



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIII ciclo

Tesi di Dottorato

**Tra concetto e prova: le interazioni del
diritto penale con l'epistemologia giudiziaria**

Relatore

Prof. Carlo Sotis

Dottorando

Federico Picinali

anno accademico 2009-2010

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	V
INTRODUZIONE.....	VII
CAPITOLO PRIMO	
<i>IL BEYOND A REASONABLE DOUBT STANDARD NEGLI STATI UNITI D'AMERICA. ELABORAZIONE DI UNA TEORIA</i>	
1. Premessa.....	1
2. Qualche cenno storico.....	3
2.1. <i>Le origini teologico-filosofiche dello standard.</i>	3
2.1.1. <i>Una regola relativa alla factual proof?</i>	4
2.1.2. <i>Una regola di moral comfort?</i>	9
2.1.3. <i>Che cosa ci insegna la storia?</i>	13
2.2. <i>L'applicazione giurisprudenziale e la costituzionalizzazione dello standard.</i>	17
2.3. <i>Lo standard of persuasion: un fattore di trasformazione sistemica</i>	23
3. Il significato dello standard.....	26
3.1. <i>Per un solo e indeclinabile standard probatorio.</i>	28
3.1.1. <i>L'indeclinabilità del beyond a reasonable doubt standard.</i>	30
3.1.2. <i>La necessità di un'applicazione generalizzata del beyond a reasonable doubt standard.</i>	32
3.2. <i>Teorie della probabilità, fact finding e standard of persuasion.</i>	44
3.2.1. <i>Il superabile 'paradosso' della congiunzione.</i>	48
3.2.2. <i>Il decisivo problema del peso probatorio.</i>	52
3.2.3. <i>La superfluità della quantificazione.</i>	64
4. La base applicativa della <i>reasonable doubt rule</i>	71
4.1. <i>Le fondamentali decisioni della Corte Suprema e il dibattito</i>	

INDICE

<i>dottrinale</i>	72
4.2. <i>L'uso legittimo degli evidentiary devices</i>	79
4.3. <i>La problematica disciplina della ricostruzione del fatto nel sentencing process</i>	86
5. <i>Conclusione</i>	95

CAPITOLO SECONDO

LO STANDARD 'AL DI LÀ DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO' NEL SISTEMA PENALE ITALIANO. TRADUZIONE DI UNA TEORIA

1. <i>Premessa</i>	97
2. <i>L'introduzione dello standard tra prassi e diritto positivo</i>	98
3. <i>Proposte di 'rilettura' di alcune norme del codice di procedura penale</i> ...	100
3.1. <i>Il comma 2 dell'art. 192 e il reference class problem</i>	100
3.2. <i>Il comma 2 dell'art. 530 e il peso probatorio</i>	105
3.3. <i>Il comma 3 dell'art. 530, il comma 1 dell'art. 533 e la base applicativa dello standard</i>	107
4. <i>Standard probatorio e patteggiamento: una questione aperta</i>	111
5. <i>Conclusione</i>	121

CAPITOLO TERZO

LE COMPONENTI FATTUALI DELL'INTERPRETAZIONE PENALISTICA E I CASI 'DI CONFINE' TRA LE QUAESTIONES

1. <i>Premessa</i>	123
2. <i>Alcuni spunti sull'interpretazione penalistica</i>	124
2.1. <i>Generalizzazioni, reference classes, casi paradigmatici, analogie</i>	124
2.2. <i>Interpretazione e ragionevole prevedibilità</i>	132
2.3. <i>Uno standard probatorio per la quaestio iuris?</i>	136
3. <i>I casi 'di confine'</i>	147
3.1. <i>L'individuazione della regola cautelare nella colpa generica</i>	147
3.2. <i>Brevemente sul c. d. nesso tra colpa ed evento: un tentativo di</i>	

INDICE

<i>chiarimento</i>	154
<i>3.3. L'interpretazione degli elementi (normativi) extragiuridici di natura tecnico-scientifica</i>	158
CAPITOLO QUARTO	
<i>LA DIMENSIONE PROCESSUALE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ</i>	
1. Premessa.....	167
2. Certezza del diritto e certezza dell'accertamento.....	169
3. Illegittime presunzioni e illegittime inversioni dell'onere probatorio.....	172
4. Patologie dell'accertamento.....	177
4.1. Il 'ricorso ad una generalizzazione infondata'.....	178
4.2. L' 'insufficienza della probabilità'.....	181
4.3. L' 'errore di individualizzazione'.....	182
CAPITOLO QUINTO	
<i>LA DIMENSIONE SOSTANZIALE DELLO STANDARD 'AL DI LÀ DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO'</i>	
1. Premessa.....	191
2. Il problema della causalità omissiva.....	193
3. L'impossibile giudizio di pericolosità sociale.....	199
4. Il principio di determinatezza epistemologica come norma di chiusura della teoria generale del reato.....	203
BIBLIOGRAFIA.....	211

ABSTRACT

Il progresso del pensiero giuridico è talvolta ottenuto tramite la rivisitazione di vecchie dicotomie. La granitica separazione tra diritto penale sostanziale e processuale rientra tra queste: si tratta di un'eredità ingombrante che, a ragione, il pensiero penalistico contemporaneo problematizza con sempre maggiore frequenza, mostrando l'opacità della demarcazione tra le due branche e promuovendo un approccio metodologico interdisciplinare.

Il presente lavoro riflette criticamente sulla citata dicotomia, in particolare mettendo in luce lo stretto legame tra la creazione e l'interpretazione della disposizione penale, da un lato, e l'accertamento degli enunciati fattuali, dall'altro. La ricostruzione del fatto, analizzata attraverso lo studio dello standard probatorio, è qui intesa come il procedimento che dà alla tipicità dimensione effettiva e, pertanto, come l'indefettibile polo dialettico della legalità sostanziale. Affinché quest'ultima possa esplicare le sue fondamentali funzioni garantistiche si reputa necessario non solo che l'accertamento degli enunciati fattuali sia rispettoso dello standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio', ma anche, e prima ancora, che i concetti penalistici siano suscettibili di essere provati in giudizio. Il lavoro insiste su queste due condizioni invitando il penalista ad accostare l'ispirata riflessione dogmatica a un attento confronto con la realtà del processo.

INTRODUZIONE

Nella parte finale della sua *Teoria generale del reato* Franco Bricola scrive: “e ci si domanda poi: in primo luogo, quali tra gli elementi su cui il giudice penale è chiamato a pronunciarsi con la sua sentenza rilevino ai fini di determinare la ‘responsabilità’(...); in secondo luogo, quali tra i vari atteggiamenti psicologici che il giudice penale può assumere di fronte al materiale relativo a tali elementi legittimino il rovesciamento della presunzione di innocenza”¹. La menzione di tali questioni procedurali in una ‘teoria generale del reato’, opera sostanziale per antonomasia, è assai eloquente. Invero, pur trattandosi dei fondamentali quesiti che sottendono gli studi sulla ricostruzione fattuale, ad intuito sembra doversi riconoscere la loro rilevanza anche sul piano sostanziale, tanto da poter ritenere che qualunque elaborazione dogmatica, per quanto sofisticata e completa, rischia di tradire i suoi intenti se non si confronta con le menzionate questioni.

Scopo del presente studio è approfondire questa intuizione mettendo in luce la necessità per la riflessione sostanzialistica di esaminare i quesiti posti e di dar loro adeguate risposte. Individuato in questi ultimi un canale di comunicazione tra la teoria della prova e la teoria del reato, si intende esaminare come esse dialoghino. In particolare, da un lato si vogliono individuare le condizioni alle quali l’accertamento può concretizzare le funzioni e le garanzie proprie del diritto sostanziale, dall’altro si intendono chiarire le conseguenze che su quest’ultimo può avere una ricostruzione viziata.

Fondamentale punto di partenza è lo studio della ricostruzione fattuale attraverso un’analisi approfondita del significato dello standard ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ e dell’estensione della sua base applicativa. Come si vedrà, l’analisi dello standard presuppone necessariamente una riflessione sulla struttura del ragionamento inferenziale, molecola di ogni operazione conoscitiva: saranno così individuate le componenti indefettibili di quest’ultimo e saranno considerate le qualità che esse devono possedere per produrre un’inferenza che soddisfi la regola di giudizio. Nello studio dell’ ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ non si potrà non prendere le mosse dall’ordinamento statunitense. Ciò non tanto perché è da questo che lo standard è

¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, UTET, Torino, 1973, Vol. XIX, p. 90.

stato ‘importato’, quanto perché la dottrina e la giurisprudenza d’oltreoceano esprimono in materia una capacità di analisi e una vivacità di sperimentazione tali da fornire all’interprete il materiale più adeguato per un esame approfondito.

Una volta concluso lo studio della ricostruzione fattuale, l’attenzione si sposterà sul problema interpretativo con l’intento di sottolineare talune ‘somiglianze’ e talune ‘differenze’ tra le *quaestiones*, definendo così l’area della *quaestio facti*. Più in particolare il fine è quello di mostrare: in primo luogo, la ricorrenza di ricostruzioni fattuali nell’interpretazione; in secondo luogo, le affinità strutturali tra il ragionamento interpretativo e quello ricostruttivo; in terzo luogo, le differenze funzionali e contenutistiche degli stessi; infine, la presenza di ‘casi di confine’, ovvero di problemi interpretativi che presentano caratteri tanto vicini a quelli propri della ricostruzione fattuale da poter trarre in inganno l’interprete sulla loro natura e sulla disciplina da applicarvi.

Nella parte conclusiva del lavoro, servendosi degli strumenti precedentemente teorizzati, saranno esaminate le possibili ricadute sul piano sostanziale di un’errata ricostruzione fattuale. Si tenterà dapprima di argomentare che alla base delle patologie dell’accertamento stanno le mancanze (ignorate o dissimulate) relative alle componenti dell’inferenza, successivamente di mostrare che tali mancanze producono un effettivo distacco tra la fattispecie astratta e la fattispecie concreta (giacché di quest’ultima solo il fatto secondario può dirsi provato), con la conseguente tensione delle garanzie sostanziali. Infine si proverà a teorizzare un principio normativo volto a scongiurare quelle gravi patologie della norma penale tali da implicare inevitabilmente un accertamento viziato. Questo principio, che riguarda il diritto sostanziale, ma guarda al processo, è pensato per conferire coerenza e unitarietà al sistema penale.

Il lavoro costituisce il punto di arrivo di un cammino triennale di ricerca svolto presso l’Università degli Studi di Trento, la Cardozo Law School di New York, la Pennsylvania Law School di Philadelphia e la Yale Law School di New Haven. Ho avuto la fortuna e l’onore di percorrere svariate tappe di questo cammino con studiosi esperti e appassionati, dai quali molto ho imparato scientificamente e umanamente. Pertanto desidero ringraziare la Dott.ssa Raffaella Dimatteo, il Prof. Peter Tillers e il Prof. Giulio Ubertis. Un ringraziamento speciale va al mio tutor, Prof. Carlo Sotis,

INTRODUZIONE

per la fiducia che ha sempre riposto nelle mie capacità e per avermi mostrato che il contraddittorio conduce là dove lo studio solitario non può arrivare. Anche a queste persone spetta dunque il merito del presente lavoro. Ogni sua mancanza è invece addebitabile a me soltanto.

CAPITOLO PRIMO
IL *BEYOND A REASONABLE DOUBT* STANDARD NEGLI STATI
UNITI D'AMERICA

ELABORAZIONE DI UNA TEORIA

“Il posto di ciò che ha un prezzo può essere preso da qualcos’altro di *equivalente*; al contrario ciò che è superiore a ogni prezzo, e non ammette nulla di *equivalente*, ha una dignità”

IMMANUEL KANT¹

1. Premessa

Gli argomenti trattati nelle pagine che seguono sono un’inevitabile selezione. Il pluricentenario *beyond a reasonable doubt* standard può essere studiato sotto molteplici angolazioni, indagato in funzione di numerose domande di etica ed epistemologia, osservato nel suo relazionarsi con svariati istituti processuali e sostanziali. Invero la letteratura (anche non specialistica) sullo standard è assai vasta e di esso è frequentemente fatta menzione nelle pronunce giudiziarie. Così, l’ambizioso proposito di racchiudere in un capitolo quanto di essenziale per la comprensione dello standard e del suo funzionamento nel sistema statunitense ha reso necessarie scelte e connesse rinunce, orientate, fra l’altro, dall’intento di accordare preferenza ai temi ritenuti più idonei a stimolare l’attenzione e la riflessione dello studioso italiano.

Il risultato, come si vedrà, è una tripartizione, attraverso la quale si cerca di rielaborare criticamente i contenuti offerti dall’esperienza d’oltreoceano e di sviluppare una teoria normativa dello standard. In primo luogo è dato spazio ad una ricostruzione storica delle origini e dell’applicazione dello stesso. Questa evidenza

¹I. KANT, *Fondazione della Metafisica dei Costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 118.

che alcuni concetti che la riflessione dottrinale solitamente associa allo standard hanno in realtà perso un sensato legame con esso, in quanto legati ad una tradizione ormai passata. In secondo luogo si indaga il significato della regola di giudizio su stimolo di fondamentali questioni prodotte dai tentativi di applicare teorie matematiche alla ricostruzione del fatto nel processo. In particolare si intende mostrare che le regole del Calcolo delle probabilità non sono idonee a descrivere (o a prescrivere) il funzionamento del *fact finding*, né a definire lo standard studiato, poiché non permettono all'affermazione probabilistica, da esse plasmata, di veicolare informazioni relative al 'peso probatorio' che la sostiene. Infine si riflette sulla base applicativa dello standard, ovvero su quali fatti oggetto di un processo penale debbano essere provati² secondo lo stesso: la tesi sostenuta è che ogni elemento idoneo ad incidere sulla responsabilità penale e, dunque, sulla pena deve essere provato *beyond a reasonable doubt*.

Il capitolo, specialmente nelle due ultime parti, inizia a mettere in luce la dimensione sostanziale dello standard (a cui sarà poi dedicato l'ultimo capitolo del lavoro), chiarendo che esso non è un strumento meramente epistemologico, ma veicola i messaggi del diritto penale, tutela i valori da questo protetti, legittima il prodursi delle conseguenze che il medesimo prevede, dà ad esso sembianza concreta e definitiva.

² Chi scrive è consapevole che nel processo non si provano fatti, ma si prova la verità di enunciati fattuali. L'espressione 'prova del fatto' è qui convenzionalmente utilizzata per ragioni di semplicità espositiva. Sul punto si vedano le utili precisazioni contenute in G. UBERTIS, *La Prova Penale. Profili Giuridici ed Epistemologici*, UTET, Torino, 1999, pp. 8, 9. Peraltro, riconosciuto che il fatto non è conoscibile in sé, ma solo nella sua dimensione fenomenica (*sicut apparet*), ovvero attraverso le proposizioni descrittive dell'osservatore, viene qui abbracciata la nozione di verità semantica fatta propria dall'Autore. Essa non è intesa come antitetica alla nozione c. d. corrispondentista, in quanto semplicemente precisa e ridefinisce quest'ultima. Si rimanda all'opera dell'Autore per un approfondimento sul punto, trattandosi infatti di indagini estranee ai contenuti essenziali del presente lavoro. Cfr., in particolare, G. UBERTIS, *La Verità della Ricostruzione Fattuale*, in *Criminalia*, 2010, p. 319 ss. Per una critica a questa posizione si vedano, in particolare, M. TARUFFO, *La Semplice Verità. Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 74 ss. e M. TARUFFO, *Considerazioni su Dubbi e Verità*, in *Criminalia*, 2010, p. 306 ss.

2. *Qualche cenno storico*

Indagare le origini dello standard probatorio *beyond a reasonable doubt* non è un'operazione superflua per lo studioso dell'odierna *evidence law*. E' soprattutto l'attuale incertezza sul significato dell'istituto e sul suo ambito applicativo ad imporre un'attenta considerazione delle cause e delle dinamiche che lo hanno prodotto. Questo studio, svolto con la consapevolezza del continuo evolversi del diritto, può infatti servire per meglio comprendere taluni aspetti della contemporanea teoria dello standard e, in particolare, per individuare quei 'rami secchi' della stessa che, non avendo seguito il cammino evolutivo da questa intrapreso, sembrano oggi aver perso la loro ragion d'essere e possono costituire fonti di confusione per l'interprete.

2.1. *Le origini teologico-filosofiche dello standard*

La storiografia anglosassone offre due ricostruzioni alternative delle origini dello standard. Esse differiscono principalmente per la funzione attribuita all'istituto nel momento della sua nascita. L'una ritiene che la formula *beyond a reasonable doubt* sia nata come standard relativo alla ricostruzione fattuale, volto ad innalzare la protezione dell'imputato innocente da giudizi di fatto erronei; l'altra ritiene, invece, che in principio la formula costituisse una regola di *moral comfort*³, ovvero uno strumento di tutela dei giurati dalle insidie morali dell'attività del giudicare. Per la prima ricostruzione l'avvento dello standard ha reso più ardua la condanna, aumentando la severità dei relativi requisiti; per la seconda esso ha avuto l'esito opposto di facilitare la pronuncia di colpevolezza, assicurando la salvezza delle anime dei giurati timorati di Dio che scegliessero di macchiarsi col sangue dell'imputato⁴.

³ Questa espressione è adottata da J. Q. WHITMAN in *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, New Haven e Londra, 2008, p. 6.

⁴ Così *Id.*, p. 4.

E' bene indugiare su queste due ricostruzioni mettendone dapprima in luce gli elementi salienti per poi trarre conclusioni utili alla comprensione dello standard nella sua dimensione attuale.

2.1.1. Una regola relativa alla factual proof?

Secondo il primo approccio menzionato le origini dello standard sono eziologicamente connesse all'evoluzione dell'istituto della giuria.

Il *jury trial* si sviluppa in Inghilterra in sostituzione delle ordalie, dopo l'aperta condanna di queste ultime da parte del Quarto Concilio Laterano nel 1215⁵. Ai suoi albori, la giuria era formata da individui che vivevano vicino all'imputato e che, solitamente, conoscevano il medesimo e avevano diretta esperienza dei fatti rilevanti della causa⁶. In tale periodo, pertanto, i giurati erano al contempo testimoni e giudici⁷ e potevano altresì compiere investigazioni personali⁸.

Un lento processo, iniziato sin dal tredicesimo secolo, ha modificato la figura del giurato, il quale è passato dall'essere un *self-informing juror* all'essere un individuo senza immediata conoscenza dei fatti da giudicare. La collocazione temporale del momento conclusivo di quest'evoluzione è oggetto di disputa da parte degli storici⁹.

⁵ Si tratta, in particolare, del diciottesimo canone con cui si impediva ai chierici di partecipare alle ordalie, nonché di svolgere attività che comportassero un contatto con il sangue. Sul punto cfr. *Id.*, p. 126. E' bene precisare che anche prima del periodo indicato esisteva una forma di giuria, la *presentment jury*. Questa, tuttavia, non aveva una funzione giudicante, bensì un ruolo di accusa. I suoi verdetti, peraltro, riguardavano principalmente il carattere dell'imputato, piuttosto che la sua responsabilità per un fatto. In proposito si veda B. J. SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause". *Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California Press, Berkeley, 1991, p. 3.

⁶ Così T. WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, 20 *Journal of the History of Ideas* 229, 1959, p. 309. Barbara Shapiro sostiene che in taluni limitati casi i giurati non erano *self-informing* e che pertanto fosse necessario ricorrere alla prova testimoniale. In ogni caso quest'ultima non costituiva affatto un elemento consueto del processo. Si veda SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., p. 4.

⁷ Così sempre WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 309. Si veda anche WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 128.

⁸ Si vedano SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., p. 4 e WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 308.

⁹ Secondo John Langbein è ragionevole ritenere che già nel sedicesimo secolo il giurato non avesse esperienza privata dei fatti di causa. Si vedano J. H. LANGBEIN, *The Origins of Public Prosecution at Common Law*, 17 *American Journal of Legal History* 313, 1973, pp. 314, 315 e J. H. LANGBEIN, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder's Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1996, pp. 1170, 1171. Opinioni contrarie sono espresse nei lavori citati nella nota seguente.

Ad ogni modo, è bene rilevare che ancora nel diciannovesimo secolo si sono verificati casi in cui i giurati erano autorizzati o persino invitati dalla corte a servirsi delle informazioni privatamente acquisite¹⁰.

Il processo in esame, senz'altro causato dalla crescente complessità della società e dall'aumento della mobilità geografica, rende necessaria l'adozione di nuovi strumenti conoscitivi, tra i quali, il mezzo di prova principe è senz'altro la testimonianza. Il modificato assetto probatorio richiede da un lato la produzione di norme che disciplinano l'ammissione dei mezzi di prova, dall'altro, ed è ciò che qui interessa, l'introduzione di strumenti epistemologici che siano d'ausilio nella valutazione degli elementi di prova e, in particolare, delle affermazioni del teste: in altri termini sorge il bisogno della *evidence law*¹¹.

La crescente importanza della prova testimoniale in Inghilterra è definitivamente confermata nella seconda metà del sedicesimo secolo, quando è sancito l'obbligo di testimoniare e viene criminalizzata la falsa testimonianza¹². Parallelamente divengono sempre più critici il problema della valutazione delle affermazioni del teste e il problema, strettamente connesso al primo, dell'individuazione di uno standard di prova.

Secondo l'approccio in esame, un'influenza determinante sulla soluzione dei due problemi e, in particolare, sull'adozione del *beyond a reasonable doubt* standard è esercitata dal pensiero dei teologi protestanti e degli scienziati inglesi del

¹⁰ Si vedano i casi giudiziari citati in WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 152. L'autore, inoltre, riporta un passaggio di Blackstone del 1768 in cui l'insigne giurista spiega che qualora il giurato abbia una conoscenza privata del caso di specie egli è tenuto a testimoniare al processo in modo che gli altri giurati possano valutare le sue affermazioni. Infine alle pagine 177 e 178 dell'opera citata Whitman critica apertamente l'opinione di Langbein, riportata nella nota precedente, citando a suo favore il famoso *Bushell' Case* del 1670 (124 Eng. Rep. 1006). Si veda anche WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 309 il quale, citando James Thayer, individua il momento conclusivo dell'evoluzione nel caso *R. v. Sutton*, 4 M. & S., 532 del 1816 in cui si afferma (per la prima volta) che qualora il giudice istruisca i giurati autorizzandoli a utilizzare la propria conoscenza privata, la corte d'appello può disporre la celebrazione di un nuovo processo.

¹¹ "Ora che il verdetto non è più basato sulla conoscenza privata dei giurati, ma sulla *evidence* prodotta davanti alla corte, una disciplina relativa a tale *evidence* diviene necessaria". Libera traduzione da W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Goodhart, London, 1956, Vol. IX, p. 126. Comunque è bene precisare che una *law of evidence* moderna, plasmata dall'*adversary system*, incentrata sulla prova orale e dotata di un ampio spettro di *hearsay rules* non ha visto la luce prima del diciottesimo secolo. Sul punto si veda LANGBEIN, *Historical Foundations of the Law of Evidence*, op. cit.

¹² Cfr. SHAPIRO, "*Beyond Reasonable Doubt*", op. cit., p. 6.

diciassettesimo secolo, entrambi vivamente interessati dai procedimenti conoscitivi e dallo studio dei gradi della conoscenza umana. I primi, i quali rigettavano il principio di infallibilità della Chiesa Cattolica, miravano a stabilire se le credenze religiose e le narrazioni bibliche, una volta spogliate dell'attributo dell'assoluta certezza e considerate mere affermazioni basate sulla *evidence*, potessero resistere agli attacchi degli scettici¹³. I secondi erano invece interessati a formulare affermazioni attendibili in merito a fenomeni naturali, oggetto sì di osservazioni, ma non riconducibili al rigoroso ragionamento logico o matematico¹⁴. Entrambi i gruppi ritenevano che un uomo ragionevole che facesse uso dei propri sensi e delle proprie facoltà intellettive, fosse in grado di stabilire affermazioni la cui certezza non potesse essere ragionevolmente dubitata.

A grandi linee detti studiosi¹⁵ distinguevano tra due tipi di *evidence*: la *simple evidence*, basata alternativamente sulla conoscenza sensoriale o su quella argomentativa, e la *mixed evidence*, basata su entrambe e caratterizzata da una minore efficacia persuasiva. Su tale dicotomia si fonda un'ulteriore tripartizione relativa alle tipologie di *knowledge* e ai gradi di *certainty* dalla prima conseguibile. La *physical knowledge*, basata sulla *simple evidence* di tipo sensoriale produce la *physical certainty*, ovvero il più alto livello di certezza cui la mente umana possa aspirare. La *mathematical knowledge*, basata sulla *simple evidence* di tipo argomentativo produce la *mathematical certainty*, dotata di tale forza da rendere necessario l'assenso di ogni individuo. Infine, vi è la *moral knowledge*, basata sulla *mixed evidence*. Essa, pur non implicando necessariamente l'assenso, può essere a tal punto certa da produrre la *moral certainty* (*certitudo moralis*¹⁶), grado di certezza che esclude ogni ragionevole dubbio (*any reasonable doubt*¹⁷).

¹³ Cfr. WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., 300.

¹⁴ Cfr. SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., p. 7.

¹⁵ Il riferimento è in particolar modo al pensiero di John Wilkins, uno dei fondatori della Royal Society di Londra, la cui opera *Of the Principles and Duties of Natural Religion* (Londra, 1699) è presentata nei suoi contenuti essenziali in WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 301. Tra gli altri studiosi le cui opere hanno giocato un ruolo rilevante nell'evoluzione studiata si ricordano Joseph Glanvill, Robert Boyle e John Locke. Di quest'ultimo si consideri, in particolare, *An Essay Concerning Human Understanding*, (Londra, 1700) che ebbe grande influenza sul lavoro di Sir Geoffrey Gilbert, giudice e profondo studioso della *evidence law*, nonché autore del primo trattato sulla materia, pubblicato nel 1756.

¹⁶ Probabilmente l'introduzione del concetto di *certitudo moralis* è dovuta a Jean Gerson, rettore dell'Università di Parigi nel quindicesimo secolo. Tale concetto sarà usato ampiamente dalla teologia casuistica per indicare il grado di certezza necessario per il superamento dei problemi di coscienza

Si comprende facilmente che, secondo la teoria appena descritta, la *moral knowledge* e la *moral certainty* riguardano una pluralità di discipline tra cui la storia, la teologia, le scienze naturali e, per quanto qui interessa, il diritto. Il concetto di *reasonable doubt* è proposto come strumento per saggiare la *moral knowledge* e valutare se essa permetta di esprimere enunciati fattuali che raggiungono la *moral certainty*. Lo standard si sviluppa dunque nel contesto di una gnoseologia che lo assume a massimo grado conoscitivo di quella porzione del reale non direttamente percepita o percepibile, né riducibile a formalizzazioni matematiche. E' questa la porzione che principalmente interessa al processo.

Ad ogni modo, nonostante il concetto di *certitudo moralis* avesse velocemente attecchito nel contesto processuale, l'adozione del *beyond a reasonable doubt* standard in detto contesto avviene soltanto alla fine del diciottesimo secolo. Nel diciassettesimo secolo lo standard più adoperato dalle corti inglesi per esprimere la natura della *moral certainty* era infatti il *satisfied conscience test*, nel quale il riferimento alla coscienza del giurato può spiegarsi riconoscendo l'influenza della teologia casuistica anglosassone, secondo cui la coscienza abita il cuore dell'individuo e lo guida nelle scelte quotidiane¹⁸. Nel corso del diciottesimo secolo si assiste tuttavia ad un cambiamento della terminologia adottata per descrivere la *moral certainty*¹⁹ e, con i famosi Boston Massacre Trials²⁰ del 1770, il *beyond a*

provocati dall'agire umano. Cfr. J. FRANKLIN, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal*, The John Hopkins University Press, Baltimora, 2001, p. 69.

¹⁷ John Wilkins utilizza questa espressione. Cfr. WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 303.

¹⁸ Cfr. SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., p. 15. Nel prossimo paragrafo si tornerà brevemente su questo punto. Per un approfondimento sulla teologia casuistica e sull'influenza da questa esercitata nel contesto processuale si vedano FRANKLIN, *The Science of Conjecture*, op. cit., capitolo IV e M. SAMPSON, *Laxity and Liberty in Seventeenth-Century English Political Thought*, in E. LEITES (a cura di) *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

¹⁹ Cfr. SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., pp. 20 e 21. Con una certa cautela si può affermare che vi sia stata una secolarizzazione della terminologia adottata. I termini *mind* e *judgment* vengono spesso sostituiti al termine *conscience*. L'uso di quest'ultimo tuttavia non tramonta e, peraltro, non è infrequente l'adozione dell'espressione *if you believe the evidence*, dal tono senz'altro poco secolare. In più occasioni viene adoperato il termine *doubt* privo di qualificazione e frequentemente ricorre l'espressione *any doubt*. Anthony Morano, ritenendo che tale ultima espressione imponesse ai giurati di assolvere per la mera presenza di dubbi frivoli, sostiene che il *beyond a reasonable doubt* standard ha avuto l'effetto di diminuire lo standard probatorio e di rendere più agevole il compito dell'accusa (si veda A. A. MORANO, *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 Boston University Law Review 507, 1975, p. 515). Diversamente Barbara Shapiro ritiene, da un lato, che lo standard *any doubt* non comportava che l'assoluzione

*reasonable doubt*²¹ standard fa finalmente capolino nel processo penale²². Tuttavia, per una completa teorizzazione dello stesso nel contesto della *evidence law* si deve attendere l'opera del giurista Thomas Starkie, che nel suo *Practical Treatise on the Law of Evidence* del 1824 mutua il pensiero teologico e scientifico sopra descritto e individua nello standard la fondamentale norma di chiusura del procedimento probatorio²³.

Il *beyond a reasonable doubt* standard, l'espressione più moderna e raffinata della *moral certainty*, diventa dunque la regola fondamentale dell'epistemologia giudiziaria.

potesse basarsi anche su un dubbio frivolo e, dall'altro, che l'espressione *beyond a reasonable doubt* ha semplicemente fornito una spiegazione più raffinata e fruibile della natura della *moral certainty*, concetto al quale già si riferivano gli standard precedenti (si veda SHAPIRO, "*Beyond Reasonable Doubt*", op. cit., p. 21).

²⁰ Il 5 marzo 1770 una pattuglia di soldati inglesi fu circondata da una folla di abitanti di Boston. I soldati, provocati dalla folla spararono uccidendo cinque persone. La Corona, per evitare disordini, incriminò immediatamente il capitano della pattuglia, Thomas Preston, e otto soldati. La difesa degli imputati fu assunta da John Adams, mentre l'accusa fu sostenuta da Robert Paine: due dei più grandi pensatori dell'epoca si trovarono così a fronteggiarsi in un processo penale. Al momento delle *conclusions* rivolte ai giurati, la disputa dei due si concentrò sulla scelta dello standard probatorio che si sarebbe dovuto applicare. Adams sostenne che ogni dubbio, anche non qualificato, fosse sufficiente ad imporre l'assoluzione; Paine affermò invece che il dubbio discriminante dovesse essere 'ragionevole'. La posizione di quest'ultimo non ebbe successo nel processo, ma gli atti dei Boston Massacre Trials furono pubblicati insieme alle argomentazioni dell'accusa e della difesa e circolarono sin da subito in Inghilterra e nelle colonie. Sul punto si veda MORANO, *A Reexamination*, op. cit., p. 516 ss. Spetta al medesimo Autore il merito di aver riscontrato l'adozione del *beyond a reasonable doubt* standard nei Boston Massacre Trials, sconfessando così la tesi dominante secondo cui lo standard sarebbe apparso per la prima volta negli Irish Treason Trials svoltisi a Dublino nel 1798. Per una voce a sostegno di quest'ultima tesi si veda J. MAY, *Some Rules of Evidence. Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, 10 American Law Review 642, 1875, p. 656 ss.

²¹ E' bene precisare che lo standard non è apparso immediatamente con questa formulazione. Fino alla metà del diciannovesimo secolo al posto dell'articolo determinativo *a* vengono usati gli aggettivi *all* o *any* e, talvolta, si ritrova l'espressione *beyond reasonable doubt*. Solo a partire da detto periodo si inizia ad usare la formula *beyond a reasonable doubt*, che diventerà l'espressione definitiva dello standard. Cfr. L. M. SOLAN, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 Texas Law Review 105, 1999-2000, p. 136, il quale svolge un'interessante riflessione su come questo cambiamento linguistico può influire sulla comprensione dello standard da parte dei giurati.

²² In verità si ritiene che non sia né possibile, né significativo indicare con precisione il caso giudiziario in cui il *beyond a reasonable doubt* standard è apparso per la prima volta. E' invece prudente ed utile affermare che lo standard fosse semplicemente "in the air" verso la fine del diciottesimo secolo (così WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 193). Lo standard appare infatti anche in famosi processi di poco successivi ai Boston Massacre Trials. Si tratta, fra gli altri, di taluni processi presso l'Old Bailey di Londra (1783, 1784) e degli Irish Treason Trials svoltisi a Dublino (in particolare il Bond's Case e il Finney's Case, entrambi del 1798). Con riferimento ai primi si veda J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2005, pp. 263-264. Con riferimento ai secondi si vedano MORANO, *A Reexamination*, op. cit., pp. 515-516 e MAY, *Some Rules of Evidence*, op. cit., p. 657.

²³ Cfr. SHAPIRO, "*Beyond Reasonable Doubt*", op. cit., pp. 35, 36 e WALDMAN, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, op. cit., pp. 314, 315.

È importante notare che, secondo l'approccio qui esaminato, lo stimolo alla ricerca e all'adozione di uno standard tanto esigente è fornito dalle contingenze del processo penale dell'epoca e, in particolare, dall'esigenza di protezione dell'innocente dal rischio di una condanna ingiusta. Nel diciottesimo secolo, infatti, con l'avvento del sistema *adversary*, l'imputato è gravemente sfavorito da quelle distorsioni del processo che John Langbein chiama il *combat effect* (l'alterazione della *evidence* dovuta all'aspra competizione delle parti e la conseguente distorsione della verità) e il *wealth effect* (la disparità di risorse tra accusa e difesa)²⁴. Lo standard è così promosso dai giudici come uno strumento per riequilibrare le posizioni delle parti, rendendo più arduo il compito dell'accusa e scongiurando la condanna di individui innocenti²⁵.

2.1.2. Una regola di moral comfort ?

È giunto il momento di considerare l'ulteriore approccio sopra accennato relativo al problema delle origini dello standard.

Per James Whitman, autore di una recentissima monografia sul tema, il *beyond a reasonable doubt* standard è un "living fossil from an older moral world"²⁶. Con questa efficace espressione l'Autore intende dire che lo standard è sorto in un contesto culturale fortemente diverso da quello attuale, in quanto caratterizzato dalla maggiore influenza della religione nella vita sociale e privata e da un interesse decisamente minore per la ricerca della verità fattuale. In conseguenza di ciò, pur non contestando la menzionata posizione dottrinale in merito al momento del primo utilizzo dello standard nel processo e alla precedente evoluzione normativa, Whitman critica l'affermazione secondo cui esso avrebbe svolto la funzione di regola di

²⁴ Cfr. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, op. cit., pp. 265, 266.

²⁵ Secondo John Langbein è probabile che anche i difensori abbiano giocato un ruolo nella diffusione dello standard, avanzando pretese basate sui precedenti e favorendo così una coerente applicazione dello stesso. Cfr. *id.*, p. 266.

²⁶ WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 4.

giudizio relativa alla ricostruzione del fatto²⁷. Difatti, a detta dell'Autore, lo standard sarebbe stato istituito come regola di *moral comfort*, ovvero per alleviare le ansie causate ai giurati dal proprio ufficio²⁸.

Sia negli ordinamenti ordalici, che nei successivi sistemi del processo di diritto comune e del *jury trial* anglosassone, il problema centrale posto dall'attività del giudicare non è la ricostruzione della realtà fattuale, bensì l'assunzione della responsabilità della condanna. In una società fortemente impregnata di cultura religiosa sporcarsi le mani con il sangue di un imputato non comporta solo il rischio 'terreno' della vendetta umana, ma anche, nel caso di errore, il ben più temuto rischio della vendetta divina, la dannazione dell'anima del giudicante²⁹. Il giudizio è pertanto avvertito come un'attività delicata e perigliosa per la cui espletazione si necessitano garanzie certe di salvezza.

Secondo Whitman per tali ragioni vengono a svilupparsi le regole di *moral comfort*³⁰. Fra queste, nel sistema del *jury trial* anglosassone, si possono menzionare la regola che impone l'unanimità dei giurati per la pronuncia del verdetto³¹, la regola per cui la confessione non necessita di corroborazione³², nonché proprio il *beyond a reasonable doubt* standard.

In Inghilterra, con l'avvento del *jury trial* in sostituzione delle ordalie, la responsabilità del giudizio viene interamente assunta dal giurato. Peraltro, come si è visto, questo svolge spesso entrambi le funzioni di giudice e di testimone, un

²⁷ *Id.*, pp., 5, 203. Whitman, peraltro, afferma che fino al diciottesimo secolo circa, la ricostruzione del fatto spesso non presentava alcun problema epistemologico. Considerata la dimensione delle comunità, la provenienza dei giurati e la relativa semplicità strutturale e tecnologica della società di allora il processo costituiva un momento più per confermare certezze che ognuno già possedeva che non per risolvere *puzzles* sui fatti di causa. Cfr. *id.*, p. 19.

²⁸ Così *id.*, pp. 6, 204.

²⁹ *Id.*, p. 11.

³⁰ Con le ordalie il problema menzionato viene superato chiamando Dio ad esprimersi in sostituzione di un giudice (Cfr. *id.*, p. 56 ss.). Nel successivo processo di diritto comune la responsabilità del giudizio è prevalentemente addossata alla figura del testimone, gravato dall'obbligo di dire la verità, pena la commissione di un crimine e, ancor peggio per la sensibilità di allora, di un peccato. Il giudice è invece tutelato dalla massima *iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*: fintantoché egli si limita a giudicare seguendo la legge e le prove prodotte la sua anima è salva a nulla rilevando eventuali dubbi di coscienza creati da informazioni in suo possesso relative ai fatti di causa (Cfr. *id.*, p. 105 ss.).

³¹ Secondo Whitman non si tratta di una regola posta a garanzia di una corretta ricostruzione del fatto (una maggioranza qualificata sarebbe infatti migliore per tale scopo), né di una regola posta a tutela dell'imputato (visto che l'unanimità è richiesta anche per il verdetto di assoluzione). Cfr. *id.*, p. 22.

³² Si tratta di regola ovviamente non finalizzata a produrre una corretta ricostruzione fattuale, ma a scaricare totalmente la responsabilità della condanna sul reo confesso. Cfr. *id.*, p. 23.

sovrapporsi di ruoli che, secondo Whitman, è destinato a manifestarsi a lungo³³. Per tale ragione il *juror*, chiamato a giudicare 'secondo la *evidence* e la propria coscienza'³⁴, deve anche affrontare il profondo dissidio interiore dato dalla difficoltà di contemperare gli elementi di prova prodotti nel processo con la propria conoscenza privata³⁵.

La giuria, dunque, è gravata dalle ansie del giudizio. Ma, si badi, tali ansie non sono legate solo, né principalmente, alla ricostruzione fattuale³⁶: esse riguardano la questione etica della giustezza del punire, la cui soluzione è avvertita dal giurato come sua inevitabile responsabilità.

Il problema di coscienza, il dubbio morale che affligge il giurato timorato di Dio, viene osservato attraverso le lenti della casuistica inglese e del tuziorismo, dottrina molto influente sul pensiero dei moralisti d'oltremontana del seicento e del settecento³⁷. A fondamento di quest'ultimo è la nota massima "in dubiis via eligenda est tutior"³⁸: nel dubbio bisogna prendere la scelta più prudente. Ma quali principi possono indicare al giurato detta scelta?

Se la teoria del 'probabilismo' etico³⁹, sorta presso la Scuola di Salamanca⁴⁰, e le conseguenti derive del 'lassismo' dei gesuiti⁴¹ arrivano a giustificare scelte d'azione

³³ Si veda *supra*, nota n. 10.

³⁴ *Instructions* di questo tenore sono riportate in *id.*, p. 153.

³⁵ Si tratta del medesimo dissidio vissuto dal giudice nel processo di diritto comune. Cfr. in proposito *supra*, nota n. 30. Whitman indica alcuni strumenti di *moral comfort* previsti in epoca medievale per alleviare il peso gravante sui giurati. Tra questi vanno menzionate la facoltà di pronunciare *special verdicts* (ovvero verdetti aventi ad oggetto non la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, ma solo specifiche questioni di fatto) e di concedere il *benefit of clergy* (ovvero una finzione in virtù della quale l'imputato era trattato come un membro del clero e pertanto veniva punito ai sensi del diritto canonico, il quale non prevedeva pene corporali). Cfr. *id.*, pp. 155, 156.

³⁶ Si veda *supra*, nota n. 27.

³⁷ Il riferimento è, in particolare, a Jeremy Taylor e a William Paley. Cfr. *Id.*, pp. 191, 192.

³⁸ Sono parole di Innocenzo III, Papa che ha presieduto il Quarto Concilio Laterano. Cfr. FRANKLIN, *The Science of Conjecture*, op. cit., p. 67. La dottrina del tuziorismo ha una sua evidente eco anche nella formula *in dubio pro reo* coniata da Aegidius Bossius nel quindicesimo secolo. Cfr. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., pp. 117, 123.

³⁹ Questa teoria, e in generale il pensiero casuistico, a cui essa va ricondotta, usano il concetto di 'probabilità' nel contesto dell'etica e dei problemi di coscienza la cui soluzione è premessa dell'agire umano. Probabile è l'opinione che ha un fondamento morale, perché sostenuta da argomenti buoni e, soprattutto, da uno o più teologi (si tratta di quella che Francesco Mario Pagano chiamava "probabilità figlia dell'autorità". Si veda F. M. PAGANO, *Giustizia Criminale e Libertà Civile*, Editori Riuniti, Roma, 2000, p. 134). Sul punto cfr. FRANKLIN, *The Science of Conjecture*, op. cit., pp. 64, 65, 74, 75. Secondo l'Autore l'uso del concetto di 'probabilità' nei contesti menzionati è influenzato dalle riflessioni sul medesimo svolte da Aristotele nell'introduzione della sua Etica Nicomachea. Ecco un passaggio significativo tratto da quest'ultima opera: "(...) la precisione non va ricercata in ugual

basate financo sulle opinioni meno probabili (ovvero dotate di una più debole giustificazione morale) fra quelle disponibili, il *probabiliorism* anglosassone sostiene fermamente che il carattere salvifico di un'opinione cresce in funzione della sua probabilità di correttezza morale e che, pertanto, la scelta d'azione più prudente è sempre quella basata sull'opinione più probabile⁴². Per i moralisti inglesi la probabilità etica dipende dalla ragione, o meglio, dalle ragioni poste a sostegno dell'opinione e il dubbio consiste nello stato in cui vi sono ragioni a fondamento di opinioni contrapposte⁴³. Senza ragione, pertanto, non vi è né probabilità, né dubbio degno di considerazione.

E' da quest'ultima corrente di pensiero che, secondo Whitman, emerge il *beyond a reasonable doubt* standard, come strumento per dirigere e facilitare l'azione dei giurati. Esso garantisce, da un lato, la correttezza della loro decisione, dissolvendo le ansie create da dubbi morali infondati e, dall'altro, il funzionamento del sistema giudiziario, spesso messo a rischio dalla titubanza dell'organo giudicante.

Il diciannovesimo e il ventesimo secolo hanno visto gradualmente diminuire l'influenza della religione sulla società e aumentare enormemente la complessità strutturale e tecnologica di quest'ultima, insieme con la fiducia nel metodo scientifico. I casi giudiziari sono divenuti più articolati sotto il profilo della *quaestio facti* e l'avvento del *plea bargaining*, favorendo la scrematura dei casi di facile soluzione, ha fatto sì che il *jury trial* fosse riservato principalmente agli *hard cases*. In conseguenza di ciò le esigenze di *moral comfort* sono scemate e di converso è

misura in tutti i discorsi (...). Le cose belle e le cose giuste, intorno alle quali verte la politica, presentano molte divergenze e possibilità d'errore, a tal punto che si crede che esistano soltanto per convenzione e non per natura. (...) Quando dunque si parla intorno a cose e ad opinioni di questo genere e si argomenta partendo da queste, bisogna accontentarsi di mostrare la verità in maniera approssimativa ed a grandi linee; e quando si parla intorno a cose che son probabili e si argomenta a partire da queste, bisogna accontentarsi di trarre conclusioni probabili. Allo stesso procedimento occorre che si attenga anche ciascuna delle cose che diciamo: infatti è proprio di un uomo colto ricercare la precisione in ciascun genere nella misura in cui lo consente la natura della ricerca: sarebbe ugualmente da stolti richiedere ad un matematico di persuadere e richiedere ad un retore di dimostrare". Traduzione libera da ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Rizzoli, Milano, 1986, vol. I, 1094 b, p. 86. Secondo Aristotele, dunque, la filosofia pratica è il terreno d'elezione del ragionamento probabile, in quanto non ammette l'uso della deduzione. Per un approfondimento su questo passaggio cfr. G. MANCINI, S. MARZOCCHI, G. PICINALI, *Filosofia. Storia 1*, Bompiani, 1996, Milano, pp. 153, 154.

⁴⁰ Autore del 'probabilismo' è Bartolomé de Medina, allievo di Francisco de Vitoria. La sua prima teorizzazione compare nel commento di Bartolomé alla *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino, risalente al 1577. Cfr. FRANKLIN, *The Science of Conjecture*, op. cit., p. 74 ss.

⁴¹ Aspramente criticato da Blaise Pascal nelle sue note *Lettres Provinciales* del 1656-1657.

⁴² Cfr. FRANKLIN, *The Science of Conjecture*, op. cit., p. 84 ss.

⁴³ Cfr. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 191.

aumentata l'attenzione al problema della ricostruzione fattuale. Tuttavia alcune regole di *moral comfort* sono sopravvissute e sono state interpretate come norme relative alla *factual proof*, nonostante fossero talvolta inadatte a questo ruolo⁴⁴: il conservatorismo della *common law* ha favorito i tentativi di adattamento delle regole piuttosto che il loro superamento.

Il *beyond a reasonable doubt* standard è così diventato uno strumento dell'epistemologia giudiziaria, ma si tratta, a detta di Whitman, di un "fossile vivente" che il giurista contemporaneo non è in grado di utilizzare in maniera coerente alle finalità del processo dei giorni nostri. L'attuale disattenzione al problema morale del giudicare e la totale dedizione alla ricerca della verità hanno infatti causato, da un lato, l'attribuzione a questa norma di una funzione ad essa aliena e, dall'altro, l'inevitabile difficoltà nel comprendere il significato dello standard e, in generale, la teoria che lo circonda⁴⁵.

2.1.3. *Che cosa ci insegna la storia?*

Per cercare di tirare le fila in merito al problema delle origini dello standard studiato, si ritiene di dover svolgere alcune riflessioni conclusive.

A prescindere da quale delle due teorie proposte venga ritenuta veritiera è senz'altro possibile convenire su alcuni punti fermi.

1- Nel sistema penale attuale lo standard è applicato alla ricostruzione del fatto.

Se si segue l'impostazione di Whitman, si ricava che alle origini lo standard riguardava non tanto la ricostruzione fattuale, quanto principalmente i giudizi di meritevolezza e di bisogno della pena. Il giurato che condannava era salvo solo quando il fatto era accertato e, soprattutto, la sua punizione era moralmente giusta. Essendo l'accento posto sul problema (dubbio) morale, piuttosto che sul problema

⁴⁴ Si considerino le regole di *moral comfort* menzionate *supra* in questo paragrafo. Cfr. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 22.

⁴⁵ Cfr. *id.*, p. 2 ss. Sulla base di queste considerazioni l'autore propone, come unico modo per essere fedeli allo spirito originario dello standard, di ammonire i giurati ricordando loro che il giudizio è prima di tutto un'attività morale che determina la sorte di un altro essere umano. Così *id.*, p. 212. In ragione delle considerazioni che saranno presto svolte nel testo, si ritiene che questa proposta sia inadeguata e anacronistica, attribuendo la stessa ai giurati un ruolo che non gli compete.

(dubbio) fattuale, ne deriva che la giuria era implicitamente investita del potere di assolvere anche qualora il fatto fosse stato accertato e, pertanto, di disattendere la norma incriminatrice attraverso una sorta di *jury nullification* autorizzata dallo standard⁴⁶. La morale religiosa, esprimendosi tramite quest'ultimo, poteva dunque prevalere sulla legge sostanziale applicabile e sull'evidenza dei fatti⁴⁷.

A prescindere dal fatto che Whitman abbia ragione o meno, bisogna riconoscere che la funzione oggi attribuita allo standard è esclusivamente quella di regola di giudizio della *quaestio facti*, volta a proteggere l'imputato. Non è certo quella di regola finalizzata ad alleviare le ansie connesse all'ufficio del giudicante, conferendo a quest'ultimo la possibilità di mettere in discussione le scelte di valore già operate dal legislatore. Senz'altro il potere di *nullification* permane e si esprime tuttora con il rifiuto della giuria di applicare diligentemente la legge ad un fatto penalmente rilevante che sia stato accertato. Si tratta, tuttavia, di un potere di fatto che discende dall'istituzione stessa della giuria e dalla deferenza dell'ordinamento nei confronti del verdetto⁴⁸, non certo dal *beyond a reasonable doubt* standard. Quest'ultimo,

⁴⁶ Si tratta del deliberato scostamento dalle istruzioni del giudice in merito al diritto applicabile in caso di accertata commissione del reato. Al giorno d'oggi la *nullification* è considerata come un potere di fatto della giuria (si veda quanto affermato in A. W. ALSCHULER, A. G. DEISS, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, 61 *University of Chicago Law Review* 867, 1994, p. 914). La dottrina statunitense è divisa riguardo all'opportunità che se ne faccia uso (il dibattito è specialmente incentrato sui casi in cui vi è il sospetto di pratiche discriminatorie da parte degli organi d'accusa) e che esso sia oggetto di *instructions* da parte del giudice. Per un approfondimento sul tema si veda S. H. KADISH, S. J. SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, Aspen Publishers, New York, 2001, p. 65 ss. Storicamente la *nullification* si è venuta sviluppando soprattutto dopo il *Bushell's Case* (cit.) nel quale il Chief Justice Vaughan aveva ripudiato il potere dei giudici di punire i giurati ricalcitranti.

⁴⁷ Ciò è tanto più vero se, come sostiene Whitman, la ricostruzione del fatto era spesso superflua in quanto esso era generalmente noto ai giurati e, tuttavia, tale circostanza non bastava a dissolvere i timori dei medesimi e il bisogno di strumenti che potessero alleviarli. Si veda *supra*, nota n. 27.

⁴⁸ Nella sentenza *United States v. Dougherty* si descrive questo potere come "unreviewable and irreversible". La Corte d'Appello federale del *District of Columbia Circuit* afferma che il moderato utilizzo dello stesso può essere benefico, ma che, per evitare eccessive tensioni nel *jury system* (specialmente create dalla consapevolezza da parte del giurato di essere una sorta di "mini-legislator or judge") esso non deve essere oggetto di un'apposita *instruction*. Cfr. *United States v. Dougherty*, 473 F. 2d 1113, 1972. La Corte Suprema del New Jersey ha invece definito la *jury nullification* come un "unfortunate but unavoidable power", contrario al fondamentale valore della democrazia occidentale secondo cui devono essere le leggi e non gli uomini a governare. Pertanto, secondo la Corte esso dovrebbe essere il più possibile limitato. Cfr. *State v. Ragland*, 105 N.J. 189, 1986. Da queste pronunce traspare la crisi profonda che riguarda la legittimazione dell'istituto della giuria nel processo penale contemporaneo. Da un lato non è del tutto chiaro se e in che misura competano alla giuria funzioni estranee alla mera ricostruzione del fatto (per quanto la posizione di gran lunga dominante affermi che la giuria si occupa esclusivamente del *fact finding*). Dall'altro, se si esclude che la giuria possa svolgere tali ulteriori funzioni, non è indubbio che essa presenti un valore aggiunto rispetto alla figura del giudice professionale.

come già affermato, non riguarda l'apprezzamento del fatto, ma soltanto la sua ricostruzione.

Non è errato riconoscere che in casi limitati la giuria sia tuttora chiamata a decidere "mixed questions of value and fact"⁴⁹. Tuttavia ciò non toglie che il suo ruolo preponderante resta quello di *fact finder* e, soprattutto, che quando in questa veste la giuria deve applicare il *reasonable doubt standard* essa non opera come *decision-maker*, se con questa espressione intendiamo colui che compie una scelta d'azione (punire o non punire?): il *fact finder* deve semplicemente determinare quale sia la realtà fattuale su cui basare le scelte d'azione operate dalla legge.

2-La teologia casuistica ha avuto un ruolo importante per la nascita dello standard.

Qualsiasi funzione si voglia attribuire allo standard al momento della sua adozione, non può disconoscersi che un'influenza determinante sulle sue origini è stata giocata dalla tradizione casuistica e dal suo studio sistematico dei problemi di coscienza legati alle scelte d'azione. La dottrina più attenta è unanime su questo punto⁵⁰. Peraltro, ad ulteriore conferma di questa tesi, basta confrontare i contenuti e i termini di alcune contemporanee *instructions* sullo standard⁵¹ con le descrizioni del

⁴⁹ Sul punto si veda M. D. RISINGER, *Preliminary Thoughts on a Functional Taxonomy of Expertise for the Post-Kumho World*, 31 Seton Hall L. Rev. 508, pp. 526-529, 2000-2001.

⁵⁰ Si vedano SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., p. 13 ss. e WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., p. 188 ss.

⁵¹ Per una completa analisi di queste si vedano, in particolare, SOLAN, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases*, op. cit., p. 112 ss., L. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 36 ss. e F. D'ALESSANDRO, L'"oltre il ragionevole dubbio" nella revisione del processo, *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 2004, p. 682. Si considerino, ad esempio, le seguenti *instructions*: "A reasonable doubt is a fair doubt, based upon reason and common sense; the kind of doubt that would make a reasonable person hesitate to act. Proof beyond a reasonable doubt must, therefore, be a proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it, unhesitatingly, in the most important of your own affairs" (corsivo aggiunto) (State v. Mitchell, 577 N. W. 2d 481, 1988); "Reasonable doubt is defined as follows: it is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge" (corsivo aggiunto) (Ohio Rev. Cod. Ann. § 2945.05 citata in L. M. SOLAN, *Convicting the Innocent Beyond a Reasonable Doubt: Some Lessons about Jury Instructions from the Sheppard Case*, 49 Cleveland State Law Review 465, 2001, p. 474. Si tratta peraltro della medesima istruzione adottata nel famoso caso *The People of the State of California v. O. J. Simpson*, narrato nel divulgativo A. M. DERSHOWITZ, *Reasonable Doubts*, Simon & Schuster, New York, 1996 (in particolare si vedano le pp. 71, 72).

dubbio e del suo superamento formulate dai casuisti inglesi⁵². In entrambi i casi si trovano riferimenti alla coscienza individuale, alla certezza morale, alle scelte d'azione della vita quotidiana e, in generale, alla sensibilità di colui che è chiamato a scegliere o giudicare.

Lasciando allo storico il compito di stabilire quale ruolo fosse giocato da tali espressioni al momento della nascita dello standard (se quello di garantire l'imputato innalzando lo standard per la ricostruzione fattuale o quello di facilitare l'attività dei giurati guidandoli nella soluzione del dubbio morale), bisogna convenire sul fatto che esse sono decisamente inadatte a svolgere alcuna funzione epistemologica. Infatti, i richiami alla coscienza individuale, alle scelte d'azione, all'esitazione e alla morale suonano come inviti a spostare il giudizio dal piano del fatto al piano dei valori⁵³; a stabilire cosa sia giusto, piuttosto che a verificare cosa sia stato. Le espressioni menzionate trasformano la natura stessa del giudizio. Questo cessa di essere conoscitivo e diventa eminentemente morale, finendo così per coinvolgere aspetti che non riguardano l'attività del giurato, bensì quella del legislatore. Il *fact finding* viene arricchito da valutazioni sulla meritevolezza e sul bisogno di pena ad esso assolutamente estranee e dunque inutili.

Quanto appena scritto sembrerebbe peraltro confermare la tesi di Whitman. E' infatti arduo spiegare come lo standard abbia potuto nascere con la funzione di regola di *factual proof* e al tempo stesso essere interpretato attraverso una serie di concetti di carattere non teoretico, ma morale. Per poter continuare a sostenere che fin dal principio lo standard abbia riguardato il solo accertamento del fatto bisogna o negare qualsiasi influenza della dottrina casuistica oppure, per quanto senso ciò possa avere,

⁵² Si vedano WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, op. cit., pp. 192, 193, SHAPIRO, "Beyond Reasonable Doubt", op. cit., p. 16 ss. e FRANKLIN, *The Science of Conjecture*, op. cit., p. 84 ss.

⁵³ Con questa espressione, apparentemente dicotomica, non si intende assolutamente sostenere che la *quaetio facti* non sia influenzata da fattori valoriali. E' evidente che il problema affrontato nel testo è diverso, in quanto riguarda la fondamentale distinzione funzionale tra le due *quaestiones*. Ad ogni modo, per quanto attiene al rapporto tra ricostruzione fattuale e valore, si ritiene che la prima sia orientata dal secondo non solo perché la selezione del fatto è in funzione del diritto e la sua prova esige l'uso del senso comune e dipende dalla sensibilità dell'osservatore, ma anche perché la stessa disciplina del procedimento probatorio (che include, ad esempio, il principio del contraddittorio e la regola di giudizio) è assiologicamente orientata. Sul punto si vedano le fondamentali riflessioni contenute nei seguenti lavori: A. GIULIANI, *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *La prova penale*, Atti del Corso di formazione ed aggiornamento professionale per i magistrati, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997, n. 98, p. 251 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25 ss. e B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, capitolo II.

affermare che tale influenza si sia avuta esclusivamente sul piano terminologico e non su quello concettuale.

3- L'attuale teoria dello standard deve essere sfolta di alcuni rami secchi.

Se pertanto si intende conservare lo standard come strumento epistemologico, è bene depurare la sua teoria da quegli elementi anacronistici sedimentatisi nel tempo ormai privi di radici nell'ordinamento penale attuale e forieri di confusione⁵⁴. Si tratta di un primo passo per favorire la coerenza e la chiarezza della teoria stessa.

2.2. *L'applicazione giurisprudenziale e la costituzionalizzazione dello standard*

Nel precedente paragrafo si è visto che i primi casi giudiziari relativamente ai quali si ha notizia dell'adozione del *beyond a reasonable doubt* standard sono i Boston Massacre Trials del 1770.

Sia prima che dopo questi famosi processi lo standard è oggetto di viva attenzione da parte della dottrina filosofica e giuridica⁵⁵. Per quanto, invece, attiene all'applicazione giurisprudenziale dello stesso, gli storici rilevano che probabilmente

⁵⁴ La stessa Corte Suprema statunitense ha espresso parere negativo riguardo all'adozione delle espressioni *moral certainty* e *moral evidence* nelle *instructions* che descrivono il *beyond a reasonable doubt* standard, affermando che esse sono antiquate e ingannevoli. In *Cage v. Louisiana* (498 U. S. 39, 1990) la Corte ha sostenuto che l'espressione *moral evidence* può portare i giurati a credere erroneamente di poter basare la propria decisione su standard morali, su emozioni e pregiudizi (cfr. *Cage v. Louisiana*, cit., p. 41). In base a queste considerazioni l'*instruction* in questione è stata dichiarata contraria alla Due Process Clause. In un altro caso la Corte, pur criticando l'uso della medesima espressione, si è invece rifiutata di dichiarare incostituzionale un'*instruction* (uguale alla seconda *instruction* riportata *supra*, nota n. 51) in cui la stessa era affiancata a frasi che focalizzavano l'attenzione dei giurati sui fatti di causa piuttosto che sulla loro natura morale (cfr. *Sandoval v. California*, 511 U. S. 1, 1994). Di particolare interesse sono le parole della *concurring opinion* del giudice Anthony McLeod Kennedy il quale si sofferma, in particolare, sull'espressione *moral evidence*, descrivendola con gli aggettivi "troubling" e "indefensible" e in seguito scrive: "I cannot understand (...) why such an unruly term should be used at all when jurors are asked to perform a task that can be of great difficulty even when instructions are altogether clear. The inclusion of words so malleable, because so obscure, might in other circumstances have put the whole instruction at risk" (cfr. *Sandoval v. California*, cit., p. 23). Per un approccio critico alle decisioni citate si veda I. H. HOROWITZ, *Reasonable Doubt Instructions. Commonsense Justice and Standard of Proof*, 3 *Psychology, Public Policy, and Law*, 285, 1997. Per una critica all'uso dell'espressione *moral certainty* nelle *instructions* si veda anche E. STOFFELMAYR, S. S. DIAMOND, *The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt"*, 6 *Psychology, Public Policy, and Law* 769, 2000, p. 778. Gli Autori sostengono, in particolare, che tale espressione rischia di condurre i giurati ad applicare uno standard diverso a casi sostanzialmente uguali.

⁵⁵ Cfr. SHAPIRO, "*Beyond Reasonable Doubt*", op. cit., p. 25 ss.

esso ha attecchito con più facilità in Inghilterra che oltreoceano in ragione di talune peculiarità degli ordinamenti statali statunitensi⁵⁶.

Peraltro, nel diciannovesimo secolo l'applicazione dello standard negli Stati Uniti è disuniforme. Nella prima metà del secolo, solo in alcuni stati esso viene applicato costantemente e recepito dalle rispettive corti supreme. Si tratta di North Carolina, New York, Vermont, Massachusetts, Pennsylvania e Georgia⁵⁷. In altri stati esso viene adottato successivamente⁵⁸.

Degno di menzione è il caso *Commonwealth v. Webster*⁵⁹ del 1850. A presiedere il *trial* è Lemuel Shaw, Chief Justice della Corte Suprema del Massachusetts. Nelle sue istruzioni alla giuria Shaw riflette sulla natura e sul significato del *beyond a reasonable doubt* standard, manifestando una notevole familiarità con le idee e la terminologia proprie della casuistica inglese e del pensiero di John Wilkins. Le sue parole sono destinate a diventare un punto di riferimento fondamentale per le future *instructions* in merito allo standard e per i relativi controlli delle corti d'appello.⁶⁰

⁵⁶ Cfr. MORANO, *A Reexamination*, op. cit., p. 519 ss.. In primo luogo l'Autore afferma che, agli inizi del diciannovesimo secolo, in diversi ordinamenti statali la giuria decideva sia la questione di fatto, sia la questione di diritto (per un approfondimento sul punto si veda ALSCHULER, DEISS, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, op. cit., p. 902 ss.). Per questo motivo essa stessa sceglieva lo *standard of persuasion* da applicare senza che il giudice potesse influenzarla. Tale libertà del *fact-finder* non ha certamente aiutato lo svilupparsi di una teoria unitaria e definitiva del *beyond a reasonable doubt* standard. In secondo luogo Morano ricorda che in quel periodo gli strumenti per promuovere un giudizio di secondo grado erano decisamente scarsi e che la conseguente mancanza di un effettivo controllo in sede d'appello ha scoraggiato lo sviluppo di regole uniformi da applicarsi nel *jury trial*. Anche Barbara Shapiro riflette su talune divergenze applicative dello standard tra l'ordinamento inglese e gli ordinamenti statunitensi tra il diciottesimo e il diciannovesimo secolo. Cfr. SHAPIRO, "*Beyond Reasonable Doubt*", op. cit., p. 268, nota n. 94.

⁵⁷ Si vedano in proposito le sentenze delle rispettive Corti Supreme statali: *State v. Cochran*, 13 N.C. 56, 57-58, 1828; *People v. White*, 22 Wend. 167, 178 (N.Y. Sup. Ct. Judicature, 1839); *State v. Roe*, 12 Vt. 93, 111, 1840; *Commonwealth v. Dana*, 43 Mass., 2 Met., 1841; *Commonwealth v. Harman*, 4 Pa. 269, 1846; *Giles v. State*, 6 Ga. 276, 284-285, 1849. Cfr. MORANO, *A Reexamination*, op. cit., p. 520 ss.

⁵⁸ Cfr. *id.*, p. 523.

⁵⁹ 59 Mass. (5 Cush.) 295, 1850.

⁶⁰ Ecco il testo dell'*instruction*: "What is reasonable doubt? It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the mind of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to an absolute certainty, of the truth of the charge. For the Commonwealth to meet its burden, the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty: a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgement, of those who are bound to act conscientiously upon it". Si veda *Commonwealth v. Webster*, cit., p. 320.

Da quanto sin qui affermato si comprende facilmente che la famosa sentenza *In re Winship*⁶¹, emanata dalla Corte Suprema federale nel 1970, nel costituzionalizzare il *beyond a reasonable doubt* standard non fa altro che attribuire una veste diversa ad una regola già largamente conosciuta e applicata dalla giurisprudenza statunitense⁶². Ciononostante detta sentenza presenta alcuni contenuti innovativi sui quali è importante soffermarsi.

Il giudice William Brennan, estensore dell'opinione di maggioranza, afferma che la *Due Process Clause*, prevista dal Quinto Emendamento e ribadita dal Quattordicesimo, impone che in ogni caso penale la condanna dell'imputato sia sostenuta dalla prova *beyond a reasonable doubt* di ogni elemento del reato contestato⁶³. Il dato importante di questa affermazione è l'esplicita statuizione secondo cui lo standard è direttamente implicato da norme di rango costituzionale⁶⁴. La determinazione della base applicativa dello standard non ha invece carattere innovativo, atteso che una medesima previsione era già seguita dalla giurisprudenza prevalente⁶⁵. Il testo della sentenza lascia tuttavia aperta una questione assai critica, ovvero l'individuazione di che cosa costituisca 'elemento del reato'. A questo problema sarà dedicata la terza parte del presente capitolo.

⁶¹ *In re Winship*, 397 U. S. 358, 1970. Si tratta, in realtà, di un *juvenile proceeding*, ovvero di un processo minorile. Samuel Winship, ragazzo di dodici anni, è accusato di fronte ad una corte di giustizia minorile di aver rubato 112 dollari da un armadietto privato. Il giudice minorile, riconoscendo apertamente che la responsabilità del giovane non è stata provata *beyond a reasonable doubt*, ritiene che Winship possa essere condannato anche solo sulla base della *preponderance of evidence*, standard sancito per il *fact finding* dei *juvenile proceedings* dalla previgente section 744 (b) del New York Family Court Act. La Corte Suprema, come si vedrà, modifica questa decisione.

⁶² In questo senso si esprime, fra gli altri, Ronald Allen in R. J. ALLEN, *The Restoration of In Re Winship: a Comment on Burdens of Persuasion in Criminal cases after Patterson v. New York*, 76 Michigan Law Review 30, 1977-1978, p. 31.

⁶³ Nella sentenza di legge: "We explicitly hold that the Due Process Clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged" (*In re Winship*, cit., p. 364). Ovviamente il termine *fact* non va riferito al solo fatto tipico (che i giuristi anglosassoni indicano con l'espressione *actus reus*), ma a tutti gli elementi del reato. Nel prosieguo del lavoro si preciserà questa affermazione, individuando quale sia il raggio di applicazione del *beyond a reasonable doubt* standard. Si coglie qui l'occasione per mettere in luce che spesso nella letteratura italiana la formula dello standard è alterata usando l'aggettivo *any* al posto dell'articolo *a*. Si tratta di un'imprecisione non grave, ma pur sempre da evitare.

⁶⁴ Bisogna peraltro ricordare che già in precedenza la Corte aveva incidentalmente affermato la natura costituzionale dello standard. Si veda W. LA FAVE, *Substantive Criminal Law*, Thomson-West, 2003, 2nd edition, p. 79, nota n. 15.

⁶⁵ Cfr. *id.*, pp. 78, 79.

Nelle parole di Brennan lo standard, la sua base applicativa e l'imposizione del *burden of persuasion* sull'accusa vengono a costituire i cardini della regola costituzionale comunemente conosciuta come *reasonable doubt rule*, la quale da concreta applicazione al fondamentale principio della presunzione di innocenza⁶⁶.

I contenuti più significativi della sentenza si trovano però nella famosa *concurring opinion* di John Marshall Harlan in cui viene spiegata chiaramente la *ratio* dell'adozione dello standard⁶⁷.

L'approccio del giudice evoca la *decision making theory*⁶⁸. Secondo questa teoria, data una pluralità di opzioni, a ciascuna delle quali sono associati un valore che esprime l'utilità (o disutilità) della stessa e una probabilità di correttezza, l'individuo razionale sceglie per l'opzione a cui corrisponde il risultato più alto dato dalla moltiplicazione dell'utilità (o disutilità) e della probabilità rispettive⁶⁹.

⁶⁶ La Corte, citando la sentenza *Coffin v. United States* (156 U.S. 432, 1895, p. 453), definisce la presunzione d'innocenza come un "bedrock 'axiomatic and elementary' principle whose 'enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law'". Cfr. *In re Winship*, cit., p. 364.

⁶⁷ Si consideri, in particolare, il seguente brano: "If, for example, the standard of proof for a criminal trial were a preponderance of the evidence rather than a proof beyond a reasonable doubt, there would be a smaller risk of factual errors that result in freeing guilty persons, but a far greater risk of factual errors that result in convicting the innocent. Because the standard of proof affects the comparative frequency of these two types of erroneous outcomes, the choice of the standard to be applied in a particular kind of litigation should, in a rational world, reflect an assessment of the comparative social disutility of each. When one makes such an assessment, the reason for different standards of proof in civil as opposed to criminal litigation becomes apparent. In a civil suit between two private parties for money damages, for example, we view it as no more serious in general for there to be an erroneous verdict in the defendant's favor than for there to be an erroneous verdict in the plaintiff's favor (...). In a criminal case, on the other hand, we do not view the social disutility of convicting an innocent man as equivalent to the disutility of acquitting someone who is guilty (...). In this contest I view the requirement of proof beyond a reasonable doubt in a criminal case as bottomed on a fundamental value determination of our society that is far worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free". Cfr. *In re Winship*, cit., pp. 371-372 (si è scelto di non tradurre il brano in virtù della sua fama e della sua importanza).

⁶⁸ Di questo avviso è anche David Kaye. Cfr. D. H. KAYE, *Statistical Significance and the Burden of Persuasion*, 46 *Law and Contemporary Problems* 13, 1983, p. 16 ss.

⁶⁹ Nel prosieguo del lavoro si tornerà su questa teoria con maggiore attenzione. In merito si confrontino, in particolare, i seguenti lavori: J. KAPLAN, *Decision Theory and the Factfinding Process*, 20 *Stanford Law Review* 1065, 1968; J. KAPLAN, *Decision Theory and Reasonable Doubt*, in *Communication Sciences and the Law: Reflections from the Jurimetrics Conference*, L. E. ALLEN, M. E. CALDWELL (a cura di) Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, 1965; L. H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 *Harvard Law Review* 1329, 1971, p. 1378 ss.; R. D. BARTELS, *Punishment and the Burden of Proof in Criminal Cases: A Modest Proposal*, 66 *Iowa Law Review* 899, 1980-1981; D. H. KAYE, *Clarifying the Burden of Persuasion: What Bayesian Decision Rules Do and Do not Do*, 3 *International Journal of Evidence and Proof* 1, 1999; E. LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, 36 *U. C. Davis Law Review*, 85, 2002-2003. Nella letteratura italiana si segnalano B. V. FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 149 ss. e P. GARBOLINO, *Il Ragionevole Dubbio e la Teoria Bayesiana della Decisione*, in *Cassazione Penale*, vol.

Semplificando al massimo si può affermare che al termine del processo il giudice ha due opzioni: condannare o assolvere l'imputato. Quest'ultimo, inoltre, può essere colpevole o innocente. Ne deriva che i possibili esiti del processo sono quattro: condanna di un colpevole, condanna di un innocente, assoluzione di un colpevole, assoluzione di un innocente. A ciascuna opzione sono così associati un risultato erroneo, che produce disutilità, ed un risultato corretto, che produce utilità.

Pertanto, secondo la teoria esaminata il giudice dovrebbe condannare solo quando la probabilità della colpevolezza (p) moltiplicata per l'utilità di condannare un colpevole (U_{cc}) e sommata per la probabilità di innocenza ($1 - p$), a sua volta moltiplicata per la disutilità di condannare un'innocente (D_{ci}), è maggiore della probabilità dell'innocenza ($1 - p$)⁷⁰, moltiplicata per l'utilità di assolvere un innocente (U_{ai}) e sommata alla probabilità della colpevolezza (p), a sua volta moltiplicata per la disutilità di assolvere un colpevole (D_{ac}). Questa operazione, apparentemente contorta, può essere sinteticamente espressa con la seguente disuguaglianza

$$pU_{cc} + (1 - p)D_{ci} > (1 - p)U_{ai} + pD_{ac}. \quad (1)$$

Compiendo gli ulteriori passaggi algebrici⁷¹ si arriva alla disuguaglianza

$$p > \frac{1}{1 + \frac{U_{cc} - D_{ac}}{U_{ai} - D_{ci}}} \quad (2)$$

in cui p indica la probabilità della colpevolezza necessaria per poter condannare un imputato.

XLIX, n. 10, 2009, p. 4040. In quest'ultimo lavoro si possono anche trovare cenni storici riguardo alla nascita e all'evoluzione della teoria.

⁷⁰ Secondo il principio di complementarità, una delle basi del Calcolo delle probabilità, data la probabilità p di un evento, la probabilità dell'evento incompatibile con il primo e ad esso complementare è $1 - p$.

⁷¹ Ecco i passaggi intermedi: $pU_{cc} + D_{ci} - pD_{ci} > U_{ai} - pU_{ai} + pD_{ac}$; $pU_{cc} - pD_{ci} + pU_{ai} - pD_{ac} > -D_{ci} + U_{ai}$; $p(U_{cc} - D_{ci} + U_{ai} - D_{ac}) > -D_{ci} + U_{ai}$; $p > \frac{-D_{ci} + U_{ai}}{U_{cc} - D_{ci} + U_{ai} - D_{ac}}$.

Alla luce della disuguaglianza finale è possibile apprezzare la relazione tra lo standard probatorio e le utilità e disutilità connesse ai possibili esiti del processo. Difatti la disuguaglianza mostra che l'individuazione della soglia di probabilità della colpevolezza raggiunta la quale è auspicabile la condanna dipende dai valori attribuiti a dette utilità e disutilità.

Riservando ad un paragrafo successivo un approfondimento sull'applicazione della *decision making theory* nel processo penale, qui interessa evidenziare che, come anticipato, il ragionamento proposto dal giudice Harlan, pur non assumendo forma matematica, costituisce una versione semplificata dell'argomentazione appena svolta.

Harlan, infatti, concentrando la sua attenzione solo sugli esiti erronei del processo e sulle relative disutilità, afferma che, "poichè lo standard probatorio influenza il rapporto delle frequenze di detti due esiti, la scelta dello standard da applicare ad un tipo particolare di processo dovrebbe riflettere, in un mondo razionale, il rapporto tra le disutilità sociali degli stessi"⁷². Il giudice prosegue ricordando che nel processo penale non è indifferente quale parte subisca l'errore poichè, in virtù di una fondamentale scelta di valore dell'ordinamento, si ritiene "molto peggio condannare un uomo innocente piuttosto che assolvere un uomo colpevole"⁷³. Ne deriva che lo standard probatorio deve essere tale da minimizzare gli errori del primo tipo. Da qui

⁷² Libera traduzione da *In re Winship*, cit., p. 371. Di senso conforme sono le parole del Chief Justice Burger nella sentenza *Addington v. Texas* (441 U.S. 418, 1979, p. 425): "uno standard probatorio è più che un'insignificante esercizio di semantica. In casi, civili o penali, che riguardano diritti individuali, lo standard riflette come minimo il valore che la società attribuisce alla libertà individuale" (libera traduzione).

⁷³ Libera traduzione da *In re Winship*, cit, p. 372. Si tratta di una versione della notissima massima di William Blackstone secondo cui è meglio assolvere dieci colpevoli piuttosto che condannare un innocente. In realtà la massima è ben più risalente. Già nel quindicesimo secolo essa è adottata da John Fortescue, il quale indica un rapporto tra esiti erronei di uno a venti. Nel diciassettesimo secolo Matthew Hale riprende la massima e modifica il rapporto che diviene di uno a cinque. E' poi la volta di Blackstone nel diciottesimo secolo e di Thomas Starkie nel diciannovesimo. Quest'ultimo indica un rapporto di uno a novantanove, ma afferma che qualsiasi cifra potrebbe essere sostituita a quest'ultima. Cfr. D. M. RISINGER, *John Henry Wigmore, Johnny Lynn Old Chief, and "Legitimate Moral Force"*. *Keeping the Courtroom Safe for Heartstrings and Gore*, 49 *Hastings Law Journal* 403, 1997-1998, p. 443, nota n. 98 e MAY, *Some Rules of Evidence*, op. cit. p. 653 ss. May critica l'evoluzione della massima e le relative esagerazioni, affermando che essa e il *beyond a reasonable doubt* standard, che a suo dire ne sarebbe espressione, rischiano di produrre un sistema penale inefficiente. In merito alla relazione tra il rapporto espresso dalla massima e lo standard probatorio si veda la nota successiva.

la necessità di adottare il *beyond a reasonable doubt* standard⁷⁴, inteso come la più elevata regola di giudizio che il *fact finding* possa soddisfare.

È indubbio che anche altre ragioni hanno determinato la Corte a dare veste costituzionale allo standard⁷⁵, ma l'argomentazione di Harlan ha una risonanza unica nella giurisprudenza e nella dottrina.

2.3. *Lo standard of persuasion: un fattore di trasformazione sistemica*

L'adozione dello standard e la sua costituzionalizzazione sono destinate a produrre notevoli conseguenze sull'intero sistema processuale statunitense. Sarebbe ingenuo credere che uno standard probatorio influisca esclusivamente sulla fase deliberativa. Esso, infatti, non può non proiettare il suo senso sulle fasi anteriori e su quelle successive al giudizio, producendo, da un lato, l'adeguamento degli istituti connessi alle sue ragioni giustificative e, dall'altro, il sorgere di particolari prassi processuali. Invero, l'adozione di uno standard innesca automaticamente una

⁷⁴ È evidente che il *beyond a reasonable doubt* standard, posto a confronto con lo standard della *preponderance of the evidence* (secondo il quale si deve ritenere verificato un evento quando ciò è 'più probabile che no'. Cfr. K. S. BROUN, E. J. IMWINKELRIED, R. P. MOSTELLER, G. E. DIX, D. H. KAYE, E. F. ROBERTS, J. W. STRONG, E. SWIFT, *McCormick On Evidence*, Thomson-West, St. Paul Minnesota, 2006, sesta edizione, pp. 483, 484) produce una netta diminuzione dei casi attesi di condanna di innocenti, ma anche un decisivo aumento dei casi attesi di assoluzione di colpevoli. Esso, pertanto, non minimizza la totalità degli errori attesi, ma solo gli errori attesi del primo tipo. Invero, come sostiene e dimostra Alex Stein (ma si tratta di un'affermazione intuitivamente condivisibile), lo standard che minimizza il numero totale di errori attesi è proprio quello della *preponderance of the evidence*. Cfr. A. STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 144, 145 e KAYE, *Clarifying the Burden of Persuasion: What Bayesian Decision Rules Do and Do not Do*, op. cit., p. 8 ss. È di fondamentale importanza notare che lo standard da solo non può esprimere quale sia il rapporto effettivo tra gli esiti erronei del processo (in altre parole, non esiste una relazione diretta tra la famosa massima blackstoniana e lo standard). Infatti, detto rapporto dipende anche da altre variabili: la qualità degli elementi di prova disponibili, le capacità del giudice e, soprattutto, il rapporto effettivo tra colpevoli e innocenti nella popolazione degli imputati. Cfr. ALLEN, *The Restoration of In Re Winship*, op. cit., p. 47, nota n. 65, FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, op. cit., p. 140 ss. e LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, op. cit., p. 73 ss.. Quest'ultimo, al fine di rendere lo standard più significativo, suggerisce che esso sia concepito in termini di rapporto tra falsi positivi (condanne di innocenti) e veri negativi (assoluzioni di innocenti). In tal modo si evita che il rapporto tra colpevoli e innocenti nella popolazione degli imputati possa falsare il rapporto espresso dallo standard.

⁷⁵ Si pensi, ad esempio, all'argomento secondo cui la *moral force* del diritto penale sarebbe definitivamente indebolita se la comunità credesse che vi sia la possibilità che persone innocenti vengano condannate o a quello secondo cui la certezza del diritto esige che ogni individuo deve poter confidare nel fatto di non essere giudicato colpevole senza che il *fact finder* sia convinto della sua responsabilità con il maggior grado di certezza possibile. Si veda *In re Winship*, cit., p. 364.

dinamica che coinvolge componenti ed ingranaggi del sistema anche distanti dalla sede in cui opera la nuova regola.

Nel prosieguo del capitolo si esamineranno taluni istituti e pratiche processuali sotto il profilo dell'influenza che il *beyond a reasonable doubt* standard (o, più in generale, la *reasonable doubt rule*) esercita su di essi. E' bene tuttavia proporre già in questa sede alcuni agevoli esempi del fenomeno appena descritto.

Innanzitutto, la determinazione dello standard relativo al *factfinding* della giuria (solitamente chiamato standard *of persuasion*) influisce sulla determinazione dello standard in base al quale la corte, una volta prodotta la *evidence* in giudizio, decide se rimettere la questione fattuale ai giurati o se, invece, ricorrere al *directed verdict*⁷⁶, imponendo agli stessi di assolvere. I due standard sono associati rispettivamente al *burden of persuasion* e al *burden of production* (altrimenti detto *burden of producing evidence* o *burden of going forward with the evidence*). Mentre il primo consiste nell'onere di convincere la giuria in merito ad una questione di fatto, il secondo è l'onere di convincere il giudice a investire la giuria della stessa⁷⁷. L'influenza sopra menzionata è dovuta al fatto che la severità dello standard relativo al *burden of production* è in funzione della severità dello standard *of persuasion*⁷⁸: secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti il primo è soddisfatto quando la corte ritiene che un *factfinder* ragionevole possa concludere sulla base del secondo che i fatti in causa si sono verificati. Pertanto, se si applica il *beyond a reasonable doubt* standard alla deliberazione dei giurati, la corte deve rimettere una questione di fatto alla giuria

⁷⁶ Si ricorda che la corte può vincolare la giuria soltanto ad un *directed verdict* di assoluzione, ma non ad uno di condanna, il quale sarebbe contrario al *right to a jury trial* sancito dal Sesto Emendamento. Sul punto si veda Sandstrom v. Montana, 442 U. S. 510, 1979, p. 516, nota n. 5.

