono prove dichiarative; sicché sussiste, per il giudice di appello che, sul diverso apprezzamento di esse, fonda, sempreché decisive, la riforma della sentenza di assoluzione, l'obbligo di procedere alla loro rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame del perito o del consulente, mentre analogo obbligo non sussiste ove la relazione scritta del perito o del consulente tecnico sia stata acquisita mediante lettura, ivi difettando la natura dichiarativa della prova.

A tacer d’altro, un rilievo sembra necessario, perché le conclusioni cui è pervenuto il Collegio allargato sembrano accreditare l’idea che la struttura del mezzo di prova (di contenuto non narrativo, ma valutativo) perda le sue caratteristiche di

---

<sup>75</sup> Cass., Sez. U, n. 14800 del 21 dicembre 2017 P.G. in proc. Troise

<sup>76</sup> Cass., Sez. U, n. 14426 del 28 gennaio 2019, Pavan Devis

strumento essenzialmente critico<sup>77</sup> (e non meramente rappresentativo), in ragione del sol fatto che il relativo contenuto si trovi espresso in forma orale: tant'è che le stesse Sezioni unite escludono l'esigenza della rinnovazione, ove le eventuali "perplessità critiche" siano scaturite da una perizia o da una consulenza acquisite al dibattimento per il tramite dello strumento delle letture (veicolo non di semplice "oralità", ma di utilizzazione processuale<sup>78</sup>).

Il che sta evidentemente ad escludere che nel caso della perizia possa annettersi alla oralità quel carattere "euristicamente" privilegiato cui hanno fatto insistito riferimento le già citate sentenze delle Sezioni unite<sup>79</sup>.

Un contesto, dunque, a noi sembra, decisamente problematico e che rende obiettivamente non agevole la risposta ai quesiti che ci siamo inizialmente proposti. L'art. 603, comma 3-*bis*, è in linea col principio generale stabilito dall'art. 192? Ne dubitiamo: il convincimento del giudice dell'appello, in punto di valutazione della attendibilità del dichiarante in primo grado, non è né libero, né vincolato: è semplicemente escluso da un obbligo processuale. Per arrivare alla riforma della sentenza di proscioglimento è necessario il previo riesame del dichiarante, anche se non debbano necessariamente essere formulate nuove domande e il tema di prova rimanga identico a sè stesso.

Una prova legale "a rime invertite"? Forse sì, se si inserisce, *ope legis*, un divieto di rivalutazione della prova a senso unico, specie se ne risulti sfuggente la stessa *ratio* di sistema. Non ci sembra infatti condivisibile la tesi<sup>80</sup> secondo la quale l'art. 603, comma 3-*bis*, rappresenterebbe, in definitiva – come sembra alludere anche la sentenza Dasgupta – una sorta di applicazione analogica della *corroboration* prevista, per gli imputati connessi o collegati, dall'art. 192, comma 3: quasi che il "sospetto" che aleggia su costoro, in qualche misura giustificasse la rinnovazione delle dichiarazioni rese in primo grado dal prosciolto. Un simile assunto ci sembra impraticabile perché, da un lato, una applicazione "analogica" sarebbe preclusa dalla eccezionalità del regime previsto dall'art. 192, comma 3; mentre, per altro verso, nessuna "somiglianza" di *ratio* può essere colta fra le due situazioni prese in considerazione. Altro è, infatti la posizione del teste non "indifferente" rispetto ai fatti di causa; altro la posizione del

---

<sup>77</sup> La perizia, infatti, recita l'art. 220, è ammessa «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». Sulla prova scientifica e sulla perizia la letteratura è ormai smisurata. V. per tutti P.Tonini, op. cit. p. 265 s e 345 e s.

<sup>78</sup> Le letture, infatti, possono essere sostituite, nei congrui casi, dalla indicazione degli atti utilizzabili, a norma dell'art. 511, comma 5, cod. proc. pen., con evidente superamento del principio di immediatezza.

<sup>79</sup> La potenza "espansiva" dell'art. 603, comma 3-*bis*, ha generato conseguenze anche sul piano della domanda civile. Come è noto, infatti, le Sezioni unite, nella sentenza Cremonini, hanno affermato che il giudice di appello che riformi, ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, è tenuto, anche d'ufficio, a rinnovare l'istruzione dibattimentale anche successivamente all'introduzione del comma 3-*bis* dell'art. 603 cod. proc. pen., ad opera dalla legge 23 giugno 2017, n. 103. Nel frangente, hanno anche puntualizzato che in caso di annullamento agli effetti civili della sentenza che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento dei danni senza procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello. (Cass., Sez. Un., n. 22065 del 28 gennaio 2021 Ud. Rv. 281228 – 01 e 02). V. al riguardo, F.M.Damosso, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali*, in *Cass. pen.*, 2021, 2694.

