

IL DILEMMA DELLA VALUTAZIONE PROBATORIA: CRITERI E STANDARD RILEGGENDO BECCARIA

Giovanni Tuzet (Università Bocconi)

Cercar deesi la verità da tutti gli argomenti e segni,
in fin che l'animo rimanga interamente persuaso.
(Francesco Mario Pagano)

Alcuni brani di un illustre libretto, dedicati al processo penale, scritti da un autore assai giovane e frammischiati ad altri brani dedicati al diritto penale sostanziale, formano un corpo di tesi che una gran parte del mondo considera come capisaldi della civiltà giuridica con riferimento al diritto e al processo penale. Ed è cosa funesta, non solo per modo di dire, che al giorno d'oggi vi siano ancora paesi in cui coloro che reggono le vite e le fortune degli uomini si dimostrino cocciutamente sordi a tali tesi e conquiste.

L'opera è ovviamente *Dei delitti e delle pene* e il suo autore Cesare Beccaria¹. Non occorre in queste note ribadire le ragioni della sua giusta fama. Oltretutto chi scrive non è uno specialista del processo penale, né del diritto penale sostanziale, né uno storico capace di rievocare il contesto dell'opera e i percorsi del suo successo². Lo scrivente si occupa di filosofia del diritto e ha scelto l'epistemologia giuridica come ambito peculiare in cui svolgere le proprie ricerche. A chi chiede su cosa verta l'epistemologia giuridica, va detto che studia il ragionamento probatorio e più in generale l'acquisizione di conoscenza in un procedimento giurisdizionale o in altri procedimenti di natura giuridica. Ora, il testo di Beccaria contiene diverse idee sui modi di trattare gli elementi probatori in un procedimento penale: queste idee saranno l'oggetto delle presenti note, senza pretese di ricostruzione storica, né di analisi processualistica, ma con l'intento di delinearne pur brevemente i profili teorici e discuterne gli aspetti problematici, facendo per quanto possibile riferimento ad alcune questioni ben vive nel dibattito a noi contemporaneo.

Ci occuperemo in particolare di incertezza probatoria e probabilità (§ 1), valutazione delle prove (§ 2) e standard probatori (§ 3); concluderemo con il *dilemma della valutazione probatoria*, che consiste nella difficoltà di trovare una via intermedia fra la logica del libero convincimento e quella delle prove legali.

1. Incertezza e probabilità

Chiunque abbia un minimo di competenza sa bene che in un procedimento giurisdizionale i giudicanti sono chiamati a decidere quasi sempre in condizioni di incertezza, ovvero di incompletezza dell'informazione rilevante per la ricostruzione dei fatti e il corretto trattamento del caso. Ne discende che la dimensione epistemica in cui vengono prese tali decisioni non è quella della certezza, quasi mai, bensì quella della probabilità³. Non solo la decisione finale è quasi sempre affetta da qualche forma di incertezza, ma così anche le decisioni che si collocano in fasi precedenti dell'iter procedimentale (come la decisione d'intraprendere il procedimento penale stesso, o quella d'ordinare una misura cautelare).

¹ Beccaria (1764) che citeremo, dall'edizione riportata in bibliografia, con la sigla DP seguita dai numeri di pagina.

² In una prospettiva storica vedi ad es. Tarello (1976: 462-478); Pisani (1998: cap. 1 in particolare); Dezza (2013: 94-95); Audegean (2014). Per un confronto con Filangieri e Pagano, v. Ippolito (2008a) e (2008b).

³ Vedi ad es. Carcaterra (2002: 124-128) e Redmayne (1999: 167-168). Sono peraltro diverse le concezioni della probabilità discusse in letteratura e non è questa la sede per trattarne. Vedi ad es. Besso Marcheis (1991), Goldman (2002) e Redmayne (2003).

Bisogna però stare attenti alle conseguenze che si traggono da tali assunzioni. Ad avviso di chi scrive esse non inficiano il modello di *processo informativo* delineato da Beccaria e non abbattano l’idea che il fine del ragionamento probatorio sia la scoperta della verità quanto ai fatti oggetto della controversia⁴. Solamente, si deve avere la consapevolezza di come tale scoperta sia spesso difficile e di come le nostre convinzioni a riguardo risultino fallibili – raggiunte come sono in condizioni di incompletezza dell’informazione e con metodi che scontano quasi sempre un tasso d’errore.

Beccaria oppone il processo informativo al *processo offensivo* in cui vige di fatto una presunzione di colpevolezza e l’accusato non gode delle elementari garanzie difensive⁵. A differenza di questo, il processo informativo non presume la colpevolezza dell’accusato ed è volto alla “ricerca indifferente del fatto” (DP: 66). Il suo svolgimento è tanto favorito quanto le leggi da applicare sono caratterizzate, secondo l’ideale illuminista, da chiarezza e precisione. “Dove le leggi siano chiare e precise l’ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto” (DP: 57). Risolto così il problema della determinazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale – per come il modello viene esposto in un celebre passo del libro⁶ – è sulla premessa minore che deve sforzarsi il buon giudice. Ma come operare in tal senso? In che modo valutare le prove disponibili?