⁷⁷ Su questa distinzione si vedano, fra gli altri: BROWN ET AL., *McCormick On Evidence*, op. cit., p. 471; C. B. MUELLER, L. C. KIRKPATRICK, *Evidence Under the Rules. Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008, sesta edizione, pp. 676, 677; H. A. ASHFORD, D. M. RISINGER, *Presumptions, Assumptions and the Due Process in Criminal Cases: a Theoretical Overview*, 79 Yale Law Journal 165, 1969-1970, p. 171 (in quest'ultimo lavoro si menziona anche il *burden of pleading*, inteso come onere di affermare la verità dei fatti costitutivi di una fattispecie giuridica).

⁷⁸ Si veda sul punto J. T. MCNAUGHTON, *Burden of Production of Evidence: a Function of a Burden of Persuasion*, 68 Harvard Law Review 1382, 1954-1955, in particolare p. 1385 ss. È importante citare la sentenza Jackson v. Virginia (443 U. S. 307, 1979) in cui la Corte Suprema statunitense, pur pronunciandosi in merito allo standard da applicare per vagliare la *sufficiency of the evidence* in sede di controllo del verdetto di condanna, sembra definitivamente avallare la teoria secondo cui lo standard relativo al *burden of production* è in funzione dello standard *of persuasion*. Si deve però ricordare che una parte minoritaria della giurisprudenza non segue questa teoria. Sul punto cfr. BROWN ET AL., *McCormick On Evidence*, op. cit., p. 479.

solo quando ritiene che un *factfinder* ragionevole possa concludere *beyond a reasonable doubt* che il fatto rilevante si è verificato⁷⁹.

Un secondo esempio degno di nota è l'influenza che lo standard *of persuasion* esercita sullo standard da applicare alla *harmless error review*. Qualora l'imputato lamenti che nel *trial* è stata commessa una violazione di una norma costituzionale (*constitutional error*) la corte chiamata a pronunciarsi sul punto deve stabilire se la violazione giustifichi il *reversal* (si ha così un *reversible error*) o no (si ha così un *harmless error*). Come affermato nella sentenza *Chapman v. California*⁸⁰ della Corte Suprema statunitense, una violazione della Costituzione è *harmless* quando è talmente insignificante da potersi affermare *beyond a reasonable doubt* che essa non ha influito sul risultato del *trial*⁸¹. In ragione dell'evidente identità dei valori in gioco nella deliberazione della giuria e nella *harmless error review*, viene adottato in entrambi i casi il medesimo standard. Nel secondo, tuttavia, lo standard è applicato da giudici professionali con riferimento ad una questione fattuale più circoscritta rispetto a quella decisa col verdetto.

Infine è bene ricordare che, a rigore, il riconoscimento della natura costituzionale dello standard dovrebbe trasformare lo stesso in un parametro del controllo da parte delle corti superiori (ed, eventualmente, della Corte Suprema) sul giudizio di fatto operato nel *jury trial*⁸². Se è vero che dette corti raramente osano concludere per l'insufficienza della *evidence* posta a sostegno del verdetto di condanna e ancora più raramente utilizzano il *beyond a reasonable doubt* standard come metro di tale

⁷⁹ Si veda *Jackson v. Virginia*, cit., p. 319.

⁸⁰ *Chapman v. California*, 386 U.S. 18, 1967. E' con questa sentenza che viene riconosciuta per la prima volta la *harmless error review*. Cfr. H. A. DIAMOND, *Reasonable Doubt: to Define or not to Define*, 90 *Columbia Law Review* 1716, 1990, p. 1732 ss. La sentenza citata non chiarisce quali tipologie di *constitutional error* sono soggette alla *harmless error review*. Con la successiva decisione del caso *Rose v. Clark* (478 U.S. 570, 1986) la Corte Suprema afferma che solo un numero ristretto di violazioni determina l'*automatic reversal* (ovvero il *reversal* sancito senza considerare i fatti e le circostanze del caso specifico), mentre con riferimento alla maggioranza di esse dovrà essere svolta una *harmless error review*.

⁸¹ Si veda *Chapman v. California*, cit., p. 24.

⁸² È questa la posizione caldamente sostenuta da Jon Newmann in J. O. NEWMANN, *Beyond "Reasonable Doubt"*, 68 *New York University Law Review* 979, 1993, p. 988 ss. *Mutatis mutandis* si tratta di un'affermazione analoga a quella fatta da Paolo Ferrua in relazione all'oggetto del giudizio della Corte di Cassazione italiana, secondo cui la traduzione di regole empiriche in canoni legali 'converte il fatto in diritto' estendendo così il controllo della Corte. Si veda P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, CEDAM, Padova, 2007, p. 162.

controllo⁸³, una conseguenza fisiologica della sua costituzionalizzazione dovrebbe proprio essere il considerare lo stesso come una fondamentale *rule of law* di cui garantire il rispetto in sede di *appellate review*⁸⁴.

3. Il significato dello standard

La parte più cospicua della letteratura relativa al significato del *beyond a reasonable doubt* standard si è concentrata sull'analisi critica delle rispettive *instructions*. L'interesse per quest'ultimo argomento e l'ampio dibattito che su di esso si è sviluppato sono stati senz'altro stimolati dall'atteggiamento permissivo della Corte Suprema statunitense, la quale, pur affermando che la *trial court* deve indicare ai giurati il *beyond a reasonable doubt* standard, ha altresì sostenuto che “la Costituzione non proibisce alla stessa di definire lo standard, né glie lo impone”⁸⁵, lasciando così un'apprezzabile discrezionalità in merito alla soluzione da adottare.

⁸³ Sul punto cfr. NEWMANN, *Beyond “Reasonable Doubt”*, op. cit., p. 989. Si veda, in particolare la sentenza Jackson v. Virginia, cit.

⁸⁴ E' interessante citare un esempio relativo all'influenza che la determinazione dello standard of *persuasion* esercita su una prassi processuale. Esso è tratto da G. C. CHRISTIE, K. PYE, *Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: Another View*, 1970 Duke Law Journal 919, 1970, p. 927 ss. Come affermano gli Autori, la decisione di un imputato di ricorrere al *plea bargaining* dipende dalla sua aspettativa di essere condannato al termine di un eventuale *trial*. Tale aspettativa a sua volta dipende, fra le altre variabili, dallo standard probatorio applicato. Stabilire normativamente uno standard of *persuasion* ha dunque l'effetto di influenzare l'imputato nella scelta relativa alla pronuncia del *guilty plea*. In base a ciò gli Autori sostengono che detta operazione normativa, pur essendo animata dall'intento di proteggere l'innocente, può invece avere l'effetto opposto di facilitarne la condanna, spingendolo a patteggiare ogniqualvolta le più severe conseguenze di un eventuale *jury trial* appaiono probabili in ragione dello standard applicato. Senz'altro, se si considera che la disciplina del *plea bargaining* non richiede la soddisfazione dello standard of *persuasion* previsto per il *trial*, il rischio di condanna di innocenti con tale rito appare piuttosto concreto (sul punto cfr. F. PICINALI, *Diritto Penale, Patteggiamento e Ragionevole Dubbio*, 3 Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1457, 2009, p. 1460, nota n. 2). È tuttavia contestabile l'affermazione degli Autori secondo cui tale rischio possa dipendere da calcoli dell'imputato stimolati dall'applicazione nel *trial* del *beyond a reasonable doubt* standard (atteso peraltro che si tratta dello standard più elevato che potrebbe ragionevolmente essere adottato nel processo). È invece più ragionevole ritenere che esso sia determinato da altre variabili (tra cui la qualità della difesa disponibile e la qualità della *evidence* a carico) le quali spingono l'innocente ad un perverso calcolo costi-benefici e che, inoltre, esso sia accresciuto dall'istituto giurisprudenziale dell'*Alford plea*. Quest'ultimo, infatti, *terribile monstrum*, permettendo all'imputato di patteggiare pur affermando la sua innocenza, rende psicologicamente più agevole il *plea bargaining*. In merito all'*Alford plea* si vedano la sentenza North Carolina v. Alford (400 U. S. 25, 1970) e le interessanti riflessioni critiche contenute in S. BIBAS, *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure; the Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, 88 Cornell Law Review 1361, 2002-2003.

⁸⁵ Libera traduzione da Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1, 1994, p. 5.

Numerosi studi empirici⁸⁶, nonché riflessioni giuridiche⁸⁷, sociologiche, psicologiche e linguistiche⁸⁸ hanno così indagato i connessi problemi della definizione dello standard e della comprensione dello stesso da parte dei giurati, al fine di determinare se sia preferibile che le corti adottino un'*instruction* definitoria (e, in tal caso, quale definizione si debba adottare) o se invece sia meglio che queste si rimettano all'*original understanding* dell'uomo comune.

I lavori in questione rappresentano senz'altro una parte importante della letteratura sullo standard. Tuttavia chi scrive preferisce non indugiare sul dibattito riguardante la sua definizione tramite *instruction* e riservare invece maggiore attenzione ad altri argomenti che, a suo parere, forniscono spunti più interessanti e più fruibili per il giurista italiano che intenda riflettere sul significato dello standard⁸⁹. Ad ogni modo, come già è accaduto nei primi paragrafi, il problema della

⁸⁶ Si vedano in particolare: B. SAXTON, *How Well Do Jurors Understand Jury Instructions? A Field Test Using Real Juries and Real Trials in Wyoming*, 33 *Land and Water Law Review* 59, 1998; I. A. HOROWITZ, L. C. KIRKPATRICK, *A Concept in Search of a Definition: The effects of Reasonable Doubt Instructions on Certainty of Guilt Standards and Jury Verdicts*, 20 *Journal of Law and Human Behavior* 655, 1996; N. L. KERR, *Guilt Beyond a Reasonable Doubt: Effects of Concept Definition and Assigned Decision Rule on the Judgments of Mock Jurors*, 34 *Journal of Personality and Social Psychology* 282, 1976; R. J. SIMON, L. MAHAN, *Quantifying Burdens of Proof. A View from the Bench and the Classroom*, 5 *Law and Society Review* 319, 1970-1971; D. U. STRAWN, R. W. BUCHANAN, *Jury Confusion: a Threat to Justice*, 59 *Judicature* 478, 1975-1976; D. U. STRAWN, R. W. BUCHANAN, P. K. TAYLOR, A. PRYOR, *Reaching a Verdict, Step by Step*, 60 *Judicature* 383, 1977.

⁸⁷ Si vedano in particolare: J. L. BAIN, *A Proposed Definition of Reasonable Doubt and the Demise of the Circumstantial Evidence Charge Following Hankins v. State*, 15 *St. Mary Law Journal* 353, 1983-1984; DIAMOND, *Reasonable Doubt: to Define or not to Define*, op. cit.; Note, *Reasonable Doubt: an Argument Against Definition*, 108 *Harvard Law Review* 1955, 1994-1995; SOLAN, *Convicting the Innocent Beyond a Reasonable Doubt*, op. cit.; NEWMANN, *Beyond "Reasonable Doubt"*, op. cit..

⁸⁸ Si veda F. PICINALI, *Is Proof Beyond a Reasonable Doubt a Self-Evident Concept? Considering the U.S. and the Italian Legal Cultures Towards the Understanding of the Standard of Persuasion in Criminal Cases*, *Global Jurist*, Vol. 9, Iss. 4 (Topics), Article 5 (2009). Si veda inoltre l'interessante lavoro di SOLAN, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases* (op. cit.), in cui l'Autore riflette sul significato della formula *beyond a reasonable doubt* e su alcune sue definizioni giudiziarie servendosi di diversi strumenti, tra cui la semantica dei mondi possibili, la teoria cognitiva dei modelli mentali e i *principles of conversational implicature* proposti da Paul Grice in P. H. GRICE, *Logic and Conversation*, 3 *Journal of Syntax and Semantics* 41, 1975. In particolare Solan mette in luce come i contenuti semantici e la struttura grammaticale della formula in questione, nonché l'insistenza dei giudici sulla definizione di cosa costituisca un *reasonable doubt* abbiano l'effetto di spostare l'attenzione dei giurati dall'attività dell'accusa a quella dell'imputato rischiando così di minare la presunzione di innocenza.

⁸⁹ E' opportuno ricordare che l'*instruction* adottata nel *Simpson case* (riportata in nota n. 50) è attualmente considerata il miglior tentativo definitorio dello standard. Si considerino sul punto: G. CANZIO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, p. 303 ss.; D'ALESSANDRO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" nella revisione del processo*, op. cit.; SOLAN, *Convicting the Innocent Beyond a*

comunicazione tra corte e giuria su istituti afferenti la valutazione della prova riaffiorerà inevitabilmente in diversi punti del capitolo, trattandosi infatti di una questione centrale per la comprensione del *fact finding process*.

3.1. Per un solo e indeclinabile standard probatorio

La posizione maggioritaria giustifica l'adozione del *beyond a reasonable doubt* standard in virtù delle medesime riflessioni svolte dal giudice Harlan nella sua *concurring opinion* in *Winship*. In primo luogo si considera il *trade-off* tra le disutilità causate rispettivamente dal falso negativo (assoluzione di un colpevole) e dal falso positivo (condanna di un innocente); in secondo luogo si esprime la necessità di una regola di giudizio che minimizzi il rischio di un falso positivo, in quanto causa di disutilità sensibilmente maggiore; in terzo luogo, riconoscendo il *beyond a reasonable doubt* standard come la più elevata regola di giudizio praticabile, si indica lo stesso come il più adeguato tra gli standard disponibili. Ovviamente resta implicita nel ragionamento l'allocazione del *burden of persuasion* a carico dell'accusa.

Questa impostazione è intrinsecamente utilitaristica, basandosi infatti su di una, pur rudimentale, analisi costi-benefici. In particolare, come già si è avuto modo di notare, essa ricalca le operazioni della *decision making theory*⁹⁰.

L'approccio descritto costituisce un'evoluzione rispetto alla tradizionale tendenza ad esprimere lo standard con il rapporto auspicabile tra gli esiti erronei del processo⁹¹. Non è più attraverso tale rapporto che si cerca di individuare (e di legittimare) la regola di giudizio⁹². Questa, come le parole di Harlan evidenziano, viene infatti a dipendere dalla *ratio* tra le disutilità causate da detti esiti.

Tale ultima affermazione acquista particolare chiarezza se espressa matematicamente seguendo l'approccio di *decision making*. Secondo questo, se si

Reasonable Doubt: Some Lessons about Jury Instructions from the Sheppard Case, op. cit. Si considerino però le critiche mosse a tale *instruction* in nota n. 51.

⁹⁰ Si veda *supra* par. 2.2.

⁹¹ Si tratta sempre della famosa massima secondo cui 'è meglio assolvere dieci colpevoli piuttosto che condannare un innocente'. In proposito si veda *supra*, nota n. 73.

⁹² Si veda peraltro quanto scritto *supra*, nota n. 74 in merito all'inesistenza di una correlazione immediata tra lo standard *of persuasion* e il rapporto tra esiti erronei.

indicano la probabilità della responsabilità penale con p , la probabilità di innocenza con $(1-p)$, la disutilità di condannare un innocente con D_{ci} e la disutilità di assolvere un colpevole con D_{ai} , il giudice deve condannare quando si verifica la seguente disuguaglianza

$$pD_{ac} > (1-p)D_{ci}. \quad (3)$$

Da questa si ricava la disuguaglianza

$$p > \frac{1}{1 + \frac{D_{ac}}{D_{ci}}} \quad (4)$$

che mette in evidenza la relazione che intercorre tra la probabilità della responsabilità penale che legittima la condanna e il rapporto tra i due esiti erronei. Se $D_{ac} > D_{ci}$, p ha un valore minore di quello che avrebbe nell'ipotesi inversa in cui $D_{ac} < D_{ci}$.

Le disuguaglianze (3) e (4) esprimono un modello semplificato⁹³ rispetto a quello espresso dalle disuguaglianze (1) e (2), riportate al paragrafo 2.2. Il secondo modello, infatti, prende in considerazione anche le utilità causate dal vero positivo e dal vero negativo. In quanto più completo, esso è preferibile nella prospettiva del *decision making theorist*⁹⁴.

A ben vedere l'approccio utilitaristico sin qui esaminato, pur ricevendo l'avallo da una parte considerevole della dottrina, ha un notevole limite descrittivo: esso non può spiegare perché si prescriva la medesima regola di giudizio in tutti i casi penali, ovvero l'indeclinabile⁹⁵ *beyond a reasonable doubt* standard⁹⁶.

Infatti, lo spostamento dell'attenzione dal rapporto auspicabile tra gli esiti erronei del processo al rapporto tra i valori che esprimono le disutilità degli stessi (nonché,

⁹³ Si tratta del modello proposto in KAPLAN, *Decision Theory and the Factfinding Process*, op. cit..

⁹⁴ Sul punto si veda LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., p. 107 ss.

⁹⁵ Nel seguito del paragrafo si rifletterà sul carattere indeclinabile dello standard in questione.

⁹⁶ Sul punto si veda la chiara analisi di Alex Stein in STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., in particolare pp. 174, 175.

nel modello più completo, le utilità degli esiti corretti), ha come inevitabile conseguenza la variabilità dello standard da caso a caso. Se il primo rapporto viene fissato una volta per tutte attraverso la famosa massima secondo cui ‘assolvere un (cinque, dieci, novantanove etc.) colpevole(i) è molto meglio che condannare un innocente’⁹⁷, i valori delle utilità e delle disutilità causate dagli esiti del processo mutano in funzione delle circostanze del caso concreto (tra cui, ad esempio, la gravità del reato, la pericolosità sociale dell’imputato, il tipo e la severità della pena), determinando così la variabilità del secondo rapporto e, di conseguenza, quella dello standard⁹⁸.

3.1.1. *L’indeclinabilità del beyond a reasonable doubt standard*

Molti sostenitori di un approccio utilitaristico tendono a trasformare il ‘difetto descrittivo’ appena visto in una ‘virtù prescrittiva’. Taluni⁹⁹ sostengono che lo standard probatorio dovrebbe variare in funzione delle circostanze del caso concreto e della disciplina ad esso applicabile (il riferimento è, in particolare, alle misure sanzionatorie) e che il *beyond a reasonable doubt* standard dovrebbe essere riservato

⁹⁷ Sulle origini e l’evoluzione della massima si veda *supra*, nota n. 73. Si ricorda nuovamente che è errato affermare la sussistenza di una correlazione immediata tra lo standard *of persuasion* e la massima. Cfr. *supra*, nota n. 74.

⁹⁸ Taluno potrebbe sostenere che, al variare delle circostanze del caso concreto, si producono variazioni proporzionali delle disutilità (Dci aumenta proporzionalmente a Dac) e delle utilità (Uai aumenta proporzionalmente a Ucc) così che in definitiva il rapporto non muta. Si tratta di un’affermazione che non può essere convincentemente sostenuta. Infatti, se il senso comune porta a ritenere plausibile che a differenti circostanze corrispondano diversi valori delle disutilità e delle utilità connesse ai possibili esiti del processo, non vi sono elementi per fare un’affermazione in merito al rapporto di tali variazioni che sia tanto precisa quanto quella qui criticata (si tratta di un generale limite dell’applicazione delle teorie matematiche al processo, su cui si tornerà in seguito). Peraltro è ragionevole ritenere che i valori in questione siano influenzati in modo diseguale da talune variabili (ad es. la pericolosità sociale dell’imputato, così come la gravità del reato influiscono diversamente su Dci e su Dac). Un riconoscimento della non proporzionalità delle variazioni in esame si trova in LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., pp. 150, 151 e BARTELS, *Punishment and the Burden of Proof in Criminal Cases*, op. cit., pp. 907, 908.

⁹⁹ Si veda LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, op. cit., p. 55 ss. Si consideri anche il risalente MAY, *Some Rules of Evidence. Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, op. cit., pp. 659, 662. Alle pagine 651 e 652 l’Autore afferma che l’origine storica dell’applicazione generalizzata del *beyond a reasonable doubt* standard è dovuta al fatto che tale regola è emersa in un periodo in cui ogni reato veniva punito con la pena di morte o con severe pene corporali. Con il diversificarsi delle pene e della loro gravità, viene meno secondo l’Autore la necessità di applicare uno standard altrettanto elevato in tutti i casi.

per i casi particolarmente delicati¹⁰⁰. Altri¹⁰¹ giungono persino ad affermare che lo stesso *beyond a reasonable doubt* standard sia intrinsecamente variabile.

E' bene, in primo luogo, considerare criticamente quest'ultima affermazione. Alcuni dei suoi sostenitori, invece di interrogarsi sul significato del *beyond a reasonable doubt* standard, assumono erroneamente che, poiché l'approccio utilitaristico è corretto, allora lo standard prescritto dalla Costituzione è variabile¹⁰². E' senz'altro superfluo commentare questa irrazionale inversione dei termini del problema.

Altri studiosi, rifacendosi alla definizione del *reasonable doubt* come stato che provoca esitazione all'attore (è la c.d. *'hesitate to act' instruction*), sostengono che un medesimo dubbio possa essere ragionevole quando l'imputato rischia l'ergastolo e irragionevole quando la pena è un solo anno di reclusione¹⁰³. Nel paragrafo 2.1.3 si è cercato di chiarire che, a prescindere da quale funzione il *beyond a reasonable doubt* standard abbia svolto in origine, esso è attualmente la regola di giudizio della questione di fatto, di competenza dei giurati. Ciò significa che la soddisfazione dello standard dipende da operazioni epistemologiche di valutazione degli elementi di prova acquisiti e non da considerazioni di valore legate alle conseguenze della decisione. Il dubbio è connesso alle prime, non alle seconde e la sua ragionevolezza

¹⁰⁰ Per il *decision making theorist* si tratta dei casi in cui il rapporto $\frac{U_{cc} - D_{ac}}{U_{ai} - D_{ci}}$ è particolarmente

basso.

¹⁰¹ Si vedano: STOFFELMAYR, DIAMOND, *The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt"*, op. cit., p. 783; BARTELS, *Punishment and the Burden of Proof in Criminal Cases*, op. cit., p. 908; LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., p. 146 ss.. Ma del medesimo avviso sembra essere anche John Kaplan in KAPLAN, *Decision Theory and Reasonable Doubt*, op. cit., in particolare p. 254, dove si afferma che una delle ragioni della mancata quantificazione del *beyond a reasonable doubt* standard è proprio il fatto che lo stesso deve variare in funzione delle circostanze del caso concreto. Anche Richard Eggleston afferma che il *beyond a reasonable doubt* standard è intrinsecamente variabile in funzione della gravità del reato contestato (più grave è il reato, più alto è il grado di certezza da raggiungere). L'Autore, peraltro, cita giurisprudenza inglese in questo senso. Cfr. R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, Weidenfeld and Nicolson, Londra, seconda edizione, 1983, p. 117.

¹⁰² Si veda BARTELS, *Punishment and the Burden of Proof in Criminal Cases*, op. cit., p. 908. Ecco un passo significativo: "moreover, it seems unlikely that 'reasonable doubt' would always be the same no matter what the charge, since this would require that for every pair of offenses X and Y, with X the more heavily punished, the percentage by which $D_{ci}(X)$ exceeded $D_{ci}(Y)$ would have to be precisely matched by the percentage by which $D_{ag}(X)$ exceeded $D_{ag}(Y)$ " (D_{ci} significa *disutility of convicting an innocent person*, mentre D_{ag} significa *disutility of acquitting a guilty person*).

¹⁰³ Così STOFFELMAYR, DIAMOND, *The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt"*, op. cit., p. 783.

varia solo al variare delle potenzialità dell'epistemologia giudiziaria (a sua volta dipendenti dal senso comune e dalla disciplina del procedimento probatorio) restando invece indifferente ai possibili esiti ed effetti del processo. Il riferimento all' 'esitazione ad agire' (così come l'uso di altri termini riconducibili alla tradizione casuistica¹⁰⁴) rischia di trarre in inganno il giurato e anche lo studioso. Se per 'azione' si intende meramente 'affermare la soddisfazione dello standard previsto per la ricostruzione fattuale', allora *nulla questio*: è evidente che il *fact finder* ben può provare un'esitazione ad agire. Ma se 'azione' significa, come per gli autori qui criticati, la condanna o l'assoluzione, allora lo stato d'esitazione viene fatto dipendere da fattori estranei alla ricostruzione fattuale: il problema del *fact finding* si confonde con il problema della meritevolezza e del bisogno della pena (e, più in generale, della tutela della libertà individuale) e si sovrappone il ruolo dei giurati a quello del legislatore. In definitiva, affermare che il *fact finder* possa ritenere un medesimo dubbio fattuale più o meno ragionevole a seconda delle conseguenze della propria decisione comporta l'attribuzione allo stesso di una funzione che non gli compete, ovvero lo spostamento della valutazione di ragionevolezza dal piano del fatto a quello del diritto. Si tratta dunque di un'operazione illegittima.

3.1.2. *La necessità di un'applicazione generalizzata del beyond a reasonable doubt standard*

Escluso che il *reasonable doubt* standard sia intrinsecamente variabile si deve considerare se esso debba essere riservato esclusivamente ad un numero ristretto di casi 'gravi', applicando standards gradualmente minori ai casi meno 'gravi'. In altre parole si tratta di stabilire se nel processo penale si debba applicare un unico standard probatorio o se invece, come sostengono alcuni studiosi, la regola di giudizio debba variare in funzione delle circostanze del caso e delle valutazioni ad esse associate¹⁰⁵. Nel paragrafo precedente si è visto che la teoria utilitaristica fallisce come approccio

¹⁰⁴ Si consideri quanto affermato nel paragrafo 2.1.3.

¹⁰⁵ Erik Lillquist sostiene che lo standard dovrebbe variare a seconda delle caratteristiche del crimine contestato ed anche a seconda del carattere e dei precedenti penali dell'imputato. Si veda LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., p. 159 ss.

descrittivo della realtà giuridica. Dalle considerazioni che seguono emerge che essa è inadeguata anche sul piano normativo.

Alcuni fra gli autori che appoggiano la tesi oggetto di studio rilevano che essa è conforme ai risultati di studi empirici che mettono in luce la tendenza dei giurati ad applicare standards diversi a seconda delle circostanze del caso¹⁰⁶. Riscontrato che, a discapito della prescrizione del medesimo standard, il sistema penale già opera in accordo con l'approccio utilitaristico e convinti peraltro che spetti ai giurati la scelta dello standard probatorio da applicare nel caso concreto, detti autori si preoccupano di rendere più preciso ed efficiente il lavoro dei giurati stessi. Taluni suggeriscono che i giurati, per poter essere buoni *decision makers* devono essere informati tramite *instruction* in merito alla natura e all'entità della pena prevista per il reato contestato¹⁰⁷. Altri ritengono che le prestazioni dei giurati possono essere soddisfacenti se si adottano *instructions* che, senza attribuire esplicitamente agli stessi il potere di scegliere lo standard da applicare, sono sufficientemente vaghe da lasciar loro tale facoltà¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Si vedano LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., p. 111 ss. e EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, op. cit., p. 118 ss. Particolarmente significativo è lo studio condotto da Rita Simon e Linda Mahan su un campione preso da tre gruppi di soggetti: giudici, studenti di sociologia e cittadini chiamati a prestare servizio come giurati. Ai partecipanti viene data una lista di diversi reati e viene chiesto di indicare quale soglia probabilistica (su di uno spettro da 1 a 10, comprendente le cifre decimali) essi applicherebbero in ciascun caso per determinare se l'imputato sia responsabile o no. Mentre nelle risposte dei giudici non si evidenziano differenze significative tra le soglie indicate, altrettanto non può dirsi con riferimento alle risposte degli studenti e dei giurati. Queste, infatti, presentano variazioni di quasi due punti tra la soglia più alta (scelta per il reato di *murder*) e la soglia più bassa (scelta per il reato di *petty larceny*). Si veda R. J. SIMON, L. MAHAN, *Quantifying Burdens of Proof, A View from the Bench, the Jury and the Classroom*, 5 *Law and Sociology Review* 319, 1970-1971. Per Lillquist un'ulteriore conferma dell'applicazione incostante dello standard *of persuasion* da parte dei giurati è data dal raffronto fra i risultati di studi empirici volti a misurare lo standard probatorio applicato a crimini diversi in ciascuno studio. L'Autore ammette però che talune differenze tra i risultati possono essere dovute al metodo adottato dallo sperimentatore. Cfr. LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., p. 116.

¹⁰⁷ Così BARTELS, *Punishment and the Burden of Proof in Criminal Cases*, op. cit., p. 909 ss. L'Autore, peraltro, critica la posizione dominante nella giurisprudenza, sia statale che federale, secondo cui la corte non deve informare i giurati in merito alle conseguenze del reato e, se contravviene al divieto, commette un *reversible error*. La *ratio* (condivisibile) di questa posizione è quella di evitare che i giurati vengano distratti dal loro esclusivo compito di *fact finders*.

¹⁰⁸ In questo senso LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., p. 184 ss. Secondo l'Autore le attuali *instructions* sullo standard *of persuasion* sono sufficientemente elastiche da permettere al giurato di graduare lo standard a seconda del caso concreto. Si veda anche STOFFELMAYR, DIAMOND, *The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt"*, op. cit., p. 783. Gli Autori propongono di affiancare ad una *instruction* flessibile la menzione della pena che potrebbe essere applicata all'imputato.

Riguardo alla convinzione che spetti ai giurati la scelta dello standard *of persuasion* si può semplicemente replicare quanto poco fa affermato: essi sono chiamati ad applicare il *reasonable doubt standard*; tale standard è stabilito dalla legge e non è suscettibile di essere declinato dai giurati in base alle caratteristiche del caso concreto. In altre parole non sembra proprio che si possa trovare un appiglio nella normativa vigente per l'attribuzione alla giuria della prerogativa di scegliere lo standard *of persuasion*.

Più in generale, per quanto riguarda l'asserita conformità tra la teoria utilitaristica e il comportamento effettivo dei giurati si ritiene che essa non sia assolutamente ostativa all'adozione di una teoria normativa diversa. Come secoli fa insegnava Hume, il passaggio da *is* a *ought* non è automatico, ma necessita di una motivazione fondante¹⁰⁹. In altre parole, il fatto che i giurati tendano ad applicare standard diversi a seconda del caso concreto può senz'altro costituire una conferma della superiorità dell'approccio utilitaristico sul piano descrittivo (della prassi, non della legge!), ma non è un dato decisivo al fine di stabilire ciò che la *evidence law* dovrebbe prescrivere. Per risolvere tale ultima questione è necessario affrontare i profili etico-giuridici del problema studiato. Così facendo, come si avrà modo di vedere, si individuano importanti argomenti a favore dell'applicazione di un unico, indeclinabile standard probatorio e si può chiarire il fondamento della scelta del *reasonable doubt* standard operata dalla *common law* e dalla Costituzione statunitense.

Secondo Ronald Dworkin la condanna di un innocente infligge allo stesso sia un *bare harm* sia un *moral harm*¹¹⁰. Il primo consiste nelle sofferenze fisiche ed emotive subite dal soggetto¹¹¹, mentre il secondo (altrimenti chiamato *injustice factor*) dipende esclusivamente dalla falsità dell'enunciato fattuale su cui si basa la sentenza di condanna ed è pertanto una "objective notion", che non varia da caso a caso. Esso,

¹⁰⁹ Ecco le parole di David Hume in merito alla tendenza di taluni filosofi a derivare automaticamente *ought* da *is*: "this change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it". Si veda D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Libro III, Parte I, Paragrafo I, disponibile sul sito ebooks.adelaide.edu.au. Per un'edizione italiana si veda D. HUME, *Opere*, Laterza, Bari, 1971, pp. 496, 497.

¹¹⁰ Così R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1985, p. 80.

¹¹¹ Il *bare harm*, peraltro, riguarda anche il colpevole condannato. *Ibidem*.

inoltre, è indipendente dalla percezione del condannato o di altri ed è, dunque, incommensurabile: non può essere oggetto di un calcolo costi-benefici¹¹². Per Dworkin, il riconoscimento del *moral harm* costituisce un fattore imprescindibile per poter affermare il diritto fondamentale di un innocente a non essere condannato. Se infatti si considerasse rilevante il solo *bare harm* (percepibile e dunque 'misurabile'), nessun ostacolo potrebbe impedire un calcolo utilitaristico, intrinsecamente disposto ad ammettere il sacrificio dell'innocente per accrescere il benessere comune.

La condanna di un innocente può aver luogo con due distinte modalità: o si è verificato un errore inevitabile perchè la *evidence* disponibile (seppur non acquisita) non poteva manifestare il rischio di una sentenza non rispondente al vero, oppure la stessa *evidence* palesava detto rischio e dunque la condanna erronea poteva essere evitata¹¹³. Un sistema penale che riconosce il *moral harm* può ammettere soltanto evenienze del primo tipo, mai del secondo. Infatti, se le prime sono ineliminabili (benchè riducibili con il progresso dell'epistemologia giudiziaria), le seconde, come afferma lo stesso Dworkin, possono e devono essere escluse servendosi di una procedura penale sensibile al rischio di *moral harm* e orientata ad una tutela egualitaria dallo stesso¹¹⁴. Una procedura di tal sorta è, ad esempio, quella ispirata all'*equal best* standard formulato da Alex Stein, secondo cui "un ordinamento può condannare giustamente un soggetto solo se ha fatto del suo meglio per proteggere lo stesso dal rischio di un'erronea condanna e se non fornisce una protezione più elevata ad altri individui"¹¹⁵.

Se si segue questa impostazione è necessario applicare il *reasonable doubt* standard, inteso come il più elevato standard probatorio praticabile nel processo, in

¹¹² Ecco la definizione di Dworkin: il *moral harm* "is an objective notion which assumes that someone suffers a special injury when treated unjustly, whether he knows or cares about it, but does not suffer that injury when he is not treated unjustly, even though he believes he is and does care". *Ibidem*. Ancora: "the injustice factor in a mistaken punishment will escape the net of any utilitarian calculation, however sophisticated, that measures harm by some psychological state along the pleasure-pain axis, or by the frustration of desires or preferences or as some function over the cardinal or ordinal preference rankings of particular people, even if the calculus includes the preferences that people have that neither they nor others be punished unjustly". *Id.*, p. 81.

¹¹³ In modo simile viene formulata questa distinzione da STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 173.

¹¹⁴ Cfr. DWORKIN, *A Matter of Principle*, op. cit., p. 89.

¹¹⁵ Libera traduzione da STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 175. Sul punto di veda anche A. STEIN, *Criminal Defences and the Burden of Proof*, 28 *Coexistence* 133, 1991, p. 134 ss.

ogni caso penale. Infatti l'applicazione di standard probatori inferiori in funzione della gravità del reato o di altri fattori costituisce la deliberata imposizione del rischio di subire un *moral harm*, la quale contrasta non solo con l'obbligo dell'ordinamento di fornire una protezione conforme alle sue massime potenzialità, ma anche con il diritto dei cittadini ad essere tutelati in modo uguale. Ma vi è di più: proprio perché il *moral harm* è incommensurabile l'approccio utilitaristico è concettualmente inadatto a riflettere nella scelta dello standard l'elemento focale della tutela dell'innocente. Per queste ragioni esso va scartato.

A parere di chi scrive la teoria sin qui esposta è perfettibile.

Alla base della riflessione che si intende proporre va posto il primo elemento dell'*equal best standard* ('un ordinamento può condannare giustamente un soggetto solo se ha fatto del suo meglio per proteggere lo stesso dal rischio di un'erronea condanna'), che da solo può qui essere chiamato per comodità (e senza troppa fantasia) *best standard*. Invero, come si vedrà, questo elemento è in sé sufficiente a fornire una giustificazione adeguata della scelta dello standard probatorio.

A ben vedere il *best standard* (ma l'osservazione varrebbe in generale per l'*equal best*) non tutela dal rischio di un *moral harm* così come definito da Dworkin. Invero, il concetto dworkiniano di *moral harm*, tutto incentrato sulla protezione dell'innocente, sembra essere al medesimo tempo *underinclusive* e *overinclusive* rispetto alle ingiustizie che il *best standard* mira ad evitare. Da un lato esso è *underinclusive* perchè non considera che anche la condanna di un colpevole è ingiusta se il sistema non ha fatto del suo meglio per evitare il rischio di una condanna erronea¹¹⁶. Dall'altro esso è *overinclusive* poichè ricomprende anche quelle ingiustizie che il rispetto del *best standard* non potrebbe in alcun modo evitare. E' bene approfondire questi due punti.

Bisogna partire da un concetto generale di 'ingiustizia' che ricomprenda non solo la condanna dell'innocente, ma anche la condanna del colpevole nel caso in cui il *best standard* non sia rispettato. In altre parole si deve considerare ingiusta non solo la sentenza di condanna basata su un enunciato fattuale falso, ma anche quella

¹¹⁶ Si veda quanto affermato da Rinat Kitai in R. KITAI, *Protecting the Guilty*, 6 Buffalo Criminal Law Review 1163, 2002-2003, in particolare p. 1172 ss. L'Autore, argomentando in base alla teoria del contratto sociale, sostiene che quando lo stato condanna un colpevole senza che la sua responsabilità sia provata con la maggiore certezza possibile, esso viola un suo obbligo di protezione, mostrandosi disposto a sacrificare l'individuo per uno scopo sociale.

ottenuta nel caso in cui la tutela effettivamente fornita all'imputato è minore alla tutela dovuta dal sistema.

Sotto una diversa prospettiva il concetto proposto ricomprende due tipologie distinte di ingiustizia nei confronti dell'imputato: l'errore giudiziario inevitabile e lo scostamento dal *best standard*, a prescindere dalla colpevolezza o dall'innocenza effettive. La prima tipologia è un'evenienza per cui il sistema non ha colpa alcuna. Può essere considerata un caso di 'malasorte', alla stregua di un sasso che staccatosi dalla parete a causa di recenti piogge colpisce un alpinista durante la sua ascensione. La responsabilità del sistema è invece presente nella seconda tipologia. Alla base di essa sta infatti l'evidenza che ogniqualvolta l'ordinamento condanna senza che sia stato raggiunto il più elevato standard di certezza possibile, esso *si mostra disposto a sacrificare l'imputato, accetta il rischio di questo sacrificio o, quantomeno, lo realizza negligenzemente*. Per 'sacrificio' si intende qui la *reificazione dell'imputato, ovvero la negazione allo stesso della massima tutela possibile poiché si è anteposto ad essa il perseguimento di altri scopi* (ad esempio l'aumento della deterrenza e della fiducia dei consociati nel sistema penale o, semplicemente, ciò che può accadere nei casi di negligenza, il risparmio di qualsiasi risorsa per destinarla ad altre attività)¹¹⁷, mettendo così inevitabilmente l'imputato stesso sul piatto della bilancia. Questo comportamento del sistema, che è l'essenza di ogni ingiustizia evitabile, costituisce una violazione del noto imperativo pratico kantiano: l'uomo deve sempre essere il fine dell'azione e mai semplicemente il mezzo per conseguire fini altri. Poiché l'uomo è dotato di dignità, un valore incommensurabile che discende dalla sua capacità di essere legislatore e realizzatore della propria legge morale¹¹⁸, si ritiene

¹¹⁷ E' questa la posizione di Kitai, *id*, p. 1176 ss.

¹¹⁸ L'imperativo pratico kantiano recita: "agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre come fine e mai semplicemente come mezzo". Cfr. KANT, *Fondazione della Metafisica dei Costumi*, op. cit., p. 111 (detto imperativo è peraltro un elemento centrale della riflessione retributivistica dell'Autore sulla giustezza dell'inflizione della pena. Cfr. I. KANT, *Scritti Politici e di Filosofia della Storia e del Diritto*, UTET, Torino, 1965, pp. 520, 521). La ragione per cui l'uomo è un fine in sé e mai può essere un mezzo per fini altri è la dignità umana. L'uomo è essere autonomo in quanto è legislatore della propria legge morale. Ciò attribuisce allo stesso dignità, un valore intrinseco non suscettibile di apprezzamento, né, dunque, di relativizzazione e di scambio. Cfr. KANT, *Fondazione della Metafisica dei Costumi*, op. cit., pp. 118-120. Reva Siegel ha elaborato un'agile tassonomia dei possibili significati che la 'dignità' assume nel contesto giuridico, con particolare riferimento alle decisioni in cui Justice Anthony Kennedy, della Corte Suprema statunitense, ha usato il termine (si veda R. B. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, 117 Yale L. J. 1694, 2007-2008). L'Autrice si riferisce

che egli non possa mai essere oggetto di operazioni di apprezzamento, bilanciamento, analisi mezzi/fini ovvero, più in generale, di calcoli utilitaristici¹¹⁹. Applicare consciamente o negligenemente uno standard probatorio inferiore alle massime potenzialità dell'ordinamento significa intraprendere queste operazioni, dare un prezzo ad un essere umano. E' proprio compito della legge evitare che ciò accada.

In definitiva le ingiustizie inevitabili costituiscono senz'altro una violazione dei diritti che sono intaccati dalla condanna, ma non violano la dignità umana, poiché sono frutto del caso piuttosto che di un comportamento responsabile dell'ordinamento. Le ingiustizie evitabili si caratterizzano invece per essere una violazione della dignità umana in quanto riducono ad un prezzo e ad un peso qualcosa che prezzo e peso non ha. A ben vedere dunque il carattere dell'incommensurabilità non copre l'area di ingiustizia relativa al *moral harm* dworkiniano, ma riguarda solo le ingiustizie che il *best standard* intende scongiurare. In ogni caso anche nell'impostazione proposta tale carattere conferma l'inutilizzabilità di ragionamenti utilitaristici per l'individuazione dello standard probatorio.

Taluno potrebbe obiettare che anche adottando il più elevato standard probatorio disponibile in ogni caso penale, la consapevolezza che la certezza assoluta non è ottenibile comporterebbe pur sempre un'accettazione esplicita del rischio di condannare un innocente. In altre parole anche l'ingiustizia inevitabile sarebbe una violazione della dignità umana. Tale obiezione tuttavia non coglie nel segno. E' infatti vero che nel caso ipotizzato si avrebbe un'accettazione del rischio di condannare innocenti. Però non si tratterebbe di un atto frutto di freddi calcoli, di un'indolente rassegnazione o di negligenza, ma della mera consapevolezza dell'imperfezione umana accompagnata dall'impegno incessante di portare il giudizio sempre più vicino alla verità assoluta. Dal momento che gli sforzi del

alla posizione kantiana come "dignity 'as liberty'" (*id*, p. 1738). Pur essendo questa la posizione qui adottata non si intende certo negare che il termine 'dignità' possa assumere in ambito giuridico significati ulteriori e diversi.

¹¹⁹ Si riconosce che applicare la formula kantiana per determinare se scelte concrete d'azione comportino l'uso di un uomo soltanto come mezzo può essere senz'altro complicato e dare adito a controversie. Sul punto si considerino le interessanti riflessioni critiche svolte in R. M. GREEN, *What Does it Mean to Use Someone "As a Means Only": Rereading Kant*, 11 Ken. Inst. Ethics J. 247, 2001. Tuttavia si ritiene che il caso qui trattato sia un caso centrale, e dunque chiaro, di violazione della formula stessa.

sistema sarebbero tesi senza sosta verso quest'ultima non si avrebbe pausa o spazio alcuno per calcoli, bilanciamenti e colpi di spugna. La realtà, fatta anche di errori giudiziari inevitabili, non sarebbe certo negata, ma neanche mai dolosamente o negligenzatamente assecondata, essendo il sistema fiduciosamente proteso ad un continuo miglioramento della propria accuratezza. In definitiva si avrebbero per forza ingiustizie, ma non vi sarebbe mai dolo, né negligenza: non vi sarebbe responsabilità da parte del sistema (avendo questo rispettato il più elevato standard praticabile), né dunque, violazione della dignità umana. Sarebbe peraltro errato parlare di una responsabilità del sistema per aver scelto di agire pur sapendo che i suoi limiti epistemici lasciano aperta la possibilità di errori inevitabili. Infatti, se la consapevolezza della nostra imperfetta capacità cognitiva e della possibilità di errore in essa intrinseca dovessero frenare ogni nostra azione verrebbe svuotato il fondamento della dignità stessa: cesseremmo di essere sensatamente legislatori e realizzatori della nostra legge morale¹²⁰, faremmo di noi stessi oggetti inanimati, vivremmo in completa solitudine¹²¹. La dignità presuppone un essere che possa prendere scelte d'azione e agire di conseguenza, ma non richiede che egli abbia conoscenza assoluta. La sua protezione esige, fra le altre cose, che le scelte d'azione che coinvolgono altri individui siano basate sul maggiore supporto epistemico possibile, di modo che gli eventuali errori siano sempre al di fuori del nostro controllo.

¹²⁰ Sul punto si veda sempre KANT, *Fondazione della Metafisica dei Costumi*, op. cit., pp. 118-120.

¹²¹ Sulla dimensione 'attiva' della dignità umana è particolarmente eloquente il seguente passo di Ronald Dworkin che definisce il concetto attraverso due principi: "The first principle—which I shall call the principle of intrinsic value—holds that each human life has a special kind of objective value. It has value as potentiality; once a human life has begun, it matters how it goes. It is good when that life succeeds and its potential is realized and bad when it fails and its potential is wasted. (...)The success or failure of any human life is important in itself, something we all have *reason* to want or to deplore. (...)The second principle—the principle of personal responsibility— holds that each person has a special responsibility for realizing the success of his own life, a responsibility that includes exercising his judgment about what kind of life would be successful for him. (...)The principles are individualistic in this formal sense: they attach value to and impose responsibility on individual people one by one. But they are not necessarily individualistic in any other sense. They do not suppose, just as abstract principles, that the success of a single person's life can be achieved or even conceived independently of the success of some community or tradition to which he belongs or that he exercises his responsibility to identify value for himself only if he rejects the values of his community or tradition." Si veda R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles For a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006, pp. 9-10.

Alla luce di quanto scritto, si comprende che il sistema deve adottare lo standard più esigente in rapporto alle sue capacità e deve applicarlo ugualmente in ogni caso penale, poiché la dignità dell'imputato è messa a rischio a prescindere dalle circostanze del caso concreto e dalla legge ad esso applicabile. Il *reasonable doubt* standard è il miglior candidato per soddisfare le esigenze del sistema. Esso non solo è lo standard probatorio più elevato fra quelli praticabili nel processo¹²², ma inoltre è indeclinabile e garantisce pertanto un uguale trattamento ad ogni imputato. E' la formulazione dello standard a metterne in luce la severità, discriminando tra i due tipi di ingiustizia menzionati: la ragionevolezza fa infatti da spartiacque tra il dubbio indegno di considerazione, il quale cela l'inevitabile margine di errore connotato all'imperfezione umana e il dubbio che non può essere ignorato se non si vuol fare dell'imputato un mero strumento. Poiché tale spartiacque è soggetto alla dinamica del progresso epistemologico (ovvero dipende dai mutamenti del senso comune), lo standard è inevitabilmente in continua evoluzione. Eppure esso richiede sempre il massimo sforzo possibile da parte di colui su cui grava l'onere probatorio, poiché permette al *fact finder* di ignorare i soli argomenti inverosimili e incoerenti e dunque incapaci di trovare terreno fertile nella crescente selva della conoscenza umana. A ben vedere l'esclusione del 'ragionevole' costituisce il limite massimo a cui possiamo ambire nella conoscenza della realtà fenomenica¹²³: lo standard non si spinge fino a richiedere l'esclusione di tutti gli enunciati fattuali *razionali*, ovvero non contrari ad argomenti logico-deduttivi, contrastanti con l'ipotesi accusatoria, poiché questa operazione sarebbe semplicemente impossibile per l'uomo contemporaneo¹²⁴. Consci che la certezza assoluta è una chimera non possiamo infatti pretendere che il *fact finding* si concluda positivamente soltanto quando gli unici enunciati fattuali che residuano a sostegno dell'innocenza sono illogici. Dobbiamo invece abbassare la soglia rilevante fermandoci al primo livello che garantisca la praticabilità e l'intelligibilità dell'accertamento fattuale: questa soglia è costituita dalla ragionevolezza. Pertanto la condanna non sarà evitata affermando che

¹²² Così anche Kitai, KITAI, *Protecting the Guilty*, p. 1164.

¹²³ Taluno potrebbe affermare che in contesti limitati sia possibile raggiungere anche standards più elevati del *reasonable doubt standard*. Nelle applicazioni astratte della logica deduttiva, ad esempio, è possibile escludere tutti i dubbi razionali. E' peraltro vero che ogni volta che ci troviamo ad applicare la logica deduttiva alla realtà fenomenica la ragionevolezza torna a fissare il limite massimo delle nostre capacità cognitive.

¹²⁴ Sul punto si veda FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, op. cit., p. 140.

l'imputato si trovava sulla Luna al momento del fatto. Si tratta di un dubbio del tutto razionale (poiché non vi è alcun argomento logico/deduttivo che ci permette di escludere in termini assoluti che ciò sia avvenuto), ma, allo stato attuale del nostro senso comune, non costituisce senz'altro un dubbio ragionevole.

In definitiva la severità e la dinamicità del *reasonable doubt* standard fanno di esso il miglior candidato per realizzare la continua tensione verso la verità di cui si è detto sopra.

Dalle considerazioni fatte emerge inoltre che l'adozione del *reasonable doubt* standard (così come la prescrizione della presunzione di innocenza¹²⁵), non ha la sua *ratio* nella tutela dell'innocente, bensì nella tutela dell'imputato *tout court*¹²⁶. Essa mira a prevenire non solo sentenze di condanna 'false', ma anche sentenze di condanna 'vere' adottate nonostante l'insufficienza della *evidence*. Si comprende dunque che il valore protetto attraverso lo standard è la dignità umana¹²⁷, prima ancora che l'innocenza. Solo della prima può essere garantita la piena tutela: la severità dello standard, ineguagliata dagli altri standards praticabili, riflette infatti il deciso impegno a rispettare l'imperativo pratico kantiano. Viceversa l'innocenza non

¹²⁵ Da quanto sin qui scritto deriva con chiarezza che la presunzione di innocenza non può non significare che lo standard da adottare sia il più elevato possibile. Peraltro essa ha un contenuto più ricco rispetto al *beyond a reasonable doubt* standard, seppur più povero di quello della *reasonable doubt rule* (si veda *supra* paragrafo 2.2) in quanto prevede l'allocatione del *burden of persuasion* a carico dell'accusa, ma non menziona la base applicativa.

¹²⁶ Federico Stella, diversamente, afferma che lo standard ha come fine la protezione dell'innocente. Si veda F. STELLA, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'Innocente e la Tutela delle Vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, in particolare Parte I, Capitolo II.

¹²⁷ Il *moral harm*, oggettivo ed incommensurabile, consiste dunque nella violazione della dignità umana, un valore che, appunto, è insuscettibile di misurazione. Alla luce di quanto sin qui scritto viene spontaneo chiedersi se sia possibile giustificare una differenziazione di standard tra il processo penale e il processo amministrativo (il processo civile, prevedendo una contrapposizione tra cittadini e non un confronto tra il cittadino e lo stato, non solleva questo problema). Se quanto rileva non è il *bare harm*, quale differenza dovrebbe esservi tra condannare ingiustamente un soggetto ad una pena piuttosto che ad una sanzione amministrativa? La risposta più plausibile nella prospettiva assunta è che non vi sia nessuna differenza e che pertanto le garanzie del soggetto dovrebbero essere le medesime. Tuttavia, sul punto taluni autori ritengono che nel sistema amministrativo intervengono eccezionali considerazioni utilitaristiche che spingono ad abbassare lo standard *of persuasion* e dunque ad ammettere condanne in uno stato di incertezza. Quindi, secondo essi, la regola (di matrice morale) sarebbe l'applicazione del *beyond a reasonable doubt* standard, mentre l'eccezione (di matrice utilitaristica) sarebbe l'adozione di uno standard meno esigente fuori dal contesto penale. Questa è l'approccio descrittivo di Alex Stein. Cfr. STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 180. Chi scrive riconosce che questa teoria può avere soltanto una valenza descrittiva. Se intesa come un modello normativo, infatti, essa produce un corto circuito, non riuscendo a spiegare come si possano conciliare l'approccio morale e quello utilitaristico e, dunque, che cosa giustifichi l'eccezione alla regola.

è pienamente tutelata dallo standard (né potrebbe esserlo in un sistema penale intenzionato ad essere operativo): è già la formulazione dello stesso a riconoscere esplicitamente la condanna di innocenti in caso di errore inevitabile, ovvero di dubbio che non raggiunge la soglia della ragionevolezza¹²⁸.

Alcune finali considerazioni, di tenore diverso rispetto a quelle sin qui svolte, supportano la tesi che lo standard *of persuasion* non debba variare in funzione della gravità del reato e sostengono l'adozione del *beyond a reasonable doubt* standard.

Il giudizio costituisce la dimensione reale della tipicità penale in quanto è con esso che vive il concetto sostanziale e che si ottiene la prova dell'effettiva tenuta dei principi che guidano la formulazione astratta dello stesso. In particolare, la correttezza della ricostruzione fattuale è l'altra faccia del garantismo penale promosso dal principio di legalità¹²⁹. Una ricostruzione debole, 'incerta', non conforme alle massime potenzialità dell'ordinamento non può che affievolire la certezza del diritto (*fair notice*¹³⁰) veicolata dai principi di irretrattività, di determinatezza, di tassatività (compromettendo, di conseguenza, la stessa funzione general-preventiva). Da un lato, infatti, la consapevolezza che la ricostruzione del fatto è di tal sorta, a prescindere dalla qualità delle norme incriminatrici, impedisce all'individuo di prevedere quali siano le conseguenze giuridiche delle sue azioni. Dall'altro, l'individuo che abbia agito fidandosi del contenuto preciso della legge

¹²⁸ Su questo punto si tornerà nel prosieguo del lavoro quando si affronterà il problema della quantificazione dello standard. In ogni caso si ritiene che se lo standard fosse applicato seriamente la condanna di innocenti sarebbe un'eventualità davvero remota.

¹²⁹ In proposito si veda D. PULITANÒ, *Sui Rapporti fra Diritto Penale Sostanziale e Processo*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2005, pp. 954, 955. Il penalista non sempre si rende conto dell'artificialità della separazione tra concetto sostanziale e prova. Sul punto sono rivelatrici le riflessioni di Klaus Volk: "Noi siamo abituati a separare concetto e prova. La questione relativa all'esatta definizione di un elemento della fattispecie – cioè, ad esempio, quella relativa al che cosa 'è' un documento o la causalità – viene trattata diversamente da quella che concerne il modo in cui si provano tali elementi, ovvero si 'accertano' le circostanze di fatto. Questa distinzione non è né cogente, né ovvia, Vi sono numerosi campi del sapere in cui non si può lavorare così. In essi, è il procedimento probatorio a decidere dell' 'esistenza' di determinati fenomeni (numeri, stelle, particelle elementari, ecc.). I giuristi, invece, ritengono che l'individuazione di ciò che è concettualmente 'esatto' sia importante in modo diverso dal problema relativo al modo in cui lo si realizza e lo si prova. La nostra distinzione fra teoria e prassi trova la sua corrispondenza nei diversi sistemi di norme del diritto sostanziale e processuale. Il sistema giuridico conosce due forme di pensiero diverse per l'esattezza (definizione, interpretazione) e la verità (prova, convincimento). Noi procediamo, in rapporto alla questione di diritto, in modo diverso dalla questione di fatto". Così K.VOLK, *Sistema Penale e Criminalità Economica. I Rapporti tra Domatica, Politica Criminale e Processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 88-89.

¹³⁰ Per una riflessione sul *fair notice* e sui principi penalistici di cui esso è la *ratio* si veda P. H. ROBINSON, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 University of Pennsylvania Law Review 335, 2005.

sostanziale, rischia di essere condannato senza aver avuto la possibilità di conformare le sue azioni alle richieste dell'ordinamento. E' pertanto palese che il risultato complessivo prodotto da un sistema che affianca a norme incriminatrici (siano esse ben scritte o no) un procedimento probatorio insoddisfacente è uno stato di confusione sul contenuto del precetto penale.

Considerata la sinergia tra la ricostruzione del fatto e la legalità sostanziale ben si comprende che la graduazione dello standard probatorio a seconda della gravità del reato produce inevitabilmente una rispettiva graduazione della certezza del diritto, frustrando l'uniformità dell'azione che i principi garantistici svolgono sul piano sostanziale. La coerenza e la funzionalità del sistema impongono dunque l'applicazione del medesimo standard (il più elevato possibile!) in ogni caso penale.

In questo paragrafo non è stata riportata una nota critica alle teorie utilitaristiche e, più in particolare, agli approcci matematici di *decision making*. Essa consiste nel sostenere l'effettiva impossibilità di attribuire un valore (cardinale o ordinale) alle utilità e alle disutilità causate dagli esiti del giudizio. Ad avviso di chi scrive, si tratta di una critica giusta, ma secondaria rispetto a quelle proposte, che contestano le fondamenta e non la praticità della teoria. Peraltro essa sarà evocata nel prosieguo del capitolo quando si studierà il rapporto tra l'epistemologia giudiziaria e le teorie formali della probabilità. Ad ogni modo si invita il lettore a consultare la letteratura che avanza detta critica e quella che ribatte alla stessa¹³¹.

¹³¹ In particolare, si vedano rispettivamente L. H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 Harvard Law Review 1329, 1971, Parte II e LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt*, op. cit., Parte III. Nella letteratura italiana si considerino FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 149 ss. e GARBOLINO, *Il Ragionevole Dubbio e la Teoria Bayesiana della Decisione*, op. cit., p. 4046 ss. Entrambi gli autori convengono sul fatto che la *decision making theory* non solo è intrinsecamente immorale (perché implica l'esplicitazione del rischio di condannare innocenti), ma è anche impraticabile. A ben vedere, però, e come si dirà più tardi, anche il *beyond a reasonable doubt* standard esplicita il rischio di condanna di innocenti (affermando chiaramente che i dubbi irragionevoli non impediscono la condanna). L'immoralità della *decision making theory* non è infatti data dall'esplicitazione, ma dall'accettazione del rischio evitabile.

3.2. Teorie della probabilità, fact finding e standard of persuasion

A partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso si sviluppa una ricca letteratura in merito all'uso del Calcolo delle probabilità (*standard probability calculus*) nel *fact finding process*. Con i lavori di Kaplan, Finkelstein e Fairley¹³² si realizza il primo tentativo di applicare una teoria formale dell'incertezza alla ricostruzione del fatto nel processo, dando così vita ad un filone di studio che sarà chiamato la *new evidence scholarship*¹³³.

Le proposte formulate da questa dottrina sono subito oggetto di un vivo dibattito il quale, protrattosi nel corso dei decenni con alterno vigore, non si è ancora sopito. In questo dibattito è dato individuare tre orientamenti principali¹³⁴. Mentre taluni affermano che le probabilità utilizzate nel *fact finding* seguono i principi del Calcolo delle probabilità e possono essere quantificate¹³⁵, altri contestano solo quest'ultimo punto ritenendo impossibile, nonché indesiderabile la quantificazione di dette probabilità¹³⁶. Infine alcuni sostengono che il concetto di probabilità adoperato nel processo ha natura diversa rispetto al concetto di probabilità plasmato dai principi del Calcolo¹³⁷.

Per ripercorrere i contenuti essenziali del dibattito e saggiare la possibile influenza dello stesso sulla concezione del *beyond a reasonable doubt* standard si devono dunque affrontare due distinti profili problematici. Prima di tutto bisogna valutare se i principi del Calcolo delle probabilità siano compatibili con il ragionamento inferenziale del *fact finding* (*infra* par. 3.2.1) e se, dunque, possano essere usati per

¹³² Si vedano KAPLAN, *Decision Theory and the Factfinding Process*, op. cit. (sull'applicazione della *decision making theory* al *fact finding*) e M. O. FINKELSTEIN, W. B. FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, 83 *Harvard Law Review* 489, 1970 (sull'uso del teorema di Bayes nel ragionamento inferenziale in ambito processuale). Si consideri anche lo scritto precursore di V. C. BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, 14 *Vanderbilt Law Review* 807, 1960-1961 in cui l'Autore riflette sulla possibilità che il calcolo delle probabilità sia d'aiuto ai giurati nell'applicazione del *preponderance of the evidence* standard.

¹³³ Così R. LEMPERT, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, 66 *Boston University Law Review* 439, 1986.

¹³⁴ Si tratta della tripartizione formulata da Laurence J. Cohen. Cfr. L. J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 52 ss. Si ricorda, tuttavia, che Cohen classifica in base a questa tripartizione anche lavori largamente precedenti rispetto alla nascita della *new evidence scholarship*.

¹³⁵ Si vedano i lavori citati *supra* e *infra* di Michael Finkelstein, William Fairley, David Kaye, Richard Lempert e David Schum

¹³⁶ Si tratta, in particolare, di Laurence Tribe.

¹³⁷ Si considerino i lavori citati *supra* e *infra* di Laurence Cohen e Ronald Allen.

descrivere quest'ultimo. In secondo luogo si devono considerare i limiti all'uso nel contesto processuale di probabilità numeriche ispirate a detti principi (*infra* par. 3.2.2). Si può fin d'ora comprendere che dalla soluzione del primo problema discendono importanti conseguenze in merito al secondo.

In un'importante monografia¹³⁸ Laurence Jonathan Cohen ha sostenuto che nel *fact finding* trova applicazione la probabilità c. d. 'baconiana'¹³⁹, e non quella c. d. 'pascaliana'¹⁴⁰. Con il primo termine l'Autore indica una probabilità induttiva che esprime il grado di conferma di un'ipotesi particolare, derivando lo stesso dal grado di *inductive support* di una corrispondente¹⁴¹ generalizzazione¹⁴². Con il secondo termine, invece, egli si riferisce al sistema delle regole fondamentali del Calcolo delle probabilità¹⁴³, che vale sia per la concezione classica di probabilità, sia per quella frequentista, sia per quella soggettiva¹⁴⁴.

¹³⁸ COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit.

¹³⁹ Dal celebre filosofo Francis Bacon (1562-1626), autore del *Novum Organum*. La scelta del termine 'baconiano' è dovuta al fatto che Bacone è stato tra i primi a codificare un metodo di conoscenza scientifico consistente nella ripetizione di esperimenti controllati al fine di corroborare un'ipotesi. Cfr. L. J. COHEN, *The Logic of Proof*, *Criminal Law Review*, 1980, p. 93.

¹⁴⁰ Dal celebre matematico e pensatore Blaise Pascal (1623-1662) che fu tra i primi a studiare il Calcolo delle probabilità.

¹⁴¹ La possibilità di esprimere il grado di probabilità induttiva di un'ipotesi con il grado di *inductive support* di una generalizzazione è dovuta al 'principio di uniformità', il quale opera quando la prima è una *substitution-instance* della seconda. Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., pp. 170, 200.

¹⁴² Per l'articolata definizione del concetto di 'generalizzazione' usato da Cohen cfr. *id.*, pp. 136, 137. Nel corso dello scritto il termine verrà utilizzato per riferirsi all'*espressione di una connessione di (quasi)implicazione tra predicati che abbia contenuto generale, ovvero che sia indipendente sia dai singoli casi da cui è induttivamente prodotta che dal caso singolo al quale la si vuole applicare*. La generalizzazione esprime dunque una *relazione statistica*. Sono esempi di generalizzazioni le seguenti frasi: ogni uomo è mortale (rapporto 1 a 1); pochissimi arrampicatori scalano slegati (rapporto x a 1) etc. Il metodo elaborato da Cohen è piuttosto complesso, pertanto si rinvia all'opera dell'Autore per una sua compiuta spiegazione. Ad ogni modo si può anticipare che il grado di *inductive support* della generalizzazione dipende dal grado di complessità del più complesso test di conferma che essa ha superato e, dunque, dal numero di variabili rilevanti impiegate nello stesso. La rilevanza di queste è data da una valutazione della possibilità che le stesse falsifichino la generalizzazione. Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 133. Nell'elaborazione della sua teoria dell'*inductive support* (e in particolare con riferimento al problema dell'individuazione delle variabili rilevanti) Cohen richiama il trattato *System of Logic* (Londra, 1843) di John Stuart Mill, indicando congruenze e differenze tra il suo pensiero e quello dell'economista e filosofo inglese dell'ottocento. Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 144 ss. Sul punto si veda anche D. A. SCHUM, *A Review of a Case Against Blaise Pascal and His Heirs*, 77 *Michigan Law Review* 446, 1979, p. 458 ss.

¹⁴³ Si tratta delle basilari regole secondo cui: la probabilità di un evento è data da un numero compreso tra 0 e 1; la probabilità del verificarsi di un evento A o di un altro evento B è $P(A \cup B) = P(A) + P(B) - P(A \cap B)$ che diventa $P(A \cup B) = P(A) + P(B)$ quando i due eventi in questione sono incompatibili (regola dell'addizione); la probabilità dell'evento consistente nel non verificarsi di A è $P(\bar{A}) = 1 - P(A)$ (regola della negazione); la probabilità del verificarsi di entrambi gli eventi A e B

È bene sgombrare subito il campo d'indagine da un possibile fraintendimento. La probabilità baconiana teorizzata da Cohen non costituisce una versione informale o qualitativa del Calcolo delle probabilità¹⁴⁵. Essa si distingue in quanto governata da regole sue peculiari e ben può assumere una forma rigorosa e numerica¹⁴⁶: pur non potendo essere misurata in termini cardinali, ammette infatti una precisa graduazione ordinale¹⁴⁷. Quest'ultima è data dal grado di conferma dell'ipotesi particolare oggetto di studio, il quale dipende dal numero di variabili rilevanti coinvolte nel test più complesso che la corrispondente generalizzazione ha superato¹⁴⁸: maggiore è la complessità del test superato, maggiore è la probabilità dell'ipotesi. La dicotomia numerico-qualitativo non può dunque spiegare la distinzione tra la probabilità baconiana e quella pascaliana. Essa dipende da altre, ben più profonde, ragioni.

Per Cohen, così come esistono modi diversi di comprare le arance al mercato (contarne il numero o misurarne il peso) esistono anche modi diversi di valutare la forza di un'inferenza, ovvero il metodo pascaliano e il metodo baconiano¹⁴⁹. Questi

è $P(A \cap B) = P(A/B) \times P(B)$, che diventa $P(A \cap B) = P(A) \times P(B)$ quando i due eventi sono indipendenti (regola della congiunzione).

¹⁴⁴ Secondo la *concezione classica*, dato un esperimento casuale replicabile e un numero finito di eventi elementari equiprobabili che possono essere prodotti dall'esperimento, la probabilità di un evento è data dal rapporto tra i casi favorevoli allo stesso e il totale dei casi possibili. Così, la probabilità che il lancio di un normale dado da gioco produca un numero pari è di $3/6=1/2=0.5$. Questa concezione della probabilità presenta alcuni limiti: può applicarsi soltanto se gli eventi elementari sono equiprobabili e se sono in numero finito. La *concezione frequentista* permette di superare queste restrizioni. Secondo essa la probabilità è il limite a cui tende la frequenza relativa dell'evento al crescere del numero degli esperimenti. Dunque, gli eventi oggetto di studio possono essere infiniti e non essere equiprobabili. Tuttavia questa concezione è applicabile soltanto nel caso di eventi ripetibili. La *concezione soggettiva* permette invece di calcolare la probabilità di eventi non ripetibili. Secondo essa la probabilità di un evento è il prezzo che un individuo ritiene equo pagare per ricevere 1 se l'evento si verifica e 0 se l'evento non si verifica; pertanto la probabilità è la misura del grado di fiducia che una persona ripone nel verificarsi di un evento, in base alle informazioni di cui dispone e alle sue opinioni. Sul punto si vedano A. HAJEK, *The Reference Class Problem is your Problem too*, 156 *Synthese* 563, 2007, D. H. KAYE, *Introduction. What is Bayesianism?*, in *Probability and Inference in the Law of Evidence*, P. TILLERS, E. D. GREEN (a cura di), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1988, p. 1 e FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 164 ss.

¹⁴⁵ Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 39 ss. Riguardo ad una possibile nozione di probabilità pascaliana informale si vedano le riflessioni critiche svolte in KAYE, *Introduction. What is Bayesianism?*, op. cit., p. 3.

¹⁴⁶ Si veda l'analisi formale della probabilità induttiva elaborata in COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., Parte III, Capitolo XVII.

¹⁴⁷ COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 41. Le probabilità possono essere ordinate in base al grado di conferma che esprimono (dipendente a sua volta dal grado di *inductive support* della generalizzazione corrispondente), ma non sono suscettibili di una quantificazione numerica, ovvero di una misurazione cardinale.

¹⁴⁸ Si veda *supra*, nota n. 142.

¹⁴⁹ COHEN, *The Logic of Proof*, op. cit., p. 94.

fanno comunque capo ad una sovrastante semantica comune¹⁵⁰ secondo cui la probabilità di un evento A data la *evidence* B è il grado di *provabilità*¹⁵¹ del primo data la seconda, ovvero il grado di *inferential soundness* della regola che permette di derivare A da B¹⁵². I due metodi trovano applicazione in contesti distinti o possono integrarsi in un medesimo contesto¹⁵³.

Il filosofo sostiene che nel *fact finding* le regole del Calcolo delle probabilità non possono trovare applicazione, altrimenti producono situazioni problematiche e persino 'paradossali', perché contrarie al consueto funzionamento del processo, nonché, soprattutto, alla nostra concezione ideale di giustizia: nel contesto processuale il grado di *inferential soundness* viene infatti stabilito in base alle regole della probabilità baconiana. Ciò non significa certo che le probabilità pascaliane non possono essere oggetto di valutazione da parte del giudice, e peraltro l'esperienza mostra che spesso nei processi si fa uso di dette probabilità. Tuttavia, quando ciò avviene, queste vengono a far parte degli elementi di prova *da cui* si trae la conclusione del giudizio e non sono invece le probabilità *con cui* si deve trarre la stessa¹⁵⁴. In altre parole, per l'Autore, la probabilità espressa dallo standard of *persuasion* non è pascaliana.

E' bene soffermarsi a considerare i principali problemi e 'paradossi' che secondo Cohen si producono se si concettualizza il *fact finding* servendosi delle regole del Calcolo delle probabilità. Sebbene l'Autore riferisca taluni di questi sia al processo civile che a quello penale, nel seguito si farà principalmente riferimento al secondo.

¹⁵⁰ Così COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 3.

¹⁵¹ Un evento A è detto *provabile* da un evento B se e solo se esiste una *proof-rule* che permette di derivare immediatamente il primo dal secondo. *Id.*, p. 14.

¹⁵² Si veda *id.*, p. 13 ss.

¹⁵³ L'Autore sostiene che la probabilità baconiana, oltre ad operare nel contesto processuale, permette di far luce su alcuni problemi propri dell'indagine storiografica e della statistica. Cfr. COHEN, *id.*, p. 46 e Parte IV.

¹⁵⁴ Così *id.*, p. 44.

3.2.1. Il superabile 'paradosso' della congiunzione

Particolarmente insidioso è il 'paradosso' che si produce applicando la regola della congiunzione. In base ad essa la probabilità del verificarsi di entrambi gli eventi A e B è

$$P(A \cap B) = P(A/B) \times P(B) \quad (5)$$

la quale diventa

$$P(A \cap B) = P(A) \times P(B) \quad (6)$$

quando i due eventi sono indipendenti¹⁵⁵. In altri termini se due eventi sono tra loro indipendenti, la probabilità che si verifichino entrambi è data dalla moltiplicazione delle probabilità di verificarsi di ciascuno di essi.

Poiché la *common law* e la Costituzione statunitense richiedono per la pronuncia di condanna la prova *beyond a reasonable doubt* di ogni elemento del reato, l'applicazione della regola pascaliana renderebbe possibili casi in cui, sebbene tale prova sia fornita, la probabilità del verificarsi dell'insieme degli elementi in questione non soddisfa lo standard *of persuasion*.

Ecco un esempio per chiarire i termini del problema. Si assuma, a titolo meramente didascalico, che lo standard corrisponde alla soglia 0.9. In un caso di omicidio volontario l'accusa prova: la condotta con probabilità 0.92; il nesso di causalità con probabilità 0.9; l'evento con probabilità 0.98; l'elemento soggettivo con probabilità 0.91. Sebbene ogni elemento sia provato *beyond a reasonable doubt*, la prova della loro congiunzione raggiunge soltanto la soglia 0.73¹⁵⁶. Pertanto si

¹⁵⁵ Due eventi si dicono indipendenti quando il verificarsi di uno dei due non condiziona la probabilità del verificarsi dell'altro e dunque quando $P(A/B)=P(A)$ e $P(B/A)=P(B)$. Si pensi all'esempio classico del lancio ripetuto di una moneta. Se la probabilità di ottenere testa in un lancio è $\frac{1}{2}$, la probabilità di ottenere testa in due lanci è $\frac{1}{4}$, poiché i singoli lanci sono tra loro indipendenti. Due eventi dipendenti invece sono, ad esempio, una nevicata copiosa e il ritardo di un treno su una tratta interessata dal maltempo.

¹⁵⁶ Ronald J. Allen sostiene che il 'paradosso' della congiunzione sia esclusivamente il frutto della sovrastruttura giuridica. Egli afferma che il *factfinder* è chiamato a ricostruire fatti e che la distinzione di questi in elementi dipende solo dalla fattispecie legale (cfr. R. J. ALLEN, *Rationality, Algorithms and Juridical Proof: a Preliminary Inquiry*, 1 International Journal of Evidence and Proof 254, 1996-

condanna un imputato nonostante vi sia un ragionevole dubbio sulla verifica dell'insieme degli elementi costitutivi del reato¹⁵⁷. Si tratta di un risultato spiazzante.

Va peraltro precisato che questo vale esclusivamente se si assume che gli elementi costitutivi sono tra loro indipendenti. Se questi non lo sono, infatti, è plausibile che, dovendosi applicare la formula (5), si ottenga una probabilità della congiunzione diversa¹⁵⁸. Su questo punto si tornerà a breve.

Ad ogni modo, secondo Cohen, il 'paradosso' menzionato viene evitato se si concettualizza il *fact finding* in termini baconiani. In tal caso vige infatti la regola secondo cui la congiunzione di due o più elementi ha la medesima probabilità induttiva dell'evento meno probabile tra questi¹⁵⁹. Si tratta, per l'Autore, di un risultato che meglio si accorda con la nostra ideale concezione di giustizia¹⁶⁰.

L'analisi di Cohen ha stimolato molteplici repliche¹⁶¹ e proposte¹⁶², ma sono in particolare due le argomentazioni che sembrano sdrammatizzare il 'paradosso' evidenziato.

1997, p. 272). Il punto di Allen è corretto solo in minima parte. Da un lato, infatti, è vero (ma si tratta di una verità banale) che è il diritto ad etichettare i fatti naturalistici come elementi di una fattispecie. Dall'altro è però altrettanto vero che questi fatti sono naturalisticamente e non artificialmente distinti (altrimenti non si vede come potrebbero acquistare una rilevanza giuridica autonoma). Ne deriva che chiunque al di fuori del *fact finding* volesse calcolare la probabilità della loro congiunzione in termini pascaliani otterrebbe un risultato analogo a quello evidenziato.

¹⁵⁷ Si noti che questo problema non si verifica nel diverso caso in cui si deve valutare il sostegno che una pluralità di elementi di prova dà all'affermazione secondo cui un elemento costitutivo è provato *beyond a reasonable doubt*. In questo caso, infatti, non rileva la probabilità della congiunzione degli elementi di prova, essendo sufficiente che da uno solo di essi possa trarsi una prova *beyond a reasonable doubt* dell'elemento costitutivo. Sul punto si vedano FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 91 ss. e, per un'opinione diversa, COHEN, *The Logic of Proof*, op. cit., pp. 96, 97. Frosini peraltro riferisce il problema sollevato da Cohen esclusivamente al caso appena descritto e non anche alla congiunzione degli elementi della fattispecie. Inevitabilmente ciò impedisce però di cogliere la profondità del 'paradosso'.

¹⁵⁸ COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit. p. 61.

¹⁵⁹ Per la spiegazione di questa regola si veda COHEN, *id.*, pp. 221, 266.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 266.

¹⁶¹ Tra quelle che non si possono qui prendere in considerazione si segnala la replica di Alex Stein con riferimento esclusivo al processo civile (si ricorda che anche nel processo civile statunitense i singoli elementi, e non la congiunzione degli stessi, devono essere provati secondo lo standard *of persuasion*). L'Autore fornisce un'interessante spiegazione giuridico-economica del perché si devono considerare separatamente le probabilità di verifica degli elementi costitutivi della fattispecie e non rilevi, invece, la probabilità della loro congiunzione. Si vedano A. STEIN, *Of Two Wrongs that Make a Right: Two Paradoxes of the Evidence Law and Their Combined Economic Justification*, 79 *Texas Law Review* 1199, 2000-2001, in particolare p. 1221 ss. e STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 49 ss.

¹⁶² Tra quelle che non si possono qui prendere in considerazione si segnala la proposta di Ronald J. Allen secondo cui andrebbero 'riconcettualizzati' sia il processo civile (si ricorda che anche nel processo civile statunitense i singoli elementi, e non la congiunzione degli stessi, devono essere

Innanzitutto, come anticipato, si può affermare che i fatti che integrano gli elementi della fattispecie penale sono tra loro dipendenti. Se in alcuni casi è già il diritto sostanziale a richiedere la prova dell'esistenza di un nesso condizionalistico tra gli stessi (il riferimento è ovviamente al nesso causale tra condotta ed evento), in altri casi è la ricostruzione fattuale a mostrare le inevitabili connessioni tra elementi apparentemente indipendenti, mettendole in luce attraverso il ragionamento inferenziale. Così l'identità dell'autore o l'esistenza dell'elemento soggettivo sono frequentemente provati partendo dalle modalità dell'azione o dell'evento, in quanto questi ultimi sono da loro condizionati. Pertanto, non si può non osservare che il fatto penalmente rilevante, nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, pur essendo formato da componenti naturalisticamente distinte, ha un'innegabile unitarietà epistemologica. Questa discende senz'altro dai requisiti sostanziali di causalità e di *mens rea*¹⁶³ che illuminano del reale un insieme reticolare di accadimenti: il primo esigendo che l'evento rilevante sia connesso con la condotta dell'autore; il secondo

provati secondo lo standard *of persuasion*) che il processo penale, anche, se necessario, attraverso appositi interventi normativi. Innanzitutto in entrambi i processi gli elementi costitutivi della fattispecie andrebbero considerati nella loro congiunzione, come componenti di una storia e, pertanto, la probabilità rilevante diventerebbe quella di quest'ultima. Nel processo civile, in primo luogo, si dovrebbe imporre al convenuto di presentare una sua versione dei fatti e, dunque, di non limitarsi a negare i fatti allegati dall'attore. In secondo luogo, vista l'applicazione dello standard della *preponderance of the evidence*, non sarebbe da stabilire se la storia dell'attore è più probabile della sua negazione, ovvero della totalità delle altre storie possibili (altrimenti si svantaggerebbe lo stesso rispetto al convenuto in funzione del numero degli elementi della fattispecie), ma solo se essa è più probabile della storia del convenuto (si vedano: R. J. ALLEN, *A Reconceptualization of Civil Trials*, 66 Boston University Law Review 401, 1986; R. J. ALLEN, *The Nature of Juridical Proof*, 13 Cardozo Law Review 373, 1991-1992, p. 406 ss.; ALLEN, *Rationality, Algorithms and Juridical Proof: a Preliminary Inquiry*, op. cit., p. 271 ss. Si consideri anche C. NESSON, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harvard Law Review 1357, 1985, p. 1388 ss.). In tal modo si supererebbe il 'paradosso' della congiunzione. Nel processo penale, invece, vista l'applicazione del *beyond a reasonable doubt* standard l'accusa dovrebbe provare l'inattendibilità di tutte le storie compatibili con l'innocenza (si veda ALLEN, *The Nature of Juridical Proof*, op. cit., p. 413). La riconcettualizzazione di Allen presenta senz'altro alcuni problemi. Per quanto attiene al processo civile, come riconosce lo stesso Autore, la sua proposta si basa su una distinzione troppo scivolosa e evanescente, ovvero quella tra il negare la storia dell'attore e il proporre una nuova (per ulteriori critiche alla proposta di Allen si veda LEMPERS, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, op. cit., p. 467 ss.). Per quanto riguarda il processo penale, la proposta di considerare come rilevante la probabilità della congiunzione e non quella dei singoli elementi costitutivi pone alcune difficoltà che saranno esaminate (e superate) nel testo. In conclusione, peraltro, è bene ricordare che Allen sostiene discutibilmente che i 'paradossi' evidenziati da Cohen (il riferimento è al 'paradosso' della congiunzione e a quello della negazione, in merito al quale si veda *infra*, nota n. 166) riguardano anche la probabilità baconiana (cfr. ALLEN, *The Nature of Juridical Proof*, op. cit., p. 375 ss.).

¹⁶³ Per un approfondimento si vedano KADISH, SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, op. cit., p. 203 ss. e p. 517 ss. e G. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 59 ss. e p. 111 ss.

esigendo che ogni elemento oggettivo sia imputabile allo stesso. In base a quanto affermato bisogna dunque concludere che, se si concettualizza in termini pascaliani il *fact finding* penale, deve trovare applicazione la formula (5) e, inoltre, che è plausibile che nel medesimo contesto $P(A/B)$ (ovvero la probabilità di A condizionata al verificarsi di B) sia vicina all'unità. Pertanto è ragionevole ritenere che $P(A \cap B)$ sia approssimativamente uguale a $P(B)$. Da ciò deriva che non è affatto scontato che la probabilità pascaliana della congiunzione degli elementi della fattispecie, provati secondo il *beyond a reasonable doubt* standard, sia inferiore allo standard stesso.

In secondo luogo si ritiene che prevedere normativamente che sia la congiunzione degli elementi (e non, dunque, ogni singolo elemento) a dover essere provata *beyond a reasonable doubt* possa risolvere il 'paradosso', salvando la concettualizzazione pascaliana senza produrre indesiderati effetti collaterali¹⁶⁴. E' senz'altro vero che l'accusa si trova così ad affrontare difficoltà direttamente proporzionali al numero degli elementi costitutivi della fattispecie (infatti, maggiore è detto numero, più arduo è che la probabilità della congiunzione sia elevata) e che, pertanto, l'imputato è rispettivamente 'avvantaggiato'; ciò tuttavia non costituisce un fattore d'ingiustizia¹⁶⁵. Difatti, in primo luogo lo standard of *persuasion* resta comunque il medesimo per ogni caso. Inoltre, se la previsione attuale ammette che vi siano condanne anche in presenza di un dubbio ragionevole in merito alla congiunzione degli elementi costitutivi e che gli imputati siano trattati in modo sostanzialmente diverso in funzione del numero di questi, la soluzione proposta garantisce ad ogni imputato la protezione più elevata possibile, correggendo i requisiti di una giusta condanna. Pertanto, se la prima crea disparità di trattamento, la seconda soddisfa

¹⁶⁴ Si tratta, peraltro, del requisito imposto dalla formulazione dell'art. 533 del codice di procedura penale italiano, così come modificato dalla legge n. 46 del 2006. Secondo questo, infatti, "il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta *colpevole del reato* contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio" (corsivo aggiunto). Il riferimento è alla congiunzione degli elementi costitutivi.