<sup>80</sup> A.Cabiale, op. cit., p. 67, 69 s.

teste “ordinario”, la cui attendibilità abbia già formato oggetto di scrutinio in sede giurisdizionale.

Quanto al profilo dell’“intuizionismo” giudiziario, che rappresenta la estremizzazione del principio di immediatezza, appare a nostro avviso integralmente da condividere l’opinione della più attenta dottrina, che – specie a fronte delle auspiccate “deroghe” imposte dalla lungaggine dei processi<sup>81</sup> e dal “distanziamento sociale” scaturito dai provvedimenti emergenziali dovute alla pandemia da Covid – ha proposto<sup>82</sup> di iniziare a ragionare non più sui classici binomi “oralità-scritture” e “immediatezza-mediazione”, ma a fare i conti con i corrispondenti “trinomi”: “oralità-scrittura-videoregistrazione”, e “immediatezza-mediazione attraverso un verbale scritto-mediazione attraverso un verbale videoregistrato”. «Se la ‘tecnica’ deve tornare ad essere ‘un mezzo’ e non già un ‘fine’, - si sottolinea - dobbiamo con forza iniziare nuovamente a concepirla come ‘neutra’ e dunque orientarla verso gli obiettivi che di volta in volta pre-selezioniamo».

Dunque, ove il verbale non sia più quel “documento muto” dal quale non può trasparire nulla del contesto dichiarativo, ma consente di riascoltare dal “vivo” ciò che si è detto e, nel caso della video registrazione, anche di “osservare” volti, atteggiamenti, silenzi e quant’altro “percepibile” anche *ex post*, la stessa logica “intuizionistica” (se mai fosse possibile pretendere da un giudice simili qualità<sup>83</sup>) finisce per perdere gran parte del suo “nerbo”<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Si ricorderà che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 132 del 2019, dopo aver rilevato che «l’esperienza maturata in trent’anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, peraltro, una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell’arco di un’unica udienza sono l’eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni, come emblematicamente illustra l’odierno giudizio *a quo*», ha conclusivamente affermato che «resta, dunque, aperta per il legislatore la possibilità di introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell’identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell’esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l’efficienza dell’amministrazione della giustizia penale, *in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all’altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione* – come, ad esempio, la videoregistrazione delle prove dichiarative, quanto meno nei dibattimenti più articolati –, e ferma restando la possibilità (già oggi implicitamente riconosciuta dall’art. 507 cod. proc. pen.: *ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 18 settembre 1997, n. 10015) per il giudice di disporre, su istanza di parte o d’ufficio, la *riconvocazione del testimone avanti a sé per la richiesta di ulteriori chiarimenti o l’indicazione di nuovi temi di prova*, ai sensi dell’art. 506 cod. proc. pen. La sentenza delle Sezioni unite Bajrami (n. 41736 del 30 maggio 2019, immediatamente successiva al deposito della sentenza della Corte costituzionale) fa evidentemente tesoro delle “aperture” provenienti dalla Consulta e restringe le maglie della rinnovazione delle prove in caso di mutamento della persona del giudice.

<sup>82</sup> R.Aprati, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema penale*, n. 2 del 2021, p.131 s.

<sup>83</sup> A.Aprati, op cit., p.137, osserva : «Ebbene: oralità e immediatezza consentono – a differenza della scrittura – la valutazione delle comunicazioni non verbali. Tuttavia oggi esiste una vera e propria disciplina scientifica che studia tali temi, dalla quale abbiamo appreso che per valutare i messaggi del corpo e l’atteggiamento emotivo sono necessarie competenze, i dati significativi sfuggono all’occhio del non esperto<sup>30</sup>. Insomma, è un po’ ingenuo pensare che il giudice possieda queste competenze. Diversi sono il semplice ‘imbarazzo’, ‘la reticenza’, la ‘preconfezione’ di una dichiarazione, che possono certo essere colte da chiunque<sup>32</sup>, ma anche a distanza o attraverso una videoregistrazione. V. anche *Overturning sfavorevole in appello e mancanza di riesame*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2672 s.; nonché *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3533 s.

<sup>84</sup> Una prospettiva, quella della videoregistrazione, che però la giurisprudenza non sembra incline a condividere. Si è infatti affermato che in tema di appello del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, l’obbligo di rinnovazione dell’istruttoria previsto dall’art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. grava sul giudice di appello anche quando la diversa valutazione di una prova dichiarativa ritenuta decisiva riguardi una prova acquisita nel corso delle

Un'ultima notazione. La giurisprudenza di legittimità pare orientata a ritenere che la rinnovazione non sia necessaria nella ipotesi in cui il giudice di primo grado sia incorso in un travisamento della prova dichiarativa; dunque, nella ipotesi in cui la difformità cada sul significante (il documento) e non sul significato (il documentato), per omissione, invenzione o falsificazione, ovvero dipenda dalla affermazione di un fatto inesistente o palesemente diverso da quello riferito dal teste: ad esempio, l'affermazione di nero per bianco<sup>85</sup>.