2. La valutazione delle prove

L’opposizione da cui si suole iniziare la discussione di questo tema è quella fra *libera valutazione* e *valutazione legale*. Secondo la prima, al giudice è lasciato un margine di responsabilità⁷ valutativa nello stabilire se e quanto un dato elemento probatorio supporti una certa ricostruzione dei fatti. Per la seconda, è la legge a stabilirlo. In un modello puro di valutazione legale, a ogni possibile tipo di prova è associato dalla legge un determinato valore probatorio e al giudice non rimane che computare il valore delle prove presentate. Storicamente, il diritto comune ha conosciuto la vicenda di complessi “tariffari” probatori – fatti di prove piene, semiprove, quarti di prova, ecc. – che hanno in seguito ceduto il passo a criteri di libera valutazione⁸. Ora si noti che, libera o legale, alla decisione non basta la valutazione. Per trarre una conclusione decisoria dalla valutazione delle prove occorre infatti una “soglia” o regola di decisione che, a fronte dei risultati valutativi, dica quali conseguenze giuridiche ne devono essere tratte. Il punto è importante in una prospettiva di chiarificazione analitica: ad esempio, una norma come quella sul ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.) non è in senso stretto un criterio di valutazione, bensì una regola di decisione. La regola impone di pronunciare sentenza di condanna quando le prove non lasciano margini di ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell’imputato, e impone di assolvere altrimenti (assieme all’art. 530 c.p.p.). Ma in linea teorica tali conseguenze giuridiche potrebbero essere tratte sia da una valutazione libera che da una legale. Con la prima il giudice arriverebbe a dire che, esercitando

⁴ Si noti che c’è differenza fra il fine del ragionamento probatorio e il fine del processo o del procedimento nel suo insieme. Se il fine dell’uno è scoprire la verità, il fine dell’altro è fare giustizia sulla base della verità accertata. Mi permetto di rimandare a Tuzet (2013a: 93 ss.).

⁵ “Gli indizi alla cattura sono in potere del giudice; perché uno si provi innocente deve esser prima dichiarato reo: ciò chiamasi fare un *processo offensivo*, e tali sono quasi in ogni luogo della illuminata Europa nel decimo ottavo secolo le procedure criminali. Il vero processo, l’*informativo*, cioè la ricerca indifferente del fatto, quello che la ragione comanda, che le leggi militari adoperano, usato dallo stesso asiatico dispotismo nei casi tranquilli ed indifferenti, è pochissimo in uso nei tribunali europei” (DP: 66). Cfr. Ferrajoli (2014: 56-57); nonché Ippolito (2008b: 65) che ricorda come Filangieri e Pagano trovino la distinzione utile in linea di principio ma non di più, essendo operativamente povera.

⁶ “In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza” (DP: 41). Poco prima Beccaria afferma che i giudici criminali non hanno l’autorità di interpretare le leggi penali, in quanto non sono legislatori (DP: 40). Non occorre sottolineare come questa tesi si dimostri insostenibile se è vero che un’attività ermeneutica è sempre necessaria.

⁷ Qualcuno dice “discrezionalità” (così Taruffo 2007: 1035) ma di solito avverte che non si tratta di una forma di arbitrio, essendo sottoposta a vincoli di razionalità o ragionevolezza.

⁸ Cfr. Padoa-Schioppa (2003: 280 ss.).

la propria responsabilità valutativa in merito alle prove presentate, (non) vi sono ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'imputato e pertanto questi (non) dovrebbe essere assolto. Con la seconda il giudice arriverebbe a dire che, computato ai sensi di legge il valore complessivo delle prove presentate, (non) vi sono ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'imputato e pertanto questi (non) dovrebbe essere assolto. A differenza di quanto accade nel primo scenario, nel secondo la soglia del ragionevole dubbio andrebbe in qualche modo determinata quantitativamente per legge⁹. Ma non verrebbe meno la differenza fra criterio di valutazione e regola di decisione.

A fini di pulizia linguistica e concettuale chiamo dunque “criteri” le modalità con cui valutare le prove. E chiamerò “standard” le soglie per la decisione.

Nel dualismo fra il criterio di libera valutazione o libero convincimento (detto anche criterio “morale”) e il criterio legale della confessione¹⁰ o di altre prove, Beccaria è dalla parte del primo (DP: 56-58, 60-65, 103-105) ma non senza passi falsi. Luigi Ferrajoli¹¹ ha notato fra gli altri che Beccaria è in contraddizione con se stesso a proposito delle semiprove: ora le giudica assurde, dato che o si è colpevoli o si è innocenti (DP: 91), ora le ammette con la distinzione fra prove perfette e imperfette (DP: 57). È utile soffermarsi su quest'ultima distinzione.

Chiamo perfette [le prove] che escludono la possibilità che un tale non sia reo, chiamo imperfette quelle che non la escludono. Delle prime anche una sola è sufficiente per la condanna, delle seconde tante son necessarie quante bastino a formarne una perfetta, vale a dire che se per ciascuna di queste in particolare è possibile che uno non sia reo, per l'unione loro nel medesimo soggetto è impossibile che non lo sia (DP: 57)¹².

Beccaria aggiunge, circa la convinzione cui perviene il giudicante, che “è più facile il sentirla che l'esattamente definirla. Perciò”, continua, “io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione” (DP: 57). Non si può non rinvenire in questo passo un celebre *topos* dell'illuminismo giuridico¹³, che è la diffidenza nei confronti dei giudici togati e la fiducia nei giudici popolari (che Beccaria raccomanda di sorteggiare) allorché si tratta di pervenire a una corretta convinzione in merito ai fatti controversi. Quanto è sano il giudizio dell'uomo comune, artificioso è quello del giurista. Ma il passo merita due commenti più precisi: da un lato, Beccaria sembra pensare al canone dell'*intima convinzione* dei giurati, secondo il quale è corretto pronunciare sentenza di condanna quando i giurati ne sono intimamente convinti; dall'altro, evitandone la deriva psicologista, egli parla di una *convinzione sulla base delle prove*, non slegata da esse¹⁴. Il che non è comunque sufficiente a salvare la tesi in questione. Beccaria, nel passo appena citato, elogia l'“ignoranza che giudica per sentimento” opponendola alla “scienza che giudica per opinione” e lasciando intendere che sia più corretta l'intima convinzione del giurato o giudice popolare che il responso del giudice togato. Tanto è dotta quanto inquinata da sottigliezze e pregiudizi la parola del magistrato. Mentre il sentire del giurato, pur ignorante, coglierebbe nel segno. Oggi la contrapposizione suona piuttosto ingenua e mostra i limiti della sottostante ideologia illuminista, specie se si considera che Beccaria vi associa l'opposizione fra il procurare le prove (cosa che richiederebbe una particolare perizia) e il giudicarne (che richiederebbe il semplice buon senso).

⁹ Potrebbe consistere in un dato valore di probabilità, o in una soglia numerica raggiunta la quale (computando il valore delle prove) sarebbero legalmente esclusi i dubbi ragionevoli.

¹⁰ Si ricordi che al vertice delle prove legali c'era la confessione, che di conseguenza si cercava di estorcere con ogni mezzo compresa la tortura.

¹¹ Ferrajoli (1989: 167-169, note 32 e 34). Così anche Ippolito (2008a: 216) e (2008b: 71).

¹² “Notisi che le prove imperfette delle quali può il reo giustificarsi e non lo faccia a dovere divengono perfette” (DP: 57). Questo è un punto interessante in tema di “assenza probatoria”, su cui mi permetto di rimandare a Tuzet (2015).

¹³ V. in particolare Padoa-Schioppa (1994).

¹⁴ Si deve sottolineare questo punto poiché troppo spesso il canone dell'intima convinzione viene ridotto a una caricatura psicologista. Cfr. fra gli altri Andrés Ibáñez (2007).

Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessario chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovare rei e che tutto riduce ad un sistema fittizio imprestato da' suoi studi. Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza! Ella è utilissima legge quella che ogni uomo sia giudicato dai suoi pari, perché, dove si tratta della libertà e della fortuna di un cittadino, debbono tacere quei sentimenti che inspira la disuguaglianza; e quella superiorità con cui l'uomo fortunato guarda l'infelice, e quello sdegno con cui l'inferiore guarda il superiore, non possono agire in questo giudizio (DP: 57).

Ci sono senz'altro delle buone ragioni morali e politiche in favore di un *giudizio dei pari* (che può essere difeso come applicazione di principi di libertà e democrazia), ma a chi scrive pare più dubbio che ci siano delle analoghe ragioni epistemiche. Il richiamo al semplice buon senso pare piuttosto ingenuo e l'odierna psicologia cognitiva dimostra come spesso le nostre facoltà di giudizio cadano in errore¹⁵.

Ciò significa che la fiducia va riposta altrove, cioè nel giudice di professione? Un commentatore attento e appassionato come Ferrajoli ha ritenuto di sostenere che in Beccaria il modello del giudice come “indifferente ricercatore del vero” (possibilmente affiancato dai detti “assessori”) è viziato da ingenuità, e che in ogni giudizio è “sempre presente una certa dose di pregiudizio”¹⁶. Il giudice togato, secondo questa analisi, non risulterebbe una garanzia epistemica molto superiore al giudice popolare. Se poi si compara l'indagine giudiziaria a quella storica e scientifica, le distorsioni involontarie prodotte nell'attività giurisdizionale dalla soggettività del giudice sono aggravate da tre elementi, secondo Ferrajoli:

- 1) “l'oggetto dell'indagine giudiziaria è di solito più coinvolgente sul piano morale ed emotivo di quanto non siano quelli della ricerca storica e scientifica”;
- 2) “mentre la storiografia e le scienze naturali sono capaci di auto-correzione essendo le ipotesi false o inadeguate destinate a soccombere di fronte alle confutazioni o alle critiche della comunità degli storici e degli scienziati, lo stesso non accade per la giurisdizione” nella misura in cui “il giudice è veramente *solo*”;
- 3) vi è una “specifica deformazione professionale del giudice”, che opera con determinati “filtri giuridici” e “schemi interpretativi”¹⁷.

Si può ritenere che queste affermazioni di Ferrajoli siano corrette, ma vanno ponderate. In particolare, come avverte egli stesso: dove sia esercitato il contraddittorio, dove il processo abbia una natura dialettica, dove ci siano più gradi di giudizio e dove il verdetto sia collegiale è implausibile sostenere che il giudice sia “veramente *solo*”. Tali caratteristiche del processo stemperano le idiosincrasie e i pregiudizi individuali¹⁸. Ma al netto di questo non si può negare come il giudice, individuale o collegiale, rimanga un soggetto fallibile.

Nonostante ciò, Ferrajoli crede che non si debba rinunciare alla responsabilità giudiziale in materia di valutazione probatoria. Una delle ragioni è che in una logica induttiva (o della probabilità) le prove non bastano mai. “Nessuna prova, o indizio, o insieme di prove e di indizi garantisce inoppugnabilmente la verità della conclusione fattuale. *Non esistono, a rigore, prove sufficienti*”¹⁹. L'altra ragione è che la rinuncia alla responsabilità valutativa ci consegna alla logica delle prove legali. Questo conduce al problema su cui si concentrerà la parte finale del presente scritto. Dove il convincimento è libero, non ci sono prove di per sé sufficienti a una determinata pronuncia (di

¹⁵ Qui basti richiamare un celebre lavoro: Kahneman, Slovic, Tversky (1982).