¹⁶⁵ Vi è chi argomenta che nel processo civile una previsione che imponga agli attori di provare secondo la *preponderance of the evidence* la congiunzione degli elementi costitutivi della fattispecie creerebbe un ingiusto trattamento differenziato da attore ad attore pari a quello sofferto dai convenuti nella situazione attuale. Cfr. ALLEN, *A Reconceptualization of Civil Trials*, op. cit., p. 407. Senz'altro la situazione è più delicata nel processo civile, essendo ciascun attore titolare di un medesimo diritto d'azione e portatore di un'esigenza di tutela. Ma si ritiene che anche in questo caso una previsione di questo tipo non creerebbe un'ingiustizia, riflettendo semplicemente il naturale dispiegarsi delle circostanze del caso concreto.

invece l'*equal best* standard. Infine, la circostanza che l'accusa affronti difficoltà proporzionali alla complessità del reato è senz'altro nella natura del processo.

3.2.2. Il decisivo problema del peso probatorio

Bisogna ora considerare un ulteriore problema sollevato da Cohen con riferimento alla concettualizzazione del *fact finding* secondo le regole del Calcolo delle probabilità.

Per illustrare lo stesso è bene rifarsi ad uno dei classici *puzzles* della letteratura di *common law* in materia di *naked statistics*¹⁶⁶, il 'paradosso' dei *prisoners in the yard*¹⁶⁷.

Nel cortile di una prigione vi sono 100 prigionieri in divisa. Quando le guardie che li controllano sono distratte, 99 prigionieri le assalgono uccidendole e tentano di abbandonare il cortile, mentre 1 di essi non partecipa, nascondendosi in un cantuccio, presumibilmente spaventato e inorridito. La scena è osservata da un testimone attendibile, ma troppo distante per scorgere la fisionomia del volto dei prigionieri. Avendo realizzato che non vi sono possibilità di uscire dal cortile, i 99 prigionieri riottosi si calmano e, a questo punto, quello che si era nascosto torna a mescolarsi con il gruppo. Così, quando le forze dell'ordine fanno ingresso nel cortile, trovano le guardie morte e i cento prigionieri tutti insieme. Il rapporto tra innocenti e responsabili è di 1 a 99. Da questo può trarsi la probabilità pascaliana di 0.99 relativa alla responsabilità di ogni prigioniero. Si tratta di una probabilità molto elevata. Ma la *evidence* introdotta può essere considerata sufficiente per condannare un prigioniero imputato? Si consideri peraltro che se si rispondesse affermativamente, nulla in linea di principio escluderebbe l'evento paradossale della condanna di tutti i cento prigionieri.

¹⁶⁶ Tra questi si ricordano due famosi casi relativi al processo civile: il caso dei *gatecrashers* (formulato in COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 74 ss.) e il caso dei *blue buses* (tratto da *Smith v. Rapid Transit*, 317 Mass. 469, 1945. Per un breve riassunto del caso si veda F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 79 ss.). Entrambi sono stati oggetto di un lungo (e talvolta ripetitivo) dibattito tra gli studiosi del *fact finding*.

¹⁶⁷ Il *puzzle* è stato formulato in C. NESSON, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: the Value of Complexity*, 92 Harvard Law Review 1187, 1979, p. 1192 ss. Qui si modificano le cifre rispetto alla versione originale.

Ammettendo, anche qui con fine didascalico, che il *beyond a reasonable doubt* standard corrisponda ad una soglia di 0.99, in base alle regole pascaliane sembrerebbe doversi condannare un eventuale prigioniero che sia processato per gli omicidi delle guardie. Questo esito, apparentemente inevitabile, è tuttavia spiazzante. Invero, è difficile che in un siffatto caso (per quanto irrealistico) venga emesso un verdetto di condanna. Ma qual'è la ragione di ciò?

Secondo Cohen, se si segue l'approccio pascaliano, non è possibile dare risposta a questa domanda¹⁶⁸. Anzi, un'applicazione rigorosa dello stesso porta ad ignorare la questione, imponendo la condanna. Un approccio baconiano al processo, può invece spiegare il perché del senso di inquietudine causato dall'esempio proposto. Questo deve essere ricercato nello studio del concetto di *evidential weight*.

La nozione di 'peso probatorio' risale a John Maynard Keynes¹⁶⁹. Secondo il noto economista "mentre la probabilità – pascaliana di un'affermazione fattuale – rappresenta la *differenza* tra la *evidence* favorevole e quella sfavorevole – alla stessa –, il peso rappresenta la *somma* di tutta la *evidence* rilevante¹⁷⁰" e, pertanto, indica il fondamento probatorio dell'affermazione. Dunque, all'aumentare della *evidence* rilevante presa in esame la probabilità può crescere o decrescere, ma in entrambi i casi il peso della stessa aumenta, accrescendo così la sua affidabilità ovvero la sua capacità di descrivere il reale¹⁷¹.

Quanto affermato svela la natura bidimensionale del concetto di 'probabile' usato nel linguaggio comune: "esso sintetizza non soltanto le *chances* espresse dalla stima probabilistica, ma anche l'entità del sostegno probatorio su cui si basa la stima

¹⁶⁸ Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 78 ss.

¹⁶⁹ James Franklin individua un'implicito e precursore riferimento al problema del peso probatorio posto da Keynes già nell'opera del filosofo gesuita della Scuola di Salamanca Francisco Suarez e, in particolare, nella sua distinzione tra "dubbio negativo" (che si ha quando non vi sono ragioni a sostegno di alcuna ipotesi proposta) e "dubbio positivo" (che si ha quando c'è un bilanciamento tra le ragioni a sostegno delle ipotesi proposte). Si veda FRANKLIN, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal*, op. cit., pp. 77, 78.

¹⁷⁰ Libera traduzione da J. M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, MacMillan, New York, 1921, p. 77.

¹⁷¹ Si comprende facilmente che le più pesanti probabilità pascaliane del caso singolo sono necessariamente vicine ad 1 o a 0. Atteso infatti che le probabilità 'non esistono' ma sono solo uno strumento per interpretare una realtà fatta di eventi che si sono o non si sono verificati (oppure che si verificheranno o non si verificheranno), mano a mano che si acquisiscono elementi di prova, il valore di dette probabilità si avvicina a 0 (non verifica dell'evento) o a 1 (verifica dell'evento). Questa notazione non vale, invece, per le frequenze.

stessa”¹⁷². Secondo Cohen, la probabilità pascaliana può esprimere solo la prima delle due dimensioni, non fornendo invece alcuna informazione sull’*evidential weight*. Le regole del Calcolo delle probabilità creano un modello apparentemente indifferente al problema del peso probatorio. In questo modello, infatti, lo spettro delle possibilità è esaurito ogniqualvolta si avanza un’affermazione probabilistica, a prescindere dalla quantità della *evidence* che la supporta. Ciò si verifica esprimendo la probabilità dell’affermazione con un numero che va da 0 (falsità) a 1 (verità) e completando lo spettro in base alla regola della negazione¹⁷³.

Per Cohen l’approccio baconiano è invece costitutivamente sensibile al problema del peso. Infatti, la nozione keynesiana di *evidential weight* di una probabilità è strettamente connessa con la nozione baconiana di *legisimilitude*¹⁷⁴, che esprime la vicinanza di una generalizzazione ad una legge naturale universale, e dipende dall’*inductive support* della generalizzazione stessa¹⁷⁵. Invero, secondo l’Autore, il peso di una probabilità del tipo $p(H/E) = n$ (dove H è un’ipotesi ed E è la *evidence* disponibile) coincide con la *legisimilitude* di una generalizzazione del tipo $E \rightarrow p(H) = n$ ¹⁷⁶. La probabilità baconiana di un’ipotesi, riflettendo il grado di sostegno che la *evidence* dà alla corrispondente generalizzazione, incorpora dunque un calcolo del peso probatorio.

Nel contesto processuale la decisione finale esprime una probabilità relativa ad un evento singolo (in realtà, a tanti eventi singoli) e non una generalizzazione. Ciò induce a concettualizzare il problema del peso non solo in termini di grado di *legisimilitude* (o affidabilità) di una generalizzazione, ma anche in termini di grado di ‘riferibilità’ della stessa al caso oggetto di studio¹⁷⁷. Difatti l’operazione

¹⁷² Traduzione libera da STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 81.

¹⁷³ Cfr. *supra*, nota n. 136. Cohen muove un attacco contro questa regola, affermando che la sua applicazione, specialmente nel *fact finding* civile governato dal *preponderance of the evidence* standard, può produrre esiti ‘paradossali’. In definitiva il c.d. ‘paradosso’ della negazione riflette la problematica dell’*evidential weight*. Si veda COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 74 ss. e p. 270 ss.

¹⁷⁴ Così L. J. COHEN, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, in *Probability and Inference in the Law of Evidence*, TILLERS, GREEN (a cura di), op. cit., p. 122.

¹⁷⁵ Cfr. L. J. COHEN, *Twelve Questions about Keynes’s Concept of Weight*, 37 *The British Journal for the Philosophy of Science* 263, 1986, p. 276.

¹⁷⁶ Cfr. *id.*, p. 277.

¹⁷⁷ Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 271 e STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 70.

dominante¹⁷⁸ del ragionamento inferenziale consta nello stabilire un legame tra un caso singolo e una generalizzazione prodotta per induzione dall'esperienza passata, al fine di trarre deduttivamente dalla seconda informazioni (i.e. probabilità) riferibili al primo. Nessun accadimento è conoscibile immediatamente¹⁷⁹: le generalizzazioni sono dunque l'imprescindibile strumento per conoscere la realtà circostante¹⁸⁰ o, per dirla con David Schum, sono "il collante dei nostri argomenti"¹⁸¹. Si tratta pertanto di raccogliere da queste le informazioni sufficienti per trarre conclusioni attendibili che possano orientare le proprie azioni. Il peso probatorio riflette proprio l'attendibilità della conclusione, in quanto permette di valutare, da un lato, la fondatezza della generalizzazione e, dall'altro, la legittimazione a spiegare il caso singolo attraverso la generalizzazione stessa.

Concepito in questi termini, il problema dell'*evidential weight* abbraccia due distinte questioni epistemologiche. La prima consiste nella valutazione del grado di sostegno induttivo di una generalizzazione. La seconda riguarda la prova di eventi singoli e consiste nel problema della *reference class*, ovvero della classificazione di un'istanza oggetto di studio al fine di trarre dalla generalizzazione associata alla classe scelta una probabilità frequentistica deduttivamente riferibile ad un evento che

¹⁷⁸ Sul punto si legga P. TILLERS, *Are There Universal Principles or Forms of Evidential Inference? Of Inference Networks and Onto-Epistemology*, in *Crime, Procedure, and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, J. JACKSON, M. LANGER, P. TILLERS (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2008. L'Autore riflette sui limiti di applicazione delle generalizzazioni basate sull'esperienza passata nell'ambito del ragionamento inferenziale e teorizza che l'uomo si serve di un'operazione intellettuale peculiare quando deve inferire il significato che un individuo attribuisce ad un fatto. A detta di Tillers questa operazione intellettuale non si basa esclusivamente sull'uso di generalizzazioni e coinvolge attività di immaginazione e di ricostruzione del significato. Pertanto essa viene denominata *imaginative reconstruction of meaning*. Cfr. anche J. H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, Little, Brown and Co., Boston, revisione ad opera di P. TILLERS, 1983, p. 1079, in cui Tillers riflette sulle inferenze che si fondano su regole grammaticali o su regole sociali, distinguendo queste regole dalle generalizzazioni basate sull'esperienza passata.

¹⁷⁹ Gli stessi eventi di cui abbiamo percezione sensoriale sono conosciuti solo tramite generalizzazioni sull'affidabilità dei nostri sensi. Sul punto si considerino le riflessioni svolte in SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, op. cit., p. 101 ss.

¹⁸⁰ Quest'affermazione trova conforto nelle scoperte delle neuroscienze e, in particolare, negli studi sul neurotrasmettitore dopamina. Questi mettono in luce che le scelte d'azione, anche a 'livello istintivo', sono influenzate dai risultati conseguiti nell'esperienza passata. Cfr. Ó. ARIAS-CARRIÓN, E. PÖPPEL, *Dopamine, Learning and Reward-Seeking Behavior*, 67 *Acta Neurobiologiae Experimentalis* 481, 2007 e il più divulgativo J. LEHRER, *How We Decide*, Houghton Mifflin Harcourt, New York, 2009, in particolare p. 28 ss.

¹⁸¹ Libera traduzione da D. A. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Wiley & Sons, New York, 1994, p. 82.

si ipotizza sia connesso all'istanza¹⁸². Il problema della *reference class* è assai complesso e ha stimolato l'attenzione di molti studiosi¹⁸³. Non è questa la sede per affrontarlo con il dovuto impegno. Basti qui affermare che la *reference class* va scelta in virtù di un'analogia tra l'istanza studiata e un prototipo delle istanze coinvolte negli esperimenti che hanno prodotto la generalizzazione che esprime la frequenza ricercata¹⁸⁴. Detta analogia viene stabilita avendo riguardo alle sole

¹⁸² Cohen si occupa del problema nel capitolo XVI di *The Probable and the Provable*, op. cit.

¹⁸³ Si considerino, in particolare, i seguenti lavori: HAJEK, *The Reference Class Problem is your Problem too*, op. cit.; H. REICHENBACH, *The Theory of Probability*, University of California Press, Berkeley, 1949, p. 372 ss.; J. H. FETZER, *Reichenbach, Reference Classes, and Single Case 'Probabilities'*, in W. C. SALMON (edited by) *Hans Reichenbach: Logical Empiricist*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1979; C. G. HEMPEL, *Maximal Specificity and Lawlikeness in Probabilistic Explanation*, *Philosophy of Science* Vol. 35, No. 2, 1968, pp. 116-133; W. C. SALMON, *Statistical Explanation*, in W. C. SALMON, R. C. JEFFREY, J. G. GREENO, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1971, p. 29 ss.; W. C. SALMON, *Reply to Lehman*, 40 *Philosophy of Science* 397, 1973; P. WANG, *Reference Classes and Multiple Inheritances*, 3 *International Journal of Uncertainty, Fuzziness and Knowledge-Based Systems* 79, 1995; E. K. CHENG, *A Practical Solution to the Reference Class Problem*, 109 *Columbia Law Review*, 2009; R. J. RHEE, *Probability, policy and the problem of reference class*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 286, 2007; D. A. NANCE, *The Reference Class Problem and Mathematical Models of Inference*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 259, 2007; M. COLYVAN, H. M. REGAN, *Legal Decisions and the Reference Class Problem*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 274, 2007; P. ROBERTS, *From Theory into Practice: Introducing the Reference Class Problem*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 243, 2007; M. S. PARDO, *Reference Classes and Legal Evidence*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 255, 2007; R. J. ALLEN, M. S. PARDO, *Probability, explanation and inference; a reply*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 307, 2007; M. COLYVAN, H. M. REGAN, S. FERSON, *Is it a Crime to Belong to a Reference Class?*, 9 *Journal of Political Philosophy* 168, 2001; P. TILLERS, *If Wishes Were Horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from Being Unfairly Burdened by their Reference Classes*, 4 *Law, Probability and Risk* 33, 2005. L'attenzione dei giuristi statunitensi nei confronti del *reference class problem* è stata senz'altro stimolata dal caso giudiziario *United States v. Shonubi* (si considerino, in particolare, la sentenza della Corte federale del Eastern District of New York, *United States v. Shonubi*, 895 F. Supp. 460, E. D. N. Y., 1995 e la successiva sentenza della Corte d'appello federale del Second Circuit, *United States v. Shonubi*, 103 F. 3d 1085, 2d Circuit, 1997) in cui si è discussa, ai fini della commisurazione della pena, la possibilità di servirsi (anche) di dati statistici relativi all'attività di un cospicuo gruppo di trafficanti di droga nigeriani per inferire la quantità di droga che il trafficante nigeriano imputato (Charles O. Shonubi) aveva importato dalla Nigeria negli Stati Uniti in otto viaggi. La Corte d'appello federale ha negato questa possibilità con argomentazioni che hanno dato adito ad un vivo dibattito dottrinale. In esso si collocano alcuni dei lavori sopra citati.

¹⁸⁴ Si ritiene che si possa idealmente (e in modo semplificato) rappresentare una *reference class* come un cerchio nel cui centro si trova il prototipo (o *exemplifier*), un'istanza che presenta le proprietà tipiche della classe espresse nel loro *core meaning*. Le altre istanze sono posizionate più o meno vicino al prototipo (ma pur sempre all'interno della circonferenza!) a seconda di quanto le loro proprietà siano simili ai rispettivi *core meanings*. Si tratta di una struttura analoga a quella teorizzata dalla studiosa di psicologia cognitiva Eleanor Rosch con riferimento alle categorie percettive e semantiche. Si vedano E. H. ROSCH, *On the Internal Structure of Perceptual and Semantic Categories*, in T. E. MOORE (a cura di), *Cognitive Development and the Acquisition of Language*, Academic Press, New York, 1973 e E. H. ROSCH, *Principles of Categorization*, in E. MARGOLIS, S. LAURENCE (a cura di), *Concepts. Core readings*, The MIT Press, Cambridge, 1999.

proprietà statisticamente rilevanti ai fini dell'inferenza che si vuole trarre¹⁸⁵: ad esempio, date le proprietà rilevanti A, B e C, la *reference class* caratterizzata da tutte

¹⁸⁵ In questo senso anche COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 170 ss. Centrale è la definizione di 'rilevanza'. Cohen adotta un concetto proprio di rilevanza causale (cfr. *id.*, p. 138). Chi scrive ritiene che si debba adottare un concetto di *rilevanza statistica* secondo il quale *una proprietà può dirsi rilevante quando la sua presenza comporta l'appartenenza dell'istanza ad una reference class a cui è associata una generalizzazione (che esprime una frequenza) diversa da quella (espressa dalla generalizzazione) associata alle classi a cui apparterebbe l'istanza in assenza di quella proprietà*. Questa nozione di rilevanza non varia per il caso in cui sia necessario provare l'esistenza di una relazione causale tra l'istanza e l'evento (ad esempio quando nel processo penale si deve provare il nesso tra condotta ed evento definito attraverso la nozione di *but-for cause*, sulla quale si vedano, in particolare, le riflessioni svolte in R. W. WRIGHT, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa Law Review 1001, 1987-1988, p. 1018 ss. e PIZZI, *Diritto, Abduzione e Prova*, op. cit., p. 39 ss. e p. 75 ss.). Si ritiene, infatti, che se è pur vero che la nozione di causa *but-for* (ovvero di *condicio sine qua non*), intesa come antecedente eliminando mentalmente il quale viene meno un fatto susseguente (si badi che l'analisi controfattuale non serve all'accertamento, ma alla definizione della causa!), differisce dalla nozione di relazione statistica, fra le due vi è un rapporto di specialità: la seconda è infatti generale rispetto alla prima. Più precisamente, da un lato la nozione di causa *but-for* individua solo un caso limite di relazione statistica, ovvero il caso in cui vi sia un rapporto di 1 a 1 tra due eventi, dall'altro, essa dà una qualificazione diacronica di tale relazione richiedendo che un evento possa dirsi 'causale' solo se temporalmente antecedente all'evento definito 'causato' (si ricordi HUME, *A Treatise of Human Nature*, op. cit., Libro I, Parte III, par. 2). L'affermazione statistica "se B, allora al 100 % A" (dove il primo segue temporalmente il secondo) soddisfa il *but-for test* con riferimento alla relazione tra A (*but-for cause*) e B (evento) (mentre la medesima cosa non potrebbe dirsi di un'affermazione statistica del tipo "se A, allora al 100 % B" in quanto essa non significa che l'eliminazione mentale di A comporti il venir meno di B). Pertanto si può affermare che una legge statistica come quella appena proposta vale a provare il rapporto causa-effetto *but-for* tra A e B. A ben vedere, peraltro, la stessa prova "corpuscolare" della causalità (in merito cfr. F. STELLA, *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2005, in particolare p. 107 ss.) nient'altro può essere se non una prova statistica ad un alto o altissimo grado di approfondimento (è infatti impossibile eliminare del tutto le c.d. *black boxes*). Si potrebbero tuttavia ipotizzare dei casi in cui la causa *but-for* A stia in realtà schermando un ulteriore fatto C dal quale dipendono (secondo catene causali tra loro autonome) sia A che B. Pur in presenza di una relazione statistica di 1 a 1, e pur essendo il primo anteriore al secondo, sembrerebbe errato chiamare A 'causa' di B, nonostante la definizione di *but-for cause*, lo permetta. La verifica di una siffatta ipotesi metterebbe in crisi la corrispondenza tra la nozione di *but-for cause* (ovvero di *condicio sine qua non*), e il concetto di 'condizione', atteso che la causa *but-for* A può essere difficilmente definita 'condizione' di B. Ciò non dovrebbe stupire: è infatti evidente che la nozione di causa *but-for* non esprime un attributo proprio del concetto di *condicio* (dal latino *condere*, ovvero 'edificare', 'comporre') che consiste nella *contribuzione* all'esistenza di un evento (da escludersi nel rapporto tra A e B, se le catene che legano C a questi hanno direzioni opposte). L'importanza discriminante di questo attributo è tangibile nell'ipotesi formulata. Sarebbe dunque necessario integrare la nozione tradizionale di causa *but-for* (ma si vedano ancora le riflessioni di HUME in *A treatise*, cit., Libro I, Parte III, par. 2, sulla definizione del concetto di 'production', analogo a quello di 'contribuzione'): essa resterebbe pur sempre figlia (in quanto speciale) della nozione di relazione statistica. L'argomento richiederebbe comunque un approfondimento che qui non si ha la possibilità di svolgere. Ad ogni modo sulla nozione di rilevanza si vedano: FETZER, *Reichenbach, Reference Classes, and Single Case 'Probabilities'*, op. cit., in particolare p. 208 ss.; HEMPEL, *Maximal Specificity and Lawlikeness in Probabilistic Explanation*, op. cit., in particolare p. 131 ss.; REICHENBACH, *The Theory of Probability*, in particolare p. 374 ss.; SALMON, *Statistical Explanation*, op. cit., p. 40 ss.; SALMON, *Reply to Lehman*, op. cit., p. 399.

e tre le proprietà è più adeguata rispetto a quella il cui prototipo ha solo B e C¹⁸⁶. Si ritiene, peraltro, che il procedimento di selezione della *reference class* più appropriata coincida con il c.d. procedimento di esclusione delle spiegazioni¹⁸⁷ alternative del caso singolo¹⁸⁸: per escludere una spiegazione alternativa è infatti necessario considerare una proprietà statisticamente rilevante dell'istanza che permetta di apparentare quest'ultima ad una classe a cui è associata una generalizzazione diversa da quella che produce la spiegazione contestata¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Con maggiore precisione si può affermare che la *reference class* da selezionare in funzione dell'inferenza da un evento A ad un evento B , sia la classe K tale che $A \in K$ e che E , il prototipo di K sia logicamente equivalente alla congiunzione delle proprietà di A statisticamente rilevanti ai fini dell'inferenza. Ciò significa che non deve esistere una *reference class* $K^a \supset K$ il cui prototipo presenti ulteriori proprietà statisticamente rilevanti. Fetzer peraltro sostiene che al fine di fornire una *spiegazione* e non meramente una *value solution* al problema, sia necessario aggiungere a quanto precede il requisito secondo cui non deve esistere una *reference class* $K^a \supset K$ tale che $P(B, K^a) = P(B, K)$. Secondo l'Autore senza tale importante aggiunta, non potrebbe individuarsi un'unica spiegazione per l'occorrenza di un dato evento. Cfr. FETZER, *Reichenbach, Reference Classes, and Single Case 'Probabilities'*, op. cit., p. 208. Per un approfondimento si vedano le opere citate al termine della nota precedente.

¹⁸⁷ Il termine 'spiegazione' è solitamente utilizzato in epistemologia per riferirsi all'identificazione della causa di un certo evento. Vi sono però studiosi che fanno uso del termine per riferirsi anche a connessioni non causali in virtù della convinzione che "tutto ciò che una spiegazione dovrebbe fare per essere considerata tale è di rendere chiaro e comprensibile ciò che prima non lo era, in modo da aumentare o produrre nuova conoscenza" (cfr. M. SOAVI, P. GIARETTA, *La spiegazione e la prova del rapporto causale*, in Cassazione Penale, 2010, n. 3, p. 1215). Ad ogni modo per standardizzare le differenze tra relazione causale e relazione meramente statistica si invita a considerare quanto scritto nella nota precedente.

¹⁸⁸ Questa terminologia non può non evocare nella mente del lettore italiano la notissima sentenza Franzese (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002 – 11 settembre 2002, n. 30328, in Cassazione Penale, 2002, n. 1224, p. 3643 ss.) in materia di causalità (omissiva), nella quale è stato efficacemente avanzato il metodo di esclusione dei decorsi causali alternativi. Di quest'ultimo si trova teorizzazione anche nella letteratura statunitense. Si veda, ad esempio, WRIGHT, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, op. cit., p. 1044 ss. Va peraltro ricordato che il procedimento di esclusione delle spiegazioni alternative coincide con l'operazione di c.d. 'abduzione selettiva'. In merito a quest'ultima si veda PIZZI, *Diritto, Abduzione e Prova*, op. cit., p. 61 ss.

¹⁸⁹ Si immagini di dover valutare se sia possibile trarre un'inferenza dal fatto che un testimone indossa occhiali da sole in aula al fatto che lo stesso abbia un difetto di vista. Dal momento che la mera *evidence* che il testimone porta gli occhiali da sole in aula non è sufficiente per trarre l'inferenza (e che quindi non è soddisfacente la scelta di una classe composta da testimoni che indossano gli occhiali da sole in aula), il *fact finder*, dovrebbe escludere, ad esempio, che il testimone indossi gli occhiali per moda. Fare ciò significa considerare una nuova proprietà rilevante relativa all'istanza (la suscettibilità del testimone alla moda) e poi apparentare l'istanza con una *reference class* composta da istanze dotate di quella proprietà (ad esempio, testimoni che indossano occhiali in aula e che non sono suscettibili alla moda). Questo ragionamento può essere replicato anche in casi più complessi dell'esempio proposto. Alla luce di quanto affermato si può comprendere perché sia erroneo concettualizzare il procedimento di esclusione delle spiegazioni alternative come un procedimento che può attribuire valenza esplicativa alle c.d. frequenze medio-basse. Esso, infatti, portando alla selezione di una *reference class* più precisa (ottenuta tramite la considerazione di proprietà rilevanti dell'istanza in esame, prima trascurate) comporta anche un mutamento della generalizzazione corrispondente e, verosimilmente, della frequenza espressa dalla generalizzazione stessa. Pertanto, è

L'unica *reference class* dalla quale sia possibile ricavare una 'probabilità assoluta' in merito al verificarsi dell'evento è la classe costituita dalla sola istanza oggetto di studio: ad essa è infatti associata la probabilità, in termini pascaliani, di 0 (l'evento non si è verificato) o di 1 (l'evento si è verificato). Tuttavia, nell'inevitabile assenza di *evidence* che metta in luce immediatamente la connessione tra l'istanza e l'evento, è necessario il ricorso a generalizzazioni associate a classi più ampie, perché contraddistinte da prototipi analoghi, ma non uguali all'istanza¹⁹⁰.

Con riferimento alla prima questione epistemologica sopra menzionata il peso è dato dalla quantità di *evidence* rilevante considerata per esprimere il grado di supporto induttivo della generalizzazione da cui si trae l'informazione frequentistica¹⁹¹; con riferimento alla seconda questione il peso è dato dalla quantità

senz'altro ottenibile una prova *beyond a reasonable doubt* attraverso il procedimento menzionato anche avendo come punto di partenza una generalizzazione che esprime frequenze medio-basse (diversamente cfr. STELLA, *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, op. cit., p. 124 ss.), ma se ciò avviene è perché all'esito del procedimento la frequenza espressa dalla generalizzazione associata alla nuova *reference class* scelta è elevatissima (e non, dunque, medio-bassa). Un'ulteriore precisazione è necessaria con riferimento alla prova del nesso causale. Si immagini che siano provati due fatti, A (antecedente) e B (susseguente) e che si debba stabilire se i due sono legati da un nesso causale secondo il *but-for* test (si veda *supra*, nota n. 185). In tal caso l'istanza da ascrivere ad una *reference class* è data dalla sezione del reale individuata dalla cornice spazio-temporale delimitata da A e B. Lo studio delle proprietà di questa sezione (come ad esempio l'eventuale assenza di fatti sufficienti da soli a spiegare B, che potrebbero declassare A da *but-for cause* a mera concausa non necessaria) permette di individuare una *reference class* a cui è associata una generalizzazione relativa alla sussistenza di un nesso causale tra A e B. Anche in questo caso vale il procedimento di esclusione sopra delineato. Peraltro anche il caso della multifattorialità può essere concettualizzato come esclusione delle spiegazioni alternative o come *reference class problem*. Si ponga di dover stabilire se A sia causa (*but-for*) di E. Nel caso concreto è però presente anche B, causa necessaria di E. Bisogna stabilire se E si sarebbe verificato anche in assenza di A. A e B possono entrambe essere viste come proprietà rilevanti del caso concreto. Ora, se la proprietà B può essere ritenuta 'non sufficiente' a causare E in virtù di un'autonoma inferenza sulla sua efficacia causale (ottenuta eliminando la proprietà A dal caso concreto e ascrivendo questo ad una *reference class b*) e se l'analogia tra il caso concreto (composto da A e B) con la *reference class ab* porti a ritenere utilizzabile una generalizzazione che esprime un rapporto di 1 a 1 tra il caso ed E, allora A sarà concausa.

¹⁹⁰ Peraltro, laddove non fosse disponibile una *reference class* adeguata non è escluso che sia possibile costruirne una mentalmente integrando informazioni provenienti da classi distinte, caratterizzate ciascuna da alcune proprietà rilevanti dell'istanza. Si pensi al caso in cui si debba pronosticare l'aspettativa di vita di un soggetto affetto da due malattie rarissime e potenzialmente letali: le informazioni sulle classi composte dai soggetti affetti da ciascuna delle due malattie permetteranno di trarre inferenze rilevanti su ipotetiche interazioni tra le stesse che velocizzano o rallentino il rispettivo decorso e, tramite queste, di trarre l'inferenza finale sull'aspettativa di vita. L'operazione risulta senz'altro molto complessa.

¹⁹¹ Quello elaborato da Cohen costituisce un possibile metodo per il calcolo del sostegno induttivo di una generalizzazione (cfr. *supra*, nota n. 142). Il problema della fondatezza di una generalizzazione e, più in particolare, il problema della definizione dei criteri di scientificità di una teoria, è da molti anni oggetto di un vivo dibattito nei contesti della filosofia della scienza e del diritto. Per quanto riguarda quest'ultimo ci si limita qui a ricordare le note decisioni della Corte Suprema statunitense nei casi

di *evidence* rilevante considerata per stabilire l'analogia tra l'istanza studiata e le istanze della *reference class* scelta.

In definitiva, dunque, per trarre un'inferenza *beyond a reasonable doubt* sono necessari tre 'ingredienti': (a) una generalizzazione affidabile, ovvero sostenuta da un grado soddisfacente di *evidential weight*; (b) una frequenza elevatissima espressa dalla generalizzazione medesima (questo ingrediente costituisce la componente genuinamente 'pascaliana' dell'inferenza); (c) un'analogia forte, ovvero sostenuta da un grado soddisfacente di *evidential weight*, tra l'istanza e il prototipo delle istanze della *reference class* a cui è associata la generalizzazione¹⁹². In altre parole lo standard probatorio dev'essere soddisfatto non solo dalla generalizzazione (che dev'essere altamente affidabile, nonché espressiva di una frequenza elevatissima), ma anche dall'analogia. Quest'ultima, in particolare, dev'essere a tal punto accurata da permettere di escludere che esista una *reference class* dotata di ulteriori proprietà

Daubert v. Merrel Dow Farmaceutics (509 U. S. 579, 1993, in cui la Corte ha individuato una serie non esaustiva di criteri per stabilire la scientificità della *evidence* e, di conseguenza, la sua ammissibilità) e Kuhmo Tire Co. V. Carmichael (526 U. S. 137, 1999, in cui la Corte, alla luce della formulazione della Rule 702 delle Federal Rules of Evidence, ha esteso l'applicazione dei criteri di Daubert anche alle conoscenze "tecniche o ad altre conoscenze specialistiche"). Per un approfondimento sul punto si vedano, fra gli altri, MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence Under the Rules. Text, Cases, and Problems*, op. cit., p. 629 ss. e STELLA, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'Innocente e la Tutela delle Vittime*, op. cit., Parte II, Capitolo V; L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, Milano, 2007, Capitolo I. Per un'interessante riflessione sul problema calato nell'ordinamento italiano si veda G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003, p. 1193 ss.

¹⁹² Bisogna precisare che l'accuratezza di un'inferenza fattuale non dipende solo dal numero delle proprietà rilevanti condivise tra il caso singolo e il prototipo. Infatti essa deriva altresì dalla 'natura' della rilevanza di ciascuna proprietà, ovvero dall'entità del *gap* che esiste tra la probabilità espressa dalla generalizzazione associata alla *reference class* il cui prototipo ha la proprietà in questione e la probabilità espressa dalla generalizzazione associata alla *reference class* il cui prototipo non ha detta proprietà (si veda la definizione di 'rilevanza' data *supra*, in nota n. 185). Maggiore è detto *gap* più pressante è la necessità di selezionare la prima delle due *reference classes* al fine di ottenere un'inferenza *beyond a reasonable doubt*. Da questa precisazione derivano due importanti conseguenze. In primo luogo, laddove non sia disponibile una generalizzazione fondata relativa alla *reference class* il cui prototipo è il più analogo all'istanza (a rigore si tratta di una *reference class* fatta dalla sola istanza in questione, ma in tal caso sarebbe improprio parlare di 'analogia' e di 'generalizzazione'), è pur sempre possibile ottenere un'inferenza *beyond a reasonable doubt* se è disponibile una generalizzazione fondata (ed espressiva di una probabilità elevata) relativa ad una *reference class* più generale, ma caratterizzata da quelle proprietà rilevanti la cui presenza comporta un *gap* sostanzialmente maggiore (*gap* da valutarsi in base alla *evidence* disponibile in merito alla rilevanza di ciascuna proprietà). In secondo luogo, qualora siano disponibili generalizzazioni fondate (ed espressive di probabilità elevate) relative a *reference classes* caratterizzate ciascuna da differenti proprietà rilevanti dell'istanza, non è escluso che si possa ottenere un'inferenza *beyond a reasonable doubt* scegliendo la *reference class* il cui prototipo abbia le proprietà la cui presenza comporta un *gap* sostanzialmente maggiore. Sul punto si vedano i brevi cenni fatti in J. FRANKLIN, *Feature Selection Methods for Solving the Reference Class Problem: Comment on Edward K. Cheng "A Practical Solution to the Reference Class Problem"*, 110 Columbia Law Review Sidebar 12, 2010, pp. 17, 18.

rilevanti tali da far scemare la probabilità espressa dalla generalizzazione. Da quanto scritto deriva che l'enunciato fattuale 'monadico' (i.e. particolare) che si ottiene al termine della ricostruzione positiva non è altro che la traslazione (per analogia) *beyond a reasonable doubt* di una generalizzazione, a sua volta, *beyond a reasonable doubt*. Si rievoca così un'affermazione già fatta: la prova di ogni particolare non può che ottenersi tramite il confronto con il generale.

Il dubbio può dunque ricadere su ciascuno dei tre 'ingredienti' individuati. La sua ragionevolezza è data dalla conferma che esso riceve dall'esperienza passata, ovvero rispettivamente: dalla verosimiglianza¹⁹³ delle inferenze (basate su generalizzazioni relative alla *evidence* disponibile) che intaccano il fondamento induttivo della generalizzazione¹⁹⁴; dalla verosimiglianza del negativo della probabilità espressa dalla generalizzazione, il quale esprime i casi in cui quest'ultima non opera; dalla verosimiglianza delle inferenze (basate su generalizzazioni relative alla *evidence* disponibile) che riducono la forza dell'analogia, mettendo in luce che talune proprietà del caso particolare che non sono condivise con il prototipo della *reference class* a cui è associata la generalizzazione sono rilevanti ai fini dell'inferenza principale da trarre oppure, semplicemente, che la *evidence* posta a base dell'analogia è scarsa. Peraltro, se si richiama alla mente l'affermazione secondo cui ogni atto conoscitivo è inferenziale, si può precisare che il dubbio, che può cadere su ciascuno dei tre 'ingredienti' menzionati, consiste a sua volta in tre 'ingredienti', una generalizzazione, una probabilità ed un'analogia.

Una volta introdotto e studiato il concetto di *evidential weight*, è possibile tornare a considerare il caso dei *prisoners in the yard* per valutare se effettivamente la concezione pascaliana sia difettosa. Come si ricorderà nell'esempio proposto il testimone osserva il comportamento dei prigionieri e afferma che in 1 caso su 100 non vi è stata partecipazione all'omicidio delle guardie carcerarie. Non essendosi potute conoscere le fisionomie dei prigionieri, è necessario classificare un prigioniero

¹⁹³ Per un accostamento tra ragionevolezza e verosimiglianza si veda TARUFFO, *Considerazioni su Dubbi e Verità*, op. cit. Per un approfondimento sul concetto di verosimiglianza si rimanda a M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 158 ss. Ad ogni modo nel capitolo terzo si tornerà su questo punto.

¹⁹⁴ Si pensi, per esempio, ad un'inferenza che trae una conclusione sulla fondatezza della generalizzazione studiata dalla mancata soddisfazione di uno dei parametri previsti da Daubert (cit.).

ipoteticamente imputato servendosi di una *reference class* più ampia rispetto a quella costituita solamente dallo stesso¹⁹⁵. Tuttavia, l'unica *reference class* di cui si dispone di *evidence* rilevante è quella formata dai 100 prigionieri raccolti nel cortile.

Il fattore critico dell'esempio non è il grado di affidabilità della generalizzazione offerta dal testimone (che deriva dalla valutazione della testimonianza), né l'entità della frequenza espressa da questa. Si è assunto infatti che il testimone sia un osservatore attendibile e che la probabilità frequentistica di 0.99 soddisfi lo standard *of persuasion* alla luce della soglia esemplificativa fissata. Il punto problematico sta invece nel fatto che la *reference class* dei prigionieri è troppo generica perché si possa trarre dalla stessa una probabilità affidabile riguardo al comportamento dell'imputato. In altre parole, l'unica proprietà rilevante che accomuna l'imputato e il prototipo della *reference class* menzionata è l'essere prigioniero¹⁹⁶. L'analogia tra i due è troppo debole poiché non prende in considerazione svariate possibili proprietà relative all'imputato: si pensi, ad esempio, ai suoi precedenti penali, alla sua indole, alle sue relazioni con le guardie uccise, al tempo che avrebbe ancora dovuto passare in prigione etc. Il senso comune ci dice che queste proprietà sarebbero rilevanti per 'aggiornare' la probabilità espressa dalla generalizzazione. Purtroppo si tratta di informazioni mancanti. Pertanto, nonostante la generalizzazione sia sufficientemente pesante, essa non può essere correttamente riferita al comportamento dell'imputato. Non essendovi ulteriore *evidence* che permetta di classificare quest'ultimo con maggiore accuratezza, non resta che assolverlo.

È evidente che il *puzzle* proposto è un caso di scuola, ma esso permette di riflettere sul problema del peso probatorio e sui limiti della concettualizzazione pascaliana del *fact finding*. Come si è detto l'esempio è tratto dalla letteratura in materia di *naked statistics*, la quale ha cercato di dare risposta al 'senso di inquietudine' prodotto da quei casi in cui, a fronte di una *evidence* statistica che soddisfa lo standard *of persuasion* in termini numerici pascaliani, si intuisce un 'vuoto' che non sembra permettere l'uso della stessa come probabilità del caso

¹⁹⁵ Se invece, ad esempio, si fosse osservato che il prigioniero astenutosi aveva i baffi e se si potesse provare in base ad una foto segnaletica scattata il giorno dell'accaduto che l'imputato non li aveva, allora si potrebbero escludere ragionevoli spiegazioni alternative alla responsabilità di quest'ultimo.

¹⁹⁶ Implicita è la proprietà del trovarsi nel cortile.

singolo¹⁹⁷. Chi scrive ritiene che questo vuoto sia prodotto da una carenza di *evidential weight*, dovuta, come si è visto, alla debolezza dell'analogia tra l'istanza e il prototipo della *reference class* a cui la statistica è associata¹⁹⁸. Peraltro, è evidente che il problema posto dalle *naked statistics*, così come concettualizzato sopra, non è peculiare delle frequenze relative di eventi numericamente statuite, ma può riguardare qualsiasi forma di statistica, o meglio, qualsiasi forma di generalizzazione¹⁹⁹. Così, tutte le volte in cui vi è una generalizzazione dotata di un forte *evidential support*, ma tale da essere incapace di fornire una spiegazione

¹⁹⁷ Come campioni di questa letteratura si considerino, in particolare: R. J. ALLEN, *On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals; a Clarification of the "Naked Statistical Evidence" Debate, the Meaning of "Evidence", and the Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt*, 65 Tulane Law Review 1093, 1990-1991; NESSON, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, op. cit.; D. SHAVIRO, *Statistical Probability Evidence and the Appearance of Justice*, 103 Harvard Law Review 530, 1989-1990; WRIGHT, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, op. cit.; D. T. WASSERMAN, *The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability*, 13 Cardozo Law Review 935, 1991-1992; L. J. COHEN, *A Comment on Wasserman's "The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability"*, 13 Cardozo Law Review 977, 1991-1992; D. T. WASSERMAN, *Reply to Cohen: Common Sense about Naked Statistics*, 13 Cardozo Law Review 981, 1991-1992; R. SCHMALBECK, *The Trouble with Statistical Evidence*, 49 Law and Contemporary Problems 221, 1986; STEIN, *Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 64 ss. Un interessante caso giudiziario che può essere letto alla luce del dibattito sulle c.d. *naked statistics* è *United States v. Veysey*. Nel decidere il caso (si trattava, fra l'altro, di stabilire se fosse ammissibile la perizia di un attuario relativa alla probabilità che quattro incendi di case abitate in diversi periodi dall'imputato fossero casuali piuttosto che dovuti al comportamento doloso di quest'ultimo) la Corte d'appello federale del Seventh Circuit sostiene, citando proprie precedenti decisioni, che ogni prova è probabilistica e che la particolarità della *evidence* statistica è quella di "esserlo esplicitamente", in quanto è "codificata in numeri, invece che in parole". La Corte conclude affermando che nulla esclude l'utilizzo della *evidence* statistica a patto che essa sia affidabile (si veda *United States v. Veysey*, 334 F. 2d 605, 606 7th Cir., 2003).

¹⁹⁸ Non si condivide la posizione di coloro che sostengono che la prova statistica vada vietata perché fa sì che l'imputato venga ritenuto responsabile per comportamenti commessi da altri soggetti (ovvero gli individui che costituiscono la *reference class* a cui è associata la statistica) e porta a non riconoscere l'autonomia individuale di scelta e d'azione dell'imputato. Cfr. WASSERMAN, *The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability*, op. cit., p. 943. Queste affermazioni non riconoscono, infatti, che ogni accertamento (e ricostruzione fattuale) deve per forza basarsi su elementi estranei al fatto che si vuole accertare (e dunque non prodotti dalle scelte volontarie di un eventuale soggetto il cui comportamento sia oggetto di studio) e, più in particolare, che ogni accertamento si serve di generalizzazioni, siano esse quantificate o no. Sul punto si consideri anche TILLERS, *If Wishes Were Horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from Being Unfairly Burdened by their Reference Classes*, op. cit., pp. 47 ss. L'Autore, fra l'altro, scrive che "ogni individuo con riferimento al quale si devono trarre delle inferenze è onerato da una moltitudine di indizi che sono generati dal cosmo e dalle altre persone, piuttosto che non dall'individuo stesso. Pertanto, qualsiasi strategia probatoria che affermi di far a meno di tutte le inferenze basate su indizi che non siano stati generati dalle decisioni e dal comportamento dell'individuo in questione è destinata a fallire" (traduzione libera).

¹⁹⁹ Si ricordi la definizione di 'generalizzazione' data *supra*, in nota n. 142.

soddisfacente del caso oggetto di studio, ciò è dovuto alla medesima carenza di peso evidenziata nei *puzzles* sulle statistiche nude²⁰⁰.

Al termine di questo studio si comprende che la gradazione del peso probatorio non può essere incorporata in un'affermazione probabilistica pascaliana²⁰¹. Le regole del Calcolo delle probabilità permettono di esprimere in termini numerici frequenze relative tra eventi di classi diverse o probabilità di verificarsi di eventi singoli, ma non permettono a queste affermazioni di veicolare informazioni sulla *evidence* su cui esse si fondano, né sulla legittimazione a riferire le stesse ad un'istanza oggetto di studio. Ed infatti, come si è visto, soltanto uno dei tre ingredienti dell'inferenza è genuinamente 'pascaliano': si tratta della frequenza espressa dalla generalizzazione. Gli altri due ingredienti, i soli che danno informazioni sul peso probatorio, non sono intelligibili attraverso le regole del Calcolo. Da ciò deriva che *nessuna probabilità pascaliana può da sola essere indicativa di una (o definire la) prova beyond a reasonable doubt..*

In conclusione, un approccio pascaliano sarebbe in grado di esprimere l'entità del peso probatorio solo in un irrealistico mondo in cui ogni stima probabilistica si basasse sulla totalità della *evidence* rilevante. A ben vedere, però, in questo mondo si avrebbero solo certezze, o probabilità assolute (uguali ad 1 o a 0), e le stesse regole pascaliane sarebbero dunque superflue. L'errore giudiziario non esisterebbe e l'uomo parteciperebbe della divinità.

3.2.3. La superfluità della quantificazione

Nei due paragrafi precedenti è stata problematizzata la concettualizzazione pascaliana del *fact finding*. Dapprima si è affrontato il 'paradosso' della

²⁰⁰ In definitiva, è corretto affermare che "there is no such thing as 'naked statistical evidence'". Cfr. ALLEN, *On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals; a Clarification of the "Naked Statistical Evidence" Debate, the Meaning of "Evidence", and the Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt*, op. cit., p. 1098. Allen non concettualizza il problema in termini di valutazione dell'*evidential weight*, ma in termini di "interpretazione" della *evidence*. Tuttavia egli riconosce che la prova statistica non è strutturalmente diversa dall'altra *evidence* utilizzata nel processo.

²⁰¹ Cfr. però la letteratura che afferma che sia possibile incorporare una misura della completezza in una probabilità espressa in termini pascaliani. In particolare si vedano D. KAYE, *Do We Need a Calculus of Weight to Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, in *Probability and Inference in the Law of Evidence*, TILLERS, GREEN (a cura di), op. cit. e il breve riferimento al problema in ALLEN, *A Reconceptualization of Civil Trials*, op. cit., p. 436, nota n. 78.

congiunzione e si è tentato di mostrare che esso non pone un ostacolo insuperabile a detta concettualizzazione. Ma, successivamente, si è cercato di mettere a nudo il vero 'tallone d'Achille' dell'approccio pascaliano, ovvero la sua incapacità di fornire una dimensione del peso probatorio. Proprio le considerazioni in merito all'*evidential weight* inducono chi scrive ad accantonare (fino a prova contraria) la possibilità che un approccio pascaliano costituisca un modello descrittivo e/o prescrittivo del *fact finding*. La probabilità pascaliana resta pur sempre fondamentale, ma, come si è visto, è solo uno dei tre ingredienti che servono per soddisfare lo standard of *persuasion*. Non si intende tuttavia prendere alcuna posizione definitiva in merito allo specifico modello elaborato da Cohen (che peraltro qui è stato solo accennato), ritenendo semplicemente che alcune sue caratteristiche lo rendano senz'altro più idoneo a descrivere il funzionamento della ricostruzione del fatto nel processo.

Tuttavia resta ancora da considerare una questione: che ruolo può giocare la quantificazione in termini pascaliani nella ricostruzione fattuale? Si tratta della specificazione di una domanda più vasta relativa all'opportunità dell'uso di modelli formali nel *fact finding*. Quest'ultima, pur intrigante, non sarà però discussa nel presente lavoro²⁰².

La questione che qui si intende affrontare può essere scissa in due ulteriori questioni principali. La prima riguarda l'opportunità della quantificazione in termini pascaliani del *beyond a reasonable doubt* standard, mentre la seconda riguarda l'opportunità dell'uso del teorema di Bayes nel ragionamento inferenziale.

Da quanto scritto nel paragrafo precedente si può trarre la risposta alla prima questione. Se per compiere quella fondamentale operazione che è la valutazione dell'*evidential weight* di una probabilità si devono utilizzare criteri valutativi estranei alle regole del Calcolo, che utilità potrebbe avere esprimere il *beyond a reasonable doubt* standard quantificandolo in termini pascaliani²⁰³, dunque incapaci di riflettere il peso probatorio? Si tratterebbe evidentemente di un'operazione oziosa e superflua.

²⁰² Per alcune interessanti considerazioni sul tema si rinvia a P. TILLERS, *Introduction; Visualizing Evidence and Inference in Legal Settings*, 6 *Law, Probability and Risk* 1, 2007 e al pensiero precursore di John Henry Wigmore espresso in J. H. WIGMORE, *The Principles of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience*, Little, Brown, and Company, Boston, 1913, in particolare p. 747 ss.

²⁰³ Cfr. COHEN, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, op. cit., p. 122 ss.

Proprio in considerazione dell'imprescindibile utilizzo dei criteri menzionati, si può affermare con Cohen che il *fact finder* non è portato a ritenere esistente un ragionevole dubbio sulla responsabilità penale dell'imputato perché la *evidence* non permette di raggiungere una soglia numerica predefinita, ma semmai egli è portato a ritenere che detta soglia non sia raggiunta proprio perché esiste un ragionevole dubbio²⁰⁴.

Peraltro la quantificazione distoglie l'attenzione dalla formulazione letterale dello standard che, a differenza della prima, ha il merito di sottolineare l'importanza fondamentale del peso probatorio. È il concetto di 'dubbio' a svolgere questa funzione, chiarendo che la *evidence* prodotta dall'accusa deve essere in grado di mostrare l'irragionevolezza non solo dell'eventuale 'storia' narrata dalla difesa, ma anche di tutte le 'storie' che si possano costruire tra le lacune delle argomentazioni delle parti. Il dubbio, infatti, può derivare non soltanto dalle affermazioni, ma altresì dai silenzi. Pertanto il suo superamento comporta anche la considerazione di quell'inevitabile spazio di silenzio che circonda ogni affermazione umana e l'esclusione di un ruolo esplicativo alternativo giocato da questo spazio. Solo una probabilità dotata di forte *evidential weight* può portare a questo risultato.

Infine, bisogna correggere la tradizionale critica alla quantificazione secondo cui questa va evitata in quanto costituisce l'accettazione esplicita del rischio di

²⁰⁴ Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., p. 83. Alcuni autori ritengono che la quantificazione del *beyond a reasonable doubt* standard possa essere utile e benefica: si vedano P. TILLERS, J. GOTTFRIED, *United States v. Copeland: A Collateral Attack on the Legal Maxim that Proof Beyond a Reasonable Doubt Is Unquantifiable?*, 5 *Law, Probability and Risk* 135, 2006 (in questo lavoro si può trovare un'efficace descrizione dei contenuti del dibattito sulla quantificazione) e J. FRANKLIN, *Case comment – United States v. Copeland*, 369 *F. Supp. 2d* 275 (E.D.N.Y. 2005): *quantification of the 'proof beyond a reasonable doubt' standard*, 5 *Law, Probability and Risk* 159, 2006, in particolare p. 165 (pur mostrandosi sensibile al problema del peso probatorio Franklin si dice favorevole ad un'istruzione che indichi ai giurati una soglia minima dell'80% e che rammenti agli stessi che la prova *beyond a reasonable doubt* è comunque ben al di sopra di questa soglia). Entrambi i lavori commentano la sentenza *United States v. Copeland*, 369 *F. Supp. 2d* 275 (E. D. N. Y., 2005), in cui la Corte federale dell'Eastern District of New York fa uso della quantificazione per definire l'espressione *reasonable probability*. Bisogna però notare che proprio il giudice Jack B. Weinstein, autore della sentenza, ha mostrato un atteggiamento piuttosto dubbioso in merito all'opportunità di quantificare il *beyond a reasonable doubt* standard. Cfr. J. B. WEINSTEIN, I. DEWSBURY, *Comment on the Meaning of 'Proof Beyond a Reasonable Doubt'*, 5 *Law, Probability and Risk* 167, 2006. Si potrebbe ritenere che la quantificazione sarebbe necessaria almeno per la sola componente genuinamente pascaliana dell'inferenza, ovvero il secondo ingrediente (si veda il paragrafo precedente). In proposito va però detto che se da un lato questa quantificazione lascerebbe comunque inespresi gli altri due ingredienti, dall'altro è evidente che non è certo questa la proposta avanzata dagli autori qui criticati.

condannare innocenti²⁰⁵. Anche la formula *beyond a reasonable doubt* contiene questa accettazione e non la nasconde: l'attributo della ragionevolezza del dubbio indica infatti l'inevitabile margine di errore che un sistema deve accettare se non vuol essere destinato alla stasi totale. La differenza tra la quantificazione e la qualificazione dello standard sta però nel fatto che la seconda mette in luce chiaramente che il rischio è accettato nella sola misura in cui è frutto di un errore inevitabile e non di una scelta deliberata²⁰⁶. I numeri, per quanto siano eloquenti, non riescono a comunicare questo importante messaggio.

Per la soluzione della seconda questione sopra posta bisogna brevemente introdurre il teorema di Bayes²⁰⁷. Tale teorema, che prende nome dal suo autore, il reverendo Thomas Bayes (1702-1761), serve per calcolare in termini pascaliani la probabilità di un evento A condizionata ad un evento B, ovvero la probabilità che il primo si verifichi data la verifica del secondo. Il teorema deriva dalle due seguenti formule: la prima è la formula (5) che, come si è visto, esprime la congiunzione di due eventi dipendenti; la seconda formula è

$$P(B) = P(A \cap B) + P(A \cap \bar{B}) \quad (7)$$

ed esprime la c.d. probabilità totale dell'evento singolo (in questo caso B). Dalle precedenti è possibile ricavare la formula del teorema nella sua versione sintetica

$$P(A/B) = \frac{P(B/A)}{P(B)} \times P(A) \quad (8)$$

²⁰⁵ Cfr. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit., p. 1372 ss. Si veda anche FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 155.

²⁰⁶ Si veda quanto affermato *supra* al paragrafo n. 3.1.2.

²⁰⁷ Per un approfondimento sul teorema di Bayes ed il suo utilizzo nel processo si vedano, in particolare: BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, op. cit.; FINKELSTEIN, FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, op. cit.; TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit.; D. H. KAYE, *The Laws of Probability and the Laws of the Land*, 47 *University of Chicago Law Review* 34, 1979; KAYE, *Introduction. What is Bayesianism?*, in *Probability and Inference in the Law of Evidence*, op. cit.; ALLEN, *Rationality, Algorithms and Juridical Proof: a Preliminary Inquiry*, op. cit.; LEMPert, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, op. cit.; WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, op. cit., p. 1046 ss.; EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, op. cit., p. 22 ss. e p. 159 ss.; FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit.

e nella sua versione estesa

$$P(A/B) = \frac{P(B/A)}{P(B/A) \times P(A) + P(B/\bar{A}) \times P(\bar{A})} \times P(A). \quad (9)$$

$P(A)$ è definita ‘probabilità iniziale’ o *prior probability* di A , mentre $P(B/A)$ è definita ‘verosimiglianza’ o *likelihood* ed esprime la probabilità che si verifichi l’evento B data la verifica dell’evento A .

In altri termini il teorema di Bayes permette di calcolare con precisione numerica la probabilità di un’ipotesi A (ad esempio la responsabilità dell’imputato) in base alla disponibilità di un elemento di *evidence* B (ad esempio la corrispondenza tra un’impronta digitale lasciata sull’arma del delitto e l’impronta digitale dell’imputato²⁰⁸), integrando la probabilità iniziale dell’ipotesi stessa $P(A)$ ²⁰⁹. Ovviamente la formula può essere utilizzata sia con probabilità oggettive che con probabilità soggettive²¹⁰, ma nell’idea di coloro che ne propongono un uso da parte del *fact finder*, essa non potrebbe che riflettere una probabilità finale frutto delle scommesse di questo²¹¹.

La proposta di istruire il *fact finder* affinché applichi il teorema, in particolare (ma non necessariamente soltanto) nei casi di introduzione di *evidence* statistica nel processo tramite perizia²¹², ha trovato subito una forte resistenza²¹³. Le critiche

²⁰⁸ Per riprendere l’esempio fatto in FINKELSTEIN, FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, op. cit., p. 498.

²⁰⁹ Bisogna peraltro precisare che il teorema di Bayes può essere usato per integrare l’approccio di *decision making*, servendo così come strumento per il calcolo delle probabilità rilevanti per lo stesso (si veda *supra* ai paragrafi 2.2 e 3.1). Cfr. sul punto KAYE, *Clarifying the Burden of Persuasion: What Bayesian Decision Rules Do and Do not Do*, op. cit., R. J. ALLEN, *Clarifying the Burden of Persuasion and Bayesian Decision Rules: a Response to Professor Kaye*, 4 *International Journal of Evidence and Proof* 246, 2000 e GARBOLINO, *Il Ragionevole Dubbio e la Teoria Bayesiana della Decisione*, op. cit.

²¹⁰ Si ricordino le definizioni riportate *supra*, nota n. 144.

²¹¹ E’ pur vero che dette scommesse potrebbero comunque basarsi su un approccio frequentista adottato dal singolo scommettitore. Cfr. KAYE, *The Laws of Probability and the Laws of the Land*, op. cit., p. 52.

²¹² E’ questa la proposta formulata in FINKELSTEIN, FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, op. cit., p. 502 ss. con riferimento al problema dell’identificazione tramite impronte digitali. Secondo gli Autori un perito dovrebbe presentare ai giurati una tabella contenente uno spettro di probabilità iniziali dell’ipotesi alle quali sono associate le rispettive probabilità finali, calcolate sulla base della *evidence* statistica introdotta dal perito stesso. I giurati dovrebbero essere invitati a scegliere la probabilità iniziale che più rispecchia la loro scommessa sull’ipotesi. Da ciò deriverebbe automaticamente la probabilità finale. La riflessione propositiva dei due Autori prende le mosse, in particolare, da due casi giudiziari. Il primo in ordine di tempo è *People v. Risley* (214 N. Y. 75, 1915)

mosse a questa proposta sono molteplici e, ad avviso di chi scrive, colgono nel segno. Non si intende riprodurle compiutamente (preferendo rinviare alla lettura di riferimento²¹⁴), ma solo svolgere una breve riflessione generale di carattere epistemico sulla questione oggetto di studio.

La quantificazione del ragionamento inferenziale in termini pascaliani pone dei problemi apparentemente insormontabili. In primo luogo, non tutta la *evidence* può essere agevolmente tradotta in numeri e ciò comporta il rischio che il *fact finder* trascuri gli elementi di prova di difficile quantificazione ed esprima così probabilità inaffidabili²¹⁵; in secondo luogo spesso gli elementi di prova che vengono considerati per provare un singolo fatto sono molteplici e tra loro dipendenti, pertanto, in applicazione delle regole pascaliane, l'uso del teorema di Bayes comporterebbe un diseconomico appesantimento del ragionamento²¹⁶; in terzo luogo sarebbe difficile evitare, come richiesto da una corretta applicazione del teorema, che un elemento di prova oltre ad essere considerato per 'aggiornare' la probabilità iniziale venga anche utilizzato per determinare quest'ultima²¹⁷. Anche laddove queste difficoltà non fossero insormontabili (e probabilmente lo sono), bisognerebbe peraltro chiedersi che cosa potrebbe giustificare un eventuale impegno volto al loro superamento.

in cui la Corte dichiara inammissibile la perizia di un matematico (che, come sottolineano gli Autori, non aveva utilizzato il teorema di Bayes) in merito alla probabilità che la contraffazione di un certo documento giudiziario fosse stata effettuata con la macchina da scrivere appartenente all'imputato. Il secondo caso giudiziario è il noto *People v. Collins* (68 Cal. 2d 319, 1968) in cui la Corte Suprema della California ha dichiarato inammissibile la perizia di un matematico (neanche questo facente uso del teorema di Bayes) la quale affermava che fosse bassissima la probabilità che soggetti selezionati a caso presentassero le medesime caratteristiche degli autori di una rapina (ricostruite tramite testimonianze), caratteristiche che invece erano proprie degli imputati.

²¹³ Peter Tillers, riferendosi alla *new evidence scholarship*, ha parlato di una corrente quasi stroncata sul nascere. Cfr. TILLERS, *Introduction; Visualizing Evidence and Inference in Legal Settings*, op. cit., p. 1.

²¹⁴ In proposito si vedano TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit. e ALLEN, *Rationality, Algorithms and Juridical Proof: a Preliminary Inquiry*, op. cit., p. 263 ss. Nella letteratura italiana si vedano TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, op. cit., p. 168 ss. e FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 98 ss.

²¹⁵ Cfr. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit., pp. 1361 ss.

²¹⁶ Perché se gli elementi di prova sono tra loro dipendenti non è possibile fare un'applicazione sequenziale del teorema (la quale porterebbe ad un doppio conteggio delle probabilità), ma è necessario considerare le probabilità di tutti gli elementi in una singola complessa operazione. Cfr. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit., pp. 1367, 1368; ALLEN, *Rationality, Algorithms and Juridical Proof: a Preliminary Inquiry*, op. cit., p. 263 ss.; FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 103.

²¹⁷ Anche in questo caso si crea un indebito doppio conteggio. Cfr. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit., pp. 1367; FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 104.

Considerando quanto si è precedentemente affermato in tema di peso probatorio, non si può non rispondere che non vi sarebbero sufficienti giustificazioni per questo sforzo. Infatti, ridurre il ragionamento inferenziale all'utilizzo di probabilità pascaliane comporta privare lo stesso della dimensione fondamentale dell'*evidential weight*. E' senz'altro vero che il *fact finder* calcolerebbe le probabilità in funzione della *evidence* disponibile (e che pertanto il valore del numero relativo alla sua scommessa dovrebbe dipendere dal peso della stessa, senza tuttavia poterne esprimere l'entità) ma è altrettanto vero, da un lato, che le eventuali statistiche introdotte nel processo rischierebbero di essere trasposte nella formula senza una valutazione del loro peso²¹⁸ e, dall'altro, che l'intera argomentazione perderebbe capacità comunicativa ed esplicativa, (proprio perché le probabilità pascaliane non possono veicolare alcuna informazione sulla *evidence* che le sostiene²¹⁹) e che sarebbe così ostacolato qualsivoglia controllo sull'inferenza²²⁰. In altre parole, il teorema potrebbe anche essere adottato (e non è escluso che possa risultare assai utile per ragionare su dati numerici pascaliani disponibili), ma non sarebbe mai sufficiente a prescrivere una corretta inferenza: per ottenere ciò sarebbe sempre necessario accostare all'uso dello stesso un'argomentazione relativa al peso.

In conclusione si ritiene che la ricerca di una precisione numerica in termini pascaliani nel ragionamento inferenziale produca un rigore solo apparente e, dunque, fuorviante. Come si è visto essa costituisce un'operazione superflua e, talvolta, persino dannosa.

È peraltro vero che il processo si occupa con sempre maggiore frequenza di probabilità pascaliane introdotte attraverso la prova scientifica. Esse sono elementi importanti per il *fact finding* che devono essere attentamente interpretati e che necessitano in ogni caso di un'apposita valutazione che ne disveli la fondatezza. In ragione di ciò, una conoscenza elementare del Calcolo delle probabilità e, in

²¹⁸ Cfr. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, op. cit., p. 1359. Pur non concettualizzando il problema in termini di peso probatorio, l'Autore afferma che la trasposizione delle statistiche nella formula al fine di modificare la probabilità iniziale non può essere automatica proprio perché esse costituiscono generalizzazioni e non si riferiscono direttamente al caso oggetto di studio.

²¹⁹ Cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, op. cit., p. 181.

²²⁰ Questa obiezione finale potrebbe sembrare inadeguata se riferita ad un ordinamento come quello statunitense. Tuttavia, come si è visto *supra* al paragrafo 2.3 anche il verdetto della giuria è talvolta soggetto ad un controllo da parte delle corti superiori (e taluno peraltro auspica che questo controllo diventi più incisivo).

particolare, del teorema di Bayes, può senz'altro aiutare il *fact finder* ad evitare di essere impressionato e intimorito dai numeri forniti e dalle operazioni impiegate dagli esperti (così da scongiurare odiosi errori come la c.d. 'fallacia del condizionale trasposto'²²¹). Il numero, come ogni segno, necessita di un'interpretazione e questa richiede esperienza e padronanza di strumenti, specialmente se il segno deve essere poi tradotto in un linguaggio diverso.

4. La base applicativa della reasonable doubt rule

È giunto il momento di affrontare un problema lasciato in sospeso. Nel paragrafo 2.2 si è visto che la *Due Process Clause* del Quinto e del Quattordicesimo Emendamento, così come interpretata dalla Corte Suprema, sancisce la *reasonable doubt rule*, ovvero impone all'accusa di provare *beyond a reasonable doubt* ogni elemento costitutivo del reato contestato. Questa regola si compone dell'allocatione del *burden of persuasion* sull'accusa, della fissazione di uno *standard of persuasion* e della determinazione di una base applicativa. Si tratta ora di chiarire quale sia detta base applicativa, ovvero che cosa intenda la Corte con l'espressione 'elemento costitutivo del reato'²²².

La soluzione della questione interpretativa coinvolge due fondamentali profili problematici che è bene tenere a mente durante il suo studio. Dalla determinazione

²²¹ Anche conosciuta come *prosecutor's fallacy*. Si tratta della sostituzione della probabilità $P(A/\bar{B})$ alla probabilità $P(\bar{B}/A)$ (e dunque, in termini bayesiani, della *likelihood* alla probabilità condizionata da calcolare), ovvero, ad esempio, della sostituzione della probabilità di riscontrare in un soggetto innocente un'impronta digitale corrispondente a quella trovata sull'arma del delitto alla probabilità che, venendo riscontrata una corrispondenza tra quest'ultima e l'impronta digitale dell'imputato, questo sia responsabile. Nei famosi casi *People v. Collins* (cit.) e *Regina v. Clark* (EWCA Crim 54, 238. Si tratta della condanna di una madre per le morti di due suoi figli infanti, a seguito di una perizia attestante la bassissima probabilità che si verificano due morti dovute a SIDS nella medesima famiglia) l'accusa è incorsa in questo errore e, verosimilmente, ha tratto in errore anche la giuria (le cui motivazioni, ovviamente, non si ha modo di conoscere) che ha condannato gli imputati. Per un approfondimento cfr. W. C. THOMPSON, E. L. SCHUMANN, *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials. The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy*, 11 *Law and Human Behavior* 167, 1987, FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, op. cit., p. 54 e p. 82 ss. e GARBOLINO, *Il Ragionevole Dubbio e la Teoria Bayesiana della Decisione*, op. cit., p. 4053 ss.

²²² Si ricorda che in *In re Winship* la Corte Suprema ha usato l'espressione "every fact necessary to constitute the crime" (*In re Winship*, cit., p. 364) in cui il termine 'fact' denota sia gli elementi oggettivi che quelli soggettivi del reato. Cfr *supra*, paragrafo 2.2.

della base applicativa della *rule* discendono infatti conseguenze, in primo luogo, sul grado di tutela che l'ordinamento costituzionale garantisce all'imputato e, in secondo luogo, sulla libertà d'azione del legislatore statale nell'allocazione del *burden of persuasion* e nella scelta dello standard applicabile²²³.

4.1. Le fondamentali decisioni della Corte Suprema e il dibattito dottrinale

A cinque anni di distanza da *In re Winship*, la Corte Suprema decide il caso *Mullaney v. Wilbur*²²⁴. L'imputato viene condannato per *murder* da una giuria del Maine. Il giudice istruisce la stessa affermando che: la legge penale del Maine distingue tra *murder* e *manslaughter*; il primo si caratterizza per l'elemento della *malice aforethought*²²⁵; questa può essere presunta dall'intenzionalità e dall'antigiuridicità del fatto, a meno che l'imputato non provi, secondo il *preponderance of the evidence standard*²²⁶, di aver agito in uno stato di *heat of passion on sudden provocation*²²⁷; la *malice aforethought* e lo stato di *heat of passion* sono incompatibili²²⁸. La Corte Suprema dapprima mette in luce, con un breve *excursus* sulla tradizione di *common law*, che la questione relativa alla sussistenza del *heat of passion* è sempre stata il più importante fattore per determinare la gravità

²²³ Cfr. R. J. ALLEN, *Mullaney v. Wilbur, the Supreme Court, and the Substantive Criminal Law. An Examination of the Limits of Legitimate Intervention*, 55 *Texas Law Review* 269, 1977, p. 270 e S. E. SUNDBY, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, 40 *Hastings Law Journal* 457, 1988-1989, p. 459.

²²⁴ 421 U. S. 684, 1975.

²²⁵ L'espressione *malice aforethought* può oggi essere considerata un *term of art*. Nella *common law* tradizionale essa indica il carattere premeditato ed efferato dell'omicidio e costituisce il criterio distintivo tra *murder* e *manslaughter*. Oggigiorno, invece, nonostante essa continui in taluni ordinamenti a svolgere quest'ultima funzione, il suo significato è parzialmente indipendente dal significato tradizionale (e letterale). Nel California Penal Code (cfr. le *sections* 187 e 188), ad esempio, si usa il termine *malice aforethought* per indicare l'intenzionalità dell'omicidio (*expressed malice*) oppure per indicarne il carattere abietto, evidenziato dalle circostanze dello stesso (*implied malice*). I *drafters* del Model Penal Code hanno invece preferito abbandonare questa espressione, ritenuta imprecisa e fuorviante (si veda la *section* 210.1). Cfr. KADISH, SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, op. cit., p. 388 ss. e W. LA FAVE, *Substantive Criminal Law*, Thomson-West, St. Paul, 2003, p. 416 ss.

²²⁶ Si tratta, come già si è visto, di uno standard applicato principalmente nel processo civile. Secondo esso si deve ritenere verificato un evento quando ciò è 'più probabile che no'. Cfr. BROUN ET AL., *McCormick On Evidence*, op. cit., pp. 483, 484.

²²⁷ Si tratta di una *defense* parziale che comporta la derubricazione di un omicidio da *murder* a *manslaughter*. Essa riguarda il caso in cui l'omicidio sia commesso in uno stato di turbamento psichico causato da una provocazione subita. Cfr. LA FAVE, *Substantive Criminal Law*, p. 405 ss.

²²⁸ *Mullaney v. Wilbur*, cit., p. 686.

di un omicidio e la severità della relativa pena e, inoltre, che il *clear trend* storicamente seguito è quello di imporre all'accusa l'onere di provare l'assenza della *defense*²²⁹. In seguito essa afferma che allocare sull'imputato il *burden of persuasion* in merito alla *defense* è incostituzionale perché contrario all'insegnamento di *In re Winship* e, pertanto, annulla la condanna.

Sebbene la decisione non sia adamantina sul punto²³⁰, la Corte sembra sostenere che qualsiasi fatto in grado di alterare la gravità del reato e, conseguentemente, l'entità della relativa pena deve essere provato dall'accusa *beyond a reasonable doubt*²³¹. Pertanto, poiché dalla sussistenza del *heat of passion* derivano ricadute sulla responsabilità penale e, dunque, sulla sanzione applicabile, una condanna per *murder* può aversi solo se il *prosecutor* ne prova l'inesistenza.

Questa lettura di *Mullaney* viene però sconfessata due anni dopo dalla stessa Corte Suprema nella decisione del caso *Patterson v. New York*²³². Il fatto è analogo, ma tale non è la legge applicabile descritta dal giudice ai giurati: lo statuto di New York non prevede la *malice aforethought* tra gli elementi costitutivi del reato di *murder*; esso statuisce che quest'ultimo può essere derubricato a *manslaughter* solo laddove l'imputato provi di aver agito in presenza di una *extreme emotional disturbance*²³³; infine la legge chiarisce che la *defense* in questione non nega alcun elemento costitutivo del reato contestato²³⁴.

²²⁹ *Id.*, p. 696.

²³⁰ A conferma di ciò sta non solo l'erronea interpretazione che ne verrà data da una successiva decisione della Corte Suprema (e che sarà descritta a breve), ma anche la pluralità di letture offerte dalla dottrina. Sul punto si vedano, in particolare: BROUN ET AL., *McCormick On Evidence*, op. cit., p. 528 ss.; C. B. MUELLER, L. C. KIRKPATRICK, *Evidence. Practice Under the Rules*, Aspen Law & Business, New York, Seconda Edizione, 1999, p. 200; P. H. ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, West Group, St. Paul, 1984, Vol. I, p. 47.

²³¹ Cfr. *Mullaney v. Wilbur*, cit., pp. 698, 699.

²³² 432 U. S. 197, 1977.

²³³ Si tratta di una *defense* sostanzialmente e funzionalmente equivalente al *heat of passion* (per una riflessione su possibili differenze tra le due si veda *People v. Casassa*, 49 N. Y. 2d 668, 1980). Sono i *drafters* del Model Penal Code a concepire la *extreme emotional disturbance defense* (section 210.3). Il codice prevede un *two-pronged test* per la sua prova, nel tentativo di superare, razionalizzandola, la complicata criteriologia elaborata dalla *common law* per la prova del *heat of passion on sudden provocation*. Sul punto cfr. KADISH, SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, op. cit., in particolare p. 420 ss.

²³⁴ Cfr. *Patterson v. New York*, cit., pp. 198-200.

La Corte afferma che lo statuto di New York è legittimo in quanto non impone all'imputato di provare un fatto che nega un elemento costitutivo del reato²³⁵. Peraltro, essa sostiene sorprendentemente che la propria decisione si pone in linea di continuità con Mullaney. Sarebbe infatti scorretta la lettura di quest'ultima sopra proposta: secondo Patterson la ragione della precedente pronuncia di incostituzionalità della legge del Maine è dovuta al fatto che essa, prevedendo la *malice aforethought* tra gli elementi costitutivi del reato e sancendo la sua incompatibilità con la *defense*, imponeva all'imputato di provare l'inesistenza di un elemento²³⁶.

All'apparenza Patterson abbraccia un criterio meramente formalistico: è dall'etichetta che il legislatore statale appone al singolo fatto penalmente rilevante che dipende l'applicazione della *reasonable doubt rule*²³⁷. Così, un reato tradizionalmente costituito dagli elementi A, B e C, potrebbe essere ridefinito dal legislatore rimuovendo l'elemento C ed etichettando non-C come *defense* il cui onere probatorio grava sull'imputato. La Corte, conscia di questa possibile obiezione, rifiuta l'impostazione formalistica ricordando che esistono comunque dei limiti costituzionali di carattere sostanziale che il legislatore statale è tenuto a rispettare²³⁸. Tuttavia essa non esplicita detti limiti, lasciando così un'insidiosa incertezza²³⁹.

²³⁵ Cfr. *id.*, pp. 205, 206.

²³⁶ Cfr. *id.*, pp. 214, 215. Questa interpretazione deve tuttavia essere ritenuta erranea, soprattutto se si considerano le parole che il giudice Lewis F. Powell, estensore di Mullaney, utilizza nella sua *dissenting opinion* in Patterson. Cfr. *infra*, nota n. 237.

²³⁷ Per questa lettura si vedano: BROUN ET AL., *McCormick On Evidence*, op. cit., p. 529; MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence. Practice Under the Rules*, op. cit., p. 201. Si considerino peraltro le seguenti parole della *dissenting opinion* del giudice Lewis F. Powell: "Il *test* che la Corte stabilisce oggi permette al legislatore di spostare a suo piacimento il *burden of persuasion* relativo a ciascun fatto del reato, a patto che egli abbia l'accortezza di non menzionare la non-esistenza del fatto stesso nel definire il reato (...). Con tutto il dovuto rispetto, questo giudizio di costituzionalità è spudoratamente formalistico. Ciò che Winship e Mullaney hanno cercato di insegnare riguardo ai limiti che una società libera pone alle sue procedure al fine di proteggere la libertà dei suoi cittadini, diventa una lezione superficiale di tecnica legislativa (...). La Corte manifesta comprensibilmente un certo disagio per il fatto che il suo approccio formalistico dà al legislatore una libertà troppo ampia nell'allocare il *burden of persuasion*. Per tale motivo essa formula un avvertimento dicendo che 'vi sono ovviamente dei limiti costituzionali sul punto oltre i quali lo Stato non può andare'. (...) Ma se lo Stato è abbastanza attento nel conformarsi alle formule di stesura della legge articolate oggi, i limiti costituzionali appaiono tutto fuorchè 'ovvi'. Questa decisione ci lascia semplicemente privi di una griglia concettuale per distinguere tra gli abusi e i legittimi spostamenti del *burden of persuasion* in ambito penale". (libera traduzione da Patterson v. New York, cit., pp. 223-225).

²³⁸ Inoltre, afferma la Corte, esiste un importante e garantistico *political check* sulle decisioni del legislatore statale, che dovrebbe scongiurare illegittimi spostamenti degli oneri probatori. Cfr. Patterson v. New York, cit., p. 229, nota n. 13.

²³⁹ Cfr. *id.*, cit., p. 210.

Peraltro la Corte sembra non accorgersi che la presa di distanze dal formalismo esclude qualsiasi possibilità di conciliare Mullaney con Patterson, decisioni opposte prese con riferimento a casi effettivamente uguali²⁴⁰.

Considerando la giurisprudenza richiamata e il dibattito dottrinale sviluppatosi a margine della stessa ed escludendo in partenza l'approccio formalistico, oggetto di unanime critiche, si possono individuare due principali orientamenti in merito alla questione discussa.

Secondo l'orientamento dominante un elemento è 'necessario' per costituire un reato ai sensi di Winship soltanto se esso è richiesto dai principi costituzionali di diritto penale sostanziale. Si tratta pertanto di stabilire, in particolare alla luce del c.d. *substantive due process of law*²⁴¹, quali siano quei requisiti necessitati dalla Costituzione per la formulazione di una fattispecie penale evocati dalla Corte in Patterson. Questi vengono individuati nella presenza di un *actus reus*²⁴² e di una *mens rea*²⁴³ e nella proporzionalità tra il reato e la pena, richiesta dalla giurisprudenza²⁴⁴ relativa all'Ottavo Emendamento²⁴⁵. La *reasonable doubt rule*

²⁴⁰ E' evidente la contraddittorietà di Patterson. La Corte menziona limiti costituzionali di carattere sostanziale alla libertà del legislatore e al tempo stesso tenta di conciliare Mullaney con la propria decisione. A ben vedere le due operazioni si escludono: solo un'impostazione meramente formalistica, e dunque indifferente ai limiti costituzionali sostanziali, permette di conciliare due decisioni opposte adottate in casi sostanzialmente uguali. La fonte di questa contraddizione è la scorretta interpretazione di Mullaney fornita dalla Corte in Patterson nel tentativo di evitare un *overruling*. Bisogna dunque seguire l'interpretazione di Mullaney proposta al principio di questo paragrafo. Cfr. *supra* note n. 215 e n. 216. Sul punto cfr. ALLEN, *The Restoration of In Re Winship: a Comment on Burdens of Persuasion in Criminal cases after Patterson v. New York*, op. cit., p. 62.

²⁴¹ Con questa espressione si indicano i principi elaborati dalla Corte Suprema attraverso il controllo di costituzionalità della legislazione penale sostanziale. Questi trovano un riconoscimento costituzionale nella *Due Process Clause* degli Emendamenti Quinto e Quattordicesimo, a fianco ai principi del c.d. *procedural due process of law*. In generale la supervisione della Corte Suprema è stata svolta con due modalità: controllando la legittimità dei fini perseguiti dal legislatore e controllando l'idoneità dei mezzi predisposti per conseguire fini legittimi. Per un approfondimento sul tema ed una rassegna delle sentenze più importanti in materia si vedano M. ANGEL, *Substantive Due Process and the Criminal Law*, 9 Loyola University Law Journal 61, 1977-1978 e LA FAVE, *Substantive Criminal Law*, op. cit., p. 196 ss.

²⁴² Si consideri, in particolare, la decisione del caso *Robinson v. California* (370 U. S. 660, 1962).

²⁴³ Si consideri, in particolare, la decisione del caso *Morrisette v. U.S.* (342 U. S. 246, 1952).

²⁴⁴ Un primo intervento in materia si ha con la decisione del caso *United States v. Weems* (217 U. S. 349, 1910). Si tratta, invero, di una giurisprudenza non particolarmente solida. Basti considerare la decisione del caso *Rummel v. Estelle* (445 U. S. 263, 1980) in cui la Corte Suprema ha ritenuto rispettosa dell'Ottavo Emendamento la condanna all'ergastolo di un recidivo colpevole di aver commesso nell'intera sua esperienza criminale tre truffe per un valore complessivo di 230 dollari!

²⁴⁵ Cfr. J. C. JEFFRIES, P. B. STEPHAN, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law*, 88 Yale Law Journal 1325, p. 1370ss. Gli Autori si mostrano comunque consapevoli della difficoltà di utilizzare il requisito della proporzionalità al fine di individuare, alla luce della pena, gli

deve obbligatoriamente essere applicata ai fatti che servono a soddisfare i requisiti citati, mentre la prova di fatti ulteriori può seguire regimi diversi²⁴⁶. Questo orientamento ricalca dunque le intenzioni che hanno animato la Corte Suprema nella confusa decisione di *Patterson v. New York*.

Un secondo approccio, seguendo l'interpretazione di Mullaney offerta sopra, considera 'elemento costitutivo' ai sensi di *Winship* qualsiasi fatto in grado di influire sulla responsabilità penale dell'imputato e, dunque, sull'entità della pena applicabile. Esso riflette una 'visione olistica' del reato²⁴⁷, ovvero una concezione delle norme penali come *comprehensive rules*²⁴⁸: tutti i fatti che incidono sulla determinazione del *guilt* sono parte di una struttura unitaria, siano essi tipizzati dalle norme in termini positivi o in termini negativi, abbiano essi l'effetto di costituire, aggravare, attenuare o escludere la responsabilità penale²⁴⁹. In virtù dei loro effetti, tutti questi fatti costituiscono la base applicativa della *reasonable doubt rule*. Tale orientamento, pur non ritenendo dirimente per la questione studiata la definizione di parametri costituzionali per la creazione del diritto penale sostanziale, non è indifferente al problema. Infatti i suoi sostenitori si affidano ad un controllo della Corte Suprema volto a sanzionare eventuali abusi dei legislatori statali nella formulazione delle fattispecie penali²⁵⁰. Ciò permette di evitare un illegittimo 'svuotamento' delle stesse.