Sull'epilogo non si può evidentemente non concordare, dal momento che sarebbe davvero paradossale consentire lo scrutinio del travisamento della prova in cassazione, a norma dell'art. 606 lettera e), come ipotesi di contraddittorietà "estrinseca" della motivazione, con conseguenze evidentemente demolitorie, e non permettere lo stesso scrutinio in appello, con correlativa riforma della sentenza. Ma resta evidentemente sullo sfondo il quesito di dove sia il reale distinguo tra questa ipotesi, eccezionalmente patologica, rispetto all'altrettanto eclatante errore di apprezzamento della prova dichiarativa che conduca ad una equivalente "intollerabilità" di giudizio. Il tutto, ci sembra, non senza sottolineare come il principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio non pare essere in alcun modo chiamato in gioco, dal momento che anche il giudice dell'appello è, nei limiti del devoluto, tenuto a rispettare lo statuto normativo in tema di valutazione delle prove.

Sul tema va rammentato, infine, che le Sezioni unite, nella sentenza n. 11586 del 30 settembre 2021 (depositata il 30 marzo 2022), Sadik ed altri, hanno stabilito – come emerge dal relativo principio di diritto – che *«la riforma, in appello, della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa, oggetto di discorde valutazione, sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante; tuttavia, la motivazione della sentenza che si fondi sulla prova non rinnovata, deve essere rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che il giudice ha l'onere di ricercare e acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all'art. 603 cod. proc. pen.»*.

Non solo motivazione rafforzata, par dunque di comprendere, ma anche "rinnovazione" officiosa "compensativa" della perdita di contraddittorio.

Solo un paio di notazioni all'ultimo prodotto del Collegio allargato.

Anzitutto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nel caso del venir meno del contraddittorio per sopravvenuto impedimento del dichiarante, fa riferimento ad elementi ulteriori di conferma, è ovviamente calibrato sulla lettura delle precedenti

---

indagini preliminari e non più ripetuta in dibattimento. Principi, questi, affermati proprio in una fattispecie relativa alla rinnovazione in appello dell'esame della parte offesa già effettuato in sede di incidente probatorio corredato da videoriprese, ritenute irrilevanti ai fini di escludere la necessità di percezione diretta della prova da parte del giudice che aveva riformato *in peius* la sentenza di assoluzione di primo grado. (Cass., Sez. III, n. 24597 del 3 luglio 2020, Rv. 279863 – 01).

<sup>85</sup> Si è infatti affermato che il giudice d'appello che intenda procedere alla *reformatio in peius* di una sentenza assolutoria di primo grado, emessa all'esito di giudizio ordinario o abbreviato, deve procedere all'indispensabile rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale esclusivamente nel caso di valutazione "differente" della prova dichiarativa e non di mero "travisamento" di essa, caso quest'ultimo in cui si può pervenire al giudizio di colpevolezza senza necessità di rinnovazione delle prove dichiarative. (Cass., Sez. VI, n. 35899 del 30 maggio 2017, Rv. 270546. V., nel medesimo senso, Cass., Sez. IV, n. 49159 del 18 luglio 2017, Rv. 271518; Cass., Sez. VI, n- 16501 del 15 febbraio 2018, Rv. 272886; Cass., Sez. II, n. 5045 del 17 novembre 2020, Rv. 280562)



dichiarazioni nel dibattimento di primo grado. E' quella, infatti, la sede "fisiologica" del contraddittorio da salvaguardare perché possa "complessivamente" parlarsi di giusto processo. Dunque, una evocazione che non ci pare affatto sovrapponibile al grado dell'appello, di cui si sottolineano, nella specie, i connotati del *novum iudicium*.

In secondo luogo, è davvero singolare che in appello si prefigurino – come la motivazione della sentenza lascia chiaramente trasparire - la acquisibilità (*pleno iure*, come una sorta di singolare "rinnovazione") delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dal soggetto deceduto, per il quale il contraddittorio si è perfettamente sviluppato nel corso del dibattimento di primo grado.

In terzo luogo, l'art. 111 Cost., pure insistentemente evocato, affida alla legge, e non al giudice, il compito di disciplinare i casi (e i modi) in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio "per accertata impossibilità di natura oggettiva". Una miscellanea, dunque, del tutto creativa e che, ci sembra, finisce per rendere ancor più ardua la ricomposizione del sistema.

Il tutto a testimonianza di come, dopo il proscioglimento di primo grado, la possibilità di una *reformatio in peius* veda il libero convincimento sbiadito al punto da renderne pressoché irriconoscibili le sembianze.

Il "silenzio" della CEDU sugli *standard* di colpevolezza.

