

# VERITÀ E GIUSTIZIA NEL PROCESSO PENALE

ATTI DEL CONVEGNO DI STUDI GIURIDICI  
ORGANIZZATO DALLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA,  
BUENOS AIRES E ROMA TRE (18-22 GENNAIO 2024)



a cura di

Giulia Fiorelli, Emanuela Fronza, Nicolás Guzmán,  
Dario Ippolito, Luca Marafioti

50

Collana

L'Unità del Diritto



RomaTre-Press  
2025



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODDIGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023
45. C. SALVI, *Cinquant'anni di scritti giuridici*, 2024
46. D. CHINNI, L. PACE (a cura di), *Il Referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 2024
47. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il futuro dell'Accademia. Scritti dedicati agli allievi*, 2024
48. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2022-2023*, 2024
49. F. RIMOLI, S. TALINI, *"Si vis pacem, para bellum"? La guerra e le democrazie europee. Atti del convegno annuale dell'OSDE, Roma 16 febbraio 2024*, 2024



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

# VERITÀ E GIUSTIZIA NEL PROCESSO PENALE

ATTI DEL CONVEGNO DI STUDI GIURIDICI  
ORGANIZZATO DALLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA,  
BUENOS AIRES E ROMA TRE (18-22 GENNAIO 2024)

a cura di

Giulia Fiorelli, Emanuela Fronza, Nicolás Guzmán,  
Dario Ippolito, Luca Marafioti

**50**

L'Unità del Diritto  
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



*Roma TrE-Press*  
2025

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guacero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni: Roma TrE-Press*

Roma, febbraio 2025

ISBN: 979-12-5977-434-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.



La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

## Indice

<i>Prologo</i> di DANIEL R. PASTOR	13
<i>Presentazione</i> di DARIO IPPOLITO	17

### ROMA 18-19 GENNAIO 2024 PROCESSO PENALE E VERITÀ FATTUALE

ANTONIO CARRATTA, <i>Apertura dei lavori del Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre</i>	23
GIORGIO RESTA, <i>Saluti istituzionali del Prorettore per il coordinamento delle attività di internazionalizzazione dell'Università Roma Tre</i>	27

### PRIMA SESSIONE EPISTEMOLOGIA DEL GIUDIZIO PENALE

NICOLÁS GUZMÁN, <i>La logica del processo penale: conferma e confutazione delle ipotesi</i>	33
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, <i>La verità nello sguardo del testimone? Una risposta vecchia a un'emergenza non nuova</i>	45
MARIANO BERTELOTTI, <i>Il principio di innocenza e la custodia cautelare. Una vecchia convivenza con nuovi problemi</i>	57
LUIGI FERRAJOLI, <i>La verità processuale</i>	69

SECONDA SESSIONE  
ACCERTAMENTO DEL FATTO E STANDARD DI PROVA

GIULIO GAROFALO, <i>La diversificazione degli standard di prova nel processo penale</i>	87
TOMÁS DAKKACHE, <i>Dubbi e convinzioni: l'ostacolo della testimonianza unica</i>	101
DANIEL RUBINOVICH, <i>Confisca senza condanna: questioni probatorie e costituzionali</i>	115

TERZA SESSIONE  
NUOVE TECNOLOGIE, INTELLIGENZA ARTIFICIALE E  
GARANZIE PROCESSUALI

GIULIA FIORELLI, <i>Calcolabilità della decisione e giustizia algoritmica</i>	131
JOHN A. CARLIN SÁNCHEZ, <i>Verso una giustizia aumentata: sfide, opportunità e altre considerazioni sull'IA nel settore giudiziario</i>	149
MARÍA ELENA GODOY BERROCAL, <i>Procedimenti complessi: prove transnazionali e garanzie procedurali</i>	165
LUCA LUPÁRIA DONATI, <i>La verità giudiziale tra rarefazione tecnologica e solidità della tradizione processuale</i>	177

QUARTA SESSIONE  
PROVA, CONTRADDITTORIO E CONTROLLO DEL GIUDICE

FEDERICO WAGNER, <i>L'esercizio discrezionale dell'azione penale</i>	183
FLORENCIA N. LEGUIZA, MICAELA R. REDONDO, <i>Il controllo giudiziario sulle convenzioni probatorie</i>	191
GIULIA DE LIBERIS, <i>Mutamento del giudice, contraddittorio e rinnovazione della prova in play back</i>	201
LUCA MARAFIOTI, <i>Prova, contraddittorio e controllo del giudice</i>	213

BOLOGNA, 22 GENNAIO 2024  
PROCESSO, VERITÀ E GIUSTIZIA

PRIMA SESSIONE  
LA VERITÀ OLTRE IL PROCESSO

CARLO SOTIS, *La verità nel processo nella prospettiva del diritto penale sostanziale* 221

MARCO PITTIRUTI, *Verità, ricostruzione del fatto e controllo giurisdizionale nel procedimento di estradizione passiva* 233

ANTONIO PUGLIESE, *Le diverse prospettive della verità processuale* 243

SECONDA SESSIONE  
IL DIRITTO ALLA VERITÀ NEL DIALOGO TRA CORTI

PABLO D. EIROA, *Verità e giustizia penale nella ricostruzione della democrazia argentina* 261

OLIMPIA BARRESI, *L'endiadi "processo e verità": i diritti fondamentali nel dialogo tra Corti sovranazionali* 275

GABRIELE FORNASARI, *Osservazioni sparse su «Processo, verità e giustizia»* 289

TERZA SESSIONE  
ALLA RICERCA DELLA VERITÀ NEL PROCESSO PENALE

MARTÍN D. HAISSINER, *Esercizio dell'azione penale e politica criminale. Una visione realistica* 301

MARCOS GIAMPANI, MALENA PASTOR ZAMBONI, *Senza giudizio e senza ricorso. Una trasformazione radicale del moderno paradigma di accertamento e responsabilità penale?* 315

TAVOLA ROTONDA

LUIGI FERRAJOLI, *Sulla crisi della legalità penale e delle scienze penalistiche* 333

GAETANO INSOLERA, <i>Processo, verità e giustizia</i>	341
LUCA LUPÁRIA DONATI, <i>Verità aumentata o verità impoverita. Decifrare il processo penale che verrà</i>	355
LUCA MARAFIOTI, <i>Le verità “diverse” e i monologhi del P.M.</i>	361
STEFANIA PARISI, <i>Un diritto alla verità? Perché no</i>	367
MARCO MARIA SCOLETTA, <i>Il “diritto alla verità” nel processo penale tra essere e dover essere</i>	379
<i>Gli Autori</i>	391

## *Prologo*

Daniel R. Pastor

### *Pro veritate*<sup>\*</sup>

È una relazione difficile quella del potere con la verità. Le lezioni della storia insegnano che le più grandi atrocità nell'esercizio del potere sono state commesse in nome della "verità". Ancora oggi, questa parola rimane il baricentro retorico e ideologico di ogni sorta di fondamentalismo.

Tuttavia, se non la verità, almeno il vero – mi sia consentito questo gioco linguistico – è una condizione indispensabile per l'esercizio del potere pubblico nelle società organizzate secondo le forme giuridiche della democrazia costituzionale. Peter Häberle ha sottolineato il valore politico della verità nello Stato di diritto, esigendone il rispetto da parte delle autorità come dimensione sostantiva dell'*ethos* democratico e come obbligo costituzionale di non alterare la realtà attraverso le parole del potere<sup>1</sup>. Resta il fatto che l'invocazione della *Verità*, in particolare nel campo del processo penale, dovrebbe essere avvertita, innanzitutto, come un campanello di allarme (il che non toglie che a volte possa trattarsi di un falso allarme)<sup>2</sup>.

Sul significato, la funzione e i limiti della verità, nell'esercizio del potere di punire, vertono i contributi raccolti in questo bel libro, curato da Giulia Fiorelli, Emanuela Fronza, Nicolás Guzmán, Dario Ippolito e Luca Marafioti. Si tratta degli atti del convegno internazionale "La verità nel processo penale", organizzato dalle Università di Bologna, Buenos Aires e Roma Tre nel gennaio 2024.

Non farò riferimento specifico a nessuno dei contributi che compongono il volume: mi limiterò a menzionare le questioni discusse e a segnalare le piste seguite dalle autrici e dagli autori, nel comune tentativo di analizzare il problema dell'accertamento dei fatti nell'ambito del processo penale. Un ambito entro il quale solo per approssimazione è possibile arrivare alla conferma o alla smentita delle asserzioni empiriche formulate dalle parti,

---

<sup>\*</sup> Traduzione di Dario Ippolito.

<sup>1</sup> P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Nomos, Baden-Baden 1995.

<sup>2</sup> "L'unica verità è imparare a liberarci dalla passione insana per la verità" (U. Eco, *Il nome della rosa*, Bompiani, Milano 1980, p. 494).

seguendo una rigorosa logica di verifiche e confutazioni delle ipotesi in gioco. Un'epistemologia per cui la conoscenza viene alla luce attraverso il contraddittorio: in assenza del quale, la prova e la verità escono dai tribunali, e la decisione delle controversie è abbandonata all'arbitrio o affidata alle mani – ben visibili – del mercato della giustizia negoziata. Affidamento consensuale deleterio: negozio penale, a cui i giudici si stanno ormai consegnando in maniera scriteriata.

I *mass media* – ingombranti fattori di passioni punitive – costruiscono universi paralleli a quelli conosciuti (e conoscibili) nelle aule dei tribunali; e, operando come attori extraprocessuali nei giudici penali, cercano di convincere i giudici a considerare provate le loro istanze. L'arduo problema della testimonianza come veicolo di verità, a fronte delle odierne tendenze a trascurarne la problematicità e a esaltarne l'affidabilità, sollecita la riflessione critica e radicale che il lettore incontrerà nelle pagine che seguono. La giustizia algoritmica, con le sue luci e le sue ombre, è un altro importante oggetto di analisi, la cui rilevanza è destinata a crescere, poiché resta ancora da determinare il suo contributo agli scopi epistemici del processo.

Come ottenere, se non giustizia, almeno l'accertamento dei fatti in caso di crimini di massa contro l'umanità? In particolare, nella vicenda argentina dei *desaparecidos*, come garantire il diritto alla verità? Ecco altre questioni controverse, in cui si profila l'alternativa tra l'uso dell'apparato punitivo senza fini punitivi – giudizi (penali?) di verità – e il ricorso più ragionevole e meno macchinoso all'istituzione di commissioni per la verità.

Nella cornice tematica delineata nel titolo del volume, quelli appena evocati sono solo alcuni dei problemi affrontati. Di pari interesse sono gli altri argomenti esaminati dagli autori, in saggi accomunati dal rigore e dalla originalità nella declinazione e nello sviluppo del *Leitmotiv* della verità processuale.

Per concludere, vorrei osservare che gli umori punitivisti di cui è saturo il clima politico delle società contemporanee, oltre a debilitare i principi del diritto penale minimo, rafforzano le tendenze decisionistiche e creazionistiche della giurisdizione. Invadendo il terreno del processo, il punitivismo mira a travolgere le regole che limitano l'esercizio dell'azione penale rispetto all'acquisizione e alla produzione delle prove. La verità, la cui conoscibilità è regolata dai principi del giusto processo, è travolta e sacrificata sugli altari fumanti della convenienza, della viltà, dei compromessi, dell'accondiscendenza e persino dello spettacolo.

Eppure, esiste un valore insito nella cultura dello Stato di diritto, secondo il quale la conferma della veridicità delle asserzioni fattuali,

nel processo penale, è garanzia – unicamente – della fondatezza delle condanne. Secondo un'acquisizione consolidata, le decisioni giudiziarie che, per qualsiasi motivo legittimo, annullano o impediscono le condanne, oltre a essere corrette sul piano giuridico, sanciscono, altresì, l'innocenza dell'imputato.

Il giornalista, lo storico, l'epistemologo possono, con i loro strumenti e i loro metodi, affermare che la verità dei fatti è un'altra, ma per il processo giudiziario l'imputato non condannato è epistemicamente innocente. Ce lo ricorda, giustamente, Perfecto Andrés Ibáñez: giudicare penalmente è una questione di metodo<sup>3</sup>. Quando ci sono più di due persone, ci sono sempre più di due verità, ma per il giudizio penale è solo una quella che conta: quella definita dall'epistemologia del sistema processuale; e non un'altra, quale che sia; né quella metagiuridica, né quella popolare, perché "non è possibile scoprire cosa è vero in base a quante persone pensano che qualcosa sia vero"<sup>4</sup>; né, va da sé, può valere una verità tanto fallace da ridursi a una menzogna dissimulata mercé l'indeterminatezza del linguaggio<sup>5</sup>.

Casi esemplari, nei quale la verità – effettiva o potenziale – dell'ipotesi accusatoria non decide la controversia, sono: a) la debolezza dell'apparato probatorio, che non può essere tenuto in piedi *sine die* in attesa di ulteriore corroborazione (ragionevole durata); b) l'approdo a una conferma solida dell'ipotesi di colpevolezza, ottenuta attraverso prove invalide; c) l'impossibilità per l'autorità di pronunciarsi (mancanza di giurisdizione o competenza, morte dell'accusato, amnistia o prescrizione). In questi casi, si può parlare di impunità, è vero; ma è altrettanto vero che si tratta di un'impunità molto tollerabile. Diversamente, l'autorità di alcuni soggetti di giudicare la colpevolezza di altri soggetti potrebbe portare a punizioni su basi inattendibili o del tutto illegittime, in palese violazione del modello processuale penale dello Stato costituzionale di diritto.

In questi casi, come in tutti quelli che non si concludono con una condanna, è vero che l'imputato non ha commesso un reato. Durante il processo, la non colpevolezza è presunta (benché ciò, sul piano epistemologico, possa essere considerato una fallacia). Solo la condanna definitiva ha la capacità di refutare tale presunzione. Di conseguenza,

<sup>3</sup> P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Juzgar es cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales* (Acerca de la propuesta de Larry Laudan), in «Jueces para la Democracia», n.º 102, 2021, p. 83 ss.

<sup>4</sup> R. GALCHEN, *Todo el mundo sabe que tu madre es una bruja*, Fiordo, Buenos Aires 2022, p. 96.

<sup>5</sup> "Non c'è linguaggio senza inganno" (I. CALVINO, *Le città invisibili*, Einaudi, Torino 1972, p. 54).



qualsiasi altra decisione giudiziaria, da un punto di vista giuridico, conferma l'innocenza dell'imputato come verità.

Il processo penale in uno Stato di diritto non distingue tra diversi tipi di innocenti, ma solo tra innocenti e colpevoli: che sono quelli dichiarati tali da sentenze definitive di condanna. Solo nei confronti di questi ultimi è possibile considerare vera la ricostruzione accusatoria dei fatti. Peraltro, anche rispetto a queste decisioni, il diritto processuale procede con ponderata relatività e massima cautela: *rei iudicata, pro veritate habetur*.

## Presentazione

Dario Ippolito

Chi scrive un'introduzione ha quasi sempre un'ambizione: quella di prendere per mano il lettore e accompagnarlo tra le navate e le campate di un libro. Chi opta per una presentazione, invece, assume un ruolo più defilato. In modo implicito – ma chiaramente – trasmette al lettore un messaggio accomodante: *se hai voglia di goderti il libro, non hai bisogno di soffermarti su queste pagine.*

Non tutti, però, accolgono l'invito a procedere senza indugio. Il gusto sapido dell'attesa e la curiosità dell'*amuse-bouche* sono abbastanza diffusi tra coloro che trascorrono tanti momenti della vita con un'«opera d'inchiostro» tra le dita. Pertanto, anche la forma dimessa della presentazione esige il rispetto della deontologia del rispetto; e non dispensa dal dovere di osservare il primo comandamento prescritto da Voltaire: non annoiare. Ovviamente, il rischio dell'infrazione colposa è sempre incombente; ma – per fortuna – la più efficace tattica di evitamento è alla portata di tutti: poiché la noia è una variabile temporale, conviene imboccare speditamente l'agevole via della *brevitas*.

Scorrendo l'indice di questo volume si incontrano nomi celebri e nomi meno noti; nomi italiani e nomi stranieri; nomi di processualisti, di penalisti, di costituzionalisti, di filosofi del diritto. Immediatamente, si indovina il carattere interdisciplinare della pubblicazione e si discerne, a colpo d'occhio, l'impianto tematico del convegno internazionale di cui essa è il prodotto. Quel che invece non traspare – quel che l'indice non può indicare – è il connotato della spiccata intergenerazionalità che contraddistingue questa riflessione collettiva su *Verità e giustizia nel processo penale*.

I numerosi contributi qui raccolti – sempre densi e istruttivi, spesso vivaci, a volte puntuti (o addirittura urticanti) – sono firmati da studiosi nati negli anni '40, negli anni '50, negli anni '60, '70, '80 e '90. Culturalmente, il dato è pregnante. Può essere interpretato come un segno di vitalità dell'accademia quale luogo di costruzione e trasmissione del sapere: incubatrice di vocazioni e ambizioni conoscitive, laboratorio di fecondazione (eterologa) del pensiero argomentativo, palestra di autonomia critica, *open space* di ricerca e dibattito intellettuale.

Eminenti professori, decani della cultura giuridica e giovanissimi allievi di allievi: generazioni diverse, esperienze e provenienze diverse, orientamenti plurali e talora antagonistici... Come è nato l'incontro? Cosa ha favorito il confronto? Chi ha promosso la cooperazione tra le università di Bologna, Buenos Aires e Roma Tre, mettendo in relazione cultori di discipline differenti (e non di rado reciprocamente indifferenti)?

Il principale *trait d'union*, tra i continenti e i dipartimenti, tra i distinti gruppi scientifici e i tanti studiosi adunati a convegno (il 18, 19 e 22 gennaio 2024), è l'autore del prologo di questo volume: Daniel Pastor, cattedratico di diritto penale – sostanziale e processuale – presso il *Departamento de Derecho Penal y Criminología* della UBA.

Giurista cosmopolita, Pastor ha trasformato la sua giovanile esperienza di discepolo di un grande maestro – Julio Maier – nella matura e generosa competenza del grande maestro: capace di accendere passioni e coltivare intelligenze, consigliare percorsi e orientare progetti, assecondare inclinazioni e sorvegliare realizzazioni (sempre con l'elegante discrezione connaturata alla sua personalità).

Intorno alla cattedra di Pastor è cresciuta – dagli anni zero a oggi – un'effervescente comunità di giuristi: aperta, ricettiva e accogliente; formata da docenti, ricercatori, dottorandi, avvocati, magistrati e funzionari degli organi giurisdizionali, che condividono interessi scientifici e si riuniscono regolarmente in animate discussioni sui problemi teorici e pratici della giustizia penale.

Del valore e dei meriti culturali di questa scuola (radicalmente avversa agli scolasticismi e al conformismo) molti degli interventi confluiti nella presente raccolta forniscono una limpida conferma. L'ennesima: perché dai seminari periodici e dalle frequenti giornate di studio organizzate da Pastor e dai suoi espertissimi collaboratori sono sempre scaturite importanti pubblicazioni collettive.

È in questa florida tradizione convegnoistica che si è consolidato il rapporto tra le facoltà di giurisprudenza di Buenos Aires, Roma Tre e Bologna: attraverso il coinvolgimento (in tempi e modi diversi) di penalisti, processualisti e filosofi del diritto italiani, attenti alle voci più originali della cultura giuridica ibero-americana. Da questa felice consuetudine alla collaborazione accademica è nata – nella convivialità di una *finca* argentina – l'idea del convegno polifonico di cui ora si pubblicano gli atti.

Sulla scelta del tema hanno influito non solo le propensioni intellettuali soggettive, trasversali ai campi disciplinari degli organizzatori, ma anche la comune sensibilità garantistica e le preoccupazioni per la tenuta –

assiologica e culturale, ancor prima che giuridico-positiva – del paradigma liberale della giurisdizione penale, nel cui sistema normativo la questione della verità è declinata in stretta congiunzione con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali di immunità e facoltà.

Il carattere distintivo della decisione giurisdizionale rispetto a ogni altra specie di decisione giuridica (legislativa, amministrativa o negoziale) consiste precisamente nella sua dimensione teoretica. La giurisdizione ha come oggetto fatti e norme, la cui cognizione e la cui connessione formano il presupposto dell'atto giuridico in cui si manifesta la sua potestà prescrittiva e sanzionatoria. Ciò comporta che l'esercizio della funzione giudiziaria, a differenza dei poteri basati sul consenso o sull'interesse, trova nella verità processuale la sua peculiare fonte di legittimazione.

Per quanto precario risulti tale fondamento direttivo – giacché la verità giuridica è sempre opinabile e quella fattuale è solo probabile – non abbiamo alternative razionalmente accettabili: se vogliamo salvaguardare i pilastri dello Stato di diritto (che – ce lo ricorda Norberto Bobbio – poggiano sul terreno della legalità penale), dobbiamo puntare sul rafforzamento culturale e istituzionale della dimensione cognitiva della giurisdizione per contenerne le esorbitanze potestative.

È una lezione politica che proviene dai classici del liberalismo. Le garanzie sostanziali delle verificabilità in astratto delle ipotesi accusatorie devono combinarsi con le garanzie processuali e ordinamentali della verifica in concreto: ossia, con le regole che traducono a livello giuridico i criteri epistemici del corretto accertamento dei fatti. Se tali garanzie di verità difettano, il pericolo di un'ingiusta condanna pende su ogni innocente *sub iudice* come la spada sul capo di Damocle. E – come Montesquieu ha insegnato – «se l'innocenza dei cittadini non è tutelata, non lo è nemmeno la libertà»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi* (1748), in ID., *Tutte le opere [1721-1754]*, a cura di D. Felice [con testo francese a fronte], Bompiani, Milano 2014, lib. XII, cap. 2, p. 1281. Desidero ringraziare Perfecto Andrés, Ibáñez, Mariano Bertelotti, Pablo Eiroa e Nicolás Guzmán per la loro generosa disponibilità.



ROMA 18-19 GENNAIO 2024  
PROCESSO PENALE E VERITÀ FATTUALE



Antonio Carratta

*Apertura dei lavori  
del Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università Roma Tre*

Nel portare il saluto dell'intero Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre agli illustri relatori e ai numerosi partecipanti all'importante Convegno internazionale, organizzato insieme alle Università di Buenos Aires e di Bologna e dedicato al tema della *Verità e giustizia nel processo penale*, desidero svolgere alcune brevi riflessioni sia in relazione all'impostazione seguita per la sua organizzazione e per la sua realizzazione, sia a proposito della straordinaria attualità del tema prescelto.

Anzitutto, merita di essere evidenziata la natura interdisciplinare – oltre che interuniversitaria – del Convegno, al quale sono stati invitati a partecipare studiosi, italiani e stranieri, di diversa formazione culturale: processualisti, costituzionalisti, penalisti, filosofi del diritto.

Di questa scelta, che emerge in modo evidente anche dai numerosi contributi raccolti in questo volume, va reso merito agli organizzatori, che con maestria hanno saputo coinvolgere e coordinare al meglio le diverse voci, in modo che si realizzasse una vera e propria riflessione collettiva e polifonica intorno al tema prescelto.

Dietro questa scelta vi è anche l'implicito riconoscimento che, come spesso accade quando si tratti di affrontare temi di rilevanza generale, come è appunto quello della verità nel processo penale, la riflessione del giurista, per essere correttamente condotta ed essere fruttuosa, non può prescindere dal coinvolgimento delle diverse prospettive di analisi e delle diverse sensibilità. Ciò che, del resto, costituisce anche il tratto caratteristico delle attività e dei progetti di ricerca che il Dipartimento ha sviluppato e continua a sviluppare al suo interno anche nell'ambito delle attività connesse all'attuale progetto di Dipartimento di eccellenza (2023-2027), nella prospettiva di una rinnovata riflessione intorno alle prospettive future della formazione del giurista. Di conseguenza, non poteva che essere accolta molto favorevolmente dal Dipartimento la proposta di sostenere l'organizzazione di un Convegno così impostato e di ospitarne lo svolgimento della prima parte.



Quanto, poi, al tema del Convegno, si tratta indubbiamente di un tema di straordinaria rilevanza e che ciclicamente torna di attualità nel generale dibattito intorno ai rapporti fra verità, processo e giustizia. La straordinaria rilevanza del tema anche nel dibattito odierno credo sia legata ad almeno due ragioni fondamentali.

La prima è da rinvenire nella riaffermazione più che mai attuale dei principi del «giusto processo» e nella rinnovata convinzione che scopo del processo non sia la risoluzione di una controversia (civile o penale) e la pronuncia di una sentenza purché sia, ma l'assunzione di una decisione basata sull'accertamento il più possibile veritiero dei fatti oggetto del processo. In altri termini, il processo intanto è «giusto», in quanto porti ad una decisione «giusta» e questa può ritenersi tale se risulta fondata sull'accertamento il più possibile veritiero dei fatti di causa.

La seconda ragione è legata, invece, alla natura dialettica del processo e dunque alla stretta relazione fra «giusto processo», «giusta decisione» e garanzia del contraddittorio in condizioni di parità con e fra le parti, sempre al fine di pervenire all'accertamento il più possibile veritiero dei fatti rilevanti per la decisione.

Ed infatti, l'equivalente e simmetrica parità delle parti di incidere sulla formazione della decisione giudiziale, il «giusto equilibrio» di cui parla anche la Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento all'art. 6.1 della CEDU, presuppongono che il processo sia regolato dal legislatore in modo tale da impedire alterazioni dell'esercizio paritario del contraddittorio e l'acquisizione di indebite, ma effettive, posizioni di vantaggio dell'una parte nei confronti dell'altra nel condizionare in maniera impropria e fraudolenta la decisione giudiziale.

Ebbene, al fondo di questo modo di ragionare intorno ai rapporti fra processo, verità e giustizia della decisione mi pare vi sia la consapevolezza dello stretto legame fra queste tre componenti e dei rischi ai quali si va incontro ove si persegua la giustizia senza tener conto della verità. In effetti, come ha avvertito lucidamente Norberto Bobbio, «chi non crede alla verità sarà tentato di rimettere ogni decisione, ogni scelta, alla forza, secondo il principio che, siccome non si può comandare ciò che è giusto, è giusto ciò che è comandato»<sup>1</sup>.

A ben riflettere, dunque, la rinnovata attenzione al tema dei rapporti fra verità e giustizia della decisione giudiziale non è soltanto l'approdo di una nuova riflessione, alternativa rispetto a quella tradizionale e meramente formalistica del passato. È il frutto, piuttosto, di un modo nuovo

---

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Verità e libertà*, Palumbo, Palermo 1960, p. 52

di interpretare il rapporto autorità/giustizia della decisione giudiziale, nell'ambito del quale è il secondo profilo a giustificare il primo e non viceversa, come, invece, si riteneva nel passato.

Sebbene si debba anche aggiungere che - una volta acquisito lo stretto legame fra accertamento il più possibile veritiero dei fatti e giustizia della decisione giudiziale - l'ulteriore problema che si pone è quello di stabilire se debba essere fissato un grado minimo di attuazione che consenta di ritenere integrato il presupposto dell'accertamento il più possibile veritiero dei fatti o se, invece, stante la funzione prevalentemente epistemica del processo, non si debba ritenere che siano contrarie al conseguimento di tale obiettivo tutte le limitazioni che la disciplina processuale pone alla ricerca della verità dei fatti, al fine di salvaguardare esigenze che pure giocano un ruolo parimenti rilevante nel processo (come, ad es., il diritto alla riservatezza dei dati personali o l'esigenza di ragionevole durata del processo).

Pur con tutti i limiti propri dello strumento processuale, dunque, l'obiettivo della giustizia della decisione in quanto fondata sull'accertamento (il più possibile) veritiero dei fatti di causa non può non essere indicato come un obiettivo imprescindibile del processo, perché connesso alla stessa credibilità e accettabilità dello strumento processuale.

Ed è in questa nuova e allettante prospettiva che va salutata con grande apprezzamento la scelta di rivolgere la polifonica riflessione del Convegno ai rapporti imprescindibili, ma non sempre facili e scontati, fra verità e giustizia nel processo penale, nella convinzione che – per dirla con Tullio Ascarelli - «la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1958, p. 844 ss., spec. p. 858.



Giorgio Resta

*Saluti istituzionali  
del Prorettore per il coordinamento delle attività  
di internazionalizzazione dell'Università Roma Tre*

Sono particolarmente lieto di prendere la parola, in apertura di questa prima giornata del convegno su “La verità nel processo penale”, per porgere a tutti i presenti i saluti del Magnifico Rettore, Prof. Massimiliano Fiorucci e, per il suo tramite, della comunità accademica dell’Università degli Studi Roma Tre. In qualità di Prorettore con delega al coordinamento delle attività di internazionalizzazione, desidero esprimere un caloroso benvenuto ai relatori e alle relatrici, alcuni dei quali giunti a Roma da molto lontano, e un sincero ringraziamento ai colleghi Giulia Fiorelli, Dario Ippolito, Luca Marafioti, per aver consentito a Roma Tre di ospitare le prime due giornate di questo convegno, organizzato insieme alle università di Bologna e di Buenos Aires. Dobbiamo esser loro grati per due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché queste giornate di studio riflettono la formazione una vera e propria rete transnazionale di ricerca, che permette di consolidare i già eccellenti rapporti accademici con il mondo latino-americano, e in particolare argentino, interpretando la vocazione più autentica di questo ateneo. Roma Tre, un’università fondata poco più di trenta anni fa per decongestionare le altre università romane e recuperare al tessuto urbano l’ex area industriale di Ostiense/Marconi, ha da sempre inteso il suo ruolo come quello di un ateneo fortemente innovativo, aperto ai bisogni sociali e alla diversità culturale, in tutte le sue declinazioni. Ciò è testimoniato dal fatto che, in soli trent’anni, Roma Tre ha raggiunto il primato in Italia per il numero degli accordi di collaborazione interuniversitaria e una posizione di *leadership* per i progetti di cooperazione allo sviluppo, i quali proiettano i paradigmi di terza missione e *social impact* su una scala autenticamente globale. Dunque, iniziative come questa debbono ritenersi intimamente coerenti con la vocazione internazionale del nostro ateneo, ribadita ed enfatizzata nell’ultimo piano triennale approvato dagli Organi Collegiali nel 2023. La seconda ragione attiene al tema che sarà al centro di questi tre giorni di riflessione, ossia le relazioni tra verità e processo (e segnatamente

processo penale). Il tema è di grandissima rilevanza e non soltanto sotto il profilo teorico ed epistemologico, che pure sarà attentamente scandagliato in queste tre giornate. Discutere di verità processuale oggi significa affrontare un problema indubbiamente intrinseco alla teoria del processo, ma con implicazioni e ramificazioni importanti in altri settori disciplinari e campi del sapere. La verità è ormai al centro di una costellazione di diritti e doveri, che ne fanno un paradigma centrale per il diritto contemporaneo. Si pensi, ad esempio, alle regole emergenti in tema di *fake news*, alla disciplina dell'intelligenza artificiale, che tra i molti aspetti tocca anche il fenomeno del *deep fake*; o si rifletta sul problema delle legislazioni memoriali, che, stabilendo più o meno controversi obblighi di memoria, fissano autoritativamente alcune verità storiche, che neanche il processo può scalfire e che tuttavia mettono a repentaglio valori costituzionali come la libertà di pensiero e la libertà di ricerca ed insegnamento (in particolare dello storico). Ancor più rilevante, poi, è il tema del diritto alla verità, al quale fanno ormai espresso riferimento numerose decisioni di corti nazionali e sovranazionali, nonché leggi e atti normativi internazionali, come ad esempio l'art. 24, c. 2, della Convenzione internazionale per la protezione delle persone contro le sparizioni forzate del 2006 (disposizione che riconosce un "diritto alla verità" non soltanto a favore dei congiunti, ma di qualsiasi individuo che abbia sofferto in conseguenza delle sparizioni forzate, estendendo il raggio della pretesa in oggetto non soltanto alle informazioni relative al destino della vittima, ma anche a tutte le circostanze concernenti la sparizione, nonché ai progressi e ai risultati delle indagini). Il diritto alla verità è stato al centro di importanti rivendicazioni specialmente nel contesto sudamericano, a seguito dei tremendi crimini commessi a danno di cittadini e cittadine inermi all'epoca delle dittature militari. Come si legge in un'efficace dichiarazione delle madri e dei parenti degli uruguaiani scomparsi all'epoca del regime dittatoriale, "la riparazione comincia con la verità dei fatti. Quindi, sia per quanto riguarda le stesse vittime che i familiari degli scomparsi, l'accertamento della verità e il suo riconoscimento ufficiale rappresentano la premessa di qualsiasi forma di riparazione, fino a costituire essi stessi la riparazione".

Il raggiungimento della verità si connota dunque come uno strumento irrinunciabile al fine dell'attuazione dei valori di dignità umana; ed è significativo che in molti dei casi che hanno favorito il riconoscimento di tale pretesa, l'istanza di verità si rivolga in primo luogo contro il paradigma della ragion di stato, contestando frontalmente le politiche di amnistia e di riconciliazione promosse dai governi. Ma riconciliazione, ci ricordano

le stesse vittime, non può esservi senza assunzione di responsabilità e, dunque, senza verità e memoria. Come conseguire tali risultati? Come raggiungere la verità, sovente ostinatamente nascosta dai carnefici e dai loro fiancheggiatori? In molti casi l'unico strumento praticabile è costituito dal processo, sia esso penale o civile (esemplare al riguardo è il caso delle *residential schools* canadesi). Pur con tutti i suoi limiti – già limpidamente messi in luce da Piero Calamandrei nello splendido saggio del 1939 *Il giudice e lo storico* –, il processo rappresenta un dispositivo prezioso ed irrinunciabile per conseguire l'accertamento dei fatti da parte di un'autorità imparziale e la definizione di una sfera di senso condivisa circa gli accadimenti del passato giuridicamente rilevanti. Di qui la moltiplicazione di processi simbolici o strategici, che collocano su un piano affatto particolare la riflessione sui rapporti tra verità e processo. Anche di ciò si parlerà, immagino, in questi tre giorni, che si annunciano ricchi di stimoli e suggestioni intellettuali preziose. A tutti i partecipanti giunga quindi l'augurio di buon lavoro e il ringraziamento dell'intera comunità accademica, che ho qui l'onore di rappresentare.



PRIMA SESSIONE  
EPISTEMOLOGIA DEL GIUDIZIO PENALE





Nicolás Guzmán

*La logica del processo penale: conferma e confutazione delle ipotesi*

SOMMARIO: 1. Il metodo del ragionamento probatorio. Presupposti della confutazione – 2. Come e in quali casi un'ipotesi viene confutata – 3. Una possibile distinzione tra i diversi tipi di implicazioni verificabili – 4. Il grado di ragionevolezza del ragionevole dubbio.

1. *Il metodo del ragionamento probatorio. Presupposti della confutazione*

Negli ultimi anni è in atto una profonda revisione del diritto delle prove: delle sue regole, della sua metodologia, dei suoi strumenti e dei suoi criteri decisionali. Ne è un chiaro esempio l'intenso dibattito (sviluppatosi a partire dall'esperienza anglosassone) sul concetto di *standard probatorio*, mediante la cui definizione si intende conferire maggiore precisione – e quindi minore arbitrarietà – alle decisioni giurisdizionali.

Nel 1989, in *Diritto e ragione*, Luigi Ferrajoli ha evidenziato la mancanza di «un'adeguata teoria della prova e del convincimento induttivo»<sup>1</sup>. A distanza di 35 anni la situazione è decisamente cambiata: la letteratura giuridica sul ragionamento probatorio e sulla motivazione in fatto ha raggiunto dimensioni ragguardevoli. Cosicché, il «problema generale della giustificazione dell'induzione» (con il quale – secondo quanto osservava Ferrajoli – «la moderna cultura processualistica non si è mai realmente confrontata»<sup>2</sup>) oggi risulta ampiamente tematizzato.

Nelle pagine che seguono mi occuperò di un aspetto del ragionamento probatorio (specificamente connesso alla *teoria del convincimento induttivo*) a cui la dottrina non ha ancora rivolto sufficiente attenzione.

Sappiamo che attraverso il metodo induttivo possiamo raggiungere delle verità solo in modo approssimativo. Secondo Ferrajoli, il principio giuridico del libero convincimento, consolidatosi nel periodo post-

<sup>1</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 119; trad. sp. di P. Andrés Ibáñez et. al., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, p. 140.

<sup>2</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 120.

rivoluzionario, anziché chiudere, «apre il problema dell'identificazione delle condizioni probatorie che giustificano il convincimento»<sup>3</sup>. Per individuare i criteri decisionali che, nell'ambito del processo penale, consentono di considerare un'ipotesi più ragionevole o plausibile di altre, Ferrajoli ha fatto ricorso al modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale sviluppato da Hempel e Oppenheim<sup>4</sup>.

Si tratta di un modello adatto soprattutto all'ambito della conoscenza scientifica, le cui leggi universali dalle leggi meramente probabilistiche. Queste ultime, in campo giuridico, possono essere assimilate alle cosiddette *massime d'esperienza*, che intervengono nel ragionamento probatorio per determinare se un'ipotesi è confermata o corroborata<sup>5</sup>.

Il problema che mi propongo di affrontare non concerne tanto il momento confermativo di un'ipotesi, quanto la sua confutazione, rispetto alla quale il modello di spiegazione causale – adottato dalla teoria del garantismo – può mostrare una potente capacità analitica. Mi propongo di esaminare, in sintesi, se questo modello consente effettivamente di confutare, in modo *definitivo*, un'ipotesi avanzata in un processo penale e, in caso affermativo, *come* e in *quali casi* possa farlo. Il mio discorso riguarderà dunque le garanzie la cui soddisfazione, secondo Ferrajoli, giustifica l'induzione giudiziaria o il libero convincimento del giudice, cioè

<sup>3</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 119.

<sup>4</sup> Il modello di spiegazione causale di HEMPEL presenta analogie con l'approccio teorico di K. POPPER. Secondo VON WRIGHT, i «punti di vista» di entrambi i filosofi della scienza sono «simili» e, «in sostanza, tutte queste proposte sono varianti della teoria della spiegazione esposta dai classici del positivismo, in particolare da MILL» (cfr. G.H. VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, trad. sp. di L. Vega Reñón, Alianza Editorial, Madrid 1980, pp. 29-30). In campo giuridico, questo modello è stato adottato anche da KINDHÄUSER nel 1982, in un'opera tradotta in spagnolo da O.H. DE LA VEGA MARTINIS, con il titolo *Análisis causal y adscripciones de acción*, in «Rev. Der. Pen. Contemp.» (Colombia), n. 43, 2013, p. 79. ANDRÉS IBÁÑEZ, da parte sua, ha identificato lo schema del ragionamento giudiziario, a seconda del momento in cui viene prodotto, con il metodo abduttivo e anche con il metodo ipotetico deduttivo (il primo, nel suo lavoro *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, in ID., *En torno a la jurisdicción*, Del Puerto, Buenos Aires 2007, p. 177; il secondo nel suo libro *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid 2015, p. 266). IACOVIELLO sottolinea anche che il metodo abduttivo (che serve per la produzione o l'invenzione di ipotesi) e il metodo ipotetico-deduttivo-osservazionale (per la verifica o il controllo delle ipotesi) hanno luogo nel processo penale (cfr. F. IACOVIELLO, *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, trad. sp. di Andrés Ibáñez, Palestra, Lima 2023, pp. 112-116, 119 e 147-148).

<sup>5</sup> Sulla «differenza strutturale» tra leggi universali (o leggi scientifiche non probabilistiche) e massime d'esperienza, si veda G. UBERTIS, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. sp. di Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid 2017, pp. 80-83.

la sua decisione sulla verità fattuale del processo<sup>6</sup>.

La prima questione attiene a un importante postulato dell'epistemologia garantista, che può essere enunciato in questo modo: se un fatto (o un'affermazione di un fatto) logicamente derivato dall'ipotesi accusatoria viene confutato, allora l'ipotesi deve essere scartata per il principio logico *modus tollens*. Popper, il cui lavoro fornisce un supporto alla epistemologia del garantismo penale, spiega che, a fronte di enunciati singolari ipotetici, è possibile «derivare (con l'aiuto di un sistema di teorie) conclusioni tali che la falsificazione di queste conclusioni può falsificare le asserzioni singolari in questione. Il modo d'inferenza falsificante a cui facciamo riferimento – il modo in cui la falsificazione di una conclusione implica la falsificazione del sistema da cui è derivata – è il *modus tollens* della logica classica»<sup>7</sup>. Ferrajoli ha rapportato questi postulati al campo del processo penale: «mentre nessuna prova o conferma è sufficiente a giustificare il libero convincimento del giudice sulla verità dell'accusa, una sola controprova o smentita è sufficiente a giustificare il convincimento contrario»<sup>8</sup>. Anche Perfecto Andrés Ibáñez condivide queste idee: citando lo stesso Popper, egli sottolinea che l'ipotesi accusatoria «non può essere incompatibile con nessuno dei [dati] *essenziali*»<sup>9</sup>, poiché «una sola controprova *efficace* è sufficiente a invalidare un'ipotesi: se l'alibi è vero, l'ipotesi è falsa»<sup>10</sup>.

Come funziona, in concreto, questo criterio di decisione? Se osserviamo la prassi giudiziaria, ci accorgiamo che, non di rado, anche quando determinate implicazioni logiche delle ipotesi principali vengono messe in crisi, le ipotesi rimangono in piedi – a volte leggermente modificate, altre perfettamente intatte – e conducono a giudizi di condanna.

Questo dato solleva due interrogativi: *come* e *in quali* casi possiamo considerare un'ipotesi definitivamente confutata<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 126. Queste garanzie sono: (1) la necessità della prova; (2) la possibilità della smentita; (3) il convincimento giustificato.

<sup>7</sup> Cfr. K. POPPER, *La logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino 1970, p. 63.

<sup>8</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 130.

<sup>9</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit., pp. 266-267 (corsivo mio).

<sup>10</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 203 (corsivo mio). GONZÁLEZ LAGIER si esprime in un senso simile (cfr. D. GONZÁLEZ LAGIER, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, in «Rev.Tel. de Fil. del Der.», n. 23, 2020, p. 84).

<sup>11</sup> Questo tema è stato ampiamente trattato da IACOVELLO nel suo libro *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, cit., pp. 147, 150, 159 e 258. L'autore considera troppo «rigoroso» il requisito avanzato dalla teoria del garantismo secondo cui l'ipotesi accusatoria, per essere accettata favorevolmente, deve essere priva di qualsiasi

## 2. Come e in quali casi un'ipotesi viene confutata

Come è noto, di fronte a una *notitia criminis*, il pubblico ministero incaricato delle indagini inizia a ricavare, dalle ipotesi avanzate o elaborate con i dati già disponibili, le possibili *conseguenze osservabili* (secondo la terminologia di Popper<sup>12</sup> e Carnap<sup>13</sup>) – o *implicazioni sperimentali*, nel lessico di Hempel –, che si traducono in affermazioni empiricamente verificabili attraverso i mezzi di prova legalmente stabiliti. Con il linguaggio proprio della scienza processual-penalistica, Perfecto Andrés Ibáñez sottolinea che «l'ipotesi di partenza», fondata «sui primi dati risultanti dall'osservazione», «deve essere immediatamente valutata nella sua qualità esplicativa, attraverso la deduzione delle conseguenze»<sup>14</sup>.

La conferma di un'ipotesi non è mai definitiva, perché anche di fronte a molteplici risultati favorevoli, ottenuti dalla verifica di implicazioni empiricamente accertabili, è possibile che l'ipotesi si falsi, in quanto i fatti corroborati hanno un'altra spiegazione causale<sup>15</sup>. In ogni caso, una serie di risultati favorevoli permette di affermare, con Hempel, che l'ipotesi è stata *confermata* in modo soddisfacente<sup>16</sup>, il che dipenderà soprattutto dalla quantità, dalla qualità e dalla varietà dei dati confermativi ottenuti e dalle generalizzazioni utilizzate nel ragionamento.

Consideriamo questo aspetto alla luce di un caso ipotetico (semplice e comune nell'esperienza giudiziaria): furto in abitazione, in assenza di residenti. Il soggetto *A* è stato accusato di aver commesso il furto. Se l'ipotesi che *A* sia l'autore del furto fosse corretta, un'implicazione deducibile dell'ipotesi è che la persona in questione doveva trovarsi all'interno della casa il giorno del furto. Un'altra implicazione, o conseguenza osservabile, potrebbe essere che la persona in questione dovrebbe essere in possesso della merce rubata. Si tratta di due conseguenze che, di tutta evidenza, pur derivando dall'ipotesi principale, sono legate a generalizzazioni o leggi empiriche che hanno un peso diverso. Da questa differenza, per ora prescindiamo, pur nella consapevolezza che essa è centrale per risolvere il

controprova. L'argomento di IACOVIELLO è stato contestato da FERRAJOLI in *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2024, pp. 27 e 28.

<sup>12</sup> Cfr. POPPER, *La logica della scoperta*, cit., p. 98

<sup>13</sup> Cfr. R. CARNAP, *Fundamentación lógica de la física*, Sudamericana, Buenos Aires 1969, pp. 300-301.

<sup>14</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit., p. 266.

<sup>15</sup> Cfr. C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. sp. di A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid 1979, p. 23. Si veda anche ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit., p. 269.

<sup>16</sup> Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 24.

problema della confutazione.

La prima implicazione, cioè che l'imputato doveva trovarsi sul luogo del furto, può essere verificata con diversi mezzi di prova: la testimonianza di un testimone oculare o un filmato delle telecamere di sicurezza. Una volta prodotte queste prove, l'implicazione (cioè che *A* era effettivamente in casa al momento del furto) può essere verificata o meno. La sua verifica, come indicato sopra, non rende di per sé vera l'ipotesi da cui deriva (che *A* sia l'autore del furto), poiché una simile conclusione sarebbe l'esito di un ragionamento invalido: la *fallacia dell'affermazione del conseguente*. È ben possibile che la persona, pur essendo presente all'interno dell'abitazione, non sia l'autore del furto. In ogni caso, la verifica di questa implicazione fornirà senza dubbio informazioni importanti per l'eventuale accettazione dell'ipotesi accusatoria.

Qualcosa di simile accade con la seconda conseguenza osservabile (che *A* è in possesso della merce rubata). Se questo viene verificato, ad esempio attraverso una perquisizione domiciliare, avremo un'altra informazione che darà sostegno empirico all'ipotesi principale. In caso contrario, la mancata conferma di questa implicazione dovrebbe far cadere, per *modus tollens*, l'ipotesi principale. Sarà sempre così? La risposta è negativa: potrebbero entrare in gioco altre ipotesi sussidiarie che permetterebbero comunque di sostenere l'ipotesi principale (con gli aggiustamenti necessari)<sup>17</sup>.

Nel nostro esempio, ciò potrebbe accadere, nel primo caso, perché *A* non è entrato in casa ma ha aspettato il suo complice fuori dall'abitazione, il che ovviamente cambierà l'ipotesi sul grado di partecipazione di *A* al fatto e, di conseguenza, la qualificazione giuridica del suo contributo ad esso; nel secondo caso, potrebbe entrare in gioco l'ipotesi secondaria che *A* abbia nascosto o si sia liberato della merce rubata qualche tempo prima che la polizia arrivasse a casa sua per effettuare la perquisizione domiciliare.

Come si può notare, la mancata conferma di un'implicazione o di una conseguenza osservabile derivata dall'ipotesi principale non costituisce – se non in determinate situazioni – un esperimento cruciale o categorico sufficiente ad abbandonare l'ipotesi accusatoria, poiché essa può ancora essere corretta e mantenuta nei suoi aspetti più importanti. Naturalmente, una sperimentazione negativa di un'implicazione potrebbe minare completamente l'ipotesi da cui è derivata se non si possono avanzare spiegazioni alternative o sussidiarie plausibili e ragionevoli – e, ancora

<sup>17</sup> Del resto, come ha sottolineato TARUFFO, la *quaestio facti* è modificata dalle prove prodotte nel processo e si definisce alla conclusione del procedimento probatorio, quando il *thema probandum* si risolve nel *thema decidendum* (cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova 1970, p. 233).

una volta, accertabili – per spiegare le ragioni per cui quell’implicazione non ha potuto essere verificata. Sarebbe inaccettabile, nel contesto di una procedura di falsificazione onesta, assumere come spiegazione della mancata verifica di una conseguenza osservabile il verificarsi di un fatto assurdo, impossibile o senza senso.

### 3. *Una possibile distinzione tra i diversi tipi di implicazioni verificabili*

Orbene, nel corso della verifica empirica delle ipotesi, come avviene anche nel campo della ricerca scientifica, entrano in gioco alcune *leggi* o *generalizzazioni* che fanno parte dello schema di ragionamento e che incidono sulle conclusioni che si possono trarre dal processo di verifica. In ambito giudiziario, alcune di queste leggi sono note con il nome di *massime d’esperienza*: si tratta di definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso specifico da decidere nel processo e dalle sue circostanze particolari, ottenuti proprio attraverso l’esperienza<sup>18</sup>. È proprio l’esperienza che, a partire dall’empirismo del XVII secolo, fornisce la base per i nostri giudizi sui rapporti di causa ed effetto: «l’idea di causa ed effetto è derivata dall’esperienza», scriveva David Hume, «la quale c’informa che certi particolari oggetti, in tutti i casi passati, sono andati costantemente uniti insieme»<sup>19</sup>. Le prove di un processo tendono a confermare o a confutare un’osservazione derivata dall’ipotesi, proprio per il loro legame con quelle leggi causali generali che, sulla base dell’esperienza e a forza di ripetizioni storiche, indicano quale effetto segue normalmente una data causa.

Naturalmente, le generalizzazioni o massime d’esperienza non sono vere in senso conclusivo, ma solo probabili, perché si basano sul principio *id quod plerumque accidit* e portano con sé il classico problema dell’induzione

<sup>18</sup> Una definizione simile e più attuale è fornita da GONZÁLEZ LAGIER, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo?*, cit., p. 86. Uno studio profondo e originale sulle massime d’esperienza si trova nel libro di TARUFFO, recentemente pubblicato in spagnolo, tradotto da Andrés Ibáñez, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, Marcial Pons, Madrid 2023.

<sup>19</sup> Cfr. D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, trad. it. di A. Carlini, E. Lecaldano, E. Mistretta, Mondadori, Milano 2008, lib. I, parte III, sez. 6, p. 129. Più vicino nel tempo, H. REICHENBACH, *La filosofia de la ciencia*, trad. sp. di H. Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1975, cap. X, pp. 166-174: «L’idea di una stretta causalità deve essere abbandonata [...] La struttura causale del mondo fisico è sostituita da una struttura di probabilità» (*Ivi*, p. 173).

enunciato da Hume e ulteriormente sviluppato da altri filosofi<sup>20</sup>, perché queste generalizzazioni possono sempre essere confutate da qualche dato empirico. Conseguenza di questo è che, se la legge generale rappresentata dalla massima d'esperienza fosse falsa o errata, non avrebbe alcun valore corroborante – nel processo giudiziario – nemmeno il dato probatorio destinato a essere utilizzato nel ragionamento inferenziale che abbia tra le sue premesse la suddetta massima d'esperienza priva di valore epistemico.