¹⁶ Ferrajoli (1989: 30). Ma appunto si tratta di un *modello* e aggiungerei di un modello *normativo*, che cioè prescrive la condotta del buon giudice.

¹⁷ Ferrajoli (1989: 31-32).

¹⁸ Infatti Ferrajoli (1989: 32) aggiunge che in compenso “le prove giudiziarie possono presentare, proprio per la loro natura “artificiale” [in quanto formate nel processo], una maggiore autenticità. Il processo è per così dire il solo caso di “esperimento storiografico”: in esso le fonti sono fatte giocare *de vivo*, non solo perché sono assunte direttamente, ma anche perché sono messe a confronto tra loro, sottoposte ad esami incrociati e sollecitate a riprodurre, come in uno psicodramma, la vicenda giudicata”.

¹⁹ Ferrajoli (1989: 114). A questo si aggiunge la critica della probabilità oggettiva, su cui diremo poi.

condanna). E dove ci fossero, vorrebbe dire che non occorre il libero convincimento e saremmo ancora alla logica delle prove legali. (Si badi: alla loro *logica*, cioè quella di vincolare la decisione giudiziale, anche in assenza di espresse previsioni legislative).

Se comunque è corretto ciò che abbiamo rilevato in precedenza, tanto un sistema di libera valutazione quanto un sistema di valutazione legale abbisogna di standard probatori come regole di decisione. Ed è questo che in effetti accade, con standard distinti per distinti processi (grosso modo civili e penali) elaborati nella prassi giurisprudenziale se non vi provvede il legislatore.

3. *Gli standard probatori*

Il tema degli standard probatori sta suscitando un crescente e meritato interesse²⁰. Ma “standard di prova” o “standard probatorio” è espressione usata ambigualmente, per riferirsi ora ai criteri di valutazione ora alle regole di decisione²¹.

In precedenza abbiamo considerato lo standard penale dell’oltre ogni ragionevole dubbio. Portiamo ora il discorso in campo civile, per maggiore ampiezza: dopo che il giudice ha valutato le prove secondo il suo “prudente apprezzamento” (art. 116 c.p.c.), cosa deve fare? Deve pronunciare a sfavore del convenuto solo se è certo della sua responsabilità? Può farlo anche altrimenti? A quali condizioni? Se la prova in favore dell’attore è “preponderante”? Se è “chiara e convincente”?

Non è raro che fra criteri e standard ci sia una connessione funzionale – così come suggerisce il rapporto fra “libera valutazione” e “libero convincimento”. E i criteri di valutazione legale incorporano spesso uno standard di decisione. Ma a livello di analisi teorica le cose devono essere distinte. E nei fatti processuali si deve vedere se la valutazione (libera o legale) produca un risultato che soddisfa o meno la regola di decisione.

Gli standard possono essere e sono spesso diversi a seconda della decisione cui si riferiscono. Nell’opera di Beccaria se ne rinviene in effetti più d’uno, assieme a diverse considerazioni sul ruolo della probabilità in tema di crimini e decisioni giudiziali. Preliminare a tali standard è un *teorema probatorio generale* che l’autore espone in una sezione dell’opera per noi cruciale (*Indizi, e forme di giudizi*).

Quando le prove di un fatto sono dipendenti l’una dall’altra, cioè quando gl’indizi non si provano che tra di loro, quanto maggiori prove si adducono tanto è minore la probabilità del fatto, perché i casi che farebbero mancare le prove antecedenti fanno mancare le susseguenti. Quando le prove di un fatto tutte dipendono egualmente da una sola, il numero delle prove non aumenta né sminuisce la probabilità del fatto, perché tutto il loro valore si risolve nel valore di quella sola da cui dipendono. Quando le prove sono indipendenti l’una dall’altra, cioè quando gli indizi si provano d’altronde che da se stessi, quanto maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto, perché la fallacia di una prova non influisce sull’altra (DP: 56).

Non sono in grado di giudicare la correttezza dell’affermazione che, quando le prove sono dipendenti l’una dall’altra, più se ne adducono meno è probabile l’ipotesi che si vorrebbe supportare. L’affermazione andrebbe ponderata alla luce di una definita teoria della probabilità. Ma mi pare intuitivo che la probabilità non si modifichi quando le prove dipendono da una sola fra esse, e che invece aumenti quando le prove sono indipendenti (pur se anche qui occorrerebbe specificare quale teoria della probabilità si adotti)²².

A questo si deve aggiungere che “la probabilità dei delitti è in ragione inversa della loro atrocità” (DP: 89). Sono i delitti più gravi a essere meno frequenti. Distinti così i delitti *atroci* da quelli *minori*, li si deve trattare diversamente sotto il profilo processuale della prescrizione:

²⁰ Si vedano fra gli altri Taruffo (2009: 218-224) e Ferrer Beltrán (2012: 35-37); segnalo che questi due autori stanno scrivendo un libro dedicato al tema. V. anche, in ambito di diritto della concorrenza, Maggiolino (2013).

²¹ La distinzione è segnalata da Ubertis (2013: 96-97).

²² Cfr. Haack (2014: cap. 3) per una critica delle applicazioni giuridiche del teorema di Bayes; di opposto avviso, Garbolino (2014).

nei delitti più atroci, perché più rari, deve sminuirsi il tempo dell’esame per l’accrescimento della probabilità dell’innocenza del reo, e deve crescere il tempo della prescrizione, perché dalla definitiva sentenza della innocenza o reità di un uomo dipende il togliere la lusinga dell’impunità, di cui il danno cresce coll’atrocità del delitto. Ma nei delitti minori scemandosi la probabilità dell’innocenza del reo, deve crescere il tempo dell’esame e, scemandosi il danno dell’impunità, deve diminuirsi il tempo della prescrizione (DP: 90).

In ogni caso, sorvolando sulle molte questioni che pongono queste parole²³, è bene che la pena non si applichi a lunga distanza dal crimine. “Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile” (DP: 67). Ma prima dello standard per determinare la colpevolezza e la pena corrispondente può occorrere una valutazione delle ragioni e delle prove per ordinare una misura cautelare come la *custodia preventiva*. Per Beccaria la sua giustificazione sta nell’impedire la fuga del soggetto o l’occultamento delle prove. “La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti” (DP: 68). Ci sia permessa una breve digressione su questo tema.

In una prospettiva garantista Ferrajoli giudica illegittimo l’istituto della custodia preventiva e ne discute considerando le ragioni offerte da Beccaria in suo favore²⁴. In prima battuta va affrontata la questione della natura giuridica dell’istituto: si tratta di una “misura processuale” o di una “misura penale”? Come misura penale sarebbe illegittima data la presunzione d’innocenza, ma questo non varrebbe se fosse una misura processuale. L’argomento di Beccaria sembra concepire la custodia preventiva come una misura processuale, il che per Ferrajoli costituisce una “truffa delle etichette” dato che la sostanza è la stessa a dispetto del nome²⁵. Ma vediamo più in dettaglio le due giustificazioni addotte da Beccaria.

Il pericolo di *inquinamento delle prove* non è per Ferrajoli una giustificazione poiché “una simile esigenza può essere soddisfatta, anziché dalla custodia cautelare, dal semplice accompagnamento coattivo dell’imputato davanti al giudice e dal suo stato di fermo per il tempo strettamente necessario – ore o al massimo giorni, non anni – per interrogarlo in un’udienza preliminare o in un incidente probatorio e magari per compiere i primi riscontri intorno alle sue discolpe”²⁶. A tal punto, sostiene Ferrajoli, la possibilità d’inquinare le prove sarebbe enormemente ridotta se non esclusa.

Sulla seconda giustificazione addotta da Beccaria, il *pericolo di fuga* del soggetto, Ferrajoli sostiene che tale pericolo “è provocato prevalentemente, più che dal timore della pena, dalla paura della carcerazione preventiva. Se non ci fosse questa prospettiva l’imputato, almeno fino alla vigilia della condanna, avrebbe semmai tutto l’interesse a non fuggire e a difendersi”²⁷. Come argomento storico-sociale Ferrajoli aggiunge che “è ben difficile, in una società informatizzata e internazionalmente integrata come l’attuale, una fuga definitiva”²⁸, il che è vero in parte. Se è vero infatti che non è facile nascondersi del tutto, è vero altresì che i modi di spostarsi e di farlo velocemente sono molti, molti più che in passato. E che sono a portata di mano per chiunque, specie se provvisto di sostanze e amicizie. Comunque, continua Ferrajoli, “la fuga scelta dall’imputato, costringendolo alla clandestinità e ad uno stato di permanente insicurezza, è già di per sé, di solito, una pena gravissima”; e ancora, “qualora la fuga facesse perdere le tracce dell’imputato, essa avrebbe raggiunto, nella maggior parte dei casi, l’effetto di neutralizzarlo, con buona pace delle

²³ Una è che, come mi fa notare Dario Ippolito (che ringrazio), Beccaria sembra confondere improbabilità del delitto e improbabilità della colpevolezza dell’accusato. Cfr. DP: 90-91.

²⁴ Ferrajoli (1989: 561 ss.). Per una discussione più tecnica si veda almeno Grevi (2012).

²⁵ Ferrajoli (1989: 566).

²⁶ Ferrajoli (1989: 568). Ma si può dubitare che qualcosa del genere sia possibile per i processi ad alta complessità fattuale e quelli in cui sono coinvolte delle organizzazioni criminali.

²⁷ Ferrajoli (1989: 569). Pare tuttavia che questa obiezione presupponga l’introiezione dei principi di civiltà giuridica da parte dei criminali – i quali purtroppo esistono (essendo fuori di dubbio l’esistenza di criminali e non potendo questi materializzarsi senza quelli) e purtroppo agiscono a dispetto di tali principi.

²⁸ Ferrajoli (1989: 570).

finalità di prevenzione del diritto penale”²⁹. Quest’ultima cosa è probabilmente vera in una prospettiva di prevenzione speciale (benché il soggetto potrebbe delinquere altrove e non sarebbe escluso a priori qualche effetto della sua attività criminale sul paese da cui è fuggito); ma il discorso è ben diverso in una logica di prevenzione generale. Infine, Ferrajoli osserva che “il pericolo di fuga è direttamente proporzionale alla severità delle pene”³⁰. Questo ci rimanda a uno dei principi chiave dell’opera di Beccaria.

Tornando a noi, infatti, la carcerazione preventiva ha un proprio standard probatorio che Beccaria trova necessario regolare per legge sulla scorta del rapporto di proporzione inversa fra *severità* delle pene e *indizi* sufficienti per la cattura.

A misura che le pene saranno moderate, che sarà tolto lo squallore e la fame delle carceri, che la compassione e l’umanità penetreranno le porte ferrate e comanderanno agl’inesorabili ed induriti ministri della giustizia, le leggi potranno contentarsi d’indizi sempre più deboli per catturare (DP: 86-87).

Tale standard è sicuramente inferiore a quello richiesto per il giudizio finale di colpevolezza. A questo proposito si ricordi che tale giudizio è (quasi) sempre pronunciato in condizioni di incompletezza dell’informazione, di relativa incertezza e di probabilità. Osserva allora Beccaria che può sembrare contraddittorio parlare di *probabilità* quando per condannare si chiede la *certezza*.

Ma svanirà il paradosso per chi considera che rigorosamente la certezza morale non è che una probabilità, ma probabilità tale che è chiamata certezza, perché ogni uomo di buon senso vi acconsente necessariamente per una consuetudine nata dalla necessità di agire, ed anteriore ad ogni speculazione; la certezza che si richiede per accertare un uomo reo è dunque quella che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita (DP: 56-57).

Ancora, il richiamo al buon senso non illumina più di tanto. Ma qui Beccaria aggiunge un elemento interessante: il livello di “certezza” che si richiede a ognuno di noi per agire nelle circostanze più importanti della vita. Questo sarebbe il livello di probabilità adatto a una decisione tanto grave come la condanna di un uomo. Ed è infatti una delle maniere in cui la giurisprudenza americana, specialmente, ha tentato di esplicitare lo standard penale del ragionevole dubbio: è ragionevole quel dubbio che ci frena nelle circostanze più importanti della vita; mentre non lo è quello che non frena il nostro agire³¹. Pur trattandosi di contesti lontani e differenti, è interessante notare come questa maniera d’intendere lo standard sia affine a una concezione pragmatista del dubbio e della credenza³²: specialmente in Peirce e in Ramsey, ciò che misura l’intensità di un nostro dubbio o di una nostra credenza è la sua capacità di influire sulla nostra condotta, frenandola o determinandola. Non è possibile soffermarsi su questo nella presente sede, ma si noti che, se da un lato tale concezione sembra assai promettente nel concettualizzare le relazioni fra i nostri stati mentali e la nostra condotta, dall’altro essa sconta un’eccessiva semplificazione nel non tenere in conto l’estrema varietà delle situazioni della vita e il ruolo che in queste hanno i nostri desideri. Oltre ai dubbi e alle credenze, ciò che determina il nostro agire intenzionale sono infatti i desideri che ci proponiamo di soddisfare. Ora, il problema che si pone in questa sede è che anche (o forse proprio) in circostanze importanti della vita l’urgenza di un desiderio può modificare la soglia di dubbio suscettibile di frenare un’azione: in circostanze dove sarebbe appropriato astenersi da una certa condotta dato un desiderio di una certa intensità, all’aumentare del desiderio si ridurrebbe lo standard di dubbio ragionevole. Infatti, per l’intensità di un desiderio o per l’urgenza delle circostanze ci ritroviamo spesso a prendere decisioni imprudenti o a intraprendere azioni da cui ci asterremmo in circostanze diverse. Traducendo questo in termini giuridici, vorrebbe dire che la

²⁹ Ferrajoli (1989: 570).

³⁰ Ferrajoli (1989: 570).

³¹ Si veda la ricostruzione di Laudan (2003), che peraltro è molto critico verso questa e altre maniere di determinare il contenuto dello standard. Per Laudan esso è irrimediabilmente e gravemente indeterminato.

³² Mi permetto di rinviare a Tuzet (2013b) e (2014).

soglia del ragionevole dubbio dipenderebbe in definitiva dall'intensità con cui il decisore desidera certi risultati. Nel peggiore degli scenari per un garantista, il forte desiderio di punire i crimini farebbe abbassare la soglia di probabilità per la condanna, accettando pur inconsapevolmente un maggiore tasso d'innocenti condannati come *trade-off* di un minore tasso di colpevoli assolti. Infine, sempre in tema di standard, va segnalato che in un punto dell'opera Beccaria prospetta uno standard intermedio che, pur non essendo sufficiente a determinare una pronuncia di condanna, determinerebbe una conseguenza senz'altro punitiva per l'accusato di un grave delitto: è l'idea del *bando* come conseguenza per l'alta probabilità di colpevolezza pur senza la “certezza morale” di questa (DP: 74)³³.

4. Il dilemma della valutazione

Pensiamo a un caso in cui lo stesso insieme di prove è in primo grado giudicato insufficiente per la condanna penale e in secondo è giudicato sufficiente; e immaginiamo che in terzo grado il giudice di legittimità affermi che entrambe le decisioni sono giustificate alla luce della libera valutazione delle prove³⁴. Si potrebbe sostenere che questo è un modo di decidere arbitrariamente, che svuota l'idea di razionalità della decisione e della presunzione di innocenza.

Posto che una cosa sono le prove come elementi di giudizio e un'altra sono le prove come risultato della valutazione³⁵, è ammissibile che lo stesso insieme di elementi conduca mediante la libera valutazione a decisioni opposte ma egualmente giustificate? Suona strano, ma si consideri che il negarlo conduce a una logica da prova legale (pur in assenza di prove legali in senso stretto, ossia legislativamente determinate): si vorrebbe cioè che un determinato insieme di elementi obbligasse il giudice a un determinato esito. Questo è in sintesi il *dilemma della valutazione*: o si accetta che la libera valutazione giustifichi esiti opposti, ma allora non si comprende quale razionalità vi sarebbe esercitata; o si rifiuta che giustifichi tali esiti, ma allora si è obbligati ad accettare una logica da prova legale.

Il dilemma, senza essere chiamato come tale, emerge con nettezza dall'opera di Ferrajoli. Assumendo che il ragionamento giudiziale sia induttivo per la mancanza di certezza già segnalata³⁶, secondo Ferrajoli “la formula del libero convincimento non chiude ma apre il problema dell'identificazione delle condizioni probatorie che giustificano il convincimento”³⁷. La libertà del convincimento non sta nella sua dimensione discrezionale, dice Ferrajoli, ma nel rifiuto delle prove legali³⁸. Dunque il mero convincimento non basta a giustificare una condanna (se così fosse si cadrebbe nello psicologismo dell'intima convinzione); per Ferrajoli servono altresì delle conferme probatorie a supporto del convincimento³⁹.

³³ Nel dibattito odierno cfr. Laudan (2010), che propone un sistema di quattro verdetti (anziché due) per rendere maggiormente informativa la decisione finale, con diverse conseguenze giuridiche: colpevole, probabilmente colpevole, probabilmente innocente, innocente.

³⁴ L'esempio non è di scuola. In diverse occasioni ho sentito Jordi Ferrer fare riferimento a un caso spagnolo di questo tipo. Segnalo che una maniera di risolvere il problema è richiedere un supplemento argomentativo alla decisione di secondo grado; infatti la qualità dell'argomentazione è un criterio per vincolare il libero convincimento (ma è un criterio ancora lontano dall'oggettività).

³⁵ Rimando a Taruffo (2007: 1018).

³⁶ “Storicamente, si può dire, è la metodologia della ricerca empirica che si modella sull'induzione giudiziaria – e non viceversa – attraverso la tecnica della disputa per prova ed errore, elaborata per le controversie giuridiche, come logica o teoria generale dell'indagine induttiva” (Ferrajoli 1989: 116). Chi scrive preferisce parlare di *ragionamento abduttivo* (si veda Tuzet 2006).

³⁷ Ferrajoli (1989: 119).

³⁸ Ferrajoli (1989: 118). Altri dice, analogamente, che è libertà da ipotesi di prova legale e non dalle regole della razionalità (così in particolare Taruffo 2009: 161).

³⁹ Ferrajoli (1989: 127).

Bandite in questo scenario le prove legali positive (quelle che impongono, a un determinato standard, una sentenza di condanna), ci si può interrogare sulla legittimità delle prove legali negative (quelle che in loro assenza impongono al giudice di considerare come non provata l'ipotesi accusatoria).

Le prove legali positive sono infatti quelle in presenza delle quali la legge prescrive al giudice di considerare *provata* l'ipotesi accusatoria anche se tale “prova” contrasta con il suo convincimento; le prove legali negative sono invece quelle in assenza delle quali la legge prescrive al giudice di considerare *non provata* la medesima ipotesi anche se tale “non prova” contrasta con il suo libero convincimento. Laddove le prove del primo tipo sono perciò *sufficienti* a giustificare l'accettazione della verità dell'ipotesi accusatoria, quelle del secondo sono invece solo *necessarie* al medesimo fine; e mentre la presenza delle prime rende obbligatoria la condanna, la presenza delle seconde semplicemente la consente fermo restando l'obbligo, in loro assenza, dell'assoluzione⁴⁰.

La differenza è processualmente significativa. Ma secondo Ferrajoli, anche se sono una garanzia per l'imputato, le prove legali negative soffrono degli stessi difetti epistemologici di quelle positive, cioè il non essere delle conferme conclusive né dell'ipotesi accusatoria né della sua negazione⁴¹.

Insomma la critica generale di Ferrajoli alle prove legali (sia positive che negative) è che “non esiste nessun criterio, formulabile in via generale ed astratta, per stabilire il grado *oggettivo* di probabilità di un'ipotesi rispetto a un tipo di prova”⁴². Se non è possibile una tale valutazione oggettiva, è però possibile a suo avviso una valutazione soggettiva della probabilità. Ed è proprio in tale valutazione soggettiva che si estrinseca, se non fraintendiamo il suo discorso, la logica della libera valutazione e del libero convincimento⁴³.

Per questa ragione, come già detto, Ferrajoli sostiene che a rigore non esistono prove sufficienti a una pronuncia di condanna:

ho riformulato il rapporto tra *prove* e *convincimento* di colpevolezza assumendo le prime come condizioni necessarie ma mai di per sé sufficienti a giustificare il secondo, che in questo senso (ma solo in questo senso) può essere dunque considerato “libero”⁴⁴.

Il rifiuto di prove sufficienti alla condanna dipende dunque dalla logica del libero convincimento, pur se questo non deve essere inteso come libero da regole epistemiche e processuali – “mentre nel processo accusatorio è libera la valutazione ma è vincolato il metodo di acquisizione delle prove, nel processo inquisitorio è vincolata la valutazione delle prove ma è libero il loro metodo di formazione”⁴⁵.

Il problema non è nuovo, se si considera che è un modo di rispondere alla secolare controversia sulla decisione secondo coscienza o secondo le prove, e che dopo Beccaria sia Filangieri che Pagano mettono in guardia contro i pericoli soggettivisti del libero convincimento⁴⁶. La soluzione di Filangieri adottata da Pagano è che per condannare siano necessarie e congiuntamente sufficienti la certezza morale e la prova legale. I due divergono invece sulle condizioni per assolvere: secondo il primo l'assenza di entrambe le condizioni (certezza morale e prova legale) deve determinare l'assoluzione, mentre la presenza di una sola fra esse deve produrre un giudizio di *non liquet*

⁴⁰ Ferrajoli (1989: 127).

⁴¹ Ferrajoli (1989: 127-128).

⁴² Ferrajoli (1989: 128). Si noti che la “probabilità logica” di cui parla la giurisprudenza italiana sulla scorta della sentenza “Franzese” della Cassazione (Sez. un. penali n. 30328/2002) non ha il carattere oggettivo della “probabilità statistica”, e che per tale giurisprudenza è la prima e non la seconda a essere decisiva per il giudizio.

⁴³ Si aggiunga che il libero convincimento “mentre può superare le prove (necessarie, ma non sufficienti a giustificare la condanna), non può superare le controprove (sufficienti ma non necessarie a giustificare l'assoluzione)” (Ferrajoli 1989: 131).

⁴⁴ Ferrajoli (1989: 627).

⁴⁵ Ferrajoli (1989: 628).

⁴⁶ Utilizzo la ricostruzione storica di Ippolito (2008b: 72-75).

lasciando in sospeso la questione senza privare l'imputato della libertà; per il secondo autore, l'assenza di una delle due condizioni è sufficiente ad assolvere.

Ora, questo complesso discorso getta un'ombra di dubbio sull'idea che si possano stabilire standard probatori o soglie di prova sufficienti a una decisione di condanna⁴⁷. A meno che non si precisi che il raggiungimento di tale soglia dipende da una valutazione libera e che lo stesso insieme di elementi probatori può essere legittimamente valutato in modi diversi, che ora giustificano il raggiungimento della soglia e ora no. Se invece non si è disposti ad accettare una tale divergenza di esiti valutativi, non si vede come si possa sfuggire a una logica di prova legale, pur presentata sotto le vesti degli standard probatori.

BIBLIOGRAFIA

- Andrés Ibáñez, P. (2007), *Sobre prueba y motivación*, Jueces para la democracia, n. 59, pp. 80-94.
- Audegean, P. (2014), *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Carocci, Roma.
- Beccaria, C. (1764), *Dei delitti e delle pene*, prefazione di S. Rodotà, a cura di A. Burgio, Feltrinelli, Milano, 2012.
- Besso Marcheis, C. (1991), *Probabilità e prova. Considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, vol. 45, pp. 1119-1163.
- Carcattera, G. (2002), *Indizi di norme*, Sociologia del diritto, vol. 29, pp. 123-139.
- Dezza, E. (2013), *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, Pavia.
- Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- Ferrajoli, L. (2014), *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, Jueces para la democracia, n. 79, pp. 51-63.
- Ferrer Beltrán, J. (2012), *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, Milano.
- Garbolino, P. (2014), *Probabilità e logica della prova*, Giuffrè, Milano.
- Goldman, A. (2002), *Quasi-Objective Bayesianism and Legal Evidence*, Jurimetrics, vol. 42, pp. 237-260.
- Grevi, V. (2012), *Misure cautelari*, in G. Conso, V. Grevi e M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, pp. 393-492.
- Haack, S. (2014), *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Ippolito, D. (2008a), *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino.
- Ippolito, D. (2008b), *Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, Jueces para la democracia, n. 61, pp. 61-75.
- Kahneman, D., Slovic, P., Tversky, A. (eds.) (1982), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Laudan, L. (2003), *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, Legal Theory, vol. 9, pp. 295-331.
- Laudan, L. (2010), *Need Verdicts Come in Pairs?*, The International Journal of Evidence and Proof, vol. 14, pp. 1-24.
- Maggiolino, M. (2013), *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, Giurisprudenza commerciale, vol. 40, pp. 51-107.
- Padoa-Schioppa, A. (1994), *La giuria penale in Francia*, LED, Milano.
- Padoa-Schioppa, A. (2003), *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Pisani, M. (1998), *Attualità di Cesare Beccaria*, Giuffrè, Milano.
- Redmayne, M. (1999), *Standards of Proof in Civil Litigation*, The Modern Law Review, vol. 62, pp. 167-195.
- Redmayne, M. (2003), *Objective Probability and the Assessment of Evidence*, Law, Probability and Risk, vol. 2, pp. 275-94.

⁴⁷ Come invece sembra ammettere Ferrer Beltrán (2012: 3, 37, 55, 152-153).

Di prossima pubblicazione sulla “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 2014/4

- Tarello, G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Taruffo, M. (2007), voce *Prova giuridica*, Enciclopedia del diritto, Annali I, Giuffrè, Milano, pp. 1016-1037.
- Taruffo, M. (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari.
- Tuzet, G. (2006), *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino.
- Tuzet, G. (2013a), *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino.
- Tuzet, G. (2013b), *Dubbi e ragioni*, Cassazione penale, vol. LIII, pp. 3316-3326.
- Tuzet, G. (2014), *Possiamo dubitare di dubitare?*, Epistemologia, vol. XXXVII, in corso di pubblicazione.
- Tuzet, G. (2015), *On the Absence of Evidence*, in C. Dahlman, T. Bustamante (eds.), *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Springer, Dordrecht, di prossima pubblicazione.
- Ubertis, G. (2013), *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, terza ed., Utet, Torino.