Alcune volte, il silenzio non è un semplice "non detto" ma assume valenze significative, ove accompagnato da un contesto di elementi espliciti che chiariscono il senso dei "vuoti".

Una premessa è doverosa. Non per *self restraint*, ma per esplicito disposto convenzionale, la Corte di Strasburgo, come organo di giurisdizione internazionale, non ha il compito di pronunciarsi direttamente sul fondamento della accusa, restando quindi al di fuori dello specifico spettro del sindacato della Corte questioni che dovessero direttamente coinvolgere le regole e gli *standard* probatori che i singoli Stati aderenti sono liberi di configurare agli effetti del *quantum* di prova reputino necessario per pronunciare una sentenza di condanna in "materia penale" (secondo la lasca lettura che tale sintagma ha finito per assumere nel tempo, dagli *Engels criteria* in poi).

E' ricorrente, infatti, l'affermazione secondo la quale «*il is therefore non the role of the Court to determine, as a matter of principle, [...] whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole [...] were fair*»<sup>86</sup>.

Inoltre, dovendosi i giudici di Strasburgo confrontare con i principi affermati dalla Convenzione, spesso simili a quelli sanciti dalle varie Costituzioni, e, come tali,

---

<sup>86</sup> Corte Edu, Sez. I, 12 novembre 2015, Sakit Zahidov c. Azerbaigian (§ 47), nonché, tra le tante, Sez. I, 17 gennaio 2012, Alchagin c. Russia (§ 63); Grande Camera, 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, (§ 95). Costante è anche l'affermazione secondo la quale la Corte Edu non rappresenta un quarto grado di giurisdizione: tra le tante, Sez. III, 22 settembre 2015, Nitulescu c. Romania (§ 43); Sez. II, 4 marzo 2014, ; Grande Stevens c. Italia (§ 158); Sez. I, 13 marzo 2012, Karpenko c. Russia (§ 80). Sul punto. V. fra gli altri, F.Giunchedi, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 3 s.; F.Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 88 s.

da assumere alla stregua di “valori” sulla falsariga dei quali verificare la “conformità” del caso concreto, ne deriva che le caratteristiche che, in astratto, tipizzano le diverse normative nazionali in punto di valutazione delle prove, non assumono, di per sé, un valore decisivo agli effetti del sindacato che la Corte è abilitata a svolgere.

Si afferma, infatti, che «*the Court task is not to determine whether certain items of evidence were obtained unlawfully: but rather to examine whether such “unlawfulness” resulted in the infringement of another right protected by the Convention*<sup>87</sup>».

Infine, e il dato appare espressivo dell’approccio eminentemente “pragmatico” con il quale la giurisprudenza convenzionale è solita esprimersi, tanto da rendere non sempre agevole desumerne i principi o le “massime” che da essa possono trarsi<sup>88</sup>, la Corte europea esamina le doglianze che le vengono devolute secondo un parametro, per così dire, “complessivo”, nel senso che vengono prese in considerazione le strutture normative nazionali, non nelle singole componenti, isolatamente considerate, ma secondo un apprezzamento globale degli istituti processuali, per come essi si compongono nel sistema. Dunque, un singolo e specifico profilo di iniquità, potrebbe non assumere carattere dirimente, ove altri elementi abbiano prodotto effetti compensativi sul versante della tutela dei valori della convenzione che si pretendono compromessi (una sorta di “prova di resistenza” del sistema nel suo complesso)<sup>89</sup>.

Se, da un lato, non deve dunque stupire che la Corte Edu non si sia spinta al punto da coniare specifiche “regole di giudizio” o di valutazione della prova e meno ancora puntuali *standard* di colpevolezza, anche per salvaguardare un equilibrio tra le varie legislazioni nazionali, ciò non toglie che la declinazione delle varie garanzie difensive, esplicite o implicite, orienti verso un approdo che deve rendere “giustificabile”, anche sul piano convenzionale, la sentenza di condanna.

---

<sup>87</sup> Sez. III, 15 aprile 2015, Toran e Schymik c. Romania (§ 51); Grande Camera, 5 febbraio 2008, Romanuskas c. Lituania (§ 52).

<sup>88</sup> Nella sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale, soffermandosi sul noto caso Varvara c. Italia relativo alla confisca urbanistica, nel far riferimento alla vincolatività della sola giurisprudenza consolidata della Corte Edu (o delle sentenze “pilota”) ha sottolineato la difficoltà di “interpretare” se determinati *dicta* della Corte di Strasburgo possano o meno ritenersi riconducibili ad una “giurisprudenza consolidata”. In particolare, la Corte costituzionale ha sottolineato che «Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione – ha concluso la Corte - che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto».

<sup>89</sup> V. per tutte, la “storica” sentenza della Grande Camera 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito (§ 144). Sull’argomento v., fra gli altri, M.Vogliotti, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime”*, in *Giur. it.*, 1998, IV, 854 s.

Sarebbe assurdo, è stato infatti osservato, garantire un “giusto processo” se a questo dovesse poi conseguire un totale arbitrio degli Stati nel configurare regole flebili, tali da non assicurare una “giusta condanna”<sup>90</sup>

In sostanza, ed anche nella prospettiva della CEDU, è la stessa relazione esistente tra la presunzione di innocenza e la struttura del processo, quale veicolo naturale per renderla concreta, a postulare un sistema probatorio orientato a quel fine. Come si è osservato, infatti, «la tutela dell’innocenza sarebbe, infatti, solo una enunciazione teorica se fosse possibile utilizzare il semplice sospetto per affermare la responsabilità dell’imputato».<sup>91</sup>

In questa prospettiva andrebbe quindi letta la giurisprudenza europea, la quale, pur senza entrare eccessivamente nella valutazione dei diversi sistemi probatori, talora anche assai eterogenei, previsti dai diversi Stati membri, pur tuttavia interviene in ambiti collegati, stigmatizzando i casi in cui si pervenga «alla decisione fondata in misura esclusiva e determinante su prove sospette, vale a dire dati gnoseologici che, per le loro caratteristiche, da soli non possono fondare una pronuncia di condanna, nonché all’imprevedibilità dell’assoluta impossibilità di ripetizione dell’atto che contiene l’informazione probatoria».<sup>92</sup>

Sulla portata da annettere, ad esempio, al principio di presunzione di innocenza, la giurisprudenza della Corte si è più volte pronunciata in termini espliciti. Tale principio, infatti, esige, secondo i giudici di Strasburgo, tra l’altro: 1) che, nell’esercizio delle loro funzioni, i componenti del tribunale non partano dall’idea preconcepita che l’imputato abbia commesso l’atto illecito; 2) che l’onere della prova ricada sull’accusa; e 3) che il dubbio vada a beneficio dell’imputato<sup>93</sup>. La presunzione di innocenza, considerata una garanzia procedurale nel contesto del procedimento penale stesso, impone, dunque, condizioni riguardanti, in particolare, l’onere della prova<sup>94</sup>; le presunzioni di fatto e di diritto<sup>95</sup>; il diritto di non contribuire alla propria incriminazione<sup>96</sup>; la pubblicità che può essere data alla causa prima dello svolgimento del processo e la formulazione da parte del giudice del merito o di qualsiasi altra autorità pubblica di dichiarazioni premature sulla colpevolezza dell’accusato<sup>97</sup>. L’onere della prova che spetta all’accusa deve dunque essere soddisfatto in modo tale da superare la presunzione di innocenza di cui gode l’imputato. Al tempo stesso, dopo che sia stato debitamente provato che l’accusato è colpevole del reato in causa, non è possibile applicare l’articolo 6 § 2 relativamente a quanto dichiarato in merito alla personalità e al comportamento dell’interessato nell’ambito della procedura di

---

<sup>90</sup> G.Dalia, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Cedam, 2018, 83 s.; A.Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, *ppassim*, in particolare p. 189 s.

<sup>91</sup> A.De Caro, *Presunzione d’innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di M.Bargis e A.Gaito, Dike giuridica, 2016, 421

<sup>92</sup> F.Giunchedi, *Le regole di giudizio e le regole di esclusione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A.Gaito e D.Chinnici, Cedam, 2016, p.227 s.

<sup>93</sup> Sentenza 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, § 77

<sup>94</sup> Sentenza 20 marzo 2001, Telfner c. Austria, § 15

<sup>95</sup> Sentenza 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, § 28

<sup>96</sup> Sentenza 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, § 68);

<sup>97</sup> Sentenza 27 febbraio 2007, Nejšťák c. Slovacchia, § 88

condanna<sup>98</sup>, a meno che le dichiarazioni in questione non siano di natura e livello tali da poter costituire una nuova «accusa» nel senso autonomo che questa nozione ha nel quadro della Convenzione<sup>99</sup>.

A proposito, poi, degli elementi sulla cui base operare il giudizio, la Corte Edu ha mostrato notevole “cautela” sin dalla sentenza del 18 gennaio 1978, n. 5310, pronunciata a proposito di una delicata vicenda riguardante l’Irlanda contro il Regno Unito: nel frangente, la Corte (§ 209) ebbe ad affermare che « *The Court is not bound, under the Convention or under the general principles applicable to international tribunals, by strict rules of evidence. In order to satisfy itself, the Court is entitled to rely on evidence of every kind, including, insofar as it deems them relevant, documents or statements emanating from governments, be they respondent or applicant, or from their institutions or officials. Here, there can scarcely be any question as to the relevance of the evidence which the Irish Government challenge. In particular, the fact that some of it was given in connection with Article 14 (art. 14) rather than Article 15 (art. 15) is of little moment*».

Assunti, questi, poi in larga misura ribaditi anche in epoca più recente, ma che nella sostanza fanno leva, come si è già accennato, sull’assunto per il quale l’articolo 6 della Convenzione garantisce il diritto a un processo equo, ma non per questo disciplina l’ammissibilità delle prove in quanto tale, trattandosi di materia che rientra in primo luogo nel campo del diritto interno ed è di competenza dei giudici nazionali.

Da qui, l’affermazione per la quale non spetta dunque alla Corte pronunciarsi, in linea di principio, sull’ammissibilità di alcune prove, ad esempio quelle ottenute in maniera contraria alla legislazione nazionale. Compito della Corte è quello di esaminare se la procedura, compreso il modo in cui le prove sono state raccolte, sia stata complessivamente equa, il che implica l’esame della dedotta illegittimità e, nel caso in cui venga contestata la violazione di un altro diritto protetto dalla Convenzione, della natura di tale violazione.<sup>100</sup>

Per determinare, poi, se il procedimento sia stato complessivamente equo, è inoltre necessario, secondo la Corte, valutare se i diritti della difesa siano stati rispettati. In particolare, si deve verificare se al ricorrente sia stata offerta la possibilità di rimettere in discussione l’autenticità dell’elemento di prova e di opporsi al suo utilizzo. È inoltre necessario tenere conto della qualità dell’elemento di prova, verificando se le circostanze in cui è stato ottenuto portino a dubitare della sua affidabilità o della sua esattezza. Se non si pone necessariamente un problema di equità quando la prova ottenuta non è confermata da altri elementi, a maggior ragione si deve osservare che, quando essa è molto solida e non viene messa in dubbio, la necessità di altri elementi a sostegno diventa minima<sup>101</sup>. A questo proposito, la Corte considera importante anche

---

<sup>98</sup> Sentenza 25 gennaio 2018, Bikas c. Germania, § 57

<sup>99</sup> Sentenza 3 ottobre 2002, Böhmer c. Germania, § 55; Sentenza 30810/2003, Geerings c. Paesi Bassi, § 43; Sentenza 41087/1998, Phillips c. Regno Unito, § 35

<sup>100</sup> Sentenza 35394/1997, Khan c. Regno Unito, § 34; sentenza 44787/1998, P.G. e J.H. c. Regno Unito, § 76; sentenza 12 luglio 2013, Allan c. Regno Unito, § 42

<sup>101</sup> Grande Camera, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia, § 89; Grande Camera, 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 96

stabilire se l'elemento di prova in questione fosse o meno determinante per l'esito del processo penale<sup>102</sup>.

Un caleidoscopio, come ognuno vede, con numerose e significative sfaccettature, che finiscono ineluttabilmente per “scandire” una serie di “condizioni probatorie” che non possono, a nostro avviso, non riflettersi anche sulla persuasività ed affidabilità *erga omnes* dello statuto decisorio.

Non senza trascurare, ovviamente, i variegati – e, nel tempo, mutevoli – percorsi che la Corte Edu ha attraversato a proposito del “diritto al confronto” ed al contraddittorio, confluito nella regola, ormai costituzionalizzata dall'art. 111, secondo la quale la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore<sup>103</sup>

Particolarmente prudenti sono anche le affermazioni che la Corte dedica al problema della valutazione delle dichiarazioni rese da soggetti coinvolti nella vicenda processuale nella quale sono esaminati. Viene infatti sottolineata la circostanza per la quale un “problema relativo all'utilizzo delle prove nel corso di un processo” si può porre anche quando sono ammessi elementi raccolti grazie a testimoni che collaborano con l'accusa.

A questo proposito, la Corte è solita affermare che l'utilizzo di dichiarazioni fatte da testimoni in cambio di una immunità o di altri vantaggi può far dubitare del carattere equo del processo dell'imputato e sollevare questioni delicate in quanto, per la loro natura, tali dichiarazioni possono essere il risultato di manipolazioni, perseguire unicamente lo scopo di ottenere un beneficio o riguardare vendette personali. Tuttavia, l'uso di dichiarazioni di questo tipo non è di per sé sufficiente per rendere il processo iniquo<sup>104</sup>. La Corte è dunque chiamata ad analizzare ogni singola causa esaminando il procedimento nel suo insieme, tenendo conto dei diritti della difesa ma anche dell'interesse per il pubblico e le vittime alla effettiva repressione del reato in questione e, ove necessario, dei diritti dei testimoni<sup>105</sup>. In particolare, e per quel che qui interessa, nella causa Adamčo c. Slovacchia, §§ 56-71 (n. 45084/14, sentenza del 12 novembre 2019), riguardante una condanna che si fondava in maniera determinante sulle dichiarazioni fatte da un complice nell'ambito di una transazione penale, la Corte ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 6 della Convenzione basandosi sugli elementi seguenti: le dichiarazioni costituivano gli unici elementi a carico, o almeno degli elementi determinanti; i giudici interni non avevano esaminato il contesto più ampio nel quale la procura aveva offerto delle contropartite al testimone; la transazione penale con la procura era stata conclusa senza l'intervento del giudice; e i giudici interni

---

<sup>102</sup> Grande Camera, Gäfgen c. Germania 1 giugno 2010. Caso assai noto riguardante il problema della liceità della tortura o di strumenti di pressione psicologica nel caso di sequestri di persona e sul problema della illiceità della prova derivata da prova illecita (il problema dei “frutti dell'albero velenoso”).

<sup>103</sup> A partire dalla nota sentenza della Grande Camera del 15 dicembre 2011 Al-Khawaja e Tahery contro Regno Unito, giunta all'esito di un singolare contrasto tra la Corte Edu e la Corte suprema inglese e fino alla sentenza sempre della Grande camera del 15 dicembre 2015, Schatschashwili contro Germania, con le più recenti evoluzioni giurisprudenziali. V. sul tema A.Cabiale, op cit., p.116 s.

<sup>104</sup> Sentenza del 27 gennaio 2004, Verhoek c. Paesi Bassi (dec.); sentenza 25 maggio 2004, Cornelis c. Paesi Bassi (dec.)

<sup>105</sup> Sentenza 17 gennaio 2017, Habran e Dalem c. Belgio, § 96

non hanno giustificato con motivi pertinenti la loro risposta alle argomentazioni del ricorrente.

Un decalogo di “cautele” che orienta, dunque, verso quegli elementi di verifica di attendibilità che consentano di ritenere “razionalmente” adeguato il sindacato probatorio e, conseguentemente, soddisfatte le esigenze di non disperdere la “voce” dei collaboratori, ma al tempo stesso di “rafforzarne” il controllo, per la peculiare posizione che essi hanno nel processo nel quale la collaborazione viene prestata. Ma indubbiamente un *minus* rispetto al regime della necessaria *corroboration* imposta dal nostro codice.

### Libero convincimento e convincimento libero dal pregiudizio

Una recente e ormai notissima sentenza<sup>106</sup>, la Corte Edu ha affrontato un tema che non coinvolge direttamente il libero convincimento del giudice, ma ne affronta le sue componenti “culturali”, vale a dire quei “pregiudizi” che possono minare alla radice un equilibrato e ragionevole apprezzamento della attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima di una violenza sessuale. Con tale pronuncia, infatti, (Corte Europea dei Diritti Umani, Prima Sezione, 27 maggio 2021, *J.L. c. Italia*, n. 5671/16) la Corte di Strasburgo ha lanciato un “monito” di forte impatto, condannando l’Italia per violazione dell’art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), non avendo i giudici del caso di specie, tutelato l’immagine, la privacy e la dignità di una giovane che aveva denunciato di essere rimasta vittima di una violenza sessuale di gruppo. Nella sentenza con cui erano stati definitivamente assolti tutti gli imputati, è stato infatti utilizzato, a parere della Corte EDU, un “linguaggio colpevolizzante e moraleggiante che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario” per la “vittimizzazione secondaria cui le espone”.

Le censure della Corte non si sono appuntate sulle modalità delle indagini o sulla conduzione del processo, così come già affermato nella sentenza *Y. c. Slovenia* del 28 agosto 2015, pur sottolineando la particolare sofferenza per la vittima di rievocare un così drammatico trascorso e di essere assoggettata ad interrogatori talora riguardanti aspetti intimi e di non stretta pertinenza all’oggetto del processo e della difesa. Anzi, a proposito dell’atteggiamento dei difensori, la Corte non ha mancato di stigmatizzare un comportamento “chiaramente contrario non solo ai principi del diritto internazionale sulla protezione dei diritti delle vittime di violenza sessuale ma anche al diritto penale italiano”: essi infatti – sottolinea la decisione dei giudici di Strasburgo - “non hanno esitato, al fine di minare la credibilità della ricorrente, a interrogarla su questioni personali riguardanti la sua vita familiare, il suo orientamento sessuale e le sue scelte intime, talvolta estranee ai fatti” (§ 132).

---

<sup>106</sup> V. tra gli altri P.Di Nicola, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima "imperfetta"*, in *Questione giustizia*, 27 luglio 2021; N.Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021.

Dove, però, più insistentemente si appuntano gli strali della Corte sono i passaggi della motivazione della sentenza di appello, che, nell'assolvere tutti gli imputati, avrebbero fatto riferimento "alla vita personale e intima della ricorrente", senza che gli stessi presentassero alcuna rilevanza ai fini della valutazione della credibilità della donna.

Del tutto ingiustificati e inopportuni sono apparsi i richiami "alla lingerie rossa "mostrata" dalla ricorrente durante la serata, così come i commenti riguardanti la bisessualità della ricorrente, le relazioni romantiche e le relazioni sessuali occasionali prima degli eventi"; altrettanto inappropriate e deplorevoli le considerazioni relative all'"atteggiamento ambivalente della ricorrente nei confronti del sesso", che la Corte d'appello ha dedotto, tra l'altro, dalle sue decisioni in materia artistica, nonché le allusioni alla sua "vita non lineare" (§ 136). Dall'art. 8 della Convenzione – sottolinea la Corte - discende un dovere dello Stato di proteggere "le presunte vittime di violenza di genere" anche nella loro "immagine, dignità e privacy", che si traduce in una corrispondente limitazione della "capacità dei giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni".

Il vero *punctum dolens* sta, tuttavia, in un aspetto che si potrebbe definire tutto "culturale", il quale avrebbe contaminato la sentenza della Corte fiorentina e su cui la violazione del parametro convenzionale si sarebbe in definitiva fondata. Ad avviso del Giudice europeo, infatti, nelle espressioni utilizzate nella pronuncia assolutoria, si è colta non solo la violazione dell'immagine e della dignità della donna ma anche la presenza di una diffusa cultura sessista destinata a ripercuotersi su tutte le donne che subiscono violenza.

Secondo la Corte, «il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello trasmettono i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e sono suscettibili di impedire l'effettiva protezione dei diritti delle vittime di violenza di genere" pur in presenza di "un quadro legislativo soddisfacente (§ 140). Gli stereotipi di genere consentono la legittimazione della violenza e, se riproposti anche dalle autorità giudiziarie, determinano una forte sfiducia e diffidenza nei confronti della giustizia penale da parte delle vittime».

La Corte ha anche osservato che il settimo rapporto sull'Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e il rapporto GREVIO (Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence del Consiglio d'Europa) hanno «rilevato la persistenza di stereotipi sul ruolo delle donne e la resistenza della società italiana alla causa dell'uguaglianza di genere. Inoltre – ha ancora puntualizzato la Corte – sia il suddetto Comitato delle Nazioni Unite che il GREVIO hanno sottolineato il basso tasso di procedimenti penali e di condanne in Italia, che è sia la causa di una mancanza di fiducia nel sistema di giustizia penale da parte delle vittime che la ragione del basso tasso di denuncia di tali reati nel paese (vedi paragrafi 64-66 sopra). Tuttavia, la Corte ritiene che il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello trasmettano i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e sono suscettibili di impedire l'effettiva protezione dei diritti delle vittime di violenza di genere nonostante un quadro legislativo soddisfacente (si veda, *mutatis mutandis*, Carvalho Pinto de Sousa Morais, citata, § 54).

La Corte – precisa ancora la sentenza in questione - è convinta che l'azione penale e la punizione abbiano un ruolo cruciale nella risposta istituzionale alla violenza di genere e nella lotta alla disuguaglianza di genere. È quindi essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi di genere nelle decisioni dei tribunali, minimizzando la violenza di genere ed esponendo le donne a una vittimizzazione secondaria, utilizzando un linguaggio colpevolizzante e moraleggiante che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario.

Di conseguenza – concludono i giudici di Strasburgo - pur riconoscendo che le autorità nazionali hanno garantito nel caso di specie che l'indagine e il procedimento sono stati condotti nel rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione, la Corte ritiene che i diritti e gli interessi del ricorrente ai sensi dell'articolo 8 non siano stati adeguatamente protetti alla luce del contenuto della sentenza della Corte d'appello di Firenze».

Un giudizio frutto di stereotipi discriminanti lede dunque la dignità della persona attraverso giudizi di valore che rappresentano una *deminiutio* inaccettabile sul versante della tutela convenzionale e tale da scoraggiare il ricorso alla giustizia delle vittime di violenza di genere.

Decisione già salutata da molti come “storica”, ma che indubbiamente apre spazi a “controlli” valoriali e di sensibilità che orientano verso preoccupanti crinali, anch’essi “ideologici”. Basti pensare alla attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale, con tutto quel che ne consegue sul piano delle “culture” che possono infarcire e condizionare – a seconda delle visioni – simili “valori; alla opposta aggravante dei motivi abietti o futili, o, per stare ai reati sessuali, ai parametri di apprezzamento dell’errore sul consenso della vittima in contesti *borderline*, anch’essi “culturalmente” variegati.

Ma al di là degli indubbi profili problematici, il “segnale” è chiaro e non può che essere condiviso: la valutazione della attendibilità di un teste, anche se persona offesa, per essere “liberamente” formulato, non può che essere scevro da “preconcetti”, specie ove questi poggino su connotati “valoriali”, non solo estranei al tema di prova, ma soprattutto siano frutto di soggettive “intuizioni” del giudice.