L'orientamento dominante, che si è visto recepire e completare la posizione della Corte Suprema, presta il fianco a critiche decisive.

elementi essenziali del reato. Si vedano anche: ALLEN, *Mullaney v. Wilbur, the Supreme Court, and the Substantive Criminal Law. An Examination of the Limits of Legitimate Intervention*, op. cit., p. 295 ss.; R. J. ALLEN, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, 94 *Harvard Law Review* 321, 1980, p. 342 ss.; ALLEN, *The Restoration of In Re Winship: a Comment on Burdens of Persuasion in Criminal cases after Patterson v. New York*, op. cit., p. 45 ss.; R. J. ALLEN, *More on Constitutional Process-of-Proof problems in Criminal Cases*, 94 *Harvard Law Review* 1795, 1980-1981; ANGEL, *Substantive Due Process and the Criminal Law*, op. cit., p. 83 ss.

²⁴⁶ Si tratta del noto principio *the greater power includes the lesser power* (risalente alla decisione *Ferry v. Ramsey*, 277 U. S. 88, 1928). In base ad esso la previsione di un reato costituito dagli elementi A, B e C e della possibilità di presumere C da B a meno che l'imputato provi non-C è costituzionale se il legislatore è legittimato a punire un reato composto dai soli elementi A e B. Cfr. ALLEN, *Mullaney v. Wilbur, the Supreme Court, and the Substantive Criminal Law. An Examination of the Limits of Legitimate Intervention*, op. cit., p. 287.

²⁴⁷ Così SUNDBY, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, op. cit., p. 465.

²⁴⁸ Cfr. G. P. FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules: a Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 *Yale Law Journal* 880, 1968, p. 892.

²⁴⁹ Cfr. *id.*, p. 893.

²⁵⁰ Cfr. SUNDBY, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, op. cit., pp. 486, 487.

Innanzitutto, a differenza di quello minoritario, esso fornisce una tutela insufficiente alla libertà personale e alla dignità dell'imputato, ammettendo che fatti che pure influiscono sulla responsabilità penale e, dunque, sulla determinazione della pena possano essere esclusi dal raggio di applicazione della *reasonable doubt rule*²⁵¹. In secondo luogo l'adozione di un puntuale criterio di proporzionalità²⁵² tra reato e pena al fine di individuare i supposti elementi essenziali del primo che facciano da base alla *reasonable doubt rule* non sembra permettere l'esclusione di alcun fatto penalmente rilevante dall'applicazione della stessa, giacché ognuno di essi, per definizione, influenza la pena. Dunque, appellarsi alla proporzionalità pare in definitiva annullare la differenza tra gli effetti dei due orientamenti²⁵³. Inoltre, approvare che al di fuori del raggio di applicazione della *rule* il legislatore faccia uso di *evidentiary devices* che spostano il *burden of persuasion* o facilitano indebitamente la soddisfazione dello standard probatorio²⁵⁴, significa mettere a rischio la certezza del diritto. Detti *evidentiary devices*, infatti, sono regole procedurali di natura tecnica, tendenzialmente meno accessibili da parte dei consociati di quanto non lo siano i precetti penali. Essi, modificando surrettiziamente la fattispecie, creano il rischio che un soggetto, affidandosi al contenuto del precetto penale, ponga in essere un comportamento senza poter prevedere la conseguente risposta dell'ordinamento e, in particolare, un'eventuale condanna per un reato non commesso²⁵⁵. Quest'ultima critica, peraltro, ribadisce in termini più generali quanto

²⁵¹ Stephen Saltzburg, peraltro, fa notare che l'orientamento dominante produrrebbe inevitabilmente il forte rischio di una stigmatizzazione immeritata. Cfr. S. SALTZBURG, *Burdens of Persuasion in Criminal Cases: Harmonizing the Views of the Justices*, 20 American Criminal Law Review 393, 1983, pp. 405-407.

²⁵² Bisogna peraltro notare che i sostenitori dell'orientamento dominante, anche considerata la difficoltà di utilizzare precisamente il requisito menzionato, affermano che il vaglio di proporzionalità entri in gioco solo nei casi limite, ovvero quando la pena è manifestamente sproporzionata rispetto agli elementi di cui il *prosecutor* ha dato prova. Secondo detti autori, solo in questi casi essa può considerarsi *cruel and unusual* ai sensi dell'Ottavo Emendamento. Cfr. JEFFRIES, STEPHAN, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law*, op. cit., p. 1379.

²⁵³ A questa si aggiungono le critiche secondo cui neanche i requisiti dell'*actus reus* e della *mens rea* permettono una chiara individuazione degli elementi costituzionalmente necessitati del reato. Cfr. SUNDBY, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, op. cit., p. 477 ss. e SALTZBURG, *Burdens of Persuasion in Criminal Cases: Harmonizing the Views of the Justices*, op. cit., p. 403 ss.

²⁵⁴ Si veda il prossimo paragrafo.

²⁵⁵ Si pensi ad uno statuto che preveda un reato costituito dagli elementi A, B e C ed affermi che l'elemento C può essere presunto dall'elemento B, salvo prova contraria da parte dell'imputato. Quest'ultimo, facendo affidamento sul precetto penale, potrebbe realizzare una condotta lecita

già si è affermato nel paragrafo 3.1.2: poiché le norme procedurali che incidono sulla ricostruzione fattuale possono influire sul contenuto effettivo della fattispecie, il rispetto del principio di *fair notice* impone di rivolgere attenzione critica anche ad esse e, se necessario, di modificarle o scartarle. Infine, va notato che l'orientamento dominante contrasta con il *right to a jury trial*, previsto dal Sesto Emendamento, in quanto permette al legislatore e al giudice di sostituirsi alla giuria nel *fact finding*.

I due orientamenti descritti serviranno nel successivo paragrafo come chiavi di lettura di specifici problemi legati alla definizione della base applicativa della *reasonable doubt rule*²⁵⁶ e, più in particolare, all'uso degli *evidentiary devices*.

(composta da A e B) e rischiare di risponderne penalmente, oppure, in un diverso caso, realizzare un reato meno grave (composto da A e B) e rischiare di essere condannato per uno più grave. Cfr. l'interessante riflessione svolta in B. UNDERWOOD, *The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, 86 Yale Law Journal 1299, 1977, p. 1323 ss. E' peraltro importante rilevare che la minore comprensibilità delle norme procedurali da parte dei consociati rischia anche di comportare un'esclusione delle stesse dal *political check*. Cfr. *Id.*, p. 1318 ss. e ASHFORD, RISINGER, *Presumptions, Assumptions and the Due Process in Criminal Cases: a Theoretical Overview*, op. cit., p. 178.

²⁵⁶ Un'indagine interessante, a cui per ragioni di spazio si può solo accennare, è quella relativa al regime probatorio applicato al c. d. *jurisdictional element* dei crimini federali. Il riferimento è, in particolare, all'elemento che permette di instaurare la competenza legislativa e la giurisdizione federale per materia in base alla *commerce clause* (prevista all'Art. 1, Section 8 della Costituzione statunitense). In virtù di tale clausola compete al Congresso disciplinare l'uso dei canali del commercio interstatale, proteggere gli strumenti dello stesso e gli oggetti o le persone su cui esso incide e regolare le attività che hanno una 'relazione sostanziale' con esso (cfr. *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549, 1995, pp. 558, 559). Se in un primo momento il Congresso è intervenuto in materia penale per punire le sole condotte che presupponevano un movimento interstatale di oggetti o persone, in un secondo momento esso ha iniziato a reprimere anche condotte compiute all'interno di un singolo stato, ma tali da produrre effetti sul commercio interstatale (cfr. K. F. BRICKEY, *The Commerce Clause and Federalized Crime: a Tale of Two Thieves*, 543 The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences 27, 1996, pp. 31, 32). Questo elemento, ovvero l'influenza sul commercio interstatale, è attualmente assunto come elemento fondante della competenza legislativa del Congresso, nonché della giurisdizione delle corti federali. Quanto al profilo della competenza legislativa, la Corte Suprema ha ritenuto legittimo l'intervento federale quando sia possibile accertare che i comportamenti oggetto di incriminazione, considerati come un aggregato, sono idonei ad influenzare il commercio interstatale (cfr. *ibidem*). Quanto al profilo della giurisdizione, tuttavia, la fattispecie penale federale spesso non contiene l'elemento giurisdizionale: ciò significa che l'accusa non è chiamata a provare *beyond a reasonable doubt* un'effettiva influenza (seppur limitata) del comportamento penalmente rilevante sul commercio interstatale, ritenendosi sufficiente il blando apprezzamento generale posto a fondamento della competenza legislativa (cfr. M. H. LEMOS, *The Commerce Power and Criminal Punishment: Presumption of Constitutionality or Presumption of Innocence*, 84 Texas Law Review 1203, 2006, pp. 1212, 1213). Considerato che l'ordinamento federale si sovrappone in larga parte agli ordinamenti statali (nel senso che prevede fattispecie penali già punite da questi) e che il divario di severità tra il primo e i secondi è notevole (cfr. sul punto S. D. CLYMER, *Unequal Justice: the Federalization of Criminal Law*, 70 S. California Law Review 643, 1997, p. 668 ss. e W. M. CARTER JR., "Trust Me, I'm a Judge": Why Binding Judicial Notice of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial, 68 Missouri Law Review 649, 2003, p. 656;) viene da chiedersi se l'elemento giurisdizionale in questione, che apparentemente può essere l'unico catalizzatore del *surplus* di disvalore in grado di giustificare detto divario, non debba essere oggetto del *fact finding* della giuria nel singolo caso, piuttosto che venire espunto dalla fattispecie. Per un approfondimento, oltre a quelle citate, si vedano in particolare le seguenti opere: R.

Inoltre, le considerazioni critiche appena svolte saranno nell'ultimo paragrafo un importante strumento per lo studio di un problema inscindibile da quelli adesso affrontati, la ricostruzione fattuale nel *sentencing process*.

4.2. L'uso legittimo degli evidentiary devices

Con l'espressione *evidentiary devices* si indicano tutti quei congegni, predisposti in favore dell'accusa dal legislatore o dalle corti, che creano speciali regimi probatori per determinati fatti o, semplicemente, guidano la giuria nella valutazione della *evidence*. I principali *devices* sono le *mandatory conclusive presumptions* (presunzioni assolute che la giuria è tenuta a trarre²⁵⁷), le *mandatory rebuttable presumptions* (presunzioni relative che la giuria è tenuta a trarre²⁵⁸), le *permissive inferences* (istruzioni che esplicitano la mera possibilità per il *fact finder* di trarre un'inferenza²⁵⁹), le *affirmative defenses* (allocazioni del *burden of production*²⁶⁰, o di entrambi i *burdens*, a carico dell'imputato²⁶¹) e il *judicial comment* (l'esposizione da parte della *trial court* delle proprie opinioni sulla *evidence* disponibile²⁶²).

W. SMITH, *Interpreting the Constitution from Inside the Jury Box: Affecting Interstate Commerce as an Element of the Crime*, 55 Washington and Lee Law Review 615, 1998; P. J. HENNING, *Statutory Interpretation and the Federalization of Criminal Law*, 86 Journal of Criminal Law and Criminology 1167, 1996; P. J. HENNING, *Misguided Federalism*, 68 Missouri Law Review 389, 2003; F. E. ZIMRING, G. HAWKINS, *Toward a Principled Basis for Federal Criminal Legislation*, 543 The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences 15, 1996).

²⁵⁷ Si tratta di inferenze che la giuria deve obbligatoriamente trarre. Cfr., in particolare, la definizione data in LA FAVE, *Substantive Criminal Law*, op. cit. p. 219.

²⁵⁸ Si tratta di inferenze che la giuria deve trarre soltanto se l'imputato non introduce controprove soddisfacenti. Cfr., in particolare, la definizione data in *id.*, p. 217.

²⁵⁹ Cfr. la definizione fornita in NESSON, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: the Value of Complexity*, op. cit., p. 1187, nota n. 1.

²⁶⁰ Il concetto di *burden of production* è stato introdotto nel paragrafo 2.3.

²⁶¹ Il Model Penal Code utilizza l'espressione *affirmative defense* riferendosi all'imposizione all'imputato del solo *burden of production*. Cfr. *Model Penal Code and Commentaries. Official Draft and Revised Comments*, The American Law Institute, Philadelphia, 1985, Parte I, Vol. I, section 1.12, p. 191 ss. Tuttavia questa espressione viene spesso utilizzata per riferirsi a spostamenti di entrambi i *burdens*. Cfr. ALLEN, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, op. cit., p. 327 e BROUN ET AL., *McCormick On Evidence*, op. cit., p. 527.

²⁶² Cfr., in particolare, ALLEN, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, op. cit., p. 330 ss. e L. J. HARRIS, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, 77 Journal of Criminal Law & Criminology 308, 1986, p. 346 ss.

Se si escludono le *conclusive presumptions*, la cui conseguenza è l'eliminazione *tout court* di un elemento dalla fattispecie penale²⁶³, ognuno dei restanti *devices* interferisce effettivamente o potenzialmente sulla ripartizione degli oneri probatori. Tale è l'effetto conclamato delle *affirmative defenses*. Eppure anche le *rebuttable presumptions*, soddisfacendo automaticamente lo standard *of persuasion* dell'accusa su di un fatto specifico, obbligano l'imputato ad attivarsi. Infine, le *permissive inferences* e il *judicial comment* possono produrre la medesima conseguenza quando la giuria si persuade della bontà del ragionamento della corte²⁶⁴.

Si tratta dunque di stabilire se e quando gli effetti prodotti dagli *evidentiary devices* siano rispettosi delle tre componenti della *reasonable doubt rule*.

Secondo l'orientamento maggioritario (introdotto nel precedente paragrafo), che qui riceve l'esplicito avallo della Corte Suprema²⁶⁵, le *conclusive presumptions* relative ad elementi essenziali della fattispecie sono illegittime²⁶⁶. Sono invece legittime le *rebuttable presumptions* e le *permissive inferences* relative ai medesimi elementi, a patto che siano rispettati alcuni requisiti particolarmente stringenti, volti non solo a tutelare l'accuratezza del *fact finding*, ma anche a riservare lo stesso alla giuria. Nella decisione del caso *Ulster County Court v. Allen*²⁶⁷ la Corte Suprema, servendosi di un *test* di legittimità costituzionale già elaborato in precedenza, statuisce che le *permissive inferences* sono legittime laddove, alla luce della *evidence* disponibile, sia riscontrabile una *rational connection* tra i due termini dell'inferenza, ovvero laddove la correttezza di quest'ultima sia 'più probabile che no'. Tale requisito è ritenuto sufficiente, considerato che il *fact finder* è lasciato libero di non

²⁶³ Cfr. KADISH, SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, op. cit., p. 52 e *Sandstrom v. Montana* (442 U. S. 510, 1979, p. 522).

²⁶⁴ Cfr. ALLEN, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, op. cit., pp. 322, 331.

²⁶⁵ Vi sono ovviamente talune discrepanze tra le decisioni della Corte e i diversi lavori dottrinali. Tuttavia, per ragioni di semplicità espositiva, si è scelto di trascurarle, ritenendole di minore importanza rispetto ai punti di contatto. Si invita comunque a confrontare quanto si dirà nel testo con la posizione di Ronald Allen, espressa, in particolare, in ALLEN, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, op. cit., p. 339 ss.

²⁶⁶ Cfr. *Sandstrom v. Montana*, cit., p. 522. Sul punto si vedano le riflessioni contenute in R. J. ALLEN, L. A. DEGRAZIA, *The Constitutional Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt in Criminal Cases: a Comment Upon Incipient Chaos in the Lower Courts*, 20 *American Criminal Law Review* 1, 1982, pp. 13, 14.

²⁶⁷ *Ulster County Court v. Allen* (442 U. S. 140, 1979).

trarre l'inferenza²⁶⁸. Per quanto invece attiene alle *rebuttable presumptions* la Corte afferma che esse sono legittime soltanto se è possibile stabilire una connessione *beyond a reasonable doubt* tra i termini dell'inferenza²⁶⁹. Detta connessione va intesa in astratto, ovvero in termini frequentistici (*in the run of cases*): si tratta pertanto di una generalizzazione²⁷⁰. Questo secondo test, invero, costituisce un *obiter dictum* aggiunto dalla Corte più per desiderio di completezza dell'analisi che non per la sua rilevanza nel caso concreto. In merito la dottrina rileva che è del tutto irrealistico che una *rebuttable presumption* possa superare il test proposto²⁷¹. Questa affermazione va però precisata. Essa non può certo significare che una generalizzazione non possa soddisfare lo standard *of persuasion* prescritto, atteso che, come si è detto in precedenza, la ricostruzione positiva del fatto è sempre raggiunta applicando delle generalizzazioni *beyond a reasonable doubt* al caso singolo. Il problema che l'affermazione giustamente evidenzia nel test elaborato dalla Corte è dovuto invece al fatto che è assai dubbio che una generalizzazione relativa a comportamenti umani della sorta di quelli penalmente rilevanti, e associata a *reference classes* tanto 'generali ed astratte' quanto quelle di cui si occupa la legge, possa soddisfare lo standard *of persuasion*²⁷². Sembra pertanto derivarne la certa incostituzionalità di questi strumenti quando riferiti ad un elemento essenziale del reato. Senza contare, peraltro, che la Corte pare ignorare che ciò che deve provarsi *beyond a reasonable doubt* è l'enunciato fattuale 'monadico' e che, pertanto, anche qualora il test previsto venisse soddisfatto, l'accusa dovrebbe pur sempre provare *beyond a reasonable doubt* l'esistenza di un'analogia tra il caso singolo e il prototipo delle istanze della *reference class* a cui è associata la generalizzazione. Solo a questo punto potrebbe verificarsi un legittimo spostamento del *burden of persuasion*.

²⁶⁸ Cfr. *Id.*, p. 163-165. Il *rational connection* test viene adottato per la prima volta nella sentenza del caso civile *Mobile Jackson and Kansas City Railroad v. Turnipseed* (219, U. S. 35, 1910). Per un resoconto sul suo incostante utilizzo da parte della Corte Suprema si veda HARRIS, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, op. cit., p. 317 ss. Inoltre si vedano, in particolare, le importanti sentenze della Corte Suprema nei casi *United States v. Gainey* (380 U. S. 63, 1965) e *United States v. Romano* (382 U. S. 136, 1965).

²⁶⁹ Cfr. *Ulster County Court v. Allen*, cit., pp. 157-158 e 167-168.

²⁷⁰ Si rimanda sempre alla definizione di 'generalizzazione' data *supra*, nota n. 142.

²⁷¹ Cfr. HARRIS, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, op. cit., pp. 336, 337.

²⁷² Una generalizzazione del tipo 'tutti coloro che sparano verso il busto della vittima intendono ucciderla' potrebbe mai soddisfare lo standard?

Per quanto attiene al *judicial comment* non si ravvisano prescrizioni specifiche. Tuttavia, poiché lo stesso può essere considerato una versione informale, non standardizzata, delle *permissive inferences*²⁷³, è ragionevole ritenere che la sua legittimità dipenda dal rispetto del test costituzionale predisposto per queste²⁷⁴.

È bene precisare che nel caso concreto il controllo di legittimità svolto dalle istanze superiori in base ai parametri menzionati non coinvolge solo il contenuto dello statuto (che, peraltro, talvolta neppure prevede il *device*), ma deve riguardare in particolare il linguaggio utilizzato nelle *instructions* con cui la *trial court* spiega il *device* alla giuria: è solo considerando questo che è dato individuare le possibili interpretazioni dello stesso da parte dei giurati e ravvisare un eventuale *constitutional error* quando taluna di dette interpretazioni sia incostituzionale, perché contraria ai parametri sopra indicati²⁷⁵. L'esame della *instruction* serve dunque per svolgere un controllo in termini ipotetici sul verdetto immotivato.

Secondo l'orientamento considerato, gli *evidentiary devices* sin qui citati non dovrebbero comunque trovare alcun ostacolo se applicati ad elementi della fattispecie non costituzionalmente necessari²⁷⁶.

Per comprendere i limiti che l'orientamento dominante appone all'utilizzo delle *affirmative defenses* è bene rifarsi alla tassonomia delle *defenses* elaborata da Paul H. Robinson²⁷⁷. Tuttavia va preliminarmente chiarito che se l'espressione *affirmative defense* riguarda la norma processuale che influenza la ripartizione degli oneri

²⁷³ Cfr. *id.*, pp. 348, 349 e MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence. Practice Under the Rules*, op. cit., p. 218.

²⁷⁴ Bisogna peraltro notare che diversi stati proibiscono l'uso di questo *device*. Cfr. in particolare, *State v. Rainey* (693 P. 2d 635, Oregon 1985) e HARRIS, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, op. cit., p. 349.

²⁷⁵ Se, ad esempio, in base al linguaggio adoperato non può escludersi che la giuria abbia inteso il *device* riferito ad un elemento essenziale come una *conclusive presumption*, si ravvisa un *constitutional error*. Cfr. *Sandstrom v. Montana*, cit., p. 514 e l'approccio seguito in *Ulster County Court v. Allen*, cit. Si veda anche MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence. Practice Under the Rules*, op. cit., p. 219. Parte della dottrina, tuttavia, nutre dei dubbi sulla possibilità che le *instructions* relative agli *evidentiary devices* influenzino effettivamente i giurati. Cfr. HARRIS, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, op. cit., p. 356.

²⁷⁶ Cfr. ALLEN, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, op. cit., p. 342 ss.

²⁷⁷ Il riferimento è alle seguenti opere del penalista statunitense: P. H. ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 *Columbia Law Review* 199, 1982; ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit.; P. H. ROBINSON, *Criminal Law*, Aspen Publishers, New York, 1997; P. H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

probatori, il termine *defense* indica invece l'istituto di diritto sostanziale che comporta, a vario titolo, l'esclusione o l'attenuazione della pena²⁷⁸.

Robinson distingue tra i seguenti tipi di *defenses*: *failure of proof defenses* (consistono nell'inesistenza di un elemento del reato)²⁷⁹; *offense modification defenses* (consistono in un fatto ulteriore rispetto agli elementi del reato suscettibile di modificare la qualificazione della fattispecie)²⁸⁰; *justifications* (consistono in un fatto che esclude l'antigiuridicità del comportamento tipico)²⁸¹; *excuses* (consistono in un fatto che esclude la rimproverabilità dell'imputato)²⁸²; *nonexculpatory defenses* (consistono in un fatto che, pur non escludendo la responsabilità dell'imputato, fa venir meno l'interesse pubblico alla sua condanna)²⁸³.

In Patterson la Corte Suprema pare individuare nella distinzione tra *failure of proof defenses* e *offense modification defenses* la linea di demarcazione da cui dipende la legittimità della ripartizione degli oneri probatori. Sia il *burden of production* che il *burden of persuasion* possono dunque essere legittimamente imposti (anche non insieme) all'imputato per tutte le *defenses*, ad eccezione delle

²⁷⁸ Su questa distinzione concettuale si vedano le chiarissime pagine di Elisabetta Grande. Cfr. E. GRANDE, *Imitazione e Diritto: Ipotesi sulla Circolazione dei Modelli*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 9-14. Le medesime sono anche un utile strumento per comprendere l'importanza dell'opera classificatoria di Robinson per l'evoluzione del pensiero penalistico statunitense.

²⁷⁹ Si tratta di *overlapping defenses* in quanto si sovrappongono agli elementi essenziali del reato. Cfr. in particolare ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., p. 204 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 72. Fra queste *defenses* rientra, ad esempio, la *heat of passion on sudden provocation defense*, come disciplinata nello statuto del Maine oggetto di Mullaney. L'individuazione delle *defenses* di questa categoria richiede peraltro una delicata riflessione sulla compatibilità tra gli elementi essenziali del reato e talune *defenses* tradizionali. In proposito si ritiene che la *insanity defense*, nonostante sia un classico esempio di *excuse*, possa essere ascritta anche alle *failure of proof defenses*. Si vedano, sul punto, le interessanti riflessioni svolte da Peter Westen in P. WESTEN, *The Supreme Court's Bout With Insanity: Clark v. Arizona*, 4 Ohio State Journal of Criminal Law 143, 2006.

²⁸⁰ Cfr. in particolare ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., p. 208 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 77. Tra queste *defenses* rientra, ad esempio, la *extreme emotional disturbance defense*, come disciplinata dallo statuto di New York oggetto di Patterson.

²⁸¹ Cfr. in particolare ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., p. 213 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 83. Tra queste *defenses* rientra, ad esempio, la *self-defense*.

²⁸² Cfr. in particolare ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., p. 221 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 91. Tra queste *defenses* rientra, ad esempio, la *insanity defense*.

²⁸³ Cfr. in particolare ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., p. 229 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 102. Tra queste *defenses* rientrano, ad esempio, le *defenses* basate sullo *statute of limitations*.

*failure of proof defenses*²⁸⁴. Tuttavia va precisato che in base all'orientamento dominante, riflesso nelle intenzioni di Patterson, le *affirmative defenses* dovrebbero potersi utilizzare anche per *failure of proof defenses* relative ad elementi del reato non costituzionalmente necessari. Lo *standard of persuasion* che generalmente si richiede all'imputato di soddisfare è il *preponderance of the evidence standard*²⁸⁵.

L'orientamento minoritario (introdotto nel precedente paragrafo) vede con sfavore gli *evidentiary devices* relativi a qualsiasi fatto che influisca sulla responsabilità penale e, dunque, sulla pena. Le *conclusive presumptions* sono bandite. Le *permissive inferences* e il *judicial comment* sono considerati strumenti pericolosi perché rischiano di trarre in errore la giuria, falsando così il *fact finding*²⁸⁶. Un loro utilizzo è legittimo soltanto se epistemologicamente accurato alla luce della *evidence* disponibile²⁸⁷. Lo spostamento del *burden of persuasion* è considerato illegittimo. Pertanto le *rebuttable presumptions* sono escluse, così come le *affirmative defenses* che consistano nello spostamento di detto onere. Sono invece ammesse le *affirmative defenses* che spostino il solo *burden of production*²⁸⁸. Quest'ultimo, infatti, è concepito come un necessario “‘housekeeping’ device”²⁸⁹ che serve per evitare allegazioni pretestuose da parte dell'imputato, che possano compromettere la funzionalità del processo, rallentandolo o addirittura rendendone impossibile la conclusione in tempi ragionevoli. Non è però chiaro con riferimento a quali fatti

²⁸⁴ E' questa l'interpretazione di Patterson fornita da Paul H. Robinson. Secondo l'Autore, peraltro, qualsiasi possibile collocazione della linea di demarcazione sarebbe migliore di quella operata dalla Corte. La distinzione tra *justifications* e *excuses*, ad esempio, costituisce un più giusto parametro per discriminare gli spostamenti degli oneri probatori legittimi da quelli illegittimi. Infatti, le prime tre categorie di *defenses* indicate escludono l'esistenza di un *net recognised harm*, a differenza delle seconde due. Robinson pertanto ritiene che sia ragionevole che l'accusa provi l'inesistenza delle prime e che sia l'imputato a dover provare la presenza di una *excuse* o di una *nonexculpatory defense*. Cfr. *id.*, pp. 139, 140 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., pp. 257, 258. Cfr. anche la posizione di Alex Stein in STEIN, *Criminal Defences and the Burden of Proof*, op. cit., p. 136 ss. Sul punto si consideri, peraltro, l'approccio del Model Penal Code che alla *section 1.13* definisce elementi del reato (e dunque base applicativa della *reasonable doubt rule*) anche i fatti che negano una *excuse* o una *justification* o una *defense under the statute of limitations*.

²⁸⁵ Cfr., in particolare, MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence. Practice Under the Rules*, op. cit., p. 199 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 145. Per quanto riguarda lo standard del *burden of production* vale quanto già si è detto al paragrafo 2.3.

²⁸⁶ Cfr. SALTZBURG, *Burdens of Persuasion in Criminal Cases: Harmonizing the Views of the Justices*, op. cit., p. 415.

²⁸⁷ Cfr. *Id.*, p. 419.

²⁸⁸ Cfr. UNDERWOOD, *The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, op. cit., p. 1335 e SUNDBY, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, op. cit., p. 500.

²⁸⁹ Così *ibidem*.

sarebbe utilizzabile questo *device*²⁹⁰. Un valido completamento della teoria esposta potrebbe forse essere fornito dai requisiti individuati dai *drafters* del Model Penal Code. Secondo questi il *device* in questione è legittimo solo se esso riguarda *excuses* e *justifications* e se la corte, in base alle circostanze del caso concreto, rileva che il fatto è oggetto di una conoscenza peculiare dell'imputato e ritiene che sia corretto imporre a questo di introdurre *evidence* a sostegno della sua allegazione²⁹¹.

Poiché l'orientamento minoritario sostiene che la base applicativa della *reasonable doubt rule* consiste nei soli elementi che influiscono sulla responsabilità penale, sembrerebbe doversi concludere che secondo lo stesso le *nonexculpatory defenses* possono essere oggetto di uno spostamento del *burden of persuasion*. Questa posizione è peraltro condivisibile. Una volta accertatosi, nel rispetto della *reasonable doubt rule*, che l'imputato è penalmente responsabile, cessa infatti la protezione fornita dalla presunzione d'innocenza e, dunque, la necessità di applicare la *rule* medesima. Le *defenses* appartenenti alla categoria in discussione (si pensi allo *statute of limitations* o alla *immunity*) rispecchiano mere scelte di opportunità politica che non intaccano il giudizio sfavorevole dell'ordinamento connesso all'accertamento della responsabilità. E' pertanto ragionevole ritenere che la *reasonable doubt rule* debba riguardare i soli fatti che costituiscono il fondamento di tale giudizio e non anche quelli su cui si basano dette *defenses*²⁹². A sostegno di ciò si rileva altresì che il principio di certezza del diritto non sarebbe minato dalla

²⁹⁰ Sul punto si consideri però la riflessione di Robinson. Egli fa notare che una concezione forte del *right to a jury trial* imporrebbe di rimettere alla giuria la decisione su ogni fatto relativo alla responsabilità penale e che, pertanto, secondo tale concezione solo con riferimento alle *nonexculpatory defenses* potrebbe esserci un legittimo spostamento del *burden of production* a carico dell'imputato. Cfr. ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, op. cit., p. 135 e ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, op. cit., p. 255. Cfr. anche FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules: a Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, op. cit., p. 904, nota n. 83.

²⁹¹ Cfr. *Model Penal Code and Commentaries. Official Draft and Revised Comments*, op. cit., pp. 195, 196.

²⁹² Un'obbligato sguardo al codice di procedura penale italiano rileva una possibile incongruenza. Dall'art. 533, comma primo, c. p. p. si ricava che l'accusa deve provare oltre ogni ragionevole dubbio ogni fatto costitutivo della responsabilità penale. Inoltre, dal combinato disposto degli artt. 187, comma primo, c. p. p. e 530, commi secondo e terzo, c. p. p. sembra derivare che il regime delineato debba applicarsi alla prova dell'assenza delle cause di giustificazione, delle cause di non imputabilità e delle cause scusanti. Si tratta peraltro di una disciplina già implicita nell'art. 533, comma primo, c. p. p. atteso che questi fatti influenzano la responsabilità penale. Tuttavia, dal combinato disposto menzionato (il riferimento è qui al solo comma terzo dell'art. 530 c. p. p.) sembra anche derivare che la prova dell'assenza delle cause di non punibilità debba seguire detto regime, nonostante si tratti di fatti estranei alla valutazione di responsabilità.

mancata applicazione della *rule* nei casi in questione. Esso infatti non abbraccia le *nonexculpatory defenses*²⁹³ e non può pertanto essere compromesso da un'eventuale condanna pronunciata nonostante vi siano dubbi ragionevoli in merito all'esistenza delle stesse²⁹⁴.

4.3. La problematica disciplina della ricostruzione del fatto nel sentencing process

Come noto, il *sentencing process* costituisce una delle due fasi del c.d. *bifurcated system* statunitense. Si tratta di un'apposita udienza successiva al *trial* finalizzata alla commisurazione della pena da parte del giudice.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso si sviluppa un movimento di riforma volto a superare il modello di *sentencing* indeterminato e discrezionale che per circa cinquant'anni era stato dominante al livello sia statale che federale²⁹⁵. Dopo aver dato vita ad alcune riforme in ambito statale²⁹⁶, tale movimento compie un passo decisivo nel 1987 con l'entrata in vigore delle *federal sentencing guidelines*²⁹⁷. Si tratta di un documento stilato dalla United States Sentencing Commission, organo

²⁹³ In altre parole non è un diritto del consociato sapere che un reato da lui compiuto non potrà essere punito dopo il decorrere di un dato termine di tempo, oppure, che essendo coperto da immunità egli può delinquere impunemente. Né si tratta di messaggi che l'ordinamento penale ha alcun interesse a diffondere. In proposito si vedano le interessanti riflessioni di Fletcher con riferimento alla prescrizione, contenute in FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, op. cit., pp. 13, 14. Più problematico è però il caso della *double jeopardy*, che Robinson riconduce alle *nonexculpatory defenses*. Se è vero che l'assenza di un precedente processo per il medesimo fatto non costituisce un elemento della responsabilità penale, è altrettanto vero che l'accertamento della *double jeopardy* dovrebbe seguire un regime rigoroso. Se così non fosse sarebbe maggiore il rischio di duplicazione dei processi e sarebbe parallelamente minore l'affidamento del consociato nel sistema. Si ritiene che l'ordinamento debba evitare che il consociato viva in uno stato d'ansia e d'insicurezza per il timore di un secondo processo sul medesimo fatto. Per ottenere ciò è necessario un accertamento rigoroso riguardo alla *double jeopardy* che sia in grado di mandare il corretto messaggio ai consociati. La certezza del diritto in questo caso va garantita.

²⁹⁴ In conclusione si può aggiungere che l'imposizione all'imputato del *burden of persuasion* relativo alle *nonexculpatory defenses* (a prescindere dallo standard adottato) non costituisce un onere gravoso, atteso che nella gran parte dei casi si tratta di accertamenti non particolarmente difficili.

²⁹⁵ Cfr. J. DRESSLER, A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, Lexis Nexis, San Francisco, Vol. 2, 2006, p. 351. Per un approfondimento sui presupposti e sui fondamenti della riforma del *sentencing* statunitense si segnala l'opera di G. MANNOZZI, *Razionalità e Giustizia nella Commisurazione della Pena: il Just Desert Model e la Riforma del Sentencing Americano*, CEDAM, Padova, 1996, in particolare Parte I, Sezione II.

²⁹⁶ Il riferimento è, in particolare, alla riforma pionieristica del Minnesota che ha prodotto un sistema di *sentencing guidelines* entrato in vigore nel 1980. Sul punto Cfr. *id.*, p. 197 ss.

²⁹⁷ L'ondata riformatrice, anche grazie alla spinta data dalla riforma a livello federale, prosegue nel periodo successivo. Cfr. DRESSLER, MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, op. cit., p. 352 e KADISH, SCHULHOFER, *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, op. cit., p. 152.

amministrativo creato con il Sentencing Reform Act del 1984 e deputato all'elaborazione di criteri di commisurazione della pena detentiva dettagliati e vincolanti, da applicarsi nel processo penale federale²⁹⁸. Le *guidelines* federali sono qui assunte a modello del *sentencing* determinato²⁹⁹.

Il regime previgente nel *sentencing process*, animato dall'ideale riabilitativo della pena detentiva, si ispirava al seguente disegno. Lo statuto penale fissava un massimo edittale (più raramente anche un minimo). Il giudice aveva ampia discrezionalità nell'individuare un termine di pena, oppure una cornice edittale, entro il massimo previsto. La quantità effettiva di pena scontata dipendeva in definitiva dalle valutazioni del *parole board* che stabiliva quando il condannato potesse essere ammesso al *parole*: ove il giudice avesse indicato un termine di pena preciso, usualmente il condannato poteva essere ammesso al *parole* solo dopo aver scontato una certa porzione della stessa; ove il giudice avesse indicato una cornice edittale, invece, l'ammissione al *parole* era possibile solo se la quantità di pena scontata rientrava in tale cornice³⁰⁰.

Il Sentencing Reform Act prende le mosse dalla diffusa insoddisfazione prodotta dal disegno tracciato: esso è accusato di creare disparità di trattamento, di favorire atteggiamenti eccessivamente indulgenti e di ispirarsi ad un ideale (quello riabilitativo) impraticabile³⁰¹. La riforma federale abbraccia invece l'ideale retributivo del *just desert*³⁰² che vuole la pena certa e proporzionata³⁰³: da un lato si

²⁹⁸ Nel prosieguo si farà esclusivo riferimento alle sole *guidelines* federali previste per i reati commessi da persone fisiche. Per uno studio delle *guidelines* federali previste per le *organizations* (promulgate nel 1991) si veda MANNOZZI, *Razionalità e Giustizia nella Commisurazione della Pena: il Just Desert Model e la Riforma del Sentencing Americano*, op. cit., p. 294 ss.

²⁹⁹ Va peraltro notato che vi sono differenze tra il modello 'federale' e quelli 'statali'. Sul punto cfr. *id.*, p. 307 ss.

³⁰⁰ Cfr. F. E. ZIMRING, *Making the Punishment Fit the Crime. A Consumer's Guide to Sentencing Reform*, 6 The Hastings Center Report 13, 1976, pp. 13, 14. La disciplina del *sentencing* prevista dal Model Penal Code è indicativamente riconducibile al modello dell'*indeterminate sentencing*. Cfr. *Model Penal Code and Commentaries. Official Draft and Revised Comments*, op. cit., Vol. III.

³⁰¹ Si veda DRESSLER, MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, op. cit., p. 351.

³⁰² Cfr. però MANNOZZI, *Razionalità e Giustizia nella Commisurazione della Pena: il Just Desert Model e la Riforma del Sentencing Americano*, op. cit., p. 284 ss. L'Autrice sostiene che le *guidelines* sono animate più che da "una reale adesione alla filosofia del *just desert* (...), da una netta (ma forse solo dichiarata) opposizione all'ideale rieducativo". Questa affermazione è argomentata mettendo in luce la diversità e l'apparente parità di rango dei "criteri guida per la determinazione della pena" che vengono adottati. Cfr. 18 U. S. C. *section* 3553 (a) (2). Il Titolo 18 dell'United States Code contiene il diritto federale penale, processuale penale e penitenziario. Il Sentencing Reform Act del 1984 ne novella i capitoli 227, 229 e 231.

rifugge dall'indeterminatezza nella commisurazione, abolendo il *parole*³⁰⁴ ed imponendo al condannato di scontare l'intera pena detentiva applicata³⁰⁵; dall'altro, attraverso le *sentencing guidelines*, si limita grandemente la discrezionalità del giudice.

Il fulcro delle *guidelines* federali è la *sentencing table*, ovvero una tabella 'a doppia entrata' che permette di individuare una precisa cornice edittale di riferimento incrociando l'*offense level*, indicato sull'asse verticale, e la *criminal history category*, indicata sull'asse orizzontale³⁰⁶. Mentre la seconda riflette i trascorsi penali del condannato, il primo esprime la c.d. *real offense*³⁰⁷, ovvero un insieme di condotte poste in essere dallo stesso nel quale rientrano non solo il reato oggetto di condanna, considerato nella sua manifestazione concreta, bensì anche comportamenti ulteriori connessi a quest'ultimo, ma, si badi bene, non necessariamente oggetto dell'imputazione e dunque del *fact finding*³⁰⁸. Le informazioni necessarie per stabilire queste 'grandezze' provengono dal *record* o, più soventemente, dal c.d.

³⁰³ Cfr. 18 U. S. C. *section* 3553 (a) (2) (A) e (B) e U. S. SENTENCING COMMISSION, *Executive Summary. Fifteen Years of Guidelines Sentencing: An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System Is Achieving the Goals of Sentencing Reform*, 17 Federal Sentencing Report 269, 2004-2005, p. 269.

³⁰⁴ Il Sentencing Reform Act abroga infatti le *sections* da 4201 a 4218 del Titolo 18 dell'United States Code.

³⁰⁵ Salvo riduzioni dovute a *satisfactory behavior*. Cfr. 18 U. S. C. *section* 3624 (a) e (b).

³⁰⁶ Sono peraltro previsti in taluni casi dei meccanismi di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria e di irrogazione di sanzioni sostitutive.

³⁰⁷ Per determinare l'*offense level* è necessario compiere tre *steps*. Innanzitutto bisogna stabilire il *base offense level* avuto riguardo alla figura di reato oggetto di condanna; in secondo luogo bisogna modificare il valore ottenuto considerando le *specific offense characteristics* presenti, ovvero quale declinazione abbia assunto nel caso concreto ciascuna delle caratteristiche tipiche di una figura di reato; infine si devono operare eventuali *adjustments* in base ad ulteriori fattori potenzialmente riscontrabili in ogni reato (tra cui, ad esempio, la tipologia della vittima e il ruolo del condannato in caso di concorso), nonché a comportamenti ulteriori rispetto allo stesso. Cfr. DRESSLER, MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, op. cit., pp. 361, 362. Opposto al *real offense system* è il *charge offense system* in cui si ha riguardo solamente al crimine oggetto di condanna da parte della giuria. Cfr. *id.*, p. 364.

³⁰⁸ Tra questi si pensi all'ostruzione all'amministrazione della giustizia da parte del condannato, oppure alla sua ammissione di responsabilità o, nei reati di commercio di droga, ad altri episodi di commercio non oggetto di precedenti condanne, né del *fact finding* del caso in questione. Il sistema del *real offense sentencing* (al quale si oppone il sistema del *charge offense sentencing*, che da rilievo ai soli comportamenti oggetto di imputazione) è pensato per evitare disparità di trattamento, individualizzando la pena in modo da "riflettere meglio la gravità del comportamento criminale" del condannato (libera traduzione da U. S. SENTENCING COMMISSION, *Executive Summary. Fifteen Years of Guidelines Sentencing: An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System Is Achieving the Goals of Sentencing Reform*, op. cit., p. 270).

presentence report, un documento stilato da un *probation officer* a seguito di un'apposita investigazione finalizzata al *sentencing*³⁰⁹.

È di fondamentale importanza ricordare che a partire dalla risalente decisione del caso *Williams v. New York*³¹⁰ la Corte Suprema ha sottolineato più volte che, in ragione della diversità di funzioni svolte dal *trial* e dal *sentencing*, in quest'ultimo non trovano applicazione molte delle protezioni garantite dalla *due process clause*. In particolare, per quanto qui interessa, la Corte ha affermato che nel *sentencing* non operano il *right to a jury trial*³¹¹, né la *reasonable doubt rule*³¹². Ciò comporta che i fatti utilizzati per la commisurazione della pena, che non siano stati oggetto del *fact finding* nel *trial*, possono essere accertati dal giudice secondo il *preponderance of the evidence* standard³¹³ in base alle informazioni fornite dalla *presentence investigation* o dal *record*.

La problematicità della disciplina speciale appena delineata è resa palese dalla constatazione che non è possibile sostenere che vi sia una distinzione ontologica tra un elemento del reato ed un *sentencing factor*, specialmente ove si consideri che il *sentencing* determinato ha adottato un approccio *backward-looking*, attento ai fatti e non alle prognosi³¹⁴. Proprio in virtù di questa constatazione in molti hanno paragonato le *federal sentencing guidelines* ad un vero e proprio codice penale, mettendo peraltro in luce come con la riforma del *sentencing* si sia cercato di compensare il precedente fallimento del progetto di codificazione del diritto penale

³⁰⁹ Si veda la Rule 32 delle Federal Rules of Criminal Procedure. Nel *report* sono contenute, tra l'altro: informazioni sui precedenti penali, sulle condizioni finanziarie, sul carattere del condannato, sul suo stato psichico e su qualsiasi altro fatto che la Corte ritenga importante per la commisurazione della pena alla luce dei fattori indicati alla *section 3553* del Titolo 18 dell'United States Code. Inoltre, in base alla *section 3552 (b)* del medesimo titolo, laddove sia necessario la Corte può ordinare che il condannato sia sottoposto ad un periodo di osservazione in carcere da parte del *Bureau of Prisons*. Le informazioni acquisite in questo periodo incrementano quelle già contenute nel *report* e servono per il *sentencing*. La gran parte delle informazioni citate non sono oggetto del *fact-finding* della giuria.

³¹⁰ 337 U. S. 241, 1949.

³¹¹ Cfr. *Spaziano v. Florida*, 468 U. S. 447, 1984, in particolare p. 459.

³¹² Cfr. *McMillan v. Pennsylvania*, 477 U. S. 79, 1986, in particolare a p. 91. Per una riflessione sulle posizioni prese dalle corti federali in materia prima di *McMillan* si veda R. L. GOLDMAN, J. W. MULLENIX, *A Hidden Issue of Sentencing: Burdens of Proof for Disputed Allegations in Presentence Reports*, 66 *Georgetown Law Journal* 1515, 1977-1978, p. 1538 ss.

³¹³ Cfr. sempre *McMillan v. Pennsylvania*, cit., p. 91.

³¹⁴ Cfr. S. BIBAS, *The Blakely Earthquake Exposes the Procedure/Substance Fault Line*, 17 *Federal Sentencing Report* 258, 2004-2005, p. 259.

federale da parte della *National Commission on Reform of the Federal Criminal Law*³¹⁵.

Se dunque la distinzione tra i *sentencing factors* e gli elementi del reato è puramente nominale, mal si comprende come possano i primi essere accertati secondo un regime autonomo in tutti i casi in cui non siano già stati oggetto del *fact finding* della giuria.

La Corte Suprema si è resa conto del problema e, con la decisione del caso *Apprendi v. New Jersey*³¹⁶, ha superato il suo precedente approccio al *sentencing*. Partendo dalla considerazione che gli Emendamenti Quinto e Sesto sono storicamente indifferenti alla distinzione tra *sentencing factor* ed elemento del reato, la Corte ha statuito che un legislatore non può aggirare le protezioni fornite dagli stessi semplicemente etichettando un fatto nell'uno o nell'altro modo³¹⁷. Essa ha conseguentemente affermato che qualsiasi fatto³¹⁸ in grado di aumentare la pena oltre allo *statutory maximum* deve essere provato dalla giuria *beyond a reasonable doubt*³¹⁹. La nozione di *statutory maximum* ai sensi di *Apprendi* viene successivamente chiarita nella decisione del caso *Blakely v. Washington*³²⁰. Ivi la Corte Suprema definisce detta espressione come “il massimo di pena che un giudice potrebbe imporre sulla sola base dei fatti oggetto del verdetto della giuria o di

³¹⁵ Cfr. G. E. LYNCH, *The Sentencing Guidelines as a Not-so Model Penal Code*, 7 Federal Sentencing Report 112, 1994, pp. 112, 113. L'Autore, proprio in ragione del paragone menzionato, ritiene che aver delegato ad una commissione amministrativa il compito di stilare le *guidelines* sia stata una mossa di dubbia costituzionalità. Cfr. anche J. B. WEINSTEIN, F. A. BERNSTEIN, *The Denigration of Mens Rea in Drug Sentencing*, 7 Federal Sentencing Report 121, 1994. Questi ultimi criticano le *guidelines* relative alla commisurazione della pena per i reati in materia di stupefacenti, affermando che queste attribuiscono troppo peso ai quantitativi di droga senza richiedere esplicitamente una corrispondente *mens rea*, producendo così il rischio di dar vita a forme di responsabilità oggettiva.

³¹⁶ 530 U. S. 466, 2000. Si veda anche la precedente decisione del caso *Jones v. United States*, 526 U. S. 227, 1999.

³¹⁷ Cfr. *Apprendi v. New Jersey*, cit., pp. 478, 485. Si veda però quanto affermato in *Harris v. United States* (536 U. S. 545, 2002) a p. 549.

³¹⁸ Esclusa una precedente condanna. Si tratta di un'eccezione di dubbia costituzionalità su cui la Corte già si era favorevolmente pronunciata nel caso *Almendarez-Torres v. United States* (523 U. S. 244, 1998). Sul punto cfr. DRESSLER, MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, op. cit., pp. 374, 375.

³¹⁹ Cfr. *Apprendi v. New Jersey*, cit., p. 490. La Corte ha dichiarato incostituzionale la disposizione di una *hate crime law* del New Jersey che autorizzava il giudice ad applicare una pena superiore allo *statutory maximum* in base alla ricostruzione, effettuata dallo stesso secondo il *preponderance of the evidence* standard, del fatto che l'imputato avesse commesso il reato “with a purpose to intimidate (...) because of race” (cfr. *Apprendi v. New Jersey*, cit., p. 469).

³²⁰ 542 U. S. 296, 2004. In *Blakely* viene dichiarata l'incostituzionalità di una disposizione del Sentencing Reform Act dello Stato di Washington in cui si affermava che il giudice poteva applicare una pena superiore allo “standard range” se riteneva vi fossero “substantial and compelling reasons justifying an exceptional sentence” (cfr. *Blakely v. Washington*, cit., p. 297).

un'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato³²¹. Da ciò deriva che il massimo edittale deve essere individuato avendo riguardo ai soli fatti accertati *beyond a reasonable doubt* dalla giuria. Ulteriori fatti, accertati dal giudice secondo un diverso standard, possono servire esclusivamente per stabilire quale pena applicare entro il massimo previsto.

In *Apprendi* e *Blakely* non viene espressa alcuna posizione riguardo alla costituzionalità delle *federal sentencing guidelines*. Tuttavia è da subito evidente che queste sono in netto contrasto con il nuovo orientamento della Corte. Infatti, come si è visto spiegando il funzionamento della *sentencing table*, le *guidelines* federali sovente attribuiscono al giudice il potere di applicare una pena superiore allo *statutory maximum* (come sopra definito) in base a *findings* soggetti ad un regime speciale. Difatti, una volta chiamata a pronunciarsi sulla questione, con la decisione del caso *United States v. Booker*³²² la Corte Suprema afferma che il sistema delle *federal sentencing guidelines* è irrispettoso del *right to a jury trial* previsto dal Sesto Emendamento³²³. Eppure, nel tentativo di non porre nel nulla il lavoro svolto con la riforma federale, la Corte escogita il seguente stratagemma: essa si stralcia l'unica norma del Sentencing Reform Act ritenuta incostituzionale, ovvero quella che obbliga il giudice ad applicare una pena entro la cornice finale ottenuta con il calcolo previsto dalle *guidelines*³²⁴. In tal modo non solo vengono fatte salve le disposizioni di principio predisposte dall'Act come guida per il giudice nella commisurazione della pena³²⁵, ma inoltre le stesse *guidelines* vengono conservate, anche se con un valore meramente consultivo. Secondo la Corte il giudice è tenuto a prendere in

³²¹ Libera traduzione da *id.*, p. 303.

³²² 543 U. S. 220, 2005.

³²³ La Corte, pur concentrando la propria attenzione sul Sesto Emendamento, richiama anche il *beyond a reasonable doubt* standard e più volte cita la massima di *Apprendi*.

³²⁴ Si tratta della *section 3553* (b) (1) del Titolo 18 dell'United States Code. Contemporaneamente viene stralciata anche la *section 3742* (e) in cui si indica come criterio da adottare in sede di controllo sulla pena applicata quello del rispetto del calcolo imposto dalle *guidelines* e, in particolare, della cornice edittale finale da esse determinata. Cfr. *United States v. Booker*, cit., p. 259. Si veda inoltre la successiva decisione del caso *Rita v. United States* (511 U. S. 338, 2007) in cui la Corte Suprema si è pronunciata in merito allo standard da applicarsi in sede di controllo sul *sentencing*.

³²⁵ Si tratta della *section 3553* (a) del Titolo 18 dell'United States Code. Cfr. *United States v. Booker*, cit., pp. 259, 260.

considerazione le stesse ed è libero di applicarle con l'unico limite dato dal non poter irrogare una pena superiore allo *statutory maximum*³²⁶.

Questa serie di pronunce, apparentemente dirimenti³²⁷, della Corte Suprema, lascia aperte numerose questioni, tanto da far pensare che l'epilogo del cammino intrapreso con *Apprendi* non sia ancora giunto³²⁸.

In primo luogo la Corte, pur dichiarando illegittimi gli innalzamenti dello *statutory maximum* basati su di una ricostruzione fattuale che non segue il regime previsto dagli Emendamenti Quinto e Sesto, ha più volte ribadito la legittimità dei c.d. *mandatory minimums*, ovvero di aumenti obbligatori del minimo edittale in base a *findings* di ugual sorta³²⁹. Se la ragione che ha mosso la Corte a bandire le operazioni del primo tipo è quella di tutelare la libertà dell'imputato³³⁰ non si vede per quale motivo questa non dovrebbe parimenti portare ad escludere le operazioni del secondo tipo. Difatti, innalzare il minimo edittale significa ugualmente incidere in termini negativi sulla libertà individuale³³¹.

³²⁶ E' importante ricordare che la decisione della Corte Suprema in *Booker* è il frutto di due distinte deliberazioni. La prima ha avuto ad oggetto la compatibilità del sistema delle *guidelines* con il Sesto Emendamento. La seconda, invece, ha riguardato i possibili rimedi da adottare in seguito alla pronuncia di incostituzionalità dello stesso. Entrambe le deliberazioni hanno visto la Corte spaccarsi profondamente. Nella prima una maggioranza composta da cinque giudici su nove ha dichiarato il sistema delle *guidelines* irrispettoso del Sesto Emendamento. I *dissenters* di questa deliberazione hanno però prevalso nella seconda, grazie allo spostamento di fronte del giudice Ruth B. Ginsburg. La Corte ha così adottato lo stratagemma spiegato nel testo, scartando la posizione di minoranza secondo cui si sarebbe dovuto integrare il sistema delle *guidelines* con l'obbligo di rimettere ad una ricostruzione fattuale *beyond a reasonable doubt* della giuria la decisione su ogni fatto in grado di determinare un innalzamento del massimo edittale. L'origine movimentata di questa sentenza contribuisce senz'altro a spiegare l'incoerenza che traspare ad una sua lettura.

³²⁷ Douglas A. Berman ha definito *Blakely* un "number 10 earthquake" (riprendendo le parole del giudice Sandra D. O'Connor) e *Booker* un "federal aftershock". Cfr. D. A. BERMAN, *Perspectives and Principles for the Post-Booker World. Editor's Observations*, 17 Federal Sentencing Report 231, 2004-2005, p. 231.

³²⁸ Così R. J. ALLEN, J. L. HOFFMAN, D. A. LIVINGSTON, W. J. STUNTZ, *Comprehensive Criminal Procedure*, Aspen Publishers, New York, 2005, Seconda Edizione, p. 1718.

³²⁹ Ciò è accaduto dapprima nella decisione del caso *McMillan v. Pennsylvania* (cit.). In *Apprendi* la Corte ha confermato *McMillan* in ragione della diversità tra l'effetto dell'aumento del limite edittale e l'effetto dell'aumento del massimo edittale: il primo, a differenza del secondo, comporta la diminuzione della discrezionalità del giudice nella scelta della pena applicabile, restringendo una cornice già disponibile in base ai fatti accertati dalla giuria (*Apprendi v. New Jersey*, cit., pp. 485, 486). Infine la Corte ha ribadito questa posizione nella decisione del caso *Harris v. United States* (cit.). Bisogna peraltro notare che due dei giudici parti della maggioranza in quest'ultima decisione hanno lasciato la Corte e che, pertanto, viste anche le successive pronunce in *Blakely* e in *Booker* è da aspettarsi un *overruling* di *Harris*. Per un agevole confronto tra le sentenze citate in materia di *mandatory minimum* e le rispettive *dissenting opinions* si veda R. J. BONNIE, A. M. COUGHLIN, J. C. JEFFRIES, P. W. LOW, *Criminal Law*, Foundation Press, New York, Seconda Edizione, 2004, p. 1070 ss.

³³⁰ Cfr. *Apprendi v. New Jersey*, cit., p. 484.

³³¹ E' questa la posizione dei *dissenters* in *Harris*. Cfr. *Harris v. United States*, cit., pp. 577, 578.

È necessario compiere un passaggio ulteriore. Già nel paragrafo 4.1 si è argomentato che una tutela effettiva della libertà individuale e rispettosa dell'imperativo pratico kantiano impone che ogni fatto che influisce sulla responsabilità penale e, dunque, sulla pena sia provato *beyond a reasonable doubt*. Questo regime probatorio non può non valere anche per i *sentencing factors* in quanto essi producono i medesimi effetti³³². D'altronde non esiste alcun valido strumento che, coerentemente con l'esigenza di tutelare la libertà dell'imputato, permetta di operare una partizione dell'insieme dei fatti che influiscono su responsabilità e pena, al fine di applicarvi discipline probatorie distinte. Ciò significa, in altre parole, che è insostenibile una differenza di regime tra la ricostruzione dei fatti che permettono l'individuazione di una cornice edittale e quello dei fatti che permettono di commisurare la pena all'interno della stessa³³³. Il legislatore potrà senz'altro chiamare questi fatti in modo diverso (elementi del tipo, circostanze, fattori commisurativi etc.), rimettere la loro cognizione a due momenti distinti (*trial* e *sentencing process*) e, entro i limiti dettati dai principi fondamentali del diritto penale, applicare agli stessi discipline sostanziali diverse (criteriologia per l'imputazione soggettiva, bilanciamento etc.), ma poiché tutti incidono sulla gravità del comportamento, e dunque sull'entità della pena, la loro ricostruzione deve essere sempre *beyond a reasonable doubt*³³⁴. A ciò bisogna aggiungere che un'eventuale uso di valutazioni prognostiche di carattere special-preventivo³³⁵ come *sentencing factors* aggravanti incontrerebbe (a prescindere da eventuali critiche in merito alla

³³² Sul punto si consideri la *dissenting opinion* del giudice John P. Stevens in *McMillan v. Pennsylvania*, cit., p. 95 ss. A pagina 103 Stevens afferma che "se uno Stato prevede che una specifica componente (...) implichi uno stigma ed una pena speciali, essa deve essere trattata come un 'fatto necessario a costituire il reato' nel senso attribuito a questa espressione in *Winship*".

³³³ Diversa è la posizione espressa in S. E. SUNDBY, *The Virtues of a Procedural View of Innocence. A Response to Professor Schwartz*, 41 *Hastings Law Journal* 161, 1989-1990, in particolare pp. 170, 171. Sul punto si confronti anche *Harris v. United States*, cit., p.

³³⁴ Va da sé che al medesimo modo deve essere provata l'inesistenza dei fattori che attenuano la pena laddove l'imputato soddisfi un 'onere probatorio preliminare' in merito agli stessi.

³³⁵ L'obiezione mossa nel testo e nella nota successiva sembra però valere anche per eventuali valutazioni prognostiche di carattere general-preventivo che si intendesse impiegare in sede di commisurazione della pena. Per una riflessione sull'uso di criteri di commisurazione general-preventivi si veda J. ANDENAES, *The Morality of Deterrence*, 37 *University of Chicago Law Review* 649, 1969-1970

funzione che la pena è chiamata a svolgere³³⁶) l'obiezione epistemologica secondo cui valutazioni *forward-looking* relative alla pericolosità (ovvero all'aspettativa di rieducazione) non possono soddisfare il *beyond a reasonable doubt* standard (questa affermazione sarà precisata nel capitolo quinto³³⁷). Per queste ragioni la tutela della dignità e della libertà personale impone che l'unico uso lecito di dette valutazioni sia quello *in bonam partem*, ovvero finalizzato alla diminuzione della pena già stabilita in base ai fatti accertati.

Infine va rilevato che la Corte Suprema non ha affrontato il problema sostanziale della proporzione tra la pena irrogata e il reato oggetto di condanna³³⁸. In altre parole, invece che valutare il rapporto tra reato e pena anche in base all'Ottavo Emendamento, la Corte lo ha fatto solo in base al Quinto e al Sesto, risolvendo esclusivamente l'aspetto procedurale della problematica sollevata dalle *guidelines*³³⁹. In tal modo viene lasciata al legislatore la facoltà di innalzare vertiginosamente lo *statutory maximum*, anche prescindendo dai *findings* che legittimerebbero questa operazione. L'unico strumento per scongiurare che ciò accada è quello di affiancare alla protezione fornita dal *right to a jury trial* e dalla *reasonable doubt rule* una

³³⁶ Si tratta di riflessioni che esulano dalla portata di questo lavoro, ma che ovviamente sono in stretta relazione con la tutela della dignità umana e della libertà personale.

³³⁷ Cfr. *infra* capitolo quinto, par. 3. Sul punto si considerino le brevi riflessioni svolte in D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, pp. 560, 561. Chi scrive ritiene che non sia il carattere prognostico dell'affermazione fattuale ad impedire la soddisfazione dello standard, atteso che è ben possibile in determinati contesti elaborare prognosi fattuali valide *beyond a reasonable doubt* (si pensi alla seguente: se verserò un cucchiaino d'olio in un bicchiere colmo d'acqua, l'olio resterà in superficie). Il problema è posto dall'oggetto della prognosi in esame, ovvero l'individuo nel suo interagire con il mondo circostante. E' futuribile l'elaborazione di generalizzazioni che permettano di prevedere *beyond a reasonable doubt* il comportamento umano del singolo. Già la ricostruzione di un comportamento umano, ottenuta tramite l'interpretazione di segni precedenti, contemporanei e successivi allo stesso, è ardua. Senz'altro quando si tratta di una previsione, ovvero quando questi segni sono esclusivamente precedenti al comportamento, l'operazione è ancora più ostica. Il senso comune, la sociologia, la psicologia e la neurologia forniscono gli strumenti per questa valutazione, ma si ritiene che di rado (o forse mai) possano permettere l'esclusione di ogni ragionevole dubbio.

³³⁸ Come si è già avuto modo di vedere *supra* nel paragrafo 4.1 (specialmente nelle note n. 244 e 245), la giurisprudenza della Corte Suprema sul principio di proporzionalità è particolarmente farraginoso.

³³⁹ Cfr. le riflessioni svolte in BIBAS, *The Blakely Earthquake Exposes the Procedure/Substance Fault Line*, op. cit., pp. 259, 260. Ulteriori critiche vengono mosse dall'Autore in un successivo articolo. Fra l'altro egli mette in luce che le decisioni della Corte Suprema in discussione "miss the boat", in quanto sorvolano completamente sul fatto che nella stragrande maggioranza dei casi i *sentencing factors* sono oggetto di contrattazioni (il riferimento è ai *plea bargainings*) che aggirano le regole del *due process*. Proprio in relazione a questi, secondo Bibas, c'è l'esigenza pressante di un intervento. Cfr. S. BIBAS, *Judicial Fact-Finding at Sentencing, Scholarship at Penn Law, Paper 260, 2008*, http://lsr.nellco.org/upenn_wps/260, pp. 6, 7. Sui rapporti tra la riforma del *sentencing* e la giustizia 'negoziata' cfr. MANNOZZI, *Razionalità e Giustizia nella Commisurazione della Pena: il Just Desert Model e la Riforma del Sentencing Americano*, op. cit., p. 347 ss.

riflessione sui limiti che il principio di proporzionalità pone alla libertà del legislatore nel comminare la pena. I primi due, infatti, rischiano di diventare meri orpelli se si permettono la comminatoria e l'applicazione di pene sproporzionate rispetto al fatto. In particolare, se è vero che il *beyond a reasonable doubt* standard è il migliore strumento per dare effettiva sostanza alla tipicità formale, è altrettanto vero che la garanzia da questo fornita è insufficiente se detta sostanza è disancorata da una pena giusta.

5. *Conclusione*

Ogni condanna pronunciata senza che sia stato soddisfatto lo standard probatorio più elevato tra quelli disponibili e praticabili consiste in una reificazione e strumentalizzazione dell'imputato.

La tensione verso la pur irraggiungibile certezza manifesta l'accettazione da parte dello stato del solo margine di errore ineliminabile e il rifiuto di sottoporre la libertà individuale al rischio di condanne erronee evitabili. Solo questa tensione fa sì che l'individuo non sia assunto meramente come mezzo per conseguire scopi altri.

Si è visto che il *beyond a reasonable doubt* standard è indeclinabile e riflette l'esigenza di una prova pesante, capace cioè di spiegare il singolo caso oggetto di ricostruzione fattuale. Inoltre, si è argomentato a favore di una versione estesa della sua base applicativa che ricomprenda qualsiasi fatto in grado di influire sulla responsabilità penale e sulla pena. Questi sembrano essere i fattori fondamentali per garantire il rispetto dell'imperativo pratico kantiano e una sinergia positiva tra il diritto sostanziale e la ricostruzione fattuale.

Se ciò è corretto e accettato, il sistema statunitense, come si è avuto modo di vedere, non costituisce un modello privo di difetti. Tuttavia l'esperienza d'oltreoceano ha l'enorme merito di aver stimolato un'acuta problematizzazione della materia da parte di una dottrina e di una giurisprudenza attente e sperimentatrici. Per tale ragione essa è stata e continua ad essere un importante terreno di scoperta e di confronto per lo studioso di epistemologia giudiziaria.

CAPITOLO I

CAPITOLO SECONDO
LO STANDARD ‘AL DI LÀ DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO’
NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

TRADUZIONE DI UNA TEORIA

1. Premessa

Nel capitolo precedente si è cercato di dar conto nel modo più esaustivo e sintetico possibile del ruolo svolto dal *beyond a reasonable doubt* standard nel sistema penale statunitense. Come il lettore avrà senz’altro avuto modo di constatare, non si è trattato di una mera ricostruzione descrittiva, bensì di un contributo critico, teso ad integrare o a contrastare talune posizioni giurisprudenziali e dottrinali in materia. Ne è emersa una teoria relativa al significato e alla base applicativa dello standard.

Con il presente capitolo si intende mettere in luce che i contenuti della teoria proposta sono compatibili col (ed in parte persino prescritti dal) diritto positivo italiano. Al riguardo il dato normativo più importante (seppur più scontato) è la recente introduzione dello standard “al di là di ogni ragionevole dubbio” nell’ordinamento processuale penale italiano. Da questo è quindi opportuno prendere le mosse.

2. L'introduzione dello standard tra prassi e diritto positivo

Con l'art. 5 della legge 20 febbraio 2006 n. 46 il legislatore ha introdotto al comma primo dell'art. 533 c. p. p. lo standard "al di là di ogni ragionevole dubbio"¹. La formula si presenta come una fedele traduzione² del corrispettivo funzionale statunitense. Invero quella nota dottrina italiana che ha certamente esercitato un'influenza sulla scelta del legislatore di positivizzare lo standard ha attinto argomenti ed esempi proprio dall'ordinamento d'oltreoceano³.

La novella è stata accolta senza particolare entusiasmo da parte della giurisprudenza. Difatti si è riconosciuto alla stessa un carattere meramente descrittivo, asserendo, in particolare, che il legislatore ha formalizzato una regola già presente, seppur in negativo, nel codice di rito. Il riferimento è alla regola di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p., secondo la quale, in caso di insufficienza o di contraddittorietà della prova, l'imputato va assolto⁴. Su quest'ultimo profilo non mancano tuttavia pronunce di senso opposto che sottolineano l'incompletezza della citata disposizione, in quanto essa non prescrive la regola di giudizio con riferimento

¹ Per alcune brevi riflessioni sulle vicende parlamentari che hanno portato a questa previsione legislativa si veda M. PISANI, *Riflessioni sul tema del ragionevole dubbio*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2007, p. 1243.

² La traduzione italiana, a dire il vero, si discosta leggermente dalla versione statunitense. Quest'ultima utilizza l'articolo determinativo 'a', mentre la prima fa uso dell'aggettivo indefinito 'ogni'. Con riferimento alla formula statunitense Laurence Solan fa notare che l'uso dell'articolo determinativo rende il termine '*doubt*' un sostantivo numerabile (*doubt* non denota dunque lo stato del dubitare, ma l'argomento che determina tale stato) e può di conseguenza portare il giudicante (il riferimento dell'Autore è, in particolare, alla giuria) a concentrare la propria attenzione sull'attività probatoria della difesa, producendo un indebito e silente spostamento dell'onere della prova (si veda L. SOLAN, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt*, in 78 Texas Law Review 105, pp. 136, 137). Siano queste considerazioni condivisibili o no, bisogna comunque notare che l'uso dell'aggettivo indefinito nella formula italiana non comporta una differenziazione di significato rispetto alla formula statunitense: in entrambi i casi l'attenzione è rivolta all'argomento e non allo stato. Si può dunque concludere che, anche laddove si accettino le considerazioni di Solan, la differenza grammaticale riscontrata sia irrilevante.

³ Il riferimento è, ovviamente, all'opera di Federico Stella. Dell'Autore si considerino, in particolare: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003; F. STELLA, M. C. GALAVOTTI, "*L'oltre il ragionevole dubbio*" come standard probatorio. *Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2005; F. STELLA, *Un ragionevole dubbio ci salverà dai tiranni*, in *Il corriere della sera*, 17 dicembre 2003, p. 35.

⁴ Fra le altre, si vedano le seguenti sentenze: Cass., sez. II, 21 aprile 2006, n. 19575; Cass., sez. I, 28 giugno 2006, n. 30402; Cass., sez. II, 2 aprile 2008, n. 16357.

alla quale vanno misurate l'insufficienza e la contraddittorietà⁵. Lasciando per il momento da parte questa specifica questione, vanno menzionati due fattori che sembrano confermare la natura descrittiva della novella: da un lato la ripetuta applicazione giurisprudenziale dello standard nel periodo precedente alla sua previsione legislativa⁶; dall'altro il convincente argomento dottrinale secondo cui, in virtù di taluni principi costituzionali e fonti di diritto internazionale, lo standard era “diritto vigente nel nostro paese”⁷ anche senza espressa menzione nel codice di procedura.

Quanto però qui interessa sostenere è che lo standard, qualunque sia stata la fonte che lo ha originariamente introdotto nell'ordinamento (sia essa la consuetudine, la legge o la Costituzione) arricchisce il contenuto normativo del codice, completandone alcune disposizioni e illuminando l'interpretazione di altre. Se pur si voglia attribuire alla novella legislativa una funzione meramente dichiarativa, non può negarsi che essa ha fornito, e continua a perpetuare, uno stimolo alla rilettura di talune importanti norme relative alla valutazione della prova e al giudizio sulla responsabilità penale (rilettura non completamente compiuta dalla giurisprudenza e dalla cospicua letteratura che si è sviluppata in materia negli ultimi anni⁸). Compito

⁵ Seppur preceda la novella, si consideri Corte d'Assise di Milano, sez. I, 11 luglio 2002, n. 14, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2003, p. 676 con nota adesiva di F. CENTONZE, *La Corte d'Assise di fronte al "ragionevole dubbio"*.

⁶ Fra le altre, si vedano le seguenti sentenze: cfr. Cass., sez. un. 10 luglio 2002, n. 30328; Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276; Cass., sez. I, 12 maggio 2004, n. 25678; Cass., sez. I, 14 maggio 2004, n. 32494; Cass., sez. un. 12 luglio 2005, n. 33748; Corte d'Assise d'Appello di Milano, sez. I, 24 aprile 2002, n. 23; Corte d'Assise di Milano, sez. I, 11 luglio 2002, n. 14.

⁷ Così STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, op. cit., p. 216. In particolare l'Autore cita tra le fonti internazionali l'art. 66 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (ratificato con legge 12 luglio 1999, n. 232) e, tra le disposizioni costituzionali, l'art. 2, l'art. 3, comma 1, l'art. 25, comma 2, l'art. 27, commi 1 e 3.

⁸ Si vedano, in particolare: STELLA, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, op. cit.; G. CANZIO, *L'"oltre il ragionevoles dubbio" come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, Riv. It. Dir. e Proc. Penale, 2004, p. 303; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in Dir. Pen. e Proc., 2003, p. 1193.; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevoles dubbio"*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, 2009, p. 51; F. CENTONZE, *La Corte d'Assise di fronte al "ragionevoles dubbio"*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2003, p. 673 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull' "oltre ragionevoles dubbio"*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2002, p. 737; F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevoles dubbio nella valutazione della prova indiziaria*, in Cass. Pen., Giuffrè, Milano, 2005, vol. XLV, p. 284; F. D'ALESSANDRO, *L'"oltre il ragionevoles dubbio" nella revisione del processo*, Riv. Ital. Dir. e Proc. Pen., 2004, p. 682; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevoles dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, CEDAM, Padova, 2007; F. M. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevoles dubbio e il suo controllo in*

dei prossimi paragrafi sarà appunto quello di tentare questa rilettura e, in particolare, di analizzare le norme in questione alla luce della teoria dello standard proposta nel capitolo precedente, al fine di stabilire se esse costituiscano un'adeguata sede positiva per la stessa. Come si avrà modo di appurare, l'indagine darà a quest'ultimo interrogativo una risposta affermativa.

3. Proposte di 'rilettura' di alcune norme del codice di procedura penale

3.1. Il comma 2 dell'art. 192 e il reference class problem

Il termine 'indizio' di cui all'art. 192, comma 2, denota il fatto su cui si fonda una c.d. prova critica o logica⁹. Come noto, secondo il vocabolario processualistico si ha prova 'rappresentativa' (o 'storica' o 'diretta'¹⁰) quando l'elemento di prova "raffigura, 'facendolo presente'", il fatto da provare "cosicché l'inferenza dall'uno

Cassazione, in Cass. Pen., 2006, IV, p. 3869 ss.; C. E. PALIERO, *Il 'ragionevole dubbio' diventa criterio*, in Il Sole 24-Ore, Guida al diritto, 11 marzo 2006, N.10, p. 73; C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2007, p. 593; PISANI, *Riflessioni sul tema del ragionevole dubbio*, op. cit.; D. C. SCHITTAR, *Al di là del ragionevole dubbio e oltre. Un tentativo di chiarezza sui principi*, Giuffrè, Milano, 2008; C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁹ Si veda P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 199, 200. In questo senso si vedano anche Cass., sez. VI, 13 dicembre 1991, n. 2398 (secondo cui gli indizi sono "circostanze note non direttamente rappresentative del fatto da provare, circostanze che, se prese in considerazione, possono consentire di pervenire a conoscere l'esistenza di un fatto non noto indispensabile per la conclusione del giudizio") e Cass., sez. 1, 21 dicembre 1999, n. 1718 (secondo cui gli indizi sono "circostanze certe attraverso le quali, sulla base di norme e di regole di comune esperienza, si può risalire alla dimostrazione del fatto incerto da provare secondo lo schema del sillogismo giudiziario previsto dall'art. 192, comma secondo, cod. proc. pen."). Tuttavia cfr. G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 45, secondo il quale per 'indizio' deve intendersi il punto di partenza di un ragionamento inferenziale "non univocamente determinato", in quanto facente uso delle sole massime d'esperienza e non delle leggi logiche e scientifiche adoperate nelle "prove in senso stretto", distinta categoria generale che ricomprende sia le prove rappresentative che quelle critiche. Cfr. anche P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 333-337, il quale, dopo aver escluso che l'art. 192, comma 2, c.p.p. adotti le nozioni "filosofico-scientifica" o "tecnico-giuridica" del termine 'indizio', asserisce che la nozione corretta a fini interpretativi sia quella 'volgare' secondo cui l'indizio è semplicemente la "prova non fortemente conclusiva" ovvero "la prova minore, (...) che 'prova' meno della prova in senso stretto"

¹⁰ Tuttavia, sull'uso di quest'ultimo termine cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 577, 578, il quale, recuperando la distinzione carneluttiana tra prova 'diretta' e prova 'indiretta', afferma che la prima differisce dalla prova storica, consistendo esclusivamente nella percezione immediata del fatto da parte del giudicante, verosimilmente configurabile soltanto in caso di commissione di un reato in udienza.

all'altro appare 'automatica'¹¹, pur necessitandosi un esame degli elementi contestuali al fine di inferire da essi la veridicità dell'informazione. Si ha invece, prova 'critica' (o 'logica' o 'indiretta') quando l'elemento di prova non include "nella sua *espressione linguistica*"¹² il fatto da provare e, pertanto, si richiede un ragionamento inferenziale volto a determinare il significato 'nascosto'¹³ del primo per stabilire se sia possibile risalire da esso al secondo¹⁴.

Già da queste definizioni si può comprendere che la prova logica è 'pervasiva' in quanto costituisce una componente essenziale della stessa prova rappresentativa, ovvero quel fondamentale passaggio argomentativo che rivela la veridicità dell'elemento rappresentante il *thema probandum*. A ben vedere però è ancora più corretto affermare che la prova rappresentativa è una prova logica *tout court* in quanto anche in essa si tratta di risalire da un fatto noto (ad esempio *l'aver proferito un'affermazione*) ad un fatto ignoto (*un accadimento oggetto dell'affermazione*). Secondo questa impostazione non deve intendersi per fatto noto semplicemente l'elemento ricavato dalla fonte di prova (ad esempio le parole "*Tizio ha ucciso Caio*"), bensì il fatto stesso del fornire quell'elemento (e dunque *il fatto che il testimone abbia affermato: "Tizio ha ucciso Caio"*). Il perché di ciò si comprende se si considera che dall'elemento di prova, avulso dal contesto e, pertanto, reso autonomo dalla sua stessa fonte, non può trarsi alcuna inferenza relativa ai fatti che sono espressi dallo stesso (dalle sole parole "*Tizio ha ucciso Caio*" non può trarsi un'inferenza relativa alla responsabilità di Tizio per la morte di Caio, necessitandosi invece informazioni sulla fonte di quelle parole e sul contesto in cui esse sono state pronunciate). In questa chiave di lettura sembra dunque più corretto distinguere tra una 'prova logica rappresentativa' ed una 'prova logica non-rappresentativa'. In

¹¹ Così UBERTIS, *La prova penale*, op. cit., p. 41.

¹² Così FERRUA, *Il giudizio penale*, op. cit., p. 334.

¹³ Cordero afferma che i fatti secondari su cui si basa la prova logica non sono stati modellati allo scopo di rappresentare un qualcosa, "né rivelano il segno di una originaria destinazione a provare. Peraltro, i fenomeni della natura e i fatti della storia non compongono una costellazione di monadi, ciascuna sorda alle altre; in fondo si coglie un'inesauribile trama di connessioni: il segreto sta nel discernere le leggi che presiedono all'unisono" (F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 13).

¹⁴ Si rammenti che la distinzione individuata tra prova rappresentativa e prova critica non deve comunque essere finalizzata all' "attribuzione di un maggiore o minore valore processuale dell'una piuttosto che dell'altra. Non può infatti contestarsi che ad alcune prove che rientrano nella categoria delle 'indirette' o 'critiche' deve riconoscersi un rilievo di attendibilità superiore rispetto ad altre che pure rientrano in quella delle 'dirette' o 'rappresentative'" (così Cass., sez. I, 21 ottobre 1991, n. 11403). In questo senso, fra gli altri, anche FERRUA, *Il giudizio penale*, op. cit., pp. 335, 336.

entrambe, ovviamente, si richiede che il fatto secondario (ad esempio, *l'aver il testimone proferito quelle tali parole* oppure *una data impronta digitale sull'arma del delitto*) sia provato. Peculiarità della prima rispetto alla seconda è che in essa il procedimento inferenziale si concentra sul vaglio di una particolare proprietà del fatto secondario, ovvero l'attendibilità della fonte da cui si ricava l'elemento di prova rappresentante il *thema probandum*.

Se dunque ogni prova è logica o critica¹⁵ (ad esclusione, se si vuole, degli argomenti puramente analitici, in cui fatto noto e fatto ignoto coincidono¹⁶) ne deriva che l'indizio costituisce l'elemento basilare dell'accertamento fattuale. A ben vedere, richiamando i concetti utilizzati nel capitolo precedente durante lo studio del ragionamento inferenziale, l'indizio altro non è che l'istanza a partire dalla quale si vuole inferire l'esistenza di un fatto ignoto. L'espressione 'prova logica' indica invece il ragionamento inferenziale stesso, in tutte le operazioni che lo compongono: la valutazione dell'analogia tra l'istanza e il prototipo delle istanze che costituiscono una *reference class*; l'applicazione all'istanza della probabilità espressa dalla generalizzazione collegata alla *reference class* medesima.

L'art. 192, comma 2, c.p.p., mutuando la terminologia adottata dall'art. 2729, comma 1, c.c. con riferimento alle presunzioni semplici, afferma che "l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti".

Il requisito della 'gravità' impone che l'indizio sia caratterizzato da una "rilevante contiguità logica con il fatto ignoto" da provare; il requisito della 'precisione' impone che l'indizio sia "indiscutibile, certo nella sua oggettività"; il requisito della 'concordanza' sta ad indicare che gli indizi "debbono muoversi nella stessa direzione, debbono essere logicamente dello stesso segno"¹⁷. Secondo la

¹⁵ Fra i lavori in cui si argomenta in questo senso si ricordano: F. M. PAGANO, *Giustizia criminale e libertà civile*, Editori Riuniti, Roma, 2000, pp. 150, 151 (si veda, peraltro, l'interessante annotazione a pagina 151, secondo la quale il discredito della prova indiziaria è storicamente dovuto al predominio, tipico del processo ordalico, della forza e dei sensi sul ragionamento) ; F. M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 2000, aggiornamento, vol. IV, p. 770.

¹⁶ Per una stimolante riflessione sulle asserzioni analitiche si veda H. PUTNAM, *L'analitico e il sintetico*, in H. PUTNAM *Mente, linguaggio e realtà*, Adelphi, Milano, 2004, in particolare p. 85 ss.

¹⁷ Così Cass., sez. IV, 26 giugno 1992, n. 943. Cfr. inoltre IACOVIELLO, *Motivazione*, op. cit., p. 771, il quale, rifiutando "l'insostenibile distinzione tra 'prova' e 'indizio' ", afferma che l'art. 192, comma 2, deve avere un'applicazione generalizzata e che, pertanto, "ogni 'ipotesi' (...) sul fatto in tanto può essere affermata, in quanto sia sorretta da prove gravi, precise e concordanti". Cfr., infine,

giurisprudenza e parte della dottrina quest'ultimo requisito esclude che un singolo indizio possa ritenersi sufficiente a fondare la prova dell'esistenza di un fatto¹⁸. Diversamente altra dottrina mette in luce che anche un singolo indizio può bastare¹⁹ e che, pertanto, è preferibile ritenere che il requisito della 'concordanza' entri in gioco solo quando siano presenti più indizi²⁰. In apparenza, di quest'ultima posizione dottrinale potrebbe ritenersi epistemologicamente corretta l'affermazione secondo cui la prova di un fatto può basarsi su un solo indizio. A ben vedere, tuttavia, ciò che si considera essere un singolo indizio è in realtà un composto di molteplici proprietà, siano esse implicite o esplicite nella descrizione dello stesso: la singolarità e la pluralità sembrano in definitiva dipendere dalla descrizione utilizzata²¹. Quanto alla funzione del requisito della 'concordanza' sono necessarie alcune precisazioni. Vista la presenza del requisito della 'gravità', la richiesta di 'concordanza' tra gli indizi, intesa come univocità di direzione degli stessi, è superflua: fatti 'logicamente contigui' ad un fatto principale, ovvero tali da mostrare come probabile la sua esistenza, hanno per definizione il medesimo segno. Se invece si intendono concordanti gli indizi non solo di uguale direzione, ma tra loro compatibili, ovvero tali da poter essere oggetto di una medesima spiegazione, si costruisce parimenti un requisito inutile, poiché la richiesta di 'precisione' già svolge la sua funzione selettiva. Si immagini di dover provare che Tizio si trovava in località X alle ore Y del giorno Z. Sono disponibili due indizi. Il primo è che il giorno Z Tizio è stato visto con la sua autovettura al casello autostradale di entrata nella località X poco prima delle ore Y. Il secondo è che il giorno Z Tizio è stato visto scendere da un treno alla

M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009, pp. 165, il quale afferma che i requisiti della "gravità" e della "precisione" sono ovvi e superflui in quanto un'inferenza "che producesse conclusioni non adeguatamente giustificate (ossia 'non gravi') e non univocamente riferibili al fatto da provare (ossia 'non precise') risulterebbe infatti priva di valore probatorio" anche in assenza della norma esaminata).

¹⁸ Si vedano, fra le altre: Cass., sez. un., 3 febbraio 1990, n. 2477; Cass., sez. I, 9 aprile 1992, n. 8045; Cass., sez. I, 8 marzo 2000, n. 7027. In dottrina si veda A. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisore*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 445.

¹⁹ In questo senso CORDERO, *Procedura penale*, op. cit., p. 625, il quale cita ad esempio le impronte digitali.

²⁰ In questo senso TARUFFO, *La semplice verità*, op. cit., p. 166. Cfr. inoltre UBERTIS, *La prova*, op. cit., p. 93, il quale, sulla base della nozione di indizio come prova minore, supera l'incertezza interpretativa in discussione sostenendo che non si debba chiamare in tal modo un singolo elemento in grado di provare un fatto in modo concludente, trattandosi invece in questo caso di 'prova in senso stretto', non disciplinata dall'art. 192, comma 2, c. p. p.

²¹ Ad esempio, il *match* tra due impronte digitali può essere descritto come corrispondenza di biforcazioni e interruzioni delle creste papillari.

stazione di X poco prima delle ore Y. Entrambi gli indizi possono dirsi gravi, ma senz'altro non sono concordanti, proprio perché tra loro incompatibili. Neppure però possono dirsi entrambi precisi, in quanto almeno uno dei due non risponde al vero. Il requisito della 'precisione' già garantisce la compatibilità degli indizi.

Il requisito della 'concordanza' non sembra dunque in grado di svolgere alcuna funzione prescrittiva adeguata, a meno che non lo si interpreti meramente come richiesta di una pluralità di indizi. Tuttavia quest'ultima opzione presterebbe il fianco alle perplessità già menzionate: la dicotomia singolare/plurale non è agevolmente fruibile. Più precisamente, poiché la singolarità di un indizio è difficile da predicare in termini epistemologici, essendo lo stesso più correttamente descritto come un fatto complesso, la prescrizione della pluralità degli indizi si rivelerebbe oziosa.

Il fulcro della norma è pertanto da individuarsi nel requisito della 'gravità', atteso che la richiesta di 'precisione' è sì importante, ma alquanto scontata: un dubbio sull'esistenza del fatto secondario ricade pur sempre su un'inferenza, non però su quella *dal* fatto secondario, bensì su quella *del* fatto stesso, presupposto imprescindibile della prima. In altre parole, senza 'precisione' fallisce sul nascere il progetto di trarre un'inferenza partendo dall'indizio.

Come specificare dunque il contenuto della 'gravità'? Come chiarire quali attributi debba avere un'inferenza 'al di là di ogni ragionevole dubbio'? Vengono qui in soccorso i concetti studiati nel capitolo precedente e, in particolare quelli che sono stati indicati come i tre 'ingredienti' dell'inferenza *beyond a reasonable doubt*: una generalizzazione fondata; una frequenza elevatissima espressa dalla generalizzazione medesima; un'analogia forte tra l'istanza e il prototipo delle istanze della *reference class* a cui è associata la generalizzazione. Potranno dirsi 'gravi' l'indizio o l'insieme di indizi tali da fondare un'inferenza dotata di questi tre 'ingredienti'. Peraltro, poiché come si è visto la distinzione indizio/indizi rischia di essere epistemologicamente imprecisa, in questa sede appare preferibile riferire la 'gravità' al termine 'istanza', intendendo con esso l'insieme delle proprietà, o fatti secondari, rilevanti al fine di inferire il *thema probandum*.

3.2. *Il comma 2 dell'articolo 530 e il peso probatorio*

In giurisprudenza è stato chiaramente sostenuto che la 'mancanza', l' 'insufficienza' e la 'contraddittorietà' della prova costituiscono casi di 'ragionevole dubbio'²². Inoltre, come già si è visto, talune decisioni hanno ritenuto meramente descrittiva la novella dell'art. 533, comma 1, c. p. p. proprio sostenendo che lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio' fosse già prescritto dal comma 2 dell'art. 530 c. p. p. Questa tesi interpretativa necessita di un'importante precisazione. Se da un lato è senz'altro corretto affermare che la norma richiamata è compatibile con lo standard, dall'altro va però riconosciuto che essa non lo prescrive, in quanto la sua formulazione non esclude l'applicazione di standard meno stringenti. Infatti, se si esclude il criterio della 'mancanza', che riguarda l'assenza assoluta di elementi di prova²³, i restanti criteri sono suscettibili di essere declinati a seconda della regola di giudizio adottata. Ad esempio, la prova potrebbe benissimo ritenersi insufficiente o contraddittoria alla luce dello standard del 'più probabile che no'. Soltanto un'interpretazione costituzionalmente orientata²⁴ del comma 2 dell'art. 530 c. p. p., in particolare facente leva sul principio di legalità e sulla presunzione di innocenza, può condurre a ritenere che lo stesso prescriva lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio', inteso come la regola di giudizio più severa tra quelle praticabili.

In virtù di quanto affermato, si comprende che il concetto di 'ragionevole dubbio' serve a stabilire quando l' 'insufficienza' e la 'contraddittorietà' della prova sono rilevanti ai fini della decisione. Non è dunque corretto sostenere che vi sia un rapporto di implicazione logica del primo dalle seconde, perché queste ultime potrebbero essere di un'entità tale da non sollevare un ragionevole dubbio. Si pensi

²² Si considerino, ad esempio, Cass, Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328 ("in tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio...") e Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675 ("...il rapporto di causalità tra una condotta (commissiva od omissiva) ed un determinato evento non è configurabile in quei casi in cui risultino insufficienti, contraddittori e incerti gli esiti delle ricerche scientifiche e sussista, quindi, il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta...").

²³ Ma si badi che a rigore la stessa allegazione di un fatto o la sua stessa formulazione come ipotesi dovrebbero essere intesi come elementi di prova, venendo meno così la possibilità di una differenziazione significativa dal criterio dell' 'insufficienza'.

²⁴ Si rinvia sempre alla dottrina che ha argomentato a favore del fondamento costituzionale dello standard studiato. Si veda STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, op. cit., p. 211 ss.

ad alcuni facili esempi. Allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, il fatto che un pubblico ministero per provare l'identità dell'autore di un reato, oltre all'elemento della corrispondenza delle impronte e del DNA, non abbia introdotto ulteriori elementi di prova che servano ad escludere che l'autore fosse un clone dell'imputato, non dà luogo ad un caso di insufficienza tale da sollevare un ragionevole dubbio (ma forse tra qualche decennio le cose cambieranno...). Così come l'imputato che alleggi soltanto un biglietto del treno chilometrico, peraltro sprovvisto di data, per provare che al momento del delitto si trovava altrove, mentre invece numerosi testimoni attendibili sostengono altrimenti, non solleva un ragionevole dubbio pur dando adito ad una contraddittorietà della prova.

Ciò che però preme rilevare è che i criteri di cui al comma 2 dell'art. 530 c. p. p. illuminano una peculiarità del dubbio, che già è stata menzionata nel capitolo precedente²⁵: esso può sorgere non soltanto dalle affermazioni che contrastano l'ipotesi accusatoria, ma anche dall'inevitabile spazio di silenzio che circonda quest'ultima. Nel primo caso si avrà una prova contraddittoria²⁶; nel secondo caso si avrà una prova mancante o insufficiente²⁷. Proprio la possibilità che il dubbio sorga dal vuoto, dal silenzio, dal non detto è una garanzia del fatto che la prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio' è sostenuta da un adeguato peso probatorio: essa non lascia infatti alcun margine per l'elaborazione di verosimili alternative all'ipotesi accusatoria. E peraltro, questa peculiarità del dubbio fa sì che lo standard incorpori ed esprima al meglio il precetto fondamentale della presunzione d'innocenza, che consente all'imputato l'inazione: il dubbio può sussistere anche se l'imputato non contrasta attivamente l'accusa.

²⁵ In merito si rimanda anche a F. PICINALI, *Diritto Penale, Patteggiamento e Ragionevole Dubbio*, 3 Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 1457, 2009, p. 1461 ss.

²⁶ Si immagini, ad esempio, che: un pubblico ministero, al fine di provare che l'imputato è un omicida, introduca l'elemento di prova del ritrovamento del suo portafoglio nel luogo del delitto, un parco cittadino; il difensore controbatta asserendo che il portafoglio era stato rubato all'imputato la mattina stessa del giorno del fatto ed allegando prova che egli ha denunciato immediatamente il furto, nonchè bloccato le carte di credito contenute nel portafoglio. L'affermazione del difensore e la relativa corroborazione potrebbero sollevare un ragionevole dubbio (salvo che non si ritenga che si tratti di una macchinazione dell'imputato; ma per giungere a questa conclusione servirebbero altri elementi).

²⁷ Si immagini, ad esempio, che un pubblico ministero per provare il nesso di causalità tra l'esposizione a sostanze tossiche e l'insorgere di una malattia mortale si serva di una perizia che fa ricorso ad una teoria scientifica all'avanguardia, non ancora adeguatamente sperimentata. In tal caso, a prescindere da che cosa venga opposto dal difensore dell'imputato, è la stessa carenza di fondamento della teoria scientifica a sollevare un ragionevole dubbio.

Alla luce di quanto sin qui visto 'insufficienza' e 'contraddittorietà' sembrano essere requisiti sostanzialmente simili: la loro differenza dipende dal fatto che l'inferenza attraverso cui emerge il dubbio sia inespressa (e dunque debba essere svolta dal giudice) o espressa. Ancor meglio, tuttavia, si potrebbe affermare che l' 'insufficienza' includa in sé la 'contraddittorietà': se una tesi è adeguatamente contrastata significa infatti che essa non è sufficientemente provata. Ad ogni modo il requisito dell' 'insufficienza' (ed ancor prima quello della 'mancanza') ricorda la natura complessa del dubbio e, illuminato dal parametro della ragionevolezza, rammenta che la soddisfazione dello standard può aversi solo grazie ad una prova pesante, ovvero ad inferenze basate su generalizzazioni e analogie ben fondate.

3.3. Il comma 3 dell'art. 530, il comma 1 dell'art. 533 e la base applicativa dello standard

Nella parte finale della sua *Teoria generale del reato* Franco Bricola solleva una questione fondamentale: "quali tra gli elementi su cui il giudice penale è chiamato a pronunciarsi con la sua sentenza rilev(ano) ai fini di determinare la 'responsabilità'?"²⁸ Si tratta della medesima domanda che deve porsi colui che indaga la latitudine della base applicativa della regola di giudizio. L'analisi svolta nel capitolo precedente ha infatti portato alla conclusione che la responsabilità penale costituisce il metro per l'individuazione di ciò che deve essere provato dall'accusa in conformità con lo standard prescritto: tale regime riguarda qualsiasi fatto che influisca sulla responsabilità.

Questa posizione, come si ricorderà, si basa su di una 'visione olistica' del reato²⁹, ovvero una concezione delle norme penali come *comprehensive rules*³⁰. Secondo questa ogni fatto che incide sulla determinazione del *guilt* è parte di una struttura (fattispecie) unitaria, sia esso tipizzato dalle norme in termini positivi o in termini

²⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, UTET, Torino, 1973, Vol. XIX, p. 90.

²⁹ Così S. E. SUNDBY, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, 40 *Hastings Law Journal* 457, 1988-1989, p. 465.

³⁰ Cfr. G. P. FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules: a Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 *Yale Law Journal* 880, 1968, p. 892.

negativi, abbia esso l'effetto di costituire, aggravare, attenuare o escludere la responsabilità penale³¹. In virtù di ciò sono ingiustificate eventuali differenze di regime nella prova dei fatti penalmente rilevanti. Si tratta dell'unica concezione che fornisce una lettura adeguata della presunzione di innocenza, tale da garantire massima tutela alla libertà e alla dignità personali.

Senza dover scomodare le norme costituzionali³², la teoria appena esposta può trovare un'adeguata sede positiva negli articoli del codice di procedura penale. Il riferimento è *in primis* al comma 1 del novellato art. 533 in cui si afferma che “il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta *colpevole* del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio” (corsivo aggiunto). In secondo luogo va ricordato il comma 3 dell'art. 530, secondo il quale “se vi è prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità *ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse*, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1” (corsivo aggiunto). La ‘colpevolezza’, evocata dalla prima norma citata, equivale al concetto ‘gestaltico’ di *guilt*, denotando una complessa totalità di elementi penalmente rilevanti, tale da giustificare (ed è questo l'attributo ulteriore del ‘tutto’) una particolare sanzione. Dunque, salve le precisazioni che si faranno di seguito, si ritiene di poter affermare che tutti gli elementi in questione, comunque siano essi formulati, devono essere provati dall'accusa ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’. La seconda norma citata è eloquente³³: anche la prova delle esimenti deve seguire il regime appena delineato³⁴,

³¹ Cfr. *Id.*, p. 893. Si può accostare la nozione di fattispecie unitaria qui proposta al concetto di “fatto in senso lato”, descritto efficacemente da Mario Romano come “il reato nella totalità dei presupposti della punibilità”. Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, Milano, 1995, seconda edizione, Vol. I, p. 311. Parimenti adatto è il richiamo alle chiare parole di Franco Cordero che, anni or sono, scriveva: “- la fattispecie s'identifica con il complesso dei fatti positivi o negativi, la cui presenza o mancanza condizionano l'effetto *x*; - perché *x* si produca, occorre che sia stato integrato al completo un modello legale predeterminato, attraverso l'avvento dei fatti positivi e la deficienza di quelli negativi; - è sufficiente che non si avveri uno solo, tra i vari elementi positivi o negativi ricompresi nella fattispecie, perché sia pregiudicata la possibilità che *x* si produca. In queste tre tautologie risiede, com'è risaputo, la fondazione epistemologica di ogni possibile esperienza conoscitiva, che elevi a suo oggetto i fenomeni del mondo giuridico”. Così F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 67.

³² Il riferimento è, ovviamente, all'art. 27, comma 2 e all'art. 13.

³³ Si ricorda che, a ragione, la giurisprudenza estende tale regime anche alla prova delle circostanze attenuanti. Cfr. Cass, 2 febbraio 2000, De Angelis ed a., citata in G. CONSO, V. GREVI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2007, art. 530.

³⁴ Con riferimento alla prova delle cause di giustificazione e delle cause personali di non punibilità si ricordino le riflessioni di Beling il quale affermava che nel processo penale, a differenza che nel processo civile, un elemento, anche se formulato come eccezione, si comporta come regola: “il

atteso peraltro che al concetto di 'dubbio' va affiancato l'attributo della ragionevolezza³⁵. Tuttavia la giurisprudenza ha affermato che in relazione alle esimenti grava sull'imputato un particolare onere di allegazione che va oltre la mera affermazione e impone di introdurre "elementi di indagine" tali da "porre il giudice nella condizione di accertare la sussistenza o, quanto meno, la probabilità di sussistenza della esimente"³⁶. Da ciò sembra potersi ricavare che l'imputato è tenuto ad allegare elementi di prova in grado di far apparire verosimile l'esistenza della esimente e dunque di sollevare un ragionevole dubbio sul punto; la soddisfazione di questo compito attiva il corrispondente onere dell'accusa di provare 'al di là di ogni ragionevole dubbio' l'inesistenza della esimente. A rigore dovrebbe dunque parlarsi di inversione dell'onere della prova. Ad ogni modo, considerata la natura dello standard che l'imputato deve soddisfare si ritiene che sia una soluzione legittima, nonché necessaria ad evitare manovre pretestuose e processi interminabili³⁷.

Merita di essere posta un'ulteriore e breve notazione riguardo ai fatti, eventualmente ulteriori rispetto a quelli oggetto di imputazione, che servono ai fini commisurativi. Nel capitolo precedente si è argomentato a favore della prova *beyond a reasonable doubt* di ogni *sentencing factor*. Tali argomentazioni vanno replicate anche con riferimento all'ordinamento italiano e non trovano peraltro alcun ostacolo legislativo. I fatti in questione non solo sono riconosciuti come 'oggetto di prova' (art. 187, comma 1, c. p. p.), ma, secondo un'interpretazione seria della presunzione d'innocenza, della libertà personale e della dignità umana, devono essere accertati al di là di ogni ragionevole dubbio. Al riguardo può ripetersi quanto già affermato: non esiste alcun valido strumento che, coerentemente con l'esigenza di tutelare la libertà e la dignità dell'imputato, permetta di operare una partizione dell'insieme dei fatti

giudice può condannare senza dire che non sussista lo stato di necessità; tuttavia non senza essere convinto dell'insussistenza dello stato di necessità". Così E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 38, passo riportato in G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in C. E. PALIERO, E. DOLCINI (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 429.

³⁵ Sul punto si veda IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, op. cit., p. 3872. Interessante, ma non condivisibile, è la posizione dell'Autore, secondo cui l' 'al di là di ogni ragionevole dubbio' nel nostro ordinamento serve come metodo probatorio, piuttosto che come standard di prova. Si ritiene infatti corretta l'affermazione secondo cui il dubbio è lo strumento che stimola la necessaria dialettica falsificazionista che deve svolgersi nel processo e nel giudizio. Tuttavia si reputa imprescindibile e prioritario il riferimento alla formula come ad uno standard che individua la soglia di *evidence* necessaria per la condanna.

³⁶ Si veda Cass., sez. VI, 12 febbraio 2004, n. 15484.

³⁷ Giacchè l'accusa dovrebbe introdurre elementi di prova sull'assenza di ogni possibile esimente.

che influiscono su responsabilità e pena, al fine di applicarvi discipline probatorie distinte.

Infine bisogna considerare il problema degli accertamenti su cui si basa l'applicazione delle misure di sicurezza personali, istituti tipici del c. d. 'sistema del doppio binario'. Si tratta dell'accertamento della realizzazione di un reato o quasi reato, nonché della pericolosità sociale dell'autore degli stessi. Nel capitolo precedente la dignità umana è stata indicata come il valore protetto dal *beyond a reasonable doubt* standard. In particolare si è visto che essa è incommensurabile e, dunque, che uno stato di diritto non può bilanciarne la violazione con il conseguimento di eventuali utilità, ma deve invece perseguire come suo fine ultimo la tutela della dignità stessa tramite lo sviluppo della personalità individuale: l'uomo dev'essere il fine e mai solo il mezzo dell'azione statale. Alla luce di ciò l'istituto delle misure di sicurezza sembra lo strumento di uno stato di polizia più che di uno stato di diritto. Infatti la finalità preventiva delle misure palesa il calcolo costi-benefici sottostante e la conseguente reificazione dell'individuo. Quest'ultimo è limitato nei propri diritti al fine di proteggere i consociati da suoi eventuali comportamenti lesivi, prima ancora che per promuoverne la riabilitazione e il reinserimento. Sembra pertanto che nelle misure di sicurezza abbia luogo un contrasto apparentemente insanabile tra tutela della dignità e tutela della sicurezza sociale, idoneo a minare la stessa legittimità dell'istituto.

Non è questa però la sede adatta per affrontare tale spinoso problema³⁸. Qui interessa primariamente riflettere sullo standard da applicare agli accertamenti che le misure presuppongono. Sebbene il codice penale e quello di procedura siano silenti o ambigui sul punto, è corretto ritenere che entrambi gli accertamenti debbano soddisfare lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio': più in particolare bisogna affermare che la locuzione 'quando è probabile' di cui all'art. 203 c. p. dev'essere integrata con lo standard menzionato. Non solo infatti l'adozione di uno standard più blando comporterebbe un'ulteriore reificazione dell'individuo in aggiunta a quella già adombrata dal fondamento dell'istituto stesso, ma, stante il carattere (non solo

³⁸ Per un approfondimento sulla problematica giustificazione delle misure di sicurezza si rinvia a J. L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, p. 106 ss. e, in particolare, p. 114.

stigmatizzante, ma soprattutto) apertamente afflittivo delle misure (in particolare di quelle detentive)³⁹, la tutela della libertà personale impone l'applicazione di uno standard massimamente esigente, pena la violazione di fondamentali garanzie costituzionali (artt. 2 e 13 Cost.). Peraltro lo stesso principio di legalità, posto specificatamente per le misure di sicurezza dagli artt. 25, comma 3, Cost. e 199 c. p., finirebbe per essere scolorito se si permettesse un accertamento debole e 'malcerto' dei loro presupposti. Orbene, se la ricostruzione del reato o quasi reato non pone nuovi problemi all'applicazione dello standard studiato, diversamente stanno le cose per quanto attiene alla prognosi di pericolosità. Tale ultima questione, invero piuttosto complessa, sarà affrontata nel capitolo quinto del presente lavoro. Per ora è importante aver chiarito sul piano deontologico che lo standard da applicare in entrambi gli accertamenti sottostanti all'applicazione delle misure è quello previsto dall'art. 533, comma 1, c. p.

4. Standard probatorio e patteggiamento: una questione aperta

Si ritiene opportuno inserire in questo capitolo alcune brevi riflessioni sullo spinoso problema dell'individuazione dello standard probatorio da adottare nel rito alternativo dell' 'applicazione della pena su richiesta delle parti', disciplinato agli artt. 444 ss. c. p. p. Si tratta di questione pressante, atteso che la realtà della pena patteggiata, anche senza raggiungere le impressionanti percentuali statunitensi⁴⁰, copre nel nostro ordinamento almeno il 30% delle condanne penali⁴¹.

Orbene, se la disciplina e la natura degli altri riti alternativi (ad esclusione del 'procedimento per decreto'⁴²) sembrano già al primo sguardo compatibili con

³⁹ Sul carattere afflittivo delle misure di sicurezza e sulla loro natura di vere e proprie sanzioni penali cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 808, 809 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 451, 452.

⁴⁰ Si tratta di percentuali che si aggirano intorno al 95%. Sul punto si veda E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Sellerio, Palermo, 2007, p. 50.

⁴¹ Così M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 393.

⁴² Nei confronti di questo sembrano potersi muovere dubbi epistemologici analoghi a quelli relativi al problema dell'applicabilità dello standard in questione nel patteggiamento. Tuttavia, vista la possibilità di presentare agevolmente un'opposizione alla quale segua un giudizio ordinario o un ulteriore rito speciale, vi è da dire che le carenze sotto il profilo epistemologico, pur sussistenti, non

l'applicazione dello standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio', non altrettanto può dirsi con riferimento al patteggiamento. Si tratta di vagliare le ragioni di tale incertezza applicativa per stabilire se essa sia superabile o meno. E' opportuno affrontare il problema sotto due distinti profili, quello deontologico (più precisamente: che cosa dice il diritto?) e quello epistemologico (qual è l'orizzonte delle possibilità di accertamento in sede di patteggiamento?).

Per quanto attiene al primo profilo va innanzitutto sottolineato che l'art. 444, comma 2, c. p. p., relativo al giudizio in sede di patteggiamento, richiama il solo art. 129 c. p. p. In virtù di ciò la Cassazione (modificando un precedente orientamento secondo cui nel rito in questione vi sarebbe soltanto un accertamento 'implicito' della responsabilità, ricavabile dalla rinuncia dell'imputato a contestare l'accusa formulata dal p. m.⁴³) ha sostenuto che la sentenza di patteggiamento è "una pronuncia giurisdizionale senza giudizio, sia con riguardo alla fondatezza dell'accusa e alla responsabilità dell'imputato, sia relativamente alla conseguente statuizione della pena, che non può essere altra se non quella indicata dalle parti"⁴⁴. Più precisamente la Corte ha affermato che il giudice è tenuto solo ad effettuare un accertamento c. d. 'negativo' dell'insussistenza dei motivi per prosciogliere⁴⁵.

portano necessariamente a conseguenze irrimediabili. In definitiva in caso di opposizione l'unico tratto in lieve attrito con la presunzione di innocenza potrebbe essere l'onere (di facile soddisfazione) consistente nel presentare l'opposizione stessa. Invece, un attrito ben più forte si presenterebbe qualora l'imputato (magari innocente) non si opponesse perché mal consigliato dal proprio difensore o per il timore di una condanna ben più severa (art. 464, comma 4, c. p. p.). In ogni caso si ritiene che ogni giudizio che si chiuda con il decreto penale di condanna rischi di essere carente sotto il profilo epistemologico per le ragioni che verranno esposte nel testo. Per quanto invece attiene al rito abbreviato, si ritiene che le disposizioni di cui agli artt. 438, comma 5, c. p. p. (c. d. abbreviato condizionato) e 441, commi 5 e 6, c. p. p. (integrazione probatoria del giudice) valgano a rendere immune tale rito dai rilievi critici che saranno svolti in merito all'accertamento nel patteggiamento.

⁴³ Si veda Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 5777, in Cass. Pen., 1992, p. 2060 ss.

⁴⁴ Così Cass., Sez. Un., 8 maggio 1996, n. 11, in Archivio della nuova procedura penale, 1996, n. 4, p. 587 ss. Si veda anche la sentenza Cass., Sez. Un., 28 maggio 1997, n. 5, in Guida al diritto. Il sole 24-ore, 1997, n. 35, p. 55 ss., in cui la Corte afferma: "il provvedimento conclusivo del procedimento previsto dagli artt. 444 e segg. c. p. p., non è una sentenza di accertamento e condanna, come già questa Corte, a Sezioni Unite, ha più volte ribadito (...). Essa, infatti, non implica, nè presuppone l'accertamento della sussistenza del fatto-reato e della sua riferibilità ad un determinato soggetto, sicché dalla sua pronuncia non possono che scaturire gli effetti che sono indissociabili dal suo fisiologico contenuto, e questo non può che essere l'applicazione della pena nella misura indicata dalle parti, una volta dal giudice ritenuta congruente".

⁴⁵ Sul punto cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 660. Dalla mancanza di un accertamento giudiziale della responsabilità penale non possono non derivare conseguenze sugli effetti prodotti dalla sentenza. Afferma infatti la Cassazione (Sez. Un., 27 maggio 1998, n. 8488) che la sentenza di patteggiamento non produce effetti dipendenti dall'accertamento (ad esempio la revoca di una precedente sospensione condizionale della pena). Si applicano dunque le sanzioni che "non postulano un giudizio di responsabilità, ma conseguono di diritto alla sentenza (di patteggiamento) –

Eppure la distinzione tra un accertamento 'negativo' relativo all'innocenza dell'imputato e un accertamento 'positivo' relativo alla sua responsabilità non è affatto chiara. Infatti distinguere l'accertamento negativo dall'accertamento positivo senza fare alcuna precisazione sui rispettivi standard è un'operazione oziosa, atteso che il primo equivale al secondo se il suo standard è semplicemente il negativo dello standard del secondo. Ora, poichè l'art. 129, comma 1, c. p. p. (al pari del già studiato art. 530, comma 2, c. p. p.) non enuncia uno standard probatorio, ma utilizza il generico verbo 'riconoscere' (viene da chiedersi immediatamente 'in base a quale regola di giudizio?')⁴⁶ a prima vista sembra doversi ritenere che la prova della presenza di una causa di non punibilità debba essere 'ragionevole', in applicazione (del negativo) dell'unico standard che il codice prescrive per la pronuncia di condanna, ovvero l' 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. Se dunque, in assenza di indicazioni contrarie, è il negativo di tale standard a fare da regola di giudizio per la declaratoria *ex art. 129, comma 1, c. p. p.* ne deriva che il mancato proscioglimento equivalga ad un giudizio di condanna 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. Spostare l'attenzione sull' 'accertamento negativo' quando il relativo standard è l'inverso della regola di giudizio prevista per la condanna è pertanto inutile, a meno che (ma evidentemente non si tratta del caso in questione) ciò non sottintenda un'inversione dell'onere probatorio⁴⁷. A breve si tornerà sull'aporia insita nella posizione della

nel caso di specie si trattava di una sanzione amministrativa accessoria al reato, ovvero la sospensione della patente di guida – stante la sua equiparazione, per gli effetti compatibili con la sua speciale natura, alla sentenza di condanna". In un successivo momento la Corte (Sez. Un., 29 novembre 2005, n. 17781) ha modificato orientamento spostando l'attenzione dal problema della natura dell'accertamento fattuale e dirigendola direttamente al problema dell'equiparazione tra sentenza di patteggiamento e sentenza di condanna: si è ritenuto che il primo non costituisse una questione pregiudiziale per la definizione del regime normativo della sentenza; infatti l'art. 445, comma 1 *bis* (introdotto con legge 12 giugno 2003, n. 134), impone un'equiparazione a tutti gli effetti tra la sentenza di patteggiamento e quella di condanna. Da ciò la Corte ha ricavato che una sentenza di patteggiamento determina la revoca automatica della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa. Questo orientamento lascia comunque irrisolto il problema della natura probatoria della sentenza.

⁴⁶ Diversamente, il comma 2 del medesimo articolo prevede uno standard, seppur impreciso (che significato attribuire all'espressione 'risultato evidente?').

⁴⁷ Un carattere distintivo dell'accertamento *ex art. 129, comma 1, c. p. p.* rispetto all'accertamento *tout court* di un ragionevole dubbio, potrebbe esser recuperato sostenendo che l'articolo in questione, applicato in seno al patteggiamento, legittima il proscioglimento solo se il dubbio ragionevole emerge *ictu oculi* (per una posizione analoga si veda Cass., sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 3823). Se così fosse si tratterebbe tuttavia di una disposizione assolutamente imprecisa (quando può dirsi *ictu oculi* un dubbio?) e irragionevole (perché il dubbio derivante da un benché minimo approfondimento non dovrebbe valere?).

Cassazione per cercare di attribuire un significato autonomo all'art. 129, comma 1, c. p. p. in una prospettiva sistematica.

Taluna dottrina (confortata anche dalla Corte Costituzionale⁴⁸), pur non ravvisando la contraddizione di cui sopra, ha contestato l'orientamento della Cassazione sostenendo che l'applicazione di una pena svincolata da un accertamento della responsabilità dell'imputato si pone in aperto contrasto con i principi costituzionali, fra i quali, in particolare, la presunzione di innocenza⁴⁹. La constatazione è ovvia. Meno ovvio è tuttavia il passaggio successivo consistente nel valutare se la presunzione di innocenza prescriva un determinato standard probatorio o no. A tale questione, invero, è stata già data risposta nel corso del lavoro. Basti qui ricordare, con il conforto di autorevole dottrina⁵⁰, che l'interpretazione più ragionevole dell'art. 27, comma 2, Cost. è quella secondo cui esso impone l'adozione dello standard più elevato che il processo penale possa soddisfare, ovvero l' 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. Sembra dunque potersi concludere che quest'ultimo standard deve essere soddisfatto anche dalla sentenza che applica la pena su richiesta delle parti⁵¹.

⁴⁸ Nella sentenza 3 luglio 1990, n. 313, la Corte Costituzionale ha infatti affermato che “anche la decisione di cui all'art. 444 c. p. p., quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità”. Va però ricordato che in una successiva sentenza (6 giugno 1991, n. 251) la Corte ha modificato (o, forse, precisato) il suo orientamento affermando che l'accertamento in sede di patteggiamento non è “pieno e incondizionato” al pari di quello “che rappresenta, nel rito ordinario, la premessa necessaria per l'applicazione della sanzione penale”. Il primo, secondo la Corte, troverebbe “il suo fondamento primario nell'accordo tra pubblico ministero ed imputato sul merito dell'imputazione” e non in un'autonoma attività cognitiva del giudice.

⁴⁹ Si è fatto inoltre notare che escludere la necessità di un compiuto accertamento sul fatto e dunque “relegare il giudice in un'attività di tipo notarile, meramente certificativi dell'intesa” comporta “molteplici profili di incostituzionalità: nei limiti in cui realizza una soggezione del giudice alla volontà delle parti (art. 101 Cost.), affida alle stesse la scelta della misura della pena (artt. 102 e 111 Cost.), consente di disporre di diritti fondamentali come quelli di difesa e della libertà personale (artt. 24 e 13 Cost.)”. Così D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in M. PISANI (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 186. Alla pagina seguente l'Autrice rileva, inoltre, che “già l'espressa previsione della compatibilità del rito con la sospensione condizionale mal si concilia con un'impostazione che svincoli l'applicazione della pena dall'accertamento della colpevolezza, posto che la concessione del beneficio è legata alla prognosi che ‘il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati’ (art. 164 c. p.)”.

⁵⁰ Il riferimento è a STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 214. L'Autore compie una lettura del comma 2 “in stretto collegamento con i commi 1 e 3: i tre commi, infatti, pur enunciando distinti principi, costituiscono una unitaria presa di posizione, in relazione ai requisiti che una sentenza di condanna deve possedere, perché abbiano significato gli scopi di politica criminale, perseguiti dal nostro ordinamento”.

⁵¹ Così (seppur senza interpretare rigidamente la presunzione di innocenza) CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, op. cit., p. 550 e F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, 2009, p. 78 ss.

Peraltro si dovrebbe ritenere che, qualora il giudice ravvisi un ragionevole dubbio egli non debba prosciogliere ai sensi dell'art. 129, comma 1, c. p. p., bensì rigettare la richiesta delle parti e restituire il fascicolo al p. m., poiché non può escludersi che il contraddittorio dibattimentale dissolva il dubbio in questione. Ma, se così è, quando può aversi una sentenza di proscioglimento? Non si era forse affermato, evidenziando l'aporia della Cassazione, che l'art. 129, comma 1, c. p. p. presuppone lo standard inverso rispetto a quello imposto dall'art. 533, comma 1, c. p. p.? E' qui un'interpretazione sistematica a permettere di attribuire al generico verbo 'riconoscere' un significato preciso che eviti la sovrapposizione tra i presupposti del rigetto e i presupposti del proscioglimento, rendendo questi ultimi più stringenti. Si può ragionevolmente ritenere che il proscioglimento debba essere pronunciato solo quando sia possibile pronosticare che il dibattimento⁵² non sarà 'assolutamente' in grado di portare ad una prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio' della responsabilità penale. Infatti, poiché il giudizio *ex art. 129, comma 1, c. p. p.* è per sua natura effettuato *nel corso* e non *al termine* del procedimento (inteso nel suo sviluppo ordinario) esso deve necessariamente consistere in una valutazione dell'utilità delle fasi successive in base al materiale probatorio disponibile⁵³. Se invece lo si ritenesse un giudizio esclusivamente diagnostico verrebbe del tutto disconosciuta l'importanza del dibattimento, ovvero il fondamentale ruolo epistemologico svolto dal contraddittorio (sul quale si tornerà a breve); peraltro in tal caso l'adozione ai fini del giudizio in esame del negativo dello standard prescritto per il giudizio post-dibattimentale comporterebbe un quasi generalizzato epilogo assolutorio, atteso che ragionevoli dubbi sono spesso presenti nelle fasi iniziali di un procedimento e possono essere efficacemente superati solo con il confronto dialettico delle parti⁵⁴. Affinché dunque il proscioglimento sia giustificato prima del

⁵² O le fasi avanzate dello stesso, qualora il giudizio *ex art. 129 c. p. p.* sia effettuato non in sede di patteggiamento, ma a dibattimento già iniziato.

⁵³ Cfr. G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2008, Tomo I, p. 1059 in cui si legge: "il legislatore (...) ha inteso evitare che pervengano alla fase del giudizio situazioni nelle quali risulti con ragionevole certezza che l'imputato meriti il proscioglimento: ciò avviene nei casi di sicura infondatezza dell'accusa, quando cioè gli atti offrono la prova dell'innocenza dell'accusato o la totale mancanza di elementi a carico, ma anche *in presenza di sicura inidoneità delle fonti di prova acquisite ad un adeguato sviluppo probatorio, nella dialettica del contraddittorio dibattimentale*" (grassetto eliminato e corsivo aggiunto).

⁵⁴ Tale critica vale peraltro per qualsiasi pronuncia pre-dibattimentale di proscioglimento, anche esterna al patteggiamento.

dibattimento, luogo principale in cui i dubbi emergono e si dissolvono, è necessario pronosticare che il contraddittorio non varrà in alcun modo ad alterare significativamente la probabilità di innocenza. Peraltro tale esito potrà aversi solo se il materiale probatorio sostiene più che un ragionevole dubbio, atteso che quest'ultimo, data la sua esiguità, può sempre essere dissolto dal contraddittorio. In altri termini il confronto dialettico non può mai essere ritenuto inutile se gli atti disponibili in sede di patteggiamento sollevano solo un ragionevole dubbio.

Se dunque si riconosce al contraddittorio un importante ruolo nell'accertamento viene automaticamente da chiedersi se sia possibile ottenere una prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio' prima del dibattimento. Si tratta del profilo epistemologico del problema studiato. Come il lettore si sarà accorto, di questo profilo nulla si è detto nel capitolo precedente. La ragione di ciò è semplicemente che la dottrina e la giurisprudenza statunitensi non lo hanno affrontato in modo approfondito⁵⁵.

In dottrina si ritiene che sia possibile che una sentenza che applica la pena su richiesta soddisfi la regola di giudizio menzionata. Merita particolare attenzione la posizione di chi⁵⁶: mostra fiducia nel principio della completezza delle indagini

⁵⁵ La dottrina statunitense, necessario interlocutore sul punto, ha affrontato solo incidentalmente il problema della compatibilità in termini epistemologici tra una sentenza emessa a seguito di *plea bargaining* e lo standard della *proof beyond a reasonable doubt*. Tra le ragioni della mancata attenzione a questo profilo si possono individuare le seguenti. Innanzitutto, a livello normativo (il riferimento è alla *rule 11 (b) (3)* delle *Federal Rules of Criminal Procedure*) non è richiesto il soddisfacimento dello standard menzionato, ma si considera sufficiente l'accertamento di una *factual basis for the plea*, standard che le corti ritengono soddisfatto quando ci sia *evidence* bastevole per pronosticare che una giuria potrebbe condannare l'imputato *beyond a reasonable doubt* e dunque per escludere un *directed verdict* a vantaggio dello stesso (sul punto si veda A. W. ALSCHULER, *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 *Yale L. J.* 1179, 1975-1975, p. 1293, nota 313). Si tratta pertanto di una mera prognosi sulla responsabilità penale dell'imputato che può senz'altro lasciare spazio a ragionevoli dubbi. Questa tuttavia, associata ad una confessione talvolta inattendibile, costituisce per molti un elemento sufficiente a ritenere che lo standard costituzionalmente previsto sia stato automaticamente soddisfatto e pertanto previene l'approfondimento della questione. Inoltre il profilo epistemologico è messo in secondo piano dal fatto che molti sostenitori del *plea bargaining* ne esaltano la funzione di *dispute resolution*. Agli occhi di tale dottrina il ruolo di questo istituto è prevalentemente quello di individuare un accordo che soddisfi entrambe le parti: l'accuratezza della decisione non interessa (sul punto si veda A. W. ALSCHULER, *The Changing Plea Bargaining Debate*, 69 *Cal. L. Rev.* 652, 1981, p. 684). Un'obiezione di carattere epistemologico avrebbe poca presa di fronte a questo deliberato accantonamento del problema. Infine, l'esaltazione della negoziabilità nel *plea bargaining* ha portato taluni autori ad accettare cinicamente che questo istituto possa costituire un utile strumento anche per l'innocente, in quanto gli permette di evitare probabili condanne più severe sancite al termine di un eventuale *trial*. (sul punto si vedano G. C. CHRISTIE, K. PYE, *Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: Another View*, 1970 *Duke L. J.*, 919, 1970, p. 926 ss.). E' evidente che anche per questa dottrina il problema della compatibilità tra il *plea bargaining* e lo standard della *proof beyond a reasonable doubt* è semplicemente irrilevante.

⁵⁶ CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, op. cit.

(oggetto di importanti pronunce della Corte Costituzionale⁵⁷) asserendo che queste possono compensare la *semiplena cognitio* caratteristica del patteggiamento⁵⁸; inoltre sostiene che il consenso prestato dalle parti da un lato manifesti “una sintonia di giudizio fra imputato e pubblico ministero in merito alla sufficienza del corredo probatorio allegato e alla sua efficacia dimostrativa” e dall’altro evidenzia che l’imputato ha ritenuto superflua l’indagine dibattimentale stimando la stessa incapace di condurre a risultati diversi da quelli già raggiunti⁵⁹; infine afferma che, poiché “normalmente nessuno è disponibile ad assumere un atteggiamento contrario al proprio interesse e a farsi destinatario di una pena prescindendo da un effettivo coinvolgimento nell’addebito ipotizzato”⁶⁰, è possibile inferire dalla volontà negoziale la responsabilità dell’imputato. Al primo argomento si potrebbe semplicemente ribattere richiamando la “legge di Hume inversa”, secondo la quale “dal direttivo al descrittivo non c’è passaggio logico necessario, ovvero da norme e valori non si possono dedurre fatti”⁶¹. In altri termini la mera presenza di un principio d’azione non esclude che un p. m. svolga indagini incomplete, specie per quanto attiene ai fatti e alle circostanze a favore dell’indagato (art. 358 c. p. p.). Non è dunque per questa strada che si può convincentemente sostenere la compatibilità epistemologica tra standard e rito alternativo. Quanto alle due massime d’esperienza che costituiscono il secondo argomento va detto che anche laddove le si ritenesse

⁵⁷ In particolare si vedano la n. 88 del 15 febbraio 1991 (in cui la Corte ha sancito come limite all’obbligatorietà dell’azione penale, il divieto di instaurare il processo se esso appare oggettivamente superfluo) e la n. 115 del 9 maggio 2001 (in cui la Corte ha imposto la completezza delle indagini, perché funzionale al diritto di scelta dell’imputato tra il rito ordinario e il giudizio abbreviato).

⁵⁸ CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, op. cit., p. 366.

⁵⁹ *Id.*, p. 365. L’Autore peraltro afferma che ciò che distingue la ricostruzione fattuale nel patteggiamento da quella post-dibattimentale “non è la regola di giudizio, ma la *qualità* dell’accertamento condotto dal giudice e dalle parti sulle questioni di fatto” (*Id.*, p. 554, corsivo aggiunto). Questa distinzione sotto il profilo qualitativo non è per nulla chiara e solleva il pericoloso equivoco che lo standard imponga un’attenzione al solo aspetto quantitativo della prova e non a quello qualitativo; in altri termini alla sola probabilità espressa dalla generalizzazione usata per costruire l’inferenza, ma non al fondamento della stessa o al fondamento del ragionamento analogico.

⁶⁰ *Id.*, p. 555. Si veda anche CAPRIOLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, op. cit., p. 86. Scrive invece Daniela Vigoni: “il consenso dell’imputato, lungi dall’assumere valenza sostanziale, manifesta una mera scelta processuale, priva di alcun significato conclusivo in senso colpevolista, e riconducibile a ragioni diverse, insindacabili ai fini dell’esito della richiesta”. Così VIGONI, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, op. cit., p. 188.

⁶¹ Così U. SCARPELLI, *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 111. Se la legge di Hume è posta a tutela della libertà, “non già perché l’uomo è – ontologicamente – libero” (potrebbe davvero affermarsi ciò?) “ma perché vogliamo farlo libero”, la legge di Hume inversa è posta a tutela della conoscenza empirica.

entrambi attendibili⁶² esse ancora non permetterebbero di trarre un'inferenza conclusiva in merito alla responsabilità dell'imputato. Che il p. m. e l'imputato siano d'accordo sulla sufficienza del corredo probatorio e sulla sua efficacia dimostrativa non dice ancora nulla sull'effettiva sufficienza ed efficacia dello stesso; così come che l'imputato ritenga superfluo il dibattimento non esclude la sua innocenza, atteso che egli potrebbe essere stato mal consigliato da un difensore inesperto o in mala fede e potrebbe avere una scarsa conoscenza dei meccanismi processuali (si pensi ad un immigrato che non parla l'italiano in un giudizio direttissimo, difeso da uno svogliato difensore d'ufficio). Quanto alla massima d'esperienza che costituisce il terzo argomento vi è da dire che essa è di dubbia attendibilità, non sembrando improbabili casi in cui un imputato innocente decide di patteggiare in base ad un calcolo di *decision making*⁶³ (inevitabilmente implicato dall'attribuzione all'imputato di un potere di scelta tra i riti) e/o addivenga all'accordo perché mal difeso e disinformato (si ricordi ancora l'esempio del povero immigrato).

Il vero ostacolo al conseguimento di una prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio' con la sentenza che applica la pena su richiesta è l'assenza di un contraddittorio aperto tra p. m. e imputato davanti al giudice terzo ed imparziale. Non basta il confronto privato in sede di patteggiamento perché è il giudice l'attore del procedimento conoscitivo e di fronte a lui deve pertanto svolgersi l' 'agone'. In dottrina si è affermato che il contraddittorio ha un "innegabile (e imprescindibile) *valore euristico*" e che il metodo dialettico è il migliore strumento per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali⁶⁴. La correttezza di queste considerazioni appare evidente se si richiama alla mente lo studio svolto nel precedente capitolo sul

⁶² L'attendibilità della prima è però dubbia. Infatti può accadere che l'imputato patteggi a fronte di un materiale accusatorio non sufficiente, per la paura che tale materiale sia arricchito nel dibattimento e porti ad una condanna più severa. In altre parole non è detto che dal consenso dell'imputato si possano inferire la "sufficienza del corredo probatorio" e la sua "efficacia dimostrativa".

⁶³ Comparando la certezza di condanna tramite patteggiamento moltiplicata per il disvalore dell'assoggettamento ad una pena ridotta con la probabilità di condanna all'esito del dibattimento moltiplicata per il disvalore dell'assoggettamento ad una pena più elevata.

⁶⁴ G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009, p. 51. E' però necessario riflettere sul fatto che il contraddittorio abbisogna di particolari condizioni per poter esplicitare al meglio le proprie potenzialità. Non sempre tali condizioni sono presenti nella realtà del processo (il pensiero va *in primis* alla distanza temporale tra gli accadimenti oggetto di ricostruzione e il contraddittorio, la quale rischia di produrre uno sviamento della dialettica ed una mistificazione dei risultati). Si tratta comunque di un limite di ordine empirico che può e deve essere oggetto di appositi accorgimenti normativi e operativi. Esso non vale ad intaccare il primato epistemologico del metodo studiato.

concetto di 'peso probatorio', componente fondamentale della prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio'⁶⁵.

Il peso probatorio consiste nel fondamento della generalizzazione che si utilizza per trarre un'inferenza particolare e dell'analogia che permette tale utilizzo. Esso è dato dalla quantità di *evidence* rilevante presa in considerazione per produrre la probabilità espressa dalla generalizzazione e per imparentare le proprietà rilevanti del caso concreto con quelle del paradigma della *reference class* presa in esame. La probabilità, seppur elevata, non è sufficiente se è sostenuta da un fondamento debole; l'analogia è insufficiente se basata sull'esame di poche, o poco rilevanti, proprietà. Ora, il contraddittorio è lo strumento che permette di accrescere il fondamento di un'inferenza. Sia che consista nella *peer review* scientifica sia che consista nella dialettica processuale esso sottopone le ipotesi ricostruttive a continui tentativi di falsificazione e, dunque, ne accresce il peso: le prove di tenuta dell'ipotesi di fronte alle ricostruzioni alternative ragionevoli aumentano infatti la *evidence* rilevante per l'inferenza, a prescindere da quale sia l'esito finale. Atteso che un contraddittorio interno alla mente del singolo (sia esso il p. m. in sede di indagini o il giudice in sede di giudizio) non ha efficacia pari ad un confronto con chi è portatore di istanze diverse e ha inevitabilmente esperienze diverse, si ritiene che il contraddittorio *fra le parti* sia epistemologicamente preferibile rispetto ad un'indagine solitaria. Un accertamento privo di contraddittorio, qual è, per lo più, quello che si ha in caso di patteggiamento, difficilmente può soddisfare lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio' proprio perché non ha attraversato una fase di falsificazione sistematica. In tale circostanza è da aspettarsi che residui spesso un dubbio ragionevole sull'ipotesi accusatoria: *la stessa deviazione dal metodo di accertamento epistemologicamente più avanzato potrebbe costituire un dubbio ragionevole sul fondamento di tale ipotesi!* Questa conclusione varrebbe anche nel caso di una legge scientifica nei cui confronti non è stato effettuato alcun test di falsificazione: non per niente, infatti, la falsificabilità è intesa come un pre-requisito della scientificità.

Se così stanno le cose si comprende che applicare l'art. 533, comma 1, c. p. p. al patteggiamento potrebbe produrre una serie di condivisibili rigetti, frustrando le

⁶⁵ Si veda *infra* Capitolo I, par. 3.2.2.

finalità deflattive proprie del rito studiato⁶⁶. Le alternative, peraltro, sono la scelta deprecabile di condannare in base ad un'evidenza debole e insoddisfacente, violando apertamente la presunzione di innocenza, oppure l'abolizione del rito speciale con i disagi economici che essa comporta. A questa *impasse* potrebbe forse ovviarsi imponendo come condizione *sine qua non* del patteggiamento un riconoscimento della responsabilità da parte dell'imputato. Questo, lungi dal poter colmare macroscopiche carenze nel materiale probatorio dell'accusa, potrebbe tuttavia costituire quel fattore ulteriore (ben più significativo di una mera rinuncia al rito ordinario) che permetta la soddisfazione dello standard previsto all'art. 533 c.p.p. La proposta avanzata si basa sulla considerazione dell'alto costo comportato da un'ammissione di responsabilità di fronte alla società e ai propri cari⁶⁷ e sulla massima generale secondo cui è più probabile che un tale costo sia affrontato da un soggetto colpevole piuttosto che da un soggetto innocente⁶⁸.

Il potere attribuito all'imputato di scegliere tra più riti può comportare un calcolo di *decision making* da parte di quest'ultimo. Poiché in assenza del contraddittorio l'accertamento del giudice non è sempre in grado di escludere che, in base a detto calcolo, anche l'innocente addivenga al patteggiamento, è necessario appesantire il piatto dei costi che questi deve sostenere, aggiungendo un requisito a cui egli sia

⁶⁶ Così anche F. PICINALI, *Diritto penale, patteggiamento e ragionevole dubbio*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 1461 ss.

⁶⁷ Sul punto si veda S. BIBAS, *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure; the Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, 88 Cornell L. Rev. 1361, 2002-2003, pp. 1377-1378 e p. 1393 ss.

⁶⁸ Alla posizione qui avanzata si potrebbe obiettare che l'esperienza statunitense ha dimostrato che il requisito della confessione non costituisca affatto una garanzia nei confronti del rischio di condanna di individui innocenti. A tale obiezione è però possibile ribattere affermando che: essa non costituisce una buona ragione per rendere ancora più blandi i requisiti del patteggiamento richiedendo una semplice accettazione del rito; il *prosecutor* statunitense gode sia di un'ampia discrezionalità nella formulazione delle imputazioni sia di un "potere contrattuale" ben superiore a quello del nostro p.m. e questi fattori possono sicuramente produrre incentivi al *guilty plea* anche per l'innocente; proprio l'esperienza statunitense, che ha visto nascere la figura dell'*Alford plea* (si tratta di una contraddittoria figura giurisprudenziale di *plea bargaining*, prodotta in *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970, secondo la quale è consentito all'imputato di avanzare un *guilty plea* pur affermando la sua innocenza e pertanto lasciando vivo il dubbio, ragionevole in taluni casi, che giustizia non sia stata fatta), peraltro inteso da taluni come strumento proprio per l'imputato innocente (si veda sempre BIBAS, *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure; the Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, cit., pp. 1373-1374. L'Autore peraltro afferma che fra le ragioni che spingono all'uso dell'*Alford plea*, prevalentemente utilizzato dai 'colletti bianchi' e dagli autori di crimini infamanti come la violenza sessuale, vi sono la vergogna ad ammettere la propria colpevolezza davanti a familiari o amici e l'incapacità di riconoscerla di fronte a se stessi), dimostra che l'ammissione di colpevolezza comporta un costo maggiore della semplice accettazione del rito ed anche che tale costo può dissuadere l'innocente dal dirsi responsabile.

particolarmente sensibile. Imprescindibile resta comunque il vaglio da parte del giudice dell'operatività nel caso concreto della massima enunciata (ovvero della genuinità della confessione) poiché non è da escludersi che in circostanze specialmente critiche essa non sia attendibile. Detto vaglio consiste nel test di falsificazione (anch'esso basato sul confronto dialettico con l'imputato) dell'ipotesi che inferisce la responsabilità dalla confessione.

5. *Conclusioni*

In questo capitolo si è cercato di mostrare che talune importanti conclusioni raggiunte nella parte precedente dello studio sono compatibili con, se non addirittura imposte dal, ordinamento penale italiano⁶⁹.

A chiosa di quanto sin qui scritto merita menzione la tesi secondo cui⁷⁰ lo standard studiato trova un miglior terreno di applicazione in un ordinamento di *civil law*, in virtù non solo del carattere professionale dei giudici, ma soprattutto dell'obbligo di giustificare la decisione attraverso la motivazione. Si tratta di affermazione decisamente condivisibile, specie se si accetta che il *jury trial* non è stato ideato per assicurare il *fact finding* e se si considera che, per via delle sue imperscrutabili *black boxes*, esso appare senz'altro meno adatto a svolgere questa funzione.

Della motivazione si è scritto che "è il più potente strumento di razionalizzazione del giudizio che sia stato finora concepito, perché obbliga a tradurre il giudizio sul fatto in un testo linguistico"⁷¹. Essa non solo fornisce materia per il controllo svolto dalle parti e dalle istanze superiori, ma impone al giudice di improntare la sua decisione su inferenze comunicabili, condivisibili, degne di assenso. E' proprio la

⁶⁹ Invero si è ommesso di argomentare in merito all'invariabilità dello standard; ciò sia perché le norme costituzionali e codicistiche non lasciano alcuno spazio ad una diversa interpretazione, sia perché talune riflessioni svolte nel capitolo precedente sul *beyond a reasonable doubt* standard non sono suscettibili di cambiare a seconda della lingua adottata per definire la regola di giudizio.

⁷⁰ Il riferimento è, in particolare, ai seguenti lavori: CANZIO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, op. cit., in particolare p. 306 ss.; CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, op. cit.; D'ALESSANDRO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" nella revisione del processo*, op. cit., in particolare p. 685.

⁷¹ Così IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale*, op. cit., p. 761.

CAPITOLO II

trasparenza prodotta dall'obbligo di motivazione a stimolare l'attenzione del giudice verso i principi epistemologici e a dare massima dignità alla riflessione dottrinale e giurisprudenziale sugli stessi.

CAPITOLO TERZO

LE COMPONENTI FATTUALI DELL'INTERPRETAZIONE PENALISTICA E I CASI 'DI CONFINE' TRA LE *QUAESTIONES*

1. Premessa

In questo capitolo si intende riflettere sulle imprescindibili 'componenti fattuali' dell'interpretazione penalistica. Dopo aver offerto alcuni spunti generali su quest'ultima, la riflessione porterà dapprima a valutare la possibilità di stabilire una regola di giudizio per la *quaestio iuris* e, successivamente, ad esaminare quei casi in cui le componenti fattuali dell'interpretazione hanno un tale spessore da comportare il superamento di talune differenze procedurali tra le *quaestiones*, al punto da far correre il rischio di confonderne la linea di demarcazione e dunque i rispettivi regimi normativi. Il riferimento è, in particolare, all'individuazione della regola cautelare nella colpa generica e all'interpretazione dei sempre più frequenti elementi (normativi) extragiuridici di natura tecnico-scientifica. In definitiva, l'intento perseguito nel capitolo è quello di far luce su alcune problematiche zone di confine tra la ricostruzione del fatto e l'interpretazione in ambito penale.

A scanso di equivoci va detto che non si intende qui affrontare l'ormai noto tema delle reciproche influenze tra le *quaestiones*¹, né si vuole proporre un'esautiva

¹ Sul punto meritano di essere citate le chiare parole di Alessandro Giuliani: "a) la questione di diritto risulta condizionata dalle circostanze che hanno dato luogo alla controversia, dalla natura della confutazione, dalla considerazione delle conseguenze della decisione. Si impone pertanto un lavoro di correzione e di rettifica delle regole in relazione alla natura del fatto: l'applicazione meccanica ci farebbe incorrere nella fallacia dell'accidente; b) la questione di fatto (*an sit*) è sempre interdipendente con questioni di definizione (*quid sit*) e di qualità (*quale sit*): non interessa la verità dei fatti in sé, ma la loro utilizzazione in relazione alle situazioni argomentative". Così A. GIULIANI, *Prova*, voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXVII, p. 252. Si consideri anche il seguente passo di Arthur Kaufmann: "L'elaborazione del caso rispetto alla norma, che conduce a definire la fattispecie concreta (*Sachverhalt*), e della norma rispetto al caso, che conduce invece a definire la fattispecie astratta (*Tatbestand*), avviene in maniera reciprocamente correlata e nel medesimo tempo". Così A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, "Giustizia internazionale e interpretazione", CEDAM, Padova, 2006, vol. VI. Secondo l'Autore, tra fatto e diritto si produce una "spirale

riflessione su quelle costanti dell'argomentazione giuridica che riguardano trasversalmente e la ricostruzione del fatto e l'interpretazione². Tuttavia queste due importanti tematiche della post-modernità giuridica fanno da imprescindibile sfondo alle riflessioni che seguono e si intrecciano inevitabilmente ad esse.

2. Alcuni spunti sull'interpretazione penalistica

2.1. Generalizzazioni, reference classes, casi paradigmatici, analogie

Le regole, intese come precetti generali e astratti, si fondano su generalizzazioni³. La ripetuta osservazione del fatto che comportamenti *simili* producono una

ermeneutica", un continuo circolo ascendente che consente di raggiungere gradualmente dei piani più elevati rispetto a quello di partenza (dato dalla 'precomprensione', la quale permette di formulare, partendo dalla prima conoscenza del fatto, un'ipotesi provvisoria riguardo alla norma che dovrebbe essere applicata e alle conseguenze della sua applicazione), portando a "scoprire qualcosa di nuovo" (*Id.*, p. 325). Sulle reciproche influenze tra le *quaestiones* si vedano, fra gli altri: M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, in particolare p. 236 ss.; G. CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in Cass. Pen., 2006, III, p. 1184 ss.; F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, CEDAM, Padova, 1961, Vol. III, p. 131 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, in particolare p. 74 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25 ss.; G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in Cass. Pen., 2006, vol. XLVI, n. 3, p. 1206.

² Il riferimento è in primo luogo al ricorso ai giudizi di valore e, più precisamente, al senso comune (sul punto si vedano: V. FROSINI, *Senso comune e scienza giuridica*, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, Giuffrè, Milano, 1969, II.; M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2001, II, p. 665; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, capitolo II; UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. Per un approfondimento sulla nozione di 'senso comune' si vedano i saggi contenuti in F. CASTELLANI, L. MONTECUCCO (a cura di), *Normatività logica e ragionamento di senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1998); in secondo luogo al ricorso alla retorica (intesa come disciplina che mira al dominio dell'opinione attraverso il conseguimento di una verità probabile) e alla dialettica (intesa come metodo basato sul sistematico confronto tra opinioni diverse) (sul punto si vedano: VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, op. cit., in particolare Capitolo IV; A. GIULIANI, *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *La prova penale*, Atti del Corso di formazione ed aggiornamento professionale per i magistrati, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997, n. 98. Per un approfondimento su retorica e dialettica nell'esperienza giuridica si rinvia a A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano, 1971 e A. GIULIANI, *Teoria dell'argomentazione*, in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1975, vol. XXV); in terzo luogo all'acquisita consapevolezza che anche gli enunciati normativi hanno un'importante componente fattuale (sul punto si vedano le riflessioni svolte in P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 305 ss. e, soprattutto, in F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Il Mulino, Bologna, 2000); in quinto luogo al ricorso al ragionamento analogico (sul punto si veda *supra* capitolo primo e *infra* paragrafo 2).

³ Si veda la nozione di 'generalizzazione' adottata *supra* capitolo primo, nota n. 142.

conseguenza che si intende evitare sta alla base della formulazione di enunciati normativi che vietano quel *tipo* di comportamenti⁴. Ad esempio, l'osservazione dell'elevato numero di traumi cerebrali subiti da ciclisti urbani che non indossano un casco può portare ad imporre l'uso dello stesso a chiunque voglia andare in bicicletta in città; l'osservazione dell'alta frequenza di incidenti in montagna dovuti al distacco di valanghe causato da alpinisti imprudenti può portare a vietare le attività alpinistiche nei periodi di pericolo marcato; l'osservazione dei frequenti infortuni degli operai nel lavoro edilizio può portare a imporre una disciplina apposita che ne accresca la sicurezza.

Quanto appena scritto vale anche per le norme incriminatrici⁵. Il fenomeno è senz'altro più evidente nelle fattispecie di pericolo⁶ in cui l'offesa è costituita dall'aver posto in essere un comportamento statisticamente rilevante per la lesione del bene (o dei beni) protetto(i) e perciò oggetto di disvalore (a cui sono associate le valutazioni di meritevolezza e di bisogno di pena). In questo caso sono l'osservazione della menzionata frequenza e la percezione del disvalore ad essa associato a spingere il legislatore ad avanzare la soglia di rilevanza penale, atteso che, data l'importanza del bene, si ritiene inopportuno incriminarne la sola lesione

⁴ Cfr. SCHAUER, *Le regole del gioco*, op. cit., in particolare, p. 47 ss. In proposito Kaufmann parla dell' 'induzione' come della "tipica modalità di ragionamento del legislatore". Cfr. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, op. cit., p. 327. Molto interessanti sono le riflessioni di Carnelutti. L'Autore, dopo aver definito il giudizio di valore, o critico, (in contrapposizione al giudizio di esistenza, o storico, che ne è presupposto) come giudizio che investe il futuro, in quanto riguarda la *possibilità* insita nell'esistente che viene giudicato, afferma: "Senza dubbio (...) il compito legislativo mette capo a un giudizio di valore poiché tipicamente la legge dispone su ciò che sarà. *Questo non esclude che il legislatore non abbia a formare anche dei giudizi storici poiché la previsione del possibile non può fondarsi se non sull'esistente*". Così CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, op. cit., p. 148 (corsivo aggiunto).

⁵ Nonchè per le cause di esclusione o di attenuazione della pena, che qui sono messe da parte.

⁶ Si pensi all'art. 426 c.p.: *Inondazione, frana o valanga* – Chiunque cagiona un'inondazione o una frana, ovvero la caduta di una valanga, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni. In merito al rapporto tra generalizzazioni basate sull'esperienza e reati di pericolo (in particolare, astratto) sono interessanti le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale in sede di giudizio di legittimità, la quale ha affermato che la norma incriminatrice deve sempre essere aderente all'*id quod plerumque accidit*, pena la sua irrazionalità. Sul punto si veda D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in Riv. It., Dir e Proc. Pen., 2008, p. 1010 ss. Inoltre, si veda S. PENASA, *La 'ragionevolezza scientifica' delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in Quaderni Costituzionali, 2009, n. 4, p. 817 ss., lavoro che studia lo scrutinio di ragionevolezza operato dalla Corte Costituzionale nei confronti di leggi che intervengono su materie scientifiche. Penasa riflette sulla necessità costituzionale che la legge aderisca alla realtà fattuale, tema di cui ci si occuperà diffusamente nel capitolo quinto. Piace qui richiamare una felice espressione dell'Autore che, ragionando su tale profilo deontologico, parla del "contenuto sostanzialmente normativo dei fatti" (*id.*, p. 821).

effettiva. Eppure, nel caso dei reati di danno⁷, siano essi naturali o artificiali, le cose non stanno diversamente. La relativa norma incriminatrice nasce infatti dalla ripetuta percezione di un disvalore sociale connesso alla lesione del bene. Mentre dunque questi ultimi si fondano su una generalizzazione che esprime l'implicazione tra la lesione e il disvalore, i reati di pericolo si fondano su due generalizzazioni: una che esprime l'implicazione tra il comportamento e la lesione e l'altra che esprime l'implicazione tra la prima generalizzazione (o, se si preferisce, il pericolo) e il disvalore. Si badi peraltro che il disvalore non è un'entità astratta, quasi metafisica, chiamata in causa pretestuosamente per giustificare una scelta di criminalizzazione. Esso è una valutazione negativa condivisa, relativa alle concrete conseguenze che il comportamento ha sul bene che si vuole proteggere. Si comprende pertanto come si possa concepire, apprezzare e ritenere significativa una percepita regolarità nell'implicazione tra il comportamento e il disvalore.

Le generalizzazioni servono al legislatore come guida per *tipizzare* i comportamenti che egli vuole incriminare, ovvero per fissare una descrizione comune che ne illumini quei tratti che giustificano la loro rilevanza penale. Il rapporto tra il singolo tratto, il disvalore, nonché la meritevolezza e il bisogno di pena che si basano su quest'ultimo, è una relazione fondamentale sia per la posizione del diritto che, come si vedrà, per la sua interpretazione⁸. Se dunque la genesi della disposizione penale costituisce un momento di sintesi del molteplice su cui quest'ultima si fonda, la qualificazione del fatto concreto, che è parte del procedimento interpretativo, è invece il momento dell'imprescindibile ritorno al molteplice.

Come si è appena detto, la disposizione nasce da un processo di astrazione dal molteplice concreto. I numerosi casi oggetto di osservazione sono ricondotti *ad unum* attraverso la costruzione (inespressa) di un *caso paradigmatico* che ne compendia i

⁷ Si pensi al primo comma dell'art. 582 c.p.: *Lesione personale* – Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.

⁸ Mutuando dalla terminologia di Schauer, i tratti del comportamento costituiscono il “predicato fattuale” della norma, mentre le valutazioni di meritevolezza e di bisogno di pena corrispondono grosso modo alla “giustificazione” della norma. Cfr. SCHAUER, *Le regole del gioco*, op. cit., p. 55 e p. 59. Peraltro, anche nella filosofia del diritto italiana (si pensi a Uberto Scarpelli) si è distinto similmente tra le due componenti del “riferimento” e della “funzione”. Sul punto di veda V. VILLA, *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 829.

tratti rilevanti: questo viene descritto tramite l'enunciato normativo. Tale processo ascendente, dai particolari al generale, si caratterizza per l'inevitabile impoverimento della rappresentazione della complessa realtà fenomenica. Tuttavia (almeno quando il legislatore è accorto) si tratta di un impoverimento sapiente, che permette a pochi colpi di pennello di individuare una determinata base referenziale. In altre parole, l'enunciato normativo è l'etichetta apposta ad una *reference class*, ad un insieme di comportamenti accomunati in ragione di talune somiglianze rilevanti⁹. La *reference class* può essere idealmente intesa come un cerchio nel cui centro si trova il caso paradigmatico (o prototipo, o *exemplifier*), istanza che presenta le proprietà tipiche della classe espresse nel loro *core meaning* (o concetto). Le altre istanze (o casi) sono posizionate più o meno vicino al caso paradigmatico (ma pur sempre all'interno della circonferenza!), a seconda di quanto le loro proprietà siano simili ai rispettivi *core meanings*¹⁰.

Fine dell'interpretazione è qualificare, ovvero ricondurre un caso concreto all'interno della *reference class* etichettata dalla disposizione. Si può persino affermare che l'interpretazione non può essere disgiunta dal riferimento al caso (che si tratti del caso paradigmatico o di quello concreto da qualificare)¹¹. Ciò vuol dire che non si tratta di un procedimento meramente dichiarativo di un *quid* astratto e pre-

⁹ Si badi che l'uso del concetto di 'classe' è piuttosto diffuso nelle riflessioni dottrinali sull'interpretazione giuridica. Si vedano, ad esempio: *Id.*, p. 838; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1997, Second Edition, p. 124; K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 78; A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 42; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1979, pp. 348, 353; C. R. SUNSTEIN, *On Analogical Reasoning*, 106 Harv. L. Rev. 741, 1993, p. 755. Interessante è anche la lettura di E. H. LEVI, *An introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949, p. 2 ss. in cui l'Autore parla dell'interpretazione come di un procedimento di classificazione di *different cases* in virtù di *key similarities* tra gli stessi.

¹⁰ Si tratta di una struttura mutuata da quella teorizzata dalla studiosa di psicologia cognitiva Eleanor Rosch con riferimento alle categorie percettive e semantiche. Si vedano E. H. ROSCH, *On the Internal Structure of Perceptual and Semantic Categories*, in T. E. MOORE (a cura di), *Cognitive Development and the Acquisition of Language*, Academic Press, New York, 1973 e E. H. ROSCH, *Principles of Categorization*, in *Concepts. Core Readings*, in E. MARGOLIS, S. LAURENCE (a cura di), The MIT Press, Cambridge, 1999. La distinzione tra caso paradigmatico e istanze periferiche non può non evocare la distinzione hartiana tra 'core' e 'penumbra' sviluppata in H. L. A. HART, *Positivism and the separation of law and morals*, 71 Harvard Law Review 593, 1958.

¹¹ Si veda, in proposito, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 256.

esistente¹², seppur non sia neanche corretto ritenerla un'operazione genuinamente creativa, in quanto essa è soggetta ad un "sistema di *vincoli*"¹³ di cui si dirà a breve.

Alcuni studiosi distinguono tra il momento dell'interpretazione, inteso come "determinazione (...) della classe" e "sicura scelta dei casi che servono da materiale di comparazione", e il momento della sussunzione o qualificazione, che presuppone il primo, inteso come riconduzione del caso concreto all'interno della classe¹⁴. Come si vedrà non è errato distinguere tra due operazioni, di cui una (l' *individuazione del concetto*) è presupposto dell'altra (la *qualificazione*), tuttavia si ritiene che entrambi costituiscano attività interpretativa, ovvero attribuzione di *significato*¹⁵ alla norma. Infatti, dal momento che con la qualificazione si ha il ritorno al molteplice e poiché quest'ultimo è fatto da casi che, per quanto simili, non sono mai uguali, ogni qualificazione arricchisce, seppur in minima misura, il significato della norma¹⁶.

Finora si è considerato il procedimento interpretativo solo in superficie. E' bene approfondirne la dinamica anche per fornire adeguati argomenti a sostegno delle affermazioni sin qui fatte.

Si è detto che l'enunciato normativo etichetta una *reference class*. Gli elementi strutturali ideali di questa sono il centro e la circonferenza. Al centro si trova il caso paradigmatico. Con questa espressione può indicarsi indifferentemente un caso ideato per astrazione dal legislatore al fine di formulare la disposizione, o dalla giurisprudenza per darne applicazione¹⁷: deve comunque trattarsi di un'istanza che

¹² Cfr. *Id.*, p. 257. Secondo l'Autrice l'interpretazione consiste "nella costituzione per gradi di un rapporto di corrispondenza tra il dato normativo formulato nella fattispecie e quello concreto, realizzato attraverso un riconoscimento di somiglianza tra i due".

¹³ Così VILLA, *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, op. cit., p. 844.

¹⁴ Così ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, op. cit., p. 78.

¹⁵ Intendendo per 'significato', la 'denotazione', ovvero ciò che un termine designa. Per questa nozione si veda G. FREGE, *Sense and reference*, in 57 *The Philosophical Review* 209, 1948, p. 210.

¹⁶ Citando Levi si può affermare che "the kind of reasoning involved in the legal process is one in which the classification changes as the classification is made. The rules change as the rules are applied". Così LEVI, *An introduction to legal reasoning*, op. cit., p. 3.

¹⁷ Molteplici sono nella dottrina, anche penalistica, i riferimenti all'importanza dei casi paradigmatici nell'interpretazione giuridica. Si vedano: VILLA, *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, op. cit., p. 837 ss.; TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, op. cit., p. 39; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, op. cit., p. 132 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 45, 46. Quest'ultimo Autore, peraltro, afferma: "sarebbe senz'altro auspicabile che la elaborazione giudiziale di casi generici (...) tendesse in futuro ad affermarsi come metodo di lavoro tipico della giurisprudenza di legittimità: se si impegnasse sul serio in questa direzione, la Cassazione potrebbe fornire un contributo non secondario al rafforzamento della certezza giuridica in campo penale". Lo stimolo alla proposta dell'Autore è dato dall'esperienza giurisprudenziale in materia di concorso esterno in associazione mafiosa. In merito la Cassazione ha individuato "ipotesi paradigmatiche

contenga la risposta alla ricerca delle ragioni dell'incriminazione. Infatti perchè un caso possa dirsi paradigmatico è necessario che esso costituisca l' 'intensione'¹⁸ dell'enunciato normativo, ossia contenga l'essenza di tutte le proprietà rilevanti al fine della qualificazione.

È bene precisare che la nozione di 'rilevanza' adottata nel procedimento interpretativo non coincide con la nozione di 'rilevanza statistica' di cui ci si è serviti per la soluzione del *reference class problem* nel contesto della ricostruzione fattuale¹⁹. La rilevanza ai fini dell'interpretazione è data dalla capacità della proprietà di catalizzare una porzione di valore o di disvalore. In altri termini, una proprietà si dice 'rilevante' quando la sua presenza o assenza ha una ricaduta sulla valutazione del comportamento²⁰, che costituisce la base dei giudizi di meritevolezza e di

ricostruite sulla base di elementi specifici comuni suscettibili di generalizzazione, come tali idonee ad abbracciare tutti i casi singoli che posseggono la medesima proprietà" (*Ibidem*). Il riferimento è, in particolare, ai casi paradigmatici dell' 'aggiustamento di processi' e del 'patto di scambio politico-mafioso' sui quali si vedano rispettivamente la sentenza Carnevale, Cass., Sez. Un., 21 maggio 2003, n. 22327 e la sentenza Mannino, Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748. Si può tuttavia affermare che entrambi i casi indicati siano ascrivibili ad un unico caso paradigmatico generale che si compone dei seguenti elementi: "un concreto, specifico, consapevole, volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come 'Cosa nostra', di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima" (brano tratto dalla sentenza Mannino. Corsivo aggiunto).

¹⁸ Si tratta di termine introdotto da Rudolf Carnap per riferirsi alle proprietà espresse da un predicato. Distinta è l' 'estensione' che consiste nella classe delle istanze a cui si applica il predicato. Si veda R. CARNAP, *Meaning and necessity. A study in semantics and modal logic*, The University of Chicago Press, Chicago, 1947, p. 16 ss.

¹⁹ Si veda *supra*, capitolo primo, nota 185.

²⁰ Bisogna peraltro notare che la stessa individuazione o precisazione della proprietà postula una valutazione. Questa è tuttavia ben distinta dal giudizio di disvalore sulla proprietà che, evidentemente, non può che seguirne l'individuazione e non interferisce dunque con essa. L'individuazione si ha attraverso il concorso di un momento definitorio e di un momento valutativo: il primo mira a descrivere il reale, il secondo "costituisce la ragione, il fondamento della definizione (...) nel senso che esso porta all'elaborazione di definizioni di oggetti raggruppati in virtù del loro carattere funzionale a certi scopi" (così PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., p. 362). In altri termini la proprietà è individuata tramite astrazione da una molteplicità e detta astrazione si ottiene tramite valutazione e definizione, laddove la prima costituisce la ragione della seconda. Questa teoria si basa sul riconoscimento che il linguaggio ha una funzione "originariamente orientativa del comportamento" (cfr. *Id.*, pp. 341, 342). Esso nascerebbe come mezzo di informazione volto ad ottenere comportamenti altrui. E' questa funzionalizzazione a rendere necessario il momento valutativo di cui sopra. In base a quanto affermato si comprende che il problema della qualificazione normativa, inteso come *reference class problem*, include un preliminare problema di *classificazione semantica* (su cui si tornerà nel testo). Entrambi hanno un momento valutativo. Nel secondo detto momento dipende dagli scopi comunemente perseguiti con la classificazione in una data comunità linguistica; nel primo esso dipende dallo scopo che l'ordinamento persegue con la qualificazione. Diversi sono dunque i parametri di rilevanza del dato descrittivo, ovvero i criteri fondamentali della

bisogno di pena. L'individuazione del caso paradigmatico attraverso il giudizio di rilevanza è dunque la fondamentale operazione con cui “si coglie il concetto”²¹ (il *sensu*, l'*intensione*) espresso dalla norma e costituisce il presupposto della qualificazione²².

Spostandosi dal centro, dove ‘risiede il concetto’, verso la circonferenza si incontrano istanze che partecipano delle proprietà del caso paradigmatico, pur non essendo uguali, bensì soltanto analoghe ad esso. E' proprio il ragionamento analogico che permette di qualificare dette istanze, costituendo l'operazione centrale del processo interpretativo. Oggetto di considerazione devono essere le sole proprietà che, in virtù della loro concreta manifestazione, possono ritenersi rilevanti. Si tratta pertanto di stabilire se una singola istanza concreta sia analoga al caso paradigmatico, se presenti tutte le proprietà su cui si è basato il giudizio di rilevanza penale di quest'ultimo, che si rinnova in relazione al caso concreto esaminato²³.

Poiché l'analogia è sintetica, ovvero accrescitiva della conoscenza, ogni qualificazione comporta un arricchimento del significato dell'enunciato normativo ed è, pertanto, parte fondamentale dell'interpretazione²⁴. Talvolta, quando il caso

classificazione. Su queste ultime riflessioni si vedano gli spunti forniti in *Id.* pp. 351, 352. Nel seguito sarà meglio precisato il rapporto che l'aspetto semantico (composto da descrizione e valutazione) e il giudizio ordinamentale di (dis)valore hanno nella qualificazione giuridica.

²¹ Così VILLA, *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, op. cit., p. 838 (in corsivo nel testo). Cfr. anche PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., p. 348 secondo il quale le proprietà ‘essenziali’ isolate dalla molteplicità dei fatti concreti sono gli “elementi del concetto”.

²² Un buon esempio di argomentazione interpretativa volta all'individuazione del concetto, o caso paradigmatico, è fornito dalla recente sentenza delle Sezioni Unite del 25 febbraio 2010, n. 15208 in cui la Corte ha ritenuto configurabile la corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente (sollevando, ad avviso di chi scrive, non poche perplessità riguardo all'ipotesi di corruzione impropria susseguente). In base alle argomentazioni della Corte si può delineare il caso paradigmatico della corruzione in atti giudiziari susseguente. Esso si compone delle seguenti proprietà, ritenute rilevanti in quanto contribuiscono a minare l'imparzialità e la terzietà della funzione giudiziaria (il bene protetto): compimento da parte di un PU di un atto giudiziario; dolo specifico in capo al PU consistente nel fine di favorire o danneggiare una parte e sussistente al momento del compimento dell'atto; ricezione o accettazione della promessa di denaro o altra utilità successiva al compimento dell'atto. Un'ulteriore proprietà (si tratta della natura dell'atto compiuto) rileva solo al fine di distinguere tra corruzione propria e impropria. Il paradigma della corruzione in atti giudiziari antecedente differisce dal primo per le seguenti proprietà: dolo specifico in capo al PU consistente nel fine di favorire o danneggiare una parte e sussistente al momento della ricezione o accettazione; ricezione o accettazione della promessa di denaro o altra utilità antecedente al compimento dell'atto. Anche qua dalla natura dell'atto dipende il carattere proprio o improprio della corruzione. Si rinvia alla sentenza per una più approfondita cognizione di detti paradigmi.

²³ Il procedimento analogico basato sulla nozione di rilevanza introdotta rende evidente la “costante interazione che vi è tra dimensione del senso e dimensione del riferimento” (*Ibidem*), e, ancor prima, tra la giustificazione della norma e la sua componente fattuale.

²⁴ Paolo Ferrua scrive che, specialmente in caso di fattispecie vaghe, la qualificazione del caso concreto richiede un momento finale di carattere ‘induttivo’ che non sarebbe distinguibile dalle

concreto è molto simile a quello paradigmatico, il ragionamento analogico è implicito: esso è così scontato che il suo “aspetto metaforico (...) non viene neanche percepito, a meno che, in qualche modo, non si risvegli la metafora sopita”²⁵. In tali circostanze l'arricchimento di significato apportato dalla nuova qualificazione è di minima portata, quasi nullo. E infatti i casi concreti in esame si collocano molto vicini al centro della *reference class*. Diversamente avviene quando la somiglianza tra caso concreto e caso paradigmatico non è intuitiva, ma deve essere argomentata. Qui il ragionamento analogico assume una forma esplicita e problematica. Pertanto, se si addivene alla qualificazione, si apporta un arricchimento di significato consistente: in tali circostanze, infatti, il caso concreto definisce i confini della *reference class*. Si danno peraltro casi assai critici in cui il problema di qualificazione viene risolto attraverso una modificazione diretta del concetto²⁶: in tali casi la ridefinizione della classe è evidente, perché dovuta al cambiamento del caso paradigmatico.

Sul problema della definizione dei confini della classe si tornerà nel prossimo paragrafo. Prima è però importante valutare che cosa accada quando il caso concreto²⁷ è membro di più *reference classes* (per semplicità si dica due), ricordando comunque che per via del principio di frammentarietà del diritto penale le classi non realizzano un *continuum* come avviene invece nella realtà fenomenica. La regola operativa da seguire è quella di selezionare la classe dotata del maggior numero di proprietà rilevanti. Si danno due distinte possibilità. La prima è che una classe contenga l'altra (si pensi al rapporto tra omicidio e lesioni personali). In tal caso la

operazioni di ricostruzione fattuale (cfr. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, op. cit. p. 309). Se con il termine 'induttivo' Ferrua vuole riferirsi impropriamente ad un'inferenza fattuale (che, si ricorda, consiste nel passaggio da un fatto noto ad uno ignoto attraverso una generalizzazione applicabile in base all'analogia tra il prototipo della *reference class* e l'istanza) chi scrive non è assolutamente d'accordo con la sua affermazione: la qualificazione non è un procedimento inferenziale, bensì esclusivamente analogico. Essa è accrescitiva della conoscenza, non perché porti all'accertamento di nuovi fatti, ma perché estende il significato di un termine (il quale non è un fatto, bensì un insieme di ricostruzione e di valutazione. Cfr. *supra* nota n. 20). Diversamente, se Ferrua intende dire che la qualificazione non consiste in un giudizio meramente analitico, allora si è pienamente d'accordo con lui in quanto l'analogia non è certo tale. Tuttavia, rispetto all'Autore, si vuole rimarcare che vi è una notevole differenza tra il giudizio interpretativo e quello fattuale, la quale sarà a breve oggetto di approfondimento.

²⁵ Libera traduzione da C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Parigi, 1999, p. 130.