Sulla base di questa breve esposizione, credo che si possa avanzare un po' di più nello schema della spiegazione causale in ambito giudiziario penale e distinguere almeno due grandi gruppi di situazioni probatorie che sono collegate, a loro volta, a due diversi tipi di implicazione e che portano a conseguenze diverse a seconda del loro risultato.

Da un lato, ci sono quelle che potremmo chiamare *implicazioni sperimentali analitiche* (o stipulative): sono quelle implicazioni che dipendono dal linguaggio delle norme penali, sono derivate direttamente da esse in modo analitico e non dipendono da altre leggi causali empiriche. In definitiva, dipendono dal significato della norma giuridica (la figura di reato) e hanno a che fare con la *tipicità* della condotta. Ad esempio, nella definizione di furto è analiticamente implicato che la cosa rubata sia (almeno in parte) di proprietà altrui, per cui se, dopo la corrispondente prova sperimentale, il risultato è che la cosa non è di proprietà altrui, allora non c'è furto possibile. Nel caso della truffa deve esserci un danno patrimoniale, cosicché, se si verifica empiricamente che non c'è stata tale perdita, non ci sarà nemmeno una truffa. In entrambi i casi, il presupposto di fatto non può essere incluso nella rispettiva figura di reato; in breve, fallisce la sussunzione della premessa fattuale nella premessa maggiore configurata dalla norma penale.

In questi casi, la regola del *modus tollens* funziona pienamente, nel senso che non esiste alcuna ipotesi ausiliaria o *ad hoc* che possa apparire per coprire il deficit generato dal fallimento della prova empirica. Come si può facilmente notare, il successo di questo tipo di procedura di corroborazione dipende, in larga misura, dalla qualità del linguaggio giuridico e dalla tecnica normativa utilizzata dal legislatore penale, giacché, a seconda della precisione e della portata empirica della norma, i margini di discrezionalità e arbitrarietà giudiziaria al momento della denotazione giuridica (cioè al momento di designare un'ipotesi *p* come caso sussumibile nella norma penale *q*) possono essere ridotti o ampliati.

<sup>20</sup> Cfr. HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. sp. di J. de Salas Ortueta, Altaya, Barcelona 1998, Sezione 4, Parte II, pp. 54-62; POPPER, *La logica della scoperta*, cit., p. 27 e seguenti; REICHENBACH, *La filosofia de la ciencia*, cit., pp. 94-105.



Dall'altro lato, abbiamo quelle che potremmo chiamare *implicazioni sperimentali sintetiche*: sono quelle che dipendono dalle leggi empiriche e dalle circostanze particolari dell'ipotesi fattuale da verificare; pertanto, la loro mancata verifica non è sempre decisiva, poiché i risultati potrebbero essere ancora spiegati attraverso un'adeguata ipotesi *ad hoc*. Si danno persino situazioni in cui un'ipotesi sussidiaria non diventa nemmeno necessaria, allorquando la verifica empirica è legata a una generalizzazione o a una massima d'esperienza debole. Come si vede, in questo schema il *modus tollens* non funziona sempre in modo definitivo o assoluto. Qui le ipotesi sono sottoposte a verifica empirica attraverso la sperimentazione delle loro implicazioni, che a loro volta sono collegate a leggi generali o massime d'esperienza.

Ora, a seconda del tipo di legge empirica a cui è legata la rispettiva implicazione, credo che la confutazione dell'ipotesi possa, in alcuni casi, essere comunque *definitiva*. Ciò può risultare sorprendente, ma effettivamente è così, poiché le leggi o generalizzazioni empiriche possono essere di due tipi: *universali* e *probabilistiche*.

Le leggi universali stabiliscono, secondo Hempel<sup>21</sup> e Carnap<sup>22</sup>, una connessione uniforme in natura che si verifica sempre e senza eccezioni (allo stato attuale delle conoscenze), esprimibile nell'enunciato (fondato sull'osservazione) "se *p* allora *q*"<sup>23</sup>. Hempel scrive che queste leggi sono assunte come vere.

Nel ragionamento giudiziario intervengono queste leggi universali. Ad esempio, di fronte alla tesi che un omicidio è stato commesso con un pugnale, una legge universale generale indica che l'autore deve essere stato sulla scena del crimine nel momento in cui l'azione omicida è stata compiuta. Pertanto, una conseguenza verificabile dell'ipotesi in questione è che l'imputato si trovava sulla scena al momento dell'omicidio. Se le prove dimostrano che ciò non è avvenuto (ad esempio perché l'imputato

<sup>21</sup> Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 79 e segg.; ID., *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, trad. sp. di N. Míguez et al., Paidós, Barcelona 1996, cap. X, p. 247 e segg.

<sup>22</sup> Secondo CARNAP, le leggi universali sono affermazioni che esprimono una certa regolarità in tutti i tempi e in tutti i luoghi, senza eccezioni; egli fornisce come esempio l'affermazione «il ghiaccio è freddo». La legge universale è espressa nella forma logica di un «enunciato condizionale universale»:  $(x) (Px \supset Qx)$  che significa «per tutti gli *x*, se *x* ha la proprietà *P* allora ha anche la proprietà *Q*». «Questo enunciato condizionale universale», aggiunge CARNAP, «è la forma base di tutte le leggi universali» (cfr. CARNAP, *Fundamentación lógica de la física*, cit., pp. 13-14).

<sup>23</sup> Cfr. CARNAP, *Fundamentación lógica de la física*, cit., p. 17; HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 85-91.

si trovava in un'altra città), l'ipotesi è definitivamente confutata. In questo caso la regola logica *modus tollens* funziona in modo definitivo, perché nel processo di verifica dell'ipotesi principale questa si rivela contraria a una legge empirica universale correttamente stabilita<sup>24</sup>.

Sulla base di quanto detto finora, potremmo concludere che la mancata verifica di un'implicazione o conseguenza osservabile, derivata da un'ipotesi principale secondo leggi empiriche universali, comporta la confutazione per *modus tollens* di questa ipotesi, senza possibilità di correzione attraverso ulteriori ipotesi *ad hoc*. Penso che questa stessa tesi possa essere estesa alla situazione in cui l'implicazione sperimentale che confuta l'ipotesi accusatoria principale è collegata a qualche *legge scientifica* solida e assunta come vera dalla rispettiva comunità scientifica (per esempio, il risultato di un test del DNA, quando è stato eseguito correttamente secondo gli standard stabiliti dalla scienza).

Accade però – e questo è più frequente – che la legge o la generalizzazione empirica che entra in gioco nell'inferenza probatoria sia solo *probabilistica* (in senso lato e non solo statistico). In questo caso, l'implicazione che si deduce dall'ipotesi, e che è legata a una legge con queste caratteristiche (cioè una legge empirica solo probabilistica), può non essere verificata e, nonostante ciò, non implica la confutazione definitiva dell'ipotesi da cui deriva, poiché quest'ultima potrebbe ancora essere modificata con gli opportuni aggiustamenti che rimediano alla parte della teoria che è stata empiricamente confutata. Un esempio è rappresentato dalle impronte digitali sul pugnale o sul corpo contundente con cui è avvenuto l'omicidio, le quali potrebbero anche non essere presenti, semplicemente

<sup>24</sup> Se così non fosse, cioè se l'ipotesi principale non fosse scartata di fronte a questa verifica, dovremmo ammettere come valida l'affermazione da parte del giudice o del pubblico ministero di uno di quelli che BENTHAM chiamava, duecento anni fa, «fatti totalmente *impossibili*», che, «se supposti veri, sarebbero in contrasto con qualche *legge di natura* manifesta e generalmente riconosciuta» (cfr. J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Bossange Frères, Parigi 1825, vol. III, Libro VIII, p. 181). BENTHAM scrisse che «formare e presentare un catalogo completo dei fatti totalmente *impossibili*, significherebbe presentare un catalogo completo di tutte le osservazioni generali che hanno ricevuto il nome di *leggi di natura*. Questa nozione va oltre i limiti della scienza umana allo stato attuale. Ma ci sono proprietà comuni a tutti i corpi conosciuti; proprietà così ben stabilite e riconosciute, che ogni testimonianza diretta a favore di un fatto che le contraddice può essere respinta, sulla base della sola obiezione dedotta dall'impossibile» (*Ivi*, pp. 181-182). Le leggi di natura, secondo Bentham, sono quelle che derivano dall'osservazione da parte della «scienza umana» di grandi conformità tra eventi fisici (*Ivi*, p. 162). Un esempio di una legge di questo tipo sarebbe, secondo Bentham, che «un corpo non può occupare due posti allo stesso tempo» e «quindi *l'alibi*, se provato, offre la prova più conclusiva dell'innocenza dell'accusato» (p. 182).

perché l'autore ha usato dei guanti o perché ha le creste papillari delle dita cancellate. Allo stesso modo, il mancato possesso dei beni da parte dell'autore del furto è facilmente spiegabile con altre congetture. Le massime d'esperienza o le generalizzazioni empiriche che indicano che l'autore della pugnalata lascia le sue impronte sul coltello e che la persona che ruba la merce ne è in possesso, sono solo probabili, perché è anche possibile che non si realizzino. Per questo diciamo che la conferma di un test empirico fornisce un supporto probatorio all'ipotesi principale, ma allo stesso tempo, in molti casi, la sua mancata verifica non la confuta di per sé.

#### 4. *Il grado di ragionevolezza del ragionevole dubbio*

Penso che queste distinzioni possano essere utili per riflettere sulle condizioni di refutazione di un'ipotesi, cioè sulla risposta alla domanda "quando un'ipotesi può essere considerata confutata?". Diverso è il problema dell'affermazione (accettazione). La risposta alla domanda "quando un'ipotesi può essere considerata provata?" dipende non solo dalla molteplicità delle conferme (attraverso le prove) e dall'assenza di confutazioni (o controprove), ma anche da questioni di metodo, perché, come dice Perfecto Andrés Ibáñez, giudicare è soprattutto una *questione di metodo*<sup>25</sup>. Un'ipotesi che supera con successo i test acquisisce un certo grado di sostegno empirico, di conferma, di corroborazione o di probabilità induttiva o logica. Sono tutte espressioni che indicano la stessa cosa, ossia il grado di conferma di una determinata ipotesi empirica sulla base delle prove disponibili (quindi, la sua forza). In ogni caso, vediamo che esiste un'asimmetria tra gli strumenti che abbiamo per considerare un'ipotesi confutata e quelli che abbiamo per considerarla confermata. Mentre non abbiamo un criterio definitivo per la conferma, possiamo avere un criterio definitivo per la confutazione, almeno sotto certi presupposti<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Juzgar es una cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales (acerca de la propuesta de Larry Laudan)*, in «Juec. Dem.», n. 102, 2021, p. 83 e segg.

<sup>26</sup> CARNAP scrisse: «Mentre non c'è modo di verificare una legge in senso stretto, c'è un modo semplice per confutarla. È sufficiente trovare un controesempio [...]. Un milione di casi positivi è insufficiente per verificare una legge; un solo controesempio è sufficiente per confutarla. La situazione è marcatamente asimmetrica. È facile confutare una legge, ma è molto difficile trovare una conferma solida» (cfr. CARNAP, *Fundamentación lógica de la física*, cit., p. 37).

Quanto detto finora, a proposito delle verifiche empiriche che si fanno nel processo penale, è strettamente legato a un altro universo di problemi (preliminari), che si riferisce alla decisione su quali controlli empirici (*prove*) effettivamente realizzare nei casi concreti. Non si tratta più di quali effetti assegnare ai risultati, ma di come scegliere i *test* da effettuare nel processo. Ciò è legato alla questione sempre complessa della *rilevanza delle prove*<sup>27</sup>. La questione non è di poco conto: dal momento che ogni prova empirica è legata a qualche massima d'esperienza o a una legge empirica, esistono infinite prove che potremmo effettuare su una determinata ipotesi. Ad esempio, in un caso di corruzione, possiamo chiederci se costituisce una massima d'esperienza, anche se debole, il fatto che il colpevole si conceda una grande vita di lusso o che abbia denaro che non può giustificare proveniente da fonti lecite. E se queste sono massime d'esperienza e si scopre che l'imputato conduce una vita austera, in accordo con il suo reddito legale, e non sono stati trovati denaro o beni ingiustificati, dobbiamo chiederci: questo costituisce una confutazione di una legge empirica generale, che rende necessaria la formulazione di qualche ipotesi ausiliaria da accertare empiricamente?

Penso che alla fine di un processo penale, in linea di massima, resta qualche dubbio; di solito c'è qualche prova che ci si aspettava avesse successo ma che è fallita, o qualche verifica sfavorevole all'accusa e, nonostante questo, viene emessa una condanna. Il giudice argomenta e giustifica la sentenza, sminuendo al contempo il valore o l'importanza di quei controlli che, una volta realizzati, non sono stati favorevoli all'accusa. C'è quindi una sorta di selezione, dove si *pesano* le prove prodotte a sostegno delle ipotesi antagonistiche; persiste qualche elemento che potrebbe costituire un buon motivo per dubitare della conferma dell'ipotesi accusatoria. Non era *ragionevole* dubitare di tale conferma? Si tratta di una questione di vitale importanza che, a mio avviso, la teoria della prova penale non è ancora riuscita a risolvere. Qual è l'intensità che il dubbio deve avere per essere considerato ragionevole e, quindi, sufficiente a considerare l'ipotesi accusatoria non confermata? I giudici affermano, quando condannano, che non c'è un dubbio ragionevole, ma non è detto che sia sempre così. Quello che c'è, credo, è una calibrazione della ragionevolezza del dubbio residuo (che è sostenuto, ancora una volta, da implicazioni osservabili con risultato contrario all'ipotesi accusatoria) e, in ultima analisi, una scelta dell'ipotesi, che naturalmente è considerata – e argomentata – come fortemente

<sup>27</sup> Argomento a cui TARUFFO ha dedicato il suo libro, *Studi sulla rilevanza della prova*, sopra citato.

confermata, ma che non è esente da controprove, almeno nel senso ampio che ho esposto qui<sup>28</sup>.

Questi sono solo alcuni dei numerosi problemi che ogni teoria della prova si trova ad affrontare e che riguardano direttamente il disegno del principio classico e liberale della certezza oltre ogni ragionevole dubbio e del libero convincimento. Ciò che non dobbiamo perdere di vista è che la posta in gioco è una delle *fonti di legittimazione* della giurisdizione penale, che è, seguendo Ferrajoli, la *verità processuale* (data la natura cognitiva della giurisdizione). Credo che la cultura giuridica non possa fare a meno di riflettere sui presupposti della sana critica razionale, come inesorabile sostituto di un'impossibile certezza oggettiva, perché è un concetto dinamico che può essere sempre migliorato, incorporando nuove prospettive, metodi e idee.

---

<sup>28</sup> IACOVIELLO conclude che lo standard per la condanna è quello della probabilità oltre ogni ragionevole dubbio, ma che può comunque coesistere con «l'ombra del dubbio». Tale criterio decisionale va interpretato, secondo Iacoviello, come una probabilità superiore che deve essere molto più alta della probabilità della contro-ipotesi (cioè quella della difesa o comunque della innocenza). L'ipotesi accusatoria, per essere accettata, deve mantenere una notevole distanza dalle ipotesi rivali, il che non esclude, tuttavia, che possano sopravvivere alcune controprove di successo (cfr. IACOVIELLO, *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, cit., p. 261). Uno dei due criteri decisionali scelti dalla teoria del garantismo penale – l'altro è la coerenza dell'ipotesi con i dati probatori – è compatibile con le idee qui presentate, ed è espresso come *accettabilità giustificata* di un'ipotesi «dalla sua resistenza al maggior numero di controprove», che le permette di essere *preferita* a «tutte le ipotesi concorrenti». Questa accettabilità giustificata dell'ipotesi è definita anche come «una capacità esplicativa *maggior*e di quella posseduta da altre» (cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 123 e 129, corsivo mio).

Perfecto Andrés Ibáñez

*La verità nello sguardo del testimone?  
Una risposta vecchia a un'emergenza non nuova\**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Una giurisprudenza contro l'evidenza scientifica – 3. La razionalità come garanzia.

1. *Premessa*

Rispetto ai reati che producono (come si suol dire) “allarme sociale”, ogni epoca ha le sue emergenze; differenti, eterogenee, ma affrontate sempre in maniera simile: con l'inasprimento delle pene e la riduzione delle garanzie penali e processuali.

Il meccanismo è risalente. Possiamo riconoscerne la dinamica, lungo l'età del diritto comune, nelle preoccupazioni suscitate dai *crimina atrociora*, così come nel trattamento dei *crimina occulta*: quei reati non accertabili in base ai canoni del sistema probatorio vigente; i cosiddetti “delitti di prova difficile”. L'esigenza di sopperire alla difficoltà di perseguirli giustifica eccezioni alle regole, che si cristallizzano in regole eccezionali: la libera valutazione degli indizi rimpiazza gli automatismi della prova legale. La latitudine potestativa del giudizio di colpevolezza si estende alla sanzione, rendendo possibile l'irrogazione di *poenae extraordinariae*. Il sistema trova espressione sintetica e trasparente nel noto brocardo “*in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*”, contestato da Von Spee<sup>1</sup> ancor prima che da Beccaria<sup>2</sup> e Filangieri<sup>3</sup>.

Ai nostri giorni, le cronache pressoché quotidiane degli odiosi atti di violenza maschile contro le donne hanno prodotto (comprensibilmente)

---

\* Traduzione di Dario Ippolito.

<sup>1</sup> F. SPEE VON LANGENFELD, *Cautio criminalis*, L'Harmattan, Parigi 2000, pp. 63-63.

<sup>2</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1965, § XIII, p. 32.

<sup>3</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Stabilimento Tipografico di Carlo Derriey, Parigi 1853, lib. III, cap. IX, pag. 140.

reazioni improntate alla logica del punitivismo, in cui la domanda di severità penale si collega a istanze francamente discutibili, che ripropongono soluzioni processuali paragonabili a quelle appena evocate. Una di queste è la considerazione della vittima come testimone privilegiato, la cui sola testimonianza dovrebbe essere assunta quale prova sufficiente a giustificare una condanna.

La valutazione della testimonianza della vittima come prova dell'ipotesi accusatoria è sempre stata considerata problematica. La vittima, infatti, non racconta un evento estraneo, ma comunica un'esperienza molto personale. Inoltre – sia o non sia formalmente parte processuale – essa sarà sempre interessata al caso. In particolare, sarà coinvolta a livello psicologico: il che amplifica i rischi insiti nella soggettività della valutazione. Occorre tener conto di un dato incontestabile, ben evidenziato da Altavilla in un'opera classica: «le emozioni che si determinano nella vittima di un reato sono tra le più perturbanti del processo psichico»<sup>4</sup>.

Da ciò deriva l'esigenza di una conferma esterna delle informazioni ricavate dalla testimonianza della vittima. Ma non è detto che questa conferma si possa conseguire. Se c'è una denuncia di aggressione, e si contrappongono due versioni ugualmente plausibili, e mancano segni traumatici e qualsiasi altra prova a sostegno dell'accusa, come pervenire a una decisione? È questa l'inevitabile domanda che ricorre in ambito giurisdizionale.

La risposta – almeno nella giurisprudenza spagnola, ma credo anche in quella italiana e, più in generale, europea – è che la dichiarazione della persona offesa, se ritenuta credibile dal giudice, può costituire prova sufficiente. Nel contesto di un procedimento giudiziario governato dal principio dell'immediatezza, basterebbero quindi la credibilità soggettiva e l'affidabilità intrinseca della dichiarazione della vittima per giungere a formulare un giudizio di condanna.

Di solito, in questi casi, si richiedono una particolare prudenza nell'analisi e una motivazione rafforzata del convincimento, come garanzia del corretto giudizio. Ma come si può motivare un'impressione di credibilità puramente soggettiva? Il giudice avrà senza dubbio trovato convincente la dichiarazione in questione: ma in che modo è possibile garantire che la sua impressione non si riduca a un atto di fede? Come evitare il rischio di scadere in argomentazioni inconsistenti come questa (di un tribunale provinciale spagnolo)?

«La dichiarazione accusatoria della vittima si è caratterizzata per la

---

<sup>4</sup> E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, UTET, Torino 1948, p. 387.

sua persistenza e la sua coerenza; con espressioni e descrizioni che le conferiscono validità e credibilità; per questo motivo, la Corte riconosce piena credibilità e valore probatorio alla sua testimonianza, nella quale non ravvisa l'esistenza di un soggettivo difetto di credibilità».

Cordero lo spiega molto bene: il problema è che, in mancanza di elementi di riscontro, «il risultato [della valutazione] dipenderà da fattori emotivi»<sup>5</sup>. Ed è ciò che accade, in effetti, quando si opera sulla base del consolidato luogo comune secondo cui il giudice, nella posizione cognitiva che il principio di immediatezza gli assicura, è pienamente abilitato a compiere questo tipo di valutazioni. “Libero convincimento”, in tale prospettiva, significa libertà da ogni tipo di regola: anche da quelle epistemologiche che presiedono alla conoscenza empirica.

## 2. Una giurisprudenza contro l'evidenza scientifica

Nella giurisprudenza spagnola – della *Sala Penal del Tribunal Supremo* – si parla ancora di “sovranità” e persino di “impero” del giudice di primo grado nella valutazione della prova personale: il che comporta che essa è insindacabile in altre istanze giurisdizionali.

È sorprendente che tale posizione sia presente non solo nella giurisprudenza, ma anche nella dottrina. E non da oggi. Secondo Eisner, ad esempio, l'effetto pratico del principio di immediatezza è quello di «suscitare nel magistrato un'impressione attuale, viva, palpitante, tanto profonda quanto accurata, rispetto ai fatti in giudizio»<sup>6</sup>. Anche Ferrua valorizza il fatto che il giudice possa «osservare il contegno (timbro della voce, espressione del volto ecc.) del testimone durante l'esame»<sup>7</sup>. Più di recente, sulle virtù del principio di immediatezza ha insistito Chinnici, secondo cui l'intimo convincimento del giudice si forma “anche” attraverso «il ‘non detto’ che emerge dall'escussione delle fonti di prova orali, quali il contegno delle parti, le movenze, le pause, gli scatti, le incertezze nelle risposte»<sup>8</sup>. Sulla stessa linea si colloca Cabezudo Rodríguez, il quale spiega che l'immediatezza «permette al giudice di avere accesso ad alcuni aspetti

<sup>5</sup> F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, UTET, Torino 1986, p. 323.

<sup>6</sup> I. EISNER, *La intermediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires 1963, p. 74, dove si arriva a parlare di “eloquenza del corpo” (p. 193).

<sup>7</sup> P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano 1981, p. 287.

<sup>8</sup> D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2005, p. 35.



singolari delle prove personali irripetibili, come segni, silenzi, sguardi, gesti o atteggiamenti, che – se ben ponderati – possono, e persino debbono, influenzare» il giudizio<sup>9</sup>.

Incredibile ma vero, il mito dell'immediatezza, associato all'intimo convincimento, dura e opera ancora. Ciò è comprensibile nel caso dei giudici, che vi si adagiano comodamente e ne ricavano maggior potere, ma non nel caso dei giuristi accademici. È del resto evidente che la topica di questa ideologia del giudizio penale trova alimento nelle riflessioni sul terribile fenomeno della violenza contro le donne. In particolare (e non si tratta di una novità), nel caso di atti compiuti in privato, senza testimoni, con modalità impositive che non lasciano tracce fisiche apprezzabili.

Nella giurisprudenza spagnola del *Tribunal Supremo*, si reitera, dal 1987, la massima secondo cui «nessuno deve patire danno per il fatto che l'accadimento su cui verte il processo penale si sia svolto nell'intimità della vittima e dell'imputato; ne deriverebbero, altrimenti, situazioni di evidente impunità». È questo un modo di ragionare fallace; anzi, contraddittorio. La prima affermazione, infatti, è radicalmente falsa, poiché "nessuno" significa nessuna persona, mentre si dà il caso che nel contesto di riferimento ci sia qualcuno, l'accusato, che irrazionalmente e incostituzionalmente rimane fuori dal campo semantico del pronome indefinito: patendo, in tal modo, il danno che deriva dalla violazione del suo diritto alla presunzione di innocenza (svilita dall'applicazione di un criterio di accertamento probatorio molto meno esigente).

L'obiettivo perseguito con questa logica così arbitraria è quello di evitare che alcune gravi azioni rimangano impunte. Ma si dimentica che, nell'attuale disciplina costituzionale del processo, l'unico modo legittimo per evitare l'impunità è quello di estinguere – nel rispetto di tutte le garanzie – ogni ragionevole dubbio sull'azione criminale e sull'identità dell'autore del reato. Così, nel momento in cui, osservando le regole del gioco, il dubbio prevale a beneficio dell'imputato, non si potrà parlare – a rigore giurisdizionale – di impunità, ma di mancanza di prove.

Per di più, come ho anticipato, nei procedimenti in materia di violenza sessuale, si è andata affermando una giurisprudenza – evocativa della vecchia disciplina dei *crimina occulta* – che trasforma la vittima in testimone "qualificato" o "privilegiato".

In particolare, nella *Sala Segunda* del *Tribunal Supremo*, il magistrato Magro Servet si è distinto come portavoce di questo orientamento,

---

<sup>9</sup> N. CABEZUDO, *Del principio de inmediatez, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 94.

traducendolo in sentenze fondate sui seguenti assunti. La prova testimoniale, come prova (sempre) diretta<sup>10</sup>, è “chiara e diafana”. L'immediatezza è un privilegio del giudice di primo grado, che è in grado di attingere informazioni dalle fonti personali di prova attraverso la percezione sensoriale. Nei reati che rientrano nella cosiddetta “violenza di genere”, la vittima è un testimone privilegiato. Essa, infatti, non solo ha “visto”, ma ha anche “vissuto in prima persona” quel che ha patito: ragion per cui l'accadimento “rimane impresso nella sua mente”. Di conseguenza, la sua dichiarazione è molto diversa da quella di un normale testimone. Inoltre, il giudice è in condizioni di vagliarla adeguatamente, perché c'è tutto un “linguaggio gestuale di convincimento”. Un linguaggio, a quanto pare, inequivocabile e – c'è da credere – per lui facilmente leggibile. Tanto da permettergli di accedere, “con assoluta certezza”, alla verità fattuale: una certezza “non soggettiva, bensì oggettiva”<sup>11</sup>.

La posizione ora menzionata, nel suo contenuto sostanziale, si configura così: a) esiste una dimensione della prova personale, integrata dalla gestualità, che, in un regime processuale di immediatezza, è suscettibile di corretta interpretazione da parte dei giudici, mediante l'uso dei sensi<sup>12</sup>; b) il giudice ha dunque a disposizione una specie di strumento ottico di precisione, che gli consente – forse per carisma – di accedere, attraverso “ciò che ha visto”, ad aspetti essenziali di ciò che il dichiarante ha saputo o ha fatto, anche se non lo ha espresso verbalmente; c) il materiale probatorio in questione è talmente evanescente da non poter essere documentato in alcun modo; d) di conseguenza, l'apprezzamento di esso è possibile solo per contatto diretto, nell'ambito dell'esame che generalmente è operato dal giudice di primo grado; e) la natura personalissima ed esperienziale di tali impressioni rende praticamente impossibile la loro razionalizzazione, cosicché i giudici non saranno in grado di giustificare ragionevolmente la loro personale convinzione e si limiteranno a esprimerla nella sentenza; f) ovviamente, un giudizio tanto peculiare non può essere sottoposto alla valutazione di chi non ha goduto di un contatto così privilegiato con le fonti di prova personali.

In questa concezione del giudizio, che innalza l'intimo convincimento

<sup>10</sup> Secondo il vecchio *cliché* che metterebbe il giudice a diretto contatto con i *fatti*.

<sup>11</sup> Con questa assurda conclusione, la *Sala Segunda* del *Tribunal Supremo* si arroga di fatto il potere di rovesciare un principio centrale della logica induttiva e della qualità della conoscenza empirica.

<sup>12</sup> Ciò è chiaramente espresso nella sentenza della *Sala Segunda* n. 390/2021, secondo cui esistono prove suscettibili di percezione sensoriale, legata all'immediatezza, che non richiedono una successiva elaborazione razionale o argomentativa.

a criterio valido di decisione, l'immediatezza è una sorta di metodo, idoneo a verificare "ciò che è stato ascoltato" attraverso "ciò che è stato visto" dal giudice<sup>13</sup>. Tale approccio – osserva Nobili – è comprensibile sullo sfondo della deficitaria ricezione da parte della cultura giuridica continentale (d'ispirazione illuminista e liberale) dell'esperienza inglese in materia di processo penale. La deformazione dell'influente modello è derivata dal fatto che, al radicamento del principio del convincimento giudiziale in coscienza, tipico della giuria, non si è accompagnata la diffusione della concezione argomentativa della prova: senza il cui indispensabile contrappeso di razionalità, quel principio rischia (come sappiamo per esperienza) di spianare la strada all'arbitrio sfrenato del giudice<sup>14</sup>.

Come ha giustamente scritto Ferrajoli, la pretesa assurda che la prova giudiziaria possa fornire una conoscenza empirica oggettiva è un residuo del diritto premoderno; un residuo dell'epistemologia inquisitoria connesso, da un lato, al terribile concetto di "verità materiale", dall'altro, alla logica del sistema delle prove legali; nel quale, fissato in modo generale e astratto in una norma il valore di ogni prova, la decisione giudiziale appariva, per effetto della sussunzione, come il frutto di un elementare ragionamento deduttivo, indiscutibile nella sua conclusione<sup>15</sup>. E il ragionamento di cui ci stiamo occupando presenta tutti gli ingredienti regressivi di questa cultura probatoria. La sua conclusione, infatti, presuppone l'attribuzione arbitraria, alla persona vittima di determinati reati, di una specie di aura, idonea a generare nel giudice – a sua volta dotato di un'insolita capacità interpretativa – l'evocato "convincimento assoluto" circa la verità oggettiva

<sup>13</sup> L. CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padova 2000, p. 13, smentisce efficacemente questo luogo comune: «molti giudici e avvocati o giuristi sono portati a credere che un osservatore possa scoprire più facilmente le affermazioni mendaci [...] La ricerca psicologica ha dimostrato che questa convinzione è falsa. La scoperta della menzogna è più facile se l'osservatore ha accesso solo alla chiave verbale della comunicazione e non anche a quella visiva». «Non esistono comportamenti non verbali che siano indicativi di inganno, come il naso di Pinocchio» (AA.VV., *El análisis de la comunicación no verbal: los peligros de la pseudociencia en contextos de seguridad y justicia*, in «Anuario de Psicología Jurídica», 2020, p. 3).

<sup>14</sup> M. NOBILI, *Il libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, pp. 12-14.

<sup>15</sup> L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2024, p. 25 (edizione spagnola in preparazione presso l'Editoriale Trotta). Sul carattere approssimativo dei giudizi sulla verità empirica, si veda anche D. GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti*. Vol. II, *Nuevos ensayos sobre prueba y filosofía*, Palestra, Lima 2022, pp. 23 e ss. Sul grado di certezza accessibile attraverso l'attività probatoria nel procedimento penale e, in generale, sulla verità processuale, si veda anche N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, prefazione di L. Ferrajoli, Ediciones Didot, Buenos Aires 2018, pp. 49 e ss.

di quanto accaduto nei fatti che hanno dato origine al caso. Mentre è noto che, dal punto di vista epistemologico, in materia di conoscenza empirica si possono ottenere solo conoscenze probabili<sup>16</sup>, certezze soggettive, che potrebbero sempre rivelarsi sbagliate, e la cui validità dipenderà dalla qualità informativa delle fonti disponibili e dal grado di razionalità che ha presieduto all'elaborazione e al trattamento dei dati, di cui la motivazione deve dar conto in maniera chiara e puntuale.

Pertanto, affermazioni come quelle di cui si discute, oltre a essere connotate da un'arroganza e da un'autoreferenzialità cognitive del tutto ingiustificate<sup>17</sup>, costituiscono una gravissima irresponsabilità. Perché, attraverso di esse, si manifesta l'assurda pretesa giudiziaria di abolire un principio centrale della logica induttiva. Per giunta, tale sproposito di un tribunale è affidato a un documento ufficiale, capace di veicolarlo e diffonderlo in tutto l'ambito della giurisdizione. I *topoi* giurisprudenziali, rivestiti della formale autorità (non necessariamente dell'*auctoritas*) conferita loro dall'altezza del tribunale di provenienza, tendono a modellare il senso comune di coloro che amministrano la giustizia. E «una delle cose più difficili nel processo – ci avverte saggiamente Iacoviello – è difendersi dal *sensu comune del giudice*»<sup>18</sup>, che generalmente non si palesa e opera obliquamente.

La consapevolezza del rischio di errore nella valutazione delle testimonianze, evidentemente assente negli atteggiamenti ora considerati, non è mancata invece in autorevoli esponenti del pensiero illuminista. L'attenzione di Beccaria è significativa<sup>19</sup>; ma ancor più espressiva è la posizione del giurista napoletano Massimiliano Murena: «L'indagare la verità per lo mezzo delle testimonianze altrui è la più difficile parte della

<sup>16</sup> «Non esiste certezza assoluta nel campo della conoscenza [...]. Tutta la conoscenza oggettiva è oggettivamente congetturale» (K.R. POPPER, *Conocimiento objetivo*, trad. C. Solís Santos, Tecnos 1992<sup>4</sup>, pp. 80-82). «Un argomento induttivo corretto fornisce solo una conoscenza probabile o una ragionevole certezza» (R. SWINBURNE, in *Introducción a AA.VV., La justificación del razonamiento inductivo*, trad. di E. Pérez Sedeño, Alianza Editorial, Madrid 1976, p. 15).

<sup>17</sup> Arroganza che gronda dal postulato autolegittimante di un soggetto giudicante capace di vedere, negli altri, attraverso l'«occhio di Dio». Si tratta di una penosa manifestazione di ignoranza metodologica, che può portare a decisioni gravemente sbagliate e quindi profondamente ingiuste: per di più, insindacabili, in quanto coperte dal mantello mistificatorio dell'immediatezza, intesa nel modo irrazionale che, come si è visto, ancora prevale.

<sup>18</sup> F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano 2023<sup>2</sup>, p. 323.

<sup>19</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XIII, p. 33.

prudenza del giudice»<sup>20</sup>. Carmignani, da parte sua, mette in evidenza il «pericolo di alterazione, e di cambiamento, che un fatto può correre passando per le idee e per le parole dell'uomo»; e successivamente torna a segnalare «i deboli lati della prova testimoniale» come fonte di «incertezze»<sup>21</sup>. Mittermaier, dopo aver avvertito dei rischi che insidiano l'esperienza conoscitiva, nonché la conservazione e la trasmissione di informazioni da parte del testimone, avverte: «quanta prudenza è necessaria nell'apprezzamento della prova testimoniale»<sup>22</sup>. Carrara, sulla scia del suo maestro Carmignani, rifiuta energicamente quello che definisce il giudizio «per impressione» come criterio di decisione, sottolineando che «l'impressione non ragiona» e che «la convinzione deve avere le sue regole e le sue misure» e non può essere la «mera ispirazione del sentimento»<sup>23</sup>.

Insomma, nella migliore tradizione della cultura processuale europea, la parola «convincimento» ha sempre denotato il risultato di un'attività razionale dal punto di vista del metodo. E l'esistenza di questa tradizione corrobora la consapevolezza che la valutazione della prova testimoniale implica notevoli difficoltà: già da tempo evidenziate e, nel corso dell'ultimo secolo, illuminate da analisi sempre più rigorose.

Paradigmatico è il caso di Braunshausen che, in riferimento agli esperimenti condotti in materia, denuncia come «grossolano errore» l'attribuzione di un'infondata affidabilità alla testimonianza, aggiungendo che la consapevolezza di tale errore porterebbe «giudici e giuristi [...] a diminuire la loro fiducia nelle deposizioni dei testimoni»<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> M. MURENA, *Dissertazione de' doveri del giudice*, Presso i Fratelli Simone, Napoli 1764, p. 52. (Esiste una traduzione castigliana, a cura di C. Cladera, *Tratado sobre las obligaciones del juez* (1785), prologo di P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid 2022). Molto più vicino a noi, M. TARUFFO, *Prova testimoniale. Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milano 1988, p. 755, è altrettanto espressivo: «la prova testimoniale è destinata a rimanere lo strumento più incerto e malsicuro per l'accertamento giudiziale della verità».

<sup>21</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Presso i Fratelli Nistri, Pisa 1832, pp. 151-152.

<sup>22</sup> C. A. J. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal* [1834], senza indicazione del traduttore, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1877, p. 253.

<sup>23</sup> F. CARRARA, *La cessata procedura lucchese*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Giusti, Lucca, 1870, vol. II, p. 50. Con la stessa energia, Carrara rifiuterà il giudizio basato sulla «convinzione autocratica», opponendo l'esigenza della «convinzione ragionata», con la necessaria esplicitazione in forma scritta del suo fondamento (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Giusti, Lucca 1877<sup>5</sup>, p. 283).

<sup>24</sup> N. BRAUNSHAUSEN, *Introducción a la psicología experimental* (1914), trad. di J. Carreras Artau, Editorial Labor, Barcelona 1930, pp. 105 e 110.

Di particolare interesse sono, ancora oggi, le lucide riflessioni del magistrato francese Gorphe, anticipatrici delle conclusioni raggiunte dalla scienza per via sperimentale. Scrivendo che «gli errori sono elementi costanti e normali della testimonianza» (poiché «non esiste un testimone che non sia soggetto a errori»<sup>25</sup>), egli avverte che i dati probatori così ricavati, «grossolani, generalmente imprecisi [...] richiedono un'interpretazione. E niente è più difficile di questo, [giacché], per quanto profondi siano l'esperienza professionale e l'intuito naturale del giudice, questi non è un indovino che scruta i cuori e penetra i pensieri più profondi»<sup>26</sup>.

Se confrontiamo queste considerazioni empiriche con i *topoi* della mitologia dell'immediatezza, constatiamo facilmente un dato scoraggiante: in materia di testimonianza, esiste una netta discrepanza tra la migliore cultura scientifica e il criterio prevalente nelle corti di giustizia.

### 3. *La razionalità come garanzia*

In effetti, almeno nel caso della Spagna, si può dire che i grandi progressi della psicologia della testimonianza e della memoria, rilevantissimi dalla prospettiva del processo penale<sup>27</sup>, sono ancora poco presenti nella cultura e nella pratica dei giudici.

In estrema sintesi, queste discipline ci insegnano che: 1) la memoria non è mai “fotografica”; 2) il testimone, generalmente, incorpora nella sua osservazione e, ancor più, nei suoi ricordi, un rilevante carico di valore aggiunto; 3) il testimone-vittima è il peggiore degli spettatori, per il fatto che le situazioni di stress producono gravissime alterazioni della percezione. Del resto, la rielaborazione dei ricordi successiva all'esperienza delle cose è un processo psichico inevitabile. È sullo sfondo di queste acquisizioni che il neuroscienziato Gazzaniga ha pronosticato un cambio di paradigma: «Si avvicina il giorno in cui sarà considerato poco etico ricorrere [in tribunale] a una testimonianza per sua natura imperfetta»<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> F. GORPHE, *La crítica del testimonio*, trad. de M. Ruiz-Funes, Reus, Madrid 1933, p. 23.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>27</sup> Si vedano gli eccellenti contributi di L. CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame*, cit.; e di G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Il Mulino, Bologna, 2003; E. LOFTUS-K. KETCHAM, *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*, trad. di C. Cardeñoso e F. López, Alba, Barcelona 2010.

<sup>28</sup> M.S. GAZZANIGA, *El cerebro ético*, trad. it. di M. Pino Moreno, Paidós Ibérica, Barcellona 2006, p. 105.

Si capisce allora quanto sia importante, nel valutare le informazioni ottenute da una fonte testimoniale, la ricerca di conferme fattuali e riscontri probatori. Nella cultura processuale corrente, è generalmente accettata l'idea che la corroborazione sia un modo specifico per rendere credibile quanto dichiarato da imputati, testimoni e coimputati. Ma ha ragione Iacoviello: «La *tecnica del necessario riscontro* non è una tecnica circoscritta al controllo di dichiarazioni. È invece la *tecnica generale di accertamento probatorio*»<sup>29</sup>, che, evidentemente, nel caso delle dichiarazioni assume ancora più importanza a causa dei rischi di cui si è detto.

Lo spiega bene Ferrajoli: «nessuna prova è sufficiente e tutte le prove e le contro-prove esperibili sono necessarie [...]. L'ipotesi accusatoria dev'essere innanzitutto confermata da una pluralità di prove o dati probatori [...]. Nella pluralità di queste conferme o riscontri [...] consiste la condizione o garanzia della prova: che dunque comporta la necessità di acquisire non un dato probatorio, ma un sistema coerente di dati»<sup>30</sup>.

Purtroppo, come abbiamo notato, nel contesto delle reazioni suscitate dall'emergenza della violenza di genere, questo approccio epistemologico non riceve il dovuto ossequio nell'ambito delle prassi giurisdizionali; e, anche a livello teorico, si diffondono tendenze contrastanti. Ne è un esempio la proposta di introdurre, nella disciplina processuale dei delitti di genere, il principio di presunzione di vittimizzazione<sup>31</sup>. La promotrice di questa idea non intende sacrificare il principio di presunzione di innocenza. Sostiene, tuttavia, che la persona che si presenta come vittima dovrebbe essere considerata tale, dal momento della denuncia, fino a prova contraria. La denunciante sarebbe così protetta da trattamenti inappropriati da parte dell'autorità o di qualunque soggetto coinvolto nel processo, poiché tutti avrebbero l'obbligo di rispettarne lo *status*.

In quest'ordine di idee, il fatto che il principio di presunzione di vittimizzazione non sia costituzionalmente o legalmente riconosciuto non rappresenta un ostacolo, perché i principi possono essere estratti per via interpretativa dalla *ratio legis*. Inoltre, seppur difettando di riconoscimento costituzionale, e dunque trovandosi a un livello inferiore

<sup>29</sup> IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 552.

<sup>30</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 123, 129-130.

<sup>31</sup> Si tratta del lavoro di T. LANCRY ROBALO, *Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema à luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau*, in «Revista do Ministério Público», 2019, 160, p. 169 ss. Ho messo in discussione questo approccio in *Princípio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible*, ivi, pp. 59 ss.

rispetto alla presunzione di innocenza, il nuovo principio di presunzione di vittimizzazione dovrebbe prevalere in caso di conflitto. I casi di conflitto, però, sarebbero molto rari poiché i due principi hanno funzioni distinte. Uno mira a proteggere l'imputato da una condanna non basata su prove di colpevolezza. L'altro mira a garantire che la vittima sia riconosciuta come tale nel procedimento penale fin dall'inizio, senza attendere una sentenza di condanna.

Tuttavia, se la denuncia, oltre a essere plausibile e quindi degna di essere valutata, fosse assunta come vera in qualche misura, l'imputato dovrebbe entrare in giudizio provando la non veridicità dell'accusa, con la conseguente inversione dell'onere della prova e l'inevitabile degradazione del suo *status* costituzionale di innocente.

Infatti, presumere la veridicità dell'auto-attribuzione dello *status* di vittima di un reato equivale a ritenere già certa, in virtù di una semplice affermazione, la *notitia criminis*, normalmente riferita a un'azione e a una persona come autore. Ciò significa *presumere* che il denunciato ha realizzato la condotta che gli viene imputata. Così facendo, si incorre in una manifesta petizione di principio, poiché si accredita precisamente ciò che dovrebbe essere *provato nel processo*.

Infatti, riferito all'imputato, il predicato "innocente" denota una qualità che non ammette attribuzioni parziali o riduzioni di significato. Egli è innocente – e lo è del tutto – per presunzione costituzionale.

Stando così le cose, attribuire formalmente, nel modo aprioristico che viene proposto, la reale condizione di vittima a chi denuncia<sup>32</sup> equivale a trasformare l'accusato, sia pure in modo limitato e condizionato, nel presunto autore dell'azione denunciata. Per contro, il principio di innocenza richiede che il denunciato, nonché l'imputato, entrino rispettivamente nel processo e nel dibattimento da innocenti. Ecco perché il giudice è obbligato, come chiedeva Calamandrei, a rendere la propria coscienza «una pagina bianca»<sup>33</sup>, per iniziare a conoscere il *thema probandum* soltanto nella cornice di un processo effettivamente incardinato sul principio del contraddittorio.

<sup>32</sup> Quando la persona che denuncia presenta segni inequivocabili di aggressione fisica, sarà ovviamente necessario partire dall'esistenza di tali dati, che dovranno essere indagati e valutati come parte del quadro probatorio.

<sup>33</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova 1954, p. 72. A questo proposito, F.M. IACOVELLO ha scritto: «il giudice che entra nel processo non è un giudice ingenuo, ma un giudice dubbioso. Un giudice, quindi, che si trova nella migliore condizione epistemologica possibile» (*La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano 1997, p. 139).



Stando così le cose, si deve concludere che la presunzione costituzionale di innocenza, stabilita a tutela dell'imputato, e l'eventuale riconoscimento del diritto di chi denuncia un crimine a essere riconosciuto come vittima sono irriducibilmente antagonisti. Non possono essere composti. Si escludono a vicenda. Per questo motivo, l'incorporazione del principio di presunzione di vittimizzazione nell'ordinamento giuridico, anche solo per via interpretativa, darebbe luogo a un – «necessario (non contingente)»<sup>34</sup> – conflitto tra principi.

---

<sup>34</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dottrina delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, p. 302. Nella rigorosa analisi di Guastini sono "principi impliciti" quelli «non esplicitamente formulati in alcuna disposizione costituzionale o legislativa, ma elaborati o 'costruiti' dagli interpreti» (ivi, p. 288).

Mariano Bertelotti

*Il principio di innocenza e la custodia cautelare.  
Una vecchia convivenza con nuovi problemi\**

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari – 2. La distorsione del sistema penale – 3. La carcerazione preventiva: da *ultima ratio* a *primaria responsum* – 4. Un fenomeno multi-causale – 4.1. La tradizione inquisitoria – 4.2. Politica, media e opinione pubblica – 4.3. I giudici “giustizieri” – 5. Considerazioni finali.

1. *Osservazioni preliminari*

Le riflessioni che proporrò in queste pagine vertono su uno dei problemi più gravi – per non dire il più grave in assoluto – che il diritto processuale penale si trova ad affrontare: l'applicazione di misure coercitive (principalmente la carcerazione preventiva) nei confronti di persone legalmente considerate innocenti.

Chiudere in gabbia una persona: Alberto Binder usava la forza di questa immagine icastica, durante le sue lezioni alla UBA, per trasmetterci un insegnamento importante: eliminata la pena di morte, non c'è atto di potere più violento, da parte dello Stato, che l'incarcerazione: sia come imposizione di una pena detentiva, sia come applicazione di una misura cautelare<sup>1</sup>. In termini di legittimità, il secondo caso è certamente più discutibile: la persona è reclusa in assenza di un giudizio di colpevolezza. Bovino compendia così la situazione prodotta da questa istituzione: «Deteniamo persone per decidere se possono essere detenute dopo il

---

\* Desidero ringraziare, per i loro preziosi suggerimenti, Graciela Saldubehere, Nicolás Guzmán, Luigi Ferrajoli, Perfecto Andrés Ibáñez e Dario Ippolito.

<sup>1</sup> Già Carnelutti, nel 1957, rimarcava che la degradazione della persona a cosa – massima espressione dell'inciviltà – caratterizza spessissimo la giustizia penale (cfr. F. CARNELUTTI, *Las miserias del proceso penal*, trad. di Nicolás Vázquez, Ed. José M. Cajica, Messico 1965, p. 15). O, se non a cosa, ad animale: il paradosso dello stato attuale delle cose è che, mentre gli zoo vengono gradualmente chiusi, perché la «situazione di cattività è degradante per gli animali» (secondo la motivazione della chiusura dello zoo di Buenos Aires), le prigioni sono ancora lì, vive e vegete, più sovraffollate e degradanti che mai.

giudizio. Queste persone *sono detenute per decidere se possono essere detenute. A ben vedere, deteniamo per indagare, invece di indagare per detenere*<sup>2</sup>.

Sulla scia di Julio Maier<sup>3</sup>, in un lavoro di qualche anno fa, ho avuto modo di sottolineare che la realtà delle carceri, abitate per lo più da imputati, ci mostra che il processo penale ha sostanzialmente cessato di essere lo strumento di applicazione del diritto (attraverso cui, a seguito del rispetto di una serie di requisiti costituzionalmente imposti, si determina la verità che rende legittima l'imposizione di una pena), per diventare una sorta di verifica, a posteriori, che la pena applicata in anticipo (con la carcerazione preventiva) non rappresenti un grave errore. In altre parole, la procedura penale e il suo risultato principale, la sentenza, vengono a svolgere un ruolo meramente revisionale, confermando o meno la sanzione precedentemente inflitta attraverso la custodia cautelare<sup>4</sup>.

La principale conseguenza di questa assurdità è che la custodia cautelare è diventata la vera pena del sistema, in aperta contraddizione con il principio di innocenza. Come ha ben sottolineato Andrés Ibáñez, sebbene il processo penale sia prodigo di giudizi anticipati di condanna, non esiste momento di maggiore tensione tra i principi e le esigenze della pratica.

Non possiamo ignorare l'avvertimento di Carnelutti: «Il semplice inizio e tanto più lo svolgimento del processo cagionano sofferenze, le quali non si giustificano se non, precisamente, con la necessità di punire. Questo è veramente il dramma del processo penale, sul quale tutta la sua problematicità deve essere impostata. Escludere l'implicazione della punizione nel processo non è possibile. La sofferenza dell'innocente è, purtroppo, il costo insopprimibile del processo penale»<sup>5</sup>.

In tempi a noi più vicini, Ferrajoli ha richiamato la nostra attenzione sullo «sviluppo inflazionistico del processo penale, che nella moderna società delle comunicazioni di massa tende a divenire esso stesso una sanzione, talvolta più rovinosa della stessa pena tradizionale»<sup>6</sup>: di questa deformazione sanzionatoria del processo è parte integrante la custodia cautelare.

Infine, Pastor ha puntualizza: «l'azione penale dello Stato rappresenta già, con o senza custodia cautelare, una pena di sospetto: la pena del processo [...] implica, fin dall'inizio, l'assoggettamento dell'imputato a

<sup>2</sup> A. BOVINO, *Degradación de la inocencia*, in *El debido proceso penal*, a cura di M. Lopardo, Hammurabi, Buenos Aires 2015, t. 1, p. 69 (corsivo nell'originale).

<sup>3</sup> J. MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra Ed., Lima 2008, p. 903.

<sup>4</sup> M. BERTELOTTI, *Derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2019, p. 19.

<sup>5</sup> F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano, Napoli 1961, p. 55.

<sup>6</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 760.

condizioni di “semipenalizzazione”, che si manifestano in una serie di sofferenze che integrano la dimensione afflittiva del processo: angoscia, spese, perdita di tempo e di lavoro, umiliazione, discredito, ecc.»<sup>7</sup>

## 2. *La distorsione odierna: il diritto penale come soluzione a tutti i mali della società*

Maier approfondisce le origini dell'attuale distorsione nell'uso della custodia cautelare, normalizzata come prassi quasi ineluttabile del processo, partendo dalla premessa che il diritto penale influenza in molti modi il suo parente stretto, il diritto processuale penale, con l'obiettivo di plasmarlo ai propri fini. Egli osserva che nel corso del XX secolo si è consolidata l'idea che il diritto penale non si limita a rispondere al crimine – non è rivolto soltanto al passato, in una prospettiva retributivistica –, ma svolge la funzione di prevenire i crimini futuri, attraverso la dissuasione o l'incapacitazione o la rieducazione (dottrine della prevenzione generale e speciale, nelle varianti negativa e positiva). La spiegazione può essere cercata nella «società del rischio» in cui viviamo, prodotta dai problemi causati dagli stessi esseri umani attraverso la velocità incrementale del progresso scientifico, che oltrepassa tutto ciò che conosciamo, e del consumo intensivo di beni e servizi che ne consegue<sup>8</sup>.

Questa situazione produce una «comunità della paura», attraversata dal timore della criminalità, dell'irresponsabilità, della non controllabilità degli eventi. Se a questo panorama si aggiunge la discriminazione degli esseri umani che – ove più (i paesi del terzo mondo), ove meno (i paesi sviluppati), ove moltissimo (i paesi più poveri) – restano ai margini esterni della comunità («società degli esclusi»), tutto conduce a una «situazione di emergenza»: a «stato di eccezione permanente» (nonostante l'aggettivo non risulti coerente con il sostantivo)<sup>9</sup>.

In questo contesto, il ruolo del diritto penale diventa cruciale. Molti

<sup>7</sup> D. PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires 2002, p. 392 ss.

<sup>8</sup> L'espressione «società del rischio» è del sociologo tedesco Ulrich Beck, la cui opera fondamentale è U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, pubblicata originariamente nel 1986.

<sup>9</sup> J. MAIER, *La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy*, in *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, a cura di G. I. Anitua-I. F. Tedesco, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2009, p. 407.

dei rischi, delle paure e delle apprensioni della società trovano una presunta soluzione nel fatto di classificare come reati i comportamenti che li provocano. La preoccupazione per l'inquinamento porta alla creazione di crimini ambientali, i problemi fiscali portano alla creazione di crimini fiscali, il timore di certe azioni compiute via Internet si traduce in un'ampia gamma di crimini informatici, ecc. Questo diritto penale «preventivo» sembra non solo incaricato di risolvere tutti questi problemi, ma anche di proteggerci da rischi futuri. Come ha sottolineato Maier, la pena statale «si è convertita in una medicina miracolosa, finalmente scoperta dall'uomo, panacea per qualsiasi problema sociale»<sup>10</sup>.

La valutazione critica di questo fenomeno, denotabile come inflazione penale<sup>11</sup>, espansione del diritto penale<sup>12</sup> o fascinazione per il diritto penale<sup>13</sup>, appare chiara. Invece di promuovere le azioni delle sue agenzie impegnate in altri settori pubblici, che potrebbero fare molto per ridurre il fenomeno sociale multi-causale della criminalità – come quelle legate all'istruzione, alla salute, all'occupazione e all'alloggio (che ovviamente richiedono investimenti di denaro, tempo e determinazione politica) –, lo Stato sceglie la via più facile, più rapida e meno costosa (in termini economici): approva una legge che punisce il comportamento in questione come un reato. E così, pone davanti agli occhi della società e dei media la «lotta contro il crimine». Gli scarsi risultati ottenuti da questa politica espansionistica rivelano che la soluzione risiede altrove<sup>14</sup>.

L'analisi di questo fenomeno va ben oltre gli obiettivi del presente contributo; ma ciò che si può dire qui, con certezza, è che nell'epoca

<sup>10</sup> MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, cit., 2008, p. 905. Pastor si esprime in termini simili: il diritto penale «ha acquisito un'estensione sproporzionata, dovuta al fatto che è stato utilizzato, simbolicamente e demagogicamente, come strumento onnipotente e illusoriamente onnipotente per reagire contro tutti i mali sociali» (D. PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, p. 39).

<sup>11</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., p. 729.

<sup>12</sup> J. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid 1999.

<sup>13</sup> D. PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, in «Nueva Doctrina Penal», 2005, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2005, p. 94.

<sup>14</sup> Anitua spiega che questo rischio è penetrato anche nella criminologia. «Si parla ora di Criminologia attuariale, basata sul calcolo delle probabilità, seguito dalle compagnie di assicurazione». In questa prospettiva, «quando coloro che sono a rischio di commettere reati sono incarcerati, la loro possibilità d'azione è fisicamente limitata: ciò costituisce una giustificazione sufficiente per l'eventuale incarcerazione» (G.I. ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2005, pp. 347 e 511).

e nella società in cui viviamo la paura del cittadino medio è suscitata dalla criminalità comune (rispetto alla quale si reclamano pene severe), laddove – come attesta la letteratura storica e giuridica – le preoccupazioni illuministiche di quanti gettarono le basi costituzionali degli Stati moderni nel XVIII e XIX secolo, erano rivolte verso uno Stato dotato di un potere penale illimitato<sup>15</sup>; e da queste preoccupazioni derivano le restrizioni imposte al suo esercizio.

Oggi, nella «società del rischio», la tendenza è diversa: l'opinione pubblica chiede allo Stato di svolgere un'azione più incisiva nella «lotta al crimine», in nome della sicurezza che dovrebbe garantirci. Il potere penale dello Stato, pur essendo costituzionalmente limitato, ha infatti smesso di essere visto come qualcosa di pericoloso e ha progressivamente ampliato il suo margine di azione, guadagnando terreno a scapito dei diritti individuali. Questo ha cambiato radicalmente lo scenario politico da cui dipendono le decisioni in materia di potere punitivo in generale e di detenzione preventiva in particolare. Come sottolineano giustamente Aniyar de Castro e Codino, «la società del rischio è [...], fundamentalmente, un rischio per la libertà»<sup>16</sup>.

### 3. *La carcerazione preventiva: da ultima ratio a primaria responsum*

In questa congiuntura sociale e politica, la custodia cautelare assume un indubbio protagonismo: essa viene utilizzata non solo per contrastare i rischi processuali – pericolo di fuga e di intralcio alle indagini – che erano la base classica su cui la dottrina penale liberale fondava la legittimità della custodia cautelare, ma anche, e fundamentalmente, per scongiurare i pericoli che la criminalità comporta. La sua imposizione si basa sulla «gravità e sulle ripercussioni sociali» dell'atto e/o sulla «pericolosità» dell'imputato, al fine di evitare che continui a commettere reati<sup>17</sup>.

*Rebus sic stantibus*, è un dato di fatto innegabile che la custodia cautelare, nei confronti di chi è accusato di aver commesso un reato, costituisce oggi

<sup>15</sup> Come sottolinea Pastor: «i pensatori dell'illuminismo si vedevano più come imputati, soggetti alla terribile azione del potere penale pubblico, che come vittime potenziali di delitti, atterriti di fronte ai delinquenti comuni» (D. PASTOR, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2012, p. 74).

<sup>16</sup> L. ANIYAR DE CASTRO, J. CODINO, *Manual de criminología sociopolítica*, Ediar, Buenos Aires, 2013, p. 350.

<sup>17</sup> MAIER, *La privación de la libertad durante el procedimiento penal*, cit., p. 410.

la reazione immediata che la società adotta a scopo cautelare. Pertanto, non è ciò che dovrebbe essere secondo un'interpretazione corretta del progetto costituzionale: uno strumento eccezionale da utilizzare solo dopo aver escluso tutte le alternative meno dannose per la libertà dell'imputato: «La detenzione delle persone in attesa di giudizio non deve costituire la regola», prescrive l'art. 9.3 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, di rango superiore alla legge, in base all'articolo 75.22 della Costituzione argentina. In altre parole, non è – come verosimilmente non mai stata sul piano pratico – l'*ultima ratio* del sistema: prevale l'idea che sia una sorta di *primaria responsum* di fronte a un atto che si presume criminale.

La dottrina argentina riconosce questa realtà di fatto come un fenomeno sociale evidente, a causa del quale la norma costituzionale si trova relegata nel novero dei principi inattuati.

Così, Cafferata Nores osserva che siamo immersi in «una cultura giuridica sempre più autoritaria, che concepisce [il carcere preventivo] come un gesto punitivo esemplare e immediato, basato sul mero sospetto o, al massimo, sull'intimo convincimento degli operatori giudiziari circa la partecipazione dell'imputato a un reato»<sup>18</sup>.

In termini simili si sono espressi, tra gli altri, Maier<sup>19</sup>, Martínez<sup>20</sup> e Pastor<sup>21</sup>.

Peralto, non si tratta di un fenomeno solamente argentino. Ferrajoli in Italia<sup>22</sup>, Andrés Ibáñez in Spagna<sup>23</sup> e Freund in Germania<sup>24</sup> hanno notato distorsioni simili (e non sono i soli).

<sup>18</sup> J. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª edizione aggiornata, Ed. del Puerto, Buenos Aires 1998, p. 192.

<sup>19</sup> MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, cit., 2008, p. 903.

<sup>20</sup> S. MARTÍNEZ, *La libertad del imputado, criterios jurisprudenciales y la dificultad en la construcción de los riesgos procesales: estado actual y propuesta de cambio*, in *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, a cura di F. G. Plazas-L. A. Hazan, Ed. del Sur, Buenos Aires 2015, p. 296.

<sup>21</sup> D. PASTOR, *Julio Maier y el principio noli iudicare*, in «DPI Cuántico. Derecho para innovar», Diario Penal n. 324, Buenos Aires 2021, p. 6.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 553, 560 e 561.

<sup>23</sup> P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, in «Revista de Ciencias Penales de Costa Rica», anno 9, n. 13, 1997, p. 5 e nota 5.

<sup>24</sup> Cfr. la citazione fatta da Pastor dell'opinione di Freund in PASTOR, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, cit., p. 295.

#### 4. *Un fenomeno multicausale*

##### 4.1. *La tradizione inquisitoria*

Siamo di fronte a un problema che ha molteplici cause: in questo mosaico, è impossibile prescindere dalla nostra tradizione culturale inquisitoria, in cui la carcerazione preventiva è sempre stata la regola: un «segno distintivo del sistema», secondo Vélez Mariconde<sup>25</sup>; ed è ben noto che è molto difficile per un dato sistema liberarsi delle pratiche consuetudinarie normalmente accettate sul piano culturale.

Da quando il mondo occidentale, di cui siamo eredi, ha abbandonato il modello accusatorio che ha caratterizzato le prime epoche di quello che oggi conosciamo come diritto processuale penale, la custodia cautelare si è installata come un inquilino permanente del processo penale. Questa circostanza trovava la sua naturale collocazione nel quadro dell'Inquisizione medievale, sotto la protezione di un processo scritto e segreto, diretto da un'unica persona, incaricata di indagare e giudicare; con un imputato che non era considerato un soggetto di diritti, ma un oggetto di inchiesta, esperibile anche attraverso la tortura.

Del resto, nemmeno la reazione illuminista, nella quale Bovino colloca l'origine della moderna concezione del principio di innocenza<sup>26</sup>, cambiò sostanzialmente la situazione: la carcerazione preventiva sopravvisse agli attacchi iniziali dei pensatori illuministi, che finirono per giustificarla. Il compromesso tra i tentativi di chi cercava di mantenere l'*Ancien Régime* e le idee rivoluzionarie che il Codice napoleonico del 1808 rappresentava, divenne l'atto di nascita del modello di processo penale misto, o meglio conosciuto come modello inquisitorio riformato, di cui sono tributari sia il sistema processuale argentino che quello italiano. In esso, la carcerazione provvisoria dell'imputato viene decisa sulla base di uno schema rigido, che fonda la decisione sull'applicazione di criteri sostanziali e sulla base di due elementi principali: la considerazione della pena prevista per il reato oggetto di indagine e il sospetto di responsabilità dell'imputato<sup>27</sup>.

Questo è il modello culturale che ancora non riusciamo ad archiviare. Né le riforme giuridiche né alcune attuali tendenze della giurisprudenza

<sup>25</sup> A. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, 3a ed., 2a ristampa, aggiornata da M. Ayán e J. I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986, t. I, p. 111.

<sup>26</sup> A. BOVINO, *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2005, p. 87.

<sup>27</sup> N. SERGI, *La pena en expectativa y el riesgo procesal*, in *Jurisprudencia penal de la provincia de Buenos Aires*, a cura di I. Mouriño, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 92.



verso un uso più razionale delle misure coercitive ci autorizzano a pensare a un'applicazione più restrittiva della custodia cautelare. Come un'ombra, essa segue le evoluzioni del nostro sistema di procedura penale. Lo ha rimarcato bene Andrés Ibáñez: nei paesi dotati di una costituzione che riconosce il principio d'uguaglianza, essa è – per antonomasia – il problema della procedura penale<sup>28</sup>.

#### 4.2. *Politica, media e opinione pubblica*

A mio avviso, il problema non deriva solo dalle origini del modello di processo penale che abbiamo ereditato. Oltre che alla storia dobbiamo guardare all'attualità, dove gioca un ruolo essenziale una questione che negli ultimi tempi è diventata di fondamentale importanza. In un mondo in cui il flusso di informazioni si è notevolmente ampliato e scorre sempre più velocemente, è impossibile ignorare l'impatto che il crimine ha sulla società, a diversi livelli: politico, giornalistico, di opinione pubblica, ecc. Salvo poche eccezioni, i media propongono il tema della criminalità come il piatto principale del menu informativo, fomentando nella società la paura dell'insicurezza – rilevata nei sondaggi e nelle inchieste come uno dei principali fenomeni collettivi – e diffondendo la convinzione che, di fronte a una situazione di impunità diffusa (le porte girevoli del carcere), solo una vigorosa risposta punitiva possa garantirci dalla violenza dei delitti.

Ha rilevato Garland che nelle nostre società è diffuso il convincimento che i criminali non siano sufficientemente puniti e che gli individui pericolosi non siano adeguatamente controllati. A ciò si collega una grande pressione affinché vengano prese misure idonee ad alleviare queste preoccupazioni<sup>29</sup>.

Non è questa la sede per un esame approfondito della complessità del problema – del resto esiste una vasta e pregevole letteratura sull'argomento<sup>30</sup> –; ciò che interessa evidenziare è che, una volta che il tema dell'insicurezza si è consolidato come questione sociale ed elettorale di primo piano, il sistema mediatico e politico ha scaricato sul potere giudiziario la responsabilità della risposta, declinandola essenzialmente in termini di carcerazione.

L'attuale situazione, congiunta all'eredità storica a cui prima ho fatto

---

<sup>28</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, cit., p. 5.

<sup>29</sup> D. GARLAND, *La cultura del control*, trad. di M. Sozzo, Gedisa, Barcelona 2005, p. 283.

<sup>30</sup> Per chi fosse interessato ad approfondire la questione, uno sviluppo dettagliato si trova in G. MIRANDA, *La presunción de inocencia. El rol de los medios de comunicación en la construcción de la cultura jurídica*, Ed. del Sur, Buenos Aires 2023.

riferimento, ci aiuta a dar conto del noto divorzio esistente tra il corpus normativo che regola la materia, generalmente interpretato in coerenza e congruenza con i principi costituzionali, e la realtà giurisdizionale.

Lucidissima, in tal senso, è la diagnosi proposta alla *Relatoria* della Commissione IDH: «i giudici optano per la misura cautelare più grave rispetto alla salvaguardia della libertà durante il processo, con l'obiettivo di mostrare efficienza ed evitare le rivendicazioni della società, dei media e dello stesso potere politico»<sup>31</sup>.

Il fenomeno a cui stiamo assistendo da tempo, in cui in molte occasioni le decisioni giudiziarie sono influenzate dalle azioni di queste parti processuali atipiche<sup>32</sup>, merita qui una breve considerazione, perché sebbene la stampa e la politica – ma si potrebbero citare anche le organizzazioni non governative che rappresentano le vittime, le organizzazioni per i diritti umani o i più diversi think tank – non sono parti in senso formale nel procedimento penale, lo sono in senso sostanziale<sup>33</sup>, “per la loro considerazione come parti effettivamente interessate e per la loro capacità di influenzare il corso delle vicende processuali”<sup>34</sup>.

Questa rete di potere mediatico-politico, concentrata in gruppi economici, ha, di norma, una capacità operativa infinitamente superiore a quella dell'imputato<sup>35</sup>; il quale viene a trovarsi in una posizione impari di fronte al giudizio parallelo dei media, che richiede l'applicazione della custodia cautelare<sup>36</sup>, in una chiara condanna pubblica prima della sentenza; situazione amplificata, il più delle volte, da un fenomeno relativamente recente: i social network, «risorsa ideale per interventi istantanei e non

<sup>31</sup> Citato in O. OZAFRAIN, *La libertad durante el proceso y sus restricciones*, in *Proceso y Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires*, a cura di P. J. Bertolino-A. J. Silvestrini, 2a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, p. 295. In questo caso la detenzione preventiva non garantisce la procedura, direbbe in modo critico Volk, ma mira piuttosto a evitare «l'irritazione popolare» (cfr. la citazione di PASTOR, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, cit., p. 296).

<sup>32</sup> Così li definisce P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Medios de comunicación masiva y proceso penal*, in «Jueces para la Democracia», n. 94, Madrid 2019, p. 134).

<sup>33</sup> Questa nozione era già stata sviluppata da Carnelutti, quando distingueva le parti in senso formale e sostanziale (CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, cit., t. 1, p. 104).

<sup>34</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, *Medios de comunicación masiva y proceso penal*, cit., p. 134.

<sup>35</sup> L'eccezione potrebbe essere rappresentata da un imputato con un forte potere (compreso quello mediatico e politico) e risorse economiche.

<sup>36</sup> Cfr. A. LEDESMA, *Justicia penal, medios de comunicación y acceso a la información: ¿una tensa relación?*, in *Justicia argentina on line. La mirada de los jueces*, a cura di M. Bourdin-P. Méndez, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Centro de Información Judicial, Buenos Aires 2011.

riflessivi, dominati dall'ignoranza e dall'improvvisazione», da cui «non sarà facile per gli eventuali giudici sottrarsi»<sup>37</sup>.

La situazione si ripete quotidianamente: i giudici, di fronte alla decisione di sottoporre o meno a custodia cautelare un imputato, si trovano spesso nel dilemma di: 1) valutare i fatti del caso sulla base delle prove a loro disposizione, alla luce del principio di innocenza sancito dalla Costituzione e dalla legge, e, se del caso, ordinar la liberazione – o ricorrere a qualche alternativa diversa dalla detenzione – rischiando di subire l'attaccato furibondo dei media, dei politici e di vari gruppi di pressione (immediatamente, in ragione delle ripercussioni pubbliche del processo, o successivamente, allorché l'imputato liberato è nuovamente accusato di aver commesso un crimine); 2) non applicare né la Costituzione né la legge – o, comunque, darne una particolare interpretazione – e rimettere l'imputato in custodia cautelare a ratifica di quanto già deciso dai media, evitando spiacevoli conseguenze personali. Come si vede, il nocciolo della questione è che, di fronte a questo bivio, i giudici smettono di essere solo giudici, e diventano anche giudicati. È chiaro, quindi, che in questo tipo di situazione vengono compromessi i principi costituzionali fondamentali dello Stato di diritto: quelli dell'imparzialità e dell'innocenza.

#### 4.3. I giudici “giustizieri”

Occorre inoltre sottolineare che, in altri casi, in cui le ripercussioni pubbliche del processo sono nulle e le possibilità di reiterazione criminale sono minori, ciò che prevale è la questione ideologica, e alcuni giudici ordinano la custodia cautelare solo perché ritengono così di «fare giustizia». (E diciamo “alcuni” perché ogni generalizzazione è ingiusta). Ci sono anche magistrati che, lavorando nel rispetto dell'indirizzo costituzionale e del principio di innocenza, cercano, nei casi in cui intervengono, di razionalizzare il ricorso alla custodia cautelare. Ma altri non lo fanno, e in ogni decisione di incarcerazione credono di dare il loro contributo alla «lotta contro il crimine», in una funzione del tutto lontana dal loro ruolo che, improntato al principio di imparzialità, dovrebbe consistere essenzialmente nel risolvere i casi che si presentano loro – in cui non si può perdere di vista il fatto che stanno decidendo sulla libertà e sull'onore degli individui – rispondendo solo alla legge<sup>38</sup>. A nient'altro che alla legge.

<sup>37</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, *Medios de comunicación masiva y proceso penal*, cit., p. 138.

<sup>38</sup> Cfr. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, 2a ed., Ed. del Puerto, Buenos Aires 1996, t. 1, p. 745.

## 5. Considerazioni finali

Questa panoramica suggerisce che il problema è serio. Nonostante la chiarezza del dettato costituzionale sul principio di innocenza, delle norme di diritto processuale che lo regolano e della giurisprudenza (pur con le sue sfumature) delle più alte corti nazionali – con in testa la Corte Suprema di Giustizia della Nazione e la Camera Federale di Cassazione Penale –, di fatto la maggior parte dei luoghi di detenzione in Argentina è abitata da persone legalmente innocenti.

Dovremmo chiederci allora se le carenze argomentative che emergono nel giustificare l'imposizione della detenzione preventiva non siano il risultato della notevole difficoltà, per non dire impossibilità, di conciliare questo istituto con il principio di innocenza. Tuttavia, in un contesto socio-culturale e politico che non permette di prevederne l'abolizione in un futuro prossimo, è un imperativo costituzionale lottare per la sua graduale limitazione a casi sempre più eccezionali.

Ci si potrebbe chiedere se il principio di innocenza non abbia funzionato come una sorta di tranquillante che ha permesso l'applicazione massiccia della custodia cautelare. Con questo intendo dire che la maggior parte delle decisioni giudiziarie che la impongono, o che rifiutano di liberare una persona dal carcere, iniziano con la frase «fatto salvo il rigoroso rispetto del principio di innocenza», o qualcosa di simile, e poi giustificano l'imposizione o il mantenimento della misura coercitiva con gli argomenti del classico repertorio. Così «siamo tutti tranquilli» che il principio costituzionalmente radicato sia stato rispettato. L'eccezione diventa la regola: carcerazione preventiva per tutti. E resta inascoltato il monito di Ferrajoli per cui «l'uso, anco prima dell'abuso, di questo istituto è radicalmente illegittimo»<sup>39</sup>. Inoltre, a peggiorare le cose c'è il dato delle condizioni di assoluta indegnità in cui vengono a trovarsi i reclusi: i presunti innocenti come i condannati in via definitiva.

La realtà che stiamo vivendo induce a chiederci come ci vedranno le generazioni future. Così come noi, cercando di non cadere nell'anacronismo, guardiamo con occhio critico alle aberrazioni nei diritti fondamentali che il passato ci ha mostrato, oggi dobbiamo domandarci cosa diranno di noi i nostri pronipoti? Ci criticheranno duramente per aver trattato persone legalmente innocenti con una tale mancanza di rispetto dei loro diritti, per non dire con crudeltà? Oppure saranno benevoli nei nostri confronti quando leggeranno ciò che scriviamo oggi? O forse il futuro ci riserva una

<sup>39</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., p. 566.

deriva distopica, disumana come la società orwelliana di *1984*, e la realtà di oggi apparirà un paradiso perduto rispetto a ciò che verrà?

Luigi Ferrajoli

*La verità processuale*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La verità come problema di filosofia politica – 3. La verità processuale come problema di filosofia teoretica – 4. La verità processuale come problema di teoria del diritto – 4.1. La verità giuridica – 4.2. La verità fattuale – 5. La verità processuale come problema delle discipline penalistiche e processualistiche.

1. *Premessa*

Il problema della verità processuale è indubbiamente il problema basilare della teoria della giurisdizione, il cuore della teoria del garantismo e, in particolare, del garantismo penale. Consiste, in realtà, in un insieme di problemi diversi, che conviene analizzare separatamente. Distinguerò quattro tipi di problemi, corrispondenti a quattro livelli diversi di discorso.

Innanzitutto, la verità nel processo, e soprattutto nel processo penale, è un *problema di filosofia politica*, essendo la principale fonte di legittimazione della giurisdizione e della separazione dei poteri. È in secondo luogo un *problema di filosofia della conoscenza*, forse il più importante problema di carattere epistemologico della scienza giuridica. È in terzo luogo un *problema di teoria del diritto*, riguardando le condizioni normative della verificabilità e della falsificabilità giuridica in astratto e della verifica e della falsificazione in concreto delle tesi giudiziarie. È in quarto luogo un *problema delle discipline giuridiche penalistiche e processual-penalistiche*, riguardando l'accertamento dell'attuazione o meno, nonché del grado e delle modalità di attuazione di tali condizioni, nei nostri diversi ordinamenti: per esempio nell'ordinamento italiano o in quello argentino.

Dunque quattro grossi problemi, che naturalmente potrò qui trattare solo sommariamente.

## 2. *La verità come problema di filosofia politica*

Cominciamo con il primo problema, quello di filosofia politica. Credo che si possa ben dire che il principale fondamento della legittimità della giurisdizione risiede nella verità processuale, cioè nel corretto accertamento delle violazioni di legge ad essa sottoposte. Diciamo, per esempio, che una sentenza penale di condanna è giusta, ancor prima che giuridicamente valida, se e solo se è vero che il condannato ha commesso il fatto addebitatogli come reato, mentre è ingiusta, ancor prima che invalida, in caso contrario. Se poi criticiamo una condanna o un'assoluzione come ingiuste o infondate è perché riteniamo false le loro motivazioni, in fatto o in diritto. La natura cognitiva della giurisdizione vale perciò a garantire quello specifico diritto fondamentale che è l'immunità delle persone da pronunce arbitrarie.

Basterebbe questo a spiegare il carattere non consensuale né rappresentativo della legittimazione dei giudici e a fonderne i requisiti di imparzialità e di indipendenza da qualunque potere, inclusi i poteri rappresentativi delle maggioranze politiche. Proprio perché risiede nella garanzia dell'imparziale accertamento del vero, la legittimità del giudizio non può dipendere dal consenso politico. Nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi possono rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. Consensi e dissensi non aggiungono nulla alla falsità o alla verità di una motivazione. Per questo il carattere elettivo dei magistrati, presente per esempio nell'esperienza americana, è in contraddizione con la fonte di legittimazione della giurisdizione. In Italia la loro elettività provocherebbe la massima politicizzazione della giurisdizione: avremmo giudici di destra, di centro e di sinistra, in contrasto, oltre che con il vincolo dell'imparzialità, con il principio di uguaglianza delle persone di fronte alla legge e con l'intera la logica dello stato di diritto. Al contrario, il senso della famosa frase "ci sarà pure un giudice a Berlino" è che deve pur esserci un giudice capace, per la sua indipendenza e imparzialità, di assolvere, in mancanza di prove, anche quando tutti – giornali, forze politiche, governi, opinione pubblica – chiedono la condanna, e di condannare, in presenza di prove adeguate, quando i medesimi soggetti e i medesimi poteri pretendono l'assoluzione. Con paradosso apparente, la soggezione del giudice alla legge ne implica l'indipendenza e la separazione da qualunque altro potere, a cominciare da quello politico titolare della funzione legislativa.

Tutto questo vale anche per la pubblica accusa, la cui legittimazione e la cui indipendenza si basano parimenti sulla natura cognitiva delle

ipotesi accusatorie. Deve pur esserci una pubblica accusa indipendente – pur se separata, a sua volta, dalla funzione giudicante – in grado di indagare, senza condizionamenti di potere, sull'esistenza dei presupposti dell'azione penale che è talora rivolta proprio contro i titolari di rilevanti poteri pubblici o privati. Vale altresì per la polizia giudiziaria, che è di solito, come in Italia, inquadrata nell'esecutivo, in contrasto, di nuovo, con la natura cognitiva e perciò garantista delle sue funzioni investigative; le quali, in accordo con l'art. 109 della nostra Costituzione secondo cui «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria», ne imporrebbero l'appartenenza all'ordine giudiziario, alle dipendenze del pubblico ministero. E dovrebbe valere, aggiungo, anche per tutte quelle che ho chiamato funzioni amministrative di garanzia primaria, le quali in tanto sono tali in quanto il loro esercizio è vincolato all'applicazione sostanziale della legge, cioè agli accertamenti dei presupposti da questa stabiliti<sup>1</sup>. Si tratta, in tutti questi casi, di funzioni che non comportano discrezionalità politica, ma solo una discrezionalità tecnica non diversa, sul piano epistemologico, da quella giurisdizionale.

È in forza della sua natura cognitiva, d'altro canto, che anche la giurisdizione, in democrazia, si collega, come la legislazione, alla volontà espressa dalle rappresentanze parlamentari: perché è applicazione di quella volontà politica che si è manifestata nelle leggi e nelle norme costituzionali, stipulate le une e le altre prima del fatto sottoposto al giudizio e perciò con il velo di ignoranza connesso al loro carattere di regole generali ed astratte. Si tratta di una soggezione diversa e assai più vincolante rispetto a quella cui sono sottoposti, nello stato di diritto, gli altri pubblici poteri, da quello legislativo a quelli amministrativi e di governo. Essa richiede non già il

<sup>1</sup> Sulla distinzione tra diritti e garanzie – inteso con 'garanzie' i divieti o gli obblighi corrispondenti a quelle aspettative negative o positive in cui consistono tutti i diritti soggettivi – e sulla qualificazione come lacune dell'assenza delle seconde in presenza dei primi, si vedano *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (2001), 3<sup>a</sup> ed., Laterza, Bari-Roma 2007, I, § 6, pp. 26-33 e II, § 6, pp. 156-171 e *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 2007, §§ 3.5 e 3.6, pp. 194-201 (d'ora in poi i tre volumi – I, *Teoria del diritto*; II, *Teoria della democrazia*; III, *La sintassi del diritto* – saranno citati con *PiI*, *PiII* e *PiIII*). La distinzione tra *garanzie primarie*, consistenti in tali obblighi o divieti, e *garanzie secondarie*, consistenti nell'accertamento e nella sanzione giurisdizionale delle violazioni, quali atti invalidi o illeciti, delle garanzie primarie, è ricavabile dalle definizioni D10.39 e D10.40, in *PiI*, § 10.16, pp. 668-675. Sulla distinzione tra *funzioni e istituzioni di governo e funzioni e istituzioni di garanzia*, quale base di una riformulazione della separazione dei poteri, rinvio inoltre a *PiI*, §§ 12.6-12.7, pp. 869-879 e a *La democrazia attraverso i diritti* cit., §§ 3.8-3.9, pp. 160-168; §§ 5.7-5.8, pp. 254-263; § 8.2, pp. 399-405.



semplice *rispetto*, cioè il divieto, in capo alla legislazione e alla pubblica amministrazione di contraddire le norme, costituzionali o legislative, ad esse sopraordinate, bensì la loro *applicazione sostanziale*, cioè l'obbligo di applicarle sulla base della ritenuta corrispondenza dei fatti accertati ai presupposti da esse predisposti<sup>2</sup>.

### 3. *La verità processuale come problema di filosofia teoretica*

Ma in che cosa consiste la verità e, specificamente, la verità processuale? È questo il secondo problema, di carattere epistemologico, sollevato dalla questione della verità processuale. Nella storia del pensiero e della pratica giudiziaria si sono contrapposte due concezioni opposte di tale verità: l'idea della verità processuale come verità oggettiva o assoluta, e l'idea della verità processuale come verità relativa, opinabile in diritto e probabilistica in fatto.

La prima concezione è quella che è alla base del processo inquisitorio e che viene raggiunta – o meglio si ritiene raggiunta – con la trasformazione dell'induzione probatoria in una deduzione. Nel processo inquisitorio pre-moderno, dato un insieme codificato di prove, se ne deduceva la colpevolezza, mentre in difetto di tali prove si dichiarava l'innocenza. È l'antico metodo delle prove legali, in forza del quale la tesi della colpevolezza è dedotta, e non indotta dalle prove raccolte. Di qui il carattere assoluto e non ipotetico né probabilistico della verità processuale, la non necessità del contraddittorio e lo schema monadico e monologante e non triadico né dialogante del processo. Di qui l'idea che qualunque mezzo, inclusa la tortura, è giustificato per raggiungere una simile verità.

Questa epistemologia rozza e primitiva entrò in crisi nell'età dell'illuminismo. La crisi non fu provocata soltanto da ragioni umanitarie, prima tra tutte il rifiuto della tortura. Fu determinata, soprattutto, da un progresso nella teoria della conoscenza. Sono gli anni in cui si afferma, soprattutto con David Hume, il carattere non deduttivo e assoluto, bensì induttivo e probabilistico delle verità empiriche e viene perciò abbandonata l'idea della loro assoluta certezza. È chiaro che un progresso di questa portata non poteva non riflettersi sul processo penale e non provocare, con il venir meno dell'idea di una certezza oggettiva delle tesi giudiziarie, anche

---

<sup>2</sup> Rinvio, sul nesso tra verità processuale e legittimazione del potere giudiziario, a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), XII ed. Laterza, Roma-Bari 2022, cap. I, § 5, pp. 42-45 e cap. IX, § 37, pp. 551-556 e a *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2024, capp. I e II.

l'abbandono, perché infondato, del metodo deduttivo delle prove legali. Di qui l'affermazione del carattere solo soggettivo del "libero convincimento" del giudice, richiesto quale necessario surrogato di un'impossibile certezza oggettiva. Dove "libero convincimento" vuol dire convincimento non vincolato da prove legali e tuttavia non arbitrario, bensì suffragato da tre condizioni che devono essere documentate nella motivazione della condanna: *a)* una pluralità quanto più ampia possibile di conferme per *modus ponens*, in attuazione dell'onere della prova a carico dell'accusa; *b)* la mancanza anche di una sola credibile smentita per *modus tollens*, nell'esercizio del diritto di difesa; *c)* la conseguente maggiore plausibilità, che è compito del giudice argomentare, dell'ipotesi accusatoria rispetto a tutte le ipotesi esplicative ad essa alternative.

Sono i tre momenti della logica induttiva che comunemente fanno parte del medesimo ragionamento ma che, nella trasposizione scenica del processo, corrispondono a tre ruoli processuali distinti, che un'epistemologia garantista impone che siano tenuti rigorosamente separati perché espressioni di interessi e funzioni diverse e contrapposte in capo ai tre protagonisti del processo. Avremo così tre separazioni: *a)* in primo luogo la *separazione tra giudice e accusa*, che impone la netta distinzione delle loro funzioni e delle loro carriere, onde sia assicurato il corretto accertamento della verità processuale, tramite la parità delle parti e l'imparzialità del giudice nella valutazione delle prove che è onere dell'accusa produrre e diritto della difesa confutare; *b)* in secondo luogo la *separazione tra accusa e difesa*, che esclude il coinvolgimento dell'imputato nella raccolta di prove a suo carico e impone la garanzia del suo diritto al silenzio, nonché il non ricorso a riduzioni di pena o all'abuso della custodia cautelare quali strumenti per ottenere confessioni o chiamate in correità; *c)* in terzo luogo la *separazione tra difesa e giudice*, che impone il più ampio potere di ricasazione del secondo da parte della prima, ove nel secondo non abbia fiducia, ed esclude qualunque interesse personale del giudice all'esito del processo. Tutte le garanzie processuali possono essere lette come tecniche dirette a realizzare e a salvaguardare queste tre separazioni, sulle quali si basa il metodo accusatorio di accertamento della verità processuale.

Si afferma così, grazie a questa rivoluzione epistemologica, l'idea della verità processuale come verità relativa, opinabile in diritto e probabilistica in fatto, di cui solo le garanzie processuali proprie del modello accusatorio – la presunzione di innocenza finché non sia soddisfatto l'onere della prova, il diritto della difesa a contraddire l'accusa e l'imparzialità di un giudice terzo – possono assicurare non certo la verità assoluta, ma la massima

plausibilità delle tesi accolte nel giudizio<sup>3</sup>.

E tuttavia la mentalità inquisitoria ancora perdura, nella subcultura di molti magistrati, tuttora tentati dall'idea della verità processuale come verità assoluta. Questa idea assume oggi una versione assai più perversa di quella fondata sulle prove legali. Essa si manifesta in una sorta di epistemologia autoreferenziale che parimenti trasforma l'induzione probatoria in una deduzione. La forma logica di questa deduzione è la petizione di principio, in base alla quale le condanne derivano come teoremi dalle ipotesi accusatorie, in forza del pregiudizio della loro assunzione come vere, che perciò funziona da criterio di selezione delle prove, credibili se le confermano, non credibili se le contraddicono.

#### 4. *La verità processuale come problema di teoria del diritto*

Questa concezione della giurisdizione come cognizione suppone taluni presupposti, la cui identificazione è compito della teoria del diritto e, in particolare, della teoria del processo. Vengo così al terzo problema in tema di verità giudiziaria: il problema della verità processuale come problema di teoria del diritto, che riguarda appunto la natura delle condizioni della verificabilità in astratto e della verifica in concreto delle tesi giudiziarie<sup>4</sup>. Su entrambe le questioni, quella della *verità giuridica* o in astratto e quella della *verità fattuale* o in concreto, si sono prodotte, con la modernità giuridica, due grandi innovazioni, che illustrerò con riferimento soprattutto al diritto penale.

##### 4.1. *La verità giuridica*

La grande innovazione introdotta dalla modernità in tema di verità giuridica, ossia di verificabilità e di falsificabilità in astratto delle ipotesi accusatorie, è stata l'introduzione del principio di legalità, cioè l'affermazione del monopolio legislativo della produzione giuridica che ha trasformato la giurisdizione in un'attività cognitiva grazie alla pre-determinazione legale di ciò che è oggetto di accertamento e di punizione.

La verità giuridica, ossia la verificabilità e la falsificabilità in astratto dipendono in tal modo dalla semantica del linguaggio legale. «Se

---

<sup>3</sup> Sulla questione si veda anche N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006.

<sup>4</sup> È il problema che ho affrontato in *Diritto e ragione* cit., cap. III e poi in *Giustizia e politica* cit., cap. I.

ricorderemo che cosa vien chiamato furto e che cosa ingiustizia», scrisse Hobbes con straordinaria lucidità quasi quattro secoli fa, «sapremo, dalle parole stesse, se è vero o no che il furto sia un'ingiustizia. Dire verità equivale a dire proposizione vera: ma vera è una proposizione in cui un nome conseguente, che i logici chiamano predicato, abbraccia nella sua estensione anche il nome antecedente, che si chiama soggetto; e sapere una verità è lo stesso che ricordarci che essa è stata creata da noi per l'uso fatto dei nomi di cui è composta»<sup>5</sup>. Verificabilità e falsificabilità in astratto delle ipotesi accusatorie dipendono dunque dalla precisione e dalla determinatezza delle figure di reato legalmente previste.

*Veritas non auctoritas facit iudicium* si configura così come un corollario del principio giuspositivista *auctoritas non veritas facit legem*. È la predeterminazione legale, da parte dell'*auctoritas*, del fatto configurato come reato che fonda la *veritas* del suo accertamento giudiziario. Essa sarà, per i giudici, tanto più vincolante quanto più precise, determinate e tassative saranno le norme che essi sono chiamati ad applicare. Per questo il solo modo per limitare l'arbitrio giudiziario è che il legislatore sappia fare il suo mestiere, cioè, produca norme di significato quanto più possibile chiaro ed univoco. È quanto è stabilito, in materia penale, dal *principio di stretta legalità* o *di tassatività*, il quale impone al legislatore la formulazione dei fatti punibili in un linguaggio rigoroso e si rivela perciò *a)* come la principale garanzia del primato democratico della legge, e quindi della politica da cui la legge è prodotta; *b)* come il primo fondamento della separazione dei poteri e perciò dell'indipendenza della giurisdizione, la quale non può sottostare a condizionamenti o imperativi politici i quali, non potendo rendere vero ciò che è falso e falso ciò che è vero, possono solo deformare il corretto giudizio; *c)* come la condizione elementare dell'uguaglianza delle persone di fronte alla legge dato che, in forza del principio di legalità, si è puniti *per quel che si è fatto* e non *per quel che si è*.

Il *principio di stretta legalità* è perciò una regola semantica di formazione della lingua penale rivolta al legislatore, al quale impone da un lato la coerenza con le norme costituzionali e perciò il rispetto dei principi in esse stabiliti e, dall'altro, l'uso di termini dotati di connotazione empirica esattamente determinata onde sia possibile, in sede di giudizio, la massima *verificabilità* e *falsificabilità* in astratto delle ipotesi di reato da tali termini denominate. Se invece la legge fa uso di termini vaghi, equivoci o polisemi – come “maltrattamenti”, “vilipendio”, “atti osceni”, “associazione

<sup>5</sup> T. HOBBS, *De cive*, (1647), tr. it. a cura di N. Bobbio, *Elementi filosofici sul cittadino*, in Id., *Opere politiche* cit., XVIII, 4, p. 377.

sovversiva”, “pericolosità sociale” o simili –, si apre la strada all’arbitrio, dato che le ipotesi accusatorie risultano non falsificabili empiricamente e il giudizio assume connotati potestativi più che cognitivi. Utilizzando la distinzione di Gottlob Frege tra l’“estensione” o “significato estensionale” di un segno, che consiste nell’insieme degli oggetti da esso denotati, e la sua “intensione” o “significato intensionale”, che consiste nell’insieme delle proprietà connotate dal segno e possedute dagli oggetti che rientrano nella sua estensione<sup>6</sup>, diremo che la stretta legalità impone che i *nomina iuris* utilizzati dal legislatore per denominare le figure di reato siano dotati di intensione quanto più possibile precisa onde la loro estensione sia quanto più possibile determinata, sicché i fatti da essi denotati siano chiaramente identificabili sulla base dei loro connotati legali e ne sia perciò possibile la prova o la smentita empirica.

Possiamo caratterizzare le *garanzie sostanziali* come le regole che assicurano al massimo grado, a livello legale, la *verificabilità* e la *falsificabilità in astratto* delle ipotesi giudiziarie. La prima di queste regole è quella appena menzionata della stretta legalità, che impone al legislatore l’uso di termini di cui sia possibile l’uso, grazie alla precisione della loro intensione e alla determinatezza della loro estensione, come predicati dei fatti empirici da essi denotati in proposizioni giudiziarie plausibilmente “vere”. Ma è chiaro che la tassatività delle denotazioni richiesta dalla stretta legalità può essere garantita, in materia penale, solo dal loro riferimento a fatti empirici determinati, cioè dall’insieme di tutte le altre garanzie penali sostanziali: dalla materialità dell’azione, dall’offensività dell’evento e dalla colpevolezza dell’autore. Naturalmente si tratta di una tassatività sempre relativa, sicché la verità giuridica raggiunta con l’interpretazione è sempre più o meno opinabile e richiede quindi una decisione argomentata in ordine alla scelta interpretativa ritenuta più plausibile.

È poi evidente che il principio di stretta legalità – cioè la tassatività e la determinatezza delle norme quali condizioni della verificabilità e della falsificabilità giuridica delle tesi giudiziarie – non è solo il maggior limite all’arbitrio e perciò la prima garanzia dell’immunità delle persone da decisioni infondate. Non è solo una condizione della libertà delle persone. È anche una condizione della loro uguaglianza di fronte alla legge. Infatti, non siamo uguali di fronte alla legge se la legge è a tal punto indeterminata da consentire, a seconda dei diversi giudici e giudizi, interpretazioni diverse e conclusioni opposte, come per esempio, in materia penale, sia la condanna

<sup>6</sup> G. FREGE, *Senso e significato*, (1892), tr. it. di L. Geymonat e C. Mangione, in Id., *Logica e aritmetica*, Boringhieri, Torino 1965, pp. 374-404.

per un fatto qualificato da un giudice come reato che l'assoluzione per il medesimo fatto che, a parere di un giudice diverso, non costituisce reato.

#### 4.2. *La verità fattuale*

Anche a proposito dell'accertamento in concreto della verità fattuale, cioè della verifica e della falsificazione delle ipotesi accusatorie, è avvenuto, con il processo moderno, un mutamento radicale rispetto al vecchio processo inquisitorio: il riconoscimento del carattere sempre relativo e solo probabilistico delle prove giudiziarie, non a caso simultaneo alla rivoluzione epistemologica che è avvenuta negli stessi anni in materia di conoscenza empirica. Questa rivoluzione, come ho già ricordato, è consistita nella scoperta che tutte le verità empiriche sono frutto di induzione, e non di deduzione. Le prove non dimostrano, ma semplicemente confermano o suffragano o corroborano l'ipotesi accusatoria. La verità fattuale, perciò, è sempre una verità relativa, essendo sempre possibile ipotizzare la falsità delle tesi delle quali è predicata. Soltanto le verità delle tesi della logica o della matematica sono assolutamente certe. Ma lo sono perché tautologiche rispetto alle premesse da cui sono derivate.

Si tratta di un mutamento non meno profondo di quello prodottosi, in tema di verità giuridica e di verificabilità in astratto, con l'affermazione del principio di legalità. Il diritto pre-moderno era informato all'idea, propria di ogni epistemologia inquisitoria, che il giudice inquirente possa pervenire a una verità assolutamente certa e oggettiva. Questa concezione, come ho già ricordato, fu resa possibile dalla configurazione delle prove giudiziarie come *prove legali*, così chiamate perché giuridicamente fornite, ciascuna, di un grado legale di rilevanza probatoria quantificato dal diritto medesimo tramite tariffari tanto precisi quanto arbitrari: la confessione, per esempio, equivaleva a una prova piena, la testimonianza a una mezza prova in grado di diventare prova piena se confermata da altre testimonianze. In questo modo il giudizio di colpevolezza veniva a trasformarsi in una deduzione dalle prove raccolte: se ricorrono la confessione dell'imputato, oppure due o più testimonianze concordi, o comunque un numero di prove il cui grado probatorio complessivo è uguale a uno, allora l'imputato è colpevole e deve essere condannato; altrimenti deve essere assolto.

Naturalmente tutto questo è assurdo. Fu un merito del pensiero illuminista l'archiviazione di questo metodo probatorio, soppresso formalmente, insieme alle prove legali, negli anni della Rivoluzione francese con i decreti dell'8-9 ottobre 1789 e del 16-19 settembre 1791. Si

deve a Locke, a Leibniz e soprattutto a Hume, e sul piano della teoria del processo a Gaetano Filangieri, a Mario Pagano e a Giovanni Carmignani, il riconoscimento del carattere induttivo e non deduttivo e perciò soltanto probabilistico di qualunque verità empirica, inclusa la verità processuale fattuale; la quale non può mai essere *dimostrata*, come avviene con le tesi della logica e della matematica, ma solo provata, cioè *confermata* da prove.

È chiaro che la conoscenza così raggiunta non è né oggettiva né certa, ma solo *opinabile* sul piano giuridico e *probabile* sul piano fattuale. Con la conseguenza che si richiedono *decisioni argomentate sulla verità* delle tesi giudiziarie, formulate sulla base sia dell'interpretazione della legge che della valutazione delle prove. Sono tuttavia le garanzie, sia sostanziali che processuali, che possono ridurre la discrezionalità di tali decisioni. Le *garanzie sostanziali*, prima tra tutte la tassatività, altro non sono, infatti, che la traduzione in norme giuridiche delle regole linguistiche di una rigorosa semantica della lingua legale, mentre le *garanzie processuali* sono la traduzione in norme giuridiche delle regole epistemiche della logica induttiva. Le prime sono rivolte alla legislazione, le seconde alla giurisdizione. Sia le une che le altre operano non solo come garanzie di libertà, ma anche come garanzie di verità contro l'arbitrio. Per questo esse rappresentano altrettante fonti di legittimazione della giurisdizione.

In breve, mentre le *garanzie sostanziali* della stretta legalità, della materialità, dell'offensività e della colpevolezza sono le regole che a livello legislativo assicurano al massimo grado la *verificabilità* e la *falsificabilità giuridica* o *in astratto* delle ipotesi giudiziarie, le *garanzie processuali*, dall'onere della prova al diritto di difesa e al pubblico contraddittorio, sono le regole che assicurano al massimo grado, a livello giurisdizionale, la *verificazione* o la *falsificazione fattuale* o *in concreto* delle medesime ipotesi. Se infatti una tesi è vera, allora sono molte ed eterogenee – come accade in maniera esemplare nelle conclusioni dei libri gialli – le conferme in grado di suffragarla, senza che ne ricorra alcuna smentita, come accade invece, ad opera delle prove raccolte, per altre ipotesi ad essa alternative.

##### 5. *La verità processuale come problema delle discipline penalistiche e processualistiche*

Entrambi questi presupposti della verità processuale – quelli della verificabilità e della falsificabilità in astratto delle ipotesi di reato e quelli della loro verifica o falsificazione in concreto – sono in gran parte

venuti meno nel nostro diritto positivo. Vengo così al quarto problema che si pone in tema di verità processuale: quello di diritto positivo che riguarda le discipline penalistiche e processual-penalistiche.

In Italia si è sviluppata, in questi ultimi decenni, una crisi profonda di tutte le garanzie penali e processuali e, insieme, una disuguaglianza di fronte alla legge penale che non ha precedenti nella storia della Repubblica: diritto penale massimo e inflessibile per i deboli – migranti, tossicodipendenti, piccola delinquenza di sussistenza; diritto penale minimo e indulgente per i potenti, fino all'impunità, all'insegna di un garantismo penale della disuguaglianza e del privilegio. Ne è prova la composizione sociale della popolazione carceraria, formata per oltre il 97% da detenuti del primo tipo e di meno del 3% da detenuti del secondo tipo.

Per quanto riguarda il nostro tema, quello della verità processuale, sono crollate le garanzie penali della verificabilità e della falsificabilità in astratto delle ipotesi di reato, cioè il principio della loro determinatezza o tassatività che forma la sostanza del principio di stretta legalità. La crisi di questo principio si è prodotta sia sotto l'aspetto quantitativo, per la sovrapproduzione delle leggi speciali che si contano ormai in decine di migliaia, sia sotto l'aspetto qualitativo, per il dissesto del linguaggio legale. È stato calcolato che nel nostro ordinamento esistono più di 35.000 figure di reato, formulate di solito in un linguaggio burocratico, oscuro, impreciso, tortuoso, talora incomprensibile ed espresso in lunghi articoli di legge, che spesso rinviano ad articoli e commi di altre leggi dando luogo a intricati labirinti normativi. Questa disfunzione della legalità è giunta al punto che, in materia penale, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 364 del 1988, ha dovuto archiviare come irrealistico il classico principio della non scusabilità dell'*ignorantia legis*, in molti casi inevitabile. Gran parte di questa inflazione legislativa è per di più dovuta all'abuso della decretazione d'urgenza, senza di solito che ne ricorrano le ragioni di necessità e di urgenza richieste dall'art. 77, comma 2 della nostra Costituzione, e in contrasto con la finalità, chiaramente associata alla riserva assoluta di legge in materia penale dall'art. 25, che sia affidata al Parlamento la produzione di norme destinate a incidere sulle libertà e la reputazione delle persone.

Una riduzione non minore hanno subito le garanzie processuali della verifica e della falsificazione in concreto, cioè i principi garantisti in tema di prova: per la disparità di poteri tra accusa e difesa; per l'emarginazione della difesa in tutta la fase istruttoria, al termine della quale l'imputato non è neppure messo a conoscenza degli specifici elementi di prova contro di lui onde consentirgli di motivare davanti al giudice il



non rinvio a giudizio; per il prezzo della difesa, che discrimina quanti non possono permettersi costosi difensori di fiducia; infine per la presenza dei cosiddetti riti alternativi – il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti – all'insegna di un singolare potere dell'accusa e della difesa di patteggiare la riduzione della misura della pena in cambio della collaborazione dell'imputato con l'accusa.

Queste forme di collaborazione premiata violano tutte le garanzie processuali: la separazione tra accusa e difesa, che forma l'anima del processo accusatorio, l'onere accusatorio della prova, il contraddittorio e il diritto dell'imputato al silenzio. Questi traffici sono stati i principali responsabili del boom penitenziario negli Stati Uniti, dove riguardano il 95% dei processi; tanto che è irragionevole continuare a chiamare "accusatorio" un sistema processuale nel quale il dibattimento e l'effettivo contraddittorio sono assicurati soltanto al 5% dei giudizi, mentre tutti gli altri riflettono quel coinvolgimento forzato dell'indagato nell'auto-accusa che è il tratto tipico dell'inquisizione. In Italia, grazie all'obbligatorietà dell'azione penale che impedisce il patteggiamento delle imputazioni, possibile invece negli Stati Uniti, questi mercimoni non superano il 30% dei processi. Assai più che "riti alternativi", essi sono in realtà alternative al processo, risolvendosi di fatto in operazioni ricattatorie, in forza delle quali il malcapitato viene dalla pubblica accusa, con il coltello dalla parte del manico, posto di fronte all'alternativa tra un pubblico dibattimento, nel quale rischia la condanna a pene maggiori perché privo di adeguate difese, e una pena ridotta ove confessi e/o collabori con l'accusa.

Ebbene, questo dissesto della legalità e della giurisdizione penale giustifica la critica del diritto vigente e la progettazione di riforme garantiste idonee a rifondare il processo penale sulla verità processuale, e non già, come sta avvenendo nella cultura giuridica, la fuga irrazionalistica nella tesi del carattere intrinsecamente e inevitabilmente creativo della giurisdizione. Se in Italia i nostri governanti, impegnati da anni nel tentativo di ridurre l'indipendenza dei giudici, fossero al corrente di simili tesi teoriche, avrebbero un ottimo argomento per realizzare il loro obiettivo: se i giudici creano diritto, potrebbero sostenere, allora devono essere eletti, e così rinunciare alla loro indipendenza dal potere politico.

L'alternativa a simili tesi, generate dallo sfascio odierno della giustizia penale e delle sue fonti di legittimazione, è una sola, ed è compito della scienza giuridica delinearla: la rifondazione del modello garantista e costituzionale del diritto e della giurisdizione penale, che disegna anche le sole strategie in grado di assicurarne l'efficienza. Naturalmente

non è questa la sede per illustrare analiticamente questa alternativa<sup>7</sup>. Indicherò sommariamente soltanto due ordini di riforme necessarie alla sua attuazione, sui quali ho insistito più volte: l'uno relativo alle garanzie penali o sostanziali, l'altro relativo alle garanzie processuali o strumentali.

In tema di garanzie penali, la principale riforma in grado di realizzare il modello garantista è una radicale rifondazione della legalità penale: la trasformazione della riserva di legge in materia penale in una *riserva di codice*, accompagnata da una norma sulla chiarezza e la precisione del linguaggio legale<sup>8</sup>. In forza di questo principio, che per essere vincolante nei confronti del legislatore ordinario dovrebbe essere formulato in una norma costituzionale<sup>9</sup>, nessuna norma penale o processuale potrebbe essere emanata se non attraverso norme di modifica o di integrazione del codice penale o di quello processuale, le quali peraltro dovrebbero essere formulate con parole chiare, semplici e comprensibili a tutti. I codici diventerebbero testi più voluminosi degli attuali, ma sarebbero esaustivi dell'intera materia penale, conoscibili dal cittadino quali razionali sistemi di regole di condotta e dotati di interna coerenza, chiarezza e sistematicità. Verrebbero accresciute la loro certezza e la loro capacità regolativa nei confronti tanto dei cittadini quanto dei giudici. La *tabula rasa* dell'attuale caos normativo offrirebbe l'occasione per decidere non già ciò che va depenalizzato ma ciò che va penalizzato, sulla base di un radicale ripensamento del catalogo dei beni meritevoli di tutela penale, in accordo con i principi della Costituzione anziché con l'ideologia autoritaria del codice Rocco e poi con le culture emergenzialiste e populiste di questi ultimi decenni.

Sarebbe l'occasione per eliminare tutto l'enorme diritto penale burocratico che oggi impegna ed ingolfa la macchina giudiziaria. Ne fanno parte – e dovrebbero perciò, a mio parere, essere depenalizzate e tramutate in illeciti amministrativi, per il loro carattere evidentemente

<sup>7</sup> Rinvio, su questa alternativa, a *Giustizia e politica*, cit., capp. IV-VI.

<sup>8</sup> Ho più volte proposto la stipulazione di una riserva di codice in materia penale: in *La pena in una società democratica*, in «Questione giustizia», 1996, 3-4, pp. 537-538; in *Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice*, (2001), ora in L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Editoriale Scientifica, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 2016, pp. 223-236; in *Principia iuris* cit., vol. II, § 15.16, pp. 388-391 e, da ultimo, in *La costruzione della democrazia* cit., § 5.5, pp. 247-251.

<sup>9</sup> È risultata del tutto inutile, perché puramente ignorata dal legislatore, l'introduzione nel codice penale, con il decreto legislativo n. 21 dell'1.3.2018, del seguente art. 3-bis: «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

non grave – tutte le contravvenzioni e tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria. La giustizia penale non può essere disturbata né tanto meno disturbare i cittadini per illeciti scarsamente offensivi: se un dato fatto viene configurato come contravvenzione o punibile solo con una multa, vuol dire che non è ritenuto lesivo di alcun diritto o bene fondamentale, se non altro perché nessun diritto o bene fondamentale può essere monetizzato. Se poi si ritiene che taluni di questi reati contravvenzionali o puniti con la sola multa meritano, per la loro gravità, di essere proibiti e puniti penalmente, allora essi vanno trasformati in delitti e puniti con le pene a questi riservate. Ne seguirebbe una semplificazione del diritto penale e una sua razionalizzazione quale *extrema ratio*, a beneficio sia delle garanzie che dell'efficienza: tutti i reati sarebbero delitti, dotati dei medesimi elementi costitutivi, sia oggettivi che soggettivi, e puniti con le medesime pene. Aggiungo che, se l'introduzione della riserva di codice nella Costituzione non venisse mai operata, sarebbe quanto meno necessario lo sviluppo di una severa deontologia legislativa: la scrittura delle leggi in un linguaggio chiaro e preciso, la brevità delle leggi, l'esclusione dei rinvii a testi di legge indicati solo con il loro numero e la data e perciò dei conseguenti labirinti normativi.

In tema di garanzie processuali, occorrerebbe eliminare quelle alternative al processo che sono i riti alternativi. I patteggiamenti nei quali consistono questi riti non sono riformabili. Vanno semplicemente aboliti. Essi non solo violano, come sopra si è detto, tutte le garanzie processuali. Sono altresì un fattore di ulteriore degenerazione classista della giustizia penale: favoriscono i ricchi, di solito forniti di abili avvocati, che hanno interesse, *solo se colpevoli*, a patteggiare a loro vantaggio, evitando le maggiori pene e la perdita della reputazione conseguenti a un pubblico dibattimento; mentre si risolvono in strumenti di carcerazione senza processo dei poveri i quali, *anche se innocenti*, sono costretti ad accettare le pene minori a quelle che subirebbero, indifesi, a seguito del dibattimento. L'argomento a loro sostegno è l'enorme mole e l'eccessiva durata dei processi svolti con le garanzie del pubblico dibattimento. Ma qui abbiamo un rimedio assai peggiore del male: un male che può e deve essere soppresso alla radice con l'introduzione della riserva costituzionale di codice in materia penale e perciò con l'opzione per un diritto penale minimo che assicuri l'efficienza del sistema, oltre alla tenuta delle garanzie sostanziali e processuali.

Al tempo stesso va restaurato il corretto processo, garantendo la rigida separazione tra i suoi tre protagonisti – giudice, accusa e difesa –, la massima parità delle parti e perciò il rafforzamento dei diritti di difesa

quali proverrebbero, per esempio, dall'introduzione dell'obbligo della pubblica accusa, nella richiesta di rinvio a giudizio, di informare ciascun imputato degli specifici elementi di prova raccolti contro di lui, ma anche dall'istituzione di un pubblico ministero di difesa, quale è previsto in Argentina e in quasi tutti i paesi dell'America Latina, di cui potrebbero giovare gli imputati che non possono pagare una difesa di fiducia<sup>10</sup>.

Purtroppo, l'incultura illiberale e classista del nostro ceto politico non consente nessun ottimismo. L'uguaglianza di fronte alla legge non è un valore per le demagogie populiste, le cui pulsioni identitarie richiedono la penalizzazione dei differenti e dei devianti. E una riforma assolutamente razionale come l'introduzione di una riserva costituzionale di codice urta contro la non disponibilità delle nostre maggioranze di governo a privarsi di uno strumento come è l'uso congiunturale e demagogico del diritto penale per seminare paure e ottenere consensi.

La nostra cultura giuridica, d'altro canto, sembra oggi regredita al vecchio metodo tecnico-giuridico promosso da Arturo Rocco nella sua prolusione sassarese del 1910, che imponeva alla scienza penalistica un approccio puramente descrittivo al diritto positivo e l'esclusione di ogni sua contaminazione ad opera della filosofia della giustizia o della sociologia del diritto. Gran parte della dottrina giuridica sembra oggi tornata a un secolo fa, avendo abbandonato il ruolo critico e progettuale imposto non soltanto dal carattere artificiale del diritto vigente, frutto di scelte politiche, ma anche dalla normatività dei principi costituzionali. Con in più una perdita secca di autorevolezza. Basti pensare al rapporto della dottrina con la giurisprudenza. In un passato non lontano la giurisprudenza era sottoposta alla critica costante della dottrina giuridica, tramite le note a sentenza che ne rilevavano limiti ed errori. Oggi accade spesso il contrario: le massime giurisprudenziali vengono utilizzate come i principali argomenti a sostegno delle tesi dottrinarie. L'approccio solamente descrittivo si manifesta così nell'abbandono del punto di vista critico e di quello progettuale, proprio in tempi nei quali sta diventando

<sup>10</sup> Va peraltro ricordato che l'istituzione di una difesa affidata a un pubblico magistrato fu auspicata, come garanzia basilare del corretto processo ove manchi la difesa di fiducia, da G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione, La scienza della legislazione*, (1783), vol. III, Edizione critica a cura di F. Toschi Vespasiani, Centro di studi sull'Illuminismo europeo, Venezia, 2003, vol. III, Lib. III, V parte, cap. XX, pp. 216; da J. BENTHAM, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, (1791), ch. XIX, in Id., *Oeuvres de Jérémie Bentham*, a cura di É. Dumont, III ed., Hauman, Bruxelles 1840, tome III, ch. XIX, p. 34; da F. CARRARA, *Programma. Parte generale*, (1859), Fratelli Cammelli, Firenze, X ed., 1907, § 867, p. 349 e da L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze 1895, §§ 194-195, pp. 217-219.

abissale e patologica la distanza, in qualche misura inevitabile e fisiologica, tra il *dover essere* normativo e l'*essere* effettivo del diritto, cioè tra giustizia e validità, tra validità costituzionale e vigenza delle leggi, tra vigenza delle leggi e prassi giudiziarie e poliziesche.

SECONDA SESSIONE  
ACCERTAMENTO DEL FATTO E STANDARD DI PROVA



## Giulio Garofalo

### *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale*

SOMMARIO: 1. La condanna ‘ogni oltre ragionevole dubbio’ nel sistema italiano – 2. Standard di prova e contesti decisori. Il *fumus commissi delicti* – 3. Il ragionevole dubbio dinanzi alle sfide dell’anticognitivismo.

#### 1. *La condanna ‘ogni oltre ragionevole dubbio’ nel sistema italiano*

Un recente articolo di Jordi Ferrer Beltran e Giovanni Tuzet sul tema degli standard di prova nelle decisioni giudiziarie<sup>1</sup> mi offre l’occasione per sviluppare alcune riflessioni sul funzionamento della regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio nel sistema italiano e, più in generale, sulla possibilità di differenziare le soglie decisorie in vista dei diversi contesti processuali nei quali sono chiamate a operare.

La questione assume rilievo sia per quanto riguarda le dinamiche interne al processo penale – in particolare, nella progressione che va dalla *notitia criminis* alla decisione definitiva sulla colpevolezza – sia per quanto riguarda i rapporti fra processo penale e altre giurisdizioni.

L’articolo segnalato lamenta un diffuso disinteresse della scienza processuale nei confronti di una «seria progettazione» degli standard di prova, cioè di regole che, per citare gli autori, «determinano il grado di sufficienza probatoria per considerare provata una ipotesi in un processo giudiziale o per poter adottare certe decisioni preliminari all’interno di uno stesso procedimento»<sup>2</sup>. E, in questa prospettiva, si sostiene che un sistema sprovvisto di una compiuta regolamentazione degli standard probatori è un sistema privo di regole per giustificare le decisioni sui fatti: senza la previa determinazione di una specifica soglia probatoria non sarebbe, infatti, possibile verificare se la presunzione d’innocenza sia stata superata oppure no, né

<sup>1</sup> J. FERRER BELTRÁN, G. TUZET, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in «D&Q», n. 2, 2018, p. 455 ss.

<sup>2</sup> FERRER BELTRÁN, TUZET, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, cit., p. 456.



motivare razionalmente la decisione. Di più. Lo standard di prova funzionerebbe, secondo gli Autori, da parametro idoneo a giustificare la stessa ripartizione degli oneri probatori: non si può dire chi ‘vince’ o chi ‘perde’ nel processo se non si conosce il grado di conferma dell’ipotesi di partenza.

Dico subito che condivido l’impostazione generale del problema: l’individuazione di un determinato standard è necessaria per stabilire se la prova di un certo fatto – costitutivo o impeditivo – possa dirsi raggiunta, con ciò che ne consegue ‘oggettivamente’<sup>3</sup> quanto a successo o soccombenza della parte onerata.

Ma gli Autori citati vanno oltre e si preoccupano di fornire alla platea dei possibili legislatori una serie di indicazioni metodologiche che dovrebbero guidarli nella progettazione degli standard di prova.

Vediamo le tre caratteristiche fondamentali di questo *vademecum*: *a*) si dovrebbe diffidare da ogni riferimento agli stati mentali o psicologici del giudice, affidandosi a parametri tendenzialmente oggettivi che facciano «appello alla capacità giustificativa dell’insieme probatorio rispetto alle conclusioni stabilite»<sup>4</sup>; *b*) è necessario fissare una soglia probatoria «il più possibile precisa»<sup>5</sup> che consenta di individuare il «grado di supporto induttivo necessario»<sup>6</sup> per ogni decisione giudiziale, definitiva o intermedia; non sono sufficienti, da questo punto di vista, criteri quali la *sana crítica* (largamente diffusa nei paesi di lingua ispanica); *c*) nel fissare queste soglie probatorie, bisogna impiegare criteri qualitativi e non quantitativi: gli standard non si contano.

La prima questione che ho deciso di affrontare è se, alla luce di queste indicazioni, la regola che presidia le sentenze di condanna nel sistema italiano fornisca un buon esempio di tecnica legislativa in materia di standard di prova. L’art. 533 c.p.p. prevede, infatti, a chiare lettere, che il giudice pronuncia «sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio».

A me pare, innanzitutto, di poter dire che la formula impiegata rifugga

<sup>3</sup> L’impiego di tale espressione serve ad esprimere il rifiuto della concezione ‘soggettiva’ dell’onere della prova, per cui ogni parte dovrebbe limitarsi a fornire la prova di determinati fatti, e non di altri, in virtù della propria posizione rispetto alla fattispecie sostanziale. Per ulteriori riferimenti, sia consentito rinviare a G. GAROFALO, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in «Cass. pen.», fasc. 10, 2020, pp. 3882 ss.

<sup>4</sup> FERRER BELTRÁN, TUZET, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, cit., p. 457.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

dal modello probabilistico ‘quantitativo’ o ‘pascaliano’. Quantomeno nella sua accezione ‘soggettiva’, questo modello coincide con il grado di convincimento razionale di un soggetto in ordine alla circostanza che un evento si sia realizzato o possa realizzarsi; grado di convincimento che può essere svelato attraverso la cosiddetta ‘disponibilità a scommettere’. Cioè, l’adozione di tale modello tenta di estendere all’accertamento giudiziale il teorema di Bayes, che serve appunto per misurare il grado soggettivo di conferma di un’ipotesi H data una prova E, determinando una probabilità finale dell’ipotesi in una scala da 0 a 1<sup>7</sup>.

Non spenderò troppe argomentazioni sull’inapplicabilità di questo metodo nel processo penale, perché la dottrina, a mio avviso, ha già messo bene in luce l’incapacità di tale impostazione di cogliere appieno tutte le possibili sfumature che entrano in gioco nel ragionamento giudiziario<sup>8</sup>. Mi limito, pertanto, a due rilievi fondamentali.

Il primo. Nella prospettiva soggettivistica, il numero maggiore o minore delle prove di cui si dispone è un fattore irrilevante: nel calcolare la probabilità statistica di un evento, il modello bayesiano si interessa poco di valutare fattori come l’ampiezza e la natura del materiale probatorio, la falsità delle prove o la possibilità che sopravvengano ulteriori elementi. Nella decisione penale, invece, il giudice deve prendere in considerazione la completezza del quadro cognitivo e il ‘peso’ probatorio degli elementi adottati a fondamento dell’ipotesi<sup>9</sup>; quello che il criterio di prova richiede non è un elevato livello di probabilità ‘subordinata’, ma un elevato livello di probabilità ‘assoluta’<sup>10</sup>.

In secondo luogo, l’approccio personalistico sembra neutrale rispetto al fondamento logico-epistemico del giudizio di probabilità. Il teorema di Bayes fornisce al giudice uno strumento per calcolare in modo coerente la probabilità di un’ipotesi, ma trascura la qualità dei criteri posti a fonda-

<sup>7</sup> Sul tema, P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Giuffrè, Milano 2014, pp. 98 ss.

<sup>8</sup> In particolare, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 173 ss. e 222 ss.

<sup>9</sup> L’espressione è di L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell’induzione e della probabilità* (1989), trad. di P. Garbolino, Giuffrè, Milano 1998, che impiega la categoria keynesiana di ‘peso’ per riferirsi al grado di completezza probatoria. Ulteriori approfondimenti in COHEN, *Twelve Questions about Keynes’s Concept of Weight*, in «The British Journal for the Philosophy of Science», vol. 37, n. 3, 1986, pp. 263 ss. Sul concetto di ‘peso’ nel campo della probabilità, J.M. KEYNES, *Trattato sulla probabilità* (1921), Clueb, Bologna 1994, cap. VI.

<sup>10</sup> In tal senso, COHEN, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in *L’inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers, E.D. Green, Giuffrè, Milano 2003, p. 173.

mento del calcolo; e quando non può fondarsi su informazioni esistenti, semplicemente ipotizza che lo siano. Nel processo, invece, raramente si dispone di *prior probabilities* relative alla frequenza generale dei fenomeni del tipo a cui appartiene quello da accertare, e anche laddove queste informazioni non vi siano non è comunque possibile supporre che esistano.

In definitiva, a me pare che questo modello non sia in grado di distinguere le buone dalle cattive congetture, né di indicare ciò che realmente rende un grado di credenza più giustificato di un altro: è un modello non utilmente impiegabile nel processo penale, perché non ha la pretesa di assegnare un fondamento razionale alle decisioni.

Ora, l'impressione che l'art. 533 c.p.p. disconosca questo modello deriva da tre ragioni: *a*) la disposizione prevede che l'imputato può essere condannato se 'risulta' colpevole; ed è una parola che allude chiaramente al grado oggettivo di ragionevolezza della diagnosi di responsabilità, anziché a livelli soggettivi di ritenuta fondatezza dell'ipotesi d'accusa; *b*) la condanna è pronunciata se l'imputato risulta colpevole 'del reato contestatogli', e non invece 'sulla base delle evidenze effettivamente presentate alla Corte'; in ciò, dando effettivo rilievo alla tendenziale completezza del quadro cognitivo che deve sorreggere le sentenze di condanna; *c*) la colpevolezza deve essere pronunciata oltre ogni dubbio 'ragionevole'; aggettivo che disvela lo scetticismo del legislatore verso la possibilità di fissare una soglia aritmeticamente determinata di sufficienza probatoria (70%, 90%, 100%)<sup>11</sup>.

Per alcuni aspetti, ritengo che la formula impiegata dal legislatore italiano risponda bene alla prima e alla terza indicazione di metodo proposta nel *vademecum*. Da un lato, infatti, l'oggettività del criterio secondo il quale la condanna è pronunciata se l'imputato 'risulta colpevole del reato ascrittogli' rifugge da ogni richiamo agli stati psicologici o mentali del giudice, risultando pienamente compatibile con la prima regola; e fa, inoltre, «appello alla capacità giustificativa dell'insieme probatorio rispetto alle conclusioni stabilite»<sup>12</sup>. Dall'altro, il riferimento alla ragionevolezza del dubbio ripudia il metodo aritmetico, risultando in linea con il terzo suggerimento.

Qualche perplessità residua per quanto riguarda il richiamo del legislatore al 'ragionevole dubbio'. Se è vero che il termine 'ragionevole' sconfessa il criterio aritmetico, è pur vero che la ragionevolezza offre un parametro di valutazione, per sua natura, vago, indeterminato e

<sup>11</sup> L'impostazione seguita è quella già tracciata da F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», n. 1, 2009, pp. 51 ss.

<sup>12</sup> Secondo la formula proposta da FERRER BELTRÁN, G. TUZET, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, cit., p. 457.

forse indeterminabile, perché non esprime proprietà oggettive, ma gli atteggiamenti soggettivi di chi lo applica. Da questo punto di vista, credo che questo criterio non rispetti la seconda regola indicata dai filosofi.

L'elemento maggiormente distonico rispetto alle indicazioni di questo prontuario è, però, rappresentato dal riferimento al 'dubbio', categoria dalla chiara connotazione psichica, che rimanda allo stato mentale del giudice. E allora, questa allusione ad uno stato psicologico, non solo si pone in contrasto con la prima regola, ma rischia anche di inquinare di soggettivismo la struttura tendenzialmente oggettiva della formula impiegata nel codice.

Credo, tuttavia, che il rilievo non vada sopravvalutato. Infatti, per come comunemente applicata dalla giurisprudenza, la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio impone di pronunciare condanna «quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili in rerum natura, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»<sup>13</sup>. La giurisprudenza, in sostanza, sembra escludere dal campo del 'dubbio ragionevole' il 'mero' dubbio, quale potrebbe essere quello iperbolico di Cartesio o quello fittizio di Putnam. Nella lettura giurisprudenziale del principio, il riferimento alla ragionevolezza avvicina molto il dubbio legittimo in sede processuale al dubbio reale di Pierce<sup>14</sup>.

Potremmo, quindi, leggere la formula dell'art. 533 c.p.p. in una chiave oggettiva<sup>15</sup>, secondo cui il giudice pronuncia sentenza di condanna «se l'accertamento evidenzia in modo incontestabile la colpevolezza dell'imputato»<sup>16</sup>. Si tratterebbe di uno standard forse non proprio determinato, ma comunque molto simile alle formulazioni proposte in sede filosofica proprio nella prospettiva di aumentare il grado di precisione della dizione normativa da impiegare.

<sup>13</sup> Così, Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, in «Cass. pen.», fasc. 5, 2009, p. 1867 ss., con nota di CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*.

<sup>14</sup> Sul tema, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino 2016, p. 286.

<sup>15</sup> Come ricorda A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in «Riv. dir. civ.», n. 6, 2017, p. 1380, «Una certezza soggettiva non è che opinione. L'oggettività sta nel fatto che qualunque persona razionale, mancando valide obiezioni, *deve pensare così*».

<sup>16</sup> La formula è proposta da G. PIERRO, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Aracne, Roma 2011, p. 42.

## 2. *Standard di prova e contesti decisori. Il fumus commissi delicti*

A questo punto è opportuna una precisazione: il disconoscimento di un approccio aritmetico agli standard probatori non impedisce, comunque, di immaginare una relazione di tipo quantitativo tra lo standard probatorio ‘principe’, che presidia la sentenza di condanna, e quelli riguardanti le decisioni intermedie che vengono prese nel corso del procedimento.

Già da tempo l’epistemologia ha chiarito che mentre le premesse di un argomento deduttivo o esigono la conclusione o non la esigono – non possono esigerla più o meno - fuori dal campo deduttivo, ci può essere (e c’è) una questione di gradi di suffragio o comprova; ci può essere, cioè, migliore o peggiore evidenza<sup>17</sup>. In sostanza, se per la deduzione è questione di ‘tutto o niente’, per le inferenze di tipo induttivo (o, meglio, abduttivo) è questione di ‘gradi’, di ordine crescente o decrescente all’interno di una scala.

Ciò, peraltro, apre all’evenienza di una differenziazione delle soglie probatorie rispetto alle varieguate estrinsecazioni del potere giurisdizionale, mediante la previsione di standard diversi, proporzionali agli scopi e alle funzioni delle singole attività da giudizio da espletare. Questo rilievo involge, com’è evidente, le stesse scelte politiche che si agitano dietro la predisposizione degli standard, in vista delle preferenze di tutela manifestate dall’ordinamento verso alcuni beni o interessi considerati più o meno meritevoli di protezione.

Di tale eventualità sembra essere consapevole lo stesso legislatore processuale italiano che, seppure con una tecnica legislativa che i filosofi non esiterebbero a definire inadeguata, riserva il principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio alla sola sentenza di condanna, richiedendo per le pronunce provvisorie, intermedie o incidentali sul tema della colpevolezza una *probatio minor*.

Ho già espresso, in passato, perplessità sull’orientamento dottrinario che considera il canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio come l’unico standard possibile nel processo<sup>18</sup>, per di più applicabile a tutti i segmenti che lo compongono<sup>19</sup>. Secondo questa tesi, a mutare non è lo standard

<sup>17</sup> P.F. STRAWSON, *Introduzione alla teoria logica*, trad. di A. Visalberghi, Einaudi, Torino 1961.

<sup>18</sup> Volendo, GAROFALO, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale*, cit., p. 3892.

<sup>19</sup> La tesi è autorevolmente sostenuta da P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Volume I. *Struttura e procedimento*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 92 ss., nonché ripresa con ulteriori specificazioni in ID., *Il concetto di “provare” e di “provato”*, in «Dir. pen. proc.», n. 5, 2021, pp. 557 ss.

probatorio, ma la proposizione da provare, la quale va dunque provata oltre ogni ragionevole dubbio. Si ritiene, ad esempio, che lo standard probatorio relativo al giudizio di applicazione di una misura cautelare sarebbe sempre quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma non tanto riferito al tema della colpevolezza, quanto al diverso tema della 'probabile' colpevolezza.

Continuo a pensare che subordinare la prova di qualunque fatto della sequenza procedimentale all'assenza di dubbi ragionevoli mortifichi la scelta legislativa di presidiare con la *bard rule* il solo giudizio di colpevolezza, con l'ulteriore rischio di una sua omologazione verso il basso. E continuo a far fatica ad immaginare che si possa dire 'certamente' provata la 'probabile' colpevolezza; mi pare pur sempre un modo raffinato per sostenere che non si sta discutendo della colpevolezza dell'imputato. Difficile, però, giustificare, da un punto di vista probatorio, l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale nei confronti di un presunto innocente se ad entrare in gioco non è la colpevolezza dell'indagato e il problema di quali e quanti elementi ci portano a ritenerla più o meno probabile.

In questa prospettiva, un'utile chiave di lettura è fornita dalla teorica dei giudizi allo stato degli atti. 'Allo stato degli atti' è, in senso stretto, una decisione sullo stesso tema della decisione finale, ma frutto di un accertamento incompleto<sup>20</sup>. Questo limite implica un termine di paragone tra la possibilità di assumere nuove prove in grado di fornire diversi elementi di giudizio e la concreta assunzione di un numero più ristretto di evidenze che si ritiene sufficiente a garantire la correttezza del *decisum*. Cioè, posto il tema – rapportabile alla fattispecie descritta nell'imputazione – a mutare è il grado di completezza e di approfondimento richiesto per la sua verifica. Il che produce fisiologicamente una serie di giudizi *in itinere*, seppure instabili e suscettibili di modifica al variare delle condizioni originarie<sup>21</sup>.

Sul versante del giudizio cautelare, in cui si discute pur sempre di colpevolezza, l'impossibilità di impiegare il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio mi sembra imposta proprio dall'incompletezza e parzialità del materiale probatorio: un materiale ricercato da una sola parte, in vista di finalità legate all'esercizio dell'azione penale, sapientemente selezionato al fine di ottenere, *inaudita altera parte*, un provvedimento dal giudice senza, però, svelare tutte le 'carte in tavola'.

È chiaro, però, che l'incompletezza è termine relativo, che per essere

<sup>20</sup> P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Società editrice «Vita e pensiero», Milano 1943, p. 91.

<sup>21</sup> Sul tema, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino 2004, p. 45; S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Giuffrè, Milano 2004, *passim*.

spiegato necessita di un parametro. E il parametro, nella logica delle decisioni allo stato degli atti, è fornito dalla sentenza dibattimentale di merito<sup>22</sup>, che rappresenta l'archetipo sul quale misurare il grado di completezza del metodo probatorio impiegato per adottare un provvedimento allo stato degli atti<sup>23</sup>.

Il *fumus commissi delicti* rimanda, allora, ad un certo grado di probabilità di un'ipotesi 'allo stato degli atti', supportata dagli elementi fino a quel punto raccolti, che se venisse confermata nel successivo sviluppo del procedimento porterebbe alla condanna dell'imputato. In questa sede, lo standard della 'gravità' del quadro indiziario, pur nella sua vaghezza, adempie ad una evidente funzione di garanzia: consente di ancorare il provvedimento cautelare 'allo stato degli atti' ad un grado di convincimento sull'ipotesi dell'accusa che, sebbene più basso di quello tipico del giudizio di condanna, gli sarebbe tuttavia prossimo, consentendo di ridurre al minimo il sacrificio anticipato della libertà personale<sup>24</sup>.

### 3. *Il ragionevole dubbio dinanzi alla sfida dell'anticognitivismo*

Un più articolato discorso andrebbe svolto con riferimento alla possibile applicazione della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio alle sentenze di condanna pronunciate in ambiti processuali diversi dalla fase dibattimentale. I profili più problematici riguardano, in particolare, l'operatività della *bard rule* nei riti di natura premiale, quali il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti. Si tratta di procedimenti connotati da garanzie cognitive sulla colpevolezza dell'imputato profondamente diverse e difficilmente comparabili rispetto a quelle tipiche del giudizio ordinario.

L'orizzonte epistemologico generale entro il quale si inscrivono le due procedure è quello della verità negoziata o consensuale, in vista di una

---

<sup>22</sup> Per tutti, NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., pp. 42 ss. e 205 ss.

<sup>23</sup> Secondo G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare. La carcerazione preventiva*, Cedam, Padova 1953, p. 108, l'esercizio del potere cautelare «dà luogo ad un vero e proprio processo di proporzioni minori, avente le principali caratteristiche strutturali del procedimento principale». Di indizio cautelare come «prova nana» parla M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna 1989, p. 170.

<sup>24</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 219. Sottolinea, in particolare, lo stretto rapporto intercorrente fra presunzione di non colpevolezza e standard cognitivo, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino 2009, p. 69.

semplificazione e di una celere definizione del processo<sup>25</sup>. Occorre chiedersi se questi riti siano conciliabili, logicamente e giuridicamente, con la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, e come si comporta questa regola di fronte alla sfida dell'anticognitismo<sup>26</sup>.

Un'analisi particolare richiede la sentenza di condanna emessa nel giudizio abbreviato, dove quasi nessuno nega l'applicazione della *bard rule*. Infatti, è vero che il compendio probatorio è qui costituito prevalentemente dagli atti di indagine espletati dal Pubblico Ministero (quindi da una sola parte, in assenza di contraddittorio); ma è pur vero che si tratta di una decisione emessa sulla base di una piattaforma conoscitiva completa e, anzi, ulteriormente completabile *in limine* - su richiesta dell'imputato o anche d'ufficio - mediante acquisizioni probatorie assunte nel contraddittorio camerale tipico dell'udienza preliminare. Qui, la differenza con la sentenza di condanna del giudizio ordinario attiene, quindi, non tanto all'incompletezza del compendio probatorio, quanto al metodo impiegato per la decisione, che è diverso da quello ordinario perché l'imputato vi ha rinunciato.

Molto diverso, invece, il quadro epistemico che fa da sfondo all'emanazione di una sentenza patteggiata. Nonostante qualcuno affermi espressamente che rispetto a queste pronunce nulla autorizza a diversificare e ad allentare gli standard decisorii impiegabili dal giudice<sup>27</sup>, è lecito sollevare quale dubbio<sup>28</sup>.

Con riferimento al patteggiamento, sarebbe possibile sostenere l'applicabilità della *bard rule* soltanto se ammettessimo che la mancanza di un'autentica base cognitiva della decisione fosse surrogata da una sorta di accertamento implicito, limitato alla verifica dell'insussistenza delle cause di non punibilità previste dall'art. 129 c.p.p. e al controllo positivo dei presupposti giuridici dell'accordo. Dovremmo cioè sostenere che l'accordo delle parti sull'applicazione della pena, unita all'assenza *ictu oculi* di una causa di non punibilità, rappresenti un positivo accertamento di colpevolezza. Un contesto, quindi, nel quale, al pari del giudizio abbreviato, «le *defaillances* cognitive [sarebbero] interamente neutralizzate dalla volontà

<sup>25</sup> Si tratta di una tipologia di processo non riconducibile alla classica dicotomia accusatorio-inquisitorio. Si veda, L. MARAFIOTI, voce *Rito inquisitorio e rito accusatorio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, p. 5362.

<sup>26</sup> L'espressione è di PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 283.

<sup>27</sup> S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano 2005, p. 164.

<sup>28</sup> Analogamente, PIERRO, *Accertamento del fatto*, cit. p. 48.



negoziale espressa dalle parti»<sup>29</sup>.

Ora, va detto che questo tema si intreccia, ma non coincide del tutto, con l'animato dibattito relativo alla natura giuridica della sentenza patteggiata e sulla necessità di una sua equiparazione normativa ad una sentenza di condanna<sup>30</sup>. Si tratta di una conclusione già da tempo prospettata<sup>31</sup>, sostenuta con forza in dottrina<sup>32</sup> (pur con molti dissensi<sup>33</sup>) e in giurisprudenza<sup>34</sup>, che serve quantomeno a salvare l'istituto del patteggiamento da una declaratoria di incostituzionalità. Ma occorre ammettere che, nonostante i fiumi d'inchiostro spesi per affermare la somiglianza della sentenza patteggiata ad una sentenza di condanna e nonostante il lungo cammino normativo teso ad una forzata equiparazione fra le due tipologie di pronunce, la sentenza patteggiata non accerta nulla. Per cui, come diceva qualche anno fa Luca Marafioti, «si ha l'impressione che ogni tentativo del patteggiamento di specchiarsi nel rito ordinario, nel tentativo di assomigliare ad un giudizio di verità in senso proprio, si risolva in una sorta di *mission impossible*»<sup>35</sup>.

Il che, peraltro, suscita più di una perplessità sulla stessa tenuta costituzionale di un rito che, di fatto, rende disponibili la presunzione d'innocenza e la libertà personale, consentendo all'imputato di giudicarsi da sé e di autoapplicarsi una pena che ritiene 'giusta'. Non è un caso se qualcuno<sup>36</sup>, recentemente, ha parlato, addirittura, di una componente

<sup>29</sup> CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 86.

<sup>30</sup> Il tema è approfondito da F.R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in «Arch. pen.», n. 3, 2013, pp. 64 ss.

<sup>31</sup> Si veda, in particolare, F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, Padova 1999, pp. 13 ss.

<sup>32</sup> G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 475 ss.

<sup>33</sup> In tal senso, fra gli altri, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in ID. *et al.*, *Il patteggiamento*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 47 ss.; FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna 2012, p. 173; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova 2003, pp. 572 ss.

<sup>34</sup> Sull'evoluzione giurisprudenziale del tema, si veda M. GIALUZ, *La virata delle Sezioni unite in tema di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale: verso l'abbandono dell'orientamento anticognitivo?*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2009, pp. 373 ss.

<sup>35</sup> MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Verità del precetto e della sanzione alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Jovene, Napoli 2014, p. 219 ss. Sul tema, ampiamente, ID., *La giustizia penale negoziata*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 1 ss. e 453 ss.

<sup>36</sup> FERRUA, *I requisiti del consenso in funzione del modello giudiziario*, in *I due pilastri dell'autodifesa: diritto a non collaborare e manifestazioni del consenso*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale 'G.D. Pisapia' (Roma 19-21 ottobre 2023), in corso di pubblicazione.

‘immorale’ del patteggiamento, in cui l’imputato ‘presta’ direttamente il suo corpo per l’esecuzione della pena.

Ora, rispetto al giudice del dibattimento, l’organo giurisdizionale destinatario di una richiesta di applicazione della pena sconta, almeno, un duplice *handicap* cognitivo: *a)* assenza di elaborazione dialettica della prova, sia nel momento della sua assunzione, che nel momento della sua valutazione; *b)* tendenziale lacunosità del quadro probatorio, tanto più accentuata quanto più l’accordo si collochi a ridosso dell’avvio delle indagini<sup>37</sup>.

A mio avviso, la possibilità che il giudice del patteggiamento formuli un giudizio di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio è, da un punto di vista logico, esclusa o comunque ridotta a casi eccezionali<sup>38</sup>: le carenze qualitative e quantitative del materiale probatorio impiegato trascinano inevitabilmente il grado di conferma dell’ipotesi d’accusa sotto l’asticella dell’assenza di dubbi ragionevoli. Di più, credo che la dinamica probatoria del patteggiamento produca una sorta di inversione dei termini solitamente impiegati nelle regole di giudizio: ordinariamente si assolve perché non si può condannare; qui si condanna perché non si può assolvere. È, allora, solo da un punto di vista assiologico che si può sostenere l’applicazione di tale regola nel patteggiamento.

In conclusione, il problema è il seguente: qual è il grado minimo di accertamento perché si possa parlare di sentenza di condanna?

È un problema cruciale, che chiama in causa lo stesso rapporto intercorrente fra metodo probatorio seguito, standard di prova e decisione giudiziale che applica una pena.

A me pare che il fondamento normativo del legame tra accertamento e pena vada rintracciato nella presunzione d’innocenza. Non condivido, pertanto, la posizione della dottrina che ritiene il precetto costituzionale indifferente alla dimensione quantitativa e qualitativa del vaglio di colpevolezza. Cioè, non è vero che la regola di giudizio espressa nella formula dell’art. 533 c.p.p. – che mostra un legame indissolubile con il principio sancito dall’art. 27 comma 2 Cost.<sup>39</sup> – «non precis[a] né l’entità

<sup>37</sup> Sul punto, CAPRIOLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., p. 84.

<sup>38</sup> Nello stesso senso, PIERRO, *Accertamento del fatto*, cit., p. 51.

<sup>39</sup> Per tutti, G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna 1979, pp. 80 ss. Più di recente, con varietà di accenti, cfr. G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio, L. Lupária, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2017, p. 14; E.M. CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Giuffrè, Milano 2016, pp. 44 ss.; M. COLAMUSSI, *“Oltre il ragionevole dubbio”*:

della prova né il momento in cui la stessa può considerarsi integrata»<sup>40</sup>.

Credo, invece, che fra metodo e standard intercorra un legame profondo.

Nelle dinamiche applicative della *bard rule* giocano un ruolo fondamentale sia il livello di completezza della piattaforma cognitiva, sia il grado di affidabilità dei metodi adottati nell'acquisizione delle prove; tanto che anche nello stesso dibattito una deposizione testimoniale potrebbe essere giudicata determinante o no, per il superamento della soglia probatoria, a seconda che l'acquisizione sia avvenuta o meno nel rispetto del principio del contraddittorio. Completezza dell'accertamento e contraddittorio nella formazione della prova non operano, quindi, su piani diversi e autonomi rispetto alla regola che vuole la colpevolezza provata al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>41</sup>. Anzi, «la innervano, ne ritagliano i contorni: accertamenti lacunosi [...] generano dubbi ragionevoli»<sup>42</sup>.

In quest'ottica, anche la sentenza di condanna emessa nel giudizio abbreviato – al pari del patteggiamento – presta il fianco a qualche perplessità. Ma è pur vero che qui almeno una parvenza di accertamento sussiste. Si tratta, infatti, pur sempre di una decisione che si fonda su una piattaforma conoscitiva completa, rispetto alla quale l'imputato può più consapevolmente operare una scelta sul metodo probatorio da impiegare, e dove il consenso riesce ancora a surrogare l'assenza di un contraddittorio nella formazione della prova.

Ed è la dimostrazione che nel nostro ordinamento possono convivere metodi probatori diversificati, a seconda della natura dei fatti da accertare e delle fasi del procedimento. Se ci pensiamo, è un po' quello che avviene nell'esperienza tedesca, dove la dottrina ha da tempo sviluppato una più compiuta sistemazione delle differenti tecniche probatorie, a seconda che si verta sul giudizio di responsabilità o su fatti di diversa natura. Così, accanto ad una tecnica probatoria 'a forma vincolata' (*Strengbeweisverfahren*), che rappresenta il modello legale di accertamento del giudizio dibattimentale, si contrappone una procedura semplificata 'a forma libera' (*Freibeweisverfahren*), che autorizza il giudice a decidere sulla

---

*il principio e la Costituzione*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Incampo, A. Scafati, Cacucci, Bari 2017, pp. 173 ss.; G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo, Bologna 2018, pp. 79 ss.

<sup>40</sup> LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 479. In senso analogo, PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., pp. 15 ss. e 36.

<sup>41</sup> In tal senso, CAPRIOLI, *L'accertamento*, cit., p. 86.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

base di elementi vagliati con modalità meno rigorose<sup>43</sup>.

Si badi, però: il ricorso a modalità meno rigorose non significa che si possa fondare una decisione di condanna su piattaforme lacunose o su dati non genuini. Quando chiede l'abbreviato, l'imputato sta accettando di essere giudicato sulla base di elementi formati unilateralmente, non certo di essere giudicato sulla base di prove del tutto inattendibili.

In definitiva, se ancora nel giudizio abbreviato si riesce ad intravedere un metodo probatorio, seppur meno rigoroso e raffinato di quello impiegato nel dibattimento, nella sentenza patteggiata un metodo probatorio semplicemente non esiste. E forse, a dirla tutta, non esiste neppure un giudizio.

---

<sup>43</sup> Sull'argomento, cfr. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., pp. 133 ss.; ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Giuffrè, Milano 1992; nonché, volendo, GAROFALO, *Divieti probatori e giudizio abbreviato*, in «Ind. pen.», n. 1, 2020, p. 188.



## Tomás Dakkache

### *Dubbi e convinzioni: l'ostacolo della testimonianza unica\**

Sommario: 1. Introduzione – 2. Testimone unico – 3. Prove “per sentito dire” e prove psicologiche: prove indipendenti? – 4. Conclusioni.

#### 1. *Introduzione*

Nel corso della storia, la verità è stata cercata in modi diversi, ma la strada legittima per raggiungerla è quella della conferma. Sia la verità che «le ipotesi scientifiche si raggiungono in molti modi: ci sono molti principi euristici, e l'unico invariabile è il requisito della verificabilità»<sup>1</sup>. Tuttavia, la verità processuale è una verità approssimativa, perché, come spiega Ferrajoli, la verità certa, oggettiva o assoluta rappresenta l'espressione di un ideale irraggiungibile<sup>2</sup>. È in questo contesto che le prove acquistano rilevanza, perché sono le prove a dover chiarire i dubbi e corroborare la materialità dei fatti. È quindi compito del giudice, di fronte a un'ipotesi o a una proposizione accusatoria, motivare le proprie sentenze in modo tale da essere convinto della qualità dell'analisi probatoria, non confutata, sulla conferma dell'ipotesi criminosa nel caso in cui la sentenza sia di condanna.

È vero che la valutazione delle prove ha una sua soggettività<sup>3</sup> e che la corroborazione delle ipotesi criminali “oltre il ragionevole dubbio” è stata

---

\* Ringrazio Nicolas Guzmán, Pablo Eiroa e Dario Ippolito per la loro collaborazione durante la preparazione di questo lavoro.

<sup>1</sup> M. BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía*, in «Panamericana», Bogotá 1999, p. 63.

<sup>2</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. di P.A. Ibáñez, Trotta, Madrid 2016, p. 47.

<sup>3</sup> Si veda a questo proposito P.A. IBAÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2009 pp. 38-48 e 87-95. Autori come Taruffo, al fine di ridurre i margini di discrezionalità e rendere più razionale la valutazione delle prove, suggeriscono l'utilizzo di una serie di criteri di valutazione in M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. di J. Ferrer Beltran, Trotta, Madrid 2002, p. 423 ss. Sulla stessa linea, L. LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2011.

erosa in alcuni reati. Così, si possono osservare situazioni problematiche<sup>4</sup> nei casi di testimoni singoli, dove l'unica prova che motiva una condanna è la testimonianza di un testimone diretto, o nei casi di vittime-testimoni, dove la dichiarazione proviene da una presunta vittima che ha un interesse nell'esito delle indagini a causa della sua condizione. Due situazioni controverse sorgono anche nelle prove derivate da questa testimonianza. Una è il problema legato alle testimonianze per sentito dire e l'altra è la questione della veridicità della dichiarazione e l'influenza su questo valore (verità/menzogna) dell'incorporazione di perizie psicologiche che, sebbene possano concludere che un racconto è plausibile o che non contiene contraddizioni, non definiscono il contenuto della testimonianza come vero.

In questa situazione, mi chiedo: una singola testimonianza contraddetta dall'imputato può essere abbastanza forte da sostenere una condanna? Le prove "per sentito dire" e le perizie psicologiche possono essere considerate come prove indipendenti e generare un convincimento sufficiente per la condanna?

Il mio intento in questo scritto è quello di vagliare criticamente alcune decisioni importanti, che hanno ripercussioni sulla vita degli imputati e nelle quali i fatti provati al di là di ogni ragionevole dubbio manifestano più dubbi che ragionevolezza, nonché di argomentare a favore della forza delle garanzie penali in uno Stato di diritto<sup>5</sup>.

## 2. *Testimone unico*

Non è una novità che la prova testimoniale navighi in acque agitate. Con lo sviluppo della psicologia della testimonianza, si è compreso che la realtà viene sempre interpretata dall'osservatore<sup>6</sup> e che la memoria non registra la realtà così com'è accaduta, ma la interpreta e, sulla base di questa interpretazione, la rielabora. In questo processo, è normale che si verifichino mutazioni consapevoli della verità, stimulate dai propri interessi o dalla propria soggettività. In questo modo, la memoria di qualsiasi

---

<sup>4</sup> Vedi nota 10.

<sup>5</sup> In questo senso, si veda, FERRAJOLI, *cit.*, p. 21 e J.B.J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. II, Ad-hoc, Buenos Aires 2015, p. 473.

<sup>6</sup> Ugualmente, dal punto di vista sociologico, Peter L. Beger e Thomas Luckmann spiegano che la vita quotidiana si presenta come una realtà interpretata dalle persone (ragion per cui il soggettivismo è inevitabile): cfr. P.L. BEGER-T. LUCKMANN *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires 1968, p. 34 ss.

persona è ben lontana da quella prodigiosa esibita da Funes, il memorabile personaggio di Borges<sup>7</sup>.

La realtà è che le persone sono ben lontane dall'essere Funes e oltretutto pensano. Ricordiamo che, per l'autore, Funes aveva addirittura perso la capacità di pensare, dal momento che «pensare è dimenticare le differenze, generalizzare, astrarre. Nel mondo sovraccarico di Funes non c'erano che dettagli, quasi immediati»<sup>8</sup>. Gli eventi vissuti sono impregnati dal soggettivismo di ogni osservatore, dal vissuto delle persone, ed è compito del giudice valutare le testimonianze.

I moderni sistemi processuali hanno adottato un sistema di libertà di prova e, nel caso dell'Argentina, di libera valutazione basata su una *sana critica* – artt. 206 e 398 C.P.P.N. – in cui il giudice è tenuto a valutare le prove attraverso le regole della logica e dell'esperienza<sup>9</sup>. Tuttavia, la giurisprudenza<sup>10</sup> ha utilizzato due strategie per giustificare la possibilità di condannare sulla base di un'unica testimonianza: in primo luogo, si sostiene che il requisito della prova indipendente non esiste nel modello argentino, il quale ha adottato la libera valutazione delle prove, consentendo una condanna sulla base di una sola testimonianza; in secondo luogo, è stato impiegato un argomento valutativo che tiene conto della gravità del reato, per cui in alcuni tipi di condotta illecita non dovrebbe essere richiesto il requisito della prova indipendente, in quanto ciò porterebbe all'impunità per fatti particolarmente gravi<sup>11</sup>.

È chiaro che nei sistemi penali, da un lato, esiste un sistema di garanzie che protegge i cittadini dall'uso della forza da parte dello Stato e, dall'altro, esiste un'altra tendenza che riguarda l'efficienza del sistema e l'effettiva

<sup>7</sup> Cfr. J.L. BORGES, FUNES, *el memorioso* (1942), in ID., *Ficciones*, Buenos Aires 1944.

<sup>8</sup> J.L. BORGES, *Funes o della memoria* (1942), in ID., *Tutte le opere*, Mondadori, Milano 1984, vol. 1, p. 715 (la parte del brano mancante nella traduzione italiana – «Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer.» – è tradotta da chi scrive).

<sup>9</sup> Così in MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., p. 864.

<sup>10</sup> Cfr. STS 101618/2019, Sezione II, del 24 febbraio 2020; il voto del giudice Bruzzone nei casi CNCCC, Sezione I, reg., n. 1319/17 “Diez de medina”; e quello del dottor Bruzzone insieme al giudice Morín nei casi CNCCC, Sezione II reg. n. 400/15 “Taborda”; o il voto dei giudici Weinberg e Conde d TSJ CABA, fascicolo 8796/2012 “Newbery Grave” sentenza dell'11/8/13.

<sup>11</sup> Così, P. LARSEN, *El problema del 'testigo único' y la valoración de la prueba en el proceso penal, con especial referencia a la argumentación de los tribunales argentinos*, in *Medios de prueba en el proceso penal n.º 2*, Hammurabi, Buenos Aires 2019, e J. DI CORLETO, *La valoración de la prueba en casos de violencia de género*, in *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, a cura di F. Plazas, L. Hazan, Editores del Puerto, Buenos Aires 2015, p. 461.



applicazione della coercizione penale. Quanto più debole è il sistema di garanzie, tanto più efficiente sarà il sistema punitivo in termini di effettiva applicazione della coercizione penale; motivo per cui, nel corso della storia si sono avute diverse formule inclini a lasciare impuniti i colpevoli di fronte al danno dell'incarcerazione degli innocenti, dalla massima di Traiano<sup>12</sup> a quella di Blackstone<sup>13</sup> e Franklin<sup>14</sup> (tra gli altri<sup>15</sup>).

Questi indici, che elevano la massima morale della presunzione di innocenza, le assegnano una posizione chiave, essendo la prova della colpevolezza e non quella dell'innocenza l'oggetto del processo<sup>16</sup>. Le prove insufficienti o difficili non possono essere utilizzate contro l'imputato, ma possono servire a scagionarlo, perché l'ipotesi iniziale del reato non può essere corroborata. In conclusione, per condannare un imputato è necessaria la convinzione "al di là di ogni ragionevole dubbio". Tuttavia, questi indici e la necessità di richiedere tale convinzione soggettiva per valutare le prove sono stati contestati<sup>17</sup>.

Uno dei corollari del principio della presunzione di innocenza è rappresentato dalla garanzia dell'*in dubio pro reo*<sup>18</sup>. Dalla combinazione di entrambe le garanzie possiamo ricavare due premesse che hanno un forte impatto sulla valutazione delle prove. In primo luogo, il dubbio opera a favore dell'accusato e l'onere della prova deve ricadere sull'accusatore. In questo modo, il dubbio si impone al sistema come decisione di innocenza<sup>19</sup> ed è per tale motivo che Ferrajoli intende questo principio come una regola di chiusura in ordine alla decisione sui fatti, che non consente una

<sup>12</sup> È meglio che un colpevole sia assolto che un innocente sia condannato.

<sup>13</sup> È meglio che dieci colpevoli fuggano che un innocente soffra.

<sup>14</sup> È meglio che 100 colpevoli scappino, che un innocente soffra. Questa frase è riportata nella lettera scritta da Benjamin Franklin a Benjamin Vaughan il 14 marzo 1785.

<sup>15</sup> M. SANCINETTI, *Testimonio único y principio de la duda*, in «Indret: Revista pala el análisis del derecho», III, Barcelona 2013.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, *Op. cit.* p. 549.

<sup>17</sup> Contro questi rapporti Jeremy Bentham, citato in L.S. WILLIAM. *The Rhetoric of Innocence. Washington Law Review*. LXX, Washington 1995, p. 333. Per quanto riguarda la valutazione al di là di ogni ragionevole dubbio, L. LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, cit., p. 283 afferma che «impiegando uno standard così amorfo di prova al di là di ogni ragionevole dubbio, lo Stato invita essenzialmente i giudici di fatto a lasciare la decisione al loro istinto». Contro N. GUZMÁN. *La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal*, in «Jueces para la democracia», XCII, España 2018, p. 97.

<sup>18</sup> MAIER, *Ob. cit.* T I, p. 494.

<sup>19</sup> K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. di E. Garzón Valdéz, Guadarrama, Madrid 1967, p. 83.

condanna fino a quando le ipotesi non sono confermate e le contro-ipotesi confutate<sup>20</sup>. Come spiega Guzmán, con queste garanzie (e soprattutto con i divieti probatori), sebbene la conoscenza generale possa essere ostacolata dall'imposizione di limiti formali alla scoperta della verità, che non esistono nella ricerca scientifica, la verità dell'ipotesi accusatoria adottata nella sentenza è garantita in modo più rigoroso, dal momento che «perché questa ipotesi diventi un'affermazione di condanna deve aver superato con successo tutti quegli ostacoli che impediscono il cammino verso la sua conferma o corroborazione»<sup>21</sup>.

I problemi che la prova testimoniale porta con sé sono stati affrontati in modo approfondito da Perfecto Andrés Ibáñez quando ha spiegato come i testimoni acquisiscono informazioni, generalmente in un ambiente conflittuale o direttamente violento, e ha illustrato i problemi che derivano dal modo in cui apprendono queste informazioni, che vengono sempre rielaborate attraverso gli occhi di chi osserva o vive queste esperienze. Inoltre, Andrés Ibáñez sottolinea che queste difficoltà sono aggravate nel caso dei testimoni-vittime, perché a causa della loro condizione sono esposti ad un maggior rischio di deviazione, sia nell'ottenimento di informazioni rilevanti sia nella loro conservazione, recupero e persino trasmissione delle medesime<sup>22</sup>. In particolare, nell'ipotesi di un'unica vittima-testimone, generalmente nei casi di aggressione sessuale, si conferisce un maggior peso alla testimonianza, perché altrimenti rimarrebbero impunte gravi condotte criminali che di solito avvengono in segreto; il che implica un ritorno al principio inquisitorio *propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi*, criticato da Beccaria<sup>23</sup> e Filangieri<sup>24</sup>.

Per questo motivo, Perfecto Andrés Ibáñez ritiene inaccettabile che lo *standard* di prova dipenda da un'opinione, dalla gravità del reato o dalla richiesta sociale di repressione di determinate condotte<sup>25</sup>. Condizionare la presunzione di innocenza alla gravità del reato, prevedendo per tale ipotesi un abbassamento dello *standard* di prova, significherebbe minarne le fondamenta. Occorre ricordare che è la prova della colpevolezza e non

<sup>20</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 151.

<sup>21</sup> N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. 2ª ed., del puerto, Buenos Aires 2011, p. 148.

<sup>22</sup> P.A. IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., p. 115.

<sup>23</sup> C. BECCARÍA, *De los delitos y de las penas*, Libertador, Buenos Aires 2005, pp. 33-5 e note.

<sup>24</sup> IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., p. 122; G. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, VOL. I, a cura di L.P. Sanchís, in «Colección de Filosofía del Derecho», Agencia Estatal Boletín oficial del Estado, Madrid 2018

<sup>25</sup> IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., p. 122.

quella dell'innocenza che deve costituire l'oggetto del processo.

Gravare l'imputato di un onere probatorio nel caso di insufficienza o difficoltà di prova rischia di rappresentare un ritorno al processo medievale, nel cui ambito il sospetto o il dubbio di colpevolezza equivaleva ad una semi-prova (o una prova semi-piena finché non venisse confutata dall'imputato mediante prove contrarie), che implicava un giudizio di semi-colpevolezza e, conseguentemente, l'emissione di una semi-condanna a pena lieve<sup>26</sup>.

Questa osservazione è condivisa da Sancinetti, il quale sottolinea la forza della presunzione di innocenza di fronte all'argomentazione che insiste sul pericolo di lasciare impuniti gravi crimini. Egli ricorda la forza di questo principio nel diritto romano attraverso un aneddoto esemplare: quando il governatore della Gallia Narbonensis, nel IV secolo, fu sottoposto a processo penale, negò le accuse denunciando la mancanza di prove. Il suo avversario, Delfidio, si rivolse all'imperatore Giuliano dicendo: «O illustre Cesare, se basta negare, cosa accadrà ai colpevoli?». Rispose l'imperatore: «E se bastasse accusare, cosa accadrebbe agli innocenti?»<sup>27</sup>.

Quindi, per poter condannare è necessario un riscontro oggettivo esterno, che trascenda la deposizione del testimone. Ciò che il testimone riferisce non può essere considerato di per sé una prova decisiva, e questo vale anche per i casi di testimoni-vittime, le cui dichiarazioni non siano sorrette da riscontri. Per cui si intende che la prova di colpevolezza deve essere raggiunta a prescindere da quella testimonianza. In questa prospettiva, appare ragionevole l'approccio di Ferrajoli, secondo cui l'ipotesi accusatoria deve essere soprattutto confermata da una pluralità di prove o dati probatori<sup>28</sup>, e questo non intacca in alcun modo la libertà di prova o la *sana critica*, poiché ciò che conta è stabilire quando si può ritenere raggiunto un convincimento sufficiente per condannare – situazione che sembra difficilmente configurabile sulla base di una semplice affermazione.

Mi chiedo, inoltre, se la dichiarazione di un testimone goda di un maggior grado di affidabilità rispetto a quella dell'imputato o se la testimonianza resa sotto giuramento è in grado di influenzare il convincimento del giudice in misura maggiore rispetto alla testimonianza

---

<sup>26</sup> Per ulteriori informazioni, M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires 2013, pp. 41-49. Anche in FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 134.

<sup>27</sup> SANCINETTI, *Testimonio único y principio de la duda*, cit., También desarrollado por el Juez Enrique Santiago Petracchi en cons. 13 fallos 314:1091, citando "*Coffin vs. United States*" (156 U.S. 432, p. 453)

<sup>28</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 150.

dell'imputato. A mio parere, no.

Che ne sarebbe del diritto di difesa e della parità tra le parti in causa se la parola dell'imputato non avesse lo stesso peso di quella di chi gli attribuisce un reato, specie nel caso del testimone-vittima? Dovremmo chiarire se ciò che una persona dice senza un'effettiva conferma possa essere definito una prova o non piuttosto un contributo alla conferma.

Quale grado di razionalità si può assegnare ad una sentenza emessa da un giudice che si fa guidare da ciò che ha detto il testimone A, per il semplice fatto di averlo detto? Ciò che il giudice dovrebbe essere in grado di fare è mostrare che quanto affermato dal testimone A può essere oggettivamente riscontrato da altre prove che prescindono da quella dichiarazione e che non sono interpretate a partire dalla testimonianza.

Con ciò intendo dire che la dichiarazione non può essere corroborata da prove indirette, le quali, a ben vedere, non corroborano il fatto, ma la dichiarazione. Nel caso del testimone unico, che attinenza ha con il fatto di reato la prova che il testimone indossava effettivamente gli abiti che ha detto di indossare e che si trovava nel luogo in cui ha detto di trovarsi? Ancora, la corretta descrizione, da parte del testimone, dell'abbigliamento dell'imputato è davvero sufficiente a stabilire che è stato quest'ultimo a commettere l'eventuale omicidio? D'altra parte, se la dichiarazione si riferisce ad un video che mostra le immagini del soggetto A che spara al soggetto B, avremo già fatto a meno della testimonianza, poiché la materialità dell'atto sarebbe stata provata diversamente.

Quindi, a mio avviso, non è possibile assegnare una maggiore veridicità o un più alto grado di affidabilità alla dichiarazione del testimone basandosi sul mero dato che questi è obbligato a dire la verità, poiché, anche se ciò fosse vero, il fatto che abbia effettivamente detto la verità non può essere ricavato da questa circostanza. Se si potesse ragionare in questo modo, sulla base di una fallacia normativista, si potrebbe anche dire, al contrario, che l'accusa non può essere vera perché l'imputato era obbligato a rispettare la regola che si sostiene abbia infranto; e se era obbligato a non infrangerla, allora non può averla infranta: è lo stesso ragionamento.

Per questo motivo, sostengo che entrambe le dichiarazioni devono essere poste sullo stesso piano: se le dichiarazioni dell'imputato sono vere o meno dipende dal fatto che egli stia dicendo la verità o meno, e per sostenere che non l'ha fatto, ci devono essere prove a sostegno.

La veridicità della testimonianza conta solo se ciò che viene detto trova riscontro oggettivo nelle prove dell'accusa. In questo caso non è più solo la testimonianza a contare, ma assumono rilievo anche le prove che scaturiscono da questa dichiarazione, a corroborazione dell'ipotesi accusatoria. La

testimonianza, di per sé e senza riscontri ulteriori, è solo una dichiarazione. Diversamente, la dichiarazione dell'imputato ha lo stesso peso dell'ipotesi accusatoria e la falsifica se non viene smentita dall'accusa; e tale dichiarazione introduce nell'indagine una nuova ipotesi che deve essere riscontrata a sua volta: l'ipotesi a scarico. Solo dopo questa corroborazione si potrà dire che l'ipotesi accusatoria non poteva essere falsificata e, di conseguenza, l'imputato ha mentito e la sua dichiarazione cadrà; al contrario, se la sua dichiarazione non può essere falsificata o le sue dichiarazioni sono sorrette da riscontri, la nuova ipotesi introdotta nel processo deve prevalere e, di conseguenza, deve essere pronunciata l'assoluzione. In questo sistema, la testimonianza deve essere corroborata e la dichiarazione dell'accusato deve essere in grado di falsificare l'ipotesi introdotta dall'accusatore. Solo dopo il processo di corroborazione e confutazione delle contro-ipotesi si può giungere ad un approccio rigoroso e corretto alla verità dell'ipotesi accusatoria, consentendo il convincimento del giudice per l'emissione di un verdetto di colpevolezza nei termini proposti da Ferrajoli e Guzmán. Altrimenti, senza il processo di corroborazione, saremmo in presenza di uno scontro di dichiarazioni, inidoneo a superare la soglia del dubbio e a generare un convincimento di condanna<sup>29</sup>.

Quindi, di fronte all'ipotesi accusatoria X, diremo che essa è vera se e solo se esiste una pluralità di prove che la avvalorano e questa a sua volta non viene falsificata. La dichiarazione dell'imputato o la controprova che egli ha portato al processo, oltre ad aggiungere una nuova ipotesi (l'ipotesi a scarico Y), falsifica l'argomentazione probatoria dell'ipotesi accusatoria X, e deve essere superata per poter dire che l'ipotesi a scarico Y è falsa o non sufficientemente supportata. In caso contrario, a prevalere sarà l'ipotesi a scarico Y, e non l'affermazione dell'ipotesi accusatoria X, in base al principio dell'*in dubio pro reo* come regola di chiusura della decisione della verità del fatto; poiché, come si è detto, non è ammessa una condanna se manca la falsificazione dell'ipotesi concorrente con quella accusatoria.

Si potrebbe dire che la testimonianza, essendo resa sotto giuramento, assume comunque un peso epistemico maggiore. Tuttavia, se le dichiarazioni non sono corroborate o contraddette (per implicazione del diritto di difesa, del principio dell'indubio pro reo, e dato che la messa in discussione dell'ipotesi accusatoria mantiene ipotesi concorrenti), non è corretto invocare un convincimento sufficiente per condannare, in quanto una sentenza simile implicherebbe una pronuncia irrazionale, perché la motivazione non sarebbe sorretta da un'adeguata giustificazione, che è ciò che si richiede per una condanna.

---

<sup>29</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 144.

### 3. Prove per “sentito dire” e prove psicologiche: prove indipendenti?

A fronte delle critiche che spesso vengono mosse ai casi di testimonianza unica, si sostiene che una condanna non si basa su un'unica dichiarazione, ma che, in molti casi, ci sono altre testimonianze a sostegno o è stata effettuata una perizia psicologica che rafforza la prova. Non intendo qui fare un'analisi esaustiva di tutti gli elementi che possono costituire una prova oggettiva circa la commissione di un reato, ma piuttosto analizzare i casi di testimonianze per “sentito dire” e le perizie che vengono effettuate sull'unica testimonianza disponibile nel caso.

La testimonianza *de relato* viene analizzata nell'ambito del processo insieme al resto delle testimonianze e, poiché proviene da chi non ha assistito direttamente all'evento, si ritiene che abbia una minore forza di convincimento<sup>30</sup>. Questa testimonianza, quindi, dovrebbe avere le stesse implicazioni di quella del testimone diretto o della vittima, poiché, ontologicamente, non è diversa da loro e non genera di per sé nuove prove sull'evento, ma è rilevante, piuttosto, per l'evidenza probatoria che può apportare al processo, e per le coincidenze con il racconto di chi ha assistito direttamente all'evento<sup>31</sup>. Tuttavia, necessita del processo di corroborazione e non può costituire una prova dell'ipotesi accusatoria quando è isolata<sup>32</sup>.

Mi chiedo anche quali implicazioni possa avere sul processo se il racconto dell'evento viene comunicato molto tempo dopo che è realmente accaduto, a differenza della rilevanza che ha la testimonianza per sentito dire quando c'è una prossimità tra la trasmissione di quanto vissuto e l'evento, immediato nel tempo. In questi casi, ciò che si può testimoniare è che “A” ha trasmesso alcune informazioni sull'evento “X” accaduto molto tempo fa, ma resta ancora da corroborare la testimonianza di “A” per determinare effettivamente l'ipotesi sull'evento “. X”. Pertanto, non implicherebbe, di per sé, prove indipendenti idonee a garantire la condanna.

Inoltre, lo scenario si complica nei casi in cui i testimoni diretti non partecipano o non possono partecipare al contraddittorio nel processo. Questa situazione è stata contemplata dalla Corte Suprema spagnola quando ha messo in dubbio la validità probatoria di questo tipo di testimonianza per aver influito sul pieno esplicarsi del diritto di difesa<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> V. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, III, Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1954, p. 255.

<sup>31</sup> Corte Suprema spagnola, STS 129/2009 del 10 febbraio.

<sup>32</sup> Corte Suprema spagnola, STS 3044/2016 del 21 giugno.

<sup>33</sup> Corte Suprema spagnola, STS 597/2017 del 24 luglio, relatore il giudice D. Alberto

Per quanto riguarda la rilevanza delle perizie, se attualmente le testimonianze costituiscono una componente cruciale per l'emissione delle decisioni giudiziali, quelle che hanno una perizia ampliano la convinzione del giudice sull'ipotesi accusatoria o, almeno, sulla testimonianza che è tassello fondamentale per la condanna con un unico testimone. Tuttavia, nel paragrafo 2 è stato messo in discussione il rigore di questa pratica, poiché la teoria della psicologia delle testimonianze ha dimostrato che la memoria umana può commettere errori, che situazioni di tensione e violenza influenzano i ricordi e che le persone traggono informazioni dalle proprie opinioni, che possono influire sulla reale situazione di fatto, per cui, senza un adeguato metodo di valutazione delle testimonianze<sup>34</sup>, tali perizie non forniscono maggiore affidabilità rispetto alle testimonianze a cui si riferiscono.

Inoltre, lo psicologo forense sperimentale<sup>35</sup> che interviene nell'analisi delle testimonianze non ha la funzione di stabilire se una persona sta mentendo o se, al contrario, dice la verità, poiché in questa disciplina si afferma che attualmente non esistono metodi scientifici che consentano di stabilirlo<sup>36</sup>. Così, Margarita Diges, analizzando l'errore giudiziario nei casi in cui si giunge a condanne sulla base di dichiarazioni di testimoni o di vittime, sostiene che in molti di questi casi, in assenza di altri dati, l'accertamento del fatto dipende solo dal testimone e se questo mente «(quando c'è un'accusa deliberatamente falsa), la psicologia non dispone di strumenti scientifici affidabili per individuare questa menzogna con una probabilità di successo maggiore rispetto alla logica o al buon senso, anche se alcuni colleghi sostengono di avere questi 'poteri' nelle perizie presentate in tribunale»<sup>37</sup>.

---

Jorge Barreiro; e altre nello stesso senso con riferimenti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza penale n. 415/2017 della Corte Suprema dell'08 giugno 2017, relatore il dott. Don Miguel Colmenero Menéndez De Lúcar, e alla Corte costituzionale spagnola STS 4073/2017 del 15 novembre, relatore il giudice Luciano Varela Castro.

<sup>34</sup> Sulle modalità di preparazione dei pareri si veda E.C. SARRABAYROUSE. *Testigo único y delitos contra la integridad sexual*, a cura di I. Arduino, J. Di Corleto, *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, Incip, Buenos Aires 2022. pp. 100 ss.

<sup>35</sup> Questo termine viene utilizzato per identificare gli esperti della memoria dei testimoni che intervengono in un processo giudiziario, M. DIGES. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Trota, Madrid 2016, p. 49

<sup>36</sup> Per ulteriori dettagli si vedano L. DEANESI-A. VARELA. *Discusiones sobre la admisibilidad de la prueba pericial: el caso de los «peritajes psicológicos de credibilidad»*, a cura di G. Rúa, Didot, Buenos Aires 2018, p. 190 ss.

<sup>37</sup> DIGES, *La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos*, in «*aequitas*, Revista cuatrimestral del poder judicial del Estado de Sinaloa», vv, anno 3, Sinaloa 2014, pp. 14-15.

Su questa linea, Jaime Masip, Eugenio Garrido e Carmen Herrero hanno spiegato che, dopo aver condotto uno studio empirico utilizzando l'approccio non verbale o i correlati comportamentali per la valutazione della credibilità, si è giunti alla conclusione che i tassi di accuratezza degli osservatori, che sono coloro che devono distinguere tra affermazioni vere e false, erano appena superiori al livello di probabilità<sup>38</sup>.

La tecnica più utilizzata per valutare la veridicità delle dichiarazioni verbali è il metodo *Statement Validity Assessment* (SVA), il cui sviluppo si basa sull'ipotesi di Undeutsch<sup>39</sup>, fondamentale per il metodo *Criteria Based Content Analysis* (CBCA). Masip, Garrido e Herrero spiegano che, in risposta alla richiesta dell'amministrazione della giustizia di valutare la credibilità delle testimonianze, è stato sviluppato lo strumento di valutazione clinica chiamato CBCA, che consiste in una serie di 19 criteri di credibilità o di contenuto la cui presenza in una dichiarazione è considerata un indicatore del fatto che essa si riferisce a eventi realmente vissuti dal dichiarante<sup>40</sup>. Tuttavia, concludono che in termini di applicazione, la maggior parte dei ricercatori mette in dubbio la validità del sistema, accusandolo di un alto tasso di errore di falsi negativi che «potrebbe far sì che molte persone innocenti vengano incarcerate per reati di abuso sessuale che non hanno commesso» e sollecitano ulteriori ricerche e perfezionamenti del sistema per ottenere strumenti adeguati e validi da utilizzare in casi reali<sup>41</sup>.

In particolare, questo metodo è stato sottoposto a critiche nei casi di violenza di genere. Ad esempio, autori come Arce, Fariña e Vilariño affermano che non è valido per la pratica forense poiché esiste la possibilità che le dichiarazioni inventate corrispondano alcuni dei criteri veritativi; e, poiché il CBCA non definisce il numero di criteri necessari per stabilire che una dichiarazione è vera, la procedura sarebbe semi-oggettiva perché si affiderebbe, in parte, ai criteri soggettivi del *psicologo forense*. Tuttavia,

<sup>38</sup> J. MASIP, E. GARRIDO, C. HERRERO. *La detección del engaño sobre la base de sus relatos conductuales. La precisión de los juicios*, in «Anuario de Psicología Jurídica», XII, Madrid 2002, pp. 37 ss.

<sup>39</sup> In dettaglio in J. MASIP, E. GARRIDO, C. HERRERO. *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA)*, in «Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación Psicológica», VI, XV, España/Portugal 2003, pp. 82-83.

<sup>40</sup> Anche se non ci si aspetta che una dichiarazione valida debba avere tutti i criteri, la maggiore presenza di criteri indica una maggiore probabilità di validità; la presenza di un criterio aumenta la credibilità della testimonianza, ma la sua assenza non indica falsità, bensì indeterminatezza. Ogni criterio viene valutato con 0= non presente, 1= presente e 2= fortemente presente. A.L. MANZANERO. *Evaluando el testimonio de menores testigos y víctimas de abuso sexual*, in «Anuario Psicología Jurídica», Madrid 1997, VI, pp. 13-34.

<sup>41</sup> MASIP, GARRIDO, HERRERO. *El análisis de contenido*, cit. p. 75 ss.



il valore della prova fornita dai giudici quando il medico legale conclude che una dichiarazione è credibile è del 93,3% per le condanne e quando non è credibile è del 100% per le assoluzioni. Pertanto, anche se il sistema sarebbe semi-oggettivo, gli viene conferito un valore probatorio praticamente totale, cioè si presume che sia totalmente oggettivo. Inoltre, sostengono che in assenza di un certo numero di criteri per concludere che una testimonianza è reale, “i falsi positivi andrebbero dall’80% al 96%, per più di 7 e 5 criteri, rispettivamente (...) In sintesi, l’utilità del CBCA per la pratica forense sarebbe nulla consentendo all’80-96% delle dichiarazioni falsificate di essere classificate come reali”. Pertanto, i modelli forensi che deriverebbero da questi criteri non sarebbero efficaci nel raggiungere un tasso di classificazione corretta inferiore al 50% dei casi<sup>42</sup>

Pertanto, come spiegano Deanesi e Varela, la valutazione effettuata dall’esperto non deve mai determinare da sola la decisione del giudice; questa disciplina, la psicologia della testimonianza, deve essere intesa come uno strumento ausiliario e lo psicologo forense fornisce informazioni affinché il giudice possa valutare le prove<sup>43</sup>. Pertanto, le perizie psicologiche sulla credibilità di una testimonianza devono essere sottoposte a un giudizio critico e non possono supplire all’assenza di altri elementi di supporto.

Queste considerazioni rafforzano la conclusione del paragrafo precedente: è necessaria una prova oggettiva verificabile; le testimonianze peritali e quelle per “sentito dire” non possono essere considerate prove indipendenti, giacché si limitano a fornire informazioni sulla dichiarazione diretta. Quindi, senza altro materiale probatorio che aiuti a produrre il convincimento del giudice, la stessa difficoltà probatoria non è superata.

#### 4. Conclusioni

Questo lavoro ha cercato di mettere in evidenza le difficoltà che le testimonianze singole comportano ai fini del raggiungimento del grado di convinzione necessario al giudice per ritenere, *al di là di ogni ragionevole dubbio*, che il fatto sia stato commesso dall’imputato. Da quanto osservato, si è concluso che una condanna, per essere razionale, non può basarsi esclusivamente sulla testimonianza di una sola persona (né sulle

---

<sup>42</sup> R. ARCE, F. FARIÑA, M. VILARIÑO. *Contraste de la Efectividad del CBCA en la Evaluación de la Credibilidad en Casos de Violencia de Género*, in «Intervención Psicosocial», Vol. XIX, II, España 2010, pp. 109-119.

<sup>43</sup> DEANESI, VARELA, *Discusiones sobre la admisibilidad de la prueba pericial: el caso de los «peritajes psicológicos de credibilidad»*, p. 192.

testimonianze per sentito dire e le perizie psicologiche) se non vi sono prove oggettive corroboranti indipendenti da tale testimonianza.

Negli ultimi anni si è assistito a una tendenza del diritto penale verso l'efficacia punitiva del sistema<sup>44</sup> e a un deterioramento del sistema delle garanzie penali, senza che ciò abbia portato a risultati favorevoli in termini sia di immagine dell'amministrazione della giustizia sia di efficienza della stessa. È per questo motivo che giova ricordare le parole di Ferrajoli: «I diritti restano sulla carta quando non sono sorretti da adeguate garanzie»<sup>45</sup>; e – aggiungerei – quando non vengono rispettate le garanzie già consolidate, come l'*in dubio pro reo* o la presunzione di innocenza.

---

<sup>44</sup> Mi riferisco all'incorporazione di diversi istituti come la figura del pentito, la responsabilità penale delle persone giuridiche, la confisca anticipata e l'estinzione della proprietà.

<sup>45</sup> Intervista pubblicata sul quotidiano Clarín il 31 dicembre 2005.



Daniel Rubinovich

## *Confisca senza condanna: questioni probatorie e costituzionali*

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'evoluzione della confisca – 3. La natura controversa della confisca: profili civilistici e ricadute afflittive – 4. Standard probatori e onere della prova – 5. Conclusione.

### 1. *Introduzione*

La rilevante crescita della criminalità organizzata rappresenta una minaccia di enorme portata per gli Stati. Le organizzazioni dedicate al traffico di stupefacenti e ad altri affari illeciti, infatti, sono penetrate nel sistema istituzionale, indebolendo notevolmente i meccanismi di controllo, e la proliferazione di questo tipo di criminalità ha condotto alla crescita inusitata dei reati violenti, in generale, e degli omicidi, in particolare.

Di fronte a questo scenario, c'è un certo accordo, tra gli esperti, sulla necessità di colpire le organizzazioni criminali nella sfera finanziaria, sviluppando politiche pubbliche finalizzate a destabilizzarle<sup>1</sup>.

In particolare, c'è interesse nell'utilizzo di nuovi strumenti giuridici che possano essere applicati per recuperare o confiscare i beni provenienti da attività illecite. Tale interesse è condiviso, con diverse intensità e sfumature, nella maggior parte degli Stati del mondo.

In questo contesto, il presente lavoro intende esaminare le diverse varianti della confisca (quali la confisca estesa e l'estinzione del diritto di proprietà), nonché le sfide affrontate con tale strumento, dalle origini sino ad oggi. Inoltre, il contributo ripercorre il dibattito dottrinale sul tema della natura giuridica dell'istituto, suggerendo una soluzione che collochi la confisca in un terreno "intermedio" tra il diritto penale e quello civile. Le conclusioni sono limitate a considerazioni specifiche sullo *standard* probatorio e sull'onere della prova.

<sup>1</sup> Logicamente, la politica criminale deve concentrarsi su uno dei principali obiettivi delle organizzazioni criminali: il profitto. Privare le organizzazioni dei guadagni illeciti è essenziale, infatti, per frenare tali fenomeni (M. GOMEZ RIVERO, *La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito?*, in «CPC», 121, 2017, p. 31).

## 2. *L'evoluzione della confisca*

Tradizionalmente, la confisca rappresenta la conseguenza, sul piano economico, della condanna dell'imputato. Nella sua configurazione originaria, l'istituto comporta la perdita del diritto di proprietà dei beni considerati il prodotto (o lo strumento) del fatto per il quale è stato giudicato colpevole.

La figura della confisca tradizionale implica una doppia sfida per lo Stato: da una parte, è necessario dimostrare che l'imputato sia effettivamente responsabile del fatto che gli viene contestato; dall'altra parte, occorre provare che i beni identificati o sequestrati nel corso del procedimento abbiano qualche tipo di collegamento causale con il reato accertato nel processo.

L'entità di queste sfide è risultata schiacciante per il sistema giudiziario. Di conseguenza, la confisca tradizionale riveste, oggi, un ruolo modesto o nullo nella politica di contrasto ai fenomeni della macrocriminalità<sup>2</sup>.

In Argentina, almeno due fattori spiegano l'inefficacia della confisca tradizionale: l'assenza di una politica criminale strategica da parte del *Ministerio Público Fiscal*<sup>3</sup> e l'estrema lentezza dei processi<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> J. BOUCHT, *Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners?*, in *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, a cura di K. Ligeti-M. Simonato, Hart Publishing, Oxford 2017, pp. 117-119.

<sup>3</sup> A venire in rilievo è la mancanza di una politica di perseguimento penale strategica da parte del *Ministerio Público Fiscal*. Attualmente, mancano indicazioni di politica criminale necessarie a decidere quali casi giustificano la formalizzazione di un'accusa contro gli imputati e quali, invece, possono essere gestiti attraverso soluzioni alternative. In un sistema basato sulla confisca tradizionale, questa omissione risulta fatale: la decisione di formulare un'accusa non è, infatti, preceduta da una valutazione (tra le altre che potrebbero considerarsi rilevanti) sulla probabilità di recuperare beni direttamente o indirettamente associati al reato.

<sup>4</sup> L'irrilevanza della confisca è una conseguenza dell'estrema dilatazione dei tempi del processo. Il sistema di giustizia penale, a livello federale, è configurato in modo tale che le sentenze di condanna non possano essere eseguite sino alla loro irrevocabilità, e la confisca segue la stessa sorte. In termini procedurali, la confisca tradizionale interviene, cronologicamente, in un momento successivo alla dichiarazione di responsabilità degli autori del fatto. In questo senso, deve essere messa in luce una circostanza sottovalutata dai giuristi: lo sviluppo della trama di garanzie processuali non ha tenuto in alcun conto il problema dell'efficacia e della sostenibilità delle medesime garanzie da parte nel sistema giudiziario. Tale indifferenza si manifesta, per quel che qui interessa, nella scarsa probabilità di realizzare la confisca in un tempo ragionevole. Ecco che l'ingiustificato prolungarsi del processo nel tempo, di solito, affligge gli imputati più vulnerabili, ma risulta provvidenziale per i più potenti.

Invero, nei casi in cui si riesca ad apprendere in via cautelare i beni associati al reato, la frustrante lunghezza del processo li rende obsoleti. Inoltre, gli enti pubblici non possono disporre e – nella migliore delle ipotesi – devono effettuare ingenti spese per conservarli.

A causa di queste difficoltà, la comunità internazionale sostiene da tempo la necessità di semplificare i meccanismi applicativi della confisca. Ricordiamo le due sfide che comporta la versione tradizionale dell'istituto: la dichiarazione di responsabilità degli imputati e il legame causale tra il reato accertato e i beni identificati.

Le modifiche apportate alla confisca tradizionale cercano di attenuare la complessità di uno dei seguenti ostacoli.

Anzitutto, la confisca estesa richiede, ad esempio, una previa condanna degli autori, ma si connota per altri due elementi rilevanti: da una parte, attenua la necessità di verificare il nesso causale tra il reato e i beni soggetti a confisca; dall'altro, inverte l'onere della prova e obbliga il condannato a provare che i beni non hanno relazione alcuna con la condanna emessa nei suoi confronti<sup>5</sup>.

Inoltre, la confisca non basata su una condanna o – come è noto in Argentina – l'estinzione del diritto di proprietà, è una figura progettata appositamente per affrontare il primo problema, ovvero la dichiarazione di responsabilità dell'imputato.

L'istituto ha diverse manifestazioni. La versione più diffusa è quella che mira a privare il titolare dei beni connessi al fatto illecito, nei casi in cui lo Stato è materialmente o formalmente impedito ad ottenere la condanna dei sospettati. Esempi paradigmatici di questi ostacoli sono la morte, la fuga o la contumacia dell'imputato; la prescrizione del reato; l'individuazione di lacune probatorie insormontabili per accertare il fatto in sede penale, ecc.

La variante più invasiva di questa figura esime lo Stato da qualsiasi argomentazione relativa all'impossibilità di seguire la via tradizionale (rappresentata dalla condanna seguita da confisca). L'estinzione del diritto di proprietà procede, in tal caso, su una via autonoma e assolutamente slegata dal processo penale. Tale "scissione" può presentarsi a diversi livelli.

Gli esperti identificano, in generale, due modelli di estinzione. Il primo è denominato "ibrido" e contempla la confisca quale strumento di diritto penale. Ciò avviene, ad esempio, nell'istituto previsto dal §76a(iv) del Codice penale tedesco. Al contrario, il modello "puro" delinea una scissione quasi assoluta tra il processo penale e la procedura relativa ai beni. Possono

---

<sup>5</sup> M. SIMONATO, *Extended Confiscation of Criminal Assets: Limits and Pitfalls of Minimum Harmonisation in the EU*, in «European Law Review», 41, 2016, pp. 727 e ss.

essere ricondotte a questo paradigma le procedure di *civil recovery* previste negli Stati Uniti<sup>6</sup>, nel Regno Unito e in Irlanda.

Un'altra caratteristica dell'estinzione del diritto di proprietà attiene al suo funzionamento. Si tratta di un'azione *in rem*, vale a dire, una pretesa diretta contro i beni che si intendono confiscare. L'istituto consiste, sostanzialmente, nell'estromissione del titolare dal diritto sulla cosa, e nella "personificazione" di parte del suo patrimonio. Negli Stati Uniti, ad esempio, questa aspirazione si verifica già nella denominazione della causa<sup>7</sup>.

Poiché la confisca può essere considerata quale misura propria del diritto penale o meno, lo *standard* probatorio potrebbe non essere lo stesso. La natura giuridica della confisca senza condanna può, dunque, alterare anche l'onere della prova richiesto per autorizzarla.

La nozione di "onere dinamico della prova" consente attualmente di esigere che colui che si trovi nelle migliori condizioni per dimostrare una proposizione sia tenuto a farlo, pena l'accettazione dei fatti affermati dalla parte contraria<sup>8</sup>. Questo criterio potrebbe essere applicato nel caso in cui si ricostruisca la confisca senza condanna quale strumento di natura civile.

D'altro canto, se l'istituto fosse considerato una misura propria del diritto penale, questo non potrebbe, in principio, sopportare una diminuzione dello *standard* di prova e neppure potrebbe essere richiesto all'imputato di fornire prova della sua innocenza. Le questioni legate alla riduzione dello *standard* di prova e alla creazione di presunzioni circa l'origine illecita dei beni sono particolarmente controverse<sup>9</sup>.

Coloro che inquadrano la confisca senza condanna come istituto di

---

<sup>6</sup> Gli Stati Uniti hanno introdotto la confisca come conseguenza penale (*criminal forfeiture*) in due atti normativi: la *Continuing Criminal Enterprise Act* (CCE) e la *Racketeer Influenced And Corrupt Organizations Act* (RICO). Accanto alla configurazione "penale" dell'istituto, non ha tardato a profilarsi una forma "civile" di confisca (*civil forfeiture*) nella *Comprehensive Drug Abuse Prevention And Control Act* del 1970, che ha introdotto una procedura *in rem*, senza alcun collegamento con la condanna dei responsabili di un reato. Questa forma di confisca civile è diventata lo strumento principale delle politiche di "tolleranza zero" nei confronti del fenomeno del traffico di droga nelle amministrazioni di Reagan e Bush, a partire dal 1988.

<sup>7</sup> È comune una denominazione dell'affare, che include lo Stato, in qualità di attore, combinato con un oggetto specifico. A titolo d'esempio: "*Lo Stato della Virginia contro u.\$s200.000*" o simili.

<sup>8</sup> M. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 258.

<sup>9</sup> J. BOUCHT, *Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty*, in «*EJCL & CJ*», 21, pp. 127-162.

natura civile evidenziano che i reati legati al crimine organizzato sono difficili da provare<sup>10</sup>. Pertanto, la confisca degli attivi può essere uno strumento altamente efficace per combattere la corruzione solo nella misura in cui la sua applicazione non richieda il rispetto delle garanzie costituzionali generalmente richieste per imporre ad un individuo sanzioni penali<sup>11</sup>.

Si tratterebbe di uno strumento volto ad impedire a coloro che commettono attività illecite, anzitutto, di beneficiare dei loro reati, con l'obiettivo di scoraggiare le attività illegali e, allo stesso tempo, di evitare che tali attivi vengano impiegati nella commissione di ulteriori reati<sup>12</sup>.

Nell'estinzione del diritto di proprietà di matrice civile ci troviamo di fronte a un'azione completamente autonoma rispetto a quella esercitata nel processo penale. In genere, si richiede che l'azione civile sia complementare a quella penale; nella maggioranza degli Stati, l'azione esercitata in sede civile ha l'obiettivo di dichiarare il diritto di proprietà dei beni in capo allo Stato<sup>13</sup>. Questa è regolata dai principi propri del diritto civile in termini di *standard* probatorio e oneri probatori, ed è considerata un'azione di carattere reale, poiché si rivolge contro beni presumibilmente illeciti. Lo Stato indaga circa l'origine degli attivi, generalmente basandosi sulla sproporzione tra il patrimonio del titolare e le attività che egli dichiara di svolgere, oppure sul nesso tra i beni e il reato<sup>14</sup>.

D'altra parte, ci sono molti autori che considerano la confisca come una forma di punizione. Dal punto di vista del penalista, questo istituto, inquadrato nell'ambito del diritto civile e con gli *standard* valevoli in

<sup>10</sup> G. JORGE, *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*, Universidad de San Andrés, p. 44, disponibile al seguente link: <http://hdl.handle.net/10908/516>.

<sup>11</sup> T. TRINCHERA, *Confiscation and asset recovery: better tools to fight bribery and corruption crime*, in *Criminal Law Forum*, 2020, p. 7, disponibile al link: <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09382-1>.

<sup>12</sup> T. S. GREENBERG-L. M. SAMUEL-W. GRANT-L. GRAY, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condenas*, Banco Mundial y Mayol Ediciones, Colombia 2009, p. 9.

<sup>13</sup> La confisca estesa comporta anche un'azione esercitata in sede civile, sebbene in questo caso la figura abbia come presupposto l'esistenza di una condanna penale. Nel processo civile verrà determinata l'influenza che tale reato ha avuto sull'aumento del patrimonio del condannato. In questo istituto non solo è consentita la confisca dei beni provenienti dal reato o dei beni che li hanno sostituiti, ma è anche possibile includere nella confisca una serie di beni che, entro un determinato periodo di tempo, sono presumibilmente illeciti. (T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, in «*InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*», Barcellona 2014, p. 17, disponibile su <https://indret.com/confisca-cronaca-di-una-riforma-annunciata/>).

<sup>14</sup> JORGE, *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina*, cit., p. 46.



quella sede, sembra violare in modo evidente la presunzione d'innocenza<sup>15</sup>. Invero, una volta ammesso il carattere punitivo della confisca, si sostiene invariabilmente che un processo basato unicamente sul sospetto non costituisce base sufficiente per applicare una misura sanzionatoria<sup>16</sup>.

### 3. *La natura controversa della confisca: profili civilistici e ricadute afflittive*

Analizzando l'istituto, emerge che si tratta davvero di una misura *sui generis*. I confini tra le varie classificazioni sembrano svanire e non è chiaro a quale di esse possa essere ricondotto il fenomeno giuridico considerato. Ma esaminare l'istituto tentando di ricondurlo all'una o all'altra delle due aree del diritto conduce ad una conclusione erranea.

Parafrasando Maier, la nostra struttura mentale sembra richiedere – per motivi culturali – mondi morali e normativi elaborati in “bianco o nero” nonostante la realtà sia sufficientemente colorata alla luce dei nostri sensi<sup>17</sup>. Risulta alquanto difficile, anzi impossibile, tracciare una linea assolutamente precisa tra cose, situazioni o persone a cui fa riferimento un concetto, in modo tale da non confondere tale concetto con quello contiguo o con quello opposto, perché una linea di demarcazione non esiste ed è possibile individuare soltanto una “fascia di confine”<sup>18</sup>.

Per affrontare le implicazioni del fenomeno giuridico analizzato, sarebbe necessario tener conto delle parole di Hassemer e Muñoz Conde, i quali proponevano di creare un “Diritto di intervento”, posto tra il Diritto penale e il Diritto sanzionatorio amministrativo<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Per un'analisi degli elementi introdotti nel dibattito tra garanzie ed efficacia focalizzato sulla confisca dei profitti, si veda A. M. Maugeri, *L'irrefrenabile tendenza espansiva della confisca quale strumento di lotta contro la criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro, Giuffrè, Milano 2004, p. 97 e ss.

<sup>16</sup> S. CASSELLA, *Asset Forfeiture Law in the United States*, Juris, Huntington 2013, p. 3; nello stesso contesto, mantenendo l'idea della confisca come sanzione penale in Italia: A. ALESSANDRI, voce *Confisca*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, Torino 1989, pp. 44-50.

<sup>17</sup> J. B. MAIER, *Lecturas de derecho procesal penal. Seminarios y conferencia en Tierra del Fuego*, AdHoc, Buenos Aires, 2021, p. 157.

<sup>18</sup> G. CARRIO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1983, pp. 245 e ss.

<sup>19</sup> W. HASSEMER- F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Editorila Tirant Lo Blanch, Valencia 1995, p. 46.

Julio Maier sosteneva che, dal punto di vista dello Stato di diritto, l'idea di un diritto intermedio fra quello privato e quello penale non è né assurda né sbagliata, come affermato da Hassemer<sup>20</sup>. La rigidità del diritto penale è necessaria per giustificare la grave reazione che esso implica. Ne deriva che il medesimo livello di protezione non è necessario nell'intero sistema giuridico né nell'intero sistema sanzionatorio<sup>21</sup>.

Ciò si manifesta chiaramente nelle regole di valutazione della prova vevolevoli nel sistema giuridico statunitense. Nel diritto penale degli Stati Uniti prevale la formula, più garantista, *beyond a reasonable doubt*, che richiede una convinzione piena – al di là di ogni ragionevole dubbio – da parte del giudice. Nel processo civile, invece, è sufficiente la *preponderance of the evidence*, ovvero una maggiore probabilità dell'accadimento dei fatti in un certo modo. Nel diritto civile dei *punitive damages*, in cui sono previsti alcuni strumenti punitivi, si sostiene che debba avere più garanzie e diventare più rigoroso nella formulazione di giudizi d'imputazione<sup>22</sup>.

Ciò non mira a consentire una punizione al di fuori del regime processuale penale, ma piuttosto suggerisce che potrebbe essere necessario un regime di garanzie più rigoroso, sebbene la misura non rappresenti una punizione *strictu sensu*. Possono esserci misure che, in linea di principio, sono

<sup>20</sup> Per il diritto penale resta, invece, la regolamentazione e l'amministrazione della forza pubblica, capace di raggiungere livelli critici (come quando arriva a privare il soggetto della libertà); ciò rende necessario il rispetto rigoroso delle garanzie liberali proprie dello Stato di diritto (J. B. MAIER, *Lecturas de derecho procesal penal*, cit., p. 164). Maier conclude in modo simile: «Ho proposto, quindi, un diritto della privazione della libertà – che comprenderebbe anche altre istituzioni o conseguenze giuridiche anche fondate su un titolo diverso da quello della pena (custodia cautelare, misure) – che rispetti al massimo tutte le garanzie giuridiche proprie dello Stato di diritto, separato dal diritto amministrativo sanzionatorio che, senza negare lo Stato di diritto, può rispondere con garanzie di applicazione più lasche, adatte alla conseguenza giuridica di minore gravità, fattibile di semplice riparazione in caso di errore nell'applicazione» (cfr. J. B. MAIER, *Lecturas de derecho procesal penal*, cit., p. 165). Silva Sánchez, nella medesima direzione, propone una legittimazione parziale ed eccezionale dell'espansione del diritto penale attraverso un "Diritto penale a due velocità": una prima velocità, rappresentata dal Diritto penale "del carcere", in cui dovrebbero essere rigidamente mantenuti i principi politico-criminali classici, le regole di imputazione e i principi processuali; una seconda velocità per i casi in cui, non trattandosi più di detenzione in carcere, ma di pene consistenti in privazione di diritti o sanzioni pecuniarie, quei principi e quelle regole potrebbero subire una "flessibilizzazione" proporzionata alla minore intensità della sanzione (cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo 2006, p. 183).

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, cit., p. 167.

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, cit., pp. 170-171.

penali ma che non appartengono al “nucleo” dell’accusa penale, così come possono esserci misure che, per certi aspetti, non sembrano appartenere propriamente al diritto civile, ma, tuttavia, non sono strumenti penali. Deve essere ammessa una certa gradualità nelle regole di imputazione e nei principi di garanzia.

Per quanto riguarda l’applicazione delle garanzie proprie del diritto penale alla procedura di confisca, dobbiamo partire da una premessa rilevante: l’istituto non comporta la privazione della libertà. Si tratterebbe, casomai, di un potere sanzionatorio di natura patrimoniale. Pertanto, la distinzione tra i processi penali *strictu sensu* e quelli inerenti alla confisca, implica la possibilità che il potere sanzionatorio “patrimoniale” sia esercitato con minor rigore, rispetto a quanto avviene nell’applicazione della legge penale (strettamente intesa)<sup>23</sup>. La CEDU ha ammesso, in tal senso, che non tutto il diritto penale appartiene al “nucleo” in riferimento al quale le garanzie devono essere applicate con rigore<sup>24</sup>.

Allora, dovremmo interrogarci in ordine alle condizioni, ai limiti e agli *standard* probatori necessari per disporre la confisca senza condanna.

La difficoltà nel rispondere a tali interrogativi risiede nel fatto che la misura *de qua* non è inclusa nel nucleo duro del diritto penale (ma nemmeno ne è così lontana) ed indubbiamente non può essere ricompresa nell’ambito del diritto civile. Dunque, le risposte dovrebbero tenere in considerazione la natura controversa di questo istituto e del suo maggiore o minore avvicinamento all’ambito sanzionatorio. Risposte che, tuttavia, tardano ad arrivare.

#### 4. *Standard probatori e onere della prova*

Come emerge da quanto detto sin qui, una serie di elementi distingue le procedure di confisca senza condanna dalle procedure civili ordinarie, senza trasformarle necessariamente in procedure penali. Una delle questioni che

---

<sup>23</sup> Le garanzie tradizionalmente vigenti nel diritto penale sarebbero legate al fatto che le conseguenze giuridiche dell’esercizio del potere di punire erano tradizionalmente la pena di morte e le pene corporali, e ancora oggi la pena privativa della libertà è così intimamente legata all’*essere* – e non all’*avere* – della persona (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, cit., pp. 168-169). L’A. sostiene che il problema non è tanto l’espansione del diritto penale in generale, ma specificamente l’espansione del diritto penale della pena privativa della libertà: quest’ultima è quella che deve essere davvero contenuta.

<sup>24</sup> V. *Jussila c. Finlandia*, richiesta n° 73053/01 (CEDU, 23 novembre 2006).

rende difficile accettare la loro caratterizzazione come istituti di natura civile è la connessione con una condotta criminale.

Anche nei casi in cui la confisca senza condanna non sia collegata ad un processo penale (poiché potrebbe essere ordinata indipendentemente dal fatto che il convenuto sia stato condannato o assolto o che sia stato avviato un qualsiasi procedimento penale), ciò non significa che sia completamente separata dal campo della giustizia penale. Infatti, nonostante la natura *in rem* della procedura, c'è una connessione con una condotta criminale sottostante.

Analizzando la giurisprudenza dei Paesi che hanno introdotto la confisca senza condanna, possiamo osservare che gli organi giurisdizionali tendono ad essere estremamente deferenti con il Parlamento, perché danno per certo che l'estinzione del diritto di proprietà sia ciò che i legislatori desiderano, ma ignorano ciò che questa misura rappresenta effettivamente.

La giurisprudenza privilegia eccessivamente l'intenzionalità della normativa e trascura di considerare, analizzando alcune sfaccettature dell'istituto, che la decisione di confiscare comporta una sanzione. Indipendentemente dalle etichette, l'estinzione del diritto di proprietà costituisce una manifestazione del potere sanzionatorio dello Stato, ma viene amministrato attraverso un processo semplificato, violando i principi del giusto processo.

Da questa prospettiva, la perdita del diritto di proprietà sui beni che fanno parte del patrimonio dell'interessato è un trattamento intenzionale lesivo che lo Stato infligge a causa della commissione di reati.

Una questione di politica criminale cruciale, che deve essere analizzata, è come ridurre il rischio di errore<sup>25</sup>. Come anticipato, sembra ragionevole

---

<sup>25</sup> Il punto di partenza per comprendere il tipo di condizioni che entrano in gioco nello stabilire uno *standard* di prova è capire che la funzione dello *standard* è la distribuzione del rischio di errore tra le parti. Ad esempio, se aumentiamo la soglia di prova nel processo penale, avremo un minore rischio di condanne di innocenti, poiché sarà più difficile raccogliere il livello necessario di prove incriminanti contro di loro, ma avremo un rischio maggiore di colpevoli assolti, dato che sarà più difficile soddisfare i requisiti di prova stabiliti dallo *standard* anche per i soggetti che effettivamente abbiano commesso i fatti loro imputati. In senso inverso, se abbassiamo il livello di prova richiesto dallo *standard*, avremo un minor rischio di colpevoli assolti, perché sarà più facile raccogliere prove di colpevolezza che consentano di raggiungere il livello richiesto, ma un rischio maggiore di innocenti condannati, perché anche per questi sarà più facile superare il grado di conferma richiesto. Pertanto, lo *standard* di prova, insieme ad altre regole come quelle che stabiliscono oneri della prova o presunzioni, ha l'effetto di distribuire il rischio di errore tra le parti (J. FERRER BELTRAN, *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Città del Messico 2022, pp. 438 e ss.).

giustificare la tendenza a differenziare tra la sottrazione di parte del patrimonio e l'accertamento della responsabilità penale, in modo tale che la prima ha meno garanzie processuali e uno *standard* di prova più basso<sup>26</sup>.

Lo *standard* tradizionale blackstoniano basato sulla massima secondo cui è preferibile assolvere dieci colpevoli che condannare ingiustamente un innocente è applicabile alla responsabilità penale, ma risulta ragionevole non applicarlo alla confisca. È vero che esiste una differenza tra le misure volte a stabilire la responsabilità penale e quelle finalizzate alla confisca di beni. Tuttavia, anche se si riconoscesse tale differenza, sarebbe lecito chiedersi fino a che punto questo argomento possa essere utilizzato legittimamente per giustificare la riduzione delle garanzie processuali e restrizioni sostanziali nei procedimenti di estinzione del diritto di proprietà.

L'approccio assunto dalle diverse legislazioni e dalla giurisprudenza in generale ci costringe ad evidenziare le caratteristiche dell'estinzione del diritto di proprietà che consigliano di differenziarla dall'ambito civile e, di conseguenza, suggeriscono un innalzamento dello *standard* di prova<sup>27</sup>.

La prima è evidente: l'estinzione del diritto di proprietà è promossa dallo Stato, cioè il richiedente è un'autorità pubblica, e la sentenza ordina una misura che interferisce significativamente con il diritto costituzionale di proprietà. Il processo giudiziario comporta una relazione verticale tra lo Stato e il cittadino, propria del diritto amministrativo<sup>28</sup>.

D'altra parte, l'istituto condivide lo scopo preventivo del sistema di giustizia penale. Il che vale anche se si rifiutasse di assegnare alla sottrazione del bene un carattere punitivo. Anche sostenendo che la decisione giudiziaria restituisce semplicemente le cose allo stato precedente, è impossibile ignorare lo scopo finale che si insegue con questo sistema alternativo. In fondo, si tratta di colpire le organizzazioni criminali in modo che esse perdano potenza; oppure di recuperare il denaro sottratto all'erario pubblico per rendere meno attraenti le pratiche criminali.

In terzo luogo, la necessità di aumentare lo *standard* di prova deriva anche dalla riduzione dell'oggetto del processo di estinzione del diritto di

---

<sup>26</sup> L. LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 107 e ss., postula la necessità di determinare la distribuzione degli errori che riteniamo adeguata, per poi stabilire lo *standard* di prova in grado di produrre una tale distribuzione.

<sup>27</sup> In questo contesto, seguiremo BOUCHT, *Extended Confiscation*, cit., p. 185 ss.

<sup>28</sup> In tal senso, la commissione giudiziaria della Camera dei rappresentanti degli Stati Uniti ha concluso così: «lo *standard* civile generale di prova – *preponderance of the evidence* – è uno *standard* troppo basso da assegnare allo Stato in questo tipo di casi. Serve uno *standard* di prova più alto che riconosca che lo Stato sta effettivamente sostenendo che è stato commesso un reato» (Camera dei Rappresentanti, Relazione 106–92, 18 giugno 1999, 12).

proprietà. Nella sua versione più diffusa, la privazione di tale diritto richiede di dimostrare una relazione piuttosto generica o aspecifica tra il bene e le attività illecite. Questo “lassismo probatorio” rappresenta una concessione rilevante fatta all'accusa e alle pretese della politica criminale. Abbinare questa semplificazione probatoria con lo *standard* di prova applicabile al processo civile aumenta sproporzionatamente il rischio di una sottrazione errata del diritto di proprietà.

Infine, la sentenza di estinzione del diritto di proprietà ha una dimensione reputazionale che non si osserva nel processo civile (almeno nel processo civile tipico, attinente – per esempio – ad un credito monetario). L'effetto stigmatizzante dell'intervento sarebbe un fatto verificabile non dipendente dalla caratterizzazione dell'istituto come punitiva o restitutiva<sup>29</sup>.

Certamente, i procedimenti di estinzione del diritto di proprietà senza condanna sono normalmente *in rem*, non *in personam*, e in quanto tali sono diretti contro la proprietà e non contro il possessore. Tuttavia, la proposizione secondo cui questa finzione giuridica impedisce che l'ombra della responsabilità penale cada sul proprietario potrebbe non essere del tutto convincente, specialmente nei sistemi giuridici nei quali la confisca preventiva è una novità e la società non è abituata alla distinzione tra procedimento *in rem* e procedimento *in personam*. Di conseguenza, in questi casi è sempre presente il rischio di stigmatizzazione<sup>30</sup>.

In ogni caso, l'estinzione del diritto di proprietà dei beni legati alle attività illecite danneggia fortemente l'immagine delle persone coinvolte<sup>31</sup>. Tale circostanza giustifica l'uso di uno *standard* di prova più rigoroso rispetto alla semplice preponderanza delle prove (o bilancio di probabilità).

<sup>29</sup> È vero che vi sono questioni di progettazione e implementazione che possono determinare tale impatto. Per esempio, potrebbe essere vietata qualsiasi comunicazione ufficiale che faccia riferimento al proprietario interessato, oppure la diffusione di dettagli capaci di identificare le persone coinvolte.

<sup>30</sup> V. TADROS-S. TIERNEY, *The Presumption of Innocence and the Human Rights Act*, in «*Mod. L. Rev.*», 67 (3), 2004, pp. 431-432.

<sup>31</sup> La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ha riconosciuto che lo stigma è una caratteristica potenzialmente dannosa di alcune misure legate alla giustizia penale. Nel caso *S. & Marper contro il Regno Unito*, richieste n° 30562/04 e 30566/04 (CEDU, 4 dicembre 2008), § 122, la Corte ha sottolineato che il rischio di stigmatizzazione è una preoccupazione particolare nei confronti persone che non sono state condannate per alcun crimine e hanno il diritto alla presunzione di innocenza, ma ricevono lo stesso trattamento di persone condannate. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, la polizia aveva prelevato campioni di DNA da due soggetti, che erano stati conservati anche dopo che questi erano stati assolti da qualsiasi reato. V. anche *Jussila c. Finlandia*, n° 73053/01 (CEDU, 23 novembre 2006), § 43.

## 5. Conclusione

Sembrano esserci ragioni sufficienti per sostenere che lo *standard* di prova dovrebbe essere più elevato di un “equilibrio delle probabilità”, ma al di sotto di “oltre ogni ragionevole dubbio”, indipendentemente dalla natura giuridica dell’estinzione del diritto di proprietà.

Boucht propone uno *standard* di prova che comporta un equilibrio di probabilità qualificato (tra il 70% e l’80%), il quale richiede al giudice di trovare chiaramente più probabile, basandosi sull’intera visione del caso e sulle circostanze, l’ipotesi secondo cui la proprietà costituisca o rappresenti il profitto di un comportamento illecito<sup>32</sup>. Indipendentemente dalle possibilità di formulare uno *standard* di prova in questi termini<sup>33</sup>, è certo che possiamo concludere, in base a quanto detto sinora, che la confisca non dovrebbe basarsi su un’inversione dell’onere della prova, ma piuttosto su un livello di prova relativamente alto, come quello proposto.

Tuttavia, le nozioni sull’onere della prova nelle procedure di confisca senza condanna di solito includono regole che invertono tale onere, attribuendo all’interessato la responsabilità di dimostrare l’origine lecita dei beni<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> J. BOUCHT, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Hart Publishing, Londra 2017, p. 191.

<sup>33</sup> Sulla possibilità di fissare *standard* nei termini matematici proposti, si può consultare l’eccellente discussione nei seguenti lavori: L. LAUDAN, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, in «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 28, 2005, pp. 95-113; M. GASCON ABELLAN, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, in «DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho», 28, 2005, pp. 127-139 (v. in particolare, p. 135 e ss.); M. TARUFFO, *Tres observaciones sobre “Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan*, in «DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho», 28, 2005, pp. 115-126; D. DEI VECCHI, *Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad*, in «Discusiones XIII», no. 13, 2/2013, pp. 252 e ss. La questione supera i limiti di questo lavoro. Per un’analisi dei requisiti metodologici per formulare uno standard di prova, si può consultare anche FERRER BELTRAN, *Manual de Razonamiento probatorio*, cit., pp. 433 e ss.

<sup>34</sup> Anche nel caso *Grayson & Barnham c. Regno Unito* (richieste n° 19955/05 e 15085/06 del 23 settembre 2008), la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), analizzando la garanzia di un giusto processo ai sensi dell’art. 6 CEDU (§ 49), ha dichiarato la compatibilità dell’inversione dell’onere della prova relativa ai fondi disponibili, sostenendo che le relative questioni rientrano nella conoscenza particolare dei richiedenti e che l’onere che gravava su ciascuno di essi non sarebbe stato difficile da affrontare se le dichiarazioni sui loro affari finanziari fossero state veritiere. Una decisione simile è stata presa dalla CEDU nel caso *Gogitidze c. Georgia* (cit).

Anche se il proposito dei procedimenti di confisca non è andare oltre il ripristino dello *status quo ante*, invertire l'onere della prova aumenta notevolmente il rischio di decisioni di confisca errate. Invero, il fatto che un certo elemento possa essere all'interno della sfera di conoscenza del convenuto non significa necessariamente che gli sia facile provarlo.

In definitiva, il fatto che il procedimento di confisca non preveda le stesse garanzie né lo stesso *standard* di prova di un processo penale non implica che debba essere considerato alla stregua di un procedimento civile. Anche se fosse vero che la confisca ha uno scopo puramente ripristinatorio, le caratteristiche del fenomeno giuridico preso in esame implicano una considerazione differenziata su questi aspetti.





TERZA SESSIONE  
NUOVE TECNOLOGIE, INTELLIGENZA ARTIFICIALE E  
GARANZIE PROCESSUALI



Giulia Fiorelli

## *Calcolabilità della decisione e giustizia algoritmica*

Sommario: 1. Alle origini della calcolabilità giuridica – 2. La nomofilachia quale baluardo a tutela della prevedibilità decisoria – 3. Dalla prevedibilità alla predizione: l'impiego della giustizia algoritmica nel processo penale.

### *1. Alle origini della calcolabilità giuridica*

Raramente l'attenzione degli studiosi si è concentrata, con intensità e preoccupazione crescente su un terreno tanto delicato quale si è dimostrato quello della "calcolabilità"<sup>1</sup> degli esiti giudiziari.

La delicatezza del tema risiede nella capacità dello stesso di rendere attuali, alla luce delle sfide lanciate dal progresso della scienza e, in particolare, dall'Intelligenza Artificiale, interrogativi di radicale portata che coinvolgono il rapporto tra legge ed interpretazione, tra legislatore e giudice.

Invero, il bisogno di "calcolabilità", sebbene stia richiamando, di recente, l'attenzione dei fautori della giustizia predittiva, rappresenta, tuttavia, un'esigenza avvertita già molto tempo prima che l'Intelligenza Artificiale facesse ingresso nel campo della giustizia penale.

L'aspirazione a riconoscere razionalità ed obiettività meccanica, quasi matematica, all'operazione decisoria del giudice era ben presente già negli studi del filosofo e matematico Gottfried Wilhelm von Leibniz. Secondo la profezia leibniziana, «quando sorgeranno delle controversie, non ci sarà maggior bisogno di discussione tra due filosofi di quanto ce ne sia tra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che prendano la penna in

---

<sup>1</sup> La genesi della formula si deve a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in «Riv. dir. civ.», 2015, p. 11 ss., e, successivamente, ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016; a cui va ascritto il merito di aver dato impulso alla speculazione teorica sul tema della calcolabilità giuridica. Per un approccio multidisciplinare alla tematica della calcolabilità, si rinvia ai preziosi contributi racchiusi in *Calcolabilità giuridica* a cura di A. Carleo, Il Mulino, Bologna 2017.

mano, si siedano a tavolino, e si dicano reciprocamente [...] calcoliamo»<sup>2</sup>. Il proposito era quello di adottare, anche nel mondo del diritto, un approccio scientifico che consentisse ai giuristi di “calcolare” enunciati e precetti normativi con la medesima «certezza geometrica»<sup>3</sup> impiegata dai matematici.

La metafora del diritto calcolabile, in modo oggettivo, come una macchina si ritrova, altresì, negli studi economici di Max Weber, a cui va senz'altro ascritto il merito di aver ravvisato nella “calcolabilità giuridica”<sup>4</sup> uno dei tratti fondanti della società moderna capitalistica<sup>5</sup>. Un diritto calcolabile permette, infatti, all'imprenditore di prevedere non solo il fabbisogno di mercato, il costo della mano d'opera e delle materie prime, ma, altresì, i tempi e le modalità di applicazione della legge in caso di controversie giudiziali.

Questo bisogno di prevedibilità della risposta giuridica postula necessariamente l'idea di un giudice ridimensionato nel ruolo di meccanico esecutore della legge<sup>6</sup>, imprescindibile per ridurne l'arbitrio nel giudizio.

<sup>2</sup> A conferma dell'approccio geometrico alle questioni sorte dal mondo sociale, si richiama l'ulteriore celebre passo di G.W. LEIBNIZ, *De scientia universalis seu calculo philosophico*, in *Die Philosophische Schriften von G.W. Leibniz*, a cura di C.I. Gerhardt, Wiedmann, Berlin 1875, pp. 82-85, trad. it. in Id., *Scritti di logica*, a cura di F. Barone, Zanichelli, Bologna 1968, p. 237.

<sup>3</sup> Così, G.W. LEIBNIZ, *Initia et Specimina Scientiae novae Generalis pro Instaurazione et Augmentis Scientiarum ad publicam felicitatem*, in *Die Philosophische Schriften von G.W. Leibniz*, a cura di C.I. Gerhardt, Wiedmann, Berlin 1875, trad. it. in G.W. LEIBNIZ, *Principi ed esempi della scienza generale*, in *Scritti di logica*, a cura di F. Barone, Giuffrè, Milano 2009, p. 121.

<sup>4</sup> Si rinvia a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen 1922, trad. it. in M. WEBER, *Storia economica. Linea di una storia universale dell'economia e della società*, Donzelli, Roma 1996, p. 294 ss.

<sup>5</sup> Secondo M. WEBER, *Sociologia della religione*, Torino, Einaudi 2002, p. 14, il capitalismo «ha bisogno, oltre che di mezzi tecnici di lavoro calcolabili, anche di un diritto calcolabile e di un'amministrazione in base a regole formali». Nel descrivere la genesi del capitalismo occidentale, N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in «Riv. soc.», 2015, p. 802, richiama il pensiero di Max Weber, evidenziando l'importanza del calcolo giuridico e, cioè, della prevedibilità dell'esito delle controversie, quale «fattore di razionalità economica».

<sup>6</sup> Secondo il noto modello weberiano di *Paragraphen automat* ovvero una «macchina nella quale si inseriscono gli atti e da cui si può raccogliere poi la sentenza», così M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen 1922, p. 18: «[D]er Richter [ist] [...] mehr oder minder ein Paragraphen-Automat [...], in welchen man oben die Akten nebst den Kosten und Gebühren hineinwirft, auf daß er unten das Urteil nebst den mehr oder minder stichhaltigen Gründen ausspeie: dessen Funktionieren also jedenfalls im großen und ganzen kalkulierbar ist».

Si tratta, del resto, di un'esigenza che aveva qualificato già gli ideali illuministici, fondati – come noto – su un giudice *bouche de la loi*, assimilabile ad un «essere inanimato»<sup>7</sup>, e su una decisione intesa come meccanica sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Secondo il modello meccanicistico di decisione, il giudice si sarebbe limitato, infatti, ad eseguire un'operazione logico-deduttiva di tipo sillogistico<sup>8</sup>, circoscritta unicamente a ricondurre il fatto storico (*premessa minore*) alla norma di legge generale e astratta (*premessa maggiore*). Solo l'incedere automatico del “calcolo” sillogistico avrebbe consentito di limitare la discrezionalità del giudice e di raggiungere, così, la certezza del diritto<sup>9</sup>,

Non è una novità, però, che la calcolabilità del diritto e, in particolare, la calcolabilità della fattispecie normativa stia versando, da tempo, in uno stato di profonda sofferenza<sup>10</sup>.

La crisi della postmodernità giuridica<sup>11</sup>, che abbraccia oramai ogni

<sup>7</sup> In questi termini, MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Barillot, Ginevra 1748, ora in ID., *De l'esprit des lois*, a cura di R. Derathé, vol. I, t. XI, Flammarion, Paris 1979, p. 301, per cui: «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*».

<sup>8</sup> L'iniziale formulazione della dottrina sillogistica del giudizio risale a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Coltellini, Livorno 1764, § IV, p. 15, il quale, adattando al campo giuridico il sillogismo “scientifico” aristotelico, riconosceva in capo al giudice unicamente il compito di applicare la norma che si ricava letteralmente dal testo legislativo, mediante un ragionamento di tipo sillogistico, per cui «la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena».

<sup>9</sup> Sulla certezza del diritto come valore giuridico fondamentale, si rinvia alle considerazioni di N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in «Riv. int. fil. dir.», 1951, p. 150 ss. Per la molteplicità di significati riconosciuti alla locuzione “certezza del diritto”, si veda, tra gli altri, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino 2005, p. 35. Resta fondamentale sul tema, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1970 e, da ultimo, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in «Dir. pubbl.», 2018, p. 517 ss.

<sup>10</sup> Sul tema, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in «Riv. dir. proc.», 2014, p. 44 ss. Secondo G. ZACCARIA, *Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in «Ars interpretandi», 2019, p. 7, lo strumento migliore attraverso il quale i giuristi cercano, da sempre, di limitare l'incertezza e l'imprevedibilità del diritto è la fattispecie: solo la fattispecie astratta di norme stabili è in grado di garantire la calcolabilità del diritto.

<sup>11</sup> Per la nozione di «post-moderno», si rinvia agli studi di J. F. LYOTARD, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Les Editions de Minuit, Paris, 1979, trad. it. in J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano 1981. Tra i riferimenti fondamentali alla postmodernità, sul piano generale della riflessione filosofica, cfr. Z. BAUMAN, *Ponowoczesność jako źródło cierpienia*, Warszawa, Wydawn, 2000, trad. it. in Z. BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Laterza, Bari 2018; U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986,

settore e si identifica nella crisi della “legalità”<sup>12</sup>, si avverte, in modo significativo, proprio in ambito penale, ove il progressivo declino degli assetti ereditati dalla concezione positivista ottocentesca della legge ha contribuito a rendere liquido il nucleo prescrittivo del diritto<sup>13</sup> e, di conseguenza, ha favorito il ricorso sempre più massiccio all’intermediazione del giudice nella delimitazione del precetto penale.

L’intraprendenza del giudice nella ricostruzione ermeneutica del precetto, oltre ad agevolare, in alcuni casi, la creatività dell’interprete<sup>14</sup>, favorendo l’abbandono dell’ideale illuministico del giudice “bocca della legge”, ha finito inevitabilmente per moltiplicare le letture possibili nel momento applicativo del diritto, contribuendo all’insorgenza di conflitti giurisprudenziali e, di riflesso, all’imprevedibile applicazione del diritto<sup>15</sup>. Non è raro, infatti, che, soprattutto nell’ambito del giudizio di

---

trad. it. in U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma 2013; A. GIDDENS, *The consequences of modernity*, Stanford University Press, Stanford 1990, trad. it. in A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità (1990)*, Il Mulino, Bologna 1994. Sul tema del postmodernismo giuridico, cfr. *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R.E. Kostoris, Il Mulino, Bologna 2016; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 21 ss.

<sup>12</sup> Nella vastissima bibliografia sulla progressiva erosione del principio di legalità penale, si vedano, per tutti e senza pretesa di esaustività, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in «Quaderni fiorentini», Giuffrè, Milano 2007, p. 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, *ivi*, p. 1279; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in «Giur. cost.», 2015, p. 181 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2018, p. 1406 ss.; V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

<sup>13</sup> Per una teorizzazione della «modernità liquida», resta fondamentale l’elaborazione di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, Bari 2011.

<sup>14</sup> Sul tema, si rinvia a L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in «*Questione giustizia*», 4, 2016; *Id.*, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018; F. PALAZZO, *Legalità penale vs creatività giudiziale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2022, p. 975 ss.; C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in «Cass. pen.», 2023, p. 693 ss.

<sup>15</sup> Per un’analisi approfondita della esigenza di prevedibilità avvertita in conseguenza della crisi della legalità penale, si rinvia, nella dottrina penalistica, alla recente produzione monografica di A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un’indagine sistemica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino 2019; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell’era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2022; P. ŠČEVI, *La prevedibilità della*

legittimità, il vaglio su uno stesso profilo giuridico registri la presenza di differenti orientamenti tra le varie sezioni della Corte di cassazione, sino ai casi limite di contrasti all'interno dello stesso collegio giudicante e addirittura nell'ambito di un'unica udienza<sup>16</sup>. Con il paradosso di assistere a significative oscillazioni interpretative proprio in seno all'organo deputato ad assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», secondo il dettato dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario.

## 2. *La nomofilachia quale baluardo a tutela della prevedibilità decisoria*

Si comprende, allora, in questo senso, l'esigenza di garantire accorgimenti necessari a favorire una tendenziale stabilizzazione e prevedibilità degli assetti interpretativi sulle questioni di diritto controverse.

In tale prospettiva, si sono mosse le recenti riforme volte a potenziare la vocazione nomofilattica della Corte di cassazione, quale «antidoto»<sup>17</sup> più potente contro l'imprevedibilità del diritto. In particolare, al fine di implementare l'uniformità interpretativa ed applicativa del diritto e ridurre i contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte Suprema, il legislatore, con Legge 23 giugno 2017, n. 103, ha disciplinato, all'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.<sup>18</sup>, un meccanismo che mira ad assicurare maggiore stabilità e,

---

*norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Giappichelli, Torino 2022.

<sup>16</sup> Tra i molti ad evidenziare come, nella prassi odierna, si riscontrino, tra le diverse sezioni – o persino nella stessa sezione a diversa composizione – una totale, frequentissima, disomogeneità: L. STORTONI, *Il difficile equilibrio tra supremazia della legge e prevedibilità della giurisprudenza*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, Roma 2017, p. 124; F. CENTORAME, *La prevedibilità degli esiti giudiziari in materia penale: coordinate europee e proiezioni nazionali*, in «Proc. pen. giust.», 5/2021, p. 1312; E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni unite*, Giappichelli, Torino 2020, p. 89.

<sup>17</sup> Così, G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in «Dir. pen. cont.», 6 febbraio 2017, p. 4, per cui «la nomofilachia è l'antidoto più forte all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica postmoderna».

<sup>18</sup> A commento di tale disposizione, si rinvia a R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Giuffrè, Milano 2017, p. 278; A. CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in «www.laegislazionepenale.eu», 17 luglio 2018; A. DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Giappichelli, Torino 2017, p. 225 ss.; ID., *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti*



di conseguenza, maggiore prevedibilità alla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Secondo quanto previsto dalla disposizione appena richiamata, «se una sezione della Corte di cassazione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». A seguito di tale interpolazione normativa, la Sezione semplice investita del ricorso, ogni qualvolta intenda discostarsi dal principio di diritto già formulato dalle Sezioni Unite, deve astenersi dal giudicare in modo difforme ed è obbligata a rimettere la questione controversa a quest'ultime, alle quali spetta il compito di confermare o modificare il precedente indirizzo interpretativo.

L'obbligo di rimessione, posto in capo alle Sezioni semplici, mira, come evidente, a ridurre il formarsi di contrasti giurisprudenziali, riservando alla decisione delle Sezioni Unite il ruolo di elemento stabilizzatore del diritto.

Nella misura in cui riconosce alle sole Sezioni Unite la responsabilità di confermare o modificare l'indirizzo ermeneutico non condiviso dalla Sezione semplice, il legislatore finisce, infatti, per conferire ai *dicta* del massimo consesso un'evidente autorevolezza, se non addirittura un «quasi monopolio»<sup>19</sup> sull'andamento del diritto. Il che accresce, in modo significativo, il peso del precedente giudiziario reso a Sezioni Unite<sup>20</sup>,

---

*delle Sezioni Unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in «Arch. pen.», Suppl. 1/2018, *La giustizia penale riformata*, p. 750; G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Giappichelli, Torino 2018, p. 115; nonché in «www.diritto-penalecontemporaneo.it», 29 gennaio 2018; M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"*, in «Proc. pen. giust.», 5/2018, p. 992; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in «Giur. it.», 2017, p. 2300; G. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in «Arch. pen.», 17 maggio 2018, p. 1 ss.; O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in «Arch. pen.», 14 maggio 2018, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Così, APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, cit., p. 282.

<sup>20</sup> Si interrogano sulla possibile introduzione nel nostro ordinamento, ad opera della riforma dell'art. 618 c.p.p., di una prima forma di "precedente vincolante" in sostituzione del "precedente persuasivo", APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, cit., p. 287; RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni unite*, cit., p. 101 ss. Più in generale, sulla tematica del "vincolo del precedente", si rinvia all'approfondita disamina di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legali-*

offrendo uno strumento di “calcolo giuridico” sia al giudice che, in futuro, dovrà pronunciarsi sulla stessa *quaestio iuris*, sia all'imputato che potrà fare affidamento su quel profilo di diritto non contraddetto<sup>21</sup>.

Invero, se per un verso, la novella non ha formalmente introdotto un sistema basato sul precedente vincolante<sup>22</sup>; per altro verso, tuttavia, la scelta di impedire al singolo collegio di definire la controversia, a meno di non condividere il principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite, equivale, in sostanza, a vincolare – pena l'obbligo di rimessione della *quaestio* – le stesse Sezioni semplici all'orientamento espresso dal Supremo Collegio, riconoscendo a quest'ultimo una forza ben più che persuasiva<sup>23</sup>.

Posta di fronte alla «scomoda alternativa di autoescludersi o rendere ossequio al precedente»<sup>24</sup>, la Sezione semplice potrà pronunciarsi direttamente sulla questione controversa solo qualora decida di attenersi all'approdo ermeneutico raggiunto dalle Sezioni Unite; in caso contrario sarà costretta a spogliarsi del ricorso, limitandosi a veicolare la *dissenting opinion* nell'ordinanza di rimessione. Ciò finisce, all'evidenza, per comprimere fortemente la libertà ermeneutica della singola Sezione, costretta a conoscere della disposizione impugnata esclusivamente nella interpretazione accreditata dall'orientamento espresso dal Supremo Collegio<sup>25</sup>.

Difficile, allora, convincersi che la riforma abbia riconosciuto al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite valore di mero “spunto” per l'elaborazione critica di una *quaestio iuris*. Certo, si può discutere della

---

tà, Giappichelli, Torino 1999, *passim*.

<sup>21</sup> In questa prospettiva, R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione politica delle Corti di legittimità*, in «Cass. pen.», 2017, p. 2599, secondo il quale il compito di assicurare l'uniformità della legge significa proprio «prendere spunto da un caso singolo per lanciare un messaggio ai giudici (di merito e non) che si occuperanno in futuro di casi analoghi».

<sup>22</sup> A conferma di ciò, secondo FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, cit., p. 17, il meccanismo disciplinato dal comma 1-bis dell'art. 618 c.p.p. non grava le Sezioni semplici di un obbligo di conformarsi a quanto statuito dalle Sezioni unite, bensì, semplicemente, prescrive che in caso di dissenso la decisione debba essere obbligatoriamente rimessa a queste ultime.

<sup>23</sup> Secondo, IASEVOLI, *Le nuove prospettive della cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, cit., p. 2301, è proprio «la previsione dell'obbligo [a svelare] la vera natura del precedente, non fattuale, non persuasivo, bensì vincolante».

<sup>24</sup> Così, S. CHIARLONI, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in «Giur. it.», 2003, p. 818, sia pur con riferimento all'omologo istituto processualcivile.

<sup>25</sup> Così, M. SANTORELLI, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. FEMIA, Jovene, Napoli 2006, p. 544.

natura «*soft* di precedente a vincolatività relativa»<sup>26</sup>, se raffrontato alla forza del precedente nei sistemi basati sulla clausola dello *stare decisis*, ma che l'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. abbia introdotto un vincolo espropriativo del potere decisorio della Sezione semplice «è fuori discussione»<sup>27</sup>.

Ebbene, dal quadro così tratteggiato emerge con chiarezza l'obiettivo, perseguito dal legislatore, di potenziare la funzione nomofilattica demandata alla Suprema Corte, attraverso l'attribuzione di una valenza "vincolante" alle pronunce rese a Sezioni Unite, al fine precipuo di ridurre l'insorgenza di contrasti interpretativi e garantire maggiore prevedibilità alla giurisprudenza.

Tuttavia, seppur apprezzabile nel suo intento, la modifica dell'art. 618 c.p.p. solleva delicati interrogativi circa una possibile frizione con il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge, di cui all'art. 101, comma 2 Cost.

La ragione del dubbio risiede nel rilievo che il meccanismo così congeniato condiziona, fino a comprimerlo, il potere decisorio delle Sezioni semplici, tenute *ex lege* a rimettere ad altri la decisione qualora intendano discostarsi dal principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite. Un simile limite imposto all'attività interpretativa rischia, pertanto, di accentuare

<sup>26</sup> Così, FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 17. La natura relativa sarebbe dovuta, secondo l'A., al fatto che il meccanismo di rimessione obbligatoria non opera nei confronti dei giudici di merito, ma si rivolge esclusivamente alle Sezioni semplici della Corte di cassazione. Più in generale, sul rapporto intercorrente tra la giurisdizione merito ed il precedente, cfr. BRICCHETTI, *Giudici di merito e Cassazione fra legge e precedente*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 127 ss.

<sup>27</sup> In questi termini, A. PELLINO, *La nomofilachia tra legge e giudice*, in «Quest. giust.», 2024, p. 12. Riconoscono, tra gli altri, al "principio di diritto" una forza ben più che persuasiva: C. COLUCCI, *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in «Criminalia», 2017, p. 216; DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni Unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, cit., p. 753; A. LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in «Ind. pen.», 2018, p. 294; C. IASEVOLI, *La "metamorfosi" efficientista della Cassazione penale*, in «Arch. pen. online, Speciale riforme», 28 maggio 2018, p. 718, ad avviso della quale è «la previsione dell'obbligo [a svelare] la vera natura del precedente, non fattuale, non persuasivo, bensì vincolante». In posizione diversa, F.R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in «Cass. pen.», 2019, p. 878, secondo il quale, per poter invocare un "vincolo" del precedente è necessario che l'enunciato normativo di riferimento non lasci al giudice soluzione diversa da quella adottata in altro caso da altro giudice: «le modifiche introdotte dai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p. non sembra possano collocarsi in tale regolamentazione. Basti pensare che il criterio di disciplina offre al giudice la possibilità di contestare l'orientamento delle Sezioni unite».

la gerarchizzazione nei rapporti tra Sezioni Unite e Sezioni semplici<sup>28</sup>, in contrasto con la garanzia dell'indipendenza interna all'organo giudiziario, quale diretta emanazione del principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge<sup>29</sup>.

A nulla valga rimarcare – come suggestivamente proposto – la natura negativa del vincolo<sup>30</sup>, alla luce della quale l'obbligo sarebbe limitato soltanto ad inibire le Sezioni semplici di assumere direttamente una statuizione che smentisca quanto affermato dal Supremo Collegio.

Consapevoli della «(debole) differenza tra «essere obbligati a decidere in un dato modo ed essere tenuti *ex lege* a rimettere ad altri la decisione»<sup>31</sup>, è, tuttavia, proprio sul piano della garanzia dell'indipendenza interna all'organo giudiziario che il vincolo negativo di non pronunciarsi finisce per assumere una rilevanza pari a quella del vincolo positivo di adeguarsi<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Il rischio è quello di creare, all'interno della Corte di cassazione, una sostanziale alterità tra unità parimenti identitarie: impedire al singolo collegio di smentire il principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite equivale, infatti, a legittimare una distinzione soggettiva tra le “funzioni di giustizia” (conservate in capo alla Sezione semplice se e in quanto adesiva all'indirizzo delle Sezioni Unite) e le “funzioni di nomofilachia” (di cui sarebbero investite unicamente le Sezioni Unite), attualmente concepite entrambe come inscindibili, in virtù dell'unicità dell'organo che le promuove. Di «inscindibilità della funzione decisoria del caso di specie dalla funzione nomofilattica istituzionalmente demandata all'istituto della cassazione» parla B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in «Riv. dir. proc.», 2006, pp. 234-235.

<sup>29</sup> Di questo avviso, tra gli altri, DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, cit., 245 ss., COLUCCI, *Nomofilachia “espressa” e nomofilachia “occulta”: meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, cit., p. 216; A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in «Arch. pen.», 2017, p. 332; nonché IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., p. 2299, la quale sostiene che il meccanismo di cui all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p. sia incompatibile, altresì, con l'art. 107, comma 3, Cost. Secondo l'A., la soluzione maggiormente conforme a Costituzione sarebbe stata quella di strutturare la rimessione non come obbligo, ma come potere discrezionale normativamente orientato.

<sup>30</sup> Sostengono, tra gli altri, la natura negativa del vincolo, A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in «Ind. pen.», p. 27, sia pur con riferimento all'analogo meccanismo in sede civile; F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Giappichelli, Torino 2022, pp. 213-214; R. DEL COCO, *Il restyling della Cassazione tra esigenze deflative e aspirazioni di nomofilachia*, in «Arch. n. proc. pen.», Numero Speciale, 2017, p. 51.

<sup>31</sup> Evidenzia la debolezza di tale distinzione, DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni Unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, cit., p. 753.

<sup>32</sup> Per analoghe considerazioni con riferimento al medesimo vincolo imposto, in sede civile, al precedente delle Sezioni Unite nei confronti delle Sezioni semplici, si rinvia a

A dimostrazione di ciò, è sufficiente evidenziare che la Sezione semplice, qualora potesse operare in piena indipendenza interna rispetto ai giudici delle Sezioni unite, deciderebbe il ricorso nel modo ritenuto più opportuno, senza dover “sottostare” alle valutazioni di quest’ultime. Viceversa, secondo il novellato art. 618, comma 1-*bis* c.p.p., il singolo collegio è costretto «a fare un passo indietro e a conformarsi agli orientamenti consolidati, anche laddove egli personalmente avrebbe privilegiato una diversa soluzione interpretativa»<sup>33</sup>.

Una regola di comportamento così congeniata rischia, pertanto, di trasformare la Sezione semplice in «un suddito»<sup>34</sup> dell’orientamento espresso dalle Sezioni Unite, perdendo, di fatto, la propria libertà di decidere sul ricorso in piena indipendenza interna e, dunque, la propria soggezione “soltanto alla legge”.

### 3. *Dalla prevedibilità alla predizione: l’impiego della giustizia algoritmica nel processo penale*

Le preoccupazioni manifestate in ordine al rischio di introdurre nel processo penale vere e proprie forme di “sudditanza” dell’organo giudicante in contrasto con l’art. 101, comma 2 Cost., assumono una rinnovata veste alla luce della diffusione, crescente negli ultimi anni, degli strumenti di “calcolo algoritmico” che i sistemi di Intelligenza Artificiale stanno sperimentando nell’*iter* di formazione della decisione, in funzione di supporto alle valutazioni prognostiche che deve compiere il giudice<sup>35</sup>.

A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in cassazione*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2006, p. 1120.

<sup>33</sup> Così, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «Dir. pen. cont.», 19 dicembre 2016, p. 35.

<sup>34</sup> In questi termini, DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 246.

<sup>35</sup> Sul possibile impiego dell’Intelligenza Artificiale a supporto delle valutazioni prognostiche che deve effettuare il giudice nel processo penale, si richiama, in una letteratura sterminata non compendiabile in questa sede, AA.VV., *Intelligenza artificiale e processo penale, Indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in «Cass. pen.», 2021, p. 797 ss.; R. E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in «Dir. pen. cont. - Riv. trim.», 2021, n. 2, p. 42 ss.; ID., *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in «Cass. pen.», 2024, p. 1642; L. LUPÁRIA, *Artificial Intelligence in Criminal Courts. Opportunity or Threat?*, in *Legal Challenges in the New Digital Age*, a cura di A.M. Lopez Rodriguez, M.D. Green, M.K. Kubica, Leiden 2021,

Prima di comprendere, tuttavia, in che modo l'impiego di algoritmi predittivi influenzi le facoltà di comprensione e discernimento del giudice, occorre soffermarsi, sia pur brevemente, sul reale apporto che tali strumenti "intelligenti" possono offrire al processo penale in termini di "calcolabilità" della decisione.

Non è un caso, del resto, che il dibattito sulla prevedibilità decisoria abbia ricevuto nuova linfa proprio dalle riflessioni in tema di giustizia predittiva, rivolta anch'essa verso l'ideale illuministico di "decisione meccanica"<sup>36</sup> più facilmente raggiungibile mediante il ricorso agli algoritmi. Tra le promesse avanzate dall'Intelligenza Artificiale assume, infatti, una posizione di indubbio rilievo quella di razionalizzare l'incertezza del futuro<sup>37</sup>, recuperando l'"esattezza"<sup>38</sup> di una decisione il più possibile oggettiva.

La promessa di una giustizia esatta<sup>39</sup> si fonda sulla capacità degli strumenti predittivi di immagazzinare e metabolizzare un'enorme, quasi sconfinata, massa di dati, ricavati dagli esiti di giudizi ormai conclusi, e

---

p. 160 ss.; L. LUPÁRIA, G. FIORELLI, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in «Dir. pen. cont.-Riv. trim.», 2, p. 34 ss.; P. PAULESU, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in «Arch. pen. web», 2022, p. 1 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial intelligence, computational modelling and criminal proceedings*, Springer Cham, New York 2020, p. 181 ss.; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in «Riv. dir. proc.», 2020, p. 610.

<sup>36</sup> Ad evidenziare il rapporto intercorrente tra "calcolabilità della decisione" e "giustizia algoritmica": M. AMISANO, *Prevedere -e non predire- attraverso gli algoritmi e le loro insidie*, in «Arch. pen.», 2022, n. 2, p. 8 ss.; R. BICHI, *Intelligenza artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in «Giur. it.», 2019, p. 1772 ss.; M. CATERINI, *Il giudice penale robot*, in «La legislazione penale - Rivista web», 19 dicembre 2020, p. 6; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Il Mulino, Bologna 2019, p. 67; G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in «Riv. dir. civ.», 2020, p. 280.

<sup>37</sup> Sulla prospettiva dell'uso dell'intelligenza artificiale come strumento per recuperare la certezza del diritto, tra i tanti, nel dibattito scientifico italiano, D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in «Foro it.», 2018, c. 389, secondo il quale il concetto di «prevedibilità» e quello di «predittività» sono aspetti della medesima esigenza di certezza del diritto.

<sup>38</sup> Secondo LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., p. 75, «l'esattezza della decisione [...] potrebbe legittimamente costituire l'obiettivo della giustizia robotica».

<sup>39</sup> In tema, V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano 2022, p. 554, per cui la «terra promessa» offerta dall'AI e dai *Big Data* è quella di una "giustizia esatta". Parla, altresì, di "promessa" dell'Intelligenza Artificiale, L. LUPÁRIA, *La promessa della giustizia tecnologica*, in «Sist. pen.», 1 agosto 2024.

di identificare *pattern* o correlazioni nascoste, difficilmente individuabili con metodi tradizionali. Sulla scorta dei dati elaborati in modo statistico dall'algoritmo, il *software* predittivo, capace di auto-apprendere dalla casistica giurisprudenziale archiviata nel *database* di riferimento, suggerisce al giudice una risposta probabilistica in merito all'accadimento di un evento incerto<sup>40</sup>. Si tratta, pertanto, di un «modello matematico, di natura statistico - probabilistica, che pretende di costituire un metodo garante di oggettività in precise componenti del procedimento penale»<sup>41</sup>.

Gli scenari dischiusi da simile prospettiva offrono l'occasione per interrogarsi sul possibile utilizzo degli strumenti di "calcolo algoritmico" nel processo penale, alla luce della recente riforma promossa dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150<sup>42</sup>.

Eventuali spazi di operatività di *software* di giustizia predittiva potrebbero essere ravvisati nel corso del procedimento penale, non solo a beneficio del giudice, ma altresì della pubblica accusa.

Proprio muovendo da quest'ultimo profilo, un interessante ambito applicativo degli strumenti di calcolo algoritmico potrebbe essere quello relativo alla definizione dei criteri di priorità nella trattazione dell'azione penale<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Al momento sono operativi, in via di sperimentazione, solo alcuni progetti di *software* predittivi strumentali alla prevedibilità della decisione giudiziaria. In particolare, la Corte d'Appello di Brescia e quella di Bari stanno lavorando alla creazione di un programma informatico in grado di fornire informazioni circa la durata prevedibile di un procedimento, nonché sugli orientamenti esistenti nei diversi uffici giudiziari del territorio (<http://www.agendadigitale.eu>, 2 agosto 2023). Sull'impiego dell'Intelligenza Artificiale nella costruzione di strumenti evoluti di ricerca giurisprudenziale in grado di delineare il probabile orientamento del giudice, si rinvia a C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in «Quest. giust.», n. 4/2018, pp. 156-157.

<sup>41</sup> Così, B. OCCHIUZZI, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, in «Dir. pen. cont. - Riv. trim.», 2019, n. 2, p. 393.

<sup>42</sup> Ci si riferisce alla riforma del processo penale promossa dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della L. 27 settembre 2021, n. 134. Per un commento organico alla riforma, si rinvia a *La procedura penale "riformata". Una lettura per gli studenti*, a cura di L. Marafioti, G. Paolozzi, F. Centorame, G. Fiorelli, Giappichelli, Torino 2023; *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Cedam-Wolters Kluwer, Milano 2023; G. PAOLOZZI, «*A vocazione efficientista*»: il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in «Sist. pen.», 20 giugno 2023, p. 1 ss.

<sup>43</sup> In argomento, V. GRAMUGLIA, *Criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato e ruolo dell'intelligenza artificiale. Luci e ombre*, in *Gli snodi problematici della riforma Cartabia con uno sguardo al futuro. Giovani studiosi a confronto Foggia, 22 ottobre 2022, 2023 e, da ultimo, Id., Obbligatorietà dell'azione penale e ruolo dell'IA nelle scelte del pubblico ministero*, in «Arch. pen. web», 3/2024, p. 1 ss..

A tale riguardo, si potrebbe ipotizzare lo sviluppo di un *software*, in grado di fornire ausilio agli uffici della Procura della Repubblica nella scelta dei criteri che definiscono l'ordine di trattazione delle notizie di reato.

Il vantaggio derivante dal ricorso a questi strumenti 'intelligenti' consisterebbe, senza dubbio, nella possibilità di raccogliere e catalogare una gran mole di dati, relativi – ad esempio – alla gravità del reato (in ragione delle modalità del fatto, dell'intensità della lesione arrecata all'interesse penalmente protetto, del numero delle vittime o dell'entità del danno cagionato), alla presenza della parte civile o di misure cautelari o, ancora, al rischio di recidiva. Questi dati potrebbero, poi, essere incrociati con quelli raccolti, su base locale, nello specifico contesto criminologico e territoriale, nonché nella realtà interna ad ogni Procura relativamente alle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili.

L'elaborazione di tutti questi dati consentirebbe agli uffici della Procura di individuare, avvalendosi della capacità computazionale del *software*, la priorità da imprimere alla singola iscrizione della *notitia criminis*.

Un altro possibile ambito di applicazione degli algoritmi, a supporto delle valutazioni prognostiche che deve compiere il decisore, potrebbe essere quello relativo alla formulazione della regola di giudizio della «ragionevole previsione di condanna»<sup>44</sup> posta a fondamento dei provvedimenti di chiusura delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare.

Il riferimento ad una «previsione» di condanna esprime, senz'altro, la volontà del legislatore di porre l'accento sul carattere prognostico del vaglio che il giudice per le indagini preliminari, nel provvedimento di archiviazione, e il giudice dell'udienza preliminare, nella sentenza di non luogo a procedere, sono chiamati a compiere.

In virtù del carattere prognostico di questo criterio decisivo, potrebbe rivelarsi interessante sviluppare un *software* in grado di fornire, a partire dagli elementi probatori raccolti durante le indagini, un'indicazione concernente le probabilità che il dibattimento si concluda con una sentenza di condanna<sup>45</sup>. In altre parole, le conclusioni statistiche raggiunte

<sup>44</sup> Per una disamina approfondita di questa «nuova» regola di giudizio, si rinvia a R. DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in «Proc. pen. giust.», 2022, n. 1, p. 87 ss. G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in «Arch. pen. web», 2/2023, p. 13 ss.; P. FERRUA, *Regole di giudizio e udienza preliminare*, in «Proc. pen. giust.», 4/2023, p. 966 ss.; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e «nuova» regola di giudizio*, in «Arch. pen. web», 2/2022, p. 13 ss. In argomento, sia consentito rinviare a G. FIORELLI, *La riforma dell'udienza preliminare: traiettorie efficientiste e deviazioni sistematiche*, in «Ind. pen.», 3/2023, p. 21 ss.

<sup>45</sup> Ipotizzano questo impiego degli algoritmi, M. DANIELE, *La riforma Cartabia del pro-*



dall'algoritmo sul punto potrebbero essere impiegate proprio quale supporto alla valutazione prognostica di una futura condanna da parte del giudice del dibattimento.

Ebbene, il fascino dei benefici e delle potenzialità offerte dall'utilizzo di strumenti di calcolo algoritmico nel processo penale e, in particolare, nel momento decisorio, non deve indurre, però, a sottovalutare l'esigenza di preservare il nucleo delle garanzie del giusto processo<sup>46</sup>.

Sono note le incertezze provocate dall'ingresso di *software* algoritmici nel procedimento penale in termini di compatibilità con il modello accusatorio che informa l'intero sistema processuale penale. Alle criticità sollevate in ordine alla opacità del processo decisionale e al conseguente indebolimento delle garanzie difensive<sup>47</sup>, si accompagna il rischio che la

---

*cesso penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in «Sist. pen.», 17 luglio 2023, p. 21 ss. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, cit., p. 52 ss.

<sup>46</sup> Attenti a preservare il nucleo di garanzie del giusto processo: M. GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano 2021, p. 65 ss.; MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., p. 557 ss.; L. MARAFIOTI, *Intelligenza artificiale, giudizio penale e garanzie processuali*, in «Ind. pen.», 2023, p. 15 ss.; P.P. PAULESU, *Intelligenza artificiale e processo penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, a cura di P.P. Paulesu, M. Daniele, S. Signorato, M. Bolognari, A. Boldrin, Giappichelli, Torino 2022, p. 24 ss.

<sup>47</sup> La mancanza di trasparenza della "prova algoritmica", dovuta al vincolo di segretezza apposto sul codice sorgente o alla difficoltà di ricostruire l'*output* predittivo generato da un sistema di apprendimento automatico (*machine learning*), impedisce all'imputato di conoscere il meccanismo di funzionamento dell'algoritmo posto alla base del processo decisionale che ha generato il dato impiegato come prova, vanificando, per tale via, il contraddittorio sull'ammissibilità dello strumento computazionale e sulla correttezza degli esiti da esso prodotti. Sull'opacità algoritmica, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia alle riflessioni di R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, cit., p. 438 ss.; G. CONTISSA, G. LASAGNI, G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in «Diritto di internet», 4/2019, p. 632; O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot" e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in «Cass. pen.», 2020, p. 960 ss.; LUPÀRIA, FIORELLI, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, cit., p. 39; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità giudiziaria: una nuova sfida per la giustizia penale*, in «Dir. pen. cont. — Riv. trim.», 2/2019, 404 ss.; MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., pp. 558-559 e, da ultimo, MARAFIOTI, *Intelligenza artificiale, giudizio penale e garanzie processuali*, cit., p. 15. In particolare, sulle ripercussioni provocate dall'opacità algoritmica sul diritto di difesa e sulla parità delle parti, v. G. LASAGNI, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, cit., p. 65 ss.; S. QUATTROCOLO, *Processo penale*

pronuncia del giudice si tramuti in una piatta e supina accettazione delle indicazioni provenienti dallo strumento algoritmico.

L'aura di obiettività, precisione ed affidabilità che avvolge i risultati generati automaticamente dagli strumenti predittivi<sup>48</sup> potrebbe indurre, infatti, il giudice ad "impigrirsi"<sup>49</sup>, conformando supinamente la propria decisione alle conclusioni formulate dall'applicativo tecnologico<sup>50</sup>. Potrebbe accadere, in altri termini, che il decisore, in ragione di una cieca fiducia nella tecnologia (*automation bias*)<sup>51</sup>, tenda a trascurare di esaminare gli elementi confliggenti con quelli generati automaticamente dall'algoritmo, aderendo in modo acritico all'*output* ottenuto<sup>52</sup>, secondo quella logica che Paolo Zellini definisce «la dittatura del calcolo»<sup>53</sup>.

Il che finirebbe per porre in discussione, fino a comprimerla, l'effettiva

---

*e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?*, in «Media laws», 3/2020, p. 127.

<sup>48</sup> Secondo L. L. LUPÁRIA, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in AA. VV. *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 117, «l'*output* che fuoriesce dal "cilindro informatico" rischia di apparire "perfetto" agli occhi del giudice, incline così a dimenticarsi la struttura probabilistica del calcolo e dell'infrastruttura nodale che supporta il risultato». Nello stesso senso, G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, in «Ars Interpretandi», n. 1/2021, p. 85, il quale evidenzia la suggestione esercitata «dalla valenza conoscitiva dei dati, dal rigore logico degli algoritmi e dalla presunta obiettività del calcolo automatico». Sul punto, altresì, P. COMOGLIO, *Prefazione*, in J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo* (2018), trad. it., Giappichelli, Torino 2019, p. X ss.

<sup>49</sup> Già, F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in «Riv. dir. proc.», 1949, p. 41 ss., censurava la tendenza del giudice italiano verso un «sordo e prono» attaccamento alle massime, espressione, più in generale, di una vera e propria «comodità del giudicare». Riprende quest'ultima espressione, attualizzandola alla luce degli sviluppi dell'Intelligenza Artificiale, E. GABELLINI, *La «comodità nel giudicare»: la decisione robotica*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2019, p. 1305.

<sup>50</sup> Così, A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in «Giur. it.», 2022, p. 1779, i quali mettono in luce, tuttavia, come il fenomeno non sia da ritenersi inedito, giacché «qualsiasi raccolta di precedenti, anche meramente cartacea, può provocare il temuto effetto gregge».

<sup>51</sup> Tale scenario è tanto più prossimo ad inverarsi, quanto più il meccanismo di funzionamento che ha prodotto un certo risultato non appare comprensibile all'utilizzatore umano: quest'ultimo accetta le conclusioni proposte dall'algoritmo, pur senza comprenderne le ragioni.

<sup>52</sup> Così, M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in «Dir. pen. cont.», 29 maggio 2019, p. 22; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Giappichelli, Torino 2018, p. 333; MARAFIOTI, *Intelligenza artificiale, giudizio penale e garanzie processuali*, cit., p. 16; ZAVRŠNIK, *Algorithmic Justice*, cit., p. 635.

<sup>53</sup> Cfr. P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Adelphi, Milano 2018.

capacità del giudice di svolgere un' autonoma valutazione sui dati elaborati dall' algoritmo<sup>54</sup>, nonché, più in generale, l' indipendenza dello stesso rispetto ad un' entità esterna ed estranea alla legge.

Si riproporrebbero, in questo modo, le medesime perplessità già sollevate in ordine al rapporto intercorrente tra persuasione giudiziale e prova scientifica<sup>55</sup>, e, segnatamente, in merito allo strapotere dell' *ipse dixit* – questa volta – dell' algoritmo, con intuibili conseguenze sul terreno della verità nel processo penale.

L' adesione acritica al giudizio “oracolare algoritmico”<sup>56</sup> finirebbe, infatti, per aumentare il rischio di avere una decisione fondata, non tanto sull' accertamento della verità dei fatti, come normalmente accade, quanto sulla frequenza statistica con la quale questi fatti hanno provocato, in passato, conseguenze giuridicamente rilevanti<sup>57</sup>.

Si rivela, pertanto, indispensabile impedire che la decisione si fondi esclusivamente sui risultati elaborati dalla macchina, dovendo questi essere corroborati da ulteriori e diversi elementi di conoscenza del giudice.

Tale esigenza trova conferma nella recente normativa europea, che rigetta la prospettiva di una delega “totale” delle funzioni giurisdizionali alla macchina<sup>58</sup>, nella previsione di un necessario intervento umano, *ex*

<sup>54</sup> Critico sotto questo aspetto, MARAFIOTI, *Intelligenza artificiale, giudizio penale e garanzie processuali*, cit., pp. 15-16.

<sup>55</sup> Sul tema della valutazione della prova scientifica e, in particolare, sul rischio di un possibile appiattimento del giudizio sui risultati ottenuti dallo scienziato, la letteratura è amplissima. Si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, a cura di M. Bertolino, G. Ubertis, Jovene, Napoli 2015; *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio, L. Lupária, Giuffrè, Milano, 2018; G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano 2019; M. CECCHI, *L' autonoma valutazione” del giudice quale baluardo contro l' appiattimento sulla prova scientifica*, in «Dir. pen. proc.», 2017, p. 919; Id., *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, in «Arch. pen.», 2022, n. 1, p. 3; O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano 2005.

<sup>56</sup> Per riprendere la felice espressione utilizzata da MANES, *L' oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., p. 547.

<sup>57</sup> Di questa condivisibile opinione, A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in «Riv. dir. proc.», n. 2/2020, p. 492.

<sup>58</sup> In questo senso, si veda l' art. 22, comma 1 del Regolamento UE 679/2016, nonché l' art. 11 della Direttiva UE 680/2016, che ribadiscono il principio della “non esclusività” di decisioni automatizzate. E ancora, un richiamo nella medesima direzione si rinviene anche all' art. 56 del Regolamento UE 2017/1939 (istitutivo della Procura Europea), laddove si ribadisce che «l' interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione dell' EPPO basata unicamente sul trattamento automatizzato». Da ultimo,

*post*, teso a riesaminare gli *output* che costituiscono esito di procedure automatizzate. E ciò al fine di garantire la presenza di quel «controllo umano significativo»<sup>59</sup>, imprescindibile per poter indirizzare il rapporto «uomo/macchina» nei binari della legalità.

---

il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, riconosce l'imprescindibilità dell'intervento umano nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, nel quale i sistemi di intelligenza artificiale destinati a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto sono classificati «ad alto rischio».

<sup>59</sup> Si richiama, a tale proposito, il titolo del lavoro di G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, a cura di G. Ubertis, U.E. Moscato, V. Nicoli, M. Gialuz et al., Giuffrè, Milano 2021. Nello stesso senso, ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, cit., p. 45, il quale sottolinea l'esigenza che il giudice mantenga «una sua indiscussa centralità di decisione, essendo il solo soggetto che può avere presenti tutti gli aspetti del singolo caso e quindi effettuare una valutazione autonoma e informata».



John A. Carlin Sánchez

*Verso una giustizia aumentata:  
sfide, opportunità e altre considerazioni sull'IA nel settore giudiziario*

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'intelligenza artificiale e il suo rapporto con il diritto – 2.1. Intelligenza giudiziaria: un miglioramento del processo decisionale? – 2.2. Diritto penale 4.0? Rischi e sfide – 3. La filosofia del diritto come sentinella del costituzionalismo – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

«La giustizia senza forza è impotente; la forza senza giustizia è tirannica». Questa frase di Blaise Pascal acquisisce una nuova dimensione nell'era dell'Intelligenza Artificiale (IA), dove la promessa di una «giustizia aumentata» si scontra con le sfide etiche e giuridiche poste dall'automazione del ragionamento giudiziario.

Lo sviluppo e l'applicazione di sistemi di IA in vari settori della vita sociale pongono sfide complesse e senza precedenti. Tra i principali ambiti in cui questa tecnologia dirompente promette di rivoluzionare le pratiche consolidate, spicca senza dubbio quello dell'amministrazione della giustizia<sup>1</sup>. La possibilità di automatizzare completamente o parzialmente i compiti essenziali del ragionamento giuridico, come la ricerca e l'analisi delle informazioni, l'interpretazione dei fatti e delle norme o persino il processo decisionale, genera entusiasmo e preoccupazione nella comunità giuridica e nella società in generale<sup>2</sup>.

---

\* Sono grato ai professori Llano Alonso (Università di Siviglia), Solar Cayón e Sánchez Martínez (Università di Cantabria), García Amado (Università di León), Ricardo Guibourg (Università di Buenos Aires) e Pablo Bonorino (Università di Vigo), per i commenti e i suggerimenti. Desidero ringraziare anche gli avvocati Romina Costa, Jeanfranco Paitán e Oscar Carvajal. Ovviamente, la responsabilità degli errori è soltanto mia.

<sup>1</sup> Cfr. J. I. SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista*, in «Revus», 41, 2020, pp. 1-27.

<sup>2</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, P9\_TA(2024)0138, artt. 5-7 e Allegato III.

Da un lato, l'IA viene presentata come uno strumento in grado di aumentare esponenzialmente l'efficienza, la velocità e la coerenza dei processi giudiziari, contribuendo a risolvere problemi cronici come la congestione dei tribunali, la mancanza di prevedibilità delle decisioni o la disparità di accesso alla giustizia<sup>3</sup>. Dall'altro lato, la sua implementazione solleva profondi interrogativi sulla compatibilità della «giustizia algoritmica» con i principi fondamentali dello Stato di diritto, quali l'equità, la trasparenza, la responsabilità e il processo equo<sup>4</sup>.

Storicamente, l'aspirazione a meccanizzare il ragionamento giuridico per aumentarne la certezza e la prevedibilità è stata una costante, dai progetti di codificazione e giurimetria ai più recenti tentativi di formalizzare logicamente le decisioni giudiziarie<sup>5</sup>. Tuttavia, la diffusione delle tecniche di apprendimento automatico basate sull'analisi dei big data rappresenta un salto di qualità in termini di capacità dei cosiddetti «sistemi giuridici esperti»<sup>6</sup>. Non si tratta più solo di applicare regole predefinite a casi specifici (approccio *top-down*), ma di «addestrare» gli algoritmi ad «apprendere» modelli e correlazioni da un corpus di giurisprudenza (approccio *bottom-up*), emulando ed eventualmente superando il giudizio umano<sup>7</sup>.

In questo contesto, il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, adottato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024, rappresenta una tappa normativa significativa. Questo nuovo quadro normativo stabilisce un approccio alla regolamentazione dell'IA basato sul rischio, classificando le applicazioni in quattro livelli: rischio inaccettabile, rischio elevato, rischio limitato e rischio minimo. Nel settore giudiziario, molte applicazioni di IA sono considerate ad alto rischio, il che implica requisiti rigorosi in termini di qualità dei dati, documentazione, trasparenza, supervisione umana, accuratezza e solidità<sup>8</sup>.

Sebbene il Regolamento IA 2024 rappresenti un significativo passo avanti, un'analisi critica rivela che esso fornisce ancora risposte incomplete alle sfide concettuali e pratiche più profonde poste dall'IA alla teoria

---

<sup>3</sup> Cfr. R. A. GUIBOURG, *El fenómeno normativo: acción, norma y sistema, la revolución informática, niveles del análisis jurídico*, Astrea, Buenos Aires 2018, pp. 131-134.

<sup>4</sup> Cfr. L. MORAL SORIANO, *Decisiones automatizadas, Derecho Administrativo y argumentación jurídica*, in *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, a cura di F. H. Llano Alonso, Laborum Ediciones, Murcia 2022.

<sup>5</sup> Cfr. C. E. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, in «Ratio Juris», 9(4), 1996, pp. 331-348.

<sup>6</sup> Cfr. E. CÁCERES NIETO, *La inteligencia artificial aplicada al Derecho como una nueva rama de la teoría jurídica*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 57, 2023, pp. 63-89.

<sup>7</sup> Cfr. N. OLIVER, *Inteligencia artificial, naturalmente*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Madrid 2020.

<sup>8</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit.

giuridica e alla legittimità della funzione giudiziaria. In particolare, il Regolamento non affronta pienamente questioni come l'interpretazione contestuale del diritto o il bilanciamento di principi contrastanti, aspetti che sono centrali nel ragionamento giuridico umano<sup>9</sup>.

Alla luce di queste lacune, l'obiettivo del presente lavoro è quello di fornire, da una prospettiva giusfilosofica, criteri per valutare criticamente i presupposti concettuali e le implicazioni pratiche della delega delle decisioni giudiziarie ai sistemi di Intelligenza Artificiale. Si sosterrà che la filosofia del diritto è chiamata a operare come sentinella della democrazia costituzionale, contro i potenziali eccessi di un'automazione acritica della giustizia, ripensando nozioni classiche come equità, ragionevolezza e proporzionalità, alla luce del cambiamento tecnologico<sup>10</sup>.

A tal fine, il presente lavoro promuove un dialogo interdisciplinare che, evitando un approccio puramente speculativo, alimenta la riflessione filosofico-giuridica con i più recenti progressi dell'informatica giuridica<sup>11</sup>, del diritto comparato<sup>12</sup> e degli studi empirici sull'impatto dell'IA nel settore pubblico<sup>13</sup>. La metodologia combinerà l'analisi concettuale con una revisione critica delle disposizioni chiave del nuovo Regolamento europeo sull'IA, contrapponendole alle obiezioni sostanziali sollevate dalla teoria giuridica e dagli approcci interpretativi al ragionamento giuridico.

La struttura del lavoro sarà la seguente: in primo luogo, si esaminerà il rapporto tra l'IA e il diritto, esplorando le analogie tra gli approcci dell'IA e le teorie dell'interpretazione giuridica. Successivamente, si analizzeranno le sfide specifiche poste dall'IA in ambito giudiziario, con particolare attenzione all'«intelligenza giudiziaria» e alle sue implicazioni per il processo decisionale. Si dedicherà una sezione specifica ai rischi e alle sfide che l'IA presenta nel contesto del diritto penale. Infine, si argomenterà il ruolo cruciale della filosofia del diritto come bussola intellettuale nello sviluppo e nell'implementazione di sistemi di IA in ambito giudiziario, proponendo un approccio che integri le capacità dell'IA con i valori fondamentali dello Stato di diritto<sup>14</sup>.

La rilevanza della questione risiede nell'urgenza di fondare lo sviluppo dell'IA giudiziaria su solide basi etico-giuridiche, tenendo conto tanto

<sup>9</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., artt. 10, 13 e 14.

<sup>10</sup> Cfr. E. BULYGIN, *What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: A reply to Susan Haack)*, in «Ratio Juris», 25(1), 2012, pp. 150-156.

<sup>11</sup> Cfr. MORAL SORIANO, *Decisiones automatizadas*, cit.

<sup>12</sup> Cfr. CÁCERES NIETO, *La inteligencia artificial aplicada al Derecho*, cit.

<sup>13</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit.

<sup>14</sup> Cfr. GUIBOURG, *El fenómeno normativo*, cit.; SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica*, cit.; CÁCERES NIETO, *La inteligencia artificial aplicada al Derecho*, cit.



delle sue promesse di efficienza sia dei rischi che comporta per l'equità e la legittimità della giustizia. In definitiva, l'obiettivo è quello di delineare strumenti concreti per incanalare questa trasformazione tecnologica, affinché rafforzi, anziché erodere, i pilastri dello Stato di diritto<sup>15</sup>. Solo un approccio giuridico-filosofico critico, attento alla complessità del fenomeno giuridico, ci permetterà di affrontare l'impegnativo cammino verso una «giustizia aumentata» che sappia onorare la dimensione umana del giudizio<sup>16</sup>.

## 2. *L'intelligenza artificiale e il suo rapporto con il diritto*

L'intelligenza artificiale è un insieme di tecnologie che cercano di replicare e migliorare alcune capacità cognitive umane, come la percezione, il ragionamento e il processo decisionale. Il suo rapporto con il diritto è bidirezionale e comprende sia l'applicazione dell'IA al campo giuridico sia la regolamentazione giuridica dell'IA<sup>17</sup>.

L'IA si basa su diversi approcci, come quello simbolico (*top-down*) e quello connessionista (*bottom-up*), che cercano di emulare il pensiero umano rispettivamente attraverso regole predefinite o reti neurali<sup>18</sup>. Questi approcci presentano alcune analogie con le teorie dell'interpretazione giuridica sostenute da autori come Alexy e MacCormick, le cui prospettive possono illustrare come l'IA potrebbe avvicinarsi al ragionamento giuridico.

Alexy parte dall'astrazione del discorso pratico generale per scendere allo studio dell'argomentazione giuridica, in una logica *top-down*<sup>19</sup>. In un

---

<sup>15</sup> Cfr. OLIVER, *Inteligencia artificial*, cit.; CÁCERES NIETO, *La inteligencia artificial aplicada al Derecho*, cit.

<sup>16</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

<sup>17</sup> Cfr. GUIBOURG, *El fenómeno normativo*, cit.; SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica*, cit.; CÁCERES NIETO, *La inteligencia artificial aplicada al Derecho*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. OLIVER, *Inteligencia artificial*, cit.; CÁCERES NIETO, *La inteligencia artificial aplicada al Derecho*, cit.

<sup>19</sup> Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. In questo senso, ALEXY propone una teoria dell'argomentazione giuridica che parte dai principi generali del discorso pratico razionale. Ad esempio, il suo principio di universalità afferma che una decisione giuridica deve essere coerente con decisioni simili in casi simili. Questo principio astratto viene poi applicato a situazioni giuridiche concrete, illustrando l'approccio *top-down*. Nel contesto dell'IA, questo potrebbe essere paragonato ai sistemi che partono da regole generali predefinite e le applicano a casi specifici.

sistema di IA applicato al diritto ambientale, ad esempio, questo approccio si tradurrebbe in principi generali come il principio di precauzione o «chi inquina paga». In un caso di inquinamento industriale, il sistema applicherebbe questi principi per valutare la responsabilità di un'azienda e potrebbe arrivare a una decisione più restrittiva in caso di incertezza sugli effetti a lungo termine di un prodotto chimico.

MacCormick analizza, invece, la giurisprudenza concreta per ricavare conclusioni teoriche, in una dinamica *bottom-up*<sup>20</sup>. Seguendo questo approccio, un sistema di Intelligenza Artificiale analizzerebbe un gran numero di casi di inquinamento industriale precedenti, identificando modelli e fattori ricorrenti nelle decisioni dei tribunali. Ad esempio, potrebbe rilevare che la presenza di studi di impatto ambientale, la conformità dell'azienda e l'impatto economico locale sono fattori frequentemente considerati dai giudici.

In pratica, un sistema avanzato di IA giuridica probabilmente combinerebbe entrambi gli approcci, utilizzando i principi generali come guida iniziale, ma affinando e contestualizzando la loro applicazione sulla base dell'analisi di casi specifici. Questi parallelismi invitano a riflettere sui presupposti filosofici alla base della progettazione dell'IA giuridica e sul suo potenziale di replicare o integrare i metodi interpretativi dei giuristi umani, sollevando importanti questioni sulla natura del ragionamento giuridico e sulla possibilità di automatizzarlo.

Il Regolamento IA 2024 affronta indirettamente la questione se l'IA debba emulare il pensiero umano con le sue imperfezioni o puntare a un ideale di razionalità raffinata. L'art. 10.2 richiede che i dati di addestramento siano «pertinenti, rappresentativi, privi di errori e il più possibile completi» per evitare pregiudizi discriminatori<sup>21</sup>. Tuttavia, questa disposizione si concentra più sulla qualità dei dati che sulla definizione di un modello di ragionamento –umano o raffinato– per l'IA giuridica.

Per quanto riguarda la distinzione tra arbitrarietà e discrezionalità, il Regolamento non fornisce criteri specifici per i sistemi formati con i

<sup>20</sup> Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978. In questo senso, MACCORMICK analizza come i giudici ragionino su casi specifici per ricavare principi più generali. Un esempio classico è l'analisi di DONOGHUE contro STEVENSON (1932), in cui esamina come il ragionamento su un caso specifico di negligenza abbia portato alla formulazione del principio generale del dovere di diligenza nella legge sulla responsabilità civile. Questo approccio *bottom-up* nell'IA potrebbe essere paragonato ai sistemi di apprendimento automatico che estraggono modelli e principi generali da un gran numero di casi specifici.

<sup>21</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit.

precedenti giudiziari, lasciando irrisolta la questione di come l'IA possa discernere tra applicazioni legittime e illegittime della discrezionalità insita nell'analisi casistica umana<sup>22</sup>. Tuttavia, l'art. 14 in ordine alla supervisione umana e l'art. 13 in merito alla trasparenza forniscono un quadro di riferimento per gli operatori umani per la valutazione e, se del caso, la correzione delle decisioni dei sistemi di IA, che potrebbero contribuire a risolvere questa distinzione nella pratica.

Il Regolamento non si pronuncia esplicitamente sulla fattibilità o sull'auspicabilità di un'IA giuridica generale, ma la sua enfasi sulla categorizzazione del rischio (allegato III) e sulle salvaguardie per i sistemi ad alto rischio (capitolo III, sezione 2) suggerisce indirettamente una preferenza pragmatica per approcci incrementali e settoriali, piuttosto che per un'automazione completa e immediata<sup>23</sup>.

È importante affrontare una possibile obiezione sul fatto che gli algoritmi di IA giudiziaria possano essere costruiti solo come un insieme di regole di inferenza deduttive. Questa preoccupazione è legittima, ma lo stato attuale della tecnologia e le disposizioni del Regolamento 2024 suggeriscono una risposta più sfumata. I moderni sistemi di IA, soprattutto quelli basati sull'apprendimento profondo, non si limitano all'applicazione di regole deduttive, ma sono in grado di cogliere modelli complessi e non lineari nei dati. L'art. 15 del Regolamento, richiedendo ai sistemi di IA ad alto rischio di raggiungere «un livello adeguato di accuratezza, robustezza e sicurezza informatica», riconosce implicitamente la complessità di questi sistemi e la necessità di valutarne le prestazioni al di là della semplice applicazione di regole logiche.

### 2.1. *Intelligenza giudiziaria: un miglioramento del processo decisionale?*

I sistemi decisionali automatizzati (ADM) sono tecnologie di Intelligenza Artificiale progettate per assistere o sostituire il ragionamento giuridico umano<sup>24</sup>. La loro applicazione in ambito giudiziario solleva dibattiti sulla possibilità e sull'opportunità di sostituire il giudice umano.

Esistono diversi livelli di autonomia attribuibili all'IA in questo contesto, che vanno dalla mera automazione dei compiti al processo decisionale autonomo, all'assistenza e alla revisione umana dei risultati<sup>25</sup>. Il

---

<sup>22</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, cit.

<sup>23</sup> Cfr. MORAL SORIANO, *Decisiones automatizadas*, cit.

<sup>24</sup> *Id.*, *Decisiones automatizadas*, cit.

<sup>25</sup> Cfr. U. ROEHL, *Understanding Automated Decision-Making in the Public Sector: A*

Regolamento IA 2024 sottolinea l'importanza di considerare ad alto rischio alcuni sistemi applicati all'amministrazione della giustizia, in particolare quelli che assistono all'interpretazione dei fatti e possono avere conseguenze significative sui diritti fondamentali<sup>26</sup>.

Principi quali il rispetto dei diritti fondamentali, la non discriminazione, la qualità e la sicurezza dei dati, la trasparenza, l'equità e il controllo umano dovrebbero guidare l'uso dell'IA nella giustizia<sup>27</sup>. Il Regolamento 2024 rafforza questi principi attraverso disposizioni specifiche: ad esempio, l'art. 10 sulla qualità e sulla governance dei dati; l'art. 13 sulla trasparenza e l'art. 14 sul controllo umano forniscono un quadro normativo per garantire che questi principi siano rispettati nella pratica.

Tuttavia, sorge la questione se i sistemi di IA siano in grado di superare i pregiudizi cognitivi che influenzano il giudizio umano, o se ci sia il rischio che questi pregiudizi siano nascosti sotto una patina di obiettività matematica. L'art. 10.3 del Regolamento richiede misure di due diligence per prevenire pregiudizi discriminatori, concentrandosi principalmente sulla qualità dei dati. Questo approccio sembra insufficiente a esorcizzare lo spettro della discriminazione algoritmica, velata da un mantello di infallibilità computazionale<sup>28</sup>.

Per quanto riguarda la trasparenza e la possibilità di contestare le decisioni automatizzate, l'art. 13, paragrafo 1, e l'art. 13, paragrafo 3, lettera d), introducono requisiti di informazione e tracciabilità, ma senza spingersi fino a specificare norme sostanziali su cosa costituisca una spiegazione soddisfacente e comprensibile<sup>29</sup>. Ciò lascia aperti gli interrogativi su come consentire un solido controllo e un'efficace contestazione dei risultati da parte delle persone interessate.

Il Regolamento non affronta nel dettaglio i meccanismi di responsabilità e di ricorso per potenziali errori o discriminazioni generati dall'IA giudiziaria. Sebbene il requisito di supervisione umana miri a mitigare i rischi (art. 14), non specifica procedure dettagliate di audit, reclamo e rettifica che consentano di reagire tempestivamente a decisioni automatizzate dannose.

D'altra parte, fino a che punto l'efficienza e la velocità promesse

---

*Classification of Automated, Administrative Decision-Making, in Service Automation in the Public Sector*, a cura di G. Juell-Skielse-I. Lindgren-M. Åkesson, Springer, Berlin 2022, pp. 35-63.

<sup>26</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit.

<sup>27</sup> Commissione europea per l'efficienza della giustizia, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, 2018.

<sup>28</sup> Cfr. ROEHL, *Understanding Automated Decision-Making*, cit.

<sup>29</sup> Parlamento Europeo, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit.

dall'automazione delle decisioni giudiziarie possono giustificare un'erosione del giusto processo e della qualità dell'argomentazione giuridica? L'art.14 del Regolamento introduce un requisito di supervisione umana per i sistemi ad alto rischio, cercando di trovare un equilibrio tra automazione e garanzie procedurali<sup>30</sup>. Tuttavia, non fornisce indicazioni concrete per soppesare la tensione tra efficienza quantitativa e argomentazione qualitativa nel giudizio, né criteri per discernere quando la complessità di un caso richiede necessariamente una valutazione umana contestualizzata.

Al di là delle questioni di validità e affidabilità, quali implicazioni ha la delega delle decisioni giudiziarie ai sistemi di Intelligenza Artificiale per la legittimità e l'accettabilità sociale della giustizia? Il Regolamento non affronta direttamente il problema della legittimazione democratica della giustizia algoritmica nei confronti dei cittadini. Sebbene misure come la supervisione umana (art. 14) e la trasparenza (art. 13) possano contribuire all'accettabilità da parte del pubblico, la questione centrale rimane se la «giustizia senza volto» possa attirare la fiducia civica di cui ha bisogno per funzionare in una società democratica, o se l'empatia e la capacità di fornire ragioni intersoggettivamente valide siano attributi distintamente umani di una giustizia percepita come giusta.

## 2.2. *Diritto penale 4.0? Rischi e sfide*

L'applicazione dell'IA nella giustizia penale pone sfide particolari, dato che sono in gioco valori fondamentali come la vita, la libertà e la presunzione di innocenza. L'uso di algoritmi predittivi per valutare rischi come la recidiva può provocare pregiudizi discriminatori presenti nei dati storici<sup>31</sup>. Come avverte Martínez Zorrilla, l'opacità di questi sistemi e la loro capacità di condizionare decisioni giudiziarie critiche ci costringono a riflettere sui limiti in cui incorrono scienza e immaginazione nella progettazione della giustizia digitale<sup>32</sup>.

Il Regolamento IA 2024 mette in guardia dai rischi provocati dai sistemi utilizzati nelle indagini e nei procedimenti penali. Questi sistemi possono pregiudicare i diritti processuali fondamentali se non sono sufficien-

---

<sup>30</sup> Commissione europea per l'efficienza della giustizia, *Carta etica europea*, cit.

<sup>31</sup> Commissione europea per l'efficienza della giustizia, *Carta etica europea*, cit.

<sup>32</sup> Cfr. D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *La decisión judicial automatizada: entre la ciencia y la ficción*, in *Pensando al juez*, a cura di M. Vial Dumas-D. Martínez Zorrilla, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 152-173.

temente accurati, affidabili e trasparenti<sup>33</sup>. Tecnologie come la sorveglianza predittiva o l'analisi di massa dei dati finanziari per individuare modelli criminali dovrebbero essere soggette a rigorose garanzie<sup>34</sup>. In questo senso, il Regolamento classifica come ad alto rischio le applicazioni di IA per la valutazione della recidiva (Allegato III, 6.a) o per la creazione di profili (Allegato III, 6.e), sottoponendole a requisiti rigorosi per la qualità dei dati (articolo 10), la supervisione umana (art. 14) e la trasparenza (art. 13).

Tuttavia, queste misure tecniche di attenuazione non dissipano le obiezioni di principio sulla compatibilità tra la giustizia attuariale basata sulle probabilità di gruppo e l'imperativo dell'individualizzazione della colpa penale. Per quanto precisi ed affidabili possano essere, i sistemi di IA (art. 15) difficilmente possono garantire un'attribuzione di responsabilità sufficientemente individualizzata e una valutazione approfondita delle circostanze specifiche del singolo caso.

Si pone, quindi, la questione circa la neutralità degli algoritmi e della possibilità di una «etica algoritmica». I pregiudizi sono un riflesso inevitabile dei pregiudizi umani o possono essere mitigati da un'attenta progettazione? Chi dovrebbe monitorare e controllare questi sistemi?

L'accesso agli algoritmi utilizzati in contesti penali diventa una questione critica per garantire la parità delle armi e il giusto processo. Il Regolamento non risolve in modo soddisfacente queste questioni. Sebbene i requisiti di qualità dei dati (art. 10) mirino a ridurre i pregiudizi, non è chiaro chi controllerà la conformità e come. Allo stesso modo, gli obblighi di trasparenza (art. 13) non sembrano sufficienti per eliminare l'asimmetria informativa tra l'accusa algoritmica e la difesa umana.

In che misura l'uso della profilazione algoritmica del rischio è compatibile con la presunzione di innocenza e il principio di colpevolezza per il fatto? Non c'è il rischio di punire le persone per quello che sono o per il gruppo a cui appartengono, piuttosto che per quello che hanno fatto? Come evitare che i pregiudizi discriminatori presenti nei database riproducano e amplifichino le disuguaglianze sociali esistenti?

Il Regolamento ignora questi interrogativi, concentrandosi sulla solidità tecnica dei sistemi (art. 15) senza interrogarsi su come essi si inseriscano nei fondamenti politico-criminali del diritto penale liberale. Non offre un criterio di armonizzazione tra i requisiti di un giudizio di attribuzione retrospettivo, basato sull'atto commesso, e la logica prospettica della gestione del rischio che è alla base della giustizia predittiva. Non affronta

<sup>33</sup> Cfr. ROEHL, *Understanding Automated Decision-Making*, cit.

<sup>34</sup> Commissione europea per l'efficienza della giustizia, *Carta etica europea*, cit.

nemmeno il problema di come evitare che le correlazioni statistiche diventino profezie che si autoavverano e che perpetuino modelli storici di criminalizzazione sproporzionata di alcuni gruppi.

Allo stesso modo, l'opacità di molti sistemi di IA pone ostacoli significativi all'esercizio del diritto di difesa. Come può un imputato contestare efficacemente le prove algoritmiche se non ne conosce la logica interna e i criteri decisionali? Quale valore probatorio dovrebbe essere assegnato alle inferenze statistiche tratte dall'IA rispetto alle prove individualizzate? Quali garanzie dovrebbero essere adottate contro la possibile «fallacia dell'infallibilità algoritmica» che porta a sopravvalutare i risultati dell'IA come una sorta di verità indiscutibile?

I requisiti di trasparenza previsti dal Regolamento (art. 13), non essendo accompagnati da precisi standard di spiegabilità, sembrano esigui per soddisfare il diritto della difesa di conoscere e contestare le «prove tecnologiche» a carico. Sarà necessario sviluppare protocolli per verificare in modo indipendente la validità e l'affidabilità dei risultati dell'IA, nonché schemi di ponderazione razionali per valutare il loro peso probatorio rispetto ad altre prove. Altrimenti, la «fallacia dell'infallibilità algoritmica» potrebbe minare l'indipendenza di giudizio del giudice e compromettere la presunzione di innocenza<sup>35</sup>.

In una prospettiva più ampia, vale la pena di interrogarsi sulle ricadute del crescente utilizzo dell'IA nel sistema penale sugli scopi e sulle funzioni di questo ramo del diritto: una logica attuariale e preventiva, basata sulla valutazione del rischio, può coesistere armoniosamente con gli ideali di proporzionalità e reinserimento sociale che hanno guidato le moderne politiche penali? Oppure il fascino dell'efficienza predittiva dell'IA può condurci a un diritto penale dell'autore, incentrato sulla pericolosità e sul sospetto?

---

<sup>35</sup> L'espressione «fallacia dell'infallibilità algoritmica» può essere intesa come la tendenza a sopravvalutare o a fare eccessivo affidamento su previsioni o decisioni generate da sistemi di intelligenza artificiale, percependole come infallibili o superiori al giudizio umano, senza considerare adeguatamente i loro limiti o i possibili errori. Nel contesto giudiziario, potrebbe manifestarsi quando giudici, avvocati o parti di un procedimento si affidano ciecamente ai risultati forniti dai sistemi di IA, senza sottoporli a un esame critico o senza considerare altri fattori rilevanti che il sistema potrebbe non aver preso in considerazione. Questo effetto è preoccupante perché potrebbe portare a un'abdicazione della responsabilità umana nel processo decisionale giudiziario e a una potenziale erosione dell'indipendenza giudiziaria. Inoltre, potrebbe portare a decisioni ingiuste se i sistemi di IA presentano pregiudizi o errori non individuati. Pertanto, quando nel testo si parla di «fallacia dell'infallibilità algoritmica», si mette in guardia dai rischi di un eccessivo affidamento ai sistemi di IA in ambito giudiziario e si sottolinea l'importanza di mantenere un equilibrio tra l'uso di queste tecnologie e il giudizio umano informato e critico.

Osservando le applicazioni dell'IA da una prospettiva prevalentemente procedurale e tecnica, il Regolamento non risponde a queste domande fondamentali sulla legittimità dello ius puniendi nell'era dell'algoritmo. Non affronta la tensione concettuale tra una giustizia penale «personalizzata» in termini di pericolosità e i principi di legalità, colpevolezza e proporzionalità che definiscono il diritto penale in uno Stato di diritto.

### 3. *La filosofia del diritto come sentinella del costituzionalismo*

La crescente complessità del fenomeno giuridico, con le sue diverse fonti, sfere e forme di regolamentazione, pone importanti sfide alla sua sistematizzazione e al suo approccio attraverso criteri uniformi<sup>36</sup>. In questo contesto, la filosofia del diritto può fornire strumenti concettuali e riflessioni critiche per pensare ai limiti e alle possibilità dell'IA nel ragionamento giuridico.

Bulygin mette in guardia sulle difficoltà linguistiche e logiche che i documenti normativi possono presentare e che riguardano sia il linguaggio naturale che quello giuridico<sup>37</sup>. I problemi di ambiguità, vaghezza, incoerenza, incompletezza e dinamicità della legge rendono necessario il ricorso a considerazioni valutative nel processo decisionale giudiziario<sup>38</sup>.

Da questo punto di vista, ci si potrebbe chiedere in base a quali presupposti sarebbe accettabile lo sviluppo di sistemi di IA in compiti decisionali senza ulteriore controllo umano. Potrebbero tali sistemi superare l'indeterminatezza linguistica e logica insita nel diritto? O tali difficoltà scoraggiano il loro uso autonomo in questo campo?

La risposta a queste domande non può limitarsi a un approccio puramente deduttivo, come avverte Bonorino. In questo senso, Bonorino propone un modello interpretativo che riconosce la complessità del ragionamento giuridico e la necessità di considerare schemi deduttivi e non deduttivi nella ricostruzione e nella valutazione delle argomentazioni giuridiche<sup>39</sup>. Questo approccio è particolarmente rilevante quando si ha a

<sup>36</sup> Cfr. C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1974 [1971].

<sup>37</sup> Cfr. E. BULYGIN, *Teoría y técnica de la legislación*, in «Rev. La Ley», 1981 (incluso in *Derecho y análisis lógico*, a cura di C. E. Alchourrón-E. Bulygin, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991).

<sup>38</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, cit.

<sup>39</sup> Cfr. P. BONORINO, *Entimemas probatorios*, in «Doxa. Cuadernos de Filosofía del



che fare con gli entimemi probatori, cioè quelle argomentazioni incomplete formulate nell'ambito di un processo giudiziario per giustificare la verità di affermazioni fattuali.

In questo contesto, le riflessioni di Chiassoni sul realismo giuridico e l'interpretazione giuridica possono offrire prospettive preziose per affrontare le sfide che l'IA pone al diritto. Sebbene Chiassoni non si riferisca direttamente all'IA, le sue idee sull'interpretazione giuridica e sull'indeterminatezza del diritto sono rilevanti per questo dibattito.

Chiassoni ha sviluppato la tesi dell'indeterminatezza strutturale del diritto, sostenendo che le norme sono sempre suscettibili di una pluralità di interpretazioni alternative<sup>40</sup>. Se applichiamo questa idea al contesto dell'IA giuridica, potremmo argomentare che un sistema di IA, per quanto sofisticato possa essere nella gestione dei testi giuridici e dei precedenti, potrebbe incontrare difficoltà significative nel cogliere la complessità del diritto così come viene applicato nella pratica.

Per illustrare questo punto, consideriamo un ipotetico caso di discriminazione sul lavoro in cui viene utilizzato un sistema di IA per la selezione dei candidati. Un sistema di IA giudiziario programmato con le disposizioni normative antidiscriminazione potrebbe verificare se l'età è stata utilizzata esplicitamente come criterio di selezione. Tuttavia, seguendo il ragionamento di Chiassoni sulla complessità dell'interpretazione giuridica, potremmo argomentare che un giudice umano avrebbe bisogno di considerare fattori aggiuntivi che vanno oltre l'applicazione diretta della norma, come l'impatto disuguale dell'algoritmo su diversi gruppi di età o l'esistenza di variabili indirette correlate all'età.

Inoltre, la prospettiva di Chiassoni sul «realismo pragmatico» nell'interpretazione giuridica può essere utile per riflettere su come i sistemi di IA potrebbero essere integrati nel ragionamento giuridico. Chiassoni sostiene che l'interpretazione giuridica non è un mero atto di cognizione, ma implica sempre una scelta pratica fondamentale<sup>41</sup>. Applicando questa idea al contesto dell'IA, potremmo argomentare che i sistemi di IA in ambito giuridico non dovrebbero essere progettati con l'aspettativa che possano eseguire interpretazioni giuridiche in modo puramente oggettivo o neutrale, ma dovrebbero incorporare meccanismi per gestire la dimensione pratica e valutativa dell'interpretazione giuridica.

---

Derecho», 38, 2015, pp. 41-71.

<sup>40</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*, Springer, Berlin 2019, p. 265.

<sup>41</sup> Cfr. ID., p. 141.

Chiassoni ha anche argomentato che l'interpretazione giuridica è un'attività decisoria, pratica, carica di valori e ideologicamente impegnata<sup>42</sup>. Se applichiamo questa prospettiva allo sviluppo di sistemi di IA giuridica, potremmo suggerire che questi sistemi non dovrebbero limitarsi a cercare inconsistenze logiche negli argomenti giuridici, ma dovrebbero essere progettati per considerare il contesto più ampio in cui vengono prese le decisioni giuridiche, includendo le dimensioni valutative e ideologiche.

Inoltre, la distinzione di Chiassoni tra diversi tipi di significato esplicito nell'interpretazione giuridica<sup>43</sup> potrebbe essere utile per pensare a come i sistemi di IA potrebbero affrontare la complessità del ragionamento giuridico. Questa prospettiva suggerisce che i sistemi di IA giuridica più avanzati dovrebbero essere in grado di gestire diversi livelli di significato e complessità nell'interpretazione dei testi giuridici.

Tuttavia, è fondamentale riconoscere che, anche con questi progressi teorici, alcuni aspetti del ragionamento giuridico potrebbero non essere ancora riducibili all'automazione. La valutazione delle prove, la ponderazione di principi contrastanti o l'interpretazione teleologica delle norme sono aree in cui il giudizio umano, con la sua capacità di empatia e comprensione del contesto, potrebbe rimanere insostituibile.

In questo senso, la filosofia del diritto deve rivendicare e svolgere la sua funzione critica e progettuale, non per rallentare il progresso tecnologico, ma per incanalarlo in modo da valorizzare, anziché erodere, i valori fondamentali dello Stato di diritto. Ciò implica un dialogo costante tra giuristi, filosofi del diritto e sviluppatori di IA, per garantire che i sistemi automatizzati siano non solo efficienti, ma anche equi, trasparenti e rispettosi dei diritti fondamentali.

L'implementazione dell'IA in ambito giudiziario deve, quindi, essere graduale ed attentamente monitorata. Inizialmente, i sistemi di IA potrebbero essere utilizzati come strumenti di supporto alla decisione giudiziaria, fornendo analisi dei precedenti, identificando modelli rilevanti nella giurisprudenza o persino suggerendo possibili linee di argomentazione. Tuttavia, la decisione finale e il ragionamento alla base della sentenza dovrebbero rimanere di competenza del giudice umano.

Questo approccio ibrido consentirebbe di sfruttare i vantaggi dell'IA in termini di efficienza e coerenza, preservando al contempo la flessibilità e la sensibilità contestuale del giudizio umano. Inoltre, faciliterebbe un processo di apprendimento reciproco: i giudici potrebbero beneficiare delle

---

<sup>42</sup> Cfr. Ivi, p. 47.

<sup>43</sup> Cfr. Ivi, p. 98.

intuizioni fornite dall'IA, mentre i sistemi potrebbero essere perfezionati e migliorati sulla base del feedback degli operatori del diritto.

Tuttavia, anche in questo scenario di collaborazione uomo-macchina, sorgono nuove sfide che la filosofia del diritto deve affrontare. Ad esempio, come garantire che i giudici non diventino eccessivamente dipendenti dai suggerimenti dell'IA, erodendo la loro apacità di giudizio indipendente? Come evitare che la coerenza fornita dall'IA si traduca in rigidità e impedisce l'evoluzione del diritto di fronte alle nuove realtà sociali?

Queste domande ci portano a considerare la necessità di una nuova «etica giudiziaria» per l'era dell'IA. Tale etica dovrebbe fornire linee guida per un uso responsabile degli strumenti di IA, stabilire limiti chiari alla delega di compiti ai sistemi automatizzati e incoraggiare un atteggiamento critico e riflessivo nei confronti dei suggerimenti algoritmici.

Inoltre, è fondamentale considerare le implicazioni dell'IA per la formazione dei futuri avvocati. Le Università di Giurisprudenza dovranno adattare i loro programmi di studio per includere non solo le conoscenze tecniche dell'IA e dell'analisi dei dati, ma anche le competenze critiche ed etiche per navigare in questo nuovo panorama tecnologico. La capacità di interpretare, mettere in discussione e integrare i risultati dell'IA sarà importante quanto la conoscenza del diritto sostanziale.

Infine, non possiamo ignorare le implicazioni più ampie dell'IA giudiziaria per la legittimità democratica del sistema giudiziario. La percezione pubblica di una «giustizia automatizzata», se non gestita correttamente, potrebbe erodere la fiducia nelle istituzioni giudiziarie. Sarà fondamentale sviluppare strategie di comunicazione e coinvolgimento dei cittadini che permettano alla società di comprendere e fidarsi di un sistema giudiziario assistito dall'IA.

#### *4. Conclusioni*

Nel corso del presente lavoro, abbiamo esplorato da una prospettiva filosofico-giuridica le molteplici sfide e opportunità poste dall'applicazione dell'Intelligenza Artificiale (IA) nell'amministrazione della giustizia. Un'analisi critica dei presupposti concettuali e delle implicazioni pratiche di questa tecnologia dirompente, in relazione alle disposizioni del Regolamento sull'Intelligenza Artificiale adottato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024 e agli approcci logici e interpretativi agli entimemi nel ragionamento giuridico, produce promesse ed interrogativi per lo sviluppo

di una «giustizia aumentata» compatibile con i principi fondamentali dello Stato di diritto.

In termini di risultati chiave, il Regolamento 2024 fornisce un valido punto di partenza per sfruttare l'uso dell'IA in ambito giudiziario, stabilendo importanti garanzie sulla qualità dei dati (art. 10), sulla trasparenza e sull'accessibilità (art. 13), sulla supervisione umana (art. 14) e sulla gestione del rischio (art. 9). Tuttavia, una lettura più attenta rivela che queste disposizioni, pur necessarie, sono insufficienti a rispondere alle più pressanti obiezioni giuridico-filosofiche sulla possibilità di automatizzare il ragionamento giuridico senza snaturarne la ricchezza interpretativa, argomentativa e assiologica.

L'applicazione del modello interpretativo proposto da Bonorino all'analisi degli entimemi probatori rivela l'importanza di considerare schemi sia deduttivi che non deduttivi nella ricostruzione e nella valutazione delle argomentazioni giuridiche. Questo approccio, che riconosce la complessità del ragionamento giuridico e la necessità di integrare considerazioni contestuali e di valore, offre preziosi insegnamenti per lo sviluppo di sistemi di IA in ambito giudiziario.

Le riflessioni di Chiassoni sull'indeterminatezza strutturale del diritto e sul realismo pragmatico nell'interpretazione giuridica forniscono un quadro concettuale cruciale per affrontare le sfide che l'IA pone al diritto. La sua enfasi sulla natura pratica, valutativa e ideologicamente impegnata dell'interpretazione giuridica suggerisce che i sistemi di IA giuridica dovrebbero essere progettati per gestire la complessità e la dimensione pratica del ragionamento giuridico, al di là della mera applicazione di regole logiche.

Tuttavia, l'analisi rivela anche limiti fondamentali all'automazione del ragionamento giuridico. Alcuni aspetti del lavoro giudiziario, come la valutazione olistica delle prove, la ponderazione di principi contrastanti o l'interpretazione teleologica delle norme, sembrano resistere alla piena codificazione algoritmica. Ciò suggerisce che il futuro dell'IA nella giustizia non dovrebbe essere concepito come una sostituzione del giudice umano, ma come un sistema di collaborazione uomo-macchina, in cui l'IA agisce come strumento di supporto al processo decisionale giudiziario.

Questo approccio ibrido pone delle sfide, come la necessità di sviluppare una nuova «etica giudiziaria» per l'era dell'IA, di adattare la formazione dei giuristi e di ripensare i meccanismi di legittimazione democratica del sistema giudiziario. La filosofia del diritto ha un ruolo cruciale nell'articolare le risposte a queste sfide, attraverso la progettazione

di dispositivi normativi finalizzati a regolare lo sviluppo tecnologico sui parametri e i valori dello Stato di diritto.

I benefici potenziali di una «giustizia aumentata» sono considerevoli: maggiore efficienza nella gestione dei casi, coerenza nelle decisioni giudiziarie e un accesso più equo alla giustizia. Tuttavia, questi benefici devono essere attentamente bilanciati contro i rischi di erosione di principi fondamentali come l'individualizzazione della colpevolezza nel diritto penale, la parità delle armi processuali o la presunzione di innocenza.

Rimangono ancora importanti lacune conoscitive che future ricerche dovranno affrontare. Tra queste, si evidenzia la necessità di sviluppare metodi robusti per verificare e spiegare le decisioni dei sistemi di IA giudiziaria, esplorare le implicazioni etiche e sociali a lungo termine della giustizia algoritmica, e studiare empiricamente l'impatto dell'IA sulla percezione pubblica della legittimità giudiziaria.

In definitiva, l'implementazione dell'IA in ambito giudiziario deve essere vista come un'opportunità per affinare e potenziare le nostre capacità di ragionamento giuridico, non per sostituirle. L'obiettivo dovrebbe essere quello di costruire una «giustizia aumentata» che combini il meglio della tradizione giuridica umana con il potenziale della tecnologia, per ottenere un sistema giudiziario più efficiente, coerente ed equo, ma anche più flessibile, contestualizzato e umano.

Per raggiungere questo equilibrio, sarà fondamentale un dialogo continuo tra giuristi, filosofi del diritto, sviluppatori di IA e società in generale. Solo attraverso una riflessione collettiva e un dibattito informato saremo in grado di affrontare i complessi dilemmi etici e pratici posti dall'IA giudiziaria e di garantire che il suo sviluppo serva a rafforzare, e non a erodere, i pilastri dello Stato di diritto e la fiducia del pubblico nell'amministrazione della giustizia.

## María Elena Godoy Berrocal

### *Procedimenti complessi: prove transnazionali e garanzie procedurali\**

Sommario: 1. Introduzione – 2. Attuale quadro normativo sovranazionale – 3. Attuale quadro giurisprudenziale argentino – 4. Considerazioni finali.

#### 1. *Introduzione*

I procedimenti penali sono coperti da varie garanzie costituzionali<sup>1</sup>, finalizzate non solo a fornire un quadro di sicurezza giuridica, ma anche a mantenere un equilibrio tra la ricerca della verità fattuale e i diritti fondamentali dell'imputato. Il conflitto può verificarsi quando, a fronte della gravità di determinate condotte criminali transnazionali (traffico di migranti, traffico di esseri umani, traffico di droga, pornografia infantile, corruzione, ecc.), è necessario rafforzare l'efficacia dei processi penali. Così, al fine di ottenere prove incriminanti, la legittimità di alcuni requisiti viene relativizzata.

In alcuni casi, le indagini in ambienti digitali/virtuali<sup>2</sup> possono aumentare l'efficacia dell'azione penale, l'ottenimento di prove digitali di qualsiasi reato<sup>3</sup> e l'incriminazione di un imputato, innalzando, d'altra

\* Ringrazio Juan Lucas Finkelstein Nappi e Dario Ippólito per la lettura, i commenti e le osservazioni che mi hanno permesso di migliorare questo contributo.

<sup>1</sup> In sostanza, la procedura penale riconosce due blocchi di garanzie processuali. Quelle generali che guidano lo sviluppo dell'attività processuale (il diritto alla presunzione di innocenza, l'effettiva tutela giurisdizionale, il diritto alla difesa e il giusto processo) e quelle specifiche, derivate da quelle generali, che hanno un proprio ambito di tutela: la parità delle armi, l'uguaglianza di fronte alla legge, l'immediatezza, l'inviolabilità del domicilio, il diritto a un giudice naturale, il divieto di valutazione di prove illegali, ecc.

<sup>2</sup> L'ambiente digitale o virtuale può essere definito come l'insieme di informazioni in formato digitale che una persona genera attraverso la sua attività per mezzo di dispositivi elettronici, consapevolmente o inconsapevolmente, volontariamente o meno. Cfr. N. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital*, in J.I. GÓMEZ COLOMER (coordinatore), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España 2008.

<sup>3</sup> Cfr. art. 14.2 c) della Convenzione di Budapest, disponibile all'indirizzo: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentI>

parte, i rischi di lesione dei diritti fondamentali sia delle persone indagate sia di terzi estranei al processo penale, anche se collegati agli imputati.

Ciò genera la necessità di fornire una tutela giurisdizionale rafforzata contro l'azione dello Stato che invade – durante l'indagine e la punizione dei reati – l'ambiente digitale personale e, in particolare, di accedere ai dati a disposizione dei *fornitori di servizi di internet* situati in giurisdizioni straniere: l'accesso ai dati ospitati sul territorio di un altro Stato richiede una cooperazione transfrontaliera.

È in questo contesto che si presentano alcuni casi paradigmatici in Argentina. Allorquando gli elementi probatori da ottenere sono dati conservati in ambienti virtuali, può accadere (1) che i pubblici ministeri, con il consenso dei giudici, chiedano agli imputati di fornire *volontariamente*<sup>4</sup> i loro codici di accesso o i modelli di sblocco<sup>5</sup> dei loro telefoni cellulari, *senza informarli* che qualsiasi dato trovato nel loro ambiente virtuale personale potrebbe essere utilizzato contro di loro; oppure (2) che i pubblici ministeri non forniscano solide ragioni per ottenere un ordine giurisdizionale fondato<sup>6</sup>, specifico, concreto e limitato nel tempo, che consenta l'accesso ai registri e ai contenuti del traffico ospitati in una giurisdizione straniera, violando i requisiti costituzionali e procedurali necessari per l'acquisizione

---

d=09000016802fa41c.

<sup>4</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5 - Expediente N° CCC 50979/2021/2/CA3 caratulada: “M. P. R. D. s/ nulidad” del 21/06/2022, disponibile su: [https://www.eldial.com/nuevo/pdf\\_fallos/AACE29.pdf](https://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/AACE29.pdf); Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, Causa N°7458/2022, caratulada: “M., E.A. y otros” del 29/12/2022, in cui si afferma che “qualsiasi imputato può essere obbligato a usare il proprio corpo per l'estrazione di dati di interesse per il caso, purché ciò non implichi in alcun modo un'interferenza con il corpo tale da risultare in un trattamento degradante o umiliante”, disponibile all'indirizzo: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2023/01/Res-CFAT-Desbloqueo-Iphone-Testado.pdf>

<sup>5</sup> Ciò include l'uso di dati biometrici (cioè dati personali sensibili ottenuti attraverso uno specifico metodo automatizzato e tecnico, che può derivare dall'analisi di caratteristiche biologiche o comportamentali) che servono come chiave di sicurezza per l'accesso al dispositivo.

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 15.1 della Convenzione di Budapest, che recita: “Ogni Parte deve assicurarsi che l'instaurazione, implementazione e applicazione dei poteri e delle procedure previste in questa sezione siano soggette alle condizioni e alle tutele previste dal proprio diritto interno, che deve assicurare un'adeguata protezione dei diritti umani e delle libertà, in particolare dei diritti derivanti dagli obblighi assunti da ciascuna Parte ai sensi della Convenzione del Consiglio d'Europa per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), del Patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (1966) o di altri strumenti internazionali applicabili in materia di diritti umani, e integra il *principio di proporzionalità*” (corsivo aggiunto).

di tali elementi probatori.

Tuttavia, l'ampiezza dei poteri probatori riconosciuti nelle norme procedurali accusatorie al titolare dell'azione penale dovrebbe consentire un migliore approccio alla verità senza violare diritti e garanzie costituzionali<sup>7</sup>.

Per raggiungere questo obiettivo, l'amministrazione della giustizia penale deve dotarsi di strumenti normativi che consentano alle autorità competenti di ottenere prove elettroniche/digitali conservate in una giurisdizione straniera in modo selettivo, rapido e affidabile, garantendo nel contempo il pieno rispetto dei diritti fondamentali che includono le garanzie procedurali, nonché la protezione delle informazioni e dei dati personali.

Soffermandomi su casi paradigmatici, effettuerò una breve analisi sulla tutela costituzionale dell'inviolabilità dell'ambiente virtuale personale nell'era delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e cercherò di formulare alcune considerazioni su come ottenere valide prove virtuali.

## *2. Attuale quadro normativo sovranazionale*

I casi paradigmatici di cui mi occuperò richiedono alcune considerazioni in ordine al quadro normativo attuale in Argentina<sup>8</sup> e sulle linee guida emanate dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione in materia.

La Convenzione sulla criminalità informatica dell'Unione Europea o Convenzione di Budapest<sup>9</sup>, il cui obiettivo era quello di completare i precedenti accordi esistenti a livello europeo "al fine di aumentare l'efficacia delle indagini e delle procedure penali relative ai dati connessi a sistemi e dati informatici, nonché di consentire la raccolta di prove elettroniche dei

<sup>7</sup> Nella Legge Organica della Procura della Nazione, che prevede un sistema di procedura penale accusatoria, si afferma che il pubblico ministero ha il dovere di obiettività. Disponibile all'indirizzo: [https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley\\_organica\\_2018.pdf](https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley_organica_2018.pdf).

<sup>8</sup> Il sistema della giustizia penale argentina è composto dal Potere Giudiziario della Nazione, dai poteri giudiziari delle province e dalla Città Autonoma di Buenos Aires. Si tratta di una struttura organizzativa complessa e diversificata: 25 giurisdizioni penali e i rispettivi codici di procedura penale.

<sup>9</sup> È stato adottato nella città di Budapest, Ungheria, il 23 novembre 2001, disponibile all'indirizzo: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa41c>. La Repubblica Argentina ha incorporato il suo testo con la legge n. 27.411, sanzionata il 22 novembre 2017 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 12 dicembre 2017.



reati”<sup>10</sup>, è stata adottata dall’Argentina nel 2017, sebbene le sue norme procedurali non siano state armonizzate nel nuovo Codice di procedura penale federale<sup>11</sup>.

La Convenzione di Budapest – all’articolo 18.3 – stabilisce una divisione tra dati dell’abbonato, traffico e contenuto delle comunicazioni; e, all’articolo 1, paragrafo d, esplicita che per “dati sul traffico” si intendono tutti i dati relativi a una comunicazione effettuata tramite un sistema informatico, generati da quest’ultimo come elemento della catena di comunicazione, indicanti l’origine, la destinazione, il percorso, l’ora, la data, la dimensione e la durata della comunicazione o il tipo di servizio sottostante.

La relazione esplicativa della Convenzione di Budapest – al paragrafo 28<sup>12</sup> – in relazione a questo tipo di informazioni provenienti da una comunicazione informa che: ai fini della presente Convenzione, i “dati relativi al traffico”, come definiti all’articolo 1, lettera d), costituiscono una categoria distinta di dati informatici che è soggetta a un regime giuridico specifico.

Successivamente, dato il crescente utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (di seguito TIC) – compresi i servizi Internet –, la proliferazione della criminalità informatica<sup>13</sup> – che costituisce una minaccia per la democrazia e lo Stato di diritto – nonché la crescente complessità dell’ottenimento di prove elettroniche che possono essere conservate in giurisdizioni straniere e, inoltre, il fatto che le autorità penali sono limitate nelle loro funzioni investigative dai confini territoriali, il Consiglio d’Europa ha adottato –nel 2021– il Secondo protocollo aggiuntivo<sup>14</sup> alla Convenzione sulla criminalità informatica, che mira a garantire il coordinamento e a rafforzare la cooperazione internazionale nelle indagini e nei procedimenti penali contro la criminalità informatica,

---

<sup>10</sup> Nell’ambito dell’Unione Europea, spiccano i precedenti strumenti finalizzati alla protezione dei dati personali nel settore dei servizi di telecomunicazione, con particolare riferimento ai servizi telefonici.

<sup>11</sup> Il Codice di procedura penale federale (di seguito, CPPF) è stato approvato con la Legge n. 27.063 e il suo testo è stato disposto con il Decreto n. 118/2019, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale l’8 febbraio 2019 (contenente le integrazioni previste dalla Legge n. 27.272 e le modifiche introdotte dalla Legge n. 27.482). Disponibile all’indirizzo: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/texact.htm>.

<sup>12</sup> Disponibile all’indirizzo: <https://rm.coe.int/16802fa403>.

<sup>13</sup> Il preambolo di questo Protocollo indica espressamente che esso si applica anche all’acquisizione di “prove elettroniche di qualsiasi reato”, cfr. paragrafo 9 del Preambolo in linea con l’art. 2, a. del Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla criminalità informatica.

<sup>14</sup> Sebbene l’Argentina abbia firmato il 16 febbraio 2023, il Secondo Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione sulla criminalità informatica non è ancora in vigore.

nonché a migliorare la capacità delle autorità giudiziarie penali di raccogliere prove digitali nel corso di un'indagine penale.

Questo Secondo Protocollo Aggiuntivo stabilisce una base giuridica internazionale che rafforza la cooperazione tra le autorità di uno Stato Parte e i fornitori di servizi TIC situati nel territorio di un altro Stato, ai quali potrebbe essere richiesto direttamente<sup>15</sup> (oppure tramite l'autorità competente dello Stato destinatario della richiesta, se si tratta di dati relativi al traffico e ai contenuti) di fornire informazioni sulla registrazione dei nomi di dominio o sui dati degli abbonati.

Allo stesso tempo, il testo prevede una forma più estesa di cooperazione immediata in casi di emergenza, stabilendo garanzie per i diritti fondamentali, in particolare per quanto riguarda la protezione dei dati personali.

Tuttavia, la possibilità di ottenere informazioni sui dati degli abbonati direttamente dai fornitori di servizi era già prevista dall'art. 18 della Convenzione di Budapest, benché sia stata espressamente esclusa la possibilità che tali fornitori offrano dati sul traffico o sui contenuti.

Inoltre, il Secondo Protocollo Aggiuntivo, che continua a basarsi sul tradizionale principio del *favor cooperationis*<sup>16</sup> e sul requisito della doppia incriminazione<sup>17</sup>, stabilisce i requisiti per l'uso della videoconferenza (art. 11), delle squadre investigative comuni o delle indagini congiunte (art. 12), e la protezione dei dati personali (art. 14) per quanto riguarda la raccolta transfrontaliera di prove elettroniche.

In questo Secondo Protocollo, sebbene non ancora in vigore in Argentina, si può osservare un nuovo problema legato alla *cooperazione diretta* tra Procura e fornitore di servizi, poiché la cooperazione diretta con il fornitore di servizi consisterà nell'eseguire – nella maggior parte dei casi, senza controllo giurisdizionale preventivo – gli ordini che il fornitore di servizi riceve dall'organo di accusa. Poiché, secondo la norma sovranazionale, l'autorità dello Stato di esecuzione interverrà solo eccezionalmente se il fornitore di servizi si rifiuta di ottemperare alla richiesta di cooperazione diretta ricevuta.

---

<sup>15</sup> Anche se non espressamente menzionato, il "principio di ubiquità" è al centro di questo Secondo Protocollo. Pertanto, qualsiasi Stato in cui si verifica la criminalità informatica può conferire alle proprie autorità competenti i poteri necessari per accedere ai dati detenuti dalle aziende, all'interno o all'esterno dei rispettivi territori.

<sup>16</sup> All'art. 5, il Secondo Protocollo invita le Parti a continuare a collaborare "nella misura più ampia possibile".

<sup>17</sup> Tale requisito è soddisfatto, come si legge all'art. 5.6, indipendentemente dal fatto che la legislazione della parte a cui è rivolta la richiesta includa il reato nella stessa categoria penale o lo denomini con la stessa terminologia della parte richiedente.

Questo modello di cooperazione diretta con i fornitori di TCI implica una privatizzazione della fiducia reciproca<sup>18</sup> e della cooperazione transfrontaliera, poiché si stabilisce un rapporto diretto tra le autorità preposte all'applicazione della legge – forze dell'ordine e le Procure nei sistemi accusatori – e le società fornitrici di TCI.

Nello specifico, i rappresentanti dei fornitori di TCI sono tenuti a controllare la legalità, la necessità e la proporzionalità di tutti gli ordini che ricevono, nonché il rispetto delle garanzie e dei diritti fondamentali di coloro che ne sono colpiti; compiti che, oltre a superare i loro principali obiettivi aziendali, devono essere realizzati in breve tempo e con pochissime informazioni<sup>19</sup> rilevanti per decidere su tali requisiti.

Queste circostanze, sommate alla possibilità di ricevere sanzioni pecuniarie ed eventualmente penali – qualora i fornitori di TCI non rispettino gli ordini di consegna e conservazione degli elementi probatori – possono generare un'esecuzione massiccia e quasi automatica degli ordini di consegna e conservazione delle informazioni elettroniche archiviate dai fornitori TCI; questo potrebbe portare a violazioni dei diritti fondamentali non solo dell'imputato ma di terzi non specificatamente coinvolti nel procedimento penale, in quanto non esiste un doppio controllo di legalità (nello Stato richiedente e nello Stato destinatario della richiesta).

Ritengo opportuno mantenere il doppio controllo di ammissibilità delle richieste di assistenza giudiziaria penale finalizzate all'acquisizione di prove in una giurisdizione straniera: di legalità, ragionevolezza e sufficiente motivazione da parte delle autorità giudiziarie competenti dello Stato richiedente e dei requisiti di probabile causa nello Stato in cui viene eseguita la richiesta di cooperazione. Questo doppio controllo deve essere combinato nel modo più efficace possibile con l'esigenza di rapidità nell'acquisizione di prove che sono altamente volatili, fragili e facilmente rimovibili.

La necessità di trattare con la dovuta rapidità le richieste di cooperazione giudiziaria internazionale nei procedimenti penali crea l'opportunità di sfruttare in modo più efficiente le tecnologie già disponibili per facilitare e realizzare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati, utilizzando

---

<sup>18</sup> Per una critica all'applicazione di questa modalità nell'assunzione transfrontaliera delle prove, si veda K. AMBOS, *Desarrollos y adaptaciones del principio de reconocimiento mutuo – Reflexiones sobre los orígenes de la orden europea de investigación con vistas a una comprensión práctica del principio de reconocimiento mutuo* in M. LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA (Dir.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, España 2021, p. 141 e seguenti, in particolare pp. 164-166.

<sup>19</sup> In linea di principio, i fornitori di TIC riceveranno solo brevi formulari, non veri e propri ordini di consegna o di conservazione redatti dalle autorità emittenti competenti.

la trasmissione elettronica delle richieste di cooperazione. negli ambienti protetti di comunicazione elettronica<sup>20</sup>.

In sintesi, l'implementazione dell'uso delle TIC nel campo giudiziario transfrontaliero ha il potenziale per snellire il processo, ridurre le spese finanziarie e facilitare l'accesso alla giustizia<sup>21</sup> per tutte le parti.

### *3. Attuale quadro giurisprudenziale argentino*

La Corte Suprema di Giustizia della Nazione ha sottolineato che le comunicazioni sono protette dalla garanzia di inviolabilità della corrispondenza riconosciuta dall'articolo 18 della Costituzione nazionale<sup>22</sup>, il che significa che nessun cittadino può essere soggetto a interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua corrispondenza o nelle sue comunicazioni telefoniche, essendo essenziale riconoscere che all'interno di questa fattispecie, oltre alle conversazioni e ai messaggi tra interlocutori, è inclusa anche la registrazione del traffico telefonico. Questa equivalenza implica che la registrazione telefonica dovrebbe avere la stessa tutela giuridica delle intercettazioni telefoniche (conversazioni in senso stretto) e, pertanto, l'intrusione che viene effettuata dovrebbe avvenire alle stesse

<sup>20</sup> Cfr. Trattato sulla trasmissione elettronica delle richieste di cooperazione giuridica internazionale tra autorità centrali, fatto a Medellín il 25 luglio 2019 (non in vigore per l'Argentina), disponibile all'indirizzo [https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado\\_Medellin\\_ES.pdf](https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado_Medellin_ES.pdf); Rete Iberoamericana per la Cooperazione Giuridica Internazionale (IberRed) in materia civile e penale, composta dai Ministeri della Giustizia, dalle Procure e dagli Uffici del Procuratore Generale, nonché dalle Autorità Giudiziarie e Centrali di 22 Paesi Iberoamericani e dalla Corte Suprema di Porto Rico, disponibile, tra gli altri, all'indirizzo: <https://iberred.notariado.org>; Regolamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria, disponibile all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L\\_202302844](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202302844).

<sup>21</sup> Obiettivo 16 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, disponibile all'indirizzo: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

<sup>22</sup> Con una formulazione quasi identica, l'articolo 11, paragrafo 2, della Convenzione americana sui diritti umani (CEDU) stabilisce che nessuno può essere sottoposto a interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, così come l'articolo 17, paragrafo 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR).

condizioni o requisiti legali: *una decisione giurisdizionale motivata*.

Tale equivalenza è stata espressamente riconosciuta nel precedente del caso Halabi secondo cui “nell’ordinamento dei procedimenti penali federali, l’uso del registro di comunicazioni telefoniche ai fini delle indagini penali deve essere emesso dal giudice competente mediante ordinanza motivata”<sup>23</sup>.

Ciò è congruente con la norma che stabilisce che «la corrispondenza telematica è inviolabile. La sua intercettazione potrà avvenire solo su richiesta di un giudice competente»<sup>24</sup>. Rafforzando l’idea, il CSJN spiega questa equivalenza evidenziando che «i dati sul traffico collegano i dati sui contenuti»<sup>25</sup>. In altre parole, la nostra Corte Suprema ha sottolineato che le informazioni contenute nel registro delle comunicazioni avviate dall’imputato – la durata, la geolocalizzazione, le persone che hanno avuto uno scambio, la frequenza di queste, ecc. – godono della stessa protezione dei dati relativi al contenuto. E quelli sono indissolubilmente legati al primo<sup>26</sup>.

Vale la pena notare che questa conclusione della Corte Suprema di Giustizia argentina è simile a quanto espresso dalla Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo nel caso “Escher”<sup>27</sup> e dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso “Malone”<sup>28</sup>.

Il caso “Malone” è significativo in rapporto al secondo dei casi paradigmatici esaminati, in quanto il Regno Unito è stato condannato per l’utilizzo di un sistema di controllo delle chiamate che registrava automaticamente i dati dei contatti telefonici effettuati senza autorizzazione giudiziaria<sup>29</sup>.

In Argentina, infatti, i dati periferici di una comunicazione – come i dati relativi al traffico – sono costituzionalmente tutelati (art. 18 CN) al fine di evitare interferenze arbitrarie dello Stato nella sfera dell’intimità e della privacy delle persone.

<sup>23</sup> Sentenze 332:111 disponibili all’indirizzo: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6625571&cache=1647258848267>.

<sup>24</sup> Si veda l’articolo 18 della legge n. 19.798, disponibile all’indirizzo: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/31922/texact.htm>.

<sup>25</sup> Sentenza 332:111, cit.

<sup>26</sup> Sentenza 333:1674, Quaranta, José Carlos sulla violazione della Legge 23.737 – Causa N. 763 – Disponibile all’indirizzo: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6884191&cache=1708860291125>.

<sup>27</sup> Disponibile all’indirizzo: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf).

<sup>28</sup> Sentenza Corte europea dei diritti dell’uomo – di seguito, CEDU –, caso Malone contro Regno Unito, 2 agosto 1984.

<sup>29</sup> Cfr. CEDU, caso Malone contro Regno Unito, cit.

Nello stesso senso, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che sia i dati sul traffico sia il contenuto della comunicazione sono protetti dalla segretezza delle comunicazioni e che la loro acquisizione può avvenire solo per ordine giurisdizionale<sup>30</sup>.

In linea con quanto stabilito dalla nostra Suprema Corte, ritengo che debba esserci equivalenza nella tutela dei dati di traffico e di contenuti. In caso contrario, una parte significativa del processo di comunicazione che coinvolge dati sensibili della persona potrebbe rimanere senza tutela giuridica, frustrando così lo scopo della norma costituzionale, che è quello di tutelare l'area di autonomia dell'individuo che decide di stabilire un contatto con un'altra persona.

Ritengo, in sintesi, che la prassi adeguata dovrebbe prevedere che le informazioni sulle comunicazioni esistenti negli archivi dei fornitori dei servizi corrispondenti (dati sul traffico<sup>31</sup>) debbano godere delle stesse condizioni di autorizzazione: un ordine giurisdizionale motivato<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. analisi tematica sulla protezione dei dati personali effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, disponibile all'indirizzo: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_FRA.pdf) e <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=1827>.

<sup>31</sup> Le informazioni sul traffico o sulle transazioni includono di solito: a) i dati del mittente e del destinatario delle e-mail e i relativi indirizzi IP di connessione; b) il giorno e l'ora delle comunicazioni avvenute; c) la quantità di dati che la comunicazione ha richiesto; d) i siti Web visitati dall'utente. Attualmente, le aziende tecnologiche ospitate in una giurisdizione straniera (USA) hanno uno standard più elevato per la fornitura di dati transazionali. È necessario aprire un caso nello Stato richiesto, in cui vengono forniti dettagli specifici sulla rilevanza dei dati per l'indagine. Le informazioni saranno rilasciate dall'azienda tecnologica solo in presenza di un ordine fondato di un giudice locale che la autorizzi a farlo. In particolare, è necessario inviare una *richiesta di assistenza legale internazionale* che contenga i requisiti di specifici trattati bilaterali o multilaterali. Cfr. *Guía de buenas prácticas para obtener evidencia electrónica en el extranjero* (2020) redatta dalla Procura della Repubblica Argentina, disponibile all'indirizzo: [https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2020/11/DIGCRI\\_Guía-de-Evidencia-Digital\\_v5.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2020/11/DIGCRI_Guía-de-Evidencia-Digital_v5.pdf).

<sup>32</sup> Cfr. art. 150 del CPPF, cit.: "Ogniqualvolta ciò sia utile per l'accertamento del reato, il giudice può, su richiesta di parte, ordinare l'intercettazione e il sequestro della corrispondenza postale, telegrafica, elettronica o di qualsiasi altra forma di comunicazione o di qualsiasi altro oggetto inviato dall'imputato o a lui indirizzato, anche sotto falso nome. La perquisizione deve essere effettuata in modo analogo.

L'intercettazione delle comunicazioni è eccezionale e può essere effettuata solo per un periodo massimo di trenta giorni, e può essere rinnovata, indicando i motivi che giustificano la proroga del periodo in base alla natura e alle circostanze dell'atto oggetto di indagine.

La richiesta deve indicare il periodo di tempo ritenuto necessario in base alle circostanze del caso. Il giudice controllerà la legalità e la ragionevolezza della richiesta e prenderà una decisione fondata.

I magistrati, i funzionari, gli agenti e i dipendenti che partecipano attivamente all'inter-

#### 4. Considerazioni finali

Per quanto riguarda l'intrusione nello spazio virtuale del proprietario del dispositivo, la Corte Suprema spagnola ha affermato che, al di là del trattamento costituzionale specifico di tutti i diritti rilevanti, «esiste un diritto al proprio spazio virtuale. In esso rientrano, senza perdere la loro consistenza autentica di manifestazione di diritti costituzionali specifici, tutte le informazioni in formato elettronico che, attraverso l'uso delle nuove tecnologie, l'utente genera, consapevolmente o inconsapevolmente, volontariamente o meno, lasciando una traccia individuabile dalle autorità pubbliche. Sorge quindi l'esigenza di fornire una protezione giurisdizionale contro la necessità per lo Stato di intervenire in questo ambiente digitale nelle attività di indagine e punizione dei reati»<sup>33</sup>.

La valutazione giuridica delle ragioni che giustificano, nell'ambito di un'indagine penale, il sacrificio dei diritti dell'utente del computer, deve essere fatta senza perdere di vista la multifunzionalità dei dati memorizzati sul dispositivo<sup>34</sup>. Solo quando si tratta di motivare concretamente la misura si dovrebbe scendere nella specifica analisi dei diritti in questione, la cui maggiore o minore importanza e incidenza determinerà la maggiore o minore esigenza dei principi guida che governeranno il provvedimento.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che il Quarto Emendamento protegge non solo la proprietà, ma anche *l'aspettativa di privacy*<sup>35</sup> condivisa con terzi: nel caso in analisi, i fornitori di servizi TCI.

---

vento e/o sono responsabili degli elementi probatori sono tenuti al dovere di riservatezza e di segretezza rispetto alle informazioni ottenute con questi mezzi. Chi non ottempera a tale dovere incorre in responsabilità penale.

Le società che forniscono il servizio di comunicazione devono consentire l'immediato adempimento della diligenza, a pena di incorrere in responsabilità penale.

Se gli elementi di prova presi in considerazione per ordinare la misura vengono meno, se il suo periodo di durata è trascorso o se ha raggiunto il suo obiettivo, la misura deve essere interrotta immediatamente”.

<sup>33</sup> Cfr. sentenza penale n. 342/2013, Corte Suprema di Spagna, Rec 1461/2012 del 17 aprile 2013; Sentenza penale n. 786/2015, Corte Suprema di Spagna, Sezione Penale, Sezione 1, Rec 10447/2015 del 4 dicembre 2015.

<sup>34</sup> Cfr. sentenza penale n. 786/2015, cit.

<sup>35</sup> Il caso “Carpenter” sviluppa e aggiorna il principio dell'aspettativa di privacy mantenendo i concetti dei precedenti “Riley v. California”, “United States v. Jones” e “Katz v. United States”. Carpenter v. United States, 16-402, 585 US (2018) e inizia a identificare ulteriormente le diverse violazioni dei diritti individuali che si generano con l'accesso ai dati del telefono cellulare, perforando il muro della privacy con un'intrusione profonda e organizzata negli affari privati.

Pertanto, quando un individuo cerca di preservare qualcosa di privato, e la sua aspettativa di *privacy* è socialmente considerata ragionevole, l'intrusione degli agenti del potere pubblico nella sfera privata è generalmente qualificata come perquisizione e richiede un ordine adeguatamente motivato<sup>36</sup>.

Come prerequisite essenziale per l'adozione di una misura di indagine tecnologica, ritengo necessario stabilire *espressamente* la necessità di un'autorizzazione giudiziaria nel pieno rispetto dei principi di specialità, adeguatezza, eccezionalità, necessità e proporzionalità della misura durante la fase di indagine penale, come filtro di legalità per la validità di qualsiasi misura investigativa che limiti i diritti fondamentali.

In altre parole, negli ordinamenti processuali accusatori, ritengo necessario che il pubblico ministero, in un'udienza orale unilaterale<sup>37</sup>, giustifichi la richiesta di una decisione giurisdizionale<sup>38</sup> che lo autorizzi a ottenere dati di traffico o dati di contenuto di comunicazioni personali, soprattutto quando questi si trovano in aziende tecnologiche con sede legale in uno stato estero o operanti in un altro stato.

La garanzia di non autoincriminazione (*nemo tenetur se detegere*<sup>39</sup>) è il diritto dell'individuo di decidere liberamente se e cosa testimoniare. Una delle conseguenze essenziali di questo diritto è che l'imputato non può essere costretto o indotto a riconoscere la sua colpevolezza. Celebre è la formulazione di tale diritto di immunità nel quinto emendamento della Costituzione degli Stati Uniti: «Nessuno potrà essere costretto a

<sup>36</sup> La Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che le mappature della posizione di un telefono cellulare per un periodo prolungato fornisce una registrazione completa degli spostamenti di una persona e presenta seri problemi di *privacy*: le informazioni sulla localizzazione del sito cellulare (CSLI) o i dati del sistema di posizionamento globale (GPS), con le loro tempistiche, forniscono una finestra sulla vita di una persona, rivelando non solo i suoi particolari spostamenti, ma anche, attraverso di essi, le sue relazioni familiari, politiche, professionali, religiose e sessuali. Si tratta di una cronaca dettagliata della presenza fisica di una persona, raccolta ogni giorno, ogni momento, per diversi anni. Un telefono cellulare registra la posizione di una persona, senza alcun atto da parte dell'utente. Cfr. *Carpenter v. Stati Uniti*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. art. 143 CPPF: "Il giudice può convocare un'udienza unilaterale prima di prendere la decisione".

<sup>38</sup> Ciò che implica l'elenco e la descrizione degli elementi probatori attestanti il fatto indagato e la relazione della persona titolare dell'ambiente virtuale a cui si vuole accedere con il fatto illecito; la giustificazione che la necessità delle informazioni è dovuta alla sua pertinenza per quella specifica indagine penale e che le informazioni saranno utilizzate solo per quel processo penale specifico.

<sup>39</sup> Cfr. art. 18 della Costituzione nazionale, articolo 8.2.g della Convenzione americana sui diritti umani (con gerarchia costituzionale ai sensi dell'articolo 75, paragrafo 22 della Costituzione nazionale).



testimoniare contro sé stesso».

Nello specifico, se si chiede a un imputato, a un testimone o a una vittima, di fornire volontariamente i propri codici di accesso al telefono cellulare, la Procura o le forze di sicurezza devono far sapere all'interessato che ha il diritto di non consentire l'accesso all'ambiente virtuale personale, dal momento i dati da lì ricavabili possono essere usati contro di lui.

Inoltre, ritengo che nei codici procedurali penali sia necessario incorporare una regola espressa che indichi che, per ottenere prove elettroniche (dati) che riguardano il diritto individuale all'ambiente virtuale, questi devono essere richiesti dalla Procura fondatamente al giudice di garanzia; che deve ordinare la misura procedurale mediante risoluzione scritta, fondata e per un tempo limitato al fine di ottenere il massimo rispetto possibile dei diritti e delle garanzie sia per l'indagato, che per la vittima e terze persone.

Pertanto, lo Stato può avere accesso all'ambiente virtuale di una persona, interferendo nei suoi diritti fondamentali, a condizione che: 1) l'interferenza sia prevista dalla legge (legalità), 2) il suo scopo sia legittimo (legittimità); 3) il raggiungimento di questo scopo sia necessario in una società democratica (necessità).

Tuttavia, non va trascurato che le basi garantiste della procedura penale esprimono il collegamento della legislazione e della prassi processuale alla Costituzione e ai vari strumenti dei diritti umani che vincolano lo Stato. L'obiettivo è quello di rendere il processo penale plausibile non solo perché più efficace (soprattutto di fronte alla criminalità organizzata o grave), ma anche perché preserva un nucleo duro di principi che consentono ai colpevoli di rispondere alla legge in modo civile e agli innocenti – nonostante le carenze del sistema – di trovare una giusta assoluzione.

Solo la piena effettività dei principi di garanzia consentirà la costruzione di un solido processo penale accusatorio di fronte alla complessa criminalità che la nostra società si trova ad affrontare.

Luca Lupária Donati

*La verità giudiziale tra rarefazione tecnologica  
e solidità della tradizione processuale*

I tre brillanti interventi che hanno caratterizzato la presente sessione del nostro incontro internazionale di studi, volto a riunire voci autorevoli della dottrina italiana e argentina, mi conducono facilmente verso due approdi ermeneutici.

Il primo è che studiare il processo penale contemporaneo significa necessariamente fare i conti con il possibile impiego dell'intelligenza artificiale in ogni stadio del rito: dalla fase delle indagini al momento cautelare, dallo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale alla assunzione delle decisioni tipiche della camera di consiglio, sino ad arrivare al *sentencing*<sup>1</sup>. Inutile pensare di eludere dal nostro orizzonte un fenomeno che non appartiene più alla dimensione del futuribile ma che già costituisce pratica vivente in molte aule di giustizia, nel vecchio e nel nuovo continente<sup>2</sup>. Il tema diventa quindi non già se trattare l'argomento, quanto piuttosto come affrontarlo correttamente<sup>3</sup>.

Le relazioni che abbiamo ascoltato, in realtà, ci hanno fornito un possibile itinerario, una accessibile chiave di lettura. Anzitutto il giurista necessita di conoscere in maniera consapevole e non improvvisata i sistemi algoritmici e gli applicativi di *machine learning*. Non si richiede l'approfondimento di uno scienziato, ma uno sguardo serio, lontano da stereotipi o statuizioni improvvisate, connotato da una infarinatura circa le modalità di funzionamento dei vari *tools* e l'infrastruttura logico-neuronale che sta alle spalle della macchina.

Occorre poi essere in grado di verificare la compatibilità di questi strumenti di *AI* con gli istituti codicistici e con i valori del giudizio penale, attraverso un lavoro intellettuale che sappia distinguere quali problematiche

---

<sup>1</sup> G. CANZIO, L. LUPÁRIA DONATI, *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2018<sup>2</sup>, *passim*.

<sup>2</sup> J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo X*, trad. it., Giappichelli, Torino 2019.

<sup>3</sup> D. PASTOR, *El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar*, in «Diario pen.», n. 175, 1 dicembre 2017.

costituiscono semplicemente la riproposizione (o l'amplificazione) di antichi interrogativi sulla prova scientifica e quali, invece, abbiano realmente un carattere di novità che richiede all'osservatore occhi nuovi o inedite lenti interpretative.

Infine, bisogna spogliarsi di ogni approccio bulimico verso tali conquiste tecnologiche, perché ciò che si manifesta al di fuori dalla giustizia criminale non deve per forza essere impiegato a fini di acclaramento dei fatti di reato. Il processo penale è fruitore delle sole scienze che siano già sedimentate, non può essere un luogo di sperimentazione; oltretutto, la sua natura marcatamente anti-epistemica<sup>4</sup> si nutre della cultura dello scarto e rifugge qualsiasi ipotesi di inclusività generalizzata e non ponderata, che possa condurre alla condanna dell'innocente, pervenendo così al risultato che il sistema vuole a ogni costo evitare<sup>5</sup>. Va allora richiesto un fermo vaglio di ammissibilità del *novum* tecnologico e, soprattutto, un approccio mentale rivolto a valorizzare l'intelligenza artificiale solo in chiave di rafforzamento dei diritti fondamentali e delle prerogative insopprimibili dell'individuo<sup>6</sup> e, parallelamente, diretto a chiudere le porte a qualsiasi applicazione foriera di un impoverimento del corredo garantistico tipico della nostra forma di giustizia<sup>7</sup>.

Il secondo approdo che mi sembra emerga dalle parole dei relatori riguarda la pervasività della digitalizzazione nell'accertamento penale dei nostri tempi<sup>8</sup>. Le evidenze informatiche rappresentano oramai la preponderante piattaforma conoscitiva a disposizione di inquirenti o giudici penali<sup>9</sup> e, come abbiamo sentito, divengono anche il *pivot* di una

<sup>4</sup> B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in «Riv. dir. proc.», 2022, p. 525 ss.

<sup>5</sup> L. LUPÁRIA DONATI, *Un viaggio al termine della giustizia. Alla ricerca di anticorpi per la condanna dell'innocente*, in *L'errore giudiziario*, a cura di Lupária Donati, Giuffré, Milano 2021, p. 1 ss.

<sup>6</sup> S. LORUSSO, *La sfida dell'intelligenza artificiale al processo penale nell'era digitale*, in «Sist. pen.», 28 marzo 2024, p. 11 ss.; G. CAMERA, *A proposito dell'indagine conoscitiva sull'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, *ivi*, 15 aprile 2024, p. 5.

<sup>7</sup> A. BALSAMO, *L'impatto dell'intelligenza Artificiale nel settore della giustizia*, in «Sist. pen.», 22 maggio 2024, p. 1; L. LUPÁRIA DONATI, G. FIORELLI, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Giuffré, Milano 2022, p. 781 ss.; L. MARAFIOTI, *Intelligenza artificiale, giudizio penale e garanzie processuali*, in «Ind. pen.», 2023, p. 15 ss.

<sup>8</sup> MARAFIOTI, *Prueba digital y proceso penal*, in «Rev. Der. Pen. y Proc. Pen.», 2012, p. 1904 ss.; M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino 2017.

<sup>9</sup> L. LUPÁRIA DONATI, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, Torino 2019.

sempre più accentuata collaborazione internazionale.

La tecnologia rischia però di svuotare gli istituti processuali della loro finalità primigenia, depotenziando le garanzie assicurate a livello costituzionale. In Italia, basta pensare alla recente sentenza della Consulta sulla corrispondenza elettronica<sup>10</sup>, nella quale è emerso plasticamente come la matrice digitale di quanto viene voracemente appreso dalle fauci dell'inchiesta finisce col nascondere la vera natura giuridica dell'elemento raccolto. La prassi ci consegna insomma un approccio semplicistico in cui i dati informatici riversati nei fascicoli vengono automaticamente qualificati alla stregua di una mera prova documentale.

La Corte costituzionale, riferendosi alla messaggistica istantanea, ha fortunatamente avvertito che accostarsi al tema in questo modo risulta fuorviante, giacché la veste digitale ricopre carattere neutro agli occhi dell'interprete: caso per caso occorre comprendere la "etichetta" corretta del dato conoscitivo, che sarà talora da definire quale corrispondenza, altre volte esito di attività di intercettazione, in ulteriori ipotesi invece frutto di una raccolta effettuata da *providers* che surrogano le forze di *law enforcement*, e potremo continuare oltre. A ogni differente classificazione, *ça va sans dire*, corrisponde un differente statuto processuale.

La struttura digitale può dunque far perdere di vista al giudice la qualificazione dell'oggetto prodotto dalle parti e rendere la categoria della prova documentale il *paspartout* più insidioso del nostro diritto delle prove. La tecnologia, ancora una volta, è tentatrice per l'uomo che, forse per natura, suole imboccare scorciatoie, desidera far presto e semplificare ciò che semplificabile non è.

In conclusione. La ricerca della verità giudiziale, nella temperie tecnologica che stiamo vivendo, deve "bascolare" tra la raccolta ponderata di nuove opportunità scientifiche per il miglioramento del bagaglio epistemico del decisore e la strenua difesa dei *sancta sanctorum* della nostra tradizione processuale, composta di almeno quattro baluardi: cultura del dubbio (e del riscontro); legalità (ed etica) del percorso che conduce alla pronuncia sulla imputazione; impiego del metodo del contraddittorio (e dell'ascolto della difesa) nella formazione delle prove; canone di umanità di tutte le decisioni che influiscono sulla libertà di un individuo.

Ecco, se, di fronte a una sorta di rarefazione dei diritti nell'ambiente digitale<sup>11</sup>, sapremo mantenere la caratura del processo penale quale

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 27 luglio 2023, n. 170, Pres. Sciarra, red. Modugno.

<sup>11</sup> A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique*, PUF, Paris 2018.

“giudizio dell’uomo sull’uomo”<sup>12</sup>, se ricorderemo che l’intelligenza umana (quale *intus legere*, interpretazione profonda dell’essere) non potrà mai essere sostituita da enti artificiali<sup>13</sup>, se sapremo mantenere salde le (fragili) conquiste di garanzia che costellano la storia della giustizia criminale, il futuro potrà forse risultare meno cupo di quello che oggi ci appare.

---

<sup>12</sup> S. SIGNORATO, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in «Riv. dir. proc.», 2021, p. 101.

<sup>13</sup> N. CHOMSKY, *The False Promise of ChatGPT*, in *The New York Times*, 4 marzo 2023.

QUARTA SESSIONE  
PROVA, CONTRADDITTORIO  
E CONTROLLO DEL GIUDICE



Federico Wagner

*L'esercizio discrezionale dell'azione penale*

SOMMARIO: 1. L'uso discrezionale dell'azione penale pubblica è legittimo? – 2. La discrezionalità del pubblico ministero – 3. L'ambito legittimo dell'azione penale discrezionale e il suo controllo effettivo.

1. *L'uso discrezionale dell'azione penale pubblica è legittimo?*

Il diritto penale, quale strumento per ridurre al minimo la violenza, implica una decisione del giudice, volta ad accertare i fatti al fine di appurare se la fattispecie criminosa sia stata o meno integrata. La natura tendenzialmente cognitiva della giurisdizione inibisce, così, punizioni arbitrarie e discriminazioni nell'esercizio dell'azione penale.

Questo presupposto razionale di giustificazione del potere è stato relativizzato a partire dal momento in cui è diventata evidente l'incapacità del sistema giudiziario di fronteggiare le istanze sociali rimaste insoddisfatte<sup>1</sup>. Il soddisfacimento di tali istanze si basa su tre presupposti errati: 1) il principio di legalità obbliga lo Stato a perseguire tutti i reati; 2) il potere punitivo dello Stato tollera la punizione senza processo; 3) i meccanismi alternativi al processo riducono la violenza e proteggono dal rischio di vendetta privata<sup>2</sup>. Tuttavia, la necessità di superare la rigidità del principio

<sup>1</sup> In argomento, T. ARMENTA DEU, *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid 2014, p. 32, sostiene che c'è stata una crisi del processo penale «(...) dalla prima guerra mondiale in poi, ma soprattutto dopo la seconda, l'aspetto più negativo della procedura penale è la sua lentezza, che, insieme all'aumento dell'incriminazione, ha portato a un aumento e a un occasionale collasso dell'amministrazione della giustizia, che inevitabilmente ha portato a una perdita di fiducia in essa e a una mancanza di efficacia della pena, con conseguenze negative dal punto di vista della prevenzione generale. Il processo penale, il sistema di giustizia penale, ha iniziato a fallire, non funziona, è impossibile rispettare l'applicazione del principio di legalità. L'aumento della microcriminalità e la progressiva incriminazione hanno giustificato una limitazione della prima attraverso varie manifestazioni del principio di opportunità, meglio o peggio interpretato».

<sup>2</sup> Nello Stato di diritto non esiste una norma che imponga la risoluzione di tutti i casi penali. Allo stesso tempo, la de-formalizzazione del processo, attraverso la punizione



di legalità in materia processuale ha favorito l'introduzione di poteri discrezionali assegnati al pubblico ministero al fine di evitare l'instaurazione del processo. Si assiste, così, a una "pandemia legislativa" che vuole "più diritto penale" con "meno processo".

L'incremento massiccio delle indagini penali, nonché la loro estrema complessità in molti casi, la comparsa di maxiprocessi e le pretese da parte dei cittadini di ottenere ristoro dal diritto penale hanno provocato il collasso del sistema giudiziario e offerto, quale soluzione, ogni sorta di "scorciatoia" processuale.

Basti pensare agli accordi, al patteggiamento e persino agli strumenti complementari alla giurisdizione, quale la mediazione; ben accolti persino dagli scettici della giustizia riparativa, non tanto per convinzione ideologica, ma perché perseguono obiettivi di giustizia apparentemente più efficienti<sup>3</sup>.

Oggi, il processo penale funziona come il letto di Procuste. Nella mitologia greca, Procuste aveva la sua casa in collina, dove ospitava i viaggiatori solitari. Dopo averli nutriti, li invitava a sdraiarsi sul letto e, quando i viaggiatori dormivano, li imbavagliava e legava ai quattro angoli del letto. Qualora il corpo della vittima fosse stato più lungo del letto, Procuste ne avrebbe segato le parti sporgenti; qualora, invece, fosse stato più corto, lo avrebbe allungato. Nessuno aveva mai raggiunto le dimensioni del letto perché Procuste ne aveva due: uno più lungo e uno più corto.

In modo analogo alla mitologia, dove non c'era modo di evitare la tortura di Procuste, la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale se, da un lato, trova giustificazione alla luce della criminalizzazione di comportamenti che non dovrebbero essere punibili<sup>4</sup>; dall'altro lato,

---

senza processo, denaturalizza il presupposto dello Stato per il potere di punire, che non tollera l'uso di più violenza di quella necessaria per evitare la vendetta privata e cerca di perseguire senza discriminare la persona accusata. Infine, l'esperienza ha dimostrato che gli obiettivi proposti attraverso l'introduzione di meccanismi alternativi al processo non sono stati realizzati e che si sono rivelati gli strumenti necessari per giustificare una posizione pro-gang, contraria al sistema di garanzie.

<sup>3</sup> S. BARONA VILAR, *Proceso Penal desde la Historia, Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 578.

<sup>4</sup> In effetti, D. PASTOR, *Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública*, in *Tendencias, Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2012, p. 133, sostiene che «se è vero che il diritto penale è sussidiario e di ultima ratio, se è vero che le sue norme dovrebbero catturare solo le aggressioni più gravi alla pace sociale, se la sua legittimità dipende da un catalogo ridotto di reati (diritto penale minimo), allora è chiaro che i fatti qualificati come crimini di azione privata non hanno una reale rilevanza penale, cosa che è certamente provata dalla mancanza di interesse dello Stato nel loro effettivo perseguimento e punizione. Pertanto, se si vuole seriamente ridurre il gigantismo penale, una politica criminale dovrebbe indubbiamente iniziare

tuttavia, finisce per ostacolare l'obiettivo perseguito dal diritto penale volto a ridurre al minimo la violenza, giacché qualsiasi tipo di soluzione consensuale rischia di violare il carattere cognitivo del processo. Quindi, proprio come nell'invito di Procuste, anche nel processo penale non è dato riscontrare una soluzione razionale per evitare l'aggressione.

Tuttavia, l'obbligatorietà dell'azione penale non equivale ad evitare che ogni reato resti impunito, ma significa che la decisione del "se", "quando" e "come" esercitare l'azione penale non sia lasciata alla discrezionalità<sup>5</sup>. Nella misura in cui i sistemi giudiziari non siano in grado di garantire un diritto penale minimo, dovrebbe essere necessario regolamentare meccanismi che, senza intaccare l'uguaglianza, ammettano una certa dose di discrezionalità dell'azione penale. E ciò in quanto, in una società di massa, l'apparato statale non ha la capacità, date le risorse umane e materiali a disposizione, di perseguire tutti i reati di cui venga a conoscenza. Pertanto, la selezione di quest'ultimi finisce per essere il risultato di un vero e proprio conflitto di interessi, alcuni dei quali prevalgono su altri, in base a fattori di potere e disuguaglianze reali<sup>6</sup>.

L'uso arbitrario ed incontrollato dell'azione appare evidente dalla lettura dei dati statistici. Dall'analisi dei casi presentati dal Ministero della giustizia penale argentina, nel 2019, solo il 3,39% si è concluso con una sentenza di condanna, sospensione condizionale del procedimento, accordi riparatori, sentenze di assoluzione e di proscioglimento<sup>7</sup>.

Sorge, pertanto, un interrogativo: è legittimo rinunciare all'azione penale obbligatoria, qualora si garantisca l'uguaglianza e la riduzione della violenza come prerequisito per l'intervento dello Stato nell'attuazione del diritto penale?

---

a ricondurre i reati privati a una responsabilità puramente civile. Anche in questo modo, come si può vedere, la trasformazione dell'azione penale pubblica in azione penale privata non offre prospettive incoraggianti in termini di garanzia». In questo senso, la Corte interamericana dei diritti umani ha affermato che «in una società democratica, il potere punitivo si esercita solo nella misura strettamente necessaria a proteggere gli interessi giuridici fondamentali dagli attacchi più gravi che li danneggiano o li mettono in pericolo. Fare altrimenti porterebbe a un esercizio abusivo del potere punitivo dello Stato», così, CIDH, Caso Kimel c. Argentina, Sentenza del 2 maggio 2008 (merito, risarcimenti e spese), par. 76.

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid 1995, p. 562.

<sup>6</sup> J. MAIER, *Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, 2a edizione, p. 834.

<sup>7</sup> Cfr. *La eficacia de los Ministerios Públicos en Argentina, Informe de avance*, INECIP, in [www.inecip.org/wp-content/uploads/2022/09/Inecip-Publicacion-La-eficacia-de-los-MPF.pdf](http://www.inecip.org/wp-content/uploads/2022/09/Inecip-Publicacion-La-eficacia-de-los-MPF.pdf), pp. 7-8. Questa statistica è stata criticata in ambito accademico, ma non è stata pubblicata alcuna statistica successiva che la confuti.

Se è così, il problema non può essere risolto semplicemente importando strumenti più o meno innovativi per decongestionare il sistema giudiziario e privatizzare il conflitto mediante il soddisfacimento delle pretese della vittima. La disponibilità dell'azione penale richiede la creazione di spazi e meccanismi legittimi per la sua attuazione, in modo che si possa realizzare la «selezione dei casi secondo criteri ragionevoli e politiche convenienti»<sup>8</sup>.

## 2. *La discrezionalità del pubblico ministero*

Le indagini a carico del pubblico ministero e il modello accusatorio sono stati accolti, almeno in America Latina, come una sorta di «panacea magica per porre fine alla visibile e permanente crisi del sistema di giustizia penale»<sup>9</sup>. In questo contesto, sono state assegnate nuove funzioni al pubblico ministero senza, tuttavia, modificarne la fonte di legittimazione o i corrispondenti meccanismi di controllo. In effetti, una volta superato il vaglio della legalità, il giudice non ha il potere di entrare nel merito delle decisioni discrezionali del pubblico ministero, perché queste non possono essere controllate secondo la logica dell'inferenza (come avviene per la prova dei fatti) o della deduzione (come accade per l'interpretazione e l'applicazione della legge). Pertanto, siffatta discrezionalità si traduce in un potere incontrollato, incapace di impedire azioni penali discriminatorie e idoneo, invece, a favorire l'applicazione di pene arbitrarie.

Invero, se per un verso, la discrezionalità incontra regole e limiti, per altro verso, occorre evidenziare che il merito della decisione non si basa sulla verità dei fatti: il che, di per sé, non esclude la sua illogicità. La sua razionalità potrebbe rilevare diversamente a seconda che la decisione sia

---

<sup>8</sup> Al punto X della Relazione al Codice di Procedura Penale della Nazione, redatta dal Dr. J. Maier, si legge: «nessun sistema penale processa tutti i casi che si verificano in una società; al contrario, le statistiche universali e nazionali mostrano l'esiguo numero di casi risolti dai vari sistemi. La nostra legge si aggrappa ancora al cosiddetto "principio di legalità", che pretende di perseguire tutte le azioni punibili, secondo una regola generale di obbligatorietà. In pratica, però, si applicano vari criteri di selezione informali e politicamente caotici, anche all'interno degli organi penali e giudiziari dello Stato. Pertanto, è necessario introdurre criteri che permettano di condurre questa selezione dei casi in modo ragionevole e in accordo con le decisioni politiche più convenienti», cfr. *Dottrina Penale*, Anno 9, Depalma, Buenos Aires 1986, p. 669.

<sup>9</sup> M. RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público, El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, p. 61.

giustificata da implicazioni politiche o economiche<sup>10</sup>.

La tesi relativa alle implicazioni politiche sostiene che le decisioni legate all'esercizio dell'azione penale possono rispondere ad interessi e obiettivi estranei alla legalità e che vanno al di là dell'applicazione della legge al caso specifico.

Diversa è l'argomentazione economica che propone di stabilire alcuni criteri di priorità. Partendo dal presupposto che le risorse a disposizione del sistema giudiziario sono scarse, un'opzione potrebbe essere quella di pianificare un impiego razionale delle stesse. A tal fine, potrebbero essere utili gli studi economici del diritto penale. Non sfugge che il dibattito sul punto abbia richiamato l'attenzione sul fatto che l'efficienza sia un valore, da rapportarsi con altri valori, quali l'equità e il rispetto dei diritti fondamentali<sup>11</sup>. Ciononostante, non si intende utilizzare l'efficienza quale metodo per giustificare la criminalizzazione, bensì quale criterio per controllare l'impunità discrezionale. Il calcolo economico potrebbe essere utilizzato per sviluppare metodi decisionali efficienti che permettano di risolvere, senza intaccare l'uguaglianza, tutti quei casi in cui il reato cagiona un costo economico di dimensioni rilevanti per la società.

Modificando, in entrambi i casi – sia quello delle implicazioni politiche, sia quello delle implicazioni economiche – il presupposto razionale di giustificazione dell'attