



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletta, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci,
Daniele Negri, Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

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

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2018



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2019
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675634-3
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO <i>Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalismo e giurisdizione penale</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Fare luce sulla zona grigia</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>La lingua del diritto penale</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale</i>	161

I grandi temi *La tutela della persona umana*

ROBERTO BARTOLI <i>Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature</i>	195

MICHELE PAPA

*La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali:
appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità* 213

ANTONIO VALLINI

Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico 223

I grandi temi Negazionismo

GIULIANO BALBI

Il negazionismo tra falso storico e post-verità 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo:
nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?* 265

CORRADO DEL BÒ

Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto 291

I grandi temi Tortura

GIOVANNI CANZIO

*I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza
della Corte di cassazione* 305

STEFANIA CARNEVALE

*Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale
e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali* 325

LUCIA RISICATO

*L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale
e crimini contro l'umanità* 351

Il punto su... *La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.*

GIAN PAOLO DEMURO

L'estinzione del reato mediante riparazione 373

SERGIO SEMINARA

Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione 383**Il punto su...** *La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ

La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore 437**Antologia**

FABIO BASILE

Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo? 463

FRANCESCO CALLARI

La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili 475

ALBERTO CAPPELLINI

Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale 499

GAETANO CARLIZZI

Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale 521

RICHARD DUBÉ – MARGARIDA GARCIA <i>L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpae</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>Dalla difesa legittima all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita</i>	765
VICO VALENTINI <i>Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3</i>	785

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO <i>Criminal law, insanity, and neuroscience</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalism and criminal justice decision-making</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Shedding light on the grey area</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>The language of the criminal law</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Decriminalization and “criminal matter”. The graduation of guarantees between form and substance</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Some remarks on the certainty and consistency of judicial decisions</i>	161
 Big themes <i>Protecting the human person</i>	
ROBERTO BARTOLI <i>Brief remarks on end of life starting with the notions of “human being”, “individual” and “person”.</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>Protecting sexual freedom and Cupid’s struggles in the post-modern era</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>The person’s interests protected by the criminal law: old and new nuances</i>	195

MICHELE PAPA

*The physiognomy of the Actus Reus in the structure of sexual offenses:
notes for a reflection on the crisis of the Tatbestand* 213

ANTONIO VALLINI

The legal “discourse” about the “person”: a tentative lexicon 223

Big themes *Historical denialism*

GIULIANO BALBI

Historical denialism between fabrications of history and post-truth 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*From the criminalization of hate speech to the aggravating factor
of historical denialism: nothing more than a further outcome of
“symbolic” criminal law-making?* 265

CORRADO DEL BÒ

Tolerating the intolerable. Historical denialism between ethics and law 291

Big themes *Torture*

GIOVANNI CANZIO

Nazi war crimes in Italy (1943-1945) in the case law of the Cassation Court 305

STEFANIA CARNEVALE

*Torture and mistreatments in prison: penitentiary law procedural
protections supporting substantive tools* 325

LUCIA RISICATO

*The ambiguous texture of the crime of torture, between the militarization
of the criminal law and crimes against humanity* 351

Focus on... *The new provision of Art. 162-ter of the Penal Code*

GIAN PAOLO DEMURO

The extinction of the offense through reparation 373

SERGIO SEMINARA

Private criminal complaints and extinction of the harm caused by means of reparative conducts: food for thought 383**Focus on...** *Private corruption*

FRANCESCO MACRÌ

Private corruption (Art. 2635 of the Civil Code): recent amendments to the "Spazzacorrotti" Law (l. n. 3/2019) and the underlying problems of the Italian provisions in light of the comparative experience 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

Private corruption. A diachronic analysis of the offense's harm spectrum: competition as the child of a lesser God 437**Anthology**

FABIO BASILE

Violence against women and the criminal law: where are we now? 463

FRANCESCO CALLARI

Reforming in malam partem a final decision: from the fight against terrorism and organized crime to futuristic horizons 475

ALBERTO CAPPELLINI

Machina delinquere non potest? Brief remarks on artificial intelligence and criminal liability 499

GAETANO CARLIZZI

Freedom of conviction as a guiding principle for both the legislature and the judge in the criminal trial context 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA <i>Public opinion as the foundation of the right to punish: fragments of a new theory of punishment?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpa</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>From self-defense to legitimized offense? Assessing the rationales of proposed amendments to Art. 52 of the Penal Code</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Crimes beyond intention and mistake in the commission of a crime, between old paradigms and new calls for protection</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle and offense principle according to a liberal ethics</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Potentially lethal state violence and right to life under Art. 2 of the ECHR: on Art. 53 of the Penal Code re-read through the Convention's lenses</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>Criminal liability of medical professionals between generic and specific negligence</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brief remarks on linguistic contamination in the criminal law</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>Gross negligence as a limit to negligence charges: a look at the Penal Codes of unified Italy</i>	765
VICO VALENTINI <i>Duty to assist or right to ram? First remarks on the Sea Watch 3 case</i>	785

Antologia

GAETANO CARLIZZI

IL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO
COME GUIDA PER IL LEGISLATORE E PER IL GIUDICE
NEL CAMPO DEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Evoluzione storica dell’idea di libero convincimento. – 3. Lineamenti teorici del principio del libero convincimento.

1. *Premessa*

Nell’accezione corrente, “libero convincimento” (o formule analoghe, come “prudente apprezzamento”) indica il modo in cui gli organi giudicanti degli ordinamenti contemporanei (giudici o giurati) devono valutare gli elementi utili per risolvere le questioni probatorie di loro competenza. In sostanza, essi devono apprezzare autonomamente, nel senso che chiarirò via via, se e in che misura tali elementi sono in grado di confermare le ipotesi fattuali rilevanti nel processo. La più importante delle questioni probatorie, dunque non l’unica¹, è la c.d. *quaestio facti*, riguardante l’effettiva occorrenza dell’episodio che il promotore del processo adduce a sostegno della propria pretesa di giustizia (es.: fatto descritto nel capo di imputazione formulato dal pubblico ministero).

La semplicità della illustrata nozione di “libero convincimento” non deve trarre in inganno, perché costituisce soltanto il contenuto minimo delle prestazioni che la relativa idea può rendere per una migliore comprensione e attuazione della giustizia penale contemporanea. L’indagine seguente, che riprende un lavoro di più ampia portata², mira proprio a sviscerare questo complesso di possibilità, nella convinzione che l’idea in esame, rettamente intesa sul piano teorico, possa fungere da guida per le attività relative al giudizio penale. Anticipando le conclusioni dell’articolo, peraltro già fissate nel titolo, mi propongo di chiarire, da un lato, cosa significa che, e perché, l’idea di libero convincimento è parte integrante di un vero e proprio principio costituzionale, dall’altro, i vincoli derivanti da tale principio alle attività svolte dal legislatore e dal giudice nel campo del processo penale.

¹ Come conferma, in generale, l’art. 187 c.p.p.

² G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (BO), 2018, al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti, tematici e bibliografici.

In conformità a questo programma, l'articolo è suddiviso in due parti, dedicate, rispettivamente, all'evoluzione dell'idea di libero convincimento nella storia della giustizia penale (§ 2) e alla configurabilità del principio costituzionale del libero convincimento con le sue principali implicazioni (§ 3).

2. *Evoluzione storica dell'idea di libero convincimento*

2.1. Dal punto di vista storico, l'idea di libero convincimento viene alla luce come alternativa ai regimi vincolati di valutazione probatoria. Semplificando un discorso ben più complesso, tali regimi sono accomunati dal fatto di predeterminare attraverso precisi criteri il peso probatorio degli elementi raccolti nel corso del processo, cioè di prestabilire le evidenze che possono confermare o infirmare l'ipotesi accusatoria, nonché la misura di questa capacità.

I regimi vincolati di valutazione probatoria sono riconducibili a due tipi, a seconda che siano di impronta irrazionale oppure razionale, ed è proprio in relazione ai due capi dell'alternativa che si può distinguere il modo in cui l'idea di libero convincimento è penetrata, rispettivamente, negli ordinamenti britannici e in quelli continentali.

2.1.1. Nel primo ambito, tale idea emerse intorno al XIII secolo, per effetto della sostituzione del regime arcaico del giudizio ordalico con quello della decisione rimessa alla giuria. In questo senso, a un giudice che doveva assolvere o condannare a seconda che l'accusato di turno superasse o non una sfida particolarmente impegnativa, se non proibitiva (es.: sopravvivenza a un'immersione a mani e piedi legati in acque gelide)³, fu sostituita una giuria chiamata a decidere in base a una valutazione delle evidenze libera nel senso indicato. Lo stampo irrazionale del regime ordalico, apprezzabile secondo la sensibilità moderna, consisteva nel collegamento indefettibile instaurato tra il peso probatorio della suddetta sfida e la volontà divina. Più precisamente, il superamento di tale sfida era considerato prova certa di innocenza secondo una "logica" riassumibile come segue: poiché è impensabile che Dio voglia che un innocente soccomba all'ordalia cui viene sottoposto; poiché è impensabile che accada qualcosa che Dio non vuole; il superamento dell'ordalia è segno univoco di innocenza.

2.1.2. In ambito continentale, invece, l'idea di libero convincimento affiorò solo verso la fine del XVIII secolo⁴, allorché i costituenti della Francia rivoluzionaria, con i decreti 16-29 settembre 1791 e 8/9 ottobre-3 novembre 1789, decisero di af-

³ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 468-475.

⁴ Su tale fase storica e sui suoi sviluppi successivi, cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974, 145-266.

fidare la decisione della *quaestio facti* a una giuria di ispirazione anglosassone⁵, dunque dotata di piena autonomia valutativa (*"intime conviction"*⁶) e non gravata da obbligo di motivazione. In tal caso, tuttavia, la scelta non costituì una reazione al sistema ordalico, bensì al regime di valutazione probatoria che lo aveva soppiantato in Europa a partire dal XIII secolo, il regime delle prove legali positive⁷.

La particolarità di tale regime consisteva nel fatto che il legislatore, dopo aver prestabilito i tipi di elementi in presenza dei quali il giudice avrebbe dovuto ritenere l'accusato responsabile della vicenda ascrittagli, graduava anche il peso probatorio posseduto da tali tipi⁸. Tutto ciò con la conseguenza che al giudice non restava altro che compiere due operazioni prive di reale discrezionalità: controllare se ciascuno degli elementi raccolti corrispondesse a un tipo di prova legale (es.: dichiarazione confessoria), e il peso che il legislatore aveva attribuito al tipo di volta in volta integrato (es.: la confessione costituiva di per sé prova piena di colpevolezza). In ogni caso, il regime delle prove legali positive, a differenza di quello parimenti vincolato delle ordalie, presentava un'impronta relativamente razionale. Esso, infatti, non faceva altro che assolutizzare il valore probatorio di massime di esperienza spesso abbastanza plausibili, quanto meno in via tendenziale (es.: se l'accusato si dichiara colpevole, in genere non sta mentendo, date le conseguenze sfavorevoli che si accompagnano alla confessione).

Fu proprio la democratica avversione per questa dispotica assolutezza, ritenuta in contrasto con l'autonomia dei giurati quali rappresentanti del popolo, che spinse

⁵ Sulla genesi di questa scelta, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai "Philosophes" alla Costituente*, Milano, 1994.

⁶ Significativa la direttiva che il giudice impartiva alla giuria: "*la loi ne demande pas compte des moyens par lesquels [les jurés] se sont formé une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et le moyens de la défense*"; di qui la secca domanda conclusiva: "*avez-vous une intime conviction?*". La direttiva induce a considerare caricaturali alcune rappresentazioni contemporanee dell'*intime conviction*: il monito rivolto ai giurati a "interrogarsi sull'impressione che le prove addotte a carico dell'accusato e i mezzi della difesa hanno esercitato sulla loro ragione", cioè l'appello a una critica di tipo dialettico, mostra l'irriducibilità dell'*intime conviction* a un fenomeno puramente intuitivo ed emozionale.

⁷ Sul punto, G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, Napoli, 1979.

⁸ Per una rigorosa connotazione logico-formale della differenza tra prova legale positiva e prova legale negativa (propugnata da Gaetano Filangieri e operante nell'ordinamento tedesco fino alla metà del XIX secolo come alternativa alla prima forma), L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, 127. Così, prova legale positiva è l'elemento sufficiente (ma non necessario), prova legale negativa è l'elemento necessario (ma non sufficiente), per ritenere provata un'ipotesi fattuale. In sostanza, nel primo caso, la presenza dell'elemento impone al giudice di ritenere provata l'ipotesi; nel secondo caso, lo autorizza a ritenerla provata, ma non glielo impone, ben potendo il giudice ritenere prevalenti gli elementi di segno contrario.

i costituenti francesi e poi, via via, i legislatori di altri Paesi europei a incentrare i rispettivi regimi di valutazione probatoria sull'idea di libero convincimento.

2.2. Qui non è possibile dar conto delle varie forme in cui tale idea operò nei vari ordinamenti continentali, ma ci si deve accontentare di ricostruirne l'evoluzione nei codici pre- e postunitari italiani, suddividendo idealmente quattro fasi⁹. Sin d'ora può dirsi che la carrellata mette in luce un dato di grande importanza teorica: il ruolo svolto dall'idea di libero convincimento in ciascun sistema processuale non dipende soltanto dall'assenza di criteri legalmente pre-stabiliti di valutazione probatoria, bensì, più in generale, dalla complessiva disciplina dell'attività di accertamento fattuale¹⁰. In particolare, è importante tener conto anche dell'impronta, inquisitoria, accusatoria o mista, del rito di turno (quale variabile che condiziona la raccolta del materiale su cui si forma il libero convincimento), nonché dell'esistenza o non di un obbligo di motivazione a carico dell'organo competente a risolvere le questioni probatorie (giacché, se è vero che tale obbligo non implica di per sé la logicità del giudizio in fatto, è pur vero che ne garantisce il controllo, e quindi stimola il giudice a coltivarla, per evitare di incorrere in censure nei gradi successivi).

2.2.1. A differenza di quanto avvenne nella Francia rivoluzionaria, negli Stati italiani preunitari l'idea di libero convincimento non ebbe inizialmente un'ispirazione strettamente democratica. L'autonoma valutazione probatoria fu infatti affidata a giudici togati, anziché alla giuria popolare. Ciò avvenne innanzitutto nel codice del Regno (napoleonico) d'Italia del 1807, che diede vita a una soluzione dispotica, se non a una "cospicua stortura"¹¹: il suddetto deficit di democraticità fu persino incrementato dalla mancata previsione di qualsivoglia obbligo di motivazione fattuale. Analoga fu la soluzione seguita nel 1808 nel Granducato di Toscana. Altri testi normativi optarono invece per una soluzione intermedia: libero convincimento, sì, del giudice togato, ma con obbligo di motivazione (codice del Regno delle due Sicilie del 1819 e Regolamento di procedura criminale dello Stato Pontificio del 1831).

⁹ Su tale evoluzione storica, cfr., per tutti, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 200-266; per un'efficace sintesi: E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 19-32.

¹⁰ Anche su questo punto illuminante M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 217: "Parlare di 'libero convincimento' significa, quindi, porre un problema anziché risolverlo. Si tratta effettivamente di una formula polivalente, perché condizionata via via dalla struttura complessiva dei vari ordinamenti processuali che la adottarono, dalle scelte politiche in essi sottintesi, dalle ideologie dell'interprete, chiamato a dare un significato concreto a quella petizione di libertà".

¹¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2010, 69.

2.2.2. La seconda fase dell'evoluzione storica in esame coincise col ritorno all'archetipo democratico francese, cioè con l'introduzione della giuria e l'affidamento della *quaestio facti* alla sua autonoma valutazione probatoria, senza obbligo di motivazione. Soluzione, questa, in un primo momento limitata dalla codificazione albertina del 1848 ai reati di stampa, poi estesa nel 1859 a tutti i reati. Con l'unità di Italia del 1861 e l'estensione all'intera penisola della normativa sardo-piemontese nel 1865, lo stesso modello acquisì una portata autenticamente nazionale e fu conservato nella rielaborazione codicistica del 1913.

2.2.3. La terza fase fu inaugurata dal c.p.p. del 1930, che, nonostante la matrice fascista, riprese il modello borbonico garantista del 1819, affidando il giudizio di fatto a giudici di carriera tenuti a motivare sul punto. In effetti, se, da un lato, l'idea di libero convincimento continuò a valere per la mancanza di previsioni legali sulla forza probatoria di certi elementi, dall'altro, subì una degenerazione sul piano operativo, giacché la giurisprudenza la estese dall'attività di valutazione probatoria, cui è connaturale in quanto idea epistemica, alle attività di ammissione e assunzione probatoria, rientranti piuttosto nella dimensione pratica della funzione giudiziale. Il richiamo al libero convincimento venne così sfruttato per eludere surrettiziamente i divieti e i limiti di ammissione e di assunzione probatoria stabiliti in modo esplicito o implicito dallo stesso codice di rito (cd. "prova libera", ad es.: lettura, a fini di utilizzazione, delle dichiarazioni rese dall'imputato nell'interrogatorio, per superare il divieto di testimonianza sul punto)¹².

2.2.4. L'ultima fase, ancora in corso, riflette la lettura costituzionalmente orientata del codice di rito vigente. Ancora una volta l'idea di libero convincimento come guida della valutazione probatoria del giudice togato, soggetto a obbligo di motivazione, non trova un riscontro esplicito generale¹³ (come accade, invece, nell'art. 116, comma 1, c.p.c., nonché nell'art. 64, comma 4, c.p.a.), ma emerge solo "in controluce". Essa traspare, in generale, nel comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., in particolare, nelle altre norme che, pur disciplinando l'apprezzamento probatorio del giudice, ne rispettano sostanzialmente l'autonomia, cioè la relativa libertà di selezione dei sottostanti criteri ed elementi

¹² Per altri esempi di siffatte degenerazioni, cfr. il prezioso inventario di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 297-449.

¹³ In effetti, da un lato, nei giudizi dinanzi alla *Corte di assise*, i giudici popolari devono recitare una formula di giuramento che fa riferimento al loro "intimo convincimento" (art. 30, comma 1, l. 10 aprile 1951, n. 287); dall'altro, l'art. 420 *ter*, comma 2, c.p.p., relativo alla *specific*a questione se la probabilità che l'assenza dell'imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore, stabilisce che "tale probabilità [sia] liberamente valutata dal giudice" (al riguardo, v. anche *sub* 3.2.1).

(artt. 192, comma 3, 238, comma 4, 408, 425, commi 1 e 3 ecc.)¹⁴, in omaggio a ben precisi valori. Quali sono questi valori e, soprattutto, le implicazioni che ne derivano per la giustizia penale, sono questioni in parte controverse, in parte addirittura inesplorate. Di entrambe mi occuperò nel prossimo paragrafo.

2.3. Intanto, a completamento della carrellata storica, è utile passare in rassegna i casi principali in cui la giurisprudenza di legittimità ha invocato la nostra idea.

2.3.1. Ciò è avvenuto, innanzitutto, sotto i due profili fondamentali della ricostruzione del fatto in giudizio: quello dell'attendibilità probatoria, dove si è sostenuto in generale che possono risultare di per sé credibili le dichiarazioni della persona offesa, sebbene sia in conflitto con l'imputato, perché non esiste una gerarchia tra i diversi mezzi di prova¹⁵; quello della persuasività probatoria, dove si è concluso che la mancata presentazione in giudizio dell'imputato può valere come elemento concorrente a sostegno della tesi accusatoria¹⁶, oppure che i rapporti di parentela possono indiziare l'esistenza di un *pactum sceleris*¹⁷. In secondo luogo, suscettibile di valutazione autonoma è stato ritenuto il fatto processuale dell'impedimento dell'imputato a comparire all'udienza: il giudice potrebbe apprezzarlo in base alle regole di esperienza e conoscenze mediche comuni, persino in contrasto con la prognosi stabilita in un certificato specialistico¹⁸.

D'altro canto, tenendo conto della stretta inerenza del libero convincimento alla valutazione probatoria, inappropriato appare il richiamo fatto ad esso con riguardo: al potere del gip di archiviare prescindendo dalle ragioni addotte dal p.m.¹⁹ (che non coinvolge problemi di valore probatorio), al potere giudiziale di bilanciamento tra circostanze²⁰ (che dipende dall'interpretazione dell'art. 69 c.p.) e all'impiego in giudizio del riconoscimento fotografico di p.g.²¹ (che pone questioni di ammissibilità dei mezzi di prova).

2.3.2. D'altro canto, il terreno sul quale l'idea di libero convincimento è stata sfruttata maggiormente dalla giurisprudenza è quello della prova scientifica. Gli interrogativi emersi al riguardo, numerosi e complessi, investono i limiti entro cui il giudice può risolvere le questioni fattuali specialistiche prescindendo o, addirittura

¹⁴ Per un quadro più ampio di tali riferimenti normativi, cfr. M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze. Atti del convegno, Siracusa, 6-8 dicembre 2002*, Milano, 2004, 49.

¹⁵ Cass., Sez. III, 18 settembre 2014, n. 42027, in CED Cass., n. 260986.

¹⁶ Cass., Sez. Sez. II, 1 marzo 2017, n. 16563, in CED Cass., n. 269507.

¹⁷ Cass., Sez. Sez. IV, 1 agosto 1996, n. 1956, in CED Cass., n. 205940.

¹⁸ Cass., Sez., V, 13 luglio 1993, n. 8236, in CED Cass., n. 195830.

¹⁹ Cass., Sez. IV, 16 novembre 2016, n. 51557, in CED Cass., n. 268343.

²⁰ Cass., Sez. II, 10 dicembre 2003, n. 14463, in CED Cass., n. 228774.

²¹ Cass., Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 6456, in CED Cass., n. 266023.

tura, discostandosi dalle opinioni di un esperto in giudizio²². Per lungo tempo le risposte fornite hanno inteso l'autonomia valutativa del giudice in termini pressoché illimitati, cioè tali da lasciare al suo arbitrio ogni decisione sul se e come ricorrere al sapere dei cultori delle discipline scientifiche. È solo nell'ultimo decennio, in particolare a partire dalla celebre sentenza Cozzini²³, che la giurisprudenza di legittimità ha inteso la suddetta autonomia in modo pienamente equilibrato: se, da un lato, il giudice deve avvalersi dell'ausilio di esperti, dall'altro, non deve appiattirsi sulle loro conclusioni, bensì sottoporre a un preciso scrutinio epistemologico l'affidabilità dei criteri su cui poggiano (leggi, ma anche definizioni, descrizioni scientifiche ecc.²⁴).

3. Lineamenti teorici del principio del libero convincimento

3.1. Nella letteratura sul libero convincimento, un dato colpisce soprattutto: sebbene si usi spesso il termine "principio", manca in genere una riflessione sul senso e i corollari della tesi morfologica sottostante. La lacuna spicca già nel capolavoro giovanile di Massimo Nobili, che, pur parlando sin dal titolo di "principio del libero convincimento", non si sofferma mai sulla sua natura. Anzi, nella fase finale della propria attività scientifica, il grande studioso, memore delle distorsioni della "prova libera" proliferate sotto il vigore del c.p.p. del 1930 (v. *sub* 2.2.3), abbandona addirittura la locuzione "principio", in favore di formule ("assioma potente, magico", "figura", "clausola", "formula magica", "postulato"²⁵) che esprimono solo sfiducia nell'utilità teorica e nell'opportunità pratica del richiamo al libero convincimento²⁶.

²² Per un quadro più articolato di tali interrogativi e delle conseguenti risposte, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*, cit., 31. Sulla prova scientifica in generale, sia consentito il rinvio a ID., *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019.

²³ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in CED Cass., n. 248943.

²⁴ Per questi e altri tipi di proposizioni scientifiche integranti i criteri della valutazione di persuasività probatoria, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, cit., 36-42.

²⁵ M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula*, cit., 34, 49, 59; in termini simili, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 185: "più che di libero convincimento, occorre parlare di valutazione *legale e razionale*" (corsivi nell'orig.); G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 163 ("canone").

²⁶ Al riguardo, vale la pena citare testualmente il seguente passo, tratto da M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula*, cit., 59: "Penso [...] che il 'convincimento libero' del giudice, quanto di benefico doveva partorire, già lo diede negli anni tra Voltaire e Carrara. Da allora, è stato solo un calvario, una tribolazione di storpiature, equivoci, concetti e categorie manipolate [...]. Sfarebbe tempo di abbandonarlo, nel senso di parlarne, ammirati, come – ammirati – parliamo di Leopardi o del Rinascimento".

Può darsi che questo stato di cose dipenda anche dal fatto che lo statuto dei principi giuridici è stato approfondito dalla teoria del diritto soprattutto negli ultimi decenni, dunque che le relative acquisizioni non hanno ancora una collocazione stabile nel patrimonio della dogmatica giuridica. Oltretutto, come chiarirò tra breve, le peculiarità morfologiche dei principi giuridici sono ancora discusse nella stessa teoria del diritto, sicché è comprensibile la tendenza della dogmatica a non impegnarsi in indagini su temi per molti versi ancora oscuri.

Ad ogni modo, ferma restando l'inopportunità di ricorrere acriticamente a un'etichetta così impegnativa come "principio del libero convincimento", vi sono buone ragioni per ritenere che essa possa essere usata a giusto titolo. Pertanto, mi propongo, da un lato, di stabilire cosa significa che un'idea ha le sembianze di un principio giuridico, dall'altro, di chiarire perché l'idea di libero convincimento ha tali sembianze.

3.2. Per stabilire cosa significa che un'idea costituisce un principio giuridico, è necessario innanzitutto distinguere i principi giuridici (d'ora in poi: "principi") da due figure affini, le regole giuridiche (d'ora in poi: "regole") e le tendenze disciplinari.

3.2.1. Le regole sono prescrizioni che qualificano deonticamente (come obbligatori, vietati, leciti, potestativi ecc.²⁷), dal punto di vista del diritto, certi tipi di comportamenti, descritti in maniera più o meno precisa (es.: divieto di arricchirsi indebitamente a danno altrui con dichiarazioni o contegni ingannevoli, *ex art. 640 c.p.*). Data la natura artificiale di ogni ordinamento storico, tali qualificazioni e descrizioni sono in ultima analisi strumentali alla protezione/promozione dei valori riconosciuti nella relativa comunità (es.: patrimonio in senso lato e lealtà delle relazioni negoziali, nel caso dell'*art. 640 c.p.*). Il collegamento funzionale tra regole e sfera assiologica fa sorgere il problema della loro distinzione rispetto ai principi, che pure sono norme funzionali alla realizzazione di valori. La questione verrà affrontata *sub* 3.2.3. Per ora basti dire che i criteri discretivi maggiormente utilizzati non sono scorretti, ma hanno carattere epifenomenico, cioè sono il mero riflesso del criterio discretivo davvero primario.

Ciò posto, di "regola del libero convincimento" avrebbe senso parlare a proposito di una prescrizione secondo cui giudizi fattuali di un certo tipo (es.: apprezzamento degli elementi raccolti in dibattimento, volto a stabilire se l'imputato ha commesso il fatto ascrittogli) possono essere svolti dal giudice autonomamente, senza, cioè, sottostare a direttive prestabilite circa il valore probatorio (*scil.*: l'attendibilità o la persuasività) di elementi di una determinata specie

²⁷ Su queste e altre qualità deontiche, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 109-179.

(direttive quali: le dichiarazioni del teste pubblico ufficiale sono sommamente affidabili; il reperimento delle impronte digitali dell'imputato sul corpo della vittima conferma senz'altro la sua responsabilità per l'omicidio).

Sennonché, ciò non sembra avvenire nel nostro rito penale. Infatti, è vero che l'art. 420 *ter*, comma 2, c.p.p. dispone che “[La] probabilità [che l'assenza dell'imputato all'udienza sia dovuta ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore] è liberamente valutata dal giudice”. Ma è pur vero che, accanto a questa statuizione puntuale, vi è la norma derivante dal comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., secondo cui ogni forma di apprezzamento probatorio gode in linea di massima di piena autonomia. Sul punto tornerò più ampiamente *sub* 3.3.1.

Ad ogni modo, intesa come parte integrante di una regola, l'idea di libero convincimento avrebbe un rilievo dogmatico modesto, ma teorico e normativo infimo. Infatti, da un lato, nulla aggiungerebbe al contenuto della disposizione di turno, dall'altro, potrebbe essere limitata mediante prescrizioni derogatorie o addirittura neutralizzata tramite l'abrogazione delle suddette regole.

3.2.2. Le tendenze disciplinari sono situazioni che, per effetto della vigenza di regole omogenee relative a una stessa materia, si formano nel relativo campo di esperienza. Si pensi alle varie misure di contrasto di certe forme di criminalità economica, che creano limitazioni più o meno penalizzanti per i relativi autori e vantaggiose per i consociati.

Sempre con riguardo al nostro rito penale, l'idea di libero convincimento non potrebbe essere ricondotta a una semplice tendenza disciplinare. Nel punto precedente si è visto, infatti, che essa non si è tradotta in mere regole puntuali. In tale ambito, dunque, non accade semplicemente che il giudice è di fatto autonomo quando valuta le prove, bensì che tale autonomia costituisce un caposaldo, nel senso che sarà meglio illustrato nel prossimo punto.

Ora, se pure fosse intesa come parte integrante di una semplice tendenza disciplinare, l'idea di libero convincimento rivestirebbe interesse soprattutto per il sociologo del diritto, non tanto per il giurista teorico o pratico. Tale tendenza, infatti, sebbene fondata su una serie di regole, non costituirebbe a sua volta alcuna regola nuova, anzi potrebbe essere agevolmente limitata o neutralizzata con appositi interventi riformistici.

3.2.3. Così come le regole e a differenza delle tendenze disciplinari, i principi hanno carattere normativo. Anch'essi sono cioè prescrizioni, solo che qualificano in termini deontici, non già un tipo di comportamento che realizza un valore, bensì la generica attuazione di quest'ultimo. Per fare qualche esempio, limitato al

campo, capitale ma non esclusivo, dei principi costituzionali²⁸, il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) pretende che si realizzi (in qualche modo) la parità di trattamento delle situazioni significativamente analoghe e la disparità di trattamento delle situazioni significativamente diverse, il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) pretende che si realizzi (in qualche modo) l'autodeterminazione individuale, e così via²⁹.

Se questo è vero, se cioè i principi avanzano tipicamente una generica pretesa di realizzazione di certi valori, si comprende perché molti teorici del diritto hanno incentrato la distinzione principi/regole sull'alternativa norme indeterminate (defettibili e/o a fattispecie aperta e/o imprecise) / norme determinate (indefettibili e/o a fattispecie chiusa e/o precise)³⁰.

Senonché, tale criterio, contenutistico, valorizza un aspetto discretivo epifenomenico, cioè che non riflette la reale differenza tra principi e regole. A mio avviso, è preferibile ricorrere a un diverso criterio, funzionale, consistente nell'alternativa norme fondanti/norme fondate³¹. Così, posto che il diritto, specie nello Stato costituzionale contemporaneo³², serve in definitiva all'attuazione dei valori da cui dipende l'ottimale convivenza civile, i principi stabiliscono la generica pretesa di realizzazione di tali valori, mentre le regole specificano i modi della loro realizzazione, tenuto conto di tutte le particolarità delle situazioni di volta in volta disciplinate. Pertanto, i principi costituiscono le *rationes* sottostanti a insiemi omogenei e più o meno ampi di regole, che ne risultano così giustificate.

Peraltro, il rapporto fondativo, sebbene primario, non è l'unico che lega i principi alle regole, anzi genera una serie di rapporti ulteriori, che indicano altrettante funzioni assolvibili dai primi rispetto alle seconde. Mi riferisco soprattutto alla funzione ermeneutica, alla funzione maieutica e alla funzione critica. Così, se fanno da *rationes* alle regole, i principi consentono di: comprendere in modo più puntuale e profondo le regole espresse dalle varie fonti del diritto; ricavare regole non espresse

²⁸ Con riguardo, invece, ai "principi generali dell'ordinamento" ex art. 12 disp. prel. c.c., cfr. V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 101-106.

²⁹ Sul "passaggio dal diritto penale delle regole e delle categorie a quello dei principi come atto di nascita della scienza penale moderna", v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 61-66.

³⁰ Sul punto, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 173-180; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 76-96.

³¹ Così anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 180, secondo cui ulteriori caratteristiche (apertura della fattispecie, defettibilità, genericità), in quanto non esclusive dei principi, non possono ritenersi propriamente costitutive della loro definizione. Relativamente diversa la posizione di G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., 85 s., 87, 90, secondo cui, posto che nessuna delle caratteristiche invocate per distinguere in modo forte i principi dalle regole è esclusiva dei primi, la distinzione va concepita in termini, non già categorici, bensì gradualistici, nel senso che i principi sono norme più generiche, più indeterminate e più importanti delle regole.

³² In tema, V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, Torino, 2016.

eppure immanenti al sistema giuridico che essi alimentano; censurare le regole prive di una *ratio* significativa o di pari rango a quello da essi rivestito.

3.3. Finalmente è giunto il momento di chiedersi, sempre con riguardo al nostro ordinamento, se l'idea di libero convincimento componga un vero e proprio principio giuridico.

3.3.1. Riprendendo e approfondendo uno spunto lanciato *sub* 3.2.1, là dove si è escluso che tale idea integri una semplice regola, la questione va risolta in senso positivo. Stabilendo, attraverso il comb. disp. artt. 192 (sulla "valutazione della prova"), comma 1-187 (sull'"oggetto della prova"), che il giudice può scegliere, purché li esponga chiaramente, i criteri utilizzati in ogni momento e per ogni tema probatorio, il nostro c.p.p. ha propeso in generale per la realizzazione di un ben preciso valore. È il valore dell'autonomia del giudizio fattuale, da intendere, secondo la tradizione filosofica relativa all'idea di autonomia³³, come libertà vincolata, come sintesi di altri due valori, egualmente meritevoli di realizzazione³⁴. Innanzitutto, la "concretezza della valutazione probatoria", cioè la libera aderenza alle singolarità del fatto da provare, che ispira il rifiuto del regime della prova legale assoluta e il connesso riconoscimento del potere giudiziale di selezione e di impiego dei criteri probatori. Inoltre, la "logicità della valutazione probatoria", cioè la soggezione di quel potere (soltanto) a parametri logici, che ispira l'obbligo di ricorrere a criteri logico-materiali (leggi scientifiche collaudate, massime di esperienza plausibili ecc.) e di impiegarli nel rispetto dei principi logico-formali (di identità, di non contraddizione ecc.), nonché l'obbligo di motivare a garanzia dell'adempimento del primo³⁵.

In definitiva, il vigente sistema processualpenalistico pretende che si realizzi l'autonomia della valutazione probatoria, in particolare la concretezza e la logicità di quest'ultima, intese come precondizioni di accertamento della verità delle ipo-

³³ Il principale riferimento è I. KANT, *Critica della ragion pratica*, Roma-Bari, 1991, 35, che individua nella *possibilità* di determinarsi *sottostando* alle leggi della ragione la cifra dell'autonomia: «[la] indipendenza [da un oggetto desiderato] è la libertà nel senso *negativo*; invece, questa *legislazione propria* della ragion pura e, come tale, pratica, è la libertà nel senso *positivo*. Dunque la legge morale non esprime nient'altro che l'*autonomia* della ragion pura pratica, cioè della libertà» (sottolineature nell'orig., ma in forma spaziata).

³⁴ In termini analoghi, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 68: "Con l'espressione *libero convincimento* si vuole significare che il giudice è "libero" di convincersi e, al tempo stesso, è "obbligato" a motivare razionalmente [...]" (corsivi nell'orig.).

³⁵ Sui molteplici problemi della valutazione probatoria, cfr., per tutti, J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, spec. 87-143; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 249-284.

tesi fattuali prospettate nel processo (*in primis* di quella accusatoria)³⁶, dunque di giustizia della decisione finale³⁷. E tale pretesa costituisce un vero e proprio principio perché, avendo ad oggetto la realizzazione dei valori della materia probatoria prescelti dalla nostra cultura giuridica, può fungere da fondamento delle relative regole codicistiche: sia di quelle in cui si specifica l'obbligo di motivazione in fatto stabilito in generale dall'art. 192, comma 1, sia di quelle che stabiliscono particolari requisiti (es.: art. 192, comma 2) o standard (es.: artt. 408, 125 norme att., 425, commi 1 e 3, 533, comma 1) probatori.

Né, la descritta autonomia subisce eccezioni dalle sporadiche disposizioni relative al valore probatorio di determinati elementi. Tale valore, infatti, non è mai stabilito in termini assoluti: o perché è ammessa la prova contraria (es.: *ex* art. 275, comma 3, c.p.p., la presunzione di sussistenza di esigenze cautelari nel caso in cui sussistano gravi indizi di colpevolezza per i reati di cui agli artt. 270, 270 bis e 416 *bis* c.p. è solo relativa), oppure perché si esigono requisiti probatori, sì, supplementari, ma non collegati a specifici tipi di elementi (es.: *ex* art. 192, comma 3, c.p.p., le dichiarazioni del coimputato e dell'imputato in procedimento connesso non possono ritenersi da sole attendibili e devono essere confermate da altri elementi, ma questi possono essere di qualunque tipo). In sostanza, in entrambi gli ordini di ipotesi, il giudice può autonomamente stabilire se gli elementi raccolti integrano la prova contraria o, rispettivamente, il requisito supplementare di turno, sicché la sua libertà di convincimento resta integra.

3.3.2. Se il principio del libero convincimento fosse ricavabile soltanto dal comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., esso sarebbe di rango puramente legislativo. Nondimeno, per quanto in maniera sporadica, la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato anche la tesi del suo rango costituzionale. Ovviamente, seguire l'uno o l'altro capo dell'alternativa non è indifferente, come tenterò di mostrare in seguito.

Intanto consideriamo la principale tesi sul rango costituzionale del principio del libero convincimento: esso affonderebbe le proprie radici nell'art. 101, comma 2, Cost., il quale, stabilendo che solo la legge può limitare l'autonomia deci-

³⁶ Sui principali nessi (concettuale e teleologico) tra prova e verità, v. J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, 79-85. Sul ruolo della verità nel giudizio penale, cfr., F. CAPPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in "Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti-G. Varraso-M. Caputo, Napoli, 2014, 199-218; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 103-118.

³⁷ Sulle concezioni del processo secondo cui l'accertamento della verità delle ipotesi fattuali ivi prospettate costituisce un necessario presupposto di giustizia della decisione (cd. "concezioni aleatiche"), cfr., volendo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, cit., 68 s.

sionale del giudice, fa valere quest'ultima in linea di massima³⁸. La tesi è stata criticata dal più attento studioso del tema, Massimo Nobile, e a giusta ragione, poiché genera un paradosso³⁹, riassumibile come segue. Il principio in esame ha sempre funzionato come alternativa al regime delle prove legali, sicché, considerandolo espressione del principio di soggezione del giudice alla legge, si finirebbe per farlo dipendere proprio da quel legislatore che esso dovrebbe limitare. D'altro canto, alla *pars destruens*, Nobile non fa seguire una tesi alternativa sul fondamento costituzionale del principio del libero convincimento, giacché questo, nel momento in cui scrive, gli appare più che mai evanescente. Anzi, al termine della propria riflessione, egli assume che persino la Corte costituzionale, in alcune decisioni del 2002, avrebbe concluso che "il principio del 'convincimento libero' non è stabilito dal nostro testo fondamentale"⁴⁰.

A mio avviso, se non è plausibile la tesi che collega il nostro principio all'art. 101, comma 2, Cost., neppure può condividersi la tesi che ne nega il rango costituzionale. Provo a riassumere brevemente gli argomenti rilevanti per questa seconda critica. Nel punto precedente si è detto che, nella prospettiva del comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., tale principio ha in definitiva di mira i valori della concretezza e della logicità della valutazione probatoria. Il primo, perché il giudice deve solo dar conto dei criteri probatori adottati (oltre che dei risultati raggiunti), mentre può sceglierli liberamente a seconda delle peculiarità dell'ipotesi fattuale da provare e degli elementi emersi al riguardo. Il secondo, perché il giudice, avendo l'obbligo di esporre i suddetti criteri (e risultati), da un lato, è indotto a rispettare i parametri logico-formali e logico-materiali correnti (v. *sub* 3.3.1), dall'altro, offre alle parti e ai terzi la possibilità di formulare censure fondate su questi ultimi. Ora, a ben vedere, i due suddetti valori non sono presi di mira soltanto dal legislatore, ma prima ancora dalla Carta fondamentale. L'esigenza di concretezza della valutazione probatoria discende dal principio di ragionevolezza della legge – tratto in origine dall'art. 3, comma 2, Cost., poi ritenuto ubiquitario nel nostro ordinamento⁴¹ –, il quale impone al legislatore di garantire la costante aderenza delle sue prescrizioni alle singolarità dei fatti che ne formano oggetto, ed è pertanto in conflitto con i cosiddetti "automatismi legisla-

³⁸ Sul punto, M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula*, cit., 43, il quale attribuisce la tesi, da un lato, ad alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, dall'altro, a P. Morosini.

³⁹ *Ibidem*: "Come una libertà dalla legge – per la critica delle prove penali – possa essere postulata da parole in cui sta scritto che il giudice (non ad altro, ma) alla legge deve essere soggetto, si pose da anni, per me come un mistero" (corsivi nell'orig.).

⁴⁰ *Ivi*, 47.

⁴¹ Cfr. V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, cit., 98-119, 145-150; S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano 2008, 17-40.

tivi”⁴², ivi comprese – appunto – le regole assolute di prova legale⁴³. L’esigenza di logicità della valutazione probatoria è invece implicata dall’art. 111, comma 6, Cost., il quale, prevedendo che “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”, cioè l’onnipresenza della principale garanzia di logicità giudiziale (v. *sub* 3.3.1), eleva anche quest’ultima – appunto – a valore fondamentale⁴⁴.

Stabilita la rilevanza costituzionale del principio del libero convincimento, vanno chiarite infine le conseguenze di questo inquadramento. Ed è proprio qui che si coglie appieno il senso del titolo del presente scritto. Infatti, se il nostro principio avesse rango meramente legislativo, esso si rivolgerebbe soltanto al giudice, da un lato, vietandogli di dar vita a presunzioni probatorie assolute⁴⁵, dall’altro, imponendogli di avvalersi dei comuni strumenti della logica (formale e materiale) nella formazione del suo giudizio in fatto. Se, invece, come sembra possibile e opportuno, al principio del libero convincimento si riconosce rango costituzionale, i suoi corollari risultano ben più significativi, in quanto esso vincola innanzitutto il legislatore, da un lato, vietandogli di introdurre regole assolute di prova legale, dall’altro, imponendogli di formulare regole che, nel rispetto del limite appena indicato, promuovano la logicità della valutazione probatoria del giudice.

I fondamenti del diritto delle prove penali possono ritenersi con ciò esauriti? La risposta, che qui può essere solo abbozzata, è senz’altro negativa. Il principio del libero convincimento, quale prescrizione tendenzialmente avversa al regime della

⁴² Esempi del passato (oltre a quello, centrale ai nostri fini, della prossima nota): inderogabilità della regola circa la differenza massima di età tra adottante e adottato, stabilita in 40 anni dall’art. 6, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184; perdita automatica della potestà genitoriale in capo al responsabile del delitto di alterazione di stato. Sul punto, cfr. la preziosa ricostruzione di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013.

⁴³ Tali potevano considerarsi le presunzioni assolute di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p. *ante* l. 16 aprile 2015, n. 147 (la quale, trasformandole in relative, ha portato a compimento un *iter* avviato dalla giurisprudenza costituzionale). Più precisamente, prima di tale riforma, per certi tipi di reato, si prevedeva, senza possibilità di prova contraria, che l’unica forma di misura cautelare adeguata fosse la custodia cautelare in carcere. Che tali presunzioni assolute non fossero altro che regole di prova legale, va inteso nel senso seguente. Una volta accertata, peraltro sulla base di una presunzione legale relativa, la sussistenza di esigenze cautelari, l’ulteriore giudizio circa l’adeguatezza di una certa misura a fronteggiarle era rigidamente predeterminato dal legislatore, sulla scorta di una massima – *grosso modo* – del seguente tenore: “se qualcuno è presunto autore di omicidio volontario ecc. e vi è il pericolo di reiterazione del reato, allora è provato che tale pericolo può essere neutralizzato solo applicando la custodia cautelare in carcere”.

⁴⁴ Sullo “statuto epistemologico del processo penale”, cfr. G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in Id.-L. Lupária (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2017, 3, 7-9.

⁴⁵ Si noti che la stessa prassi tende ad escludere siffatte “presunzioni giurisprudenziali”: come visto *sub* 2.3.1, le sentenze si rifiutano in genere di ancorare l’attendibilità delle informazioni probatorie a gerarchie prestabilite tra le rispettive fonti. Sulle presunzioni giurisprudenziali, cfr. C. GAMBA, *Presunzioni [Dir. proc. civ.]*, in *www.treccani.it*, 2016, § 3.

prova legale e favorevole all'uso della logica, non basta a garantire la perfetta attuazione della giustizia penale⁴⁶. La quantità e l'importanza dei beni su cui quest'ultima può incidere (a cominciare dalla libertà, dignità ecc. dell'imputato) impone di correlarlo a un altro principio, quello del ragionevole dubbio, che valorizza l'ulteriore esigenza di "certezza ottimale della prova penale"⁴⁷. Nell'imporre tutto ciò che è utile, non solo sul piano epistemico, ma anche su quello pratico⁴⁸, per il rigore del controllo dell'ipotesi accusatoria, il principio del ragionevole dubbio massimizza infatti l'efficacia del principio del libero convincimento, così garantendo al meglio la giustizia della decisione conclusiva del giudice.

⁴⁶ Altro discorso vale per la giustizia civile e per quella amministrativa, che, in materia probatoria, da un lato, si ispirano principalmente al principio del libero convincimento, dall'altro, ammettono ancora ipotesi di prova legale in omaggio ad altri valori. Su questi temi, cfr. M. RUSSO, *Prova legale e libero convincimento*, Torino, 2017.

⁴⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio*, cit., 49-99.

⁴⁸ Sulla duplice funzione, "epistemica" e "pratica", del principio del ragionevole dubbio, cfr., volendo, *ivi*, 87 s. Qui basti rilevare che la "funzione pratica" è venuta alla luce grazie a due celeberrime sentenze delle Sezioni Unite, Dasgupta (28 aprile 2016, n. 27620, non massim. sul punto) e Patalano (19 gennaio 2017, n. 18620, non massim. sul punto), le quali, proprio richiamandosi all'idea di ragionevole dubbio, hanno imposto al giudice di appello che intenda ribaltare la sentenza di assoluzione resa dal giudice di primo grado (con rito ordinario o con rito abbreviato) di *riesaminare* (ecco l'attività pratica, anziché epistemica, doverosa) i testimoni su cui tale sentenza poggia (regola poi introdotta nell'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p., dalla l. 23 giugno 2017, n. 103: cd. "riforma Orlando").

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

GIULIANO BALBI – Professore ordinario nell’Università della Campania
“Luigi Vanvitelli”

ROBERTO BARTOLI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

FABIO BASILE – Professore ordinario nell’Università di Milano

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro
Cuore di Milano

FILIPPO BELLAGAMBA – Professore associato nell’Università di Siena

FRANCESCO CALLARI – Dottore di ricerca nell’Università di Palermo

GIOVANNI CANZIO – Primo Presidente emerito della Suprema Corte di
cassazione

ALBERTO CAPPELLINI – Dottorando di ricerca nell’Università di Firenze

GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma

STEFANIA CARNEVALE – Professore associato nell’Università di Ferrara

MAURIZIO CATINO – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell’Università di Pavia – Institute
for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

CORRADO DEL BÒ – Professore associato nell’Università di Milano

GIAN PAOLO DEMURO – Professore ordinario nell’Università di Sassari

RICHARD DUBÉ – Professeur agrégé nell’Università di Ottawa (Canada)

GIOVANNI FLORA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

MARGARIDA GARCIA – Professeure agrégée nell’Università di Ottawa (Canada)

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell’Università di Bologna

MASSIMILIANO LANZI – Dottore di ricerca nell’Università di Parma

FRANCESCO MACRÌ – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
GIORGIO MANIACI – Professore associato nell'Università di Palermo
GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell'Università di Firenze
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell'Università di Siena
GHERARDO MINICUCCI – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze
CATERINA PAONESSA – Ricercatore nell'Università di Firenze
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell'Università di Firenze
PIER FRANCESCO POLI – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano
LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell'Università di Messina
SERGIO SEMINARA – Professore ordinario nell'Università di Pavia
MICHELE TARUFFO – Professore emerito nell'Università di Pavia
ANDREA FRANCESCO TRIPODI – Ricercatore nell'Università di Macerata
VICO VALENTINI – Professore associato nell'Università di Perugia
ANTONIO VALLINI – Professore ordinario nell'Università di Pisa

Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Giuseppe Amarelli
Giuliano Balbi
Elio R. Belfiore
Filippo Bellagamba
Marta Bertolino
Riccardo Borsari
David Brunelli
Marcello Busetto
Alberto Cadoppi
Alberto Camon
Damiano Canale
Carlotta Conti
Cristiano Cupelli
Francesco D'Alessandro
Giampaolo Demuro
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Mariavaleria Del Tufo
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Ignazio Giacona
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati

Gaetano Insolera
Sergio Lorusso
Claudio Luzzati
Stefano Manacorda
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Marco Pelissero
Davide Petrini
Nicola Pisani
Tommaso Rafaraci
Mario Ricciardi
Lucia Risicato
Mauro Ronco
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Valeria Torre
Giovanni Tuzet
Paolo Veneziani
Tiziana Vitarelli



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore

Fausto Giunta

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletta,
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2019