²⁶ Si veda, fra gli altri, il primo esempio riportato *infra* in nota n. 39.

²⁷ Si considera qui soltanto la circostanza in cui l'azione sia unica.

classe più specifica è selezionata in base ai criteri di specialità, di sussidiarietà e di consunzione, che possono essere intesi come espressivi di una logica generale/particolare²⁸. La seconda possibilità è che le due classi si intersechino dando vita ad una terza classe costituita appunto dalla loro intersezione (si pensi al rapporto tra sequestro di persona e lesioni personali). In tal caso è proprio quest'ultima a dover essere presa in considerazione, il che comporta l'applicazione di entrambe le norme incriminatrici e, dunque, un concorso di reati.

2.2. Interpretazione e ragionevole prevedibilità

Tornando ora alla questione dei confini, ovvero della qualificazione dei c.d. 'casi difficili', va riconosciuto che si tratta dell'aspetto più problematico dell'interpretazione. Peraltro si ritiene che la soluzione di tale questione permetta di individuare un realistico e adeguato contenuto per il divieto di analogia in materia penale²⁹, la cui tradizionale concezione 'alla lettera' appare difficilmente accettabile.

²⁸ Si ponga mente alle definizioni che Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini danno dei criteri della specialità e della sussidiarietà: "una norma è (...) *speciale* rispetto ad un'altra quando descrive un fatto che presenta tutti gli elementi del fatto contemplato dall'altra – la norma generale – e inoltre uno o più elementi 'specializzanti'" (si pensi al rapporto tra omicidio doloso comune e infanticidio); "una norma è (...) *sussidiaria* rispetto ad un'altra (norma principale), quando quest'ultima tutela, *accanto* al bene giuridico protetto dalla prima norma, uno o più beni *ulteriori* ovvero reprime un *grado di offesa più grave* allo stesso bene" (si pensi al rapporto tra favoreggiamento reale e ricettazione. Affinché un reato offenda beni ulteriori o realizzi un grado di offesa più grave esso deve necessariamente avere proprietà rilevanti aggiuntive rispetto al caso paradigmatico della norma sussidiaria). Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 293, 296, 297 (corsivo aggiunto in parte). Per una ricognizione generale sui questi criteri cfr. anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 499 ss. e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 669 ss. Quanto al criterio di consunzione si consideri l'art. 84 c.p. (si pensi al rapporto tra furto in abitazione e violazione di domicilio). E' tuttavia evidente che laddove si ritenesse valida la teoria del 'reato eventualmente complesso' (secondo la quale, anche in assenza di una figura astratta di reato complesso, quando la commissione di un reato è in concreto funzionale alla commissione di un altro e più grave reato deve applicarsi la sola norma che sanziona quest'ultimo) per un approfondimento si veda MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 301) non sarebbe più possibile ricondurre quest'ultimo criterio alla logica generale/particolare atteso che non si potrebbe ravvisare un rapporto di continenza tra le norme in questione, nè dunque tra le relative classi.

²⁹ Sancito dall'art. 14 delle Preleggi, nonché dagli artt. 25, comma 2 e 13, comma 2, Cost. e, infine, dall'art. 1 del codice penale. Per un approfondimento su tale divieto si rinvia a G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale* (voce), in *Digesto delle discipline penali*, UTET, Torino, 1987, Vol. I, p. 158 ss. L'Autore pone l'accento sul concetto di 'integrazione' che esprime la funzione propria dell'analogia: "quella di rimediare (...) alla impossibilità di 'decidere sulla base di una precisa disposizione', quella di colmare una lacuna colmabile, quella di trovare soccorso nello stesso sistema del diritto positivo vigente" (p. 159). Tale integrazione (o meglio 'autointegrazione') consiste in "una

Come si è visto, infatti, l'interpretazione è intimamente analogica, constatazione che viene peraltro confermata dalla dottrina penalistica più attenta al problema³⁰. Con tale consapevolezza quest'ultima rileva che “il divieto di analogia non può che trovare la sua plausibilità nell'individuazione di un limite all'interpretazione che non sia – ovviamente – il suo carattere analogico o meno, ma che risieda in un dato coerente con la *ratio* di questo tradizionale limite all'attività applicativa del giudice penale”³¹. Così taluno³² ha ritenuto di rintracciare detto limite nell'omogeneità valutativa, asserendo che casi concreti, pur interni all'area semantica dell'enunciato normativo, ma caratterizzati da un disvalore insufficiente a giustificare la pena comminata, non possono essere ricondotti alla norma³³. Vice versa, qualora sia linguisticamente impossibile riferire l'enunciato normativo ad un caso determinato, tale qualificazione è pur sempre permessa se il secondo è omogeneo quanto a disvalore rispetto ai casi riconducibili al primo. Infatti – si afferma – “posto che in definitiva è la bontà argomentativa di una soluzione (...) ad accreditare un certo risultato interpretativo, (...) anche la certezza linguistica negativa” può “non rappresentare un limite assoluto”³⁴.

via di mezzo (...) tra la ricognizione del contenuto d'una norma esistente e la creazione d'una norma nuova” (*ibidem*). Però, così definita l'integrazione (e di conseguenza l'analogia), ogni interpretazione è da ritenersi integratrice (ed analogica), atteso che essa muove da una norma esistente per rinnovarla.

³⁰ Il riferimento è, in particolare, a: F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 528 ss.; F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato, L'interpretazione e il giurista*, CEDAM, 2001-2002, VII-VIII, p. 520 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, Giuffrè, Milano, 2007, n.36, tomo II; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, op. cit., p. 265 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pp. 356, 357.

³¹ Così PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, op. cit., p. 522.

³² Il riferimento è a Palazzo.

³³ In altri termini per Palazzo l'offensività opera come un criterio dell'interpretazione teleologica. Cfr. *Id.*, p. 543, 544. Così, poiché la falsificazione grossolana di un documento, pur realizzando la *immutatio veri*, è un fatto inoffensivo in quanto privo di idoneità ingannatoria, è possibile escluderne la rilevanza penale interpretando la fattispecie “in chiave di offesa” (*ibidem*).

³⁴ Così *Id.*, pp. 526, 527. A sostegno di quest'ultima affermazione l'Autore cita il noto caso tedesco in cui a fronte di una legge che “prevedeva il furto forestale aggravato se commesso con bestie da soma, barche e carri da traino (...) la corte, ragionando sul senso giuridico del caso, cioè sulla sua completa omogeneità di disvalore, concluse che l'automobile potesse essere qualificata come un ‘carro da traino’”. Un altro esempio fornito dall'Autore è quello dell'evoluzione giurisprudenziale italiana sul termine ‘violenza’, che ha portato ad un'applicazione dello stesso oltre i suoi confini semantici (corrispondenti all'energia fisica *corporis corpori data*) fino a comprendere l'uso di qualunque mezzo idoneo ad incidere sull'altrui volontà (*Id.*, p. 524). Un ulteriore esempio potrebbe essere quello fornito

Altri studiosi, invece, ritengono che il limite interpretativo sia costituito dall'area semantica delle parole, cosicché deve considerarsi vietata l'analogia esterna alla stessa³⁵. Se nel primo approccio l'aspetto valutativo sovrasta quello semantico, nel secondo si nota la relazione opposta.

Chi scrive crede che nell'individuare il contenuto del normativizzato divieto di analogia, ai concetti di 'omogeneità valutativa' e di 'area semantica' debba preferirsi quello di 'ragionevole prevedibilità' della scelta interpretativa. Esso, infatti, pone il divieto nella corretta prospettiva, rappresentando un imprescindibile strumento di specificazione delle due *rationes* dello stesso, la certezza del diritto e la separazione dei poteri. Da un lato la ragionevole prevedibilità fornisce una rilettura in termini realistici della prima *ratio*. Dall'altro, e si tratta di un punto importante, essa costituisce il criterio per la delimitazione dell'area d'azione del giudice rispetto a quella del legislatore: si può efficacemente ritenere che il primo violi le attribuzioni del secondo se l'interpretazione da lui adottata non è ragionevolmente prevedibile. Per queste ragioni e per quelle che si esporranno di seguito si ritiene, dunque, che il parametro in esame possa essere un buon candidato per l'operazione di adeguamento contenutistico del divieto di analogia, di cui la dottrina si è preoccupata di recente³⁶.

Il giudizio sulla ragionevole prevedibilità è complesso perchè consegue alla mediazione "tra l'orizzonte del passato (la legge e le altre positivizzazioni giuridiche – tra cui si ricordi il precedente –) e l'orizzonte del presente (le esigenze e i valori della comunità al momento dell'applicazione)"³⁷. In altri termini esso impone di prendere in considerazione fattori di natura diversa ovvero, in particolare, il dato

dal recente film *Parla con lei* (trad. it.) di Pedro Almodovar. Ecco il caso in una battuta: un infermiere ha un rapporto sessuale con una ragazza in coma. Per quanto ci si possa sforzare di ricondurre questa condotta all'enunciato dell'art. 609-bis del codice penale (*Violenza sessuale*) ci si accorgerà che l'infermiere non "costringe" né "induce" la vittima a subire alcun abuso. Secondo la tesi studiata, questo ostacolo creato dal testo potrebbe tuttavia essere superato laddove si ritenesse che la condotta dell'infermiere sia caratterizzata da un' 'omogeneità valutativa' rispetto al caso paradigmatico di violenza sessuale.

³⁵ Così DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, op. cit., p. 276 ss. Così, suggerisce l'Autrice, una fattispecie che tuteli il sentimento religioso (si pensi, ad esempio, all'art. 405 c.p., *Turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa*) non potrà applicarsi a protezione di una setta satanica. La stessa Autrice riconosce tuttavia le gravi difficoltà di delimitazione dell'area semantica.

³⁶ Ad avviso di chi scrive lo stesso principio di determinatezza deve essere costruito in base all'esigenza di ragionevole prevedibilità della risposta ordinamentale. 'Determinata' potrà così dirsi la disposizione formulata in modo tale da permettere al cittadino di prevedere con ragionevole sicurezza gli esiti dell'interpretazione giudiziale. Per un approfondimento sul fondamento e sulla funzione del principio di determinatezza non si può che rinviare a PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit.

³⁷ Così VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, op. cit., p. 204.

semantico e quello valutativo, senza peraltro suggerire una necessaria gerarchia tra gli stessi. Questi acquistano dunque una valenza meramente strumentale e non costituiscono, come la dottrina di cui sopra sembra invece ritenere, il contenuto definitivo del divieto.

Nella concettualizzazione del problema interpretativo proposta nel precedente paragrafo il criterio semantico e quello valutativo (che si possono dunque definire come gli indicatori della 'tipicità') sono veicolati rispettivamente dall'elemento della proprietà³⁸ e dall'attributo della sua rilevanza. Ai confini della *reference class*, ovvero vicino alla circonferenza, il ragionamento analogico è assai problematico. L'istanza è distante dal *core meaning* (o concetto) espresso dal caso paradigmatico, vuoi perché vi è una disomogeneità della rispettiva rilevanza (nel senso di un minore disvalore dell'istanza rispetto a quello del caso paradigmatico), vuoi perché vi è un'incongruenza semantica. E' dalla combinazione di queste due variabili (semantica e valutativa) che dipende la ragionevole prevedibilità della scelta di qualificare il caso concreto servendosi della norma cui la classe di riferisce. Infatti la capacità di prevedere una determinata risposta da parte dell'ordinamento dipende non solo dalla vicinanza semantica dell'enunciato fattuale del caso concreto ad una norma incriminatrice, ma anche dal disvalore sociale che il caso stesso catalizza³⁹.

³⁸ Si ricordi quanto affermato *supra* in nota n. 19 in merito alla classificazione semantica.

³⁹ In questa prospettiva può, ad esempio, dirsi adeguata la scelta della Cassazione (cfr. Cass, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464 e Cass., sez. III, 21 marzo 2006, n. 15158) di ricondurre alla nozione di 'prostituzione' la c.d. 'prostituzione telematica' nell'applicazione della norma che punisce lo sfruttamento della prostituzione (art. 3, l. 20 febbraio 1958, n. 75). Infatti, sia l'aspetto semantico (si tratta sempre di prestazioni sessuali a pagamento direttamente percepibili dall'utente) che quello valutativo (lo sfruttamento di tali prestazioni comporta la disdicevole reificazione della persona che le compie, che diviene strumento del guadagno altrui) del caso controverso sono tali da garantire una ragionevole prevedibilità della risposta ordinamentale. Si può peraltro argomentare che in questa occasione non vi sia stata una mera ridefinizione dei confini della *reference class*, ma una modifica del concetto stesso di prostituzione (passando dal valorizzare il contatto fisico al valorizzare qualsivoglia percezione diretta da parte dell'utente). Si ritiene che non solo la qualificazione, ma anche la modificazione del concetto deve essere controllata attraverso il 'rinnovato' 'divieto di analogia'. La seconda operazione (che pure è funzionale all'evoluzione del diritto) pone infatti un grosso rischio di violazione della ragionevole prevedibilità. Per un approccio critico a questo filone giurisprudenziale si veda PALAZZO, *Testo, contesto*, op. cit., p. 530 ss. Parimenti potrebbe ritenersi adeguata la 'superata' scelta giurisprudenziale di applicare la vecchia fattispecie di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) anche al caso in cui il falso riguardava il bilancio consolidato di un gruppo di società, sebbene la disposizione non menzionasse né il gruppo, né il bilancio consolidato. E ancora può ritenersi adeguata l'attribuzione di rilevanza penale al bacio ai fini dell'applicazione dell'art. 609 *bis*, quando le proprietà del caso concreto siano tali da compensare l'apparente distanza semantica dal caso paradigmatico (contatto fisico con una zona la cui stimolazione è connessa al piacere sessuale) e da catalizzare sufficiente disvalore. Per una lettura critica dei due esempi da ultimo

Si badi peraltro, laddove non fosse già chiarito da quanto scritto sopra, che il giudizio di ragionevole prevedibilità non riguarda il singolo, ma la comunità nel suo complesso, atteso che esso non è finalizzato a stabilire la conoscenza o conoscibilità di una norma penale predefinita e già ritenuta applicabile al caso concreto, bensì a interpretare la disposizione penale individuando i confini della rispettiva *reference class*: esso è dunque prodromico ad una scelta di criminalizzazione, non ad un giudizio di colpevolezza.

La valorizzazione del concetto di ‘ragionevole prevedibilità’ come compasso che disegna la circonferenza della *reference class* riduce, senza tuttavia eliminarlo, il problema della sovra- e della sotto-inclusività delle norme incriminatrici⁴⁰. Tuttavia la traccia del compasso è sempre provvisoria perché la ‘trama’ della norma è e deve restare aperta all’evoluzione del linguaggio, della società e del suo sentire. Infatti “non solo si verificano casi nuovi, ma la gente vuole il cambiamento. Le categorie normative devono pertanto restare ambigue per poter accogliere nuove idee”⁴¹.

2.3. *Uno standard probatorio per la quaestio iuris?*

Nei due paragrafi precedenti si è cercato di approfondire la struttura del ragionamento interpretativo. E’ ora necessario mettere in miglior luce alcuni dati essenziali che sono emersi e introdurre altri. Ciò aiuterà, in primo luogo, a evidenziare talune somiglianze tra il procedimento di ricostruzione fattuale e l’interpretazione e, in secondo luogo, ad affrontare il problema ulteriore, ma connesso, del concepimento di uno standard probatorio per la *quaestio iuris*.

L’interpretazione implica diversi giudizi fattuali. “La norma giuridica si risolve in un fatto”⁴², pertanto, qualora si intenda interpretarla, si deve preliminarmente verificare il “complesso di atti necessari a costituirla”⁴³. Nel caso di una legge al giudice non compete valutare la fondatezza della generalizzazione su cui essa si basa,

citati si rinvia a FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, op. cit., p. 367 ss.

⁴⁰ In merito a tale problema si veda SCHAUER, *Le regole del gioco*, op. cit., p. 66 ss.

⁴¹ Libera traduzione da LEVI, *An introduction to legal reasoning*, op. cit., p. 3.

⁴² Così CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, op. cit., p. 142. Cfr. anche P. TILLERS, *The Value of Evidence in Law*, 39 Northern Ireland Legal Quarterly 167, 1988.

⁴³ CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, op. cit., p. 142.

ma semplicemente accertare che siano “avvenuti fatti conformi alla fattispecie delle norme (strumentali), che disciplinano la formazione delle leggi”⁴⁴. Diversamente, nel caso di una consuetudine, i fatti da ultimo menzionati sono proprio le generalizzazioni tratte dall'esperienza (relative alla ripetizione di un certo comportamento, nonché al ricorrere della *opinio iuris ac necessitatis* nei soggetti agenti).

Inoltre la stessa valutazione di corrispondenza semantica tra l'enunciato di un fatto concreto e l'enunciato normativo consiste in una ricostruzione fattuale, atteso che, in definitiva, il significato dei termini varia in funzione dell'uso che ne viene fatto in una certa comunità linguistica⁴⁵. In più, come si è già accennato, in un contesto democratico anche il giudizio di valore o disvalore (ad opera del legislatore o del giudice) sulle proprietà di un dato comportamento non può che fondarsi sulla ripetuta percezione di precedenti giudizi (sociali o giurisprudenziali) in merito. Se così non fosse rischierebbe di venir meno quella base di consenso che deve necessariamente supportare una scelta d'azione da parte dell'ordinamento (specie in materia penale⁴⁶). Si può dunque sostenere che, tanto nello studio dell'aspetto semantico, quanto nello studio di quello valoriale, il momento fondamentale è la ricostruzione del senso comune inteso come deposito di conoscenza condivisa che si costruisce attraverso la continua sedimentazione di usi e di giudizi⁴⁷. In relazione al giudizio valoriale vi sono importanti precisazioni da fare, ma si preferisce rinviarle ad un momento successivo.

Quanto sin qui affermato invita a riconsiderare la tradizionale tesi secondo cui interpretazione e ricostruzione del fatto sono ragionamenti qualitativamente diversi⁴⁸.

⁴⁴ *Id.*, p. 143.

⁴⁵ Il termine denota il concetto. Quest'ultimo, come si è detto, è dato dal caso paradigmatico. Orbene se il significato dei termini è soggetto a variazioni lo stesso non può dirsi per i concetti, quantomeno per quelli c.d. percettivi (quali i concetti corrispondenti ai termini 'rosso', 'cerchio', 'quadrato' etc.). Sul punto cfr. ROSCH, *On the Internal Structure of Perceptual and Semantic Categories*, op. cit. Ad ogni modo si può ritenere che anche l'individuazione del significato di questi concetti, proprio perché percettivi, si basa sull'esperienza.

⁴⁶ Per un approfondimento sul tema si rinvia a C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1992, p. 849 ss.

⁴⁷ Per approfondimenti sulla nozione di senso comune e sui rapporti tra quest'ultimo, il diritto e la scienza giuridica si rinvia alle opere citate in nota n. 2.

⁴⁸ Scrive Peter Tillers a proposito dell'interpretazione giuridica: “My primary aim here is to remind everyone that the presence of (...) relatively free theoretical and normative choices does not in itself eliminate the factual character of an inquiry. I want to emphasize the simple but important truth that

Un superamento di questa posizione è tanto più opportuno se si tiene conto degli strumenti e dei metodi che l'attività interpretativa richiede proprio in ragione della sua natura. Il riferimento è in primo luogo all'uso di mezzi di prova analoghi a quelli utilizzati per la ricostruzione fattuale⁴⁹. Si pensi al ricorso inevitabile a 'prove documentali' (codici, massimari, manuali, articoli di dottrina etc.) nell'intento di individuare una norma nel sempre più complesso sistema delle fonti, di delimitare l'area semantica di un termine o di stabilire il disvalore che un comportamento catalizza. Si pensi anche, ma ce ne si occuperà più diffusamente nei successivi paragrafi, al ricorso alla perizia per determinare il significato di un elemento normativo di natura tecnico-scientifica o l'esistenza e i contenuti di una regola cautelare.

In secondo luogo, sia nella pratica che nelle posizioni dottrinali, si sta assistendo ad un progressivo distacco dal "solitario ed autoritario *dabo tibi ius*"⁵⁰ e ad una valorizzazione del contraddittorio delle parti anche nell'interpretazione. "Il giudice penale non tanto 'sa' il diritto quanto piuttosto lo deve 'trovare', dopo aver diligentemente ascoltato le ragioni delle parti"⁵¹, le quali spesso riservano la loro

even legal interpretation involves in part an effort to make some reliable assessments about the existence of actual states of affairs in an actual world and that the indeterminacy of legal interpretation – which is very real and often very great – does not demonstrate otherwise". Così TILLERS, *The Value of Evidence in Law*, op. cit., p. 170.

⁴⁹ Scrive sempre Tillers: "The *prima facie* case for an affinity between legal and factual inference is not hard to make out. Legal interpretation may be seen as an effort to draw inferences about the meaning of laws from *reports* of the meaning of those laws. There are various models of the structure of inference that seem to portray the types of guessing that this vision of legal interpretation generates. In terms of one style of inferential theorizing – il riferimento è all'approccio pascaliano –, the meaning of a law is the fact whose probability is to be assessed, and the reports of the meaning of the law – *eg*, the language in a book, committee reports, and the like – are treated as evidence. This style of theorizing asserts that the probability that a law has a particular meaning depends on such evidence. It asserts that different pieces of evidence – different reports about that law – generate different estimates or guesses that the law in question has a particular meaning and it tells us that the project of making a final guess about the meaning of that law consists of trying to combine and put together those separate estimates in a coherent fashion. In terms of another style of inferential theorizing – il riferimento è all'approccio baconiano –, legal interpretation involves trying to grade (on an ordinal scale) the relative plausibility of various hypotheses about the meaning of the law and we examine evidence and its range to see how well it supports those alternative hypotheses about the meaning of the law". *Id.*, p. 178.

⁵⁰ Così PALAZZO, *Legalità penale*, op. cit., p. 1329.

⁵¹ Così R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 62. Riconoscendo l'importanza del contraddittorio anche nella *quaestio iuris*, l'Autore critica il fatto che il codice di procedura penale escluda la possibilità per l'imputato di difendersi in punto di diritto nel caso in cui vi sia una modificazione del *nomen iuris* in sede di giudizio la quale non derivi da una diversità del fatto rispetto a quello contestato o non abbia conseguenze in tema di competenza per materia o di limiti di cognizione del tribunale monocratico (artt. 516 e 521 c. p. p.).

discussione finale proprio ad argomentazioni interpretative. Peraltro la partecipazione attiva delle parti nella *quaestio iuris* veicola nel processo quella democraticità che sembrava perduta con la caduta del mito della legalità penale, costruito sull'ingenua fiducia nella certezza del linguaggio. Il contraddittorio consente infatti l'infusione di *sensu comune* e, così, la produzione di un accettabile grado di *con-sensu*, intorno alla decisione finale⁵² da parte della 'comunità interpretativa'⁵³.

In terzo luogo, il paragrafo 2.1. evidenzia una similarità strutturale tra il giudizio fattuale e quello interpretativo: in entrambi i casi si pone il problema di classificare un'istanza concreta all'interno di una *reference class* alla quale è associata una generalizzazione, servendosi di un ragionamento analogico che consideri le proprietà rilevanti dell'istanza e del prototipo della classe. E' pur vero che, in virtù del principio di frammentarietà del diritto penale, nel contesto normativo non esiste un *continuum* di classi, così come accade invece nella realtà fenomenica, ma ciò non inficia la somiglianza strutturale accennata.

Viste le premesse a chi scrive viene spontaneo domandarsi se la regola *in dubio pro reo* e, più in particolare, lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio' possa essere applicato anche alla *quaestio iuris*. Il problema è stato brevemente discusso in dottrina; si ritiene, tuttavia, che le riflessioni svolte non siano andate sufficientemente in profondità.

Giuseppe Bettiol, pur riconoscendo che in origine la regola *in dubio pro reo* veniva principalmente applicata nel procedimento interpretativo, sosteneva che la stessa fosse inutile nell'ordinamento delineato dal codice Rocco: in quest'ultimo, secondo l'Autore, non vi è "la possibilità del sorgere di un dubbio del giudice a proposito della norma da applicare perché (...) è dato sempre trovare una regola *obiettiva* con la quale disciplinare il caso singolo", sia essa esplicita o da ricavare

⁵² Cfr. PALAZZO, *Legalità penale*, op. cit., p. 1329.

⁵³ L'interpretazione si svolge tra le due 'sponde' costituite dal "*Testo* che, "per quanto non costituisca un ancoraggio sicuro (...) si pone pur sempre come l'origine dell'interpretazione e il termine a cui essa deve rapportarsi perché sia accettata come valida" e dalla "*Comunità interpretativa* che (...) veglia affinché le singole interpretazioni non prendano un corso incompatibile con l'identità della pratica giuridica e assicura un fondamento intersoggettivo ai significati". Così VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, op. cit., p. 262.

“mediante il processo analogico o sistematico”⁵⁴. Dunque la moderna (e ormai anacronistica) fiducia nella compiutezza e nella chiarezza del sistema portava Bettiol a ritenere superflua (seppur non necessariamente sbagliata) la regola in esame. Dal canto suo Paolo Ferrua, in un breve passaggio di commento al nuovo articolo 533 c. p. p., afferma che, a rigore, anche la qualificazione giuridica del fatto dovrebbe soggiacere alla prova ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’, in quanto costituisce anch’essa un requisito della colpevolezza⁵⁵. Tuttavia, prima di approfondire questo interessante spunto l’Autore fa marcia indietro constatando che l’art. 187 c. p. p. indica come oggetto di prova i soli ‘fatti’. In base a quanto si è affermato sopra sulla natura della qualificazione, un rilievo di questo tipo non basterebbe a ritenere superata la questione⁵⁶: anche l’interpretazione presuppone infatti svariati accertamenti fattuali.

Ad avviso di chi scrive la riflessione più stimolante sul punto proviene da Francesco Palazzo. Secondo l’Autore la regola *in dubio pro reo*, che nella ricostruzione del fatto “gioca il ruolo di indispensabile criterio di risoluzione di un dubbio non altrimenti solubile”⁵⁷, non può essere applicata in caso di dubbio interpretativo. Infatti, mentre nella *quaestio facti* il dubbio “non è superabile altro che con un criterio ‘esterno’ (...), il dubbio ermeneutico si potrebbe dire quasi per definizione risolubile”⁵⁸. Invero – sostiene Palazzo – l’interpretazione è per sua natura superamento del dubbio attraverso la ponderazione degli argomenti pro e contro le diverse ipotesi: il ricorso alla regola in esame equivarrebbe così alla negazione dell’essenza dell’*ars interpretandi*. Il *favor rei* può dunque far da guida al legislatore nella posizione dei requisiti della punibilità, ma mai all’interprete.

Palazzo, definendo l’interpretazione come superamento del dubbio, sembra affermare che all’esito del procedimento interpretativo deve necessariamente emergere una sola tesi degna di credito, ovvero che le altre ipotesi possibili non

⁵⁴ Così G. BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo” nel diritto e nel processo penale*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937, pp. 247, 248 (corsivo aggiunto).

⁵⁵ Cfr. P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, CEDAM, Padova, 2007, p. 138.

⁵⁶ Senza contare che l’art. 533 c. p. p., comma 1, non menziona il termine ‘prova’, ma usa l’espressione ‘se l’imputato risulta colpevole’.

⁵⁷ PALAZZO, *Regole e prassi dell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, op. cit., p. 529.

⁵⁸ *Ibidem*. Di uguale tenore, seppur soltanto incidentale, è l’affermazione di English secondo cui “i dubbi sulla questione di diritto (...) devono sempre essere risolti dal giudice nella sua decisione”. Così ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, op. cit., p. 84.

devono essere in grado di procurare alcuna incertezza: se così non fosse vorrebbe dire che il procedimento è ancora *in itinere* e che nuovi argomenti devono essere portati a sostegno della tesi principale. In altre parole, per l'Autore l'interpretazione parrebbe concludersi solo quando è raggiunta la *verità* (si direbbe) 'assoluta', assumendo che possa predicarsi *vero* anche un enunciato deontico⁵⁹. Affermare che questo esito sia possibile, nonchè dovuto, significa in definitiva negare del tutto la necessità di una regola di giudizio: se è sempre dato di arrivare al *vero* non serve una regola che fissi una soglia di 'certezza' ritenuta soddisfacente, nè dunque una disciplina per i casi controversi. Ecco perché l' *in dubio pro reo* viene scartato. Si potrebbe dunque sostenere che, al pari di Bettiol, anche Palazzo considera la regola superflua. Per il primo la superfluità è dovuta alla fiducia nella determinatezza della disposizione e nella sua esegesi, per il secondo alla fiducia nelle capacità dell'ermeneutica di superare ogni dubbio interpretativo.

Eppure i dubbi esistono e sono connaturati ad ogni esperienza conoscitiva e performativa dell'uomo: non c'è enunciato fattuale o scelta d'azione che non sia soggetta a dubbio e, dunque, incerta. E allora un approccio consapevole al problema interpretativo non può non portare a chiedersi come ci si debba comportare in caso di dubbio e, inoltre, quale dubbio sia degno di considerazione. Qui si pone il problema della scelta di uno *standard probatorio*, ovvero di una regola di giudizio che stabilisca la soglia qualitativa che un'argomentazione deve raggiungere per poter esser adottata. Può questo standard consistere nell'*in dubio pro reo*? Può, più in particolare, essere l' 'al di là di ogni ragionevole dubbio'?

Orbene, l'applicazione del primo standard indicato, se inteso in modo rigoroso, sembrerebbe da escludersi, perché produrrebbe la sistematica scelta delle interpretazioni più favorevoli all'imputato, atteso che qualsiasi dubbio, anche non qualificato, sarebbe rilevante. Più opportuno parrebbe restringere il raggio di rilevanza ai soli dubbi ragionevoli, come prescrive il secondo standard menzionato. Tuttavia, prima di proseguire oltre nell'esame della questione è necessario fare

⁵⁹ Per una riflessione sul punto cfr. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, op. cit., p. 304 (secondo cui può dirsi 'vero' o 'falso' ciò che è oggetto di argomentazione razionale e dunque tanto i giudizi di fatto quanto quelli di valore). Ma si consideri anche l'uso che del termine 'verità' fa P. HÄBERLE nel suo *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000.

alcune fondamentali precisazioni (si spera non tardive) sul dubbio interpretativo e sulla nozione di ragionevolezza.

Già nella prima parte del presente lavoro, studiando le origini del *beyond a reasonable doubt standard*, si è distinto tra dubbio fattuale e dubbio morale (o, si può aggiungere, pratico) asserendo che il primo riguarda la ricostruzione del fatto, mentre il secondo riguarda la scelta di azione dell'ordinamento in risposta all'accertata infrazione⁶⁰. La distinzione tra questi due tipi di dubbi, appartenenti alla comune categoria dell'incertezza, deriva dalla *diversità funzionale* della *quaestio facti* e della *quaestio iuris* (e ancor prima della stessa posizione del diritto). Se la prima mira a risolvere il problema binario relativo all'esistenza di un *quid* (*an sit*: che cosa è accaduto o accadrà?), la seconda mira invece a individuare la corretta risposta ordinamentale ad un comportamento violativo di una norma (come rispondere a ciò che è accaduto o accadrà?). Come si è visto quest'ultima funzione viene svolta attraverso la qualificazione del fatto (*quale sit*), un procedimento che comporta un'analisi semantica e un giudizio di valore. Detta qualificazione è vincolata da una serie di accertamenti fattuali 'nascosti', relativi all'esistenza della disposizione, all'uso del linguaggio che essa adopera, ai pregressi giudizi di valore (espressi dalla norma, dai precedenti, da istanze sociali). Potrebbe pertanto sembrare che anche l'interpretazione sia riducibile ad un giudizio meramente fattuale. Così, tuttavia, non è. Ma per quale ragione?

Taluno potrebbe affermare che l'interpretazione si distingue dalla ricostruzione fattuale per il suo carattere innovativo, dato non solo dall'inevitabile novità che il fatto concreto rappresenta (fatto che, si ricorda, comporta una continua ridefinizione della *reference class* corrispondente alla norma), ma soprattutto dall'inevitabile apertura alle evoluzioni dei giudizi di senso comune, entità che, come visto, è in perpetuo cambiamento. Tuttavia queste considerazioni sono valide anche per la ricostruzione del fatto, atteso che la novità del caso concreto comporta una continua ridefinizione anche della *reference class* adoperata per trarre l'inferenza fattuale e che l'evoluzione del senso comune gioca un ruolo fondamentale anche nel progresso dell'epistemologia giudiziaria. La ragione è dunque un'altra e va ricercata nella

⁶⁰ Sulla distinzione tra 'incertezza di fatto' e 'incertezza di diritto' si vedano le brevi riflessioni svolte in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 2008, p. 85 ss.

natura del giudizio di valore, contenuto fondamentale delle due componenti dell'interpretazione, l'individuazione del concetto e la qualificazione.

Si è detto che l'interpretazione è orientata all'azione in quanto ricerca una risposta ad un comportamento; si è anche detto che il giudizio di valore si basa su una ricostruzione di precedenti giudizi. Ora, il giudizio di valore è deontico in quanto non costituisce un mero apprezzamento (inteso come misurazione descrittiva) del fatto, ma comporta anche un momento di approvazione o disapprovazione dello stesso. In detto momento, nonché nelle conseguenze ad esso collegate (la libertà e la pena), consiste la risposta ordinamentale. In base a ciò si comprende perché il giudizio di valore, pur costruito sui giudizi pregressi, non può ridursi ad essi. Ancora una volta ci si trova infatti a ribadire che il dover essere non può trarsi automaticamente dall'essere: l'esperienza passata può fornire importanti indicazioni, ma mai esaurire il giudizio di approvazione/disapprovazione⁶¹. Questo deve rinnovarsi ogni volta, non potendo accettare acriticamente il passato, ma dovendo mettere a nudo le ragioni che hanno portato ai giudizi precedenti, soppesarle, se opportuno scartarle: “nessun principio direttivo vale per l'uomo, se l'uomo non lo fa proprio con una scelta”⁶². L'interpretazione, arena della ragion pratica (*ratio probabilis*⁶³) e della c. d. probabilità etica⁶⁴, si basa senz'altro sulle opinioni già espresse (specie se da un'istanza autorevole), ma non si appiattisce su di esse, poichè il giusto non è, né può essere intrappolato nell'esistente.

Se dunque il dubbio fattuale si compone dei tre ingredienti dell'inferenza fattuale (una generalizzazione, una probabilità espressa dalla stessa, un'analogia tra l'istanza e il prototipo della classe a cui è associata la generalizzazione), il dubbio interpretativo (*in senso stretto*) è di altra natura poichè riguarda il giudizio di approvazione o disapprovazione di un dato comportamento e, dunque, l'opportunità

⁶¹ Interessanti, ma non insuperabili, sono le riflessioni di Carnelutti il quale nega la distinzione tra leggi naturali e leggi giuridiche basata sulla dicotomia essere/dover essere. Per l'Autore, infatti, poiché l'essere è composto dall' 'esistente' e dal 'possibile' e poichè il dover essere consiste nel 'non poter non essere', il secondo è. In altri termini il dover essere, pur non esistendo (se qualcosa deve essere, allora esso ancora non esiste), è possibile, anzi, non può essere altrimenti e, pertanto, fa parte dell'essere. Si veda CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, op. cit., p. 223 ss. Della stimolante posizione dell'Autore non si comprende l'inserimento del possibile nell'essere.

⁶² Così U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 110.

⁶³ Per un approfondimento si rimanda alle opere di Giuliani, Pastore e Vogliotti citate *supra* in nota n. 1.

⁶⁴ Si ricordi quanto scritto in proposito *supra* capitolo primo, par. 2.1.2.

della risposta ordinamentale, sia che si tratti dell'individuazione del caso paradigmatico, sia che si tratti della qualificazione. E' pur vero che nell'interpretazione possono emergere anche dubbi fattuali (che si possono chiamare *dubbi interpretativi fattuali*) relativi alle ricostruzioni dei fatti insite nel procedimento interpretativo⁶⁵, ma questi, se consistenti, rilevano solo in quanto siano in grado di fondare dubbi interpretativi tali da far esitare il giudice dal prendere una particolare scelta d'azione.

Parimenti il concetto di 'ragionevolezza' adoperato nella ricostruzione o prognosi fattuale è diverso dall'omonimo concetto adoperato nel contesto interpretativo (escludendo, ovviamente, le ricostruzioni fattuali che lo compongono). Come visto, nella prima si dice 'ragionevole' ciò che è verosimile in base all'esperienza (ovvero alla scienza e al senso comune). La ragionevolezza dipende dunque da ragioni teoretiche, conoscitive, epistemologiche. Il medesimo significato si ritrova nell'espressione 'ragionevole prevedibilità', che implica una prognosi fattuale. Nel contesto interpretativo, invece, si dice 'ragionevole' un'azione giustificata da ragioni ispirate ad un sistema valoriale, a loro volta sostenute da una specifica realtà fattuale (che nel problema dell'individuazione del concetto o caso paradigmatico è data in definitiva dalle generalizzazioni che fondano la norma, nella qualificazione è data invece dal caso singolo)⁶⁶. In altre parole il sistema valoriale è la lente attraverso la quale viene osservato un fatto; se tale osservazione fornisce ragioni a sostegno di una

⁶⁵ E dunque alla ricostruzione dell'uso di un certo vocabolo o dei giudizi di valore precedenti. Ma si pensi anche a dubbi relativi alla sussistenza della *diuturnitas* e della *opinio iuris ac necessitatis*, componenti indefettibili della consuetudine.

⁶⁶ Sul punto si veda la ricca monografia di S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di meta giurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano, 2008, in particolare, Capitolo IV. L'Autrice distingue tre componenti della ragionevolezza: "la componente normativa che si riferisce a ragioni d'azione *R*, la componente descrittiva *i* che ha come referente ultimo azioni umane e la componente valutativa che si riferisce a valori *v*." In seguito ella introduce una quarta componente ovvero le 'condizioni d'uso della ragionevolezza'. Queste possono essere condizioni 'necessarie e normalmente sufficienti', in presenza delle quali l'azione è ragionevole, e condizioni 'anomale', la cui presenza accanto alle prime fa diventare l'azione irragionevole. Il dialogo tra questi due tipi di condizioni spiega il carattere 'ricorsivo' della ragionevolezza: "la scelta di che cosa è ragionevole viene rinviata da un insieme di regole d'uso a un altro: dalle condizioni necessarie e normalmente sufficienti alle condizioni anomale" (*Id.*, p. 272). Ad avviso di chi scrive la natura ricorsiva della ragionevolezza riferita al problema della qualificazione giuridica ed alla approvazione/disapprovazione che in quest'ultima si esprime è ben concettualizzata dal ragionamento analogico che accomuna il caso paradigmatico e il caso concreto in base alla considerazione delle proprietà e della rispettiva rilevanza: la mancata comunanza di proprietà rilevanti rende irragionevole la qualificazione e, ove sia presente una norma adeguata, può rendere ragionevole la qualificazione in base a questa.

data azione in risposta ad esso, allora quest'ultima può dirsi ragionevole. Qui la ragionevolezza dipende dunque da ragioni pratiche⁶⁷.

Quanto sin ora affermato permette finalmente di rispondere alla questione posta precedentemente: può lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio' essere applicato alla *quaestio iuris*? Ben si comprende come questa formula avrebbe comunque un senso radicalmente diverso nei contesti della ricostruzione fattuale e dell'interpretazione, proprio in virtù della diversa nozione di 'ragionevolezza' che li interessa. Ad ogni modo si ritiene che detto standard (con il chiarimento appena fatto) non potrebbe comunque essere applicato all'interpretazione. Più precisamente: nessuno standard può essere sensatamente applicato alla *quaestio iuris*. Infatti quando si entra nel dominio della ragion pratica parlare di regola di giudizio è un non-senso, atteso che l'interpretazione della regola stessa si basa sulle argomentazioni della ragion pratica. Ciò comporta che innanzitutto potrebbe prodursi un circolo vizioso senza via d'uscita: come può utilizzarsi la regola di giudizio per interpretare se stessa? Il circolo potrebbe svanire solo se la regola disponesse che la propria interpretazione non deve seguire lo standard da essa imposto⁶⁸. Ora, anche ammesso che il circolo venga superato o escluso dalla regola, quest'ultima fornirebbe semplicemente *una* ragione (magari molto forte) a sostegno di un'ipotesi d'azione, che andrebbe comunque confrontata con le *altre* ragioni poste a base di ulteriori ipotesi, le quali ben potrebbero risultare prevalenti. Ciò è dovuto al fatto che mentre nella *quaestio facti* la regola di giudizio interviene dall'esterno a disciplinare un procedimento basato su criteri eterogenei (perché epistemologici) rispetto a quelli (pratici) che fondano la stessa e ne governano l'interpretazione, un'ipotetica regola di giudizio della *quaestio iuris* disciplinerebbe un procedimento basato su criteri omogenei rispetto a quelli che si usano per fondarla e interpretarla: essa non potrebbe

⁶⁷ Sul rapporto tra ragionevolezza e ragion pratica si segnalano le riflessioni svolte in R. ALEXI, *The Reasonableness of Law*, in G. BONGIOVANNI et al. (a cura di), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009. Interessanti sono anche i brevi passaggi in J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, p. 12.

⁶⁸ Ad esempio, l'art. 22, comma 2 dello Statuto della Corte Penale Internazionale stabilisce che in caso di ambiguità, la definizione dei crimini internazionali deve essere interpretata in favore dell'indagato, dell'imputato e del condannato. La norma indica dunque in quali casi essa deve essere applicata ed esclude il circolo vizioso. Come si dirà a breve nel testo è improprio parlare di 'regola di giudizio'. Ciò non toglie che il *favor rei*, specie se normativamente previsto, può fondare una ragione molto influente nella scelta dell'ipotesi d'azione.

mantenere il ruolo di regola esterna predefinita, ma sarebbe fagocitata nell'attività interpretativa!

Il sistema valoriale che fonda un ordinamento implica un continuo dialogo tra i valori, un continuo confronto tra le ragioni che emanano dalla lettura che essi forniscono del caso concreto. E' vero che taluni valori sono sovraordinati ad altri, ma anche se fosse possibile stabilire in astratto una precisa gerarchia tra gli stessi, le ragioni pratiche che da essi promanano si baserebbero pur sempre sulla realtà fattuale e non potrebbero che essere bilanciate nuovamente ogni volta. Ciò detto sembra dunque potersi concludere che nell'interpretazione non è dato di concepire una regola di giudizio in senso proprio. Si può invece parlare di criteri interpretativi (letterale, sistematico, storico, teleologico etc.), i quali non sono altro che ragioni pratiche volte alla ricerca di una scelta d'azione. Più precisamente nella *quaestio iuris* non può che applicarsi la naturale regola retorica secondo cui deve prevalere l'ipotesi *piu ragionevole*, ovvero sostenuta dalle ragioni d'azione più forti (seppur potrebbero residuare non solo dubbi, ma anche altre ipotesi ragionevoli)⁶⁹. Se si crede si può anche concepire lo standard del 'più ragionevole', ma a nulla serve questa operazione, atteso che, pur senza creare alcun circolo vizioso (giacchè la sua interpretazione più ragionevole è quella secondo cui va preferita l'interpretazione a sostegno della quale vi sono ragioni più forti...ed è difficile che ciò possa essere confutato), esso ribadirebbe un precetto ovvio e già seguito.

Inoltre bisogna chiarire che non è possibile trasportare nella *quaestio iuris* l'istituto dell'onere della prova. Se è vero che l'accusa per prima opera la qualificazione del fatto e dunque deve avanzare, seppur in termini sintetici, una possibile interpretazione, da un lato la difesa non è tenuta ad intervenire sul punto, dall'altro, anche laddove le argomentazioni interpretative delle parti fossero carenti spetterebbe comunque al giudice di supplirvi risolvendo la *quaestio*. Proprio il fatto che il

⁶⁹ Un buon esempio di dispiegamento della ragion pratica è fornito dalla già citata sentenza delle Sezioni Unite del 25 febbraio 2010, n. 15208 in materia di corruzione in atti giudiziari susseguente. La Corte soppesa le argomentazioni pro e contro la configurabilità di detto reato per giungere ad una conclusione finale (il reato è configurabile). Questa è a nostro avviso la scelta d'azione più ragionevole (se però si esclude l'incriminazione della forma impropria!) seppur residuino ragioni a sostegno della tesi opposta (si pensi, in particolare, alle argomentazioni che rilevano l'incongruenza tra la corruzione susseguente e il dolo specifico previsto dall'art. 319 *ter*, assumendo che lo stesso va riferito al momento dell'accettazione o ricezione e che pertanto nella "corruzione susseguente il *dolo* non potrebbe che essere – solo – *generico* attesa l'incompatibilità di un comportamento proteso ad ottenere un evento successivo con la già avvenuta realizzazione dell'atto").

giudice conservi un ruolo di *dominus* attivo e dunque una completa libertà cognitiva rispetto all'operato delle parti evidenzia perché sarebbe insensato anche solo concepire una ripartizione del rischio della mancata prova. Semplicemente fra le interpretazioni eventualmente proposte dalle parti il giudice sceglierà la più ragionevole, salvo che egli non ne preferisca una ulteriore perché sostenuta da più forti ragioni.

3. I casi 'di confine'

Le riflessioni sin qui svolte permettono di affrontare la questione centrale del presente capitolo. Si tratta dell'esame di alcune operazioni interpretative in cui i tratti di somiglianza con la ricostruzione fattuale sopra visti sono tanto evidenti da poter indurre confusione nell'inquadramento dell'operazione stessa e, dunque, da trarre in equivoco sul regime normativo da applicare (il riferimento è, in particolare, allo standard probatorio). Metaforicamente si può parlare di casi 'di confine', non certo perché essi hanno una natura (intesa come funzione) ibrida, quanto perché, pur trattandosi senz'altro di interpretazioni, la componente ricostruttiva ha in essi un peso e una visibilità eccezionali e potenzialmente fuorvianti.

3.1. L'individuazione della regola cautelare nella colpa generica

Si dice regola cautelare una regola di condotta che suggerisce che in una determinata situazione si agisca in un determinato modo al fine di evitare la concretizzazione di un determinato pericolo⁷⁰. Detta regola può essere positivizzata o non esserlo. Nel primo caso essa fonda la c.d. colpa specifica, nel secondo caso la c.d. colpa generica. L'individuazione della regola cautelare scritta è senz'altro divenuta più difficoltosa in ragione del crescente fenomeno di positivizzazione delle

⁷⁰ Per una definizione analoga si veda F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Giuffrè, Milano, 2010, (in corso di pubblicazione) p. 3 del dattiloscritto.

cautele, a sua volta dovuto alla sempre maggior specializzazione delle attività socialmente utili e all'esigenza di contemperare gli interessi che tali attività realizzano con quelli che esse pongono in pericolo⁷¹. Tuttavia, l'individuazione della regola cautelare non scritta è ben più problematica, poiché non consiste principalmente nel reperimento di fonti documentali, ma richiede un'indagine assai più complessa.

E' corretto affermare che ogni regola cautelare deriva da due generalizzazioni: la prima relativa al rapporto di implicazione tra una data situazione inerente ad un'attività socialmente utile e l'aumento o la concretizzazione di un pericolo da essa prodotto; la seconda relativa al rapporto di implicazione tra un comportamento tenuto in detta situazione e la neutralizzazione del menzionato pericolo. La prima esprime la prevedibilità del pericolo, la seconda l'evitabilità della sua creazione o concretizzazione. Ciò spiega perché in dottrina si affermi che la regola cautelare cristallizza un 'giudizio' di prevedibilità e di evitabilità basato sulle suddette generalizzazioni⁷². Questa affermazione va tuttavia precisata.

Innanzitutto, e si tratta di un dato importante, la regola cautelare non ha un contenuto meramente descrittivo, ma è, appunto, una regola, in quanto tale dotata di contenuto deontico⁷³: essa non riproduce le generalizzazioni menzionate, ma se ne serve per elaborare un comando, ovvero l'imposizione di un determinato comportamento (che la seconda generalizzazione mostra essere efficace) in una determinata situazione (che la prima generalizzazione mostra essere delicata). L'*input* alla produzione della regola è dato da una terza generalizzazione che esprime il rapporto di implicazione tra l'aumento o la concretizzazione del pericolo e il disvalore. E' quest'ultima a stimolare una risposta ordinamentale, sotto forma di comando, che trae dall'esperienza gli strumenti per arginare quei pericoli che la stessa esperienza mostra essere in agguato. Inoltre, in virtù di quanto visto nei paragrafi precedenti, si ritiene più pregnante concepire la componente fattuale della regola come astrazione di un caso paradigmatico dalle generalizzazioni: se il riferimento al 'giudizio' (di prevedibilità ed evitabilità) rischia di spostare

⁷¹ Sul fenomeno della positivizzazione si veda F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in Cass. Pen., 2010, n. 3, p. 1234 ss.

⁷² Così FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 538.

⁷³ Sul punto si vedano le chiare riflessioni svolte in F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in Criminalia, 2008, p. 162.

l'attenzione sugli esiti interpretativi, distogliendola dalle proprietà tipiche della situazione e del comportamento, il riferimento al caso paradigmatico è senz'altro più preciso ed esauriente. Per quanto poi attiene alle regole scritte va detto che esse, lungi dal cristallizzare il caso paradigmatico nella sua interezza, si presentano solitamente come una sintesi dello stesso in cui sono lasciati impliciti, perché presupposti, il pericolo e il disvalore ad esso associato. In altri termini la regola cautelare scritta non assume la forma "poiché la situazione x comporta il pericolo y oggetto di disvalore d e poiché il comportamento z adottato in x neutralizza y , allora l'agente deve porre in essere z ", ma piuttosto la formula "data la situazione x , l'agente deve porre in essere z ". Y e la sua neutralizzazione devono dunque essere ricavati dalle generalizzazioni sottostanti⁷⁴.

L'individuazione di regole cautelari scritte non si esaurisce in una mera (e comunque talvolta difficoltosa) ricerca documentale, ma impone di portare in superficie le generalizzazioni su cui esse si basano. Solo in tal modo è dato di svelare il pericolo tipico e il rispettivo disvalore, completando così il caso paradigmatico e permettendo, come si vedrà, la qualificazione del caso concreto. Tuttavia nel caso di regole non scritte anche le proprietà tipiche della situazione e del comportamento da porre in essere devono essere svelate. Le tre generalizzazioni vanno dunque completamente ricostruite per addivenire all'individuazione della regola cautelare non scritta. Ciò spiega perché tale operazione si caratterizzi per un prevalente momento di ricostruzione fattuale. Quest'ultima richiede inoltre la soluzione di un problema preliminare (che nel caso delle regole scritte è risolto con la loro posizione): quale standard di conoscenza deve essere adottato nel ricavare le generalizzazioni che esprimono la prevedibilità e l'evitabilità e dunque il caso paradigmatico da esse astratto? In dottrina si domanda se bisogna rifarsi alle conoscenze dell'agente concreto, dell'uomo medio (*bonus pater familias*), di un agente modello *eiusdem professionis ac condicionis* o di un agente espertissimo

⁷⁴ Si parla qui di 'neutralizzazione' e non di 'riduzione' di un pericolo perché mentre il primo concetto denota un accadimento reale il secondo è meramente probabilistico. Ora le generalizzazioni studiate esprimono un rapporto tra l'adozione di un comportamento e la neutralizzazione di un pericolo. E' pur vero che questo rapporto costituisce sempre una probabilità di neutralizzazione, ovvero una riduzione del pericolo. Quest'ultima tuttavia non è un polo del rapporto, bensì un modo di manifestarsi dello stesso.

depositario della miglior scienza ed esperienza⁷⁵. Orbene si può comprendere che l'ultima opzione indicata è l'unica coerente con quanto sin qui detto sulla natura della regola cautelare e, prima ancora, della norma penale⁷⁶. Come visto, la regola è stimolata dal disvalore associato ad un accadimento e impone che in una data situazione si adotti un comportamento atto ad evitare lo stesso. Pertanto che senso avrebbe costruire la regola soltanto sulla base di alcune selezionate esperienze che, ad esempio, suggeriscono l'adozione di un comportamento meno efficace di altri mostrati dalle esperienze scartate⁷⁷? Ancora, avrebbe senso ritenere la regola addirittura inesistente perché le esperienze selezionate, a differenza di quelle scartate, rivelano l'imprevedibilità dell'accadimento o l'assenza di comportamenti atti ad evitarlo? Queste operazioni sarebbero del tutto insensate. Esse non sono infatti funzionali al perseguimento dei fini ordinamentali, ovvero ad evitare l'offesa a beni protetti, poiché svolgono sciattamente il ruolo di orientamento culturale, non fornendo incentivi ad adeguarsi agli standard migliori.

Risultato altrettanto scadente si avrebbe se, nel formulare norme incriminatrici, il legislatore ignorasse una serie di esperienze rilevanti poichè estranee al patrimonio conoscitivo comune: alcuni reati di pericolo, ad esempio, non esisterebbero perché le sole esperienze selezionate non permetterebbero di esprimere alcun rapporto di implicazione tra un comportamento e un pericolo. Sarebbe ragionevole giustificare un tale legislatore? Si ha la presunzione di ritenere che nessuno risponderrebbe affermativamente. Ebbene, il caso delle regole cautelari non è per nulla diverso da quello delle norme incriminatrici, atteso che le prime, come le seconde, servono a delineare il fatto tipico o caso paradigmatico. Ora, se il diritto penale vuole essere un serio strumento di tutela e di progresso, esso non può ignorare alcuna realtà fattuale, o meglio, non può basarsi su *generalizzazioni inattendibili*, perché deliberatamente fondate su *evidence* insufficiente: si tratterebbe di un diritto manifestamente

⁷⁵ Per un chiaro riepilogo delle diverse posizioni si veda BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, op. cit., p. 10 ss. del manoscritto. Si considerino, inoltre, PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 352 ss., FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 546, 547 e MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 201 ss.

⁷⁶ Si tratta di posizione seguita, fra gli altri, da Ferrando Mantovani. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2007, p. 329 ss.

⁷⁷ Ovviamente non si considerano qui eventuali regole che invitino ad astenersi del tutto da attività utili, ma pericolose (qual è, ad esempio, la circolazione stradale). Esse sarebbero senz'altro le più efficaci nella neutralizzazione dei pericoli, ma non risponderebbero alle esigenze sociali.

irragionevole, foriero di un inutile e controproducente paternalismo. Così si comprende inoltre per quale ragione sia errato qualsiasi accostamento tra la regola cautelare non scritta e la consuetudine⁷⁸: la prima non deriva dalla ripetizione generalizzata di una condotta; non può essere appiattita sul comportamento della maggioranza e neppure della quasi totalità dei consociati. Essa deriva soltanto dalle prassi migliori poiché “il metro normativo della colpa ha la funzione di controllare e regolare gli usi sociali, invalidando le prassi scorrette”⁷⁹, anche se dominanti.

Peraltro l'adozione dei migliori standard di conoscenza non produrrebbe alcun *chilling effect*, o paralisi, di attività socialmente utili⁸⁰, né si porrebbe in contrasto con l'istanza di certezza (meglio si direbbe ragionevole prevedibilità) che deve improntare il diritto penale⁸¹. Da un lato, infatti, gli standard menzionati sono pur sempre costruiti sulla (miglior) prassi inerente ad una *certa attività*: ciò parla a favore di una possibilità di conoscenza degli stessi e di adeguamento ad essi da parte di chiunque svolga detta attività. Inoltre sarebbe semmai la 'volgarizzazione' dello standard a produrre nel lungo periodo la paralisi dell'attività socialmente utile: l'agente, disincentivato a migliorare la sua prestazione, finirebbe per sedersi su una prassi insoddisfacente, i pericoli non verrebbero neutralizzati e l'attività diventerebbe alla lunga insopportabile. Infine, la violazione della regola cautelare così costruita non comporta automaticamente il rimprovero per colpa, ma integra soltanto la c. d. misura oggettiva della colpa. Il rimprovero dipende infatti anche da un imprescindibile giudizio di esigibilità del comportamento doveroso da parte del soggetto agente, che coinvolge il profilo della conoscenza o conoscibilità della regola, nonché quello della possibilità di adeguamento alla stessa. Non vi è dunque alcun rischio che l'agente possa trovarsi a rispondere penalmente anche se impossibilitato ad orientare le proprie azioni in modo conforme alla regola. La

⁷⁸ Per un tale accostamento si veda GIUNTA, *La legalità della colpa*, op. cit., p. 166. Per un approfondimento sulla consuetudine giuridica si rimanda al recente S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Edizioni ETS, Pisa, 2008.

⁷⁹ Così PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 352.

⁸⁰ Evenienza paventata da Basile in *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, op. cit., p. 14 del manoscritto.

⁸¹ Nel senso di un possibile contrasto tra l'imposizione di standard di condotta elevati da un lato e “certezza e riconoscibilità della regola cautelare” dall'altro si veda GIUNTA, *La legalità della colpa*, op. cit., p. 165, 166.

‘volgarizzazione’ delle regole cautelari è inutile perché l’ordinamento è già dotato di sufficienti anticorpi. Essa è inoltre dannosa in quanto ostacola il progresso sociale.

La rilevanza del problema ricostruttivo nell’individuazione della regola cautelare non scritta è acuita dalla numerosità e dall’importanza delle attività socialmente utili in cui non vi è stata, né può esservi una positivizzazione delle cautele. Si pensi, fra le altre, all’attività medico-chirurgica, rispetto alla quale la fissazione di regole cautelari sarebbe indesiderabile perché, da un lato, disconoscerebbe il continuo progresso delle misure diagnostiche e terapeutiche⁸², dall’altro, forzerebbe l’estrema variabilità casistica in casi paradigmatici necessariamente scarsi e, dunque, imprecisi⁸³.

Proprio la presenza di attività di carattere tecnico-scientifico interessate dalla colpa generica impone al giudice di ricorrere al mezzo della perizia per l’individuazione della regola cautelare⁸⁴: è il perito a rendere il giudice edotto sulle generalizzazioni prodotte dalla miglior prassi medica. Ciò costituisce un ulteriore fattore di avvicinamento alla *quaestio facti*.

Il notevole problema ricostruttivo posto dall’individuazione della regola cautelare non scritta, specialmente nel contesto tecnico-scientifico, invita ad aprire una breve parentesi per riflettere sul fenomeno del cambiamento in corso di processo, o nella sentenza, della regola ritenuta violata. Nonostante il silenzio degli articoli del codice di procedura relativi alle nuove contestazioni (artt. 516 ss.) si ritiene che, quando il problema dell’individuazione è consistente, il cambiamento della regola cautelare debba sempre comportare una nuova contestazione da parte del pubblico ministero e, così, un’opportunità di difesa dell’imputato proprio sugli aspetti fattuali della *quaestio iuris*⁸⁵: ciò in virtù di una concezione dialettica di quest’ultima secondo cui il concorso di più ragioni (sia esso diretto a risolvere un problema epistemologico relativo al presupposto fattuale della decisione, sia esso diretto a risolvere il giudizio di valore) porta ad una scelta d’azione più giusta (più ragionevole). A ben vedere,

⁸² Così MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 202.

⁸³ Per questa tesi cfr. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, op. cit., p. 1235 ss., il quale rileva che sia i giudici che i medici “sono entrambi inclini alle regole aperte in vista di una migliore tutela della salute dei pazienti. Ma il carattere aperto delle regole dell’arte medica, mentre mira a ridurre il rischio terapeutico per i pazienti, comporta per i professionisti il rischio aggiuntivo di una dilatazione della responsabilità per colpa professionale.”

⁸⁴ Cfr. D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d’imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in Cass. Pen., 2002, p. 3841.

⁸⁵ Per un’intuizione in questa direzione si veda *Ibidem*.

però, proprio tale concezione invita a ritenere che anche se l'individuazione della regola non pone particolari problemi ricostruttivi vi dev'essere comunque una nuova contestazione in caso di cambiamento della stessa. Infatti si tratta pur sempre di un problema interpretativo (nella specie qualificativo) e dunque aperto alla dialettica che detta concezione propugna⁸⁶. Infine, qualora il cambiamento della regola cautelare ritenuta violata derivi da una diversa ricostruzione del caso concreto si potranno invece applicare agevolmente gli articoli che disciplinano in via generale questa ipotesi (in particolare l'art. 516, comma 1, c. p. p. e l'art. 521, comma 2, c. p. p.).

La significatività del momento ricostruttivo insito nel procedimento di individuazione della regola cautelare non scritta induce la dottrina a parlare in proposito di 'accertamento della colpa' o di 'accertamento della regola cautelare'⁸⁷. Ebbene, questa terminologia, seppur rispondente a talune operazioni coinvolte nel procedimento studiato, rischia di essere fuorviante. L'individuazione della regola cautelare non scritta è un'operazione normativa e non meramente ricostruttiva. Attenzione dunque a non confondere il piano della *quaestio iuris* con quello della *quaestio facti*: a non affermare che l'esistenza della regola cautelare vada provata 'al di là di ogni ragionevole dubbio'; a non ritenere che sia preclusa alla Cassazione l'indagine sull'individuazione della regola⁸⁸. Ma soprattutto si ricordi che le regole cautelari (a differenza delle generalizzazioni usate nella ricostruzione fattuale) devono seguire la disciplina della successione delle leggi penali nel tempo⁸⁹. Pertanto, se è pur vero che le generalizzazioni da cui deriva la regola si basano sulla miglior prassi disponibile, non bisogna dimenticare che per prassi si intende

⁸⁶ Si rimanda alle considerazioni generali svolte in ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, op. cit., p. 62 ss.

⁸⁷ Esempio è Fausto Giunta il quale scrive "nell'accertamento della colpa (*rectius*: della regola cautelare)". Così GIUNTA, *La legalità della colpa*, op. cit., p. 162.

⁸⁸ Sul punto va peraltro ricordato che ormai la dicotomia tra le *quaestiones* non è più considerata rilevante per la delimitazione dello spazio cognitivo del giudizio di Cassazione, mentre invece viene valorizzata la distinzione tra giudizio *ex actis* e capacità di istruzione probatoria: solo il primo compete alla Suprema Corte. Cfr. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, op. cit. e F. M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 2000, aggiornamento, vol. IV, p. 781 ss.

⁸⁹ Sull'importanza di preservare il 'limite del tempo' nell'individuazione della regola cautelare si vedano C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, In Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2005, in particolare p. 1686, 1694, 1697 e F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c. d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2010, p. 1700.

l'esperienza antecedente al fatto e non quella antecedente al giudizio⁹⁰. Se così non fosse (e sempre che vi sia un'evoluzione della miglior prassi) la regola cautelare sarebbe per costituzione inconoscibile e la condanna manifestamente irragionevole. Peraltro considerare la prassi successiva al fatto produrrebbe davvero un *chilling effect*, in quanto i soggetti agenti, non potendosi in alcun modo confrontare con il parametro con cui rischiano di essere giudicati (perché esso non è ancora esistente), preferirebbero l'inazione. In definitiva, la regola cautelare va individuata e interpretata secondo l'ipotesi più ragionevole, tenendo conto che tra le ragioni rilevanti rientrano anche quelle fornite dal principio di colpevolezza da ultimo considerate.

3.2. Brevemente sul c. d. nesso tra colpa ed evento: un tentativo di chiarimento

Pur non trattandosi di un caso 'di confine', secondo la definizione sopra fornita, il c. d. nesso tra colpa ed evento solleva alcuni problemi interpretativi che si ritiene utile affrontare in questa sede aprendo una breve parentesi (queste considerazioni torneranno peraltro utili nel capitolo quinto quando ci si occuperà della causalità omissiva). Le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti in merito all'interpretazione penalistica e al ruolo delle generalizzazioni nella creazione delle regole cautelari forniscono infatti importanti spunti per alcuni opportuni chiarimenti sul tema.

L'articolo 43, comma 1, c. p. afferma che un reato è colposo "quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica *a causa* di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". Da questa disposizione si è argomentata la necessità che nei reati colposi d'evento si accerti la c. d. 'causalità della colpa', o meglio, il nesso tra la colpa e l'evento. Più precisamente si tratta di accertare un duplice nesso: in primo luogo, che l'evento concreto è la realizzazione del pericolo che la regola cautelare mirava a

⁹⁰ Diversamente, nella ricostruzione del fatto, seppur sussistano notevoli limiti di natura giuridica (si pensi, ad esempio, al divieto di utilizzare "metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione" della persona o "ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti" sancito dall'art. 188 c. p. p.), il fine è stabilire che cosa sia esistito e non rispondere giustamente ad un comportamento: se dunque nuove generalizzazioni divengono disponibili dopo il fatto esse devono essere utilizzate.

prevenire; in secondo luogo che la condotta rispettosa della regola cautelare avrebbe evitato l'evento concreto⁹¹ (il secondo nesso consiste dunque nell'escludere il c. d. comportamento alternativo lecito).

Si ritiene che non sia epistemologicamente preciso parlare di un nesso di causalità tra la colpa (o la negligenza, l'imprudenza, l'imperizia) e un evento, per la semplice ragione che il termine 'colpa' non è descrittivo, bensì normativo. Esso non denota un fatto, ma esprime un giudizio di valore su di esso, lo qualifica. Parimenti impreciso sarebbe parlare di un nesso di casualità tra l'azione colposa e l'evento. Fintantoché non si conoscono i criteri del giudizio di colpa non è possibile individuare un referente paradigmatico o concreto dell'azione colposa.

In realtà parlare di nesso tra colpa ed evento è anche logicamente impreciso. Chi scrive sostiene infatti che è dalla sussistenza del nesso (o dei nessi) che dipende il carattere colposo della condotta concreta. Ciò significa che non può parlarsi di colpa in assenza del nesso: quest'ultimo è infatti un fondamentale elemento costitutivo della prima. In altri termini, e contrariamente a quanto comunemente sostenuto, senza il nesso non può esservi violazione della regola cautelare⁹².

Per comprendere queste affermazioni è necessario richiamare quanto detto in precedenza riguardo alla nascita della regola cautelare. Si è detto che essa origina da tre generalizzazioni. La prima esprime un rapporto di implicazione tra una situazione e la concretizzazione di un pericolo; la seconda esprime un rapporto di implicazione tra un comportamento e la neutralizzazione del pericolo; la terza esprime un rapporto di implicazione tra la concretizzazione o l'aumento del pericolo e il disvalore. Più precisamente la regola cautelare ricalca un caso paradigmatico tratto per astrazione dalle generalizzazioni richiamate e, se scritta, si presenta come una sintesi del caso stesso. Ora, qualificare un caso concreto come *violazione della regola cautelare* significa stabilire un rapporto di analogia tra questo e il caso paradigmatico (o meglio, ricondurlo all'interno della *reference class* contraddistinta dal caso paradigmatico), intendendo con quest'ultimo una situazione *x* che implica la

⁹¹ Sul punto cfr.: MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 208, 209; PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 362 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 551 ss.

⁹² Nei lavori richiamati alla nota precedente la condotta colposa o la colpa vengono presentate come indipendenti dalla presenza del nesso.

concretizzazione del pericolo y oggetto di disvalore d , qualora y non venga neutralizzato dal comportamento z . Perché vi sia l'analogia è dunque necessario: (a) che l'evento concreto sia analogo a y e, in quanto tale, oggetto di disvalore d ; (b) che se il comportamento z imposto dalla norma fosse stato adottato non si sarebbe verificato l'evento concreto. In assenza di queste due proprietà non si può affermare l'analogia nè, dunque, sostenere che vi sia stata violazione della regola cautelare o che l'azione sia colposa. In particolare se manca la prima si è fuori dal raggio di operatività della regola cautelare poiché non si è realizzato l'evento che essa avrebbe dovuto evitare. Si ha il medesimo effetto se manca la seconda proprietà, poiché la situazione concreta differisce da quella paradigmatica al punto da rendere inefficace il comportamento doveroso e dunque *irragionevole* l'applicazione della regola. Si nota agevolmente che le proprietà qualificanti appena menzionate altro non sono che le due dimensioni del sopra citato 'nesso tra colpa ed evento'. Da ciò si ricava che senza nesso non può parlarsi di colpa.

Orbene l' 'accertamento' del nesso è necessario per la qualificazione della condotta concreta come colposa. Eppure perché si possa ravvisare l'analogia tra caso concreto e caso paradigmatico bisogna prima di tutto precisare una proprietà di quest'ultimo afferente alla seconda dimensione del nesso, ovvero stabilire il grado di efficacia neutralizzante della condotta doverosa. Il problema è prettamente interpretativo. L'uso del termine 'causa' da parte del codice penale potrebbe far ritenere che l'azione doverosa debba avere efficacia assoluta: se per aversi colpa lo scostamento dal parametro imposto dev'essere la *condicio sine qua non* dell'evento, ne deriva che l'azione doverosa deve necessariamente far venir meno lo stesso.

Vi sono tuttavia diverse ragioni che portano a ritenere più ragionevole un'interpretazione diversa, segnatamente, che la colpa sussiste anche quando non può escludersi che l'azione doverosa sarebbe stata inefficace. Bisogna prima di tutto puntualizzare che le regole cautelari non si fondano certo su generalizzazioni assolute (se mai ne esistano!). In particolare non è assoluta la generalizzazione che esprime il rapporto di implicazione tra il comportamento z e la neutralizzazione del pericolo y e che dunque suggerisce l'adozione del primo. La prudenza invita infatti ad attivarsi anche se non si ha la certezza dell'idoneità benefica dell'azione, ma semplicemente si conoscono casi in cui la stessa si è rivelata efficace. Peraltro se così

non fosse le regole cautelari probabilmente non esisterebbero, proprio perché generalizzazioni assolute sono rare, se non inesistenti.

Nello stabilire quale grado di efficacia deve avere un comportamento perché la sua adozione sia imposta da una regola cautelare, non può non essere considerata anche la natura del bene protetto e il connesso disvalore dell'evento offensivo. Se è in gioco la vita umana, anche *chances* molto contenute di successo bastano a far sorgere una regola cautelare che impone un dato comportamento⁹³; se, viceversa, è in gioco un bene meno importante (eppure si ricordi che nel nostro ordinamento i reati colposi tutelano solitamente beni primari o beni ad essi strumentali) si può ritenere che l'imposizione di un certo comportamento sia opportuna solo in virtù di una sua più elevata efficacia neutralizzante. Pertanto sembra del tutto ragionevole che ad ogni regola cautelare corrisponda un'apposita soglia probabilistica che indica il grado di efficacia che il comportamento doveroso deve avere per poter qualificare come colposo lo scostamento dallo stesso. E' evidente che la fissazione di tale soglia è un problema interpretativo e, più precisamente, corrisponde all'operazione di 'individuazione del concetto', ovvero del caso paradigmatico associato alla regola: infatti il grado di efficacia neutralizzante è una proprietà tipica di quest'ultimo. Il campo è dunque libero all'accoglimento di qualsiasi soglia, a patto che la scelta di agire in base ad essa appaia la più ragionevole. Diversamente, accertare attraverso una prognosi postuma che nel caso concreto detta soglia è soddisfatta costituisce un problema di ricostruzione del fatto, da risolversi in base allo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio'.

⁹³ Sul punto si veda VIGANÒ, *Riflessioni sulla c. d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, op. cit., pp. 1729, 1730. Si potrebbe sostenere che più che il peso del bene tutelato rilevi il bilanciamento dello stesso con quei beni che l'attività utile e pericolosa mira a realizzare o a tutelare (ad esempio la circolazione, l'iniziativa economica, il benessere legato ad attività ludiche). In quest'ottica può dirsi che se il bene tutelato dalla norma prevale significativamente sul bene in conflitto allora varrà quanto appena affermato nel testo.

3.3. *L'interpretazione degli elementi (normativi) extragiuridici di natura tecnico-scientifica*

Si dicono 'normativi' quegli elementi della norma penale (olisticamente concepita⁹⁴) il cui significato, inteso come referente reale, può essere individuato solo attraverso ulteriori norme. A seconda del tipo di norma necessaria per l'interpretazione dell'elemento si distingue tra elementi giuridici ed extragiuridici⁹⁵. In base al medesimo criterio gli elementi normativi extragiuridici si distinguono ulteriormente in etico-sociali e in tecnico-scientifici. Questi ultimi saranno oggetto di studio nel presente paragrafo dopo alcune brevi considerazioni preliminari.

Dagli elementi normativi si differenziano quelli c. d. 'descrittivi' i quali sono "individuati dal legislatore con termini che fanno riferimento, descrivendoli, a oggetti della realtà fisica o a fenomeni psichici, suscettibili di essere accertati con i sensi o comunque attraverso l'esperienza"⁹⁶. Orbene, la dicotomia generale tra elementi normativi e descrittivi è assai problematica. Da un lato si potrebbe ritenere che ogni elemento sia normativo. Ciò per due ragioni. *In primis* anche per l'interpretazione degli elementi descrittivi è necessario rifarsi a norme esterne a quella penale, ovvero alle regole d'uso di una determinata comunità linguistica⁹⁷. Inoltre, come si è avuto modo di vedere nello studio del problema interpretativo, ogni elemento acquista significato non solo in funzione di una classificazione semantica,

⁹⁴ Si ricordino le considerazioni svolte nel capitolo primo.

⁹⁵ Per una tassonomia degli elementi normativi si rimanda a: L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 72 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 136 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., p. 333 ss.; ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, op. cit., p. 172 ss. Delle ulteriori distinzioni riportate dalla dottrina citata si ricordano: quella tra elementi normativi valutativi (che implicano una valutazione da parte dell'interprete che si riflette sulla portata del precetto penale. In tal caso la norma richiamata non ha contenuto descrittivo, ma funge solo da criterio per la valutazione. Si pensi all'elemento della 'pubblica decenza' di cui all'art. 726 c. p.) e definitivi (che sono oggetto di un'apposita definizione normativa. Si pensi all'elemento del 'pubblico ufficiale' di cui all'art. 357 c. p.); quella, basata sulla rispettiva determinatezza, tra elementi normativi rigidi (che permettono un giudizio sicuro sull'appartenenza ad una classe. Vi rientrerebbero gli elementi normativi giuridici), elastici (la cui classe presenta una 'zona grigia' in cui si ritrovano casi di non agevole collocamento. Vi rientrerebbero gli elementi normativi extragiuridici) e vaghi (che non consentono l'individuazione di alcuna area semantica definita. A parere di taluno vi rientra l'elemento normativo extragiuridico di 'oscenità' di cui all'art. 529 c.p.). Per quest'ultima classificazione si veda, in particolare, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, op. cit., p. 194 ss.

⁹⁶ Così MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 131 (in corsivo nell'opera).

⁹⁷ Si tratta di generalizzazioni che rivelano la funzione svolta da un termine in una certa comunità linguistica.

ma anche in funzione del disvalore che esso catalizza, o meglio, dello scopo di tutela che l'ordinamento persegue attraverso la norma⁹⁸: questi sono i due ingredienti fondamentali dell'interpretazione penalistica. Ora, dal momento che lo scopo di tutela è determinato facendo ricorso ad altre norme che pongono vincoli all'incriminazione (si pensi, ad esempio, ai principi costituzionali) si comprende che a rigore l'interpretazione di ogni elemento richiede la considerazione (anche implicita) di norme giuridiche esterne, seppur penali. Dall'altro lato si può ritenere che ogni elemento sia descrittivo. Infatti, per quanto sia complessa la sua interpretazione e per quante norme penali o extrapenali essa richieda di prendere in esame, di ogni elemento va in definitiva individuato un concetto, inteso come astrazione dal molteplice concreto e, dunque, come descrizione essenziale del medesimo. La stessa qualificazione successiva è una descrizione di quella porzione del reale che è il caso singolo. Ricapitolando: vi sono sempre norme extragiuridiche che intervengono nell'interpretazione; vi sono sempre norme (principi) penali che intervengono nell'interpretazione; ogni elemento descrive un referente reale (almeno in una situazione fisiologica).

Con questa consapevolezza una corretta partizione degli elementi potrebbe basarsi non sulla dicomotia normativo/descrittivo, bensì solo sul carattere della norma, esterna a quella incriminatrice, che gioca un *ruolo prevalente* nell'interpretazione. Si potranno così chiamare: 'elementi giuridici' quelli la cui interpretazione dipende prevalentemente da una norma giuridica (si pensi all'elemento del 'pubblico ufficiale'); 'elementi extragiuridici' quelli la cui interpretazione dipende prevalentemente da una norma extragiuridica (si pensi all'elemento di 'uomo'). I primi possono essere ulteriormente distinti a seconda della natura (penale o extrapenale) della norma giuridica prevalente. I secondi possono invece essere ripartiti a seconda della natura (etico-sociale o tecnico-scientifica) della norma extragiuridica prevalente: si individuano così gli 'elementi extragiuridici di natura tecnico-scientifica', oggetto del presente studio. Peraltro solo gli elementi giuridici rilevano ai fini delle discipline della successione delle norme penali, dell'errore sul precetto e dell'errore di diritto sul fatto. Si tratterà comunque di stabilire se la norma

⁹⁸ Sul punto cfr. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, op. cit., pp. 205, 206 e PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., pp. 351, 352.

giuridica prevalente è penale o extrapenale e, in quest'ultimo caso, se essa integra il precetto penale o no⁹⁹.

Con l'espressione 'elementi extragiuridici di natura tecnico-scientifica' si indicano quei termini la cui interpretazione richiede il ricorso a norme tecniche o scientifiche non incorporate in norme giuridiche¹⁰⁰. Tra questi la dottrina fa rientrare anche la 'colpa per imperizia'¹⁰¹ in quanto essa "consiste nella non conformità di una condotta concreta ad un modello di comportamento delineato da norme tecniche con funzione preventiva, finalizzate al riconoscimento e alla neutralizzazione dei pericoli connessi al compimento di attività (...) che richiedono il possesso di particolari cognizioni e/o abilità"¹⁰². Si ritiene però che questa classificazione sia scorretta, come rivela un veloce esame degli elementi della 'colpa' e dell' 'imperizia'. Il primo non può senz'altro dirsi un 'elemento extragiuridico tecnico-scientifico', atteso che esso è oggetto di definizione (seppur imprecisa) da parte dell'art. 43, comma 1, c. p. Ma neanche il secondo può dirsi tale, in quanto per l'individuazione del concetto di 'imperizia' non è necessario ricorrere a norme tecniche o scientifiche: dicesi infatti imperito il comportamento che viola tali norme, ovvero che è inesperto,

⁹⁹ Pur trattandosi di una partizione assai dubbia e scivolosa la giurisprudenza e taluna dottrina distinguono tra elementi giuridici extrapenali che integrano il precetto ed elementi giuridici extrapenali che non lo integrano. Da questa distinzione deriverebbe l'applicazione della disciplina di cui all'art. 5 c. p. (nel primo caso) o della disciplina di cui all'art. 47, comma 3, c. p. (nel secondo caso). Per un approfondimento sulla dicotomia si rinvia a RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, op. cit., p. 171 ss. (secondo cui "quanto più il significato della norma extrapenale è autonomo rispetto alla costruzione della fattispecie incriminatrice, limitandosi a specificare o a delimitare – per esigenze di economia legislativa – concetti comunque posti dalla norma penale, tanto più il rapporto di integrazione tra legge extrapenale e precetto penale dovrà essere negato, e certamente non confuso (...) col dato meramente formale del richiamo da quest'ultimo operato ad altri rami del diritto"). Altra dottrina (cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 374 ss.) fa dipendere l'applicazione dell'art. 5 c. p. o dell'art. 47, comma 3, c. p. dalla distinzione tra le norme extrapenali che individuano il "nucleo significativo del concetto normativo, consistente nel recepire e rendere rilevante in sede penale una data qualifica extrapenale" (ad esempio l'art. 832 c. c. per definire la 'cosa altrui') e le norme extrapenali che individuano i "criteri per l'applicazione della qualifica nei casi concreti" (ad esempio le norme civili sui modi d'acquisto o trasferimento della proprietà). Nel caso di errore sulle prime norme si ha errore sul precetto penale. Viceversa, nel caso di errore sulle seconde si ha errore di diritto sul fatto, atteso che l'errore cade sulla qualifica del fatto concreto e non sul concetto che è presupposto dalla qualificazione. Tuttavia, anche alla luce di quanto visto *supra* in merito al problema interpretativo è opinabile l'affermazione secondo cui i criteri per la qualificazione del caso concreto sono separati o separabili dalla qualifica che si vuole dare, ovvero non partecipano del concetto stesso (sarebbe corretto affermare che le norme sull'acquisto della proprietà non fan parte del concetto stesso di 'proprietà?').

¹⁰⁰ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 141. Non rientra dunque in questa categoria l'elemento dell' 'ebbrezza' di cui all'art. 186 c. d. s., atteso che è il medesimo articolo a definire l'elemento (in base a conoscenze e nozioni scientifiche).

¹⁰¹ Della colpa per imperizia ci si è occupati in via generale nel paragrafo 3.1 studiando l'individuazione della regola cautelare nella colpa generica.

¹⁰² Così *Ibidem*.

incompetente etc. Il riferimento alle norme in questione serve sì per *qualificare* il comportamento concreto come violativo delle stesse, e dunque imperito, ma *non per interpretare* l'elemento dell' 'imperizia'.

Tra gli elementi extragiuridici di natura tecnico-scientifica si ricordano, ad esempio, l' 'embrione'¹⁰³, il 'gruppo nazionale, etnico, razziale, religioso'¹⁰⁴, l' 'infermità'¹⁰⁵, la 'cronica intossicazione da alcool'¹⁰⁶. Si tratta peraltro di elementi sempre più frequenti per via della crescente ingerenza del diritto penale in ambiti della vita altamente specialistici. Per l'individuazione dei concetti di ciascuno di questi elementi è necessario il ricorso ad un campo del sapere tecnico o scientifico, ovvero, genericamente, ad un area sapienziale caratterizzata da un livello di specializzazione più elevato rispetto alla conoscenza di senso comune e da un apparato normativo che disciplina i metodi e giustifica i risultati dell'indagine teorica o dell'agire pratico.

Le discipline tecniche e scientifiche non vengono qui interpellate dal diritto affinché aiutino nella ricostruzione di un fatto penalmente rilevante (come accade sovente nella *quaestio facti*) bensì perché aiutino il legislatore nella scelta di un elemento oppure il giudice nella sua interpretazione, soprattutto qualora, per esigenze di sintesi e/o di apertura all'evoluzione della conoscenza, si è preferito lasciare lo stesso indefinito. Eppure nello svolgere questa operazione tali discipline forniscono anche quelle ricostruzioni fattuali che servono per delimitare l'area semantica di un termine, alle quali sono inscindibilmente connesse le valutazioni tecnico-scientifiche in merito all'opportunità di tale delimitazione¹⁰⁷. Ad ogni modo, così come l'esigenza di certezza della ricostruzione fattuale impone l'uso di quelle sole conoscenze che rispettano determinati criteri di attendibilità, altrettanto è imposto dall'esigenza di determinatezza, o di ragionevole prevedibilità, della qualificazione. Pertanto si può ritenere che i noti criteri enunciati dalla Corte Suprema statunitense

¹⁰³ Si vedano gli artt. 12, comma 6 (commercializzazione di gameti o di embrioni), 13 (sperimentazione sugli embrioni umani), 14 (limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni) della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 recante 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'.

¹⁰⁴ Si veda l'art. 6 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, diritto vigente in Italia dopo la ratifica dello Statuto ad opera della legge n. 232 del 12 luglio 1999.

¹⁰⁵ Si vedano gli artt. 88 e 89 c. p.

¹⁰⁶ Si veda l'art. 95 c. p.

¹⁰⁷ Sulla classificazione semantica si rinvia a *supra* nota n. 20.

in Daubert¹⁰⁸ e richiamati dalla dottrina italiana¹⁰⁹, non solo possano servire ad orientare il giudice quando interpella un sapere tecnico-scientifico al momento della ricostruzione del fatto, ma inoltre possano essere d'ausilio al legislatore e al giudice quando fanno altrettanto, rispettivamente, nell'atto di posizione della norma e nella sua interpretazione¹¹⁰.

Quanto all'attività interpretativa bisogna peraltro notare che per diverse ragioni è prudente il ricorso alla perizia di un esperto nel settore rilevante da cui l'elemento extragiuridico tecnico-giuridico proviene, al fine di individuare il concetto e anche di aiutare nella qualificazione del caso concreto. In primo luogo un continuo aggiornamento del concetto in sede processuale è reso necessario dalla permanente evoluzione delle conoscenze tecniche e scientifiche e dal parallelo evolversi del linguaggio specialistico. Esempio è l'evoluzione del concetto di 'infermità mentale' che nel corso del Novecento ha abbracciato quattro distinti paradigmi: quello c. d. medico (secondo cui l'infermità è una malattia con causa organica individuabile e può essere classificata 'nosograficamente'), quello c. d. psicologico (secondo cui l'infermità è determinata da una scorretta dinamica tra le componenti della personalità, ovvero l'es, l'io e il super-io); quello c. d. sociologico (secondo cui l'infermità consiste in un problematico rapporto tra l'individuo e le strutture sociali); quello c. d. integrato (secondo cui l'infermità è multifattoriale e dunque potenzialmente derivante da elementi sia organici, sia psicologici, sia sociali)¹¹¹.

In secondo luogo l'immanente componente d'incertezza che interessa ogni campo del sapere e l'inevitabile dialettica che questa produce (che è poi il motore del

¹⁰⁸ Si veda *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc.* 509 U. S. 579, 1993. Si ricordano i criteri della falsificabilità della teoria, della sottoposizione a *peer review*, dell'indicazione del tasso di errore, della *general acceptance* della teoria.

¹⁰⁹ Si considerino fra gli altri: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, Parte II, Capitolo V; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003, p.1193 ss.; L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, Milano, 2007, Parte I, Capitolo I.

¹¹⁰ Con riferimento all'interpretazione sono interessanti le seguenti parole di Ubertis: "per il giudice penale il vincolo all'osservanza delle leggi scientifiche (...) trova il suo fondamento anche in ambito costituzionale. *Sostenere il contrario, infatti, implicherebbe, almeno qualora le leggi scientifiche influissero sulla determinazione della fattispecie, violare il principio di tassatività di quest'ultima, scaturente dall'art. 25 comma 2 Cost.*" (corsivo aggiunto). Così G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995, pp. 35, 36.

¹¹¹ Per un approfondimento si rimanda a M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 44 ss. e G. PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994.

progresso conoscitivo) consigliano il ricorso ad un esperto che renda edotto il giudice sugli eventuali dibattiti terminologici e sul più corretto significato da attribuire ad un dato elemento. Emblematico è qui il dibattito sul concetto di 'embrione'. Se alcuni studiosi ritengono che esso sia il prodotto dell'unione del gamete maschile (spermatozoo) con l'ovulo femminile fino all'ottava settimana di gravidanza, altri affermano che si abbia un embrione soltanto al momento della comparsa della stria embrionaria (circa 14 giorni dopo la fecondazione), ovvero quando si forma un individuo multicellulare con asse corporeo e simmetria bilaterale (prima si avrebbe invece un pre-embrione). Infine taluno usa il termine per riferirsi alla cellula risultante dalla fecondazione solo dal momento in cui i due assetti cromosomici (materno e paterno) sono riuniti in un solo nucleo (c. d. fase singamica), e non quando essi si trovano ancora in due nuclei separati (c. d. fase presingamica)¹¹². Specialmente in assenza di una definizione legislativa (chè altrimenti non si tratterebbe di un elemento extragiuridico) le informazioni sul dibattito terminologico sono fondamentali per un'adeguata interpretazione dell'elemento.

Inoltre la conoscenza dell'esperto risulta talvolta fondamentale non tanto per l'individuazione del concetto, quanto soprattutto per l'operazione di qualificazione, poichè permette l'eventuale riscontro delle proprietà rilevanti nel caso concreto ricostruito col *fact finding*. Esempio è l'elemento del 'gruppo nazionale, etnico, razziale, religioso' contenuto nella fattispecie di genocidio prevista dall'art. 6 dello Statuto della Corte Penale Internazionale. La perizia dell'esperto (storico, sociologo, etnografo, antropologo etc.), specie se conoscitore delle aree interessate dalle condotte incriminate e dei popoli che vi abitano, è un mezzo necessario a stabilire se il gruppo vittima sia suscettibile di essere qualificato attraverso uno o più termini che compongono l'elemento¹¹³.

Vi sono infine casi, invero rari, in cui la perizia serve a testare la stessa possibilità di individuare il referente reale di un elemento e a porre un 'vincolo di realtà'

¹¹² Per una ricostruzione del dibattito si rinvia a E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2004, in particolare p. 461 ss.

¹¹³ Sul punto si veda C. SOTIS, *Le principe de précision et la justice pénale internationale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (a cura di), *Les Sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 204.

all'interpretazione del giudice. Il tema del rapporto tra norma penale e realtà fattuale sarà ripreso nel capitolo quinto. Qui interessa valutare l'aspetto specifico del ruolo che la scienza, tramite la perizia, può svolgere in sede interpretativa, proprio per garantire una corrispondenza tra i due piani. Esempiare è l'evoluzione interpretativa dell'elemento della 'cronica intossicazione da alcool', tradizionalmente concepito come uno stato di tossicodipendenza equiparabile all'infermità mentale per i suoi effetti sulle capacità intellettive e volitive e distinto dalla mera ubriachezza abituale (di cui all'art. 94 c. p.) per il suo carattere irreversibile. Di fronte alle difficoltà, evidenziate dalla scienza, di individuare un siffatto stato e, soprattutto, di distinguerlo dall'abitudine (peraltro oggetto di una disciplina penale diametralmente opposta!), il giudice delle leggi ha 'salvato' l'elemento re-interpretandolo alla luce del principio di colpevolezza. Si è così affermato che la cronica intossicazione si ha quando vi è uno stato di tossicodipendenza, assimilabile nel trattamento, ma non uguale all'infermità mentale, non necessariamente irreversibile e tale da escludere l'imputabilità; l'ubriachezza abituale si ha, invece, quando l'imputabilità non è esclusa¹¹⁴. E' importante sottolineare che l'intento della Corte è stato quello di garantire la determinatezza dell'elemento studiato dopo aver preso atto, grazie alla scienza, dell'irragionevolezza della preesistente interpretazione dello stesso¹¹⁵.

Quest'ultimo esempio permette di svolgere alcune importanti considerazioni conclusive. Nella ricostruzione fattuale la realtà empirica veicolata dalle generalizzazioni basate sull'esperienza (scientifica e non) non può essere disattesa dal giudice. Egli potrà senz'altro preferire i contenuti di una perizia a quelli di un'altra, ma detta preferenza deve sempre dipendere da una valutazione di verosimiglianza, poiché il fine perseguito, pur irraggiungibile, è l'assoluta aderenza della ricostruzione alla realtà pregressa. Nell'interpretazione le cose stanno diversamente. Le conoscenze tecniche e scientifiche intervengono a delimitare l'area semantica di un termine, ma le ricostruzioni fattuali e le valutazioni che esse

¹¹⁴ Si veda Corte Costituzionale, 16 aprile 1998, n. 114, in Cass. Pen., 1998, p. 1909 ss. con nota di G. AMATO, *'Cronica intossicazione' e imputabilità del tossicodipendente*, p. 1913 ss. Si vedano anche le brevi riflessioni svolte in PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, op. cit., p. 1008 ss.

¹¹⁵ Ricorda infatti la Corte che "perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice" (corsivo aggiunto).

svolgono a questo fine, pur se attendibili, non vincolano il giudice¹¹⁶. Infatti egli può preferire una diversa individuazione del concetto o una diversa qualificazione in ragione di un autonomo giudizio di valore che, si ricorda, costituisce il secondo ingrediente dell'interpretazione giuridica. L'unico vincolo per il giudice consiste nell'impossibilità di andare *contro la realtà empirica*: in altri termini nessun concetto può essere privo di referente reale! Dunque, sia che la scienza e la tecnica permettano di individuare un referente reale, sia che esse affermino la sua inesistenza, il giudice può sempre re-interpretare l'elemento a patto di rispettare il 'vincolo di realtà'. Ad esempio, come si è visto, egli può modificare l'interpretazione della 'cronica intossicazione da alcool', alla luce di considerazioni valoriali basate sul principio di colpevolezza. Oppure egli può disattendere una corretta perizia sul carattere 'nazionale' di un certo gruppo, vittima ipotetica di genocidio, e operare una qualificazione autonoma in virtù di un dirimente giudizio di valore. Deve tuttavia trattarsi delle *scelte di azione più ragionevoli*, considerando peraltro che nel giudizio di ragionevolezza rientra non solo il rispetto del 'vincolo di realtà', ma anche la (connessa) *ragionevole prevedibilità* della risposta ordinamentale.

In conclusione si può dunque affermare che se il 'dover essere' non va ricavato automaticamente dall' 'essere' (esposto nelle ricostruzioni e valutazioni tecniche e scientifiche relative all'area semantica di un termine), la ragionevolezza del primo dipende pur sempre da una condizione di aderenza alla realtà empirica. Questa condizione sarà oggetto di studio nei prossimi capitoli.

¹¹⁶ Si ricordi quanto affermato *supra* al paragrafo 2.2.

CAPITOLO QUARTO

LA DIMENSIONE PROCESSUALE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE

1. Premessa

E' possibile descrivere il rapporto tra concetto penalistico (ovvero caso paradigmatico) e relativa prova (intesa come 'risultato probatorio concludente'¹) come un 'sistema di vasi comunicanti', il cui flusso bidirezionale (dal *vaso* 'concetto' al *vaso* 'prova' e viceversa) determina l'*output* del processo. La posizione della norma o la modificazione del concetto in via interpretativa comportano, come ovvio, la necessità di un corrispondente accertamento in sede processuale, così come l'impovertimento della prova implica un'alterazione surrettizia del concetto. Questo secondo fenomeno, senz'altro meno scontato, è l'oggetto del presente capitolo.

E' risaputo che il processo non veste i panni del 'servo muto' del diritto sostanziale, bensì quelli del 'servo loquace', del 'socio paritario' o, ancor meglio, del 'socio tiranno'². Non solo infatti il diritto penale sostanziale vive (quasi) esclusivamente nel processo, ma quest'ultimo dà alla tipicità la sua dimensione effettiva, individuando concetti, delimitando *reference classes* e così determinando finalmente la risposta (sino ad allora solo imprecisata ed eventuale) che l'ordinamento dà al comportamento individuale. Si tratta, peraltro, di una relazione inevitabile e dunque fisiologica giacchè, per riprendere criticamente Montesquieu³,

¹ Per 'risultato probatorio concludente' si intende l'esito positivo del processo di assunzione e di valutazione dell'elemento di prova, ovvero dell'informazione che si può ricavare da una fonte di prova attraverso il mezzo di prova. Per un approfondimento sulla terminologia processualpenalistica si veda G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995, p. 25 ss.

² Cfr. T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *L'Indice Penale*, 1999, p. 529. Si veda anche M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, p. 656 ss.

³ Come noto Montesquieu scrisse: "les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la lois". Così C. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *Esprit de lois*, Firmin Didot frères, fils et c., Parigi, 1860, p. 134.

non esiste alcuna legge di cui il giudice possa essere meramente la bocca senza esserne in parte anche la mente.

Si danno ovviamente casi in cui le predette operazioni interpretative si concludono con risultati patologici. Ciò avviene non solo quando l'individuazione del concetto e la qualificazione, pur muovendo da una corretta ricostruzione fattuale, non rispettano il criterio della ragionevole prevedibilità⁴, ma anche quando è una *cattiva ricostruzione fattuale* a rendere imprevedibile il risultato dell'interpretazione⁵. Se nel primo caso si ha un *errore interpretativo* in quanto si sbaglia nel ricondurre ad una norma un enunciato fattuale veritiero, nel secondo si ha un *errore probatorio* in quanto la qualificazione, pur corretta, ha ad oggetto un enunciato fattuale (magari veritiero, ma) *non giustificato 'al di là di ogni ragionevole dubbio' dalla evidenza disponibile*⁶.

Con il primo errore *viene meno la corrispondenza tra l'accadimento e la norma e, pertanto, la risposta ordinamentale che assume tale corrispondenza non è ragionevolmente prevedibile*. Invece, con il secondo errore⁷ vi è solo il *rischio* dell'esito suddetto, poiché l'accadimento effettivo potrebbe pur sempre corrispondere all'enunciato fattuale finale, anche se quest'ultimo è stato accertato con ragionamenti *invalidi*, cioè non rispettosi dello standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. Eppure, anche in caso di errore probatorio si realizza un *gap* nell'argomentazione, ma, questa volta, esso è tra la norma e il *fatto così come emerge dai soli ragionamenti probatori validi*: la violazione della ragionevole prevedibilità è pertanto meramente potenziale, avendosi solo quando quest'ultimo coincide con l'*accadimento effettivo*.

Tuttavia se è pur vero che un accertamento errato non viola necessariamente la ragionevole prevedibilità della risposta ordinamentale nel caso singolo, è altrettanto

⁴ Si veda *supra* capitolo terzo, par. 2.2.

⁵ Esempi di cattive ricostruzioni fattuali saranno forniti nel seguito del capitolo.

⁶ L'erroneità della ricostruzione non è data dalla falsità del suo esito, ma dall'invalidità di uno o più ragionamenti in essa impiegati, ovvero dalla loro incapacità di soddisfare lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. Una ricostruzione invalida potrebbe benissimo produrre un enunciato finale veritiero. Viceversa, definendosi 'valida' una ricostruzione composta da ragionamenti che soddisfano lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio', ovvero lo standard conoscitivo più elevato possibile, la validità della ricostruzione implica la verità dell'enunciato che essa produce (salvi i casi di errori 'inevitabili'. Sul punto si veda *supra* capitolo primo, par. 3.1.2.). Si ricorda che la distinzione tra i concetti di 'validità' e di 'verità' sta alla base della logica aristotelica cfr. H. DELONG, *A profile of mathematical logic*, Dover Publications, New York, 1998, p. 14.

⁷ Che realizza pur sempre una violazione della dignità umana. Cfr. *supra* capitolo primo, par. 3.1.2.

vero che la sistematicità di errori probatori non può non produrre nei consociati l'impressione dell'arbitrarietà del giudizio e dunque far scemare la loro fiducia nella giustizia dell'ordinamento.

2. *Certeza del diritto e certeza dell'accertamento*

Già nella primo capitolo del presente lavoro, quando si è riflettuto sulla necessità di adottare il medesimo standard probatorio (il più elevato possibile!) in ogni caso penale, si è avuto modo di riflettere sullo strettissimo rapporto che intercorre tra la certeza del diritto e la certeza dell'accertamento⁸. E' bene riprendere le riflessioni allora svolte.

In generale il concetto sostanziale acquista vita nel giudizio e, pertanto, è da quest'ultimo che dipende l'effettiva tenuta dei principi che guidano la formulazione della norma. In particolare, la correttezza della ricostruzione fattuale è l'altra faccia del garantismo penale promosso dal principio di legalità⁹. E' stato giustamente sottolineato che un sistema garantista, attento alla limitazione della potestà punitiva e alla tutela dell'individuo dall'arbitrio, si fonda non solo sul 'convenzionalismo penale' ovvero sulla precisione legale e sull'aderenza della legge alla realtà empirica¹⁰, ma anche sul 'cognitivismo processuale', ovvero sull'effettiva prova delle ipotesi accusatorie secondo ragionamenti controllabili¹¹. Infatti, una ricostruzione debole, 'incerta', non conforme alle massime potenzialità dell'ordinamento non può che affievolire la certeza (meglio, la ragionevole prevedibilità) del diritto, garantita sul piano sostanziale dai principi di irretrattività, di determinatezza, di tassatività¹². Questo esito non è dunque dovuto ad un errore di qualificazione, ma ad un errore nell'accertamento: non è carente l'analogia tra il caso

⁸ Si veda *supra* capitolo primo, par. 3.1.2.

⁹ In proposito si veda D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2005, pp. 954, 955.

¹⁰ Problema, quest'ultimo, che si affronterà nel prossimo capitolo.

¹¹ Si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 2008, p. 6 ss.

¹² E' evidente peraltro che, venendo meno la certeza del diritto, la stessa funzione general-preventiva sarebbe compromessa.

paradigmatico e l'enunciato che denota il caso concreto, ma è ingiustificato l'enunciato medesimo, non vi è 'corrispondenza' tra questo e la *evidence* disponibile.

Si è detto che la qualificazione dipende da una componente semantica e da una valoriale (intesa in termini di meritevolezza e di bisogno di pena) e che è l'interazione delle due a determinare la ragionevole prevedibilità dell'operazione qualificativa¹³. Nel giudizio fattuale è espunta la componente valoriale (come sopra intesa¹⁴): la corrispondenza tra enunciato e realtà dipende solo da una corretta *percezione e conoscenza* del fatto e da una sua corretta *classificazione semantica*¹⁵. Si tratta di due operazioni contigue dal confine alquanto labile, specie in caso di fatti non attuali che, non potendo essere percepiti, sono conoscibili solo mediante narrazioni o, più in generale, prove c. d. 'indirette'¹⁶. Entrambe le operazioni compongono la ricostruzione fattuale: se l'una o l'altra sono errate l'esito della ricostruzione è un enunciato ingiustificato (ma non necessariamente falso). È peraltro ragionevole ritenere che, data l'appartenenza del giudice alla medesima comunità semantica in cui opera, gli errori di classificazione siano rarissimi se non inesistenti, atteso che le regole d'uso del linguaggio comune, adoperato per *nominare* il fatto conosciuto, sono patrimonio condiviso. Viceversa sono assai frequenti gli errori conoscitivi o epistemologici, sui quali ci si concentrerà nel presente capitolo.

Quanto scritto serve a meglio specificare in che modo l'errata ricostruzione fattuale possa incidere sulla ragionevole prevedibilità. Se nel caso della qualificazione la ragionevole prevedibilità può venir meno per la debolezza della componente semantica (nella classificazione dell'enunciato fattuale in base al caso paradigmatico) o per la debolezza della componente valoriale, nel caso della ricostruzione il criterio rischia di non essere soddisfatto a causa della debolezza della componente semantica (nella classificazione del fatto percepito in base all'enunciato fattuale) o di un errore di percezione (o, in senso più ampio, di conoscenza) del fatto. In definitiva il rischio è sempre che salti il rapporto di corrispondenza tra il fatto e la

¹³ Si veda *supra* capitolo terzo, par. 2.1

¹⁴ In merito a considerazioni valoriali di altro tipo, incluse nella ricostruzione fattuale si veda *supra*, capitolo primo, nota n. 53.

¹⁵ Che però, come si è visto (cfr. *supra* capitolo terzo, par. 2.1, nota n. 20) incorpora essa stessa un 'momento valoriale'.

¹⁶ Si ricordi F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 577, 578. L'Autore, recuperando la distinzione carneluttiana tra prova 'diretta' e prova 'indiretta', afferma che la seconda si ha quando non vi è percezione immediata del fatto da parte del giudicante, verosimilmente configurabile soltanto in caso di commissione di un reato in udienza.

norma, dal quale dipende la soddisfazione del fondamentale requisito citato. Si ricorda, comunque, che un accertamento invalido non determina necessariamente questo scarto, atteso che l'enunciato fattuale risultante potrebbe pur sempre essere vero.

A ben vedere peraltro, lo scarto tra il fatto e la norma non solo implica l'imprevedibilità della risposta ordinamentale, ma può anche comportare la violazione del principio sostanziale di proporzione tra il fatto e la pena¹⁷ e, dunque, della libertà dell'imputato. Ciò è evidente nel caso dell'errore interpretativo, atteso che la ragionevole prevedibilità dipende qui anche dalla componente valoriale: se quest'ultima è carente vengono meno e la prevedibilità e la proporzione. Anche nel caso di errore probatorio, tuttavia, può aversi una violazione del principio di proporzione, proprio in ragione dell'eventuale distacco tra fatto e norma. Ricapitolando, e richiamando le riflessioni svolte nel primo capitolo¹⁸, si può affermare che un accertamento invalido (ovvero irrispettoso dello standard probatorio), per il solo fatto di essere tale, violi la dignità dell'imputato. Eppure, perché esso possa dirsi violativo anche della ragionevole prevedibilità, della proporzionalità e della libertà personale è altresì necessario che si crei uno scarto tra norma e accadimento reale.

Uno spunto conclusivo. "Noi siamo abituati a separare concetto e prova"¹⁹ e poniamo maggiore attenzione all'individuazione di ciò che è concettualmente esatto,

¹⁷ Principio che, come ricordano Marinucci e Dolcini, "condiziona la legittimità del ricorso alla pena sia al rango del bene, sia alla gravità dell'offesa da reprimere". Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 519. Più precisamente si potrebbe affermare che: dalle valutazioni di meritevolezza e di bisogno di pena dipende la legittimità del ricorso allo strumento 'pena'; il principio di proporzione funge non solo da criterio interno alle valutazioni citate, ma anche da criterio per la successiva valutazione relativa non alla legittimità del ricorso allo strumento indicato (già assodato), ma alla misura del suo uso.

¹⁸ Si veda *supra* capitolo primo, par. 3.1.2.

¹⁹ Così K.VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 88. Si vedano anche le riflessioni contenute in K.VOLK, *Diritto penale ed economia*, in S. CANESTRARI, a cura di, *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna 18 – 20 maggio 1995), Giappichelli Editore, Torino 1998. Una critica analoga a quella di Volk può essere trovata in C. VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, CEDAM, Padova, 2005. L'Autore afferma che "un radicato *habitus* mentale (...) conduce solitamente il penalista sostanziale a ritenere esaurito il suo lavoro laddove egli riesca ad enucleare e mettere in ordine i concetti che fondano e delineano i presupposti della punibilità, lasciando alle dinamiche processuali e in particolare a quelle probatorie la verifica di quanto e come i fatti di volta in volta dedotti in giudizio siano suscettibili di rispecchiare le definizioni sostanziali previamente elaborate di quegli stessi concetti". *Id.*, pp. 147, 148.

perché rispettoso dei principi sostanziali, piuttosto che al problema dell'accertamento dei suoi referenti fattuali. Come si è cercato e si cercherà di mettere in luce si tratta di una tendenza miope, poiché ignora o dimentica che *il garantismo sostanziale si costruisce anche con il procedimento probatorio*.

3. Illegittime presunzioni e illegittime inversioni dell'onere probatorio

Prima di addentrarsi nell'esame di alcuni esempi che evidenzino lo scolorimento della legalità sostanziale a causa delle patologie dell'accertamento, è bene soffermarsi su due fenomeni epistemologicamente meno insidiosi, ma più gravi giuridicamente. Si tratta dei casi, fortunatamente rari, di illegittime presunzioni legali e di illegittime inversioni dell'onere probatorio.

L'imprescindibile punto di partenza per le riflessioni che seguono è dato dalle considerazioni svolte nel primo e nel secondo capitolo del lavoro in merito alla base applicativa dello standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio'²⁰. In quella sede, a seguito di dovute argomentazioni, si è abbracciata una 'visione olistica' del reato, ovvero una concezione delle norme penali come *comprehensive rules*²¹, secondo la quale tutti i fatti che incidono sulla determinazione della responsabilità sono parte di una struttura unitaria, siano essi tipizzati dalle norme in termini positivi o in termini negativi, abbiano essi l'effetto di costituire, aggravare, attenuare o escludere la responsabilità stessa²². Da ciò si è ricavato che ciascuno di tali fatti deve essere soggetto al medesimo regime probatorio (ovvero deve essere provato al di là di ogni ragionevole dubbio dall'accusa), ammettendo però che con riferimento ad alcuni di essi (scriminanti e scusanti) sia legittimo stabilire un'onere di allegazione a carico dell'imputato²³.

²⁰ Si veda *supra* capitolo primo, par. 4.1 e capitolo secondo, par. 3.3.

²¹ Cfr. G. P. FLETCHER, *Two kinds of legal rules: a comparative study of burden-of-persuasion practices in criminal cases*, 77 Yale Law Journal 880, 1968, p. 892. Ma si ricordino anche la nozione di 'fattispecie' in F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 67 e la nozione di 'fatto in senso lato' in M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, Milano, 1995, seconda edizione, Vol. I, p. 311.

²² Cfr. *id.*, p. 893.

²³ Si veda *supra* capitolo primo, par. 4.2. Si ricorda, peraltro, che quanto alle cause di non punibilità in senso stretto (ad esempio le immunità o le cause di estinzione del reato) si è detto che anche uno

Orbene, possono esservi casi in cui taluni elementi della ‘norma omnicomprensiva’ sono interessati da insostenibili meccanismi presuntivi o da spostamenti del rispettivo onere probatorio. L’illegittimità di queste operazioni è duplice.

In primo luogo esse violano il criterio di ragionevole prevedibilità della risposta ordinamentale. Infatti le norme che le realizzano, pur producendo un esito sostanziale, sono di natura tecnico-procedurale e, dunque, sono meno accessibili e intelligibili da parte dei consociati di quanto non sia il precetto penale. Come già si è detto²⁴ esse, modificando surrettiziamente la fattispecie, creano il rischio che un soggetto, affidandosi al contenuto del precetto penale, ponga in essere un comportamento senza poter prevedere la conseguente risposta dell’ordinamento e, in particolare, un’eventuale condanna per un reato non commesso. In secondo luogo stabilire per taluni fatti penalmente rilevanti la deviazione dal regime probatorio imposto dall’art. 533, comma 1, c. p. p. non può non violare la dignità dell’imputato²⁵. In terzo luogo tale atteggiamento rischia anche di violarne la libertà, nonché di compromettere il principio di proporzionalità, atteso che questi fatti, per definizione, influiscono sulla misura della pena²⁶.

Noti casi di illegittima inversione dell’onere probatorio sono i reati c. d. ‘di sospetto’ di cui agli artt. 707, 708 c. p.²⁷ e 12-*quinqüies*, comma 2, della legge di conversione n. 356/1992²⁸.

spostamento dell’onere probatorio sarebbe legittimo proprio perché esse non influiscono sulla responsabilità penale.

²⁴ Si veda *supra* capitolo primo, par. 4.1.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ L’art. 707 c. p. recita: “chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, *dei quali non giustifichi* l’attuale destinazione è punito con l’arresto da sei mesi a due anni”. L’art. 708 c. p. recita: “chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell’articolo precedente, è colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e *dei quali non giustifichi* la provenienza, è punito con l’arresto da tre mesi a un anno”. Il secondo è stato dichiarato incostituzionale con sentenza n. 370 del 2 novembre 1996 seppur per motivi diversi da quelli che sono qui strumento di critica. La Corte Costituzionale ha ritenuto il reato “del tutto inadeguato a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno ‘stato’ o a una ‘condizione personale’” e, più in particolare, ha dichiarato irragionevole “la discriminazione nei confronti d’una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio”.

²⁸ La norma recita: “(...) coloro (...) i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e *dei quali non possano giustificare la legittima provenienza*, sono puniti con la reclusione

Sarebbe scorretto parlare in questi casi di una presunzione legale (relativa), intesa come schema inferenziale già stabilito dal legislatore, dal momento che, come correttamente rileva Franco Cordero, si tratta invece di una vera e propria *relevatio ab onere probandi*²⁹. Né si può ritenere che la locuzione ‘dei quali non giustifichi’ (o ‘non possano giustificare’) stia soltanto ad indicare che la reticenza o l’equivocità dell’autore siano un elemento costitutivo del reato. Se così fosse, infatti, si avrebbe il risultato paradossale per cui una successiva prova della legittima origine o destinazione sarebbe penalmente irrilevante³⁰, in grave contrasto con il principio di necessaria lesività. In definitiva, la legittima origine o destinazione costituisce un “fatto genuinamente impeditivo”³¹, il rischio della cui mancata prova ricade sull’imputato. In ragione della concezione olistica del reato di cui sopra, è corretto definire lo strumento approntato dal legislatore un’illegitima inversione dell’onere della prova. Non viene peraltro chiarito dalla norma quale standard dovrebbe essere soddisfatto dall’imputato: si tratta di un ragionevole dubbio o di un *quid pluris*?

Per spiegare il funzionamento di questi *evidentiary devices* Cordero suggerisce di concepire la norma penale come l’unione di due schemi: il primo è la “fattispecie in senso lato, includente tutti gli estremi, positivi e negativi, necessari e sufficienti a determinare il sorgere del dovere di punire”; il secondo è uno “schema minore” che ripartisce gli oneri relativi ai singoli elementi del reato³². Secondo Cordero, dal momento che questi schemi coesistono fin dalla previsione legislativa, è ragionevole ritenere che entrambi abbiano natura sostanziale³³.

Contrariamente a quest’ultimo punto si ritiene che, se è innegabile che tutti e due gli schemi producano effetti sostanziali (poiché influiscono sul contenuto effettivo della tipicità), il secondo conserva senz’altro una natura tecnico-procedurale che, come visto, può avere importanti ricadute sulla prevedibilità della risposta ordinamentale da parte dei consociati. Si segnala, peraltro, che Cordero utilizza la teoria del ‘doppio schema’ anche per spiegare i casi di allocazione a carico

da due a cinque anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati”. Il reato in questione, dapprima modificato con la legge di conversione n. 461/1993, è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 48/1994.

²⁹ CORDERO, *Il giudizio d’onore*, op. cit., p. 160.

³⁰ *Id.*, p. 159.

³¹ *Id.*, p. 157.

³² *Id.*, p. 150.

³³ *Id.*, p. 126.

dell'imputato di un mero onere di allegazione (come avviene per le scriminanti e per le scusanti). Si ha però l'impressione che l'*appeal* descrittivo del costrutto sia limitato al solo studio, qui svolto, dei casi patologici di inversione dell'onere probatorio. Quando invece si tratta solo del legittimo spostamento dell'onere di allegazione, che non è peculiare del singolo reato, ma riguarda in generale le scriminanti e le scusanti, la teoria, pur corretta, sembra costituire un'innecessaria complicazione.

Passando adesso all'esame delle presunzioni illegittime³⁴ vanno menzionate le presunzioni di pericolosità un tempo previste dalla normativa sulle misure di sicurezza ai sensi dell'art. 204, comma 2, c. p., ora abrogato³⁵. Si tratta di un esempio esterno ai confini della norma incriminatrice. Ciononostante, alla luce di quanto si è affermato nel secondo capitolo in materia di standard da applicarsi all'accertamento della pericolosità sociale³⁶, si può correttamente ritenere che tale esempio presenti i medesimi caratteri patologici degli illegittimi *evidentiary devices* incidenti sul regime probatorio degli elementi del reato.

Fra le presunzioni citate si ricordano la presunzione che riguardava i prosciolti per infermità psichica, per intossicazione cronica e per sordomutismo (art. 222, comma

³⁴ In tema di illegittime presunzioni sono interessanti le riflessioni di Franco Bricola contenute in *Dolus in re ipsa*, Giuffrè, Milano, 1960. Dapprima l'Autore chiarisce che la formula *dolus in re ipsa* può essere riferita a due fenomeni legittimi. In primo luogo essa può indicare la semplificazione probatoria che si ha in caso di fattispecie concrete soggettivamente pregnanti in cui la prova di un elemento oggettivo reca in sé la prova del dolo (si pensi ad un'ingiuria o ad una diffamazione dal contenuto oggettivamente offensivo, cfr. *Id.*, p. 156). In secondo luogo essa può indicare il fenomeno delle fattispecie astratte soggettivamente pregnanti, la cui formulazione è tale per cui, pur non essendo esplicitamente richiesto un dolo specifico, esso è direttamente ricavabile dalla presenza degli elementi oggettivi e, pertanto, viene da taluni inteso come elemento costitutivo (*id.*, p. 163. Si pensi al dolo di frode nella bancarotta fraudolenta). Inoltre la formula *dolus in re ipsa* può essere riferita ad un fenomeno illegittimo: si tratta della presunzione di dolo (più correttamente dovrebbe parlarsi di una vera e propria eliminazione dell'elemento costitutivo) nei reati c. d. formali (tra cui i reati omissivi propri), giustificata dal fatto che in tali reati la prova della coscienza e della volizione della condotta si tradurrebbe nell'accertamento della consapevolezza della sua illiceità, impedito dall'art. 5 c. p. (si veda il Capitolo II dell'opera). Peraltro l'Autore rileva che se nei reati formali si ritiene oggetto dell'elemento psichico anche l'offesa al bene tutelato viene meno la sovrapposizione tra il dolo del fatto e il dolo dell'illiceità e si risolve l'*impasse* menzionata. Inoltre va ricordato che gli arresti della Corte Costituzionale (si pensi alla sentenza n. 364/1988) hanno finalmente negato l'irrelevanza dell'*ignorantia legis* suggerendo peraltro un suo riscontro proprio nel caso dei reati formali. Per una riflessione sulla 'fruibilità processuale' e sull'accertamento degli elementi soggettivi del reato si consideri anche C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, in particolare p. 218 ss.

³⁵ Secondo il quale "nei casi espressamente determinati la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge". L'articolo è stato abrogato dall'art 31 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c. d. legge Gozzini) che ha statuito che "tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa".

³⁶ Si veda *supra* capitolo secondo, par. 3.3.

1, c. p.) e quella che riguardava i prosciolti per minore età, qualora avessero commesso un delitto non colposo punibile con l'ergastolo o la reclusione superiore nel massimo edittale a due anni (art. 224, comma 2, c. p.). Entrambe sono state dichiarate parzialmente incostituzionali prima del definitivo intervento abrogativo da parte della c. d. legge Gozzini (n. 663/1986).

In un primo momento, con sentenza 20 gennaio 1971 n. 1 la Corte Costituzionale, ritenendo arbitrario presumere che il minore di anni quattordici sia pericoloso, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 224, comma 2, c. p. “nella parte in cui rende obbligatorio ed automatico per i minori degli anni quattordici il ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario”. Successivamente, con sentenza 27 luglio 1982 n. 139, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 222, comma 1, c. p. nella parte in cui non subordina l'applicazione della misura di sicurezza “al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dall'infermità (...) al tempo dell'applicazione della misura”³⁷. Il giudice delle leggi ha rilevato (con particolare chiarezza nella seconda sentenza citata) che la presunzione di pericolosità si pone in contrasto con il principio di uguaglianza poiché, non essendo fondata sull'*id quod plerumque accidit*, essa ha “per conseguenza la indiscriminata applicazione delle misure di sicurezza in situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi”³⁸. In altri termini, secondo la Corte la probabilità espressa dalla generalizzazione relativa alla pericolosità sociale degli individui considerati dagli articoli censurati è troppo debole perché si possa fare a meno di un controllo puntuale. A tale affermazione si dovrebbe aggiungere che la *reference class* costituita dalle categorie dei soggetti interessati (quella degli infermi, dei minori etc.) è troppo generica per potersene trarre una probabilità soddisfacente con riferimento al caso concreto. Ciò rende pertanto necessario un esame delle proprietà dell'individuo prosciolto al fine di identificare una classe più specifica e, dunque, più idonea a fornire informazioni riferibili alla pericolosità dell'individuo stesso. La presunzione posta dal legislatore non può dunque bastare.

³⁷ Per alcune veloci riflessioni sulle due sentenze si veda D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in Riv. It., Dir e Proc. Pen., 2008, p. 1013 ss.

³⁸ Così Corte Costituzionale, sentenza 27 luglio 1982 n. 139.

Resta ferma la convinzione che l'*id quod plerumque accidit*, standard indicato dalla Corte e non soddisfatto dalle presunzioni in esame, non è comunque sufficiente per il giudizio di pericolosità. Considerati infatti sia la natura afflittiva delle misure di sicurezza personali, sia il rischio di violazione della dignità e della libertà individuali comportato dal giudizio, si è già correttamente sostenuto che la prognosi di pericolosità debba soddisfare lo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio'³⁹. Si è altresì ricordato che lo stesso principio di legalità (artt. 25, comma 3, Cost. e 199 c. p.) finirebbe per essere scolorito se si permettesse un accertamento debole del presupposto della pericolosità sociale, tale da alterarne il concetto e da rendere così arbitraria l'applicazione delle misure stesse. Queste considerazioni, peraltro, stimolano immediatamente la spinosa domanda già sollevata nel capitolo secondo: è possibile che la prognosi suddetta soddisfi lo standard previsto all'art. 533, comma 1, c. p. p.? Ad essa si tenterà di dare risposta nel prossimo capitolo.

4. Patologie dell'accertamento

E' giunto il momento di esaminare le patologie dell'accertamento che, portando alla formulazione di un enunciato fattuale non giustificato dalla *evidence* disponibile, producono uno scarto tra la norma applicata e il fatto validamente provato⁴⁰, nonché un'eventuale e conseguente violazione della ragionevole prevedibilità e della proporzionalità della pena.

Ogni prova è inferenziale consistendo nel passaggio da un fatto noto a un fatto ignoto⁴¹. Come si è detto nel primo capitolo ogni inferenza si compone di tre ingredienti: una generalizzazione; una probabilità espressa dalla generalizzazione; un'analogia tra il caso singolo e il prototipo della *reference class* prescelta. In particolare, un'inferenza 'al di là di ogni ragionevole dubbio' richiede, oltre ad una probabilità elevata, che la generalizzazione e l'analogia siano fondate su *evidence*

³⁹ Si veda *supra* capitolo secondo, par. 3.3.

⁴⁰ Sull'alterazione del diritto sostanziale tramite scorrette ricostruzioni fattuali si veda, oltre alle opere di Pulitanò, Bricola, Visconti e Volk già richiamate nel presente capitolo, F. M. IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in Cass. Pen. 1998, III, p. 3151.

⁴¹ Si veda *supra* capitolo primo, par. 3.2.2.

sufficiente. Su questi due ultimi ingredienti si addensano peraltro le maggiori insidie dell'accertamento: precisamente è il *peso probatorio*, imprescindibile fattore che li compenetra, a costituire l'elemento più problematico dell'inferenza⁴².

In definitiva è possibile individuare tre casi patologici corrispondenti a ciascun ingrediente dell'inferenza: il primo si ha quando viene utilizzata una generalizzazione inattendibile, perché non sorretta da sufficiente peso probatorio (*ricorso ad una generalizzazione infondata*); il secondo si ha quando viene tratta un'inferenza nonostante la probabilità espressa dalla generalizzazione sia insufficiente (*insufficienza della probabilità*); il terzo si ha quando la generalizzazione viene riferita al caso singolo in base ad un'analogia troppo debole (*errore di individualizzazione*). Tali patologie rendono invalida l'inferenza producendo un divario tra il fatto validamente provato (che è solo il fatto secondario) e l'enunciato fattuale che si ritiene erroneamente provato (contenente il fatto primario o *thema probandum*⁴³). Come visto, se il primo dei due coincide con l'accadimento effettivo, si crea un *gap* tra quest'ultimo e la norma e, pertanto, una violazione della ragionevole prevedibilità, nonché della proporzionalità della pena.

Nei prossimi paragrafi saranno presentati esempi paradigmatici delle patologie introdotte.

4.1. Il 'ricorso ad una generalizzazione infondata'

Esempi delle prime due patologie sono forniti da un noto *miscarriage of justice* statunitense, il *Kelly Michaels case*⁴⁴, parte di quella inquietante pagina socio-giudiziaria che è stata nominata *day care sex abuse hysteria*⁴⁵.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Anche se il *thema probandum* dell'inferenza errata è un *thema* intermedio, l'esito finale è pur sempre un *gap* tra il fatto effettivamente provato e l'imputazione.

⁴⁴ State v. Michaels, 642 A.2d 1372 (N. J. 1994). Per un'appassionata narrazione del caso si leggano R. ROSENTHAL, *State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels: An Overview*, 1 Psychology, Public Policy and Law 246, 1995 e D. RABINOWITZ, *No crueller tyrannies. Accusation, false witness, and other terrors of our times*, Free Press, New York, 2003, p. 10 ss. Nell'opera da ultimo citata, il premio Pulitzer Dorothy Rabinowitz racconta i più importanti errori giudiziari degli anni ottanta e novanta in materia di *child abuse*, mettendo in luce il pericoloso accanimento con cui gli accusatori, animati dalle incontrollate fobie dell'opinione pubblica, hanno dato seguito a (e talvolta pervicacemente stimolato) notizie di reato infondate e costruite, mettendo in piedi processi che hanno sconvolto la vita di singoli individui e di famiglie intere.

Margaret Kelley Michaels, maestra impiegata in un asilo nido, viene condannata da una giuria del New Jersey a 47 anni di reclusione per aver abusato sessualmente di venti bambini a lei affidati. La Corte d'Appello e poi la Corte Suprema statale cassano la decisione perché basata su *evidence* inattendibile che non avrebbe dovuto essere ammessa al processo. Kelley Michaels, tuttavia, ha già scontato cinque anni di pena.

Gli elementi critici del materiale probatorio introdotto dall'accusa nel *jury trial* sono, da un lato, la correlazione tra taluni comportamenti dei bambini e un eventuale abuso sessuale da essi subito, dall'altro, la credibilità delle testimonianze dei bambini stessi. Il primo evidenzia un problema di ricorso ad una generalizzazione infondata; il secondo, invece, un problema di insufficienza della probabilità. Di quest'ultimo ci si occuperà nel prossimo paragrafo.

Un pilastro della *evidence* introdotta dall'accusa era costituito da una lista di trentadue 'sintomi dell'abuso sessuale', stilata dal perito Eileen Treacy, esperta in materia. Fra di essi erano indicati l'incontinenza notturna, il ricorrere di incubi e i cambiamenti di comportamento. Nel corso del processo la lista venne arricchita da ulteriori indici, ritenuti particolarmente probanti, consistenti nella mancanza di appetito dei bambini per alcuni alimenti. Tra questi ultimi vi era il burro d'arachide, che apparentemente sarebbe stato usato durante gli abusi, al punto da produrre la successiva inappetenza. Inoltre il rifiuto di mangiare il tonno veniva interpretato come indicatore delle violenze, argomentando che l'odore dell'alimento è simile a quello delle secrezioni vaginali⁴⁶. L'individuazione di questi *lack-of-appetite item* aveva prodotto la preoccupata attenzione dei genitori per le abitudini alimentari dei figli e le conseguenti inevitabili segnalazioni di ogni sospetta inappetenza.

Ancora, basandosi sulla discussa *child abuse accommodation syndrome*⁴⁷, il perito riteneva che la negazione degli abusi da parte dei bambini fosse in realtà prova degli

⁴⁵ Si tratta di una vera e propria ondata di panico, relativa alla tutela dei bambini da abusi, che ha avuto luogo negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, principalmente negli Stati Uniti. Essa, stimolata da viscerali bisogni di protezione dei bambini e poi alimentata dall'effetto catartico prodotto nel tessuto sociale dall'invocazione simbolica del valore dell'infanzia, è degenerata al punto da provocare numerosi errori giudiziari ai danni di maestri di asili nido, accusati di abusare sessualmente dei bambini o di praticare con questi dei riti satanici.

⁴⁶ *Id.*, p. 15.

⁴⁷ Si tratta di una sindrome teorizzata per la prima volta in R. C. SUMMIT, *The child sexual abuse accommodation syndrome*, 7 *Child Abuse and Neglect* 177, 1983. L'Autore individua i cinque sintomi che a suo dire ricorrono tipicamente nel bambino molestato: la segretezza riguardo all'abuso; la

stessi, poiché tipica della ‘fase di soppressione’ dell’accaduto. Anche il dispiacere manifestato dai bambini per la rimozione della loro maestra dal suo incarico era inteso come indizio dell’abuso: si trattava infatti di comportamento tipico della ‘fase di complicità’ tra vittima e autore.

Ora, tutte le generalizzazioni indicate appaiono irrimediabilmente infondate. Se quelle relative al rapporto tra abuso e appetito per un dato alimento (in particolare, il tonno) fanno sorridere per la loro ingenuità, le generalizzazioni basate sulla *child abuse accommodation syndrome* sono senz’altro più insidiose. Il problema è che queste ultime sono così scarsamente corroborate da non permettere di stabilire, una volta verificati i comportamenti citati, se vi sia stato o non vi sia stato abuso. Poiché l’atto di negare l’abuso e l’atto di mostrare affetto per il presunto autore sono comportamenti generalmente intesi come indicatori dell’assenza di violenze, se la teoria esposta dal perito non dimostra di essere in grado di confutare pienamente il senso comune non è dato considerare questi atti come indizi univoci delle violenze stesse.

Treacy ha proposto generalizzazioni espressive di frequenze molto elevate, ritenendo di poterle ricavare dalla teoria relativa alla *child abuse accommodation syndrome*. Il principale rivelatore della loro infondatezza è che in realtà questa teoria non permette neanche di individuare la possibile frequenza con cui operano le generalizzazioni relative al rapporto tra l’abuso e il comportamento della presunta vittima. Essa non fornisce strumenti per scegliere tra l’ipotesi accusatoria e quella innocentista in base ai comportamenti evidenziati dal perito; non dà attendibili e univoche chiavi di lettura della realtà, ma si limita ad asserire una controintuitiva compatibilità tra accadimenti, ovvero a sostenere che le affermazioni di affetto e la negazione dell’abuso non significano che quest’ultimo non ci sia stato. Può ben essere vero che “la sindrome rappresenta il *common denominator* dei comportamenti più frequentemente osservati nelle vittime di abusi”⁴⁸, ma il senso comune porta a ritenere che tali comportamenti, e in particolare quelli evidenziati da Treacy, siano frequenti, se non predominanti, anche in soggetti che non hanno subito violenze.

vulnerabilità emotiva; l’adattamento alla situazione di abuso e la ‘complicità’ dovuta alla consapevolezza di non poter sfuggire alla violenza; una rivelazione tardiva, contraddittoria e non convincente; una successiva ritrattazione quando la sua rivelazione minaccia di distruggere il nucleo familiare.

⁴⁸ Libera traduzione da SUMMIT, *The child sexual abuse accommodation syndrome*, op. cit., p. 180.

Pertanto è ragionevole ritenere che la teoria relativa alla sindrome possa fondare una generalizzazione del tipo 'la presenza di certi sintomi non implica l'assenza di abuso', ma non una del tipo 'la presenza di certi sintomi implica l'abuso'. Quest'ultima, proposta dal perito, appare dunque infondata. Ed infatti è importante notare che la sindrome stessa non sembra essere stata originariamente teorizzata al fine di permettere un'univoca interpretazione di taluni comportamenti, bensì al solo fine di promuovere una migliore comprensione del fenomeno dell'abuso su minori, affrontando criticamente alcuni luoghi comuni in merito all'incompatibilità tra quei comportamenti e le violenze⁴⁹.

4.2. L' 'insufficienza della probabilità'

Ulteriore basamento dell'ipotesi accusatoria nel *Kelly Michaels case* erano le testimonianze dei bambini, che peraltro sarebbero poi state oggetto dei dubbi e delle censure della Corte Suprema del New Jersey. Serissimo era il problema della credibilità dei testi.

La letteratura in merito alla conduzione dell'esame testimoniale di bambini e all'attendibilità delle loro affermazioni è piuttosto vasta e variegata⁵⁰. Qui interessa richiamare l'*Amicus Brief* preparato dagli esperti Maggie Bruck e Stephen J. Ceci per la decisione della Corte Suprema nel caso discusso⁵¹. Gli autori mettono in luce che particolari fattori hanno delle ricadute negative sulla credibilità dei testi. Si tratta, in particolare: dei pregiudizi dell'esaminatore sulla materia oggetto di testimonianza; della frequente ripetizione di domande fino ad indurre il bambino alla risposta cercata; del tono emotivo usato durante l'esame, ovvero delle promesse e delle minacce legate alle risposte date; del fare pressioni citando le testimonianze rilasciate da altri compagni; dell'uso improprio di bambole dotate di alcuni dettagli anatomici.

⁴⁹ Cfr. *id.*

⁵⁰ Sul punto si veda l'efficace compendio contenuto in S. J. SACHSENMEIER, *Investigating child sexual abuse allegations: do experts agree on anything?*, disponibile all'indirizzo web <http://www.aets.org/arts/art50.htm> (ultima visita effettuata il giorno 15 giugno 2010). Alla fine dell'articolo vengono indicati i punti di accordo tra gli specialisti, soprattutto in relazione alle modalità di conduzione dell'esame testimoniale.

⁵¹ Si veda M. BRUCK, S. J. CECI, *Amicus brief for the case of State of New Jersey v. Michaels presented by committee of concerned social scientists*, 1 *Psychology, Public Policy and Law* 272, 1995.

Questi fattori possono essere riscontrati nelle *pre-trial interviews* del caso Michaels⁵² e hanno verosimilmente indotto molti dei bambini ossessivamente intervistati a modificare le proprie iniziali dichiarazioni e a muovere accuse verso la loro maestra.

Orbene, in questo caso non può dirsi che manchi una generalizzazione fondata tra la presenza dei fattori citati (specie se congiunti) e la credibilità dei testi. Il problema è che, mentre la probabilità espressa da tale generalizzazione parla a favore dell'inattendibilità delle dichiarazioni dei bambini, la giuria ha diversamente ritenuto di dover dar credito al negativo di questa probabilità, invero basso e certamente inidoneo a sostenere una prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. L'errore probatorio sta qui nell'aver platealmente ignorato che le generalizzazioni disponibili, basate sul senso comune prima ancora che sulle conoscenze specialistiche, esprimevano probabilità tali da sollevare più di un ragionevole dubbio sulla credibilità di ogni singolo teste.

4.3. L' 'errore di individualizzazione'

Un valido esempio di errore di individualizzazione è fornito dal ricorso al c. d. accertamento sintomatico dello stato d'ebbrezza negli illeciti di guida sotto l'influenza dell'alcol, previsti dal comma 2 dell'art. 186 c. d. s. Si tratta dell'esame clinico dei sintomi presentati dall'imputato nel momento penalmente rilevante, una modalità di accertamento a cui i giudici⁵³ si affidano spesso qualora non sia stato possibile (o per negligenza della polizia stradale o per rifiuto del conducente) eseguire la procedura spirometrica (che prevede l'uso del c. d. etilometro)⁵⁴ o l'esame del sangue e si disponga esclusivamente del verbale di polizia relativo ai sintomi menzionati.

⁵² Diversi stralci di queste sono contenuti in *id.* Per stralci altrettanto interessanti quanto a modalità dell'esame, ma tratti da un diverso processo (il *Fells Acre Day Care Center preschool trial*) si veda RABINOWITZ, *No crueller tyrannies. Accusation, false witness, and other terrors of our times*, op. cit., p. 30 ss.

⁵³ Fra gli altri si veda Tribunale di Rovereto, 6 novembre 2007, in *Corriere del merito*, 5/2008, p. 601 con commento di PICINALI, *L'accertamento sintomatico nella nuova fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcol alla prova del ragionevole dubbio*, op. cit.

⁵⁴ Per un esame più approfondito della tematica si rinvia, oltre che al commento citato nella nota precedente, a F. PICINALI, *Lo stato d'ebbrezza tra accertamento sintomatico e soglie di rilevanza penale*, in C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, p. 287 ss.

E' opportuno fare alcune considerazioni preliminari sull'articolo citato per acquisire le informazioni necessarie allo studio della questione. La fattispecie di 'guida sotto l'influenza dell'alcol' è stata recentemente oggetto di significative modifiche⁵⁵. L'attuale comma 2 dell'art. 186, c.d.s., dopo la locuzione "chiunque guida in stato d'ebbrezza è punito ove il fatto non costituisca più grave reato", prevede e punisce tre distinte condotte, rispettivamente alle lettere a), b) e c). La prima integra un illecito amministrativo, la seconda e la terza integrano invece illeciti penali. In ciascuna delle tre fattispecie ricorre l'espressione "qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a", seguita dalla precisa indicazione quantitativa delle soglie rilevanti di tasso alcolemico. Il legislatore, nel parlare di accertamento, fa senz'altro riferimento alla procedura spirometrica e al prelievo del sangue, mezzi di prova indicati dall'articolo 186 stesso e (il primo) dall'art. 379 del Regolamento di esecuzione, adottato con il D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495.

Il concetto di 'ebbrezza', proprio per via della previsione di rigide soglie quantitative (previsione ribadita anche al comma 6 dell'articolo 186 c.d.s.), acquista un significato strettamente ancorato al tasso alcolemico e, si direbbe con una certa qual convinzione, indipendente dall'effettiva inidoneità alla guida⁵⁶. Si considera pertanto 'ebbro', colui che ha un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi: *l'accertamento dell'ebbrezza consiste così nell'accertamento del tasso*. Viceversa, nel previgente art. 186 c.d.s., l' 'ebbrezza' alcolica era concetto autonomo rispetto al tasso alcolemico e vincolato all'idoneità a condurre un veicolo⁵⁷.

⁵⁵ Essa è stata novellata: con il decreto legge 3 agosto 2007, n. 117, poi convertito in legge con modificazioni (l. 2 ottobre 2007, n.160); successivamente, con il decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, anch'esso convertito in legge con modificazioni (l. 24 luglio 2008, n. 125); infine con la legge 29 luglio 2010 n. 120.

⁵⁶ Si ricordi che la tossicologia forense collega generalmente l'inidoneità alla guida al superamento del tasso alcolemico di 0,8 g/l. Per un approfondimento sul nuovo concetto di 'ebbrezza', nonché sul regime di diritto intertemporale implicato dalla novella del concetto stesso si rinvia a PICINALI, *L'accertamento sintomatico nella nuova fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool alla prova del ragionevole dubbio*, in particolare, pp. 609, 610.

⁵⁷ Prima della riforma del 2007 essa era infatti definibile come "una qualunque condizione di disarmonia psico-fisica, determinata da ingestione di bevande alcoliche (...), per cui venga a difettare la prontezza dei riflessi o la valutazione delle contingenze della circolazione, che costituiscono elementi indispensabili per la sicurezza della guida". Così Cass., 19 febbraio 1980, n. 2350. E' pur vero che il comma 6 del vecchio art. 186 stabiliva qualora fosse accertato il superamento del tasso alcolemico di 0.5 g/l l'interessato era considerato in stato d'ebbrezza, tuttavia questa norma, lungi dall'essere una definizione dell'ebbrezza, ne costituiva una presunzione che il giudice era libero di

Sulla base della locuzione che si è visto ricorrere nelle tre fattispecie alcuni commentatori⁵⁸ e giudici⁵⁹ hanno sostenuto che l'accertamento del tasso alcolemico con la procedura spirometrica o l'esame del sangue sia divenuto un vero e proprio elemento costitutivo dell'illecito e che, pertanto, il principio di tassatività della legge punitiva (penale o, nel caso della lettera a), amministrativa⁶⁰) imporrebbe di escludere l'integrazione della fattispecie astratta qualora l'accertamento sia stato effettuato con mezzi diversi da quelli menzionati, ad esempio con l'esame clinico. Questa posizione non sembra condivisibile, in quanto frutto di una poco meditata analisi del rapporto tra il piano (processuale) dell'accertamento e il piano (sostanziale) della tipicità⁶¹. Invero sembra trattarsi di un'ingenua confusione tra i piani, apparentemente originata dal semplice, seppur insolito, fatto che il legislatore abbia menzionato il problema dell'accertamento in una norma di diritto sostanziale. Già la Corte Costituzionale ha più volte rilevato questa confusione a fronte di ordinanze che lamentavano la mancanza di tassatività della condotta sanzionata dall'art 186 c. d. s. per ragioni riguardanti la discrezionalità nelle tecniche di accertamento⁶². Si ritiene dunque che l'espressione ripetuta dal legislatore nelle tre figure di illecito non rappresenti un dato di ordine sostanziale, bensì un dato di ordine

disattendere. In questo senso G. BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato d'ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in Cass. Pen., 1990, p. 2231 ss.

⁵⁸ Si vedano: M. MANNUCCI, *Il nuovo articolo 186 c. d. s.: norma con più reati alternativi o reato circostanziato?*, disponibile all'indirizzo web <http://www.altalex.com/index.php?idnot=38812> (ultima visita il giorno 15 giugno 2010); N. CANESTRINI, G. GUARINI, *Punibilità del reato di guida in stato d'ebbrezza c. d. sintomatico dopo la l. n. 169/2007*, disponibile all'indirizzo web <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=510> (ultima visita il giorno 15 giugno 2010).

⁵⁹ Si vedano: Trib. Aosta, 25 ottobre 2007, n. 249; Trib. La Spezia, 11 dicembre 2007, n. 1451.

⁶⁰ Si veda l'art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689. In realtà la posizione dottrinale riportata risale al periodo antecedente alla riforma del 2010 che ha depenalizzato la fattispecie di cui alla lettera a) dell'art. 186, comma 2, c. d. s.

⁶¹ Una posizione singolare è quella di Stefano Fiore. Egli non afferma che l'accertamento con procedura spirometrica o con l'esame del sangue sia un elemento costitutivo del reato, ma sostiene diversamente che è "attraverso le modalità di accertamento (...) che viene conferito corpo e 'determinatezza' alla fattispecie incriminatrice" e, ancora, che lo scopo del "meccanismo di accertamento (...) sembrerebbe proprio quello di assicurare un adeguato livello di determinatezza alla fattispecie". Così S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, pp. 144, 145. L'Autore sembrerebbe riferirsi (ma il testo non è chiaro sul punto) ad un eventuale ruolo propulsivo che la modalità di accertamento indicata potrebbe aver svolto con riferimento all'evoluzione del concetto di 'ebbrezza', già spiegata nel testo. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, i reati (e il concetto di 'ebbrezza') appaiono assolutamente determinati già sul piano sostanziale: si ritiene pertanto che l'indicazione da parte del legislatore delle modalità di accertamento non abbia alcun ruolo di precisazione. E' comunque apprezzabile l'attenzione dell'Autore verso la capacità dell'accertamento di influire sui contenuti della fattispecie.

⁶² Si vedano Corte Costituzionale, 20 aprile 1998, n. 149 e Corte Costituzionale, 18 aprile 2000, n. 107.

processuale e, più precisamente, probatorio, che nulla aggiunge alle fattispecie. Si tratta, in definitiva, di una superfetazione che si sarebbe ben potuto evitare.

Le fattispecie astratte consistono, pertanto, nel “guidare in stato di ebbrezza”, laddove l’ebbrezza è integrata dal superamento del tasso alcolemico di 0,5 g/l ed è ulteriormente specificata in ciascun reato attraverso apposite soglie quantitative. Estraneo alle fattispecie resta il problema dei mezzi di accertamento del superamento del tasso alcolemico.

Alla luce di quanto scritto si comprende che il ricorso all’accertamento sintomatico non può essere escluso in base ad argomenti di diritto sostanziale. Bisogna dunque chiedersi se esso non sia precluso da ragioni di carattere probatorio⁶³. Per rispondere a questa domanda è necessario servirsi delle conoscenze tecnico-scientifiche offerte dalla tossicologia forense.

I tossicologi⁶⁴ hanno ricostruito una ‘tabella’ che individua una corrispondenza tra tassi alcolemici e dati sintomatici. Secondo questa tabella, a tassi alcolemici inferiori a 0,2 g/l l’individuo non presenta sintomi ad un esame clinico superficiale; al tasso alcolemico di 0,2 g/l corrispondono l’espansività, la socievolezza, il rossore del volto, il senso di calore; al tasso alcolemico di 0,5 g/l corrisponde la diminuzione dei freni inibitori per azione sulla corteccia cerebrale, che determina il liberarsi dei sentimenti e delle manifestazioni istintive, l’euforia, la loquacità, la diminuzione di autocritica; al tasso alcolemico di 0,8 g/l l’azione dell’alcol “si estende all’intera zona dei lobi frontali interessando in particolare i centri motori principali (...), ai lobi occipitali e al cervelletto, per cui assistiamo alla comparsa di perdita di autocontrollo, marcata euforia (...), inizio di andatura vacillante, ipertrofia dell’io, diminuzione della volontà e dell’attenzione”⁶⁵; “l’azione dell’alcol si fa particolarmente sentire, con concentrazioni a cavallo dell’1,5 g/l, sulle sfere affettiva e ideativa per cui, accanto al progredire dei disturbi della coordinazione motoria e dell’equilibrio, insorgono melanconia, parlata volgare. Pure le attività motorie a questo punto sono

⁶³ Che si tratti dell’imposizione da parte del legislatore di una specifica modalità di accertamento è senz’altro escluso, atteso che nel nostro ordinamento non sono tollerate regole di esclusione al di fuori di quanto previsto dagli artt. 189 e 191 c. p. p. Il giudice è infatti tenuto a rifarsi alla miglior epistemologia.

⁶⁴ Il riferimento è a L. ZANALDI, *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico legali*, CEDAM, Padova, 1957 e al più recente R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁶⁵ ZANALDI, *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico legali*, op. cit., p. 312.

colpite con insorgenza di atassia e agrafia⁶⁶; al superamento del tasso alcolemico di 2,5 g/l “l’azione dell’alcool, diffusasi a tutto il cervello, si fa sentire anche sui centri del tronco cerebrale sicchè accanto all’insorgere di disturbi della sfera emotiva e volitiva quali irascibilità, disperazione, impulsività, compaiono disturbi neurovegetativi quali nausea e vomito, scarso controllo degli sfinteri, perdita del tono muscolare, sonno stuporoso e poi comatoso⁶⁷; al superamento del tasso alcolemico di 4 g/l “è colpito anche il bulbo, sicchè insorgono fenomeni gravi quali ipotermia, collasso periferico; infine sopravviene la morte per intossicazione alcolica acuta da paralisi dei centri respiratori”.

Il contenuto della tabella non è altro che un insieme di generalizzazioni che affermano un rapporto di implicazione tra tasso alcolemico e comportamenti o stati patologici. Esse esprimono una probabilità vicina all’ *id quod plerumque accidit*, se è vero che, secondo la tossicologia, la tabella indica “quanto avviene nella maggioranza dei casi⁶⁸. E’ una probabilità bassa, ma soggetta a un possibile aumento tramite la considerazione delle peculiarità del caso singolo e, dunque, attraverso la selezione di *reference classes* più specifiche di quella che produce le implicazioni viste, la quale raggruppa la totalità di coloro che assumono alcol⁶⁹. Peraltro le generalizzazioni in esame possono ritenersi fondate, in quanto sono basate su una ripetuta e attenta osservazione dei sintomi e delle catene causali da parte di specialisti, nonché sono in parte conformi all’esperienza sedimentata nel senso comune.

Come si è visto, molte delle generalizzazioni stabiliscono una connessione tra un tasso alcolemico e un sintomo percepibile attraverso un esame clinico. E’ dunque possibile provare ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ lo stato d’ebbrezza grazie all’accertamento sintomatico? Alla domanda è necessario dare risposta negativa in virtù dell’insuperabile difficoltà di individualizzare le generalizzazioni citate in modo da soddisfare lo standard prescritto. In merito si considerino i seguenti insegnamenti della tossicologia.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Id.*, p. 313.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Si ricordi quanto si è affermato *supra* capitolo primo, paragrafo 3.2.2, in particolare alla nota n. 189.

In primo luogo viene rilevato che esistono numerosi fattori soggettivi che alterano le corrispondenze individuate dalla tabella e che, pertanto, vi è un' "estrema variabilità individuale"⁷⁰ del rapporto tra tasso alcolemico e sintomatologia. Tra i fattori in questione basti indicare "la sensibilità individuale, l'assuefazione, il fatto che l'ingestione di bevande alcoliche avvenga a stomaco pieno o vuoto"⁷¹, "l'età, le condizioni fisiche, l'uso cronico"⁷². Questa considerazione è importante perché ricorda che la *reference class* adottata per stabilire le correlazioni contenute nella tabella è assai generica. Ciò in linea di principio non impedisce che proprio l'attenzione ai fattori menzionati possa servire a selezionare *reference classes* più specifiche e 'vicine' al caso concreto e, dunque, ad ottenere una prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio' dell'ebbrezza alcolica dell'imputato. Però, se si considera che la maggioranza dei fattori indicati non si traduce in una sintomatologia osservabile dall'esterno (si pensi alla 'sensibilità individuale'), si può concludere che non è possibile selezionare una corretta *reference class* senza usare strumenti ulteriori rispetto all'esame clinico.

Bisogna poi evidenziare che la 'tabella' non mette in luce un rapporto univoco e preciso tra i sintomi e i tassi alcolemici, ben potendo un medesimo sintomo corrispondere a tassi alcolemici diversi (si pensi all'euforia o alla diminuzione dei freni inibitori). L'esame clinico da solo non permette di risolvere le equivocità della sintomatologia. Non va poi dimenticato che quest'ultima, a parità di tasso alcolemico, è fortemente influenzata dalla fase della curva alcolemica⁷³ in cui avviene l'accertamento. La tossicologia ha infatti rilevato che, a parità di concentrazione alcolica ematica, la sintomatologia clinica è più grave nella fase

⁷⁰ Così E. BERTOL, F. LODI, F. MARI, E. MAROZZI, *Trattato di tossicologia forense*, CEDAM, Padova, 2000, p. 153.

⁷¹ Così ZANALDI, *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico legali*, op. cit., p. 278.

⁷² Così BERTOL ET AL., *Trattato di tossicologia forense*, op. cit., p. 153.

⁷³ La curva alcolemica (o curva di Widmark) è "la curva della concentrazione ematica dell'alcool in funzione del tempo". Così FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, op. cit., p. 40. Tale curva vede una fase iniziale di assorbimento dell'alcool da parte dell'organismo. L'alcool "viene rapidamente assorbito dallo stomaco e dall'intestino e si distribuisce uniformemente nei tessuti e nei liquidi corporei" (*Ibidem*). Segue una fase di equilibrio in cui l'eliminazione dell'alcool equivale all'assorbimento e, infine, una fase di eliminazione che si realizza principalmente attraverso il metabolismo e in minima parte attraverso reni e polmoni. Mentre la velocità di assorbimento dell'alcool è influenzata da diverse variabili (tipo di bevanda, eventuale presenza di alimenti nello stomaco, costituzione fisica dell'assuntore, l'eccitabilità emotiva, l'ansia) (cfr. S. ZACÀ, S. PELLEGRINO, *Manuale di tossicologia forense*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 157), l'eliminazione avviene in maniera costante, infatti la concentrazione ematica di alcool diminuisce con una velocità compresa tra 0,1 e 0,2 g/l per ora.

ascendente della curva e meno grave nella fase discendente⁷⁴. Ciò è probabilmente dovuto al fatto che nella prima fase la cellula nervosa non è ancora assuefatta all'alcol e pertanto l'azione farmacologica è più marcata, mentre nella seconda la cellula 'si abitua' determinando così una minore gravità della sintomatologia⁷⁵. Anche questa considerazione conduce a ritenere che il solo esame clinico non sia in grado di giustificare conclusioni 'al di là di ogni ragionevole dubbio' sul tasso alcolemico dell'imputato e dunque sul suo stato d'ebbrezza.

Come visto, le riflessioni sin qui svolte escludono che l'accertamento sintomatico sia sufficiente per l'individuazione precisa del tasso alcolemico. Pertanto esse sconsigliano di affidarsi a tale accertamento al fine di stabilire entro quali soglie possa collocarsi il tasso stesso e, dunque, quale dei tre illeciti sia stato integrato dall'imputato. Si potrebbe tuttavia argomentare che in presenza di sintomi marcati, pur non potendosi affermare l'integrazione di una delle due fattispecie più gravi, si dovrebbe almeno ritenere superata la soglia di 0,5 g/l, limite della rilevanza giuridica. Ciò permetterebbe di condannare per l'illecito minore. Vi è però una considerazione finale che impedisce anche questa conclusione.

La tossicologia afferma che il solo esame clinico non soltanto non permette la formulazione di una diagnosi quantitativa dell'intossicazione (qual è il tasso alcolemico?), ma non è sufficiente neppure per la formulazione della diagnosi qualitativa (è l'alcol la causa dell'elemento sintomatico?). Infatti l'intossicazione da alcol non presenta nessun sintomo patognomico (ovvero specifico), ma "solo sintomi comuni a svariate e per di più frequenti malattie"⁷⁶, nonché, e questa è una notazione

⁷⁴ Cfr. ZANALDI, *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico legali*, op. cit., p. 316.

⁷⁵ *Id.*, p. 317.

⁷⁶ *Id.*, p. 279. Si consideri la seguente elencazione di Zanaldi "L'eccitazione psichica può essere in rapporto con avvelenamento da solfuro di carbonio, stato emozionale, stato d'ira, svariate psicosi acute, ecc. I tremori sono presenti anche in molte sofferenze dei nuclei della base encefalica, nelle nevriti a diversa eziopatogenesi. Il rossore del volto può essere dovuto a recenti iniezioni di acido nicotinico, morbo di Vaquez, avvelenamento da ossido di carbonio, eritemi diffusi. Molti di questi sintomi sono inoltre comuni nello stato di grave reazione emotiva che spesso colpisce i protagonisti di incidenti stradali. Molti sintomi a carico della psiche possono dipendere da commozione cerebrale, da varie forme di coma, da attacco epilettico, ecc." (*id.*, p. 278). Significative sono anche le parole del Pretore di Tolmezzo: "va rilevato che la pratica non ha mancato di presentare casi in cui a fronte dei c.d. elementi sintomatici, riferiti dai verbalizzanti come sicuri indici di uno stato d'ebbrezza, vi è stata una diagnosi medica di semplice 'stato di agitazione psicomotoria'. In tali occasioni il medico non ha mancato di spiegare di non potere sulla sola base dell'esame obiettivo, collegare quei sintomi ad uno stato di ebbrezza o di ubriachezza" (Pret. Tolmezzo, 13 febbraio 1996, in *Giur. Mer.*, 1996, vol. II, p. 972, con nota di G. B. BERTOLINI, *Brevi note critiche a proposito di guida in stato d'ebbrezza*). Lo stesso giudice rileva che gli elementi sintomatici possono essere dovuti anche all'assunzione di

interessante, *sintomi presenti nello stato di grave reazione emotiva che spesso colpisce i protagonisti di incidenti stradali*. Molti sintomi a carico della psiche possono dipendere infatti da commozione cerebrale o da varie forme di coma. Ancora, bisogna sottolineare che gli elementi sintomatici che si riconducono solitamente all'ebbrezza alcolica *possono essere dovuti anche all'assunzione di farmaci o di altre sostanze stupefacenti*. In definitiva l'esame obiettivo non permette di provare il nesso di causalità tra assunzione dell'alcool e sintomo.

All'esito di questo studio emerge la seguente conclusione. Se è pur vero che esistono generalizzazioni fondate in merito al rapporto di implicazione tra assunzione di alcol e sintomi osservabili clinicamente, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche (e dunque delle capacità dell'epistemologia giudiziaria) non è possibile individualizzare queste generalizzazioni, ovvero riferirle 'al di là di ogni ragionevole dubbio' ad un caso singolo, con l'esclusivo ausilio dell'accertamento sintomatico. Quest'ultimo non permette infatti né di stabilire una correlazione tra sintomo e tasso alcolemico, né di stabilire che l'alcol è la causa del sintomo stesso. Solo l'adozione di altre modalità di accertamento permette di asserire che le generalizzazioni menzionate operano nel caso concreto. Più in particolare il problema di fondo consiste nell'impossibilità di stabilire con il solo esame clinico un'analogia sufficientemente pesante tra il caso singolo e il prototipo dell'idonea *reference class*, per via del fatto che non è possibile escludere le spiegazioni alternative dei sintomi senza ricorrere ad accertamenti ulteriori (siano essi la procedura spirometrica, l'esame del sangue o ulteriori esami che escludano patologie implicanti sintomi affini).

Quei giudici che ritengono erroneamente di poter accertare lo stato d'ebbrezza traendo un'inferenza dai soli sintomi osservati dalla polizia stradale realizzano un evidente scolorimento del concetto di 'ebbrezza'. Poiché i sintomi possono al più rilevare un'inidoneità alla guida (senza però palesarne la causa), il concetto di 'ebbrezza' si appiattisce su tale inidoneità e dunque si discosta sia dal rispettivo concetto indicato dall'attuale art. 186 c. d. s. (costruito in base al riferimento al tasso

farmaci o di altre sostanze stupefacenti, e che queste ipotesi non possono essere escluse con una semplice analisi clinica.

alcolemico), sia dal concetto indicato dalla previgente norma (che consisteva sì nell'inidoneità, ma solo se provocata dall'assunzione di alcol). Il ricorso all'accertamento sintomatico comporta così una modifica surrettizia del concetto di 'ebbrezza': 'ebbro' diventa colui che è inidoneo alla guida, a prescindere dalla causa di tale inidoneità e, in particolare, dal tasso alcolemico. E' qui evidente l'alterazione della legalità sostanziale implicata dall'errore probatorio. Questa alterazione, se accompagnata da uno scarto tra norma e accadimento reale, si traduce altresì nella violazione della ragionevole prevedibilità, della proporzionalità e della libertà personale.

CAPITOLO QUINTO

LA DIMENSIONE SOSTANZIALE DELLO STANDARD ‘AL DI LÀ DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO’

“Perché si avverte il bisogno di esplicitare che la determinatezza ha una dimensione empirica e non soltanto linguistica? La risposta è che si avverte questo bisogno perché l’esperienza penalistica fornisce esempi di fattispecie dotate di un significato linguistico sufficientemente determinato (o comunque comprensibile), eppure aventi ad oggetto fatti impossibili da provare”.

G. FIANDACA¹

1. Premessa

Nel capitolo precedente si è tentato di mostrare che gli errori di ricostruzione fattuale possono avere serie ricadute sulla ragionevole prevedibilità della risposta ordinamentale. In virtù di ciò si è affermato che le garanzie sostanziali della irretroattività, della precisione e della tassatività rischiano di essere poste nel nulla se non sono affiancate dalla garanzia processuale di un corretto accertamento. Pertanto alla legalità, che dette garanzie riunisce, deve essere riconosciuta anche una dimensione processuale: il suo raggio d’azione non può risolversi sul piano sostanziale, ma deve necessariamente estendersi al momento della ricostruzione fattuale, possibile sede di surrettizie modificazioni della fattispecie.

Nel presente e conclusivo capitolo si intendono portare a termine tali riflessioni ragionando, questa volta, sulla dimensione sostanziale dello standard ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’. L’idea di fondo che si vuole sviluppare è che anche il legislatore e l’interprete devono assolvere ad un importante compito al fine di scongiurare le patologie dell’accertamento precedentemente studiate. Essi devono

¹ G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 76, 77.

individuare concetti dotati di referenti reali i cui enunciati fattuali siano suscettibili di prova nel processo, altrimenti la ricostruzione non può non essere irrimediabilmente viziata e l'esito del giudizio rischia di dipendere dall'arbitrio del *fact finder*.

Al termine del capitolo sarà introdotto e qualificato un principio volto a guidare legislatore e interprete nello svolgimento del compito indicato. Tale principio esprime la doppia dimensione sia della legalità sia dello standard probatorio, operando come norma di chiusura della teoria generale del reato. Si tratta del 'principio di determinatezza epistemologica'.

Prima di introdurre quest'ultimo è però necessario riflettere su quelle gravi, seppur rare, patologie del diritto penale sostanziale che il principio stesso dovrebbe scongiurare. Esse consistono nell'individuazione di concetti di natura tale da ostacolare lo svolgimento di una corretta ricostruzione fattuale. Diverse possono essere le forme di tali disfunzioni.

La patologia più acuta consiste nell'inesistenza di un referente reale del concetto. Il *locus classicus* di questa patologia è il caso del plagio, reato rimosso dal nostro ordinamento con la nota sentenza n. 96 del 1981 della Corte Costituzionale². Come meglio si chiarirà nel seguito, per 'referente reale' deve intendersi un *quid* "la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili"³. La mancanza del referente reale è comunque una disfunzione rarissima e, pertanto, è minima o inesistente la sua incidenza sul sistema penale.

Esistono tuttavia patologie meno gravi, ma ben più comuni e insidiose. Esse riguardano concetti dotati di un referente reale la cui prova è però spesso o sempre ostacolata dalla difficoltà di reperire generalizzazioni fondate o di individualizzare le stesse. I due prossimi paragrafi introdurranno casi patologici di tal sorta.

Come stimolo e guida alle riflessioni che seguono si propone il seguente passo di Luciano Pettoello Mantovani. Scrive l'Autore: "il penalista deve convincersi, sul

² Il vecchio art. 603 c. p. recitava: "chiunque sottopone una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni". Il delitto di plagio era afflitto dalla patologia dell' 'inesistenza di un referente reale'. La Corte, infatti, ha affermato: l'impossibilità di riscontrare nella realtà il "totale stato di soggezione", da intendersi come completa perdita della libertà di autodeterminazione (libertà di coscienza, di decisione, di critica); la derivante impossibilità di distinguere gli stati di soggezione parziale tollerati dall'ordinamento (rapporto amoroso, rapporto di insegnamento, rapporto di cura etc.) dallo stato di plagio; la conseguente e inevitabile applicazione arbitraria della norma in esame.

³ Si tratta delle parole usate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 96/1981.

piano della sostanza, che il solo modo di dare vita al diritto (...) è proprio quello di dare ascolto alla realtà. E ciò in entrambi i momenti nei quali il diritto si manifesta: nel momento creativo – quello della legge – non meno che nel momento applicativo – quello del giudice. Mentre infatti per un verso – nel momento creativo – la realtà garantisce non solo sé stessa ma anche un corretto operare della legge allorchè, essendo rispettata, impedisce che la legge si esprima con principi e con modi soltanto suoi, i quali potrebbero perciò essere pure quelli di un diritto contrario alla libertà; per l’altro verso – nel momento applicativo – la realtà garantisce non solo sé stessa ma anche un corretto operare del giudice allorchè, essendo stata prima rispettata nel momento creativo, impedisce poi che il giudice possa pretestuosamente reclamare contro una regola legislativa arbitraria perché poggiante su una realtà fittizia, una regola giudiziaria invocante una realtà distorta”⁴.

2. *Il problema della causalità omissiva*

La causalità omissiva costituisce un fertile esempio di quelle patologie sostanziali ‘minori’ cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo. Ovviamente non si intende trattare in modo esauriente lo sconfinato tema della causalità omissiva, ma semplicemente evidenziarne i profili rilevanti ai fini del problema esaminato. E’ bene svolgere alcune riflessioni introduttive sul concetto di ‘omissione’ per poter meglio apprezzare il ruolo svolto dal nesso omissivo.

L’art. 40 cpv. recita: “non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”. Nel riferirsi all’obbligo giuridico di impedire l’evento la norma chiarisce che il concetto di ‘omissione’, diversamente da quello comune di ‘azione’, è relativo: nulla può dirsi ‘omissione’ se non si prestabilisce quale sia il comportamento da tenere. E, di converso, qualsiasi condotta può dirsi

⁴ L. PETTOELLO MANTOVANI, *Aspetti problematici della scienza penalistica*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 23. Assai importante è anche il seguente passo: “Il trapasso dalla sfera del *dover essere*, che è la sostanza del diritto, alla sfera dell’*essere*, che ne è la ragione, ha il suo inizio ed il suo momento più delicato già nella fase cosiddetta teorica. Guai se sino da tale fase l’accostamento, la presa di contatto tra i due viene a mancare: se l’astratto indicante *ciò che deve essere* non si esprime fin dalla normazione sulla base del concreto indicante *l’essere che è*, dal quale il suo manifestarsi sensibile è condizionato, perché ad esso sono connessi l’esistenza medesima ed ogni limite di un dovere che altrimenti si perde in sé stesso”. *Id.*, pp. 78, 79.

omissiva a seconda dell'aspettativa di comportamento adottata. Inoltre, se ben si intende la disposizione in esame si comprende che ai sensi della stessa non può aversi omissione senza la verifica dell'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire. Più in particolare, pur se non si fosse compiuta un'azione doverosa, sarebbe improprio parlare di 'omissione' non solo laddove non si verificasse l'evento specifico, ma anche qualora il comportamento doveroso omesso non avrebbe comunque potuto evitare lo stesso.

Invero può ripetersi qui quanto già affermato a proposito del c. d. 'nesso tra colpa ed evento'⁵: se il caso concreto manca della prima proprietà (la verifica dell'evento specifico) si è fuori dal raggio di operatività dell'obbligo giuridico poiché non si è realizzato l'evento che esso avrebbe dovuto evitare; il medesimo effetto si ha se nel caso concreto manca la seconda proprietà (il nesso tra comportamento doveroso ed evento), poiché qui la divergenza dal caso paradigmatico è tale da rendere inefficace il comportamento doveroso e dunque *irragionevole* la sussistenza dell'obbligo e la conseguente imputazione dell'evento. Ecco dunque il concetto di omissione nei reati omissivi impropri ed ecco specificato il ruolo della 'causalità omissiva': il nesso tra condotta doverosa ed evento, altro non è che una componente, un *prius* del concetto normativo di 'omissione'. Si badi comunque che questa costruzione è contingente, appunto normativa. Com'è ovvio (e ciò vale anche per la causalità attiva) non vi è alcuna necessità nella definizione dell'omissione: è la legge a dirci che cosa essa sia.

A partire dall'art. 40 cpv. la dottrina⁶ e la giurisprudenza⁷ hanno elaborato negli anni il concetto di 'causalità omissiva'. Taluna dottrina⁸, oramai per lo più superata,

⁵ Si veda *supra* capitolo terzo, par. 3.2.

⁶ In particolare si ricordano: F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1988, p. 1217 ss.; F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizio controfattuale. L'attività medico-chirurgica*, in Cass. Pen., 2005, p. 1078 ss.; C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in Riv. It. Med. Leg., 1992, p. 847 ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in Dir. Pen. e Proc., 2006, n. 4, p. 493 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c. d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2010, p. 1679 ss.

⁷ Per un veloce *excursus* sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di causalità e, in particolar modo, di causalità omissiva, si rimanda a F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull' "oltre il ragionevole dubbio"*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2002, p. 737 ss. Tra le sentenze successive a quelle citate nel lavoro non può non ricordarsi la fondamentale sentenza Franzese (Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in Cass. Pen., 2002, p. 3643 ss.).

ha sostenuto l’identità strutturale della ‘causalità omissiva’ con quella ‘attiva’ sottolineando che entrambe hanno carattere *reale*, ovvero esplicativo-diagnostico⁹.

Altra dottrina, pur non rinunciando allo strumento definitorio della *condicio sine qua non*, ha affermato che la ‘causalità omissiva’ ha natura ipotetica e prognostica in quanto consiste nel rapporto tra un antecedente non reale e un conseguente reale¹⁰. Quest’ultima posizione ha senz’altro costituito un passo avanti nella concettualizzazione dei reati omissivi impropri. Eppure, se il riferimento al rapporto ipotetico tra condotta doverosa ed evento costituisce la soluzione più raffinata per dare contenuto al ‘non-impedire’, la definizione di tale rapporto tramite il requisito rigoroso della *condizione necessaria* ha inevitabilmente creato seri problemi di ricostruzione fattuale. Ecco di seguito le ragioni di tali difficoltà. Sul piano definitorio-strutturale va rilevato che, se nella ‘causalità attiva’ l’analisi controfattuale, riguardando un nesso *reale*, si atteggia a momento di diagnosi e di spiegazione, nell’omissione essa svolge una funzione prognostica, poiché riguarda l’idoneità impeditiva di un antecedente *non reale* (non reale è l’antecedente *ergo* ipotetico è il nesso). Tali divergenze strutturali hanno ovvie ricadute sui profili dell’accertamento. Il carattere prognostico della valutazione rende infatti molto arduo provare che la condotta doverosa avrebbe *necessariamente* evitato l’evento: non solo, specie nel contesto della responsabilità medica, mancano generalizzazioni sufficientemente attendibili, ma soprattutto è assai incerto il procedimento di

⁸ Si vedano le tesi esposte in STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, op. cit. e in D’ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di cassazione sull’ “oltre il ragionevole dubbio”*, op. cit.

⁹ Sul punto si considerino peraltro le difficoltà incontrate dalla stessa epistemologia nel tentativo di elaborare una nozione di ‘causalità omissiva’ avente carattere esplicativo-diagnostico. Si veda, ad esempio, C. PIZZI, *Diritto, abduzione e prova*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 83 ss. Una volta rilevato che non possono essere eventuali criteri semantici a distinguere l’azione dall’omissione, poiché un evento può sempre essere descritto sia in negativo che in positivo, l’Autore propone una nozione di causalità omissiva secondo cui l’omissione di un dato soggetto può dirsi causale rispetto ad un evento solo se, qualora il soggetto non fosse esistito, l’evento non si sarebbe verificato. Si tratta dunque di nozione incentrata sul requisito dell’(in)esistenza del soggetto. A ben vedere però questa è una nozione di causalità attiva giacché considera causale un’omissione del soggetto solo se successiva ad una sua azione tale da creare le condizioni che hanno prodotto l’evento. Solo in tal caso infatti l’inesistenza del soggetto comporterebbe il venir meno dell’evento. Utilizzare un’impostazione di questo tipo nel diritto penale vorrebbe dire escludere la responsabilità per reato omissivo improprio tutte le volte in cui un soggetto non abbia posto in essere una condotta commissiva causale rispetto all’evento prima di porre in essere quella omissiva. E peraltro, in tutte le ipotesi in cui sussiste la commissione, l’attenzione verso la susseguente omissione sarebbe del tutto superflua.

¹⁰ Cfr. PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, op. cit. e MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, op. cit.

individualizzazione¹¹. Il risultato delle menzionate divergenze è il rischio di arbitrio del *fact finder*: l'erronea convinzione di poter affrontare il nesso omissivo con gli strumenti concettuali propri della 'causalità attiva' si scontra con l'impraticabilità di questi ultimi, producendo esiti talvolta incontrollabili.

Infine in dottrina non manca chi, temerario ma assennato, muovendo dalla considerazione dei problemi di ricostruzione ora menzionati, ha ritenuto di poter assorbire la causalità omissiva nella colpa, rilevando in particolare che il c. d. 'nesso causale tra omissione ed evento' *coincide* con il c. d. 'secondo nesso tra colpa ed evento'¹². Questa posizione è assai stimolante, ma non scontata. Essa sembra infatti derivare dall'attribuzione di un'importanza eccessiva al riscontro della già esplorata somiglianza strutturale tra i nessi appena richiamati e della comune modalità di accertamento basata sulla prognosi. Peraltro si tratta di una soluzione che non riconosce il peso dovuto all'equivalenza funzionale tra causalità omissiva e causalità attiva normativamente prevista né, più precisamente, all'attuale parificazione sul piano sanzionatorio tra i reati commissivi d'evento e i reati omissivi impropri. Prima di tornare a considerare questa proposta è bene ricapitolare l'intera questione come segue.

Si è detto che nei reati omissivi impropri l'omissione consiste nel mancato impedimento di un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, sempreché, qualora si fosse tenuto il comportamento doveroso, l'evento non si sarebbe verificato. Si è anche detto che l'art. 40 cpv. e l'elaborazione dottrinale sopra richiamata mettono chiaramente in luce la somiglianza strutturale tra i concetti di 'omissione' e di 'nesso omissivo' e, rispettivamente, i concetti di 'colpa' e di 'secondo nesso colposo', a suo tempo studiati¹³. Perché vi sia omissione è necessario: che vi sia un obbligo giuridico di impedire un evento; che il destinatario dell'obbligo non vi ottemperi secondo le regole cautelari rilevanti; che l'evento specifico si verifichi; che l'evento non si sarebbe verificato in caso di ottemperanza

¹¹ Cfr. *id.*, p. 497 ss. In particolare, come evidenziato da Masera, nel contesto della causalità omissiva non sembra funzionare a dovere il meccanismo abduttivo dell'esclusione delle spiegazioni alternative. Cfr. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, op. cit.

¹² Si veda VIGANÒ, *Riflessioni sulla c. d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, op. cit., in particolare p. 1695 ss. Si considerino anche le critiche mosse a questa posizione da M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 689, nota 160.

¹³ Si veda *supra* capitolo terzo, in particolare par. 3.2.

dell'obbligo. Dunque, parallelamente a quanto già si è visto in tema di colpa, il nesso tra condotta doverosa ed evento è un elemento imprescindibile affinché possa parlarsi di omissione penalmente rilevante. Ma come dev'essere precisato questo nesso? O meglio, qual è il grado di efficacia neutralizzante che la condotta doverosa deve avere affinché il nesso sussista?

E' evidente che la fissazione della soglia rilevante è un problema interpretativo e, più precisamente, corrisponde all'operazione di 'individuazione del concetto', ovvero del caso paradigmatico associato all'obbligo giuridico¹⁴. Infatti, parallelamente a quanto si è detto in tema di colpa, il grado di efficacia neutralizzante è una proprietà tipica del caso stesso. In linea di principio il campo è dunque libero all'accoglimento di qualsiasi soglia, anche diversificata da caso a caso, a patto che la scelta di agire in base ad essa appaia la più ragionevole¹⁵. E' evidente che nell'individuare tale soglia, specificando così la struttura di causalità omissiva e omissione già tracciata dalla legge e dalla dottrina, importanza fondamentale deve avere la considerazione della funzione che questi istituti sono chiamati a ricoprire nel sistema penale. Si può persino affermare che l'operazione interpretativa qui studiata costituisce proprio lo strumento principale per veicolare questa funzione. In altre parole, se la causalità omissiva dev'essere un equivalente di quella attiva, è necessario che la soglia prescelta rifletta questo ruolo.

Apprendo una breve parentesi si ricorda, a scanso di equivoci, che una volta fissata la soglia per via interpretativa, accertare che la stessa sia stata soddisfatta nel caso concreto costituisce un problema di ricostruzione del fatto, da risolversi, come ovvio, in base allo standard 'al di là di ogni ragionevole dubbio'.

Tra le ragioni che militano a favore della definizione del nesso in termini di *condizione necessaria*, così come vorrebbe l'odierna dottrina dominante, vi è senz'altro la già ricordata parificazione a livello sanzionatorio tra reati commissivi e reati omissivi, evocata dall'*equivalenza* istituita dall'art. 40 cpv.: se la causalità omissiva deve fare da *pendant* di quella attiva sembra corretto ritenere che anch'essa debba essere definita in base alla *condicio*. Eppure l'irragionevolezza di questa soluzione è resa evidente dai problemi di ricostruzione già evidenziati: a rigore,

¹⁴ Si ricordi la teorizzazione proposta *supra* capitolo terzo, par. 2.1.

¹⁵ Si ricordi quanto affermato *supra* capitolo terzo, par. 2.3.

infatti, l'applicazione rigida della *condicio* dovrebbe portare i reati omissivi impropri ad un'abrogazione per impraticabilità dei relativi accertamenti. L'impressione suscitata da questo conflitto di ragioni è che il legislatore sia posto di fronte ad un netto *aut-aut*: o viene distinta la pena dei reati omissivi da quella dei reati commissivi, rendendo così ragionevole una definizione del nesso omissivo svincolata dalla *condicio*, oppure qualsiasi definizione dello stesso resterà, per l'una o per l'altra ragione, irragionevole.

Va inoltre chiarito che altrettanto irragionevole potrebbe essere anche la proposta, sopra menzionata, di sovrapporre la soglia del nesso studiato alla soglia del c. d. 'nesso tra colpa ed evento'¹⁶. Infatti la fissazione in via interpretativa della soglia rilevante sembrerebbe dover seguire *rationes* diverse nei due casi (va ricordato che si tratta pur sempre di nessi tra i medesimi accadimenti). Nel caso della colpa, come si è detto¹⁷, la soglia deve variare in funzione del bene da tutelare: più importante è quest'ultimo, più bassa è la soglia richiesta. Nel caso dell'omissione sembra che le cose debbano stare diversamente. Se si intende preservare l'idea di *equivalenza* tra non-impedire e cagionare, nonché controbilanciare l'assenza di causalità attiva in modo da poter giustificare una pena vicina (ma non uguale!) a quella del reato commissivo d'evento, non è ragionevole ipotizzare che la soglia vari a seconda del bene tutelato. Come potrebbe conciliarsi tale variabilità con la graniticità della *condicio* nei reati commissivi? Si dovrebbe invece individuare una definizione del nesso che sia il più vicino possibile alla *condizione necessaria*, ma sufficientemente distante da questa da permettere un effettivo accertamento nel processo e, dunque, da scongiurare giudizi arbitrari. Così è da aspettarsi che la soglia del nesso costitutivo dell'omissione sia il più delle volte fissata ad uno standard più elevato di quello rappresentato dalla soglia del nesso costitutivo della colpa: in tal caso sarà quest'ultima ad essere assorbita nell'omissione e non viceversa.

¹⁶ Operazione che Francesco Viganò sembra suggerire.

¹⁷ Cfr. *supra* capitolo terzo, par. 3.2.

3. *L'impossibile giudizio di pericolosità sociale*

L'art. 203, comma 1, c. p. definisce socialmente pericolosa una persona “quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”. Già si è detto¹⁸ che la locuzione ‘quando è probabile’ dev’essere integrata con lo standard ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ in virtù della necessità di proteggere la dignità dell'imputato. Nel capitolo precedente è stata lasciata in sospeso una domanda di notevole rilievo¹⁹: è possibile che la prognosi di pericolosità sociale soddisfi lo standard menzionato? Come si chiarirà la risposta non può che essere negativa.

Il giudizio di pericolosità sociale è prognostico e ‘orientato al futuro’. Esso si distingue dunque dalle c.d. ‘prognosi postume’, quali sono la valutazione di idoneità degli atti del tentativo o le valutazioni di sussistenza dei nessi costitutivi della colpa e dell'omissione. La prognosi di pericolosità sociale differisce da queste perché interviene prima dei fatti che ne sono oggetto e, inoltre, si distingue dalle ultime due perché non ha natura contro-fattuale: in altri termini essa non giudica ipotetici sviluppi alternativi di accadimenti già verificatisi, ma mira a predire accadimenti futuri, di un mondo soltanto in potenza. Si badi, peraltro, che la prognosi postuma richiesta per la sussistenza del tentativo, pur essendo a base parziale (e dunque avendo un fondamento informativo di ampiezza simile alla prognosi di pericolosità) ha ad oggetto la sola idoneità degli atti, ovvero una probabilità scarsamente qualificata di realizzazione dell'evento, e non l'evento stesso: essa non presenta pertanto problemi paragonabili a quelli posti dalla prognosi di pericolosità. Parimenti, come chiarito nel precedente paragrafo, le stesse prognosi postume relative ai nessi costitutivi di colpa e omissione hanno (o dovrebbero avere) ad oggetto una mera probabilità di accadimento (i. e. di non verifica dell'evento dannoso) indicata dalla soglia rilevante. Per di più tali ultime prognosi, avendo una base totale, possono fondarsi su informazioni fornite dall'effettivo svolgimento dei fatti, non disponibili nel caso del giudizio di pericolosità. Si può dunque concludere

¹⁸ Si veda *supra* capitolo secondo, par. 3.3.

¹⁹ Si veda *supra* capitolo quarto, par. 3.

che a maggior ragione quest'ultimo ha natura più insidiosa anche delle prognosi relative alla colpa e all'omissione²⁰.

In dottrina si è rilevato che i giudizi prognostici orientati al futuro fuoriescono dal “paradigma cognitivo”²¹ poiché non accertano enunciati fattuali relativi ad accadimenti del passato²². Invero si tratta di giudizi fondanti “provvedimenti che hanno funzioni non ‘di giustizia’, ma di sicurezza: non di sanzione conseguente ad una responsabilità personale, ma di prevenzione di un supposto pericolo proveniente dalla persona”²³. La medesima dottrina sostiene che, nonostante la prognosi si basi su elementi di fatto, la razionalità e la controllabilità della stessa sono messe a rischio “dalla struttura probabilistica del giudizio prognostico, dall'incertezza scientifica dei criteri di giudizio e dalla genericità dei criteri normativi d'individuazione delle basi del giudizio”²⁴. Si ritiene modestamente che tali affermazioni non siano del tutto precise.

In primo luogo, ma si tratta di *pro memoria* che ormai dovrebbe essere superfluo, bisogna ricordare che non può essere il carattere probabilistico a minare la razionalità o controllabilità della prognosi, atteso che ogni inferenza è necessariamente probabilistica. In secondo luogo va sottolineato che non è l'orientamento al futuro in sé e per sé a precludere la possibilità di ottenere una prova ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’. Vi sono infatti prognosi *ex ante* che possono senz'altro rispettare tale standard. Si pensi alla previsione dell'ebollizione dell'acqua contenuta in un pentolino posto sul fornello di una cucina ben funzionante e sufficientemente provvista di gas. Oppure si pensi alla previsione della morte di un uomo conseguente alla sua decapitazione. E, peraltro, non sarebbe abbastanza preciso neanche affermare che l'attendibilità della prognosi è ostacolata dal fatto che il suo oggetto è un

²⁰ In questo senso anche M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 207.

²¹ Così D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2009, p. 560.

²² A chi scrive pare opportuno precisare che anche una prognosi postuma a base parziale (che dunque prenda in considerazione solo le informazioni conosciute e conoscibili in un dato momento da parte di un dato osservatore) fuoriesce dal paradigma cognitivo perché in definitiva ha la medesima natura di una prognosi orientata al futuro, non potendo basarsi sugli accadimenti effettivi non conoscibili nel momento rilevante per la valutazione. Però, come già si è detto nella nota n. 16, la prognosi postuma relativa agli atti del tentativo è pur sempre praticabile in virtù del fatto che il *thema probandum* non è un accadimento, ma soltanto la probabilità (quale?) dello stesso.

²³ *Ibidem*. Per un approccio critico ad un diritto penale orientato alla prevenzione si veda G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé, 2010, n.1, p. 69 ss.

²⁴ PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, op. cit., p. 561.

comportamento umano, in quanto tale imponderabile. Infatti non è escluso che la criminologia e la psichiatria possano produrre prognosi sufficientemente attendibili relative a comportamenti umani. Il fulcro del problema sta però nel fatto che tali prognosi attendibili potrebbero soltanto avere la forma di generalizzazioni, ovvero essere predizioni statistiche relative ad una popolazione, non ad un individuo²⁵. Ecco dunque precisato l'ostacolo insuperabile posto dalla prognosi di pericolosità: si tratta dell'impossibilità di individualizzare le generalizzazioni attendibili eventualmente fornite dalle scienze sociali.

Il comportamento umano, se appare ponderabile a livello di grandi numeri, cessa senz'altro di esserlo a livello individuale cosicché non è mai possibile stabilire un'analogia tra il singolo e il prototipo della classe di riferimento che sia tale da fugare ogni ragionevole dubbio sull'eventualità che il primo adotti un comportamento diverso da quello indicato dalla generalizzazione rilevante. In altri termini non è mai dato di individuare in modo adeguato le proprietà del caso singolo che siano rilevanti al fine di pronosticare 'al di là di ogni ragionevole dubbio' l'adozione del comportamento in esame²⁶, anche perché talune di queste proprietà potrebbero venire ad esistere successivamente rispetto al momento della prognosi (ad aggravare le difficoltà si consideri peraltro che l'art. 203, comma 1, c. p. 'indica' come arco temporale di riferimento l'intera vita dell'individuo).

In definitiva sembra di potersi affermare che la causa ultima dell'imponderabilità della condotta individuale futura siano la capacità di autodeterminarsi del singolo o, ancor meglio, la complessità e l'unicità del funzionamento della mente umana: queste, se da un lato rendono inintelligibili le proprietà rilevanti presenti al momento della prognosi, dall'altro rendono imprevedibile il sopravvenire di ulteriori proprietà rilevanti²⁷. Si tratta, peraltro, di fattori la cui importanza viene evidentemente ad

²⁵ Sul punto cfr. A. MANACORDA, *Imputabilità e pericolosità sociale*, in *Criminologia*, n. 13-16, 1986, p. 67. Sul punto si legga questo interessante passo tratto da Conan Doyle: "...while the individual man is an insoluble puzzle, in the aggregate he becomes a mathematical certainty. You can, for example, never foretell what any one man will do, but you can say with precision what an average number will be up to. Individuals vary, but percentages remain constant". A. CONAN DOYLE, *Sherlock Holmes. The Complete Novels and Stories*, Bantam Classics, New York, 2003, p. 202.

²⁶ Non manca chi, in relazione alla prognosi di un evento comportamentale, afferma che "la entità e la complessità dei possibili fattori causali in giuoco è (...) tale da rendere un tale evento fortemente analogo ad un evento casuale". Così MANACORDA, *Imputabilità e pericolosità sociale*, op. cit., p. 67.

²⁷ Come ricorda Hempel ogni predizione si basa necessariamente su assunzioni relative allo stato delle cose nel tempo che intercorre tra il momento della prognosi e il momento dell'evento pronosticato. Si ritiene che i fattori appena menzionati nel testo rendano del tutto arbitrarie tali assunzioni. Si veda C.

attutirsi nel caso di previsioni statistiche che, pur sempre attendibili, sono necessariamente approssimate alla popolazione di riferimento.

La riflessione sui limiti della prognosi di pericolosità è stata particolarmente sviluppata sul fronte della c. d. ‘pericolosità sociale psichiatrica’. In tale ambito non solo ha gradualmente acquisito credito l’opinione secondo cui gli psichiatri non sono in grado di formulare predizioni attendibili sul comportamento di un soggetto affetto da disagio mentale²⁸. Ma, inoltre, una volta riconosciuto che la psichiatria, pur non potendo prevedere comportamenti individuali, può svolgere previsioni piuttosto attendibili sull’evoluzione di una sindrome²⁹, è stata da più parti avanzata la proposta di abbandonare il concetto di ‘pericolosità sociale’ e di adottare in suo luogo il diverso concetto di ‘bisogno di cura’³⁰, la cui predizione avrebbe appunto una “ben più adeguata base empirica”³¹. Peraltro un cambiamento in tal senso (specialmente se parte di una riforma generale che limiti l’applicazione delle misure di sicurezza ai soli individui non imputabili) non potrebbe non comportare una modificazione della natura stessa delle misure previste per i non imputabili: l’esigenza di sicurezza avrebbe carattere recessivo, mentre un ruolo dominante sarebbe svolto dall’esigenza curativa. Si tratterebbe di un chiaro caso in cui l’impraticabilità processuale di un concetto conduce alla sua doverosa sostituzione, nonché all’inevitabile rivisitazione dell’istituto su di esso imperniato, ispirato da un’irragionevole fede (in tal caso d’origine positivista) nelle capacità cognitive dell’uomo.

G. HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation*, in HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays*, The Free Press, New York, 1965, pp. 366, 410.

²⁸ Sul punto si vedano G. PONTI, *Il dibattito sull’imputabilità*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994, p. 12 e U. FURNARI, S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in A. MANNA (a cura di), *Imputabilità e misure di sicurezza*, CEDAM, Padova, 2002, p. 56 ss.

²⁹ In questo senso MANACORDA, *Imputabilità e pericolosità sociale*, op. cit., p. 69 e T. BANDINI, M. LAGAZZI, *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà europea contemporanea: la “pericolosità” del sofferente psichico autore di reato*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994, p. 81.

³⁰ Si vedano A. MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 71 ss. e FURNARI, CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, op. cit., p. 57.

³¹ Così MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, op. cit., p. 75.

4. *Il principio di determinatezza epistemologica come norma di chiusura della teoria generale del reato*

Con la già ricordata sentenza n. 96 del 1981 la Corte Costituzionale, nel dichiarare illegittimo il reato di plagio, ha fissato alcuni fondamentali parametri di costituzionalità delle norme incriminatrici, così enucleabili:

1-la fattispecie penale deve avere connotati precisi affinché il giudice possa formulare un giudizio di corrispondenza tra questa e il fatto concreto, che sia “sorretto da fondamento controllabile”;

2-l'onere (o meglio l'obbligo) di precisione che grava sul legislatore viene soddisfatto “fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili”;

3-bisogna ritenere che se l'accertamento di cui al punto 2 difetta, “l'impiego di espressioni intelligibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie” in modo da assicurare la corrispondenza di cui al punto 1.

Come giustamente rilevato dalla dottrina³², nonostante la decisione non sia esplicita sul punto, sembra che la Corte abbia costruito il parametro della ‘verificabilità’ avendo riguardo sia alla dimensione ontologica che a quella epistemologica. In altre parole deve ritenersi legittima la norma che contiene concetti che abbiano un referente reale (verificabilità ontologica) tale per cui il rispettivo enunciato fattuale sia accertabile nel processo (verificabilità epistemologica)³³. Eppure la riflessione della Corte sembra essere viziata dalla tendenza a sovrapporre i due piani, ovvero a ritenere che, poiché l'esistenza di un *quid* dipende dalla possibilità di accertamento del rispettivo enunciato fattuale, allora la verificabilità ontologica sta e cade con la verificabilità epistemologica: più in particolare, data la prima non può non darsi la seconda. A parere di chi scrive, si tratta tuttavia di una convinzione errata.

Come si è visto nel paragrafo precedente, infatti, è ben possibile che vi siano concetti dotati di un referente reale il cui enunciato fattuale non possa però essere

³² D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in Riv. It. Dir e Proc. Pen., 2008, p. 1007.

³³ Riferimenti alla dimensione epistemologica si trovano al punto 14 della sentenza.

accertato nel processo. Ovviamente per ‘referente reale’ non bisogna intendere un accadimento attuale, altrimenti l’intero sistema penale sarebbe affetto da illegittimità, atteso che la stragrande maggioranza delle norme penali rinvia a fatti conclusi³⁴ e che, pertanto, il processo funziona come “macchina retrospettiva”³⁵. ‘Referente reale’, come suggerisce la Corte, è un *quid* “la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili”. Pertanto, per tornare a quanto studiato nel precedente paragrafo, la commissione di un crimine è concetto dotato di referente reale (ogni condanna giustificata ne accerta l’esistenza), eppure la pericolosità sociale individuale, che è costruita sullo stesso concetto, non è suscettibile di accertamento. Ciò è senz’altro dovuto sia al carattere prognostico della valutazione, sia all’oggetto della stessa, il comportamento umano del singolo.

La nozione di ‘verificabilità epistemologica’ dev’essere ulteriormente specificata: la legittimità della norma viene meno non solo quando l’enunciato fattuale ad essa corrispondente non è accertabile, ma anche quando, pur essendo lo stesso suscettibile di accertamento, esistono vincoli giuridici che ostacolano gravemente quest’ultimo. Molteplici sono (e possono essere) i vincoli di tal sorta³⁶. Si pensi ad esempio ai limiti posti dall’art. 194, comma 3, c. p. p. (divieto di deposizione sulle voci correnti nel pubblico) e all’art. 220, comma 2, c. p. p. (divieto di perizia sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche). E’ pur vero che il divieto di servirsi di uno specifico mezzo per provare un particolare enunciato non esclude la possibilità di ricorrere a mezzi alternativi (ad esempio a prove documentali nel primo caso e a testimonianze nel secondo caso, salvo il limite di cui all’art. 194, comma 1, c. p. p.), eppure, considerati quelli esclusi, sembra potersi concludere che si creerebbe una tensione assai critica laddove una fattispecie avesse un elemento costitutivo corrispondente a un *thema probandum* fra quelli oggetto dei divieti menzionati³⁷. La stessa normativa sulla prescrizione può essere intesa come rilevante vincolo

³⁴ Fanno eccezione, ad esempio, la norma di cui all’art. 203 c. p. e la norma di cui all’art. 583, comma 2, n. 1.

³⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, ottava edizione, p. 572.

³⁶ Si ritiene che fra di essi non rientri il principio di ‘ragionevole durata’ del processo (di cui all’art. 111, comma 2, Cost.), atteso che la ragionevolezza non può non essere parametrata sulla natura dell’accertamento.

³⁷ Si vedano sul punto le riflessioni svolte da Franco Cordero in F. CORDERO, *Il giudizio d’onore*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 76 ss. Per il vero l’Autore appare piuttosto fiducioso nelle capacità di accertamento alternative.

all'accertamento in sede processuale: sono infatti astrattamente ipotizzabili eventuali fattispecie contenenti elementi tali da non poter essere accertati se non eccedendo i limiti prescrizionali³⁸.

Al termine di queste considerazioni ben si comprende che la 'verificabilità ontologica' non implica necessariamente la possibilità di accertamento in sede processuale: non solo perché si danno casi in cui, pur in presenza di un referente reale, l'accertamento non è praticabile, ma anche perché la nozione di 'verificabilità epistemologica' dev'essere integrata con contenuti giuridici, peraltro sempre soggetti a possibili modifiche.

Con le riflessioni sin qui svolte in merito alla nozione di 'verificabilità' si è già adeguatamente individuato il contenuto di quella norma fondamentale che si intende chiamare 'principio di determinatezza epistemologica' e che si ritiene debba necessariamente interessare qualsiasi elemento della fattispecie penale olisticamente intesa³⁹ (tutto ciò che deve essere provato, deve essere 'determinato'). Si tratta di principio già parzialmente teorizzato dalla dottrina come *pendant* dell'obbligo di precisione e chiamato da taluni 'principio di determinatezza empirica'⁴⁰, da altri semplicemente 'principio di determinatezza'⁴¹. Il *nomen* qui proposto appare preferibile per via della più completa connotazione da esso offerta, la quale, peraltro, permette un agevole inserimento della norma al culmine delle riflessioni svolte nel presente lavoro.

Riguardo a tale principio meritano attenzione le seguenti parole di Giorgio Marinucci e di Emilio Dolcini: "con la formula 'principio di determinatezza –

³⁸ Senza ricorrere all'astrazione si considerino gli interessanti accenni di Federico Consulich alla tensione tra i problemi di accertamento del dolo specifico (oggettivamente interpretato) dei reati di paragone e i rispettivi termini prescrizionali. Si veda F. CONSULICH, *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di paragone, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., CEDAM, Padova, 2008, N. 1-2, p. 9 ss.

³⁹ Si ricordi quanto affermato *supra*, capitolo primo, par. 4.1 e capitolo secondo, par. 3.3.

⁴⁰ Giovanni Fiandaca distingue tra determinatezza nella dimensione "semantica" e determinatezza nella dimensione "empirica" (si veda FIANDACA, DI CHIARA, *Sistema penale*, op. cit., p. 74 ss.): la prima dimensione afferisce alla precisione del concetto normativo dal punto di vista semantico (alla luce di quanto teorizzato capitolo terzo, si direbbe che tale dimensione riguarda la 'ragionevole prevedibilità' dell'esito interpretativo e include anche l'aspetto valoriale), mentre la seconda dimensione afferisce alla capacità di provare l'enunciato corrispondente a quello dato dal concetto normativo (e dunque garantisce pur sempre la 'ragionevole prevedibilità' dell'applicazione della norma).

⁴¹ Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini, mantenendo rispettivamente i medesimi contenuti dei due principi indicati nella nota precedente, distinguono tra 'principio di precisione' e 'principio di determinatezza'. Si veda G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 38, 43.

epistemologica –’ esprimiamo l’esigenza, messa in luce già dagli Illuministi⁴² nell’ambito delle prime enunciazioni del principio di legalità (...), che le norme penali descrivano *fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo*. In effetti, per mettere il cittadino al riparo dagli arbitri del giudice, non basta che la norma abbia un contenuto intellegibile – in conformità al principio di precisione –, ma occorre altresì che essa *rispecchi una fenomenologia empirica verificabile nel corso del processo sulla base di massime d’esperienza o di leggi scientifiche*: solo a questa condizione il giudizio di conformità del caso concreto alla previsione astratta non sarà abbandonato all’arbitrio del singolo giudice⁴³.

Con il conforto di questa importante citazione i contenuti del principio di determinatezza epistemologica possono essere così enucleati: *il concetto relativo a ciascun elemento costitutivo della fattispecie deve avere un referente reale; l’enunciato fattuale corrispondente al referente reale deve essere suscettibile di accertamento nel processo, avuto riguardo non solo ai limiti epistemici, ma anche a quelli giuridici*.

Manca però ancora una fondamentale precisazione in risposta alla seguente inevitabile domanda: quando può affermarsi che un enunciato fattuale è suscettibile di accertamento *nel processo*? L’ovvia risposta è che ciò è possibile soltanto quando l’enunciato può essere provato nel processo secondo lo standard probatorio imposto dalla legge, la prova ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’. Si svela così la naturale dimensione sostanziale dello standard, chiamato a completare il principio di

⁴² Il riferimento è, in particolare, a P. J. A. von Feuerbach. Scrivono MARINUCCI e DOLCINI: “è Feuerbach (...) che conia la formula ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, individuando due ulteriori corollari della riserva di legge; il divieto di analogia (...) e il principio di determinatezza, in base al quale il legislatore può reprimere con la pena solo ciò che può essere provato nel processo” (MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, op. cit., p. 28). Feuerbach scriveva, infatti, che il legislatore “non può punire (...) nessun fatto che non è riconoscibile all’esterno e che non può essere compiutamente provato in concreto” (P. J. A. von FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, 1800, rist. 1966, p. 12 ss., citato in MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 20).

⁴³ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, op. cit., p. 43 (corsivo aggiunto). Degli stessi autori suonano in perfetta sintonia le seguenti parole: “se la norma incriminatrice, pur essendo chiara, cioè intelligibile nel suo contenuto, descrive però situazioni non corrispondenti alla realtà e quindi non accertabili nel corso del processo, il giudizio di conformità del caso concreto alla previsione astratta comporterà da parte del giudice scelte inevitabilmente arbitrarie” (G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 164). Del medesimo tenore sono le riflessioni di Giovanni Fiandaca: “il futuro legislatore penale dovrebbe aver chiaro che l’effettivo rispetto dei principi di materialità e tassatività presuppone questa irrinunciabile condizione: che il ‘fatto tipico’ ritagli condotte criminose ben profilate nella realtà sociale, come tali suscettive anche di agevole accertamento empirico in sede processuale, con conseguente maggiore garanzia degli stessi diritti di difesa” (G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, voce in *Digesto delle discipline penali*, UTET, Torino, 1991, Vol. V, p. 160).

determinatezza epistemologica, imprescindibile condizione di legittimità della norma penale. E' proprio il ruolo integrativo e specificativo svolto dalla regola di giudizio nei confronti del principio sostanziale studiato a fare dell' 'al di là di ogni ragionevole dubbio' "una piattaforma di costruzione di programmi d'azione"⁴⁴, ovvero di concetti dotati di una solida fruibilità processuale⁴⁵.

Il principio di determinatezza epistemologica opera non solo in sede di genesi della disposizione penale, ma anche in sede di sua interpretazione. Incaricati dell'applicazione dello stesso sono dunque sia il legislatore⁴⁶ che l'interprete⁴⁷. In

⁴⁴ L'efficace espressione è formulata in C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi d'azione"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, p. 1153. Dello stesso autore si veda anche *Qualche osservazione sui concetti penalistici tra legittimità sostanziale e fruibilità processuale*, in C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, p. 295 ss.

⁴⁵ Un concetto la cui natura di 'programma d'azione' è ampiamente dubbia è quello di 'imputabilità', espresso dall'art. 85, comma 2, c. p. Si tratta senz'altro di concetto che difetta di precisione in quanto evoca irrimediabilmente l'insolubile problema della libertà metafisica (sul punto cfr. F. SANTONI DE SIO, *Imputabilità: libero arbitrio o incapacità?*, in *Cass. Pen.*, Giuffrè, Milano, n. 5, 2007, in particolare p. 2240 ss.). Anche in conseguenza della sua imprecisione è assai incerta la possibilità di individuarne un referente reale. Questa patologia riguarda senz'altro anche il più preciso concetto di incapacità di intendere e di volere dovuta a vizio di mente, recentemente rielaborato dalla sentenza Raso delle Sezioni Unite (25 gennaio 2005, n. 9163). Tale decisione, pur avendo ad oggetto il problema particolare della rilevanza dei disturbi della personalità, promuove un concetto generale di non-imputabilità per infermità mentale che consiste in: presenza di una infermità intesa secondo la concezione integrata del vizio mentale; presenza di un nesso causale tra l'infermità e la commissione del reato (per un approfondimento cfr. F. MARZANO, *Imputabilità e disturbi della personalità*, relazione svolta nell'incontro di studi organizzato dal C. S. M. sul tema "L'evoluzione della scienza psicologica e psichiatrica e l'accertamento giudiziario", tenutosi a Roma nei giorni 16-18 giugno 2008). Sul punto devono riconoscersi: da un lato l'assoluta scivolosità del concetto di infermità mentale (di concetto "aleatorio ed indefinibile" parla PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, op. cit., p. 5); dall'altro le serissime difficoltà di riscontrare un rapporto di causalità tra un vizio e la commissione del reato (la psichiatria rifiuta l'idea di una causalità lineare affermando che semmai può parlarsi di un rapporto di causalità c. d. 'circolare', senz'altro inidoneo a svolgere un'adeguata funzione tipizzante. Cfr. MANACORDA, *Imputabilità e pericolosità sociale*, op. cit., p. 55. Si veda anche A. KENNY, *L'esperto in tribunale*, in S. DE SIO (a cura di) *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 246); infine le diffuse ammissioni di incompetenza da parte degli esperti a svolgere le valutazioni richieste, dovute non solo alle difficoltà summenzionate, ma anche alle differenze contenutistiche tra i quesiti posti dal giudice in tema di imputabilità e l'ordinaria attività professionale orientata alla terapia (cfr. A. VERDE, *Perizia psichiatrica e diagnosi psichiatrica: problemi e difficoltà*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994, p. 134 ss. Peraltro si rileva che proprio la dichiarazione di non imputabilità contrasta con le finalità terapeutiche, che sono il normale scopo dell'attività dell'esperto, perché produce una nociva deresponsabilizzazione dell'infermo. Sul punto cfr. MANACORDA, *Imputabilità e pericolosità sociale*, op. cit., p. 63). Sembra dunque doversi concludere che, sebbene il requisito dell'imputabilità risponda innegabilmente ad un ideale di giustizia e di garanzia, contribuendo ad assicurare la personalità della responsabilità penale, la sua impraticabilità non solo lo svuota, ma lo rende strumento di pericolosi arbitri.

⁴⁶ Non mancano senz'altro casi in cui i problemi di accertamento hanno svolto un ruolo fondamentale nella genesi di una disposizione penale. Si pensi all'art 600 *quater* 1 c. p. che punisce la "pornografia virtuale" ovvero la detenzione di immagini pornografiche virtuali, in quanto "realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali". Vista l'impossibilità di provare

particolare si può affermare che il principio studiato svolga nei confronti dei soggetti indicati il medesimo ruolo che l'obbligo di motivazione svolge nei confronti del *fact finder*. Quanto a quest'ultimo vale la seguente riflessione: "i limiti del potere di giudicare sono fissati dai limiti del potere di motivare. Si deve motivare tutto ciò che si decide e si può decidere solo ciò che si può motivare. In questo senso la motivazione, oltre che una 'garanzia epistemologica' (una garanzia per il giudice) è anche una 'garanzia processuale' (una garanzia nei confronti del giudice)"⁴⁸. Parallelemente i limiti del potere di individuare un concetto penalmente rilevante

l'effettivo uso di minori nelle attività di creazione del materiale pornografico, si è deciso di punire financo la detenzione di immagini virtuali. Il principio di determinatezza epistemologica è qui assai valorizzato, venendo configurata una condotta facilissima da provare. Il problema è che ciò avviene a discapito del principio di necessaria lesività, producendo un risultato di dubbia legittimità costituzionale. Sul punto non può non rilevarsi che la determinatezza epistemologica, come tutti i principi cardine del diritto penale sostanziale, non può essere oggetto di *trade-off*: in altri termini essa non può sopperire a carenze relative ad altri principi, né la sua carenza può essere da questi compensata. La legittimità costituzionale di una norma penale presuppone infatti il rispetto incondizionato di tutti i principi del sistema, viste le diverse e fondamentali funzioni da essi svolte. In merito cfr. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come 'programmi d'azione'*, op. cit., p. 1152. Come esempio di attenzione del legislatore per i problemi di prova si consideri anche l'evoluzione del reato di riciclaggio di cui all'art. 648-bis. Se nella previgente formulazione erano enumerati i reati presupposto ed era facile per i riciclatori "sottrarsi alla grave pena del riciclaggio, stante la difficile prova – al di fuori dei casi di una loro contiguità con l'attività criminosa degli autori dei delitti in questione (...) – della (...) consapevolezza specifica" dei reati presupposto, con la l. 328/1993 la fattispecie viene modificata eliminando il riferimento a questi ultimi e le connesse difficoltà probatorie. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 263, 264.

⁴⁷ Non mancano senz'altro casi in cui i problemi di accertamento hanno svolto un ruolo importante nell'individuazione del concetto penalmente rilevante da parte dell'interprete. Fra questi si può citare la scelta di interpretazione in chiave oggettivistica della locuzione 'atti sessuali' di cui all'art. 609 bis c. p. (intesi pertanto come atti di contatto fisico con una zona erogena). Un'interpretazione schiacciata sull'intenzione dell'autore o sulla percezione della vittima avrebbe infatti sollevato (oltre a perplessità sul fronte della meritevolezza di pena e della colpevolezza) considerevoli problemi di ricostruzione fattuale. Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2005, pp. 338, 339. Si pensi anche al reato di corruzione di minorenni (art. 609-quinquies c. p.). Qui il problema probatorio ha imposto un'interpretazione particolare del concetto di 'presenza'. Senz'altro deve trattarsi di presenza fisica. Ma per quanto attiene al piano psichico non è necessaria una percezione cosciente, di difficilissima prova, bensì solo una percettibilità psichica, intesa come possibilità per il minore di subire a livello conscio o inconscio effetti negativi nel normale processo di maturazione sessuale (fatto pressoché *in re ipsa*). Fra più possibili interpretazioni si preferisce dunque quella più rispettosa delle esigenze di accertamento. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, op. cit., p. 385. Si badi sempre che una tale operazione deve avvenire nel rispetto degli altri principi di diritto sostanziale (sul punto si veda la nota precedente). L'interpretazione del diritto sostanziale 'in funzione probatoria' può senz'altro avere un carattere patologico nel momento in cui porta a facilitare un accertamento che sarebbe comunque praticabile altrimenti. Sul punto si vedano le brevi riflessioni svolte in G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2002. Laddove l'accertamento non fosse altrimenti praticabile potrebbero comunque porsi problemi di legittimità della norma risultante dall'interpretazione 'in funzione probatoria' sotto il profilo della sua rispondenza agli altri principi fondamentali del diritto penale (in particolare a quello di necessaria lesività).

⁴⁸ F. M. IACOVIELLO, Motivazione della sentenza penale (controllo della), voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 2000, aggiornamento, vol. IV, p. 761.

sono fissati dai limiti del potere di accertare il suo enunciato fattuale nel processo: in tal senso, dunque, il principio di determinatezza epistemologica è una garanzia di tipo sostanziale.

I rapporti tra i due principi (obblighi) menzionati non si esauriscono però nel loro svolgere un'analoga funzione limitativa nei diversi contesti del diritto sostanziale e dell'accertamento. A ben vedere tra di essi si instaura una relazione continua e profonda che supera la dicotomia sostanziale/processuale. In definitiva, infatti, è evidente che i limiti del potere (giuridico) di incriminare sono dettati dai limiti del potere (di fatto) di motivare.: si può incriminare solo ciò che si può accertare e si può accertare solo ciò che si può motivare. La motivazione rappresenta così il momento di riscontro del rispetto del principio di determinatezza epistemologica in quanto costituisce lo specchio della realtà fattuale filtrata attraverso le maglie giuridiche che condizionano l'accertamento processuale. In ragione di ciò non soltanto essa svolge un controllo *ex post* sulle scelte di incriminazione, ma rappresenta anche una fondamentale base per l'individuazione di vincoli di determinatezza da porre alla formulazione di nuove fattispecie. Infatti la motivazione costituisce un serbatoio di conoscenza del reale con il quale il legislatore e l'interprete sono chiamati a fare i conti: non solo il principio di determinatezza epistemologica impone a questi una particolare attenzione alle conoscenze scientifiche e alle possibilità di ricostruzione fattuale da esse offerte, ma richiede anche che essi siano recettori del senso comune e attenti lettori di sentenze, che di quest'ultimo in particolare sono importanti depositi⁴⁹.

In conclusione il principio di determinatezza epistemologica svolge il ruolo di norma di chiusura della teoria generale del reato. Mostrando che le garanzie del diritto penale sono inadeguate se costruite ignorando la realtà del processo, il principio studiato realizza un fondamentale ponte tra il piano sostanziale e quello processuale, tra la 'certezza del diritto' e la 'certezza dell'accertamento'. In tal modo esso conferisce coerenza e unitarietà all'intero sistema ordinandone le garanzie in

⁴⁹ Si comprende come in quest'ottica acquisti grande importanza il richiamo fatto da Francesco Palazzo alla necessità di valorizzare le note a sentenza (cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in Quaderni Fiorentini, Giuffrè, Milano, 2007, n. 36, tomo II, p. 1328), fondamentale contributo dottrinale allo sviluppo di una riflessione puntuale sul principio studiato e sulle capacità dell'epistemologia giudiziaria.

“uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare (...) il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio”⁵⁰.

⁵⁰ Queste parole sono mutate da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 9ª edizione, 2008, p. 6.

BIBLIOGRAFIA

- AGAZZI E., *Normatività logica e ragionamento di senso comune*, in F. CASTELLANI, L. MONTECUCCO (a cura di), *Normatività logica e ragionamento di senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1998;
- ALEXY R., *The Reasonableness of Law*, in G. BONGIOVANNI et al. (a cura di), *Reasonableness and Law*, Srpinger, Dordrecht, 2009;
- ALLEN R. J., *A Reconceptualization of Civil Trials*, 66 B. U. L. Rev. 401, 1986;
- ALLEN R. J., *Clarifying the Burden of Persuasion and Bayesian Decision Rules: a Response to Professor Kaye*, 4 Int'l J. Evidence & Proof 246, 2000;
- ALLEN R. J., DEGRAZIA L. A., *The Constitutional Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt in Criminal Cases: a Comment upon Incipient Chaos in the Lower Courts*, 20 American Criminal Law Review 1, 1982;
- ALLEN R. J., M. S. PARDO, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, 36 Journal of Legal Studies 107, 2007;
- ALLEN R. J., *More on Constitutional Process-of-Proof in Criminal Cases*, 94 Harvard Law Review 1795, 1980-1981;
- ALLEN R. J., *Mullaney v. Wilbur, the Supreme Court, and the Substantive Criminal Law. An Examination of the Limits of Legitimate Intervention*, 55 Texas Law Review 269, 1976-1977;
- ALLEN R. J., *On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals; a Clarification of the "Naked Statistical Evidence" Debate, the Meaning of "Evidence", and the Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt*, 65 Tul. L. Rev. 1093, 1990-1991;

BIBLIOGRAFIA

- ALLEN R. J., PARDO M. S., *Probability, Explanation and Inference; a Reply*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 307, 2007;
- ALLEN R. J., *Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions- An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform*, 76 *Northwestern University Law Review* 892, 1981-1982;
- ALLEN R. J., *Rationality, Algorithms and Juridical Proof: a Preliminary Inquiry*, 1 *Int'l J. Evidence & Proof* 254, 1996-1997;
- ALLEN R. J., *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: a Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, 94 *Harvard Law Review* No.2, 321, 1980;
- ALLEN R. J., *The Nature of Juridical Proof*, 13 *Cardozo L. Rev.* 373, 1991-1992;
- ALLEN R. J., *The Restoration of In Re Winship: a Comment on Burdens of Persuasion in Criminal cases after Patterson v. New York*, 76 *Michigan Law Review* 30, 1977-1978;
- ALSCHULER A. W., *The Changing Plea Bargaining Debate*, 69 *Cal. L. Rev.* 652, 1981;
- ALSCHULER A. W., *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 *Yale L. J.* 1179, 1975-1975;
- AMATO G., *'Cronica intossicazione' e imputabilità del tossicodipendente*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1913 ss.
- ANGEL M., *Substantive Due Process and the Criminal Law*, 9 *Loyola University Law Journal* 62, 1977-1978;
- ANGIER N., *A Molecule of Motivation, Dopamine Excels at Its Task*, *The New York Times*, October 27, 2009;
- ARIAS-CARRIÓN Ó., PÖPPEL E., *Dopamine, Learning and Reward-Seeking Behavior*, 67 *Acta Neurobiologiae Experimentalis* 481, 2007;

BIBLIOGRAFIA

- BALL V. C., *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, 14 Vand. L. Rev. 807, 1960-1961;
- BANDINI T., LAGAZZI M., *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà europea contemporanea: la "pericolosità" del sofferente psichico autore di reato*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994;
- BARTELS R. D., *Punishment and the Burden of Proof in Criminal Cases: A Modest Proposal*, 66 Iowa L. Rev. 899, 1980-1981;
- BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Giuffrè, Milano, 2010, (in corso di pubblicazione);
- BENZI M., *Probabilità, senso comune, razionalità*, in F. CASTELLANI, L. MONTECUCCO (a cura di), *Normatività logica e ragionamento di senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1998;
- BERMAN D. A., *Perspectives and Principles for the Post-Booker World. Esitor's Observations*, 17 Fed. Sent. R. 231, 2004-2005;
- BERTOL E., LODI F., MARI F., MAROZZI E., *Trattato di tossicologia forense*, CEDAM, Padova, 2000;
- BERTOLINI G. B., *Brevi note critiche a proposito di guida in stato d'ebbrezza*, in *Giur. Mer.*, 1996, vol. II, p. 974 ss.;
- BETTIOL G., *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, in *Rivista Italiana di diritto penale*, 1937, p. 241 ss.;
- BIBAS S., *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure; the Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, 88 Cornell L. Rev. 1361, 2002-2003;
- BIBAS S., *The Blakely Earthquake Exposes the Procedure/Substance Fault Line*, 17 Fed. Sent. R. 258, 2004-2005;

BIBLIOGRAFIA

- BIERSCHBACH R. A., STEIN A., *Mediating Rules in Criminal Law*, 93 Virginia Law Review 101, 2007;
- BLAIOTTA R., *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in Cass. Pen., 2010, n. 3, 1265 ss.;
- BONNIE R. J., COUGHLIN A. M., JEFFRIES JR J. C., LOW P. W., *Criminal law*, second edition, Foundation Press, New York, 2004
- BRICKEY K. F., *The Commerce Clause and Federalized Crime: a Tale of Two Thieves*, 543 The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences 27, 1996;
- BRICOLA F., *Dolus in Re Ipsa*, Giuffrè, Milano, 1960;
- BROUN K. S., IMWINKELRIED E. J., MOSTELLER R. P., DIX G. E., KAYE D. H., *McCormick On Evidence*, Thomson-West, St. Paul Minnesota, 2006, 6th Ed;
- BRUCK M., CECI S. J., *Amicus Brief for the Case of State of New Jersey v. Michaels Presented by Committee of Concerned Social Scientists*, 1 Psychology, Public Policy and Law 272, 1995;
- BUTTARELLI G., *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato d'ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in Cass. Pen., 1990, p. 2231 ss.;
- CANESTRINI N., GUARINI G., *Punibilità del reato di guida in stato d'ebbrezza c. d. sintomatico dopo la l. n. 169/2007*, disponibile all'indirizzo web <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=510> (ultima visita il giorno 15 giugno 2010);
- CANZIO G., *L'”oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in Riv. Ital. Dir e Proc. Penale, 2004, p. 303;
- CANZIO G., *Nota introduttiva*, in Criminalia, 2010, p. 304;
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in Dir. pen. e proc., 2003, p. 1193 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CANZIO G., *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, 2005, n. 8;
- CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, 2009, p. 51 ss.;
- CAPRIOLI F., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in Cass. Pen., Giuffrè, Milano, n. 9, 2008;
- CAPRIOLI F., *Sentenza di condanna*, voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 2008;
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009;
- CARCANO D., *Brevi note sulle regole decisorie che governano il processo penale*, in Cass. Pen., 2004, Vol. XLIV, p. 849 ss.;
- CARLIZZI G., *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in Cass. Pen., 2006, III, p. 1184 ss.;
- CARNAP R., *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*, The University of Chicago Press, Chicago, 1947;
- CARNELUTTI F., *Discorsi intorno al diritto*, CEDAM, Padova, 1961, Vol. III;
- CARTER JR. W. M., *"Trust Me, I'm a Judge": Why Binding Judicial Notice of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, 68 Missouri Law Review 649, 2003;
- CASTELLANI F., MONTECUCCO L., *Introduzione. Il ragionamento tra logica e senso comune*, in F. CASTELLANI, L. MONTECUCCO (a cura di), *Normatività logica e ragionamento di senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1998;
- CASTRONUOVO D., *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in Cass. Pen., 2002, p. 3836 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CENTONZE F., *La Corte d'Assise di fronte al "ragonevole dubbio"*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2003, p. 673 ss.
- CHENG E. K., *A Practical Solution to the Reference Class Problem*, 109 Columbia Law Review, 2009;
- CHRISTIE G. C., PYE K., *Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: Another View*, 1970 Duke L. J., 919, 1970;
- CLYMER S. D., *Unequal Justice: the Federalization of Criminal Law*, 70 S. Cal. L. Rev. 643, 1997;
- COHEN L. J., *A Comment on Wasserman's "The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability"*, 13 Cardozo Law Review 977, 1991-1992;
- COHEN L. J., *Freedom of Proof*, in W. TWINING (ed.) *Facts in Law*, Franz Steiner Verlag GMBH, Wiesbaden, 1983;
- COHEN L. J., *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del Bayesianismo*, P. TILLERS, E. D. GREENS (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003;
- COHEN L. J., *Letter to the Editor*, Criminal Law Review, 1980, p. 257;
- COHEN L. J., *The Logic of Proof*, Criminal Law Review, 1980, p. 91;
- COHEN L. J., *The Probable and the Provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977;
- COHEN L. J., *Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight*, 37 The British Journal for the Philosophy of Science 263, 1986;
- COLLICA M. T., *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, Giappichelli, Torino, 2007;
- COLYVAN M., REGAN H. M., FERSON S., *Is it a Crime to Belong to a Reference Class?*, 9 Journal of Political Philosophy 168 (2001);

BIBLIOGRAFIA

- COLYVAN M., REGAN H. M., *Legal Decisions and the Reference Class Problem*, 11 International Journal of Evidence and Proof 274, 2007;
- CONSULICH F., *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., CEDAM, Padova, 2008, N. 1-2;
- CORDERO F., *Il giudizio d'onore*, Giuffrè, Milano, 1959;
- CORDERO F., *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2006;
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963;
- D'ALESSANDRO F., *L'“oltre il ragionevole dubbio” nella revisione del processo*, Riv. Ital. Dir. e proc. Penale, 2004, p. 682;
- D'ALESSANDRO F., *L'“oltre ogni ragionevole dubbio” nella valutazione della prova indiziaria*, in Cass. Pen., Giuffrè, Milano, 2005, vol. XLV, p. 284;
- D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di cassazione sull' “oltre ragionevole dubbio”*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2002, p. 737;
- DAMASKA M., *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*, 123 U. Pa. L. Rev. 1083, 1974-1975;
- DELONG H., *A Profile of Mathematical Logic*, Dover Publications, New York, 1998;
- DERSHOWITZ A. M., *Reasonable Doubts*, Simon & Schuster, New York, 1996;
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006;
- DOLCINI E., *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2004, p. 440 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento*, voce in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2010;
- DRESSLER J., MICHAELS A. C., *Understanding Criminal Procedure*, Lexis Nexis, San Francisco, Vol. 2, 2006;
- DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1985;
- DWORKIN R., *Is Democracy Possible Here? Principles For a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006;
- EGGLESTON R., *Evidence, Proof and Probability*, Weidenfeld and Nicolson, Londra, 1983;
- ENGLISH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970;
- FASSONE E., *Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, in *La prova penale*, Atti del Corso di formazione ed aggiornamento professionale per i magistrati, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997, n.98;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 2008;
- FERRAJOLI L., *Giurisdizione e consenso*, in *Questione Giustizia*, 4, 2009, p. 9;
- FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007;
- FERRUA P., *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, CEDAM, Padova, 2007;

BIBLIOGRAFIA

- FETZER J. H., *Reichenbach, Reference Classes, and Single Case 'Probabilities'*, in W. C. SALMON (edited by) *Hans Reichenbach: Logical Empiricist*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1979;
- FIANDACA G., DI CHIARA G., *Sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003;
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Riv. It. dir. e proc. pen., 2001, p. 353 ss;
- FIANDACA G., *Fatto nel diritto penale*, voce in *Digesto delle discipline penali*, UTET, Torino, 1991, Vol. V;
- FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007;
- FIENBERG S. E., *Misunderstanding, Beyond a Reasonable Doubt*, 66 B. U. L. Rev. 651, 1986;
- FINKELSTEIN M. O., FAIRLEY W. B., *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, 83 Harv. L. Rev. 489, 1970;
- FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 1980;
- FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007;
- FLETCHER G. P., *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, Oxford University press, 1998;
- FLETCHER G. P., *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 Yale Law Journal, 880, 1968;

BIBLIOGRAFIA

- FORNARI U., CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in A. MANNA (a cura di), *Imputabilità e misure di sicurezza*, CEDAM, Padova, 2002, p. 51;
- FRANKLIN J., *Case Comment – United States v. Copeland*, 369 F. Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): *Quantification of the ‘Proof Beyond a Reasonable Doubt’ Standard*, 5 Law, Probability and Risk 159 (2006);
- FRANKLIN J., *Feature Selection Methods for Solving the Reference Class Problem: Comment on Edward K. Cheng “A Practical Solution to the Reference Class Problem”*, 110 Columbia Law Review Sidebar 12, 2010;
- FRANKLIN J., *The Representation of Context: Ideas From Artificial Intelligence*, 2 Law, Probability and Risk 191, 2003;
- FRANKLIN J., *The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2001;
- FREGE G., *Sense and Reference*, in 57 The Philosophical Review 209, 1948
- FROLDI R., *Lezioni di tossicologia forense*, Giappichelli, Torino, 2007;
- FROSINI B. V., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002;
- FROSINI V., *Senso comune e scienza giuridica*, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, Giuffrè, Milano, 1969, II;
- FUSELLI S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, Milano, 2008;
- GARBOLINO P., *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in Cass. Pen., vol. XLIX, n. 10, 2009, p. 4040;
- GIGERGENZER G., HERTWIG R., VAN DEN BROEK E., FASOLO B., KATSKOPOULOS K. V., *“A 30% Chance of Rain Tomorrow”: How Does the Public Understand Probabilistic Weather Forecasts?*, 25 Risk Analysis 623, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- GIUDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2010, n. 1, p. 69 ss.;
- GIULIANI A., *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano, 1971;
- GIULIANI A., *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *La prova penale*, Atti del Corso di formazione ed aggiornamento professionale per i magistrati, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997, n. 98;
- GIULIANI A., *Prova*, voce in Enc. dir., Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXVII;
- GIULIANI A., *Teoria dell'argomentazione*, voce in Enc. dir., Giuffrè, Milano, 1975, vol. XXV;
- GIUNCHIGLIA F., BOUQUET P., *Verso una scienza epistemologica del senso comune. Il progetto scientifico di John McCarthy*, in F. CASTELLANI, L. MONTECUCCO (a cura di), *Normatività logica e ragionamento di senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1998;
- GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149;
- GLABERSON W., *Racial Profiling May Get Wider Approval by Courts*, New York Times, September 21st 2001;
- GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio, Palermo, 2007;
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli Editore, Torino, 2000;
- GREEN R. M., *What Does it Mean to Use Someone "As a Means Only": Rereading Kant*, 11 Ken. Inst. Ethics J. 247, 2001;
- GUZMÀN DALBORA J. L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, Trento, 2009;
- HAJEK A., *The Reference Class Problem is your Problem too*, 156 Synthese 563, 2007;

BIBLIOGRAFIA

- HARMAN G. H., *The Inference to the Best Explanation*, 74 *Philosophical Review* 88, 1965;
- HARRIS L. J., *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, 77 *J. Crim. L. & Criminology* 308, 1986;
- HART H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1997;
- HASTIE R., PENNINGTON N., *Evidence Evaluation in Complex Decision Making*, 51 *J. Personality & Soc. Psychology* 242, 1986;
- HEMPEL C. G., *Aspects of Scientific Explanation*, in HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays*, The Free Press, New York, 1965;
- HEMPEL C. G., *Maximal Specificity and Lawlikeness in Probabilistic Explanation*, *Philosophy of Science* Vol. 35, No. 2, 1968, pp. 116-133;
- HENNING P. J., *Misguided Federalism*, 68 *Mo. L. Rev.* 389, 2003;
- HENNING P. J., *Statutory Interpretation and the Federalization of Criminal Law*, 86 *J. Crim. L. & Criminology* 1167, 1996;
- HOROWITZ I. A., KIRKPATRICK L. C., *A Concept in Search of a Definition: The Effects of Reasonable Doubt Instructions on Certainty of Guilt Standards and Jury Verdicts*, 20 *Journal of Law and Human Behavior* 655, 1996;
- HOROWITZ I. H., *Reasonable Doubt Instructions. Commonsense Justice and Standard of Proof*, 3 *Psychology, Public Policy, and Law*, 285, 1997;
- HUME D., *Opere*, Laterza, Bari, 1971;
- IACOVIELLO F. M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.* 1998, III, p. 3151;
- IACOVIELLO F. M., *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2006, IV, p. 3869 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 2000, aggiornamento, vol. IV;
- JACOBS J. B., POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, New York, 1998;
- JONES R. L., *New Jersey Prosecutors Cite Racial Profiling in Dismissal of 86 Cases*, New York Times, April 20th 2002;
- JOSEPHSON J. R., JOSEPHSON S. G., *Abductive Inference. Computation, Philosophy, Technology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996;
- JUDGE MAY, *Some Rules of Evidence. Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, 10 Am. L. Rev. 642, 1875;
- KADISH S. H., SCHULHOFER S. J., *Criminal Law and its Processes*, Aspen Publishers, New York, 2001;
- KALINOWSKY G., *Logica del diritto*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1975, vol. XXV;
- KANT I., *Fondazione della Metafisica dei Costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1992;
- KANT I., *Scritti Politici e di Filosofia della Storia e del Diritto*, UTET, Torino, 1965;
- KAPLAN J., *Decision Theory and Reasonable Doubt*, in *Communication Sciences and the Law: Reflections from the Jurimetrics Conference*, L. E. ALLEN, M. E. CALDWELL (edited by) Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, 1965;
- KAPLAN J., *Decision theory and the factfinding process*, 20 Stanford Law Review 1065, 1968;
- KAUFMANN A., *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, "Giustizia internazionale e interpretazione", CEDAM, Padova, 2006, vol. VI;

BIBLIOGRAFIA

- KAYE D. H., *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio per comprendere la prova oltre ogni ragionevole dubbio?*, in *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del Bayesianismo*, P. TILLERS, E. D. GREENS (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003;
- KAYE D. H., *Clarifying the Burden of Persuasion: What Bayesian Decision Rules Do and Do not Do*, 3 Int'l J. Evidence & Proof 1, 1999;
- KAYE D. H., *Introduzione. che cos'è il Bayesianesimo?*, in *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del Bayesianismo*, P. TILLERS, E. D. GREENS (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003;
- KAYE D. H., *Logical Relevance: Problems with the Reference Population and DNA Mixtures in People v. Pizarro*, 3 Law, Probability, and Risk 211, 2004;
- KAYE D. H., *Quantifying Probative Value*, 66 B. U. L. Rev. 761, 1986;
- KAYE D. H., *Statistical Significance and the Burden of Persuasion*, 46 Law & Contemp. Probs. 13, 1983;
- KAYE D. H., *The Laws of Probability and the Laws of the Land*, 47 U. Chi. L. Rev. 34 (1979);
- KENNY A., *L'esperto in tribunale*, in S. DE SIO (a cura di) *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008;
- KEYNES J. M., *A Treatise on Probability*, MacMillan, New York, 1921;
- KITAI R., *Protecting the Guilty*, 6 Buff. Crim. L. Rev. 1163, 2002-2003;
- LA FAVE W., *Substantive Criminal Law*, Thomson-West, 2003;
- LANGBEIN J. H., *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 Columbia Law Review 1168, 1996;
- LANGBEIN J. H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- LAUDAN L., *Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof*, 11 International Journal of Evidence and Proof 292, 2007;
- LAUDAN L., *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2006;
- LEHRER J., *How We Decide*, Houghton Mifflin Harcourt, New York, 2009;
- LEMONS M. H., *The Commerce Power and Criminal Punishment: Presumption of Constitutionality or Presumption of Innocence*, 84 Tex. L. Rev. 1023, 2006;
- LEMPERT R., *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, 66 B. U. L. Rev. 439, 1986;
- LEVI E. H., *An Introduction to Legal Reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949;
- LICHTBLAU E., *Threats and Responses: Law Enforcement; Bush Issues Racial Profiling Ban but Exempts Security Inquiries*, New York Times, 18 giugno 2003;
- LILLQUIST E., *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, 36 U. C. Davis L. Rev. 85, 2002-2003;
- LUNGHINI G., *Problemi probatori e diritto penale sostanziale, un'introduzione*, in C. E. PALIERO, E. DOLCINI (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006;
- LYNCH G. E., *The Sentencing Guidelines as a Not-so Model Penal Code*, 7 Fed. Sent. R. 112, 1994;
- MANACORDA A., *Imputabilità e pericolosità sociale*, in *Criminologia*, n. 13-16, 1986, p. 51 ss.;
- MANCINI G., MARZOCCHI S., PICINALI G., *Filosofia. Storia 1*, Bompiani, 1996, Milano;

BIBLIOGRAFIA

- MANNA A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, Torino, 1997;
- MANNUCCI M., *Il nuovo articolo 186 c. d. s.: norma con più reati alternativi o reato circostanziato?*, disponibile all'indirizzo web <http://www.altalex.com/index.php?idnot=38812> (ultima visita effettuata il giorno 15 giugno 2010);
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2005;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, CEDAM, Padova, 2002;
- MARCUS M., Blakely, Booker, *and the Future of Sentencing*, 17 Fed. Sent. R. 243, 2004-2005;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2004;
- MARINUCCI G., *Il diritto penale messo in discussione*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2002;
- MARSONET M., *Verità, scienza e diritto*, in *Conoscenza e verità*, M. C. AMORETTI, M. MARSONET (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007;
- MARZANO F., *Imputabilità e disturbi della personalità*, relazione svolta nell'incontro di studi organizzato dal C. S. M. sul tema "L'evoluzione della scienza psicologica e psichiatrica e l'accertamento giudiziario", tenutosi a Roma nei giorni 16-18 giugno 2008;
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, Milano, 2007;
- MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in Dir. Pen. e Proc., 2006, n. 4, p. 493 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MCCAULIFF C. M. A., *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 Vand. L. Rev. 1293, 1982;
- MCNAUGHTON T., *Burden of Production of Evidence: a Function of a Burden of Persuasion*, 68 Harvard Law Review 1328, 1954-1955;
- MILLER C., *Liability for Negligently Increased Risk: the Repercussions of Barker v. Corus UK (PLC)*, 8 Law, Probability, and Risk 39, 2009;
- MONTESQUIEU C. DE SECONDAT, *Esprit de lois*, Firmin Didot frères, fils et c., Parigi, 1860;
- MORANO A. A., *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 B. U. L. Rev. 507, 1975;
- MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence. Practice Under the Rules*, Aspen Law & Business, New York, 1999;
- MURPHY P., *Evidence, Proof, and Facts: A Book of Sources*, Oxford University Press, Oxford, 2003;
- NANCE D. A., *The Reference Class Problem and Mathematical Models of Inference*, 11 International Journal of Evidence and Proof 259, 2007;
- NESSON C. R., *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: the Value of Complexity*, 92 Harvard Law Review 1187, 1979;
- NESSON C., *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harvard Law Review 1357, 1985;
- NESSON, C. R., *Rationality, Presumptions, and Judicial Comment: a Response to Professor Allen*, 94 Harvard Law Review 1574, 1980;
- NEWMAN J. O., *Quantifying the Standard of Proof Beyond a Reasonable Doubt: a Comment on Three Comments*, 5 Law, Probability and Risk 267, 2006;
- NEWMANN J. O., *Beyond "Reasonable Doubt"*, 68 N. Y. U. L. Rev. 979, 1993;

BIBLIOGRAFIA

- NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 1995;
- NOBILI M., *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2003;
- NOTE, *After Sandstrom; the Constitutionality of Presumptions that Shift the Burden of Production*, 1981 Wis. L. Rev. 519, 1981;
- Note, *Reasonable Doubt: an Argument Against Definition*, 108 Harvard Law Review 1955, 1994-1995;
- ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007;
- ORSENIGO M., *Imputabilità; considerazioni di ordine clinico su un problema giuridico*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994;
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Giuffrè, Milano, 1995.
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in L'Indice Penale, 1999, p. 527 ss.;
- PAGANO F. M., *Giustizia criminale e libertà civile*, Editori Riuniti, Roma, 2000;
- PALAZZO F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in Cass. Pen., 2010, n. 3, p. 1229 ss.;
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1979;
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in Quaderni Fiorentini, Giuffrè, Milano, 2007, n.36, tomo II;

BIBLIOGRAFIA

- PALAZZO F., *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato, L'interpretazione e il giurista*, CEDAM, 2001-2002, VII-VIII;
- PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 515 ss.;
- PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, p. 849 ss.;
- PALIERO C. E., *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Il Sole 24-Ore, Guida al Diritto*, 11 marzo 2006, N.10, p. 73;
- PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p. 847 ss.;
- PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p. 821;
- PALIERO C. E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1018;
- PAPAGNO A., *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisore*, Giuffrè, Milano, 2009;
- PARDO M. S., *Reference Classes and Legal Evidence*, 11 *International Journal of Evidence and Proof* 255, 2007;
- PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica, Un approccio ermeneutico*, Giuffrè editore, Milano, 1996;
- PEDRAZZI C., *Il fine dell'azione delittuosa*, in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008;
- PENASA S., *La 'ragionevolezza scientifica' delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, n. 4, p. 817 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- PERELMAN C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Parigi, 1999;
- PETTOELLO MANTOVANI L., *Aspetti problematici della scienza penalistica*, Giuffrè, 1983;
- PICINALI F., *Diritto penale, patteggiamento e ragionevole dubbio*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 1457 ss.;
- PICINALI F., *Is Proof Beyond a Reasonable Doubt a Self-Evident Concept? Considering the U.S. and the Italian Legal Cultures Towards the Understanding of the Standard of Persuasion in Criminal Cases*, in *Global Jurist*, Vol. 9, Iss. 4 (Topics), Article 5 (2009);
- PICINALI F., *L'accertamento sintomatico nella nuova fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool alla prova del ragionevole dubbio*, in *Corriere del merito*, 5/2008, p. 601 ss.;
- PICINALI F., *Lo stato d'ebbrezza tra accertamento sintomatico e soglie di rilevanza penale*, in C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, p. 287 ss.;
- PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1684 ss.;
- PIERGALLINI C., *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2007, p. 593 ss.;
- PISANI M., *Riflessioni sul tema del ragionevole dubbio*, Riv. it. dir. e proc. penale, 2007, p. 1243;
- PIZZI C., *Diritto, abduzione e prova*, Giuffrè, Milano, 2009;
- PONTI G., *Il dibattito sull'imputabilità*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994;
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007;

BIBLIOGRAFIA

- PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in Riv. It., Dir e Proc. Pen., 2008, p. 1004 ss.;
- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2009, p. 547;
- PULITANÒ D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2005, p. 954;
- PUTNAM H., *L'analitico e il sintetico*, in H. PUTNAM *Mente, linguaggio e realtà*, Adelphi, Milano, 2004;
- RABINOWITZ D., *No Crueler Tyrannies. Accusation, False Witness, and Other Terrors of Our Times*, Free Press, New York, 2003;
- REICHENBACH H., *The Theory of Probability*, University of California Press, Berkeley, 1949;
- REMBAR C., *The Law of the Land. The Evolution of Our Legal System*, Touchstone, New York, 1981;
- RHEE R. J., *Probability, Policy and the Problem of Reference Class*, 11 International Journal of Evidence and Proof 286, 2007;
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004;
- RISINGER D. M., *John Henry Wigmore, Johnny Lynn Old Chief, and "Legitimate Moral Force". Keeping the Courtroom Safe for Heartstrings and Gore*, 49 Hastings L. J. 403, 1997-1998;
- RISINGER D. M., *Preliminary Thoughts on a Functional Taxonomy of Expertise for the Post-Kumho World*, 31 Seton Hall L. Rev. 508, 2000-2001;
- ROBERTS P., *From Theory into Practice: Introducing the Reference Class Problem*, 11 International Journal of Evidence and Proof 243, 2007;
- ROBINSON P. H., *Criminal Law Defenses*, West Group, 1984;

BIBLIOGRAFIA

- ROBINSON P. H., *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 Colum. L. Rev. 199, 1982;
- ROBINSON P. H., *Criminal Law*, Aspen Publishers, New York, 1997;
- ROBINSON P. H., *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. Pa. L. Rev. 335, 2005;
- ROBINSON P. H., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997;
- ROSCH E. H., *On the Internal Structure of Perceptual and Semantic Categories*, in MOORE T. E. (a cura di), *Cognitive Development and the Acquisition of Language*, Academic Press, New York, 1973;
- ROSCH E. H., *Principles of Categorization*, in MARGOLIS E., LAURENCE S. (a cura di), *Concepts. Core Readings*, The MIT Press, Cambridge, 1999;
- ROSENTHAL R., *State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels: An Overview*, 1 Psychology, Public Policy, and Law 246, 1995;
- SACHSENMEIER S. J., *Investigating Child Sexual Abuse Allegations: Do Experts Agree on Anything?*, disponibile all'indirizzo web <http://www.aaets.org/arts/art50.htm> (ultima visita effettuata il giorno 15 giugno 2010);
- SADURSKI W., *"Reasonableness" and Value Pluralism in Law and Politics*, EUI Working Papers, Law, no. 2008/13;
- SALMON W. C., *Reply to Lehman*, 40 Philosophy of Science 397, 1973;
- SALMON W. C., *Statistical Explanation*, in W. C. SALMON, R. C. JEFFREY, J. G. GREENO, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1971;
- SALTZBURG S., *Burdens of Persuasion in Criminal Cases: Harmonizing the Views of the Justices*, 20 American Criminal Law Review 343, 1983;

BIBLIOGRAFIA

- SAMPSON M., *Laxity and Liberty in Seventeenth-Century English Political Thought*, in E. LEITES (edited by) *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988;
- SANTONI DE SIO F., *Imputabilità: libero arbitrio o incapacità?*, in Cass. Pen., Giuffrè, Milano, n. 5, 2007;
- SAUNDERS H. D., *Quantifying Reasonable Doubt: A Proposed Solution to an Equal Protection Problem*, Bepress Legal Series, Working Paper 881, 7 dicembre 2005;
- SCARPELLI U., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982;
- SCHAUER F., *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008;
- SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- SCHAUER F., ZECKHAUSER R., *Regulation by Generalization*, 1 Regulation and Governance 68, 2007;
- SCHITTAR D. C., *Al di là del ragionevole dubbio e oltre. Un tentativo di chiarezza sui principi*, Giuffrè, Milano, 2008;
- SCHMALBECK R., *The Trouble with Statistical Evidence*, 49 Law and Contemporary Problems 221, 1986;
- SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Wiley & Sons, New York, 1994;
- SCHWARTZ L. B., "Innocence". *A Dialogue with Professor Sundby*, 41 Hastings Law Journal 153, 1989-1990;
- SHAPIRO B. J., "Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause". *Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California Press, Berkeley, 1991;

BIBLIOGRAFIA

- SHAVIRO D., *Statistical Probability Evidence, and the Appearance of Justice*, 103 Harvard Law Review 530, 1989-1990;
- SIEGEL R. B., *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, 117 Yale L. J. 1694, 2007-2008;
- SIMON R. J., MAHAN L., *Quantifying Burdens of Proof, A View from the Bench, the Jury and the Classroom*, 5 Law and Sociology Review 319, 1970-1971;
- SMITH R. W., *Interpreting the Constitution from Inside the Jury Box: Affecting Interstate Commerce as an Element of the Crime*, 55 Wash. & Lee L. Rev. 615, 1998;
- SOAVI M., GIARETTA P., *La spiegazione e la prova del rapporto causale*, in Cass. Pen., 2010, n. 3, 1210 ss.;
- SOLAN L. M., *Convicting the Innocent Beyond a Reasonable Doubt: Some Lessons About Jury Instructions From the Sheppard Case*, 49 Cleveland State Law Review 465, 2001;
- SOLAN L. M., *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 Texas Law Review 105, 1999-2000;
- SOTIS C., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi d'azione"*, in Dir. Pen. e Proc., 2009, p.1149;
- SOTIS C., *Le principe de précision et la justice pénale internationale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (a cura di), *Les Sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004;
- SOTIS C., *Qualche osservazione sui concetti penalistici tra legittimità sostanziale e fruibilità processuale*, in C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, p. 295 ss.;
- STEIN A., *After Hunt: The Burden of Proof, Risk of Non-Persuasion and Judicial Pragmatism*, 54 Modern L. Rev. 570, 1991;

BIBLIOGRAFIA

- STEIN A., *Criminal Defences and the Burden of Proof*, 28 *Coexistence* 133, 1991;
- STEIN A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, New York, 2005;
- STEIN A., *Of Two Wrongs that Make a Right: Two Paradoxes of the Evidence Law and Their Combined Economic Justification*, 79 *Tex. L. Rev.* 1199, 2000-2001;
- STELLA F., *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 2005;
- STELLA F., GALAVOTTI M. C., *“L’oltre il ragionevole dubbio” come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 2005;
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003;
- STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 1217 ss.;
- STELLA F., *Un ragionevole dubbio ci salverà dai tiranni*, in *Il corriere della sera*, 17 dicembre 2003, p. 35;
- STOFFELMAYR E., DIAMOND S. S., *The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining “Beyond a Reasonable Doubt”*, 6 *Psychology, Public Policy, and Law* 769, 2000;
- STRAWN D. U., BUCHANAN R. W., *Jury Confusion: a Threat to Justice*, 59 *Judicature* 478, 1975-1976;
- STRAWN D. U., BUCHANAN R. W., TAYLOR P. K., PRYOR A., *Reaching a Verdict, Step by Step*, 60 *Judicature* 383, 1977;
- SUMMIT R. C., *The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome*, 7 *Child Abuse and Neglect* 177, 1983;
- SUNDBY S. E., *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, 40 *Hastings Law Journal* 457, 1988-1989;

BIBLIOGRAFIA

- SUNDBY S. E., *The Virtues of a Procedural View of Innocence. A response to Professor Schwartz*, 41 *Hastings Law Journal* 161, 1989-1990;
- SUNSTEIN C. R., *On Analogical Reasoning*, 106 *Harvard Law Review* 741, 1993;
- TARUFFO M., *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, in AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, 2005, n. 8;
- TARUFFO M., *Considerazioni su dubbi e verità*, in *Criminalia*, 2010, p. 306 ss.;
- TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1989;
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano, 1992;
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992;
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma, 2009;
- TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2001, II, p. 665;
- TESAURO A., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Giappichelli, Torino, 2005;
- TILLERS P., *Are There Universal Principles or Forms of Evidential Inference? Of Inference Networks and Onto-Epistemology*, lecture at the British Academy for the conference "Evidence, Enquiry and Facts", 13-14 dicembre 2007;
- TILLERS P., *Decision and Inference*, 13 *Cardozo Law Review* 253, 1991;
- TILLERS P., GOTTFRIED J., *United States v. Copeland: A Collateral Attack on the Legal Maxim that Proof Beyond a Reasonable Doubt Is Unquantifiable?*, 5 *Law, Probability and Risk* 135, 2006;

BIBLIOGRAFIA

- TILLERS P., *If Wishes Were Horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals From Being Unfairly Burdened by Their Reference Classes*, 4 *Law, Probability and Risk* 33, 2005;
- TILLERS P., *Intellectual History, Probability, and the Law of Evidence*, 91 *Michigan Law Review* 1465, 1993;
- TILLERS P., *Introduction: Three Contributions to Three Important Problems in Evidence Scholarship*, 18 *Cardozo Law Review* 1875, 1997;
- TILLERS P., *Introduction: Visualizing Evidence and Inference in Legal Settings*, 6 *Law, Probability and Risk* 1, 2007;
- TILLERS P., SCHUM D., *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 *U. C. Davis Law Review* 931 (1991);
- TILLERS P., *The Values of Evidence in Law*, *Northern Ireland Quarterly*, Vol. 38, N. 2, 1988;
- TILLERS P., *Trial by Mathematics Reconsidered*, speech for the conference at the TUM, 6th of January 2009;
- TILLERS P., *Una mappa degli ambiti di inferenza probatoria*, in P. TILLERS, E. D. GREENS (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del Bayesianismo*, Giuffrè, Milano, 2003;
- TODARO G., *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cass. Pen.*, 2008, XI, p. 4243 ss.;
- TONINI P., *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2005;
- TRANCHINA G. (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2008;
- TRIBE L. H., *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 *Harvard Law Review* 1329, 1970-1971;

BIBLIOGRAFIA

- UBERTIS G., *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in Riv. It. Dir e Proc. Pen., Giuffrè, Milano, 2005;
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979;
- UBERTIS G., *La logica del giudizio: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privata, le massime d'esperienza, il sillogismo giudiziale*, in *La prova penale*, Atti del Corso di formazione ed aggiornamento professionale per i magistrati, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997, n. 98;
- UBERTIS G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995;
- UBERTIS G., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in Cass. Pen., 2006, vol. XLVI, n. 3, p. 1206;
- UBERTIS G., *La verità della ricostruzione fattuale*, in Criminalia, 2010, p. 319 ss.;
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009;
- UNDERWOOD B. D., *The Thumb on the Scale of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Law Cases*, 86 The Yale Law Journal 1299, 1977;
- VASSALLI G., *Analogia nel diritto penale*, voce in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, Torino, 1987, Vol. I, p. 158 ss.;
- VASSALLO N., *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in *Conoscenza e verità*, M. C. AMORETTI, M. MARSONET (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007;
- VERDE A., *Perizia psichiatrica e diagnosi psichiatrica: problemi e difficoltà*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, CEDAM, Padova, 1994;
- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c. d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2010;

BIBLIOGRAFIA

- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2010, p. 1679 ss.;
- VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in M. PISANI (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2003;
- VILLA V., *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997;
- VISCONTI C., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, CEDAM, Padova, 2005;
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007;
- VOLK K., *Diritto penale ed economia*, in S. CANESTRARI, a cura di, *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna 18 – 20 maggio 1995)*, Giappichelli Editore, Torino 1998;
- VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998;
- WALDMAN T., *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, 20 Journal of the History of Ideas 229, 1959;
- WANG P., *Reference Classes and Multiple Inheritances*, 3 International Journal of Uncertainty, Fuzziness and Knowledge-Based Systems 79, 1995;
- WASSERMAN D. T., *Reply to Cohen: Common Sense about Naked Statistics*, 13 Cardozo Law Review 981, 1991-1992;
- WASSERMAN D. T., *The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability*, 13 Cardozo Law Review 935, 1991-1992;

BIBLIOGRAFIA

- WEINSTEIN J. B., BERNSTEIN F. A., *The Denigration of Mens Rea in Drug Sentencing*, 7 Fed. Sent. R. 121, 1994;
- WEINSTEIN J. B., DEWSBURY I., *Comment on the meaning of 'proof beyond a reasonable doubt'*, 5 Law, Probability and Risk 167, 2006;
- WESTEN P., *The Supreme Court's Bout With Insanity: Clark v. Arizona*, 4 Ohio State Journal of Criminal Law, 143, 2006;
- WHITEBREAD C. H., SLOBOGIN C., *Criminal Procedure. An Analysis of Cases and Concepts*, Foundation Press, Thomson West, New York, 2008;
- WHITMAN J. Q., *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, New Haven and London, 2008;
- WIGMORE J. H., *Evidence in Trials at Common Law*, Little, Brown and Co., Boston, TILLERS rev., 1983;
- WIGMORE J. H., *The Principles of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience*, Little, Brown, and Company, Boston, 1913;
- WILLIAMS G., *A Short Rejoinder*, Criminal Law Review, 1980, p. 103;
- WILLIAMS G., *The Proof of Guilt. A Study of the English Criminal Trial*, Stevens and Sons, London, 1955;
- WRIGHT R. W., *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa L. Rev. 1001, 1987-1988;
- ZACÀ S., PELLEGRINO S., *Manuale di tossicologia forense*, Giappichelli, Torino, 2006;
- ZACCARIA F., *Il "ragionevole dubbio" tra giudizio cautelare e giudizio di merito*, in Cass. Pen., 2009, II, p. 609 ss.;

BIBLIOGRAFIA

-ZANALDI L., *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico legali*, CEDAM, Padova, 1957;

-ZAZA C., *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Giuffrè editore, Milano, 2008;

-ZIMRING F. E., HAWKINS G., *Toward a Principled Basis for Federal Criminal Legislation*, 543 *The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences* 15, 1996;

-ZORZETTO S., *La ragionevolezza dei privati. Saggio di meta giurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano, 2008.