



# 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,  
Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,  
Daniele Negri, Renzo Orlandi,  
Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri, Antonio Vallini,  
Vito Velluzzi

## *Coordinatore*

Fausto Giunta

## *Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Niccolò Decorato, Gianfranco Martiello,  
Claudia Mazzucato, Gherardo Minicucci, Caterina Paonessa

## *Coordinatore*

Caterina Paonessa

## *Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

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

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

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2021



Edizioni ETS



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

© Copyright 2021  
EDIZIONI ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884676554-3  
ISSN 1972-3857

## INDICE

### **Primo piano**

ENNIO AMODIO  
*“Mani pulite”: una giustizia con l’elmetto* 15

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS  
*La politica criminale nelle scienze penali:  
un’analisi critica del contributo di Roxin* 19

JAMES A. SHAPIRO – KARL T. MUTH  
*Al di là di ogni ragionevole dubbio: le giurie non lo capiscono* 53

### **Dibattito** *Gli “obbedienti” di Natalino Irti: una lettura penalistica*

NATALINO IRTI  
*Inizio e obbedienza* 73

ne discutono:

FAUSTO GIUNTA  
*Introduzione* 87

LUCIANO EUSEBI  
*L’obbedienza come valore* 93

VINCENZO MAIELLO  
*Il linguaggio per gli obbedienti* 99

### **Attualità**

LUCIA RISICATO  
*Il diritto di morire tra cuore e ragione.  
Riflessioni postume sul quesito referendario* 107

LUIGI STORTONI  
*Qualche cosa dev'esserme sfuggita a proposito del DDL Zan* 123

**Il punto su...** *Autonormazione e responsabilità degli enti*

SARA BIANCA TAVERRITI  
*Che cosa genera il sonno del Leviatano?*  
*Modelli e movimenti dell'autonormazione*  
*nelle pieghe dell'ordinamento penale statale* 129

FILIPPO VENTURI  
*Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale.*  
*Analisi descrittiva e prescrittiva del sistema di responsabilità ex crimine*  
*degli enti nell'orizzonte del post-regulatory state* 161

**Antologia**

COSTANZA BERNASCONI  
*Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta*  
*della tradizione reocentrica?* 209

MATTEO CAPUTO  
*Misura e grado della colpa* 227

ALICE GIANNINI  
*Intelligenza artificiale, human oversight e responsabilità penale:*  
*prove d'impatto a livello europeo* 249

FAUSTO GIUNTA  
*La prescrizione deflattiva. Una rivisitazione* 275

CATERINA PAONESSA  
*Ai confini del c.d. revenge porn. Tessere di un mosaico normativo* 283

MICHELE PAPA  
*Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?* 299

**Lecture**

ATTILIO NISCO

*Rileggendo Radbruch in italiano.**Appunti penalistici su G. Radbruch, Filosofia del diritto,**trad. it. di Rechtsphilosophie (1932),**a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio, Giuffrè, Milano, 2021*

325



## TABLE OF CONTENTS

### **On the front page**

ENNIO AMODIO  
*“Mani pulite”: Justice with a helmet* 15

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS  
*Criminal justice policy within criminal sciences.  
A critical analysis of Roxin’s contribution* 19

JAMES A. SHAPIRO – KARL T. MUTH  
*Beyond reasonable doubt: juries don’t get it* 53

**Debate** *The “obbedienti” by Natalino Irti: a reading  
from a criminal law perspective*

NATALINO IRTI  
*Beginning and obedience* 73

discussants

FAUSTO GIUNTA  
*Introduction* 87

LUCIANO EUSEBI  
*Obedience as a value* 93

VINCENZO MAIELLO  
*The language for obedient people* 99

### **Topical questions**

LUCIA RISICATO  
*The right to die between heart and reason.  
Posthumous reflections on the referendum question* 107

LUIGI STORTONI  
*I must have missed something about the “DDL Zan”* 123

**Focus on...** *Self-regulation and corporate criminal liability*

SARA BIANCA TAVERRITI  
*What generates the sleep of leviathan?  
Models and movements of self-regulation in the folds  
of the criminal justice system* 129

FILIPPO VENTURI  
*A ballistic study of self-regulation in criminal law.  
Descriptive and prescriptive analysis of the Italian  
corporate criminal liability system in the context  
of the post-regulatory state* 161

**Anthology**

COSTANZA BERNASCONI  
*From victimology to the victim-centered paradigm:  
what remains of the traditional offender-centered paradigm?* 209

MATTEO CAPUTO  
*The “measure” and the “degree” of negligence  
in the Italian criminal law* 227

ALICE GIANNINI  
*Artificial intelligence, human oversight,  
and criminal liability: a European “strength test”?* 249

FAUSTO GIUNTA  
*Statute of limitations as a deflationary medium.  
An update* 275

CATERINA PAONESSA  
*At the far reaches of so-called revenge porn.  
Pieces of a normative mosaic* 283

MICHELE PAPA  
*A common model of legislation for the law of parties to crime?* 299

**Book review**

ATTILIO NISCO  
*Re-reading Radbruch in Italian.*  
*Criminal law notes on G. Radbruch, Filosofia del diritto,*  
*Italian translation of Rechtsphilosophie (1932),*  
*edited by G. Carlizzi and V. Omaggio, Giuffrè, Milano, 2021* 325



**Primo Piano**



JAMES A. SHAPIRO<sup>(\*)</sup> – KARL T. MUTH

AL DI LÀ DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO:  
LE GIURIE NON LO CAPISCONO<sup>(\*\*)</sup>

BEYOND A REASONABLE DOUBT:  
JURIES DON'T GET IT

*Proof beyond a reasonable doubt has been de rigeur in criminal cases almost since the dawn of the republic. It is based on the premise that it is better to let several guilty people go free in order to save one innocent person from wrongful conviction. The jury in a criminal case is not merely an audience. It is the central mechanism without which the wheels of American criminal justice cannot turn – and operates as the final safeguard against a grave error. However, while the Constitution describes the importance, composition, and role of the jury, it does not explicitly use the phrase “proof beyond a reasonable doubt”.*

*Though not mentioned in our founding document, proof beyond a reasonable doubt is “an ancient and honored aspect of our criminal justice system.” As such, this Article does not question its conceptual wisdom, but rather its jurisprudential implementation. Yet the meaning of “beyond a reasonable doubt” is apparently not self-evident. Jurors constantly ask for definitions of beyond a reasonable doubt. Some jurisdictions allow such a definition. Some require it. Others forbid it entirely under the supposition that its meaning is obvious and requires no definition. Juries are understandably curious and concerned about the meaning of “proof beyond a reasonable doubt”. They correctly assert to judges that it is not self-explanatory (despite many judges’ erroneous insistence to the contrary). This creates real and significant risk the standard under which defendants are convicted is constitutionally inadequate. When jurors misapprehend how high the burden of proof beyond a reasonable doubt is, they are in danger of convicting the innocent, the gravest kind of mistake that is called “Type I error”. When they let a guilty person go free, they commit a less serious kind of mistake called “Type II error”. In fact, the theory behind proof beyond a reasonable doubt (letting several guilty people go free in order to save one innocent person) actually contemplates Type II error. The authors posit that many*

<sup>(\*)</sup> L'autore desidera dedicare l'articolo al vero giudice Shapiro, il suo defunto padre, Edwin S. Shapiro, già *Town Justice* presso Ossining, New York. Desidera inoltre ringraziare la Presidente della Corte Suprema dell'Illinois Anne M. Burke; il Presidente della *Circuit Court* della Contea di Cook, Timothy C. Evans; la *Presiding Judge* Grace G. Dickler; e il *Supervising Judge* William Stewart Boyd per avergli concesso l'opportunità di essere co-autore di questo articolo. Nancy Jack, *Law Clerk* in pensione della Corte Suprema dell'Illinois, ha offerto validi commenti e suggerimenti sulle prime bozze.

<sup>(\*\*)</sup> Il contributo è la traduzione dell'articolo *Beyond a Reasonable Doubt: Juries Don't Get It*, già edito in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 52, f. 4, 2021, pp. 1029 ss.

Traduzione dall'inglese a cura del dott. Niccolò Decorato.

*jurors simply don't understand how high a burden of proof beyond a reasonable doubt is supposed to be. They propose redefining proof beyond a reasonable doubt to make it more intelligible to the average juror. They realize the beyond a reasonable doubt standard is veritably sacrosanct in American law, but they don't believe "that's the way it's always been" is a good reason to perpetuate a standard of proof that is unintelligible to the average juror. They suggest changing the burden to a two-step analysis: (1) Did the prosecutor prove each and every element of the crime charged? (2) If so, keeping in mind the extraordinary injustice in the possibility of convicting an innocent person, are you convinced to a moral certainty? The authors are convinced that if American law can somehow let go of its "beyond a reasonable doubt" tradition, the incidence of grievous Type I error will be much lower.*

KEYWORDS *Reasonable Doubt – Burden of Proof – Jury Instructions – Miscarriage of Justice (Avoiding) – Criminal Trial*

SOMMARIO: 1. Tentativi di definire il ragionevole dubbio. – 2. Ragionevole dubbio o ragionevole consenso? – 3. Il problema. – 4. La soluzione.

Secondo le disposizioni sul giusto processo previste dal quinto e dal quattordicesimo emendamento alla Costituzione Statunitense, affinché un imputato sia condannato, la pubblica accusa deve dimostrarne la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio<sup>1</sup>. “Lo *standard* di dimostrazione al di là di ogni ragionevole dubbio [...] ‘gioca un ruolo fondamentale nel quadro della procedura penale americana’, perché opera per dare ‘sostanza concreta’ alla presunzione di innocenza, per salvaguardare contro condanne ingiuste e per ridurre il rischio di errori di fatto in un procedimento penale”<sup>2</sup>. Ciò riflette il basilare valore americano per cui è meglio assolvere i colpevoli che condannare gli innocenti<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> V., e.g., *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 22 (1994), “La garanzia del giusto processo richiede al governo di dimostrare la colpevolezza di un imputato al di là di ogni ragionevole dubbio [...]”; *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970), “Riteniamo esplicitamente che la garanzia del giusto processo protegga l'imputato contro la condanna, salvo prova al di là di ogni ragionevole dubbio di ogni fatto necessario ad integrare il reato di cui è accusato”.

<sup>2</sup> *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 315 (1979), che cita *In re Winship*, 397 U.S., p. 363; v. in generale Anthony A. Morano, *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 B.U. L. REV. 507 (1975).

<sup>3</sup> V., e.g., *In re Winship*, 397 U.S., p. 372 (Harlan, J., *concurring*), che nota il basilare giudizio di valore americano per cui è meglio assolvere i colpevoli che condannare gli innocenti; WAYNE LAFAYE & AUSTIN W. SCOTT JR., *HANDBOOK ON CRIMINAL LAW* § 8, p. 46 (1972), che nota che è necessario che la generalità sappia che gli innocenti non vengono condannati perché la legge penale mantenga la sua forza morale; CHARLES T. MCCORMICK, *HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE* § 341, p. 798 (Edward Cleary ed., II ed. 1972), che nota la credenza sociale per cui debbano essere assolti i colpevoli piuttosto che condannati gli innocenti.

“La dimostrazione al di là di ogni ragionevole dubbio è tradizionalmente ritenuta la differenza decisiva fra la colpevolezza penale e la responsabilità civile”<sup>4</sup>. Allo stesso tempo, imponendo a chi accerta i fatti la necessità di raggiungere uno stato soggettivo pressoché di certezza sulla colpevolezza dell'imputato, lo *standard* simboleggia la rilevanza che la nostra società attribuisce alla sanzione penale e quindi alla libertà stessa<sup>5</sup>. Benché un giurato debba soggettivamente credere nella dimostrazione della colpevolezza dell'imputato, quel convincimento soggettivo deve basarsi su una valutazione ragionata e obiettiva delle prove e su un'appropriata comprensione del *quantum* di prova necessario per accertare la colpevolezza ad un livello “prossimo alla certezza”<sup>6</sup>.

Le giurie, tuttavia, hanno difficoltà a comprendere veramente il significato dell'espressione “al di là di ogni ragionevole dubbio”<sup>7</sup>. È particolarmente difficile per i giurati capire che devono assolvere un imputato se l'accusa non stabilisce la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, anche laddove ritengano che questi è “probabilmente” colpevole<sup>8</sup>. È questa conversione dalla locuzione “ragionevole dubbio” ad una probabilità che si dimostra, ripetutamente, problematica. I giurati possono ben essere riluttanti ad assolvere qualcuno accusato di un crimine grave e violento “soltanto” perché il governo non ha dimostrato al di là di ogni ragionevole dubbio ciò che “nei loro cuori” sentono come probabilmente vero<sup>9</sup>. Ma il giusto processo richiede niente meno che la comprensione da parte dei giurati che loro non possono votare a favore della condanna sulla base del convincimento “che l'imputato è *probabilmente* colpevole”<sup>10</sup>.

Alcune giurisdizioni richiedono che il giudice del dibattimento istruisca la giuria

<sup>4</sup> *Jackson*, 443 U.S., p. 315.

<sup>5</sup> *Ibid.*, che cita *In re Winslip*, 397 U.S., p. 372 (Harlan, J., *concurring*).

<sup>6</sup> *United States v. Hernandez*, 176 F.3d 719, 732 (3d Cir. 1999).

<sup>7</sup> *Hernandez*, 176 F.3d, p. 728, “Quello di ragionevole dubbio non è un concetto facile da capire ed è ancor più difficile da spiegare”; *State v. Bennett*, 165 P.3d 1241, 1248 (Wash. 2007), “Riconosciamo che il concetto di ragionevole dubbio sembra a volte difficile da definire e spiegare”; Walter W. Steele & Elizabeth G. Thornburg, *Jury Instructions: A Persistent Failure to Communicate*, 67 N.C. L. REV. 77, 88-94 (1988); David U. Strawn & Raymond W. Buchanan, *Jury Confusion: A threat to Justice*, 59 JUDICATURE 478, 480-82 (1976), che discute i risultati di uno studio che mostra che molti giurati non comprendono la legge a sufficienza; Norbert L. Kerr & Robert S. Atkin, *Guilt Beyond a Reasonable Doubt: Effects of Concept Definition and Assigned Decision Rule on the Judgments of Mock Jurors*, 34 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 282, 285-86 (1976), che scopre che quando il ragionevole dubbio è definito vi sono meno giurie incapaci di raggiungere un verdetto. John S. Siffert, *Instructing on the Burden of Proof and Reasonable Doubt*, 8 U. BRIDGEPORT L. REV. 365, 367 (1987), che discute la mancanza di uniformità fra i circuiti giudiziari nel dare istruzioni alla giuria.

<sup>8</sup> *Hernandez*, 176 F.3d, p. 728.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, che cita *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 275, 278 (1993).

sul significato dell'al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>11</sup>, alcune lo consentono<sup>12</sup> e altre lo vietano<sup>13</sup>. La Costituzione federale non dispone né vieta che in sede dibattimentale sia definito il termine “ragionevole dubbio”<sup>14</sup>. Il solo requisito è che la corte istruisca accuratamente la giuria sul “concetto” che lo Stato ha l'onere di dimostrare che l'imputato è colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>15</sup>. La Corte Suprema scruta con prudenza la sostanza delle definizioni di ragionevole dubbio, ritenendo vi sia un errore solo se c'è una ragionevole probabilità che la giuria, di fatto, abbia compreso l'istruzione nel senso di consentire la condanna sulla base di un quadro probatorio al di sotto dello *standard* del ragionevole dubbio<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> V., e.g., *State v. Portillo*, 898 P.2d 970, 974 (Ariz. 1995), “In accordo con la nostra funzione di giudice apicale [...] disponiamo che in ogni processo penale le corti debbano fornire l'istruzione sul ragionevole dubbio che diamo *infra*”; *Lansdowne v. State*, 412 A.2d 88, 93 (Md. 1980), “Un giudice del dibattimento in un processo penale deve dare un'istruzione che spieghi correttamente il ‘ragionevole dubbio’, se richiesto dall'imputato; *State v. Bennett*, 165 P.3d 1241, 1249 (Wash. 2007), “Esercitiamo altresì il nostro intrinseco potere di supervisione nel disporre che le corti dibattimentali di Washington usino solo le istruzioni nel formato approvato [...] per istruire le giurie che il governo ha l'onere di provare ogni elemento del reato al di là di ogni ragionevole dubbio”.

<sup>12</sup> V., e.g., *Hernandez*, 176 F.3d, p. 729, che consente di definire, ma ritiene incostituzionale l'istruzione soggettiva “è ciò che tu nel tuo proprio cuore e nella tua propria anima e nel tuo proprio spirito e nel tuo proprio giudizio determini sia prova al di là di ogni ragionevole dubbio”; *United States v. Velasquez*, 980 F.2d 1275, 1278-79 (9th Cir. 1992), che conclude che sia a discrezione delle corti distrettuali se definire il ragionevole dubbio. Si compari CAL. PENAL CODE § 1096 (West 2021), “Il ragionevole dubbio è definito come segue: ‘Non è un mero possibile dubbio; poiché ogni cosa relativa alle vicende umane è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. È quello stato del caso, che, dopo la comparazione e considerazione complessiva di tutte le prove, lascia le menti dei giurati in condizione tale da non poter dire di provare un'intima convinzione della veridicità dell'imputazione’, con l'istruzione per la giuria penale n. 220 del *Judicial Council of California*: “La prova al di là di ogni ragionevole dubbio è quella che ti lascia con un'intima convinzione che l'accusa è vera. Non è necessario che le prove eliminino ogni possibile dubbio, poiché ogni cosa nella vita è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario” (approvata con riluttanza in *People v. Pierce*, 91 Cal. Rptr. 3d 404 (Cal. Dist. Ct. App. 2009)); v. anche *Samford v. State*, 302 S.W.3d 552, 558 (Tex. App. 2009), che consente la definizione nonostante una precedente prassi che la scoraggiava.

<sup>13</sup> V., e.g., *United States v. Glass*, 846 F.2d 386, 387 (7th Cir. 1988), che afferma che il ragionevole dubbio non dovrebbe esser definito e che il termine debba parlar da sé, dacché i giurati sanno ciò che quelle parole significano.

<sup>14</sup> *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 22 (1994), che argomenta che, con o senza una definizione, le istruzioni alla giuria non violano la Costituzione; v. anche *Ramos v. Louisiana*, 140 S. Ct. 1390, 1421 (2020) (Thomas, J., *concurring*), che afferma che i diritti del sesto emendamento includono la tutela contro le condanne sulla base di esiti non unanimi della giuria, che è rispettata solo quando non vi sono dubbi.

<sup>15</sup> *Victor*, 511 U.S., p. 22; v. anche *Hopt v. Utah*, 120 U.S. 430, 439 (1887), che nota che “intima convinzione” circa la colpevolezza, senza riferimenti ad una certezza morale, rappresenta correttamente l'onere della prova incombente sul governo.

<sup>16</sup> *Victor*, 511 U.S., p. 22; v. anche *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39, 40-41 (1990), che non approva una definizione che suggeriva un maggior grado di dubbio di quello richiesto per l'assoluzione.

## 1. Tentativi di definire il ragionevole dubbio

Il prototipo di definizione di ragionevole dubbio fu proposto dal Presidente della Corte Suprema [del Massachusetts] Shaw in *Commonwealth v. Webster*<sup>17</sup>: “È quello stato del caso, che, dopo la comparazione e considerazione complessiva di tutte le prove, lascia le menti dei giurati in condizione tale da non poter dire di provare un’intima convinzione, fino alla certezza morale, della veridicità dell’imputazione”<sup>18</sup>. Oltre mezzo secolo dopo, in *State v. De Lea*<sup>19</sup>, il giudice della Corte Suprema del Montana Smith non trovò alcun errore nella definizione di metà XIX secolo del Presidente della Corte Suprema [del Massachusetts] Shaw, ma ritenne la definizione di ragionevole dubbio più complicata dello stesso ragionevole dubbio:

Sono portato a pensare, a dispetto del fatto che la definizione di ‘ragionevole dubbio’ [...] discussa [nell’opinione di maggioranza] sia stata impiegata dalle corti di questo e di altri Stati per così tanti anni, e che sia stata approvata, che non sia troppo tardi per scoraggiare la pratica di fornirla alle giurie nei processi penali. Pare che la lingua inglese sia inadeguata a definire soddisfacentemente la frase ‘ragionevole dubbio’. Alcune corti non sono soddisfatte dalla definizione approvata da questa. Come, allora, potrà una giuria di persone comuni esser guidata od ausiliata da essa? Forse la ragione per cui le parole sono di difficile spiegazione è che esse sono così ordinarie e semplici. Ad ogni modo, la definizione, benché la migliore che sia mai stata data e forse la migliore che possa essere elaborata, è così complicata ed involuta che è più difficile da capire di quanto non lo siano le parole il cui significato [le] corti hanno tentato di spiegare.

Non ritengo che le parole ‘ragionevole dubbio’ richiedano una spiegazione. Credo che qualsiasi giurato che non abbia la capacità mentale di capire le parole in sé non possa comprendere affatto la definizione di esse data dalle corti. Come può dirsi che un giurato possa non capire cosa si intenda per ‘ragionevole dubbio’, ma che capirebbe il significato delle parole ‘un’intima convinzione, fino alla certezza

<sup>17</sup> 59 Mass. 295, 320 (1850), abrogata da *Commonwealth v. Russell*, 23 N.E.3d 867 (Mass. 2015); v. anche Miller W. Shealy, Jr., *A Reasonable Doubt About “Reasonable Doubt”*, 65 OKLA. L. REV. 225, 230 (2013), che argomenta a favore dell’adozione della definizione di metà XIX secolo del Presidente della Corte Suprema [del Massachusetts] Shaw.

<sup>18</sup> *Webster*, 59 Mass., p. 320. La Corte Suprema ha successivamente posto in dubbio l’efficacia della “certezza morale” come parte di una definizione di ragionevole dubbio. V. *Cage*, 498 U.S., p. 41, “Quando [affermazioni come ‘consistente’ e ‘grave’] sono poi considerate in riferimento alla ‘certezza morale’, piuttosto che alla certezza probatoria, diviene chiaro che un ragionevole giurato potrebbe aver interpretato che l’istruzione consenta una pronuncia di colpevolezza basata su un grado di prova inferiore a quello richiesto dalla garanzia del giusto processo”.

<sup>19</sup> 93 P. 814, 818-19 (Mont. 1908) (Smith, J. *concurring*).

morale', usate nella definizione? Ritengo che qualunque giurato intelligente si renderà conto dell'estensione del suo dovere quando gli verrà detto che, prima che sia giustificato nel raggiungere un verdetto di colpevolezza, dovrà essere convinto della colpevolezza dell'imputato dalle prove, oltre ogni ragionevole dubbio; e che nessun'altra od ulteriore istruzione debba esser data sul punto.

Oso dire che ogni giurato onesto che, sulla base di tutte le prove, abbia in cuore un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, agirà di conseguenza, senza analizzare od applicare la definizione. La seguirà inconsciamente senza cercare di spiegarla. Quando nella sua mente albergherà un dubbio che preverrà il suo voto coscienzioso a favore della colpevolezza, quel dubbio si esprimerà con un voto a favore dell'assoluzione.

Ritengo, pertanto, che dovremmo riconoscere ai nostri giudici del dibattimento l'integrità, la cultura, il discernimento e la considerazione dei loro giuramenti che realmente hanno, e che i nostri giurati debbano essere trattati come persone di intelligenza e non come bambini<sup>20</sup>.

Forse i giurati di metà XIX ed inizio XX secolo erano più intelligenti di quelli odierni, perché, a giudicare dalle domande delle giurie, molti (se non la maggior parte) dei giurati di oggi semplicemente non "colgono".

In *People v. Brigham*<sup>21</sup>, il giudice della Corte Suprema [della California] Mosk, concorrendo con la maggioranza, scrisse:

Fortunatamente c'è un'altra alternativa, una soluzione adottata da buona metà degli Stati dell'Unione e lungamente sostenuta dai principali studiosi della materia. Queste autorità riconoscono che tutti i tentativi di definire la frase 'al di là di ogni ragionevole dubbio' sono ad un tempo futili e non necessari. Sono futili perché, come abbiamo visto, la definizione è più complicata della frase stessa e finisce per confondere anziché fornire lumi alla giuria; non sono necessari perché 'al di là di ogni ragionevole dubbio' non è un termine tecnico-giuridico che richieda una dotta spiegazione, ma una frase di significato ed uso comune che è conosciuta e compresa dal giurato medio. Da queste premesse sia le corti che le legislature hanno concluso che nei processi penali la giuria debba semplicemente essere istruita sulla presunzione di innocenza e sull'onere dell'accusa di dimostrare la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, senza sforzarsi di definire quest'ultima frase<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> 599 P.2d 100 (Cal. 1979).

<sup>22</sup> Id., p. 116 (Mosk, J., *concurring*).

In *Victor v. Nebraska*<sup>23</sup>, l'opinione concorrente della giudice della Corte Suprema Ginsburg avallò esplicitamente la seguente definizione tratta dalle *Federal Pattern Criminal Jury Instructions*:

La dimostrazione oltre ogni ragionevole dubbio è quella che ti lascia fermamente convinto della colpevolezza dell'imputato. Ci sono ben poche cose in questo mondo che sappiamo con assoluta certezza e nei processi penali la legge non richiede una prova che sovrasti ogni possibile dubbio. Se, sulla base del tuo esame delle prove, sei fermamente convinto che l'imputato sia colpevole del reato di cui è accusato, devi dichiararlo colpevole. Se, invece, credi che ci sia una possibilità reale che non sia colpevole, devi dargli il beneficio del dubbio e dichiararlo non colpevole<sup>24</sup>.

Questa può anche essere la migliore delle definizioni, ma il mero fatto che le giurie debbano chiedere una definizione così spesso è prova che "al di là di ogni ragionevole dubbio" sia "al di là" della comprensione di molti di loro<sup>25</sup>. Quello dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" è uno *standard* epistemologico che può essere afferrato dalla più parte degli avvocati e dei giudici, ma non dalla più parte dei giurati<sup>26</sup>; è uno *standard* che avvocati e giudici possono allo stesso tempo trovare tanto facile da capire, quanto esasperatamente difficile da descrivere adeguatamente.

La Corte Suprema di Washington ha adottato una definizione tratta dai suoi modelli di istruzioni: "Un ragionevole dubbio è quello per cui esiste una ragione e può sorgere dalle prove o dalla loro mancanza. È il dubbio che può esistere nella mente di una persona ragionevole dopo aver considerato pienamente, equamente ed attentamente tutte le prove o la loro mancanza. [Se, ciò considerato, sei fermamente convinto della veridicità dell'imputazione, sei soddisfatto al di là di ogni ragionevole dubbio]"<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> 511 U.S. 1 (1994).

<sup>24</sup> *Id.*, p. 22, che cita *Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions*, 17-18 (istruzione 21).

<sup>25</sup> V. Robert J. MacCoun & Tom R. Tyler, *The Basis of Citizens' Perceptions of the Criminal Jury: Procedural Fairness, Accuracy, and Efficiency*, 12 LAW & HUM. BEHAV. 333, 334 (1988), che descrive le argomentazioni attorno al punto di vista per cui "i giurati popolari [*lay jurors*] non sono capaci di comprendere la complessità fattuale intrinseca in molte delle moderne controversie civilistiche".

<sup>26</sup> Valerie P. Hans, *Deliberation and Dissent: 12 Angry Men Versus the Empirical Reality of Juries*, 82 CHI.-KENT L. REV. 579, 588 (2007), che analizza il modo in cui i giurati capiscono le istruzioni e come reagiscono nel contesto di una giuria.

<sup>27</sup> *State v. Bennett*, 165 P.3d 1241, 1243, 1249 (Wash. 2007), che approva con riluttanza istruzioni alternative mentre esercita la sua autorità di supervisione per dire alle corti di Washington di usare le istruzioni modello.

## 2. Ragionevole dubbio o ragionevole consenso?

Fondamentalmente, ci sono due modi di concettualizzare il meccanismo di una giuria: come una singola entità decidente, o come una democrazia composta da dodici singoli elettori – il modello *caucus* e il modello elettorale. Nel modello *caucus*, la giuria è semplicemente una cornice entro cui le idee convergono e viene raggiunta l'unanimità<sup>28</sup>. Invece, nel modello elettorale, ciascuno gode della possibilità di offrire *input*, di obiettare alle visioni altrui e di interferire con gli esiti unanimi<sup>29</sup>.

Vi sono diversi motivi per cui questa distinzione è rilevante. Il più ovvio è che i giudici o gli avvocati che vedono la giuria come un *caucus* responsabile di raggiungere un consenso la considereranno e si rivolgeranno ad essa diversamente da quelli che la vedono come una popolazione di singoli elettori da convincere. Meno ovvia è l'osservazione che “al di là di ogni ragionevole dubbio” può essere pensato, nel contesto del modello elettorale, come una certezza<sup>30</sup> “dodici su dodici”<sup>31</sup>. Invece, nel modello *caucus*, il ragionevole dubbio perde questa quantificazione *pro capite*, dacché la giuria è piuttosto un'unica entità che cerca di essere sicura con un alto grado di certezza.

È importante notare come la Corte Suprema tracci una distinzione fra i verdetti “dodici su dodici” ed un qualunque verdetto semplicemente unanime (cinque su cinque, ad esempio)<sup>32</sup>. Sebbene i giudici della Corte Suprema Blackmun e

<sup>28</sup> In questo articolo, scritto dopo *Ramos*, il requisito dell'unanimità è presupposto. Ricerche empiriche su giurie simulate con diverse soglie di consenso sono istruttive, ma non sono esplorate a fondo in questo articolo. Per maggiori informazioni su modelli *caucus* meno-che-unanimi, v. James H. Davis *et al.*, *The Decision Processes of 6- and 12-Person Mock Juries Assigned Unanimous and Two-Thirds Majority Rules*, 32 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 1 (1975).

<sup>29</sup> “Unanime” in questo contesto si riferisce ad un consenso universale fra i giurati, non ad un consenso su tutte le imputazioni – è importante notare che il primo è un requisito, il secondo no. V. FED. R. CRIM. P. 31(b)(2), “Se la giuria non è in grado di concordare su tutti i capi per uno degli imputati, la giuria può pronunciare un verdetto su quei capi su cui ha trovato un accordo”.

<sup>30</sup> I verdetti delle giurie statuali per reati gravi devono essere unanimi negli Stati Uniti. V. *Ramos v. Louisiana*, 140 S. Ct. 1390, 1395 (2020), che conclude le giurie statuali debbano raggiungere un verdetto unanime di colpevolezza in caso di reati gravi, abrogando *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972).

<sup>31</sup> Commenti del giudice della Corte Suprema Blackmun in *Ballew*, implicanti che persino una giuria unanime, per esempio, di cinque giurati su cinque minaccerebbe in maniera sostanziale le garanzie di equità del sesto e del quattordicesimo emendamento. V. *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223, 229 (1978) (Blackmun, J.), che conclude che giurie con meno di sei membri non sono ammissibili in cause penali; v. anche *Brief of Law Professors and Social Scientists as Amici Curiae in Support of Petitioner*, p. 7, *Ramos v. Louisiana*, 140 S. Ct. 1390 (2020) (No. 18-5924), che discute lo *standard* “dodici su dodici”.

<sup>32</sup> *Ballew*, 435 U.S., p. 239, che afferma che, benché nelle giurie di dodici persone non risiede alcuna speciale saggezza o magia, le giurie non debbano essere tagliate sino a numeri nocivi per la giustizia o l'equità (*i.e.* meno di sei membri).

Stevens ammettano che non vi sia alcuna magia nel numero dodici, *Ballew v. Georgia* insegna che la macchina accertatrice calcola la giustizia più precisamente con dodici parti (le parti essendo i giurati) che con cinque<sup>33</sup>. Benché l'opinione non spieghi o quantifichi che valore aggiunga il giurato numero sei, sette, otto e così via, *Ballew* dimostra la volontà della Corte di affrontare seriamente queste frazioni<sup>34</sup>. In altre parole, “dodici su dodici” in un procedimento tipo non è uguale a “nove su dodici” in *Johnson*<sup>35</sup> o “cinque su cinque” in *Ballew*. Ne segue che, giustamente, neanche “nove su dodici” sarebbe visto come contenente un esito unanime “nove su nove” da parte di una giuria più piccola che abbia escluso i tre giurati contrari<sup>36</sup>.

I Costituenti [*Framers*] prestarono grande attenzione<sup>37</sup> alla progettazione<sup>38</sup> e alle implicazioni del sistema americano della giuria, e forse nessuno più di James Madison<sup>39</sup>, che sentiva di avere una comprensione di prima mano delle ingiustizie delle corti inglesi<sup>40</sup>. La discussione dei Costituenti sul processo con giuria più esauriente si trova in uno dei trattati di Alexander Hamilton, contenente preoccupazioni e suggerimenti presumibilmente indirizzati a John Jay<sup>41</sup>. Le giurie nei processi penali salvaguardano la libertà<sup>42</sup>, argomenta Hamilton, e proteggono i cittadini<sup>43</sup> da con-

<sup>33</sup> V. Carl E. Singley, *Ballew v. Georgia: Five Is Not Enough. For What?*, 52 TEMP. L.Q. 217, 249-50 (1979), che descrive le “parole e frasi caute” usate dal giudice della Corte Suprema Blackmun nel descrivere i dati che “suggeriscono” che giurie ‘vieppiù piccole’ è ‘meno probabile’ che favoriscano delibere di gruppo ‘efficaci’”.

<sup>34</sup> “L'accusa doveva raccogliere solo nove dei dodici voti della giuria per condannare in un processo per un delitto. La Corte ha ritenuto che la legge non violasse la garanzia del giusto processo diluendo lo *standard* del ragionevole dubbio”. *Ballew*, 435 U.S., p. 240 (Blackmun, J.), che approfondisce la discussione della Corte in *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356, 363 (1972).

<sup>35</sup> *Johnson*, 406 U.S., p. 364.

<sup>36</sup> *V. Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 102-03 (1970), che conclude che non è richiesto che una giuria penale sia di dodici persone, ma che le specifiche dimensioni di essa non sono prive di rilevanza o limiti.

<sup>37</sup> V. 2 JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES § 1779, p. 540-41 (Thomas McIntyre Cooley ed., The Lawbook Exch., Ltd. IV ed. 2008) (1873).

<sup>38</sup> Sullo scopo del sistema della giuria, v. in generale la Lettera da John Adams a William Stephen Smith (Dic. 21, 1786).

<sup>39</sup> Lettera da James Madison a Edmund Pendleton (Sett. 23, 1789).

<sup>40</sup> *Ibid.*; v. anche 5 THE WRITINGS OF JAMES MADISON 154-59 (Gaillard Hunt ed., 1904), che discute il valore della persona comune nel prendere decisioni e le ingiustizie del sistema giudiziario e di quello di governo inglesi.

<sup>41</sup> THE FEDERALIST NO. 83 (Alexander Hamilton).

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 498 (Clinton Rossiter ed., 2003), “Gli amici e gli avversari del piano della convenzione, se non concordano in nient'altro, sono d'accordo almeno sulla valore che attribuiscono al processo tramite giuria; o, se vi è alcuna differenza tra loro, consiste in questa: i primi ritengono sia una importante salvaguardia della libertà; i secondi lo descrivono come il vero e proprio palladio del libero governo”.

danne arbitrarie, da persecuzioni politicamente motivate e dai capricci dei giudici (“dispotismo giudiziario”)<sup>44</sup>. Hamilton temeva che il potere potesse essere riposto solo in giudici estratti da una classe dominante elitaria e corrotta, troppo distante socialmente, culturalmente ed economicamente dai cittadini<sup>45</sup>. Questo avrebbe portato a sfiducia e infamia delle corti, come era accaduto nel caso dei plutocratici *law lords* inglesi<sup>46</sup> ed in società più antiche<sup>47</sup>. Lo scopo della giuria era diversificare il novero dei giudici del fatto nel sistema della giustizia<sup>48</sup>.

Tale speranza nella rappresentatività dei giurati suggerisce inoltre che il “modello elettorale” potrebbe essere più vicino all’ideale hamiltoniano. Perché, dopo tutto, dodici giurati anziché uno o cento? Laddove averne cento potrebbe essere assurdo e scomodo<sup>49</sup>, se l’obiettivo è il consenso e l’efficienza e la giuria è consi-

<sup>43</sup> Questo concetto delle giurie che proteggono non solo l’individuo, ma la fiducia della società nelle corti, trova eco in Blackstone; sulla sua preoccupazione per qualunque riduzione o limitazione delle materie su cui le giurie sono chiamate a deliberare, Blackstone scrive “benché inizialmente un’inezia, il precedente potrebbe aumentare gradualmente e diffondersi sino alla totale desuetudine delle giurie in questioni della maggior rilevanza”. 2 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND § 395, pp. 350-51 (William Carey Jones ed., Bancroft-Whitney Co. 1915) (1765), citato in *Neder v. United States*, 527 U.S. 1, 39-40 (1999) (Scalia, J., in parte *concurring* ed in parte *dissenting*).

<sup>44</sup> THE FEDERALIST NO. 83 *supra* nota 41, p. 498 (Clinton Rossiter ed., 2003).

<sup>45</sup> Guglielmo III tentò di risolvere questo problema disponendo che i giudici restassero “in carica sintantoché perdura la buona condotta”, il che parve ai Costituenti una salvaguardia insufficiente. *Act of Settlement* 1700, 12 & 13 Will. III, c. 2, § 3 (Eng.); v. anche E. NEVILLE WILLIAMS, THE EIGHTEENTH CENTURY CONSTITUTION 59 (1960), che nota come i giudici servissero “*quamdiu se bene gesserint*”, cioè sintantoché si fossero comportati bene.

<sup>46</sup> C. H. McIlwain, *The Tenure of English Judges*, 7 AM. POL. SCI. REV. 217, 218 (1913).

<sup>47</sup> V. in generale Edward Van Dyke Robinson, *The Division of Governmental Power in Ancient Greece*, 18 POL. SCI. Q. 614 (1903).

<sup>48</sup> La Corte Suprema ha affermato questo principio molte volte in molti modi – in, e ben prima, *Batson. V.*, e.g., *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 84 (1986), che ritiene che una giuria formata escludendo dei membri sulla base della razza non è più rappresentativo della comunità; *Smith v. Texas*, 311 U.S. 128, 130 (1940), “È parte della consolidata tradizione dell’uso delle giurie come strumenti di giustizia pubblica che esse siano un corpo veramente rappresentativo della comunità”; *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 308 (1880), che nota come lo scopo di una giuria sia di riunire “i pari od eguali della persona per determinare i cui diritti è scelta o chiamata”, abrogato da *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 (1975); conforme *Carter v. Jury Comm’n*, 396 U.S. 320, 330 (1970), escludere certi membri della comunità “contravviene alla stessa idea di giuria”.

<sup>49</sup> Pensiamo al processo a Socrate di fronte a 501 ateniesi per empietà e corruzione della gioventù (benché tale giuria non necessitasse, a quanto pare, dell’unanimità per condannare o irrogare la pena di morte): “Le assemblee politiche con competenze giudiziarie, sin dal processo a Socrate, contano con una storia odiosa. Combinano le funzioni di pubblico ministero e giudice e negano all’imputato il diritto ad un giudizio imparziale ed indipendente. Sono soggette all’influenza della partigianeria, della passione e del pregiudizio. I processi davanti a tali organi sono processi politici. Ricordiamo come in passato la giustizia delle assemblee politiche abbia avuto la tendenza a degenerare in ingiustizia della folla”. *United States v. Welden*, 377 U.S. 95, 122-23 (1964) (Douglas, J. *dis-*

derata un'unica entità decidente, un solo individuo scelto dai cittadini potrebbe essere buono quanto dodici persone<sup>50</sup>. Il concetto di ragionevole dubbio come certezza "dodici su dodici"<sup>51</sup> è particolarmente utile se uno considera che il concetto di "giustizia" nei processi penali può essere spiegato come una frazione: qual è un rapporto accettabile tra persone innocenti condannate e persone colpevoli assolte?

Condannare un innocente è chiamato "errore del primo tipo"<sup>52</sup>, mentre assolvere un colpevole è un "errore del secondo tipo"<sup>53</sup>. Che proporzione di errori del primo e del secondo tipo è desiderata nella nostra società o verrebbe prodotta dalle corti di una società "giusta"<sup>54</sup>? È questa per l'appunto la domanda che la Corte pone in *Ballew*:

Studi statistici suggeriscono che il rischio di condannare un innocente (errore del primo tipo) aumenta con il diminuire delle dimensioni della giuria. Poiché il rischio di non condannare un colpevole (errore del secondo tipo) aumenta con le dimensioni della giuria, le dimensioni ottimali possono scegliersi come una funzione dell'interazione fra i due rischi<sup>55</sup>.

La seguente discussione di scienze sociali potrà apparire astratta o distante dalla classica narrativa da rivista di giurisprudenza, ma non è una mera digressione. Il giudice della Corte Suprema White considerò evidenze teoriche ed empiriche tratte dalle scienze sociali in *Williams*<sup>56</sup>, e la Corte considerò le ricerche sul tema dell'equità dei vari esiti di una giuria di sei persone in *Colgrove*<sup>57</sup>. In *Ballew*,

*senting*), che cita Benjamin V. Cohen, *When Men Fear to Speak, Freedom Withers on the Vine*, Address at the Indiana B'nai B'rith Convention (Sett. 27, 1953).

<sup>50</sup> *Ma v. Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223, 232-33 (1978), "Generalmente, esiste una correlazione positiva fra dimensioni del gruppo e qualità sia della resa che della produttività del gruppo".

<sup>51</sup> Per una discussione dei comportamenti delle giurie unanimi rispetto a quelle non unanimi, v. Shari Seidman Diamond *et al.*, *Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Non-unanimous Civil Jury*, 100 NW. U. L. REV. 201, 208 (2006). Per analoga dottrina nel contesto civilistico, conformemente Valerie P. Hans, *The Power of Twelve: The Impact of Jury Size and Unanimity on Civil Jury Decision Making*, 4 DEL. L. REV. 1, 22-28 (2001).

<sup>52</sup> *Ballew*, 435 U.S., p. 234, "Studi statistici suggeriscono che il rischio di condannare un innocente (errore del primo tipo) aumenta con il diminuire delle dimensioni della giuria" (parentetica come nell'originale).

<sup>53</sup> *Ibid.* "Il rischio di non condannare un colpevole (errore del secondo tipo) aumenta con le dimensioni della giuria [...]".

<sup>54</sup> Ciò viene discusso abbastanza, concettualmente e praticamente, in BRIAN FORST, *ERRORS OF JUSTICE* (Alfred Blumstein & David Farrington eds., 2004).

<sup>55</sup> *Ballew*, 435 U.S., p. 234 (citazioni interne omesse).

<sup>56</sup> *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 101-102, 105 (1970).

<sup>57</sup> *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149, 158-160 (1973).

il giudice della Corte Suprema Blackmun, nello scrivere per una maggioranza relativa della Corte, cita in nota diciassette contributi di dottrina giuridica e delle scienze sociali prima di menzionare il primo precedente<sup>58</sup>; i lavori degli accademici nei settori della legge e delle scienze sociali non solo sono rilevanti in teoria, ma sono anche citati in pratica nel ragionamento della Corte circa il raggiungimento, da parte di dodici persone su dodici, di una conclusione che soddisfa al principio del giusto processo e agli *standard* di certezza del ragionevole dubbio.

In questo contesto, l'errore del primo tipo è un "falso positivo" o un "errore giudiziario"<sup>59</sup> quando un non colpevole è dichiarato colpevole. Invece, un errore del secondo tipo è un "falso negativo" o un "errore di impunità"<sup>60</sup> quando un colpevole è dichiarato non colpevole. Se ridurre gli errori *in generale* è certamente desiderabile, ridurre gli errori del primo tipo *specificamente* è, comprensibilmente, visto come una priorità più alta. Si può interpretare lo *standard* del ragionevole dubbio come un modo di dire che gli errori del primo tipo vadano evitati con un alto grado di certezza, mentre quelli del secondo tipo sono accettabili con moderazione.

Persino i migliori poliziotti a volte sospetteranno di un reato degli innocenti ed alcuni di questi saranno arrestati. Una volta in custodia, alcuni pubblici ministeri sceglieranno di chiedere un rinvio a giudizio contro alcuni di loro. Molte di queste persone saranno imputate in un processo penale. La prevalenza degli errori del primo tipo, formulata alla rovescia, può essere descritta con il quesito: quante persone innocenti, una volta arrestate e processate, sono condannate?

	Verdetto di colpevolezza	Verdetto di non colpevolezza
Imputato colpevole	Verdetto corretto	Errore del secondo tipo
Imputato innocente	Errore del primo tipo	Verdetto corretto

<sup>58</sup> V. *Ballew*, 435 U.S., p. 231 n. 10, "*Williams v. Florida e Colgrove v. Battin* [...] hanno generato una copia di lavori accademici sulle dimensioni della giuria".

<sup>59</sup> Usato nel senso filosofico, non nel senso ristretto dell'eccezione alle mozioni *ex Rule 60(b)* intempestive.

<sup>60</sup> V. Robert M. Bohm, *Miscarriage of Criminal Justice*, 21 J. CONTEMP. CRIM. JUST. 196, 196 (2005), "Gli errori di impunità si riferiscono 'ad uno scivolone della giustizia che consente ad un colpevole di rimanere in circolazione' o, in qualche altra maniera, di sfuggire alla giustizia" (citazione omessa). Per l'uso, v. Edward R. Maguire *et al.*, *Potential Unintended Consequences of the Movement Toward Forensic Laboratory Independence*, 18 POLICE Q. 272, 273-74 (2015), "Gli errori di impunità attengono al fallimento nel sanzionare, o nel sanzionare sufficientemente, i colpevoli. [...] Ogni volta che per errore falliamo nel sanzionare un colpevole, commettiamo un errore di impunità, che è analogo ad un errore del secondo tipo".

È importante notare che gli errori del primo e del secondo tipo sono esiti minoritari in un sistema giudiziario funzionante. In altre parole, in un tale sistema, nella maggior parte dei casi i colpevoli sono dichiarati tali e i non colpevoli assolti. Ma anche una bassa percentuale di errori è rilevante e nessuna ingiustizia è insignificante. Se gli errori possono essere prevenuti con istruzioni alla giuria più articolate o precise, allora ciò si configura come un modo agevole di intervenire prima che vengano commessi errori gravi. Per esempio, un sistema giudiziario che ha un'accuratezza del 90% e divide i suoi errori del primo e secondo tipo 50/50, risulta in cinque innocenti condannati ogni cento persone processate. Peraltro, lo stesso tasso di errore laddove quelli del secondo tipo siano l'80% di essi, porta a condannare ingiustamente due persone ogni cento imputati processati. Ogni errore, ma specialmente la condanna ingiusta, è tragico. E nella misura in cui tutti gli errori, ma in particolare quelli di questo genere, possono essere prevenuti, dovremmo adottare tutte le misure ragionevoli, praticabili e sostenibili che a ciò contribuiscano.

Nel modello *caucus*, il gruppo dei giurati deve *collettivamente* essere convinto che non stia incorrendo in un errore del primo tipo. Invece, nel modello elettorale, i giurati devono *ciascuno individualmente* essere convinti che non stanno contribuendo a – o “votando a favore di” – un errore del primo tipo. Decenni di evidenze sperimentali supportano l'affermazione che il processo decisionale di gruppo è sostanzialmente diverso da quello individuale<sup>61</sup>. Mentre le situazioni in cui è auto-evidente che un'opzione sia corretta sono relativamente facili da risolvere sia per dei gruppi che per degli individui<sup>62</sup>, le giurie sovente affrontano scelte su cui menti ragionevoli possono dissentire. Anni di ricerca mostrano che, generalmente, i gruppi rifuggono i rischi più degli individui e sono più cauti quando si tratta di commettere grossi errori (come condannare un imputato innocente) rispetto a quando si tratta di assorbire perdite considerate meno gravi (come dichiarare non colpevole un imputato colpevole)<sup>63</sup>. Ne consegue che la giuria come *caucus* non solo è distinguibile dalla giuria come insieme di elettori, ma – forse contro-

<sup>61</sup> V., e.g., Attila Ambrus *et al.*, *Group Versus Individual Decision-Making: Is There a Shift?* 2 (Inst. Advanced Study, Sch. Soc. Sci., Working Papers No. 91, 2009).

<sup>62</sup> Daniel Gigone & Reid Hastie, *The Common Knowledge Effect: Information Sharing and Group Judgment*, 65 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 959, 961 (1993).

<sup>63</sup> V. in generale il filone di letteratura scientifica che accoglie Gary Charness *et al.*, *Individual Behavior and Group Membership*, 97 AM. ECON. REV. 1340 (2007); v. anche Charles A. Holt & Susan K. Laury, *Risk Aversion and Incentive Effects*, 92 AM. ECON. REV. 1644 (2002); Norbert L. Kerr *et al.*, *Bias in Judgment: Comparing Individuals and Groups*, 103 PSYCH. REV. 687, 713-14 (1996); David G. Myers & Sidney J. Arensen, *Enhancement of Dominant Risk Tendencies in Group Discussion*, 30 PSYCH. REP. 615, 616 (1972); Serge Moscovici & Marisa Zavalloni, *The Group as a Polarizer of Attitudes*, 12 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 125, 134 (1969).

intuitivamente – è più cauta e meno propensa alla condanna<sup>64</sup>. Se i gruppi e gli individui considerano parimenti indesiderabili gli errori del primo tipo, l'interpretazione di “al di là di ogni ragionevole dubbio” di un *caucus* o di un gruppo, refrattario ai rischi, è, allora, possibilmente *una soglia persino più alta* di quella “dodici su dodici” nel modello elettorale.

Gli errori del primo tipo sono così gravi che devono essere evitati con ogni mezzo; ciò include l'uso di istruzioni alla giuria chiare ed utili – non meramente descrittive – per informare coloro che potrebbero o meno raggiungere una certezza “dodici su dodici” circa la colpevolezza dell'imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio”. E, ad ulteriore salvaguardia contro gli errori giudiziari, richiediamo ai pubblici ministeri di dimostrare al di là di ogni ragionevole dubbio *ciascun elemento* del reato<sup>65</sup>, non semplicemente di raffigurare un imputato come colpevole o di suggerire che un elemento sia stato provato in modo così convincente da eliminare la necessità di provarne un altro alla stregua dello stesso, elevato, *standard*<sup>66</sup>.

Sebbene le giurie nella vasta maggioranza dei casi riescano a guardare un mare di ricostruzioni contraddittorie e fatti confusi per raggiungere il verdetto giusto, “in altri processi penali le giurie potrebbero condannare gli innocenti non credendo loro. Ma le corti devono ridurre al minimo questo pericolo”<sup>67</sup>. La Corte ammette che gli errori esistono e che è straordinariamente difficile valutarli e rimediarli *ex post*. Lo *standard* affermato in *Schlup*<sup>68</sup>, per esempio, non rinnova un dibattimento con dodici nuovi accertatori dei fatti per raggiungere un nuovo consenso “dodici su dodici”. Né si chiede se la giuria avesse ragione nel convenire di condannare. Piuttosto, lo *standard* affermato in *Schlup*<sup>69</sup> chiede ai giudici di

<sup>64</sup> Robert S. Shupp & Arlington W. Williams, *Risk Preference Differentials of Small Groups and Individuals*, 118 *ECON. J.* 258, 272 (2008), i gruppi sono più avversi al rischio degli individui nel prendere decisioni in situazioni con una posta in gioco alta.

<sup>65</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970), “A scampo di equivoci sulla levatura costituzionale dello *standard* del ragionevole dubbio, riteniamo esplicitamente che la garanzia del giusto processo protegga l'accusato contro la condanna, salvo prova al di là di ogni ragionevole dubbio di ogni fatto necessario ad integrare il reato di cui è imputato”; v. anche *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 512 (1979), “Lo Stato [deve] dimostrare ogni elemento di un reato al di là di ogni ragionevole dubbio”.

<sup>66</sup> “I fatti provati devono escludere ‘fino ad una certezza morale’ ogni ragionevole ipotesi di innocenza”. *People v. Benzinger*, 324 N.E.2d 334, 335 (N.Y. 1974).

<sup>67</sup> *Holland v. United States*, 348 U.S. 121, 128 (1954).

<sup>68</sup> *V. Schlup v. Delo*, 513 U.S. 298, 321-22 (1995), che applica lo *standard* affermato in *Carrier*, richiedendo che l'attore mostri che la violazione costituzionale “abbia avuto probabilmente come risultato la condanna di una persona che invero è innocente” laddove la vita dell'imputato-attore sia in pericolo, ma per rimediare a tale errore non è necessario rinnovare il dibattimento con una nuova giuria.

<sup>69</sup> Si noti che questa è una questione di errore della giuria, non quella di “effettiva innocenza” trattata in *Sawyer*. *Sawyer v. Whitley*, 505 U.S. 333, 336 (1992).

appello se “sia più probabile che non che nessun giurato ragionevole avrebbe<sup>70</sup> ritenuto l’attore colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio”<sup>71</sup>, il che è una “libbra di cura”<sup>72</sup> ardua da somministrare per i giudici di appello. La miglior “oncia di prevenzione”, allora, è profilattica: fare tutto quanto possiamo per prevenire condanne che puniscano gli innocenti e nutrire una “perenne preoccupazione che la giustizia non fallisca a danno dell’imputato”<sup>73</sup>.

### 3. Il problema

Il mero fatto che dobbiamo *definire* “al di là di ogni ragionevole dubbio” suggerisce che la locuzione stessa sia ambigua e al di là della comprensione di molti giurati. Persino nelle giurisdizioni che non consentono una definizione le richieste delle giurie di riceverne una suggeriscono che tale *standard* sia fuori dalla portata di molte di esse.

Benché sia impossibile quantificare l’onere della prova in termini di percentuale di certezza, la comparazione con altri oneri probatori aiuta. L’unico onere della prova che è facile da quantificare è quello civile della “preponderanza delle prove”. Esso corrisponde a qualunque valore – la minor frazione possibile – sopra al cinquanta per cento. Un tale *standard* equivarrebbe alla mera opinione del giurato medio che un imputato abbia commesso un reato. Poi abbiamo l’onere intermedio del “chiaro e convincente” usato in certi casi<sup>74</sup>. Sebbene tale onere, come l’al di là di ogni ragionevole dubbio, sia impossibile da quantificare con precisione in termini percentuali, molti se lo rappresentano come una certezza

<sup>70</sup> Alcune volte viene erroneamente citato “avrebbe potuto [ritenere – n.d.t.]” anziché “avrebbe [ritenuto – n.d.t.]”. V., e.g., *Reeves v. Nooth*, 294 Or. App. 711, 737 (2018); *Goldblum v. Klem*, 510 F.3d 204, 231 (3d Cir. 2007). Pare che la fonte di questo errore risieda nella somiglianza con lo *standard* di insufficienza probatoria affermato in *Jackson v. Virginia*, che chiede se “un qualche giudice del fatto razionale potrebbe aver ritenuto provati gli elementi essenziali del reato al di là di ogni ragionevole dubbio” 443 U.S. 307, 319 (1979). V. anche *Rivas v. Fischer*, 687 F.3d 514, 542 (2d Cir. 2012), che discute le implicazioni linguistiche della differenza fra “potrebbe [aver ritenuto – n.d.t.]” nello *standard* affermato in *Jackson* e “avrebbe [ritenuto – n.d.t.]” nello *standard* affermato in *Schlup*.

<sup>71</sup> V. *Schlup*, 513 U.S., p. 327, “Carrier richiede all’attore di mostrare che è ‘effettivamente innocente’”.

<sup>72</sup> Benjamin Franklin, *On Protection of Towns from Fire*, PA. GAZETTE, Feb. 4, 1735.

<sup>73</sup> *Commonwealth v. Azar*, 760 N.E.2d 1224, 1226 (Mass. 2002).

<sup>74</sup> V., e.g., *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 747-48 (1982), che nota che prove chiare e convincenti sono richieste per far decadere dai diritti genitoriali; *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 433 (1979), che nota che il requisito è lo stesso nei procedimenti di ricovero non volontario.

del 75% circa<sup>75</sup>. E sappiamo che lo *standard* dell'al di là di ogni ragionevole dubbio è significativamente più alto di quello delle prove chiare e convincenti.

Se si compara lo *standard* dell'al di là di ogni ragionevole dubbio ad un giudice del fatto "chiaramente convinto" della verità di qualcosa, allora al di là di ogni ragionevole dubbio dovrebbe essere più del 90% di certezza. Ma molti (se non la più parte) dei giurati invariabilmente minimizzano questo *standard* perché riluttanti a "lasciar andare" un imputato che abbia effettivamente commesso il reato. In altre parole, molti giurati sono meno inclini a commettere un errore del secondo tipo di quanto non lo siano a commetterne uno del primo. Difatti, i pubblici ministeri vengono addestrati a minimizzare con sottigliezza il loro onere probatorio, fingendo di adottarlo nelle affermazioni di apertura e nella rassegna delle conclusioni, per poi dire alla giuria che è "lo stesso onere che abbiamo in ogni processo penale"<sup>76</sup>. Ciò che in sostanza dicono ai giurati è che se esso fosse così gravoso, allora non vi sarebbe mai alcuna condanna penale.

Il gran sospetto è che le giurie condannino sulla base di prove che sono invero al di sotto del canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>77</sup>. Vero che un imputato condannato sulla base di prove al di sotto di tale *standard* abbia il diritto di impugnare la sentenza su tale punto, tale diritto è tuttavia virtualmente privo di significato, dacché l'onere dell'imputato in appello è di mostrare che "nessun giudice del fatto razionale potrebbe ritenerlo colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio"<sup>78</sup>. Ciò è divenuto un onere virtualmente insormontabile, atteso che la più parte dei giudici di appello sono riluttanti a revocare in dubbio il verdetto di una giuria etichettandolo, in sostanza, come irrazionale. Di conseguenza, le giurie dibattimentali hanno effettivamente l'ultima parola circa se l'accusa abbia dimostrato la sua tesi al di là di ogni ragionevole dubbio. La soggettività collettiva di ciò che una giuria reputa prova al di là di ogni ragionevole dubbio schiaccia in sostanza il più oggettivo *standard* del "nessun giudice del fatto razionale" usato in sede di appello.

<sup>75</sup> V., e.g., *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310, 316 (1984), che caratterizza lo *standard* delle prove chiare e convincenti come quello che "potrebbe ingenerare nell'accertatore ideale un'intima convinzione che la verità delle sue affermazioni fattuali sia 'altamente probabile'", citando CHARLES T. MCCORMICK, *HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE* § 320 (1954); *Evidence*, BLACK'S LAW DICTIONARY (XI ed. 2019), "La prova chiara e convincente [è] la prova che indica che la cosa da provare è altamente probabile o ragionevolmente certa. È un onere probatorio più gravoso di quello della preponderanza delle prove, che è lo *standard* adottato nella più parte dei processi civili, ma è meno gravoso della prova al di là di ogni ragionevole dubbio, che è la norma per i processi penali".

<sup>76</sup> Infatti, uno degli autori è stato istruito ad argomentare ciò alla procura federale di Chicago.

<sup>77</sup> Come prova aneddotica, uno degli autori una volta ha chiesto ad un abitante della Carolina del Nord che aveva fatto parte di giurie penali che percentuale di certezza credesse corrispondesse all'al di là di ogni ragionevole dubbio. Rispose "il sessanta per cento".

<sup>78</sup> *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 317, 319 (1979).

#### 4. La soluzione

Una soluzione è di esprimere lo *standard* dell'al di là di ogni ragionevole dubbio in termini che il giurato medio possa comprendere. Siccome la maggior parte dei giurati sembra concentrarsi su se ritenga che l'imputato abbia o meno effettivamente commesso il reato, a prescindere dal fatto che l'accusa abbia dimostrato o meno al di là di ogni ragionevole dubbio che l'abbia commesso, la prima domanda "*juror-friendly*" nell'analisi potrebbe essere: "Credi che l'accusa abbia provato ogni elemento del reato che ha imputato?" Ma per ridurre al minimo il rischio di condannare l'innocente (errore del primo tipo), come pretende di fare lo *standard* dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, potremmo fornire l'ulteriore istruzione: "Considerata la straordinaria ingiustizia della possibilità di condannare un innocente<sup>79</sup>, sei convinto fino alla certezza morale?"<sup>80</sup>

Questa soluzione riesce sia a formulare l'istruzione sull'onere probatorio in termini che il giurato medio può capire, sia ad enfatizzare a quello stesso giurato medio l'importanza di evitare gli errori del primo tipo. Sperabilmente, con questa istruzione, le domande della giuria sull'onere della prova saranno meno frequenti e le diverse giurisdizioni non avranno bisogno di regole diverse circa se definirlo. Si definirà finalmente da sé.

Gli autori si rendono conto quanto sarebbe difficile, se non impossibile, liberare la repubblica dalla dipendenza da uno *standard* cui ha aderito e cui è adusa da oltre due secoli. Tuttavia, "questo è il modo in cui è sempre stato fatto" non dovrebbe mai essere una ragione per continuare a fare in tal modo, in particolare se esso è sbagliato e porta a condannare degli innocenti. Piuttosto, è la definizione di follia<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> In *Victor*, il giudice della Corte Suprema Blackmun osservò che "lo scopo principale dell'istruzione è di ridurre al minimo il senso di responsabilità della giuria per la condanna di coloro che potrebbero essere innocenti". *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 35 (1994) (Blackmun, J., *dissenting*).

<sup>80</sup> *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39, 40 (1990); v. anche *Commonwealth v. Costley*, 118 Mass. 1, 24 (1875), La prova fino alla "certezza morale" è equivalente alla dimostrazione al di là di ogni "ragionevole dubbio". "Quando dichiariamo [...] una tal cosa come moralmente certa, perché è stata confermata da testimoni attendibili [...] [questa] certezza morale è nient'altro che una forte presunzione fondata su ragioni probabili e che molto raramente ci delude ed inganna" 1 SAMUEL VON PUFENDORF, *OF THE LAW OF NATURE AND NATIONS* § 11, p. 24 (Jean Barbeyrac ed., Basil Kennet trans., London, J. Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, & T. Osborne IV ed. 1749).

<sup>81</sup> Benché la citazione "La definizione di follia è fare la stessa cosa ancora ed ancora ed aspettarsi un risultato diverso" sia spesso attribuita ad Albert Einstein, pare che l'attribuzione sia apocriфа. V. Daniel D'Addario, "*The Definition of Insanity is the Most Overused Cliché of All Time*", SALON (Aug. 6, 2013, 6:33 PM), [https://www.salon.com/2013/08/06/the\\_definition\\_of\\_insanity\\_is\\_the\\_most\\_overused\\_cliche\\_of\\_all\\_time/](https://www.salon.com/2013/08/06/the_definition_of_insanity_is_the_most_overused_cliche_of_all_time/) [<https://perma.cc/Q5VQ-ZKZT>].



---

## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

ENNIO AMODIO – Professore emerito nell’Università di Milano

COSTANZA BERNASCONI – Professore associato nell’Università di Ferrara

MATTEO CAPUTO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore  
di Milano

NICCOLÒ DECORATO – Perfezionando nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS – Catedrático nella Universidad de Málaga

LUCIANO EUSEBI – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore  
di Milano

ALICE GIANNINI – Dottoranda di ricerca nell’Università di Firenze

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

NATALINO IRTI – Professore emerito nell’Università “La Sapienza” di Roma

VINCENZO MAIELLO – Professore ordinario nell’Università “Federico II” di Napoli

KARL T. MUTH – Lecturer in Law and Economics, Northwestern Pritzker School of  
Law and Northwestern University, respectively

ATTILIO NISCO – Professore associato nell’Università di Bologna

CATERINA PAONESSA – Professore associato nell’Università di Firenze

MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell’Università di Messina

JAMES A. SHAPIRO – Judge, Circuit Court of Cook County, Illinois

LUIGI STORTONI – Professore emerito nell’Università di Bologna

SARA BIANCA TAVERRITI – Assegnista di ricerca nell’Università di Milano

CECILIA VALBONESI – Assegnista di ricerca nell’Università di Firenze

FILIPPO VENTURI – Perfezionando nella Scuola Superiore Sant’Anna 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 simili).  
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  
Gian Marco Baccari  
Giuliano Balbi  
Roberto Bartoli  
Elio R. Belfiore  
Filippo Bellagamba  
Costanza Bernasconi  
Marta Bertolino  
Riccardo Borsari  
David Brunelli  
Marcello Busetto  
Alberto Cadoppi  
Alberto Camon  
Matteo Caputo  
Damiano Canale  
Francesco Cingari  
Federico Consulich  
Carlotta Conti  
Cristiano Cupelli  
Francesco D'Alessandro  
Giampaolo Demuro  
Corrado Del Bò  
Giulio De Simone  
Alberto De Vita  
Mariavaleria Del Tufo  
Alberto di Martino  
Vittorio Fanchiotti  
Paola Felicioni  
Giovanni Fiandaca  
Stefano Fiore  
Giovanni Flora  
Luigi Foffani  
Désirée Fondaroli  
Gabriele Fornasari  
Benedetta Galgani  
Ignazio Giacona  
Roberto Guerrini  
Dario Guidi  
Giulio Illuminati  
Gaetano Insolera  
Isabella Leoncini  
Sergio Lorusso  
Claudio Luzzati  
Stefano Manacorda  
Adelmo Manna  
Ferrando Mantovani  
Luca Marafioti  
Enrico Marzaduri  
Maria Novella Masullo  
Oliviero Mazza  
Nicola Mazzacuva  
Alessandro Melchionda  
Enrico Mezzetti  
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  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di dicembre 2022



Edizioni ETS

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com) - [info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

[www.edizioniets.com/criminalia](http://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, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,  
Daniele Negri, Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri  
Antonio Vallini, Vito Velluzzi

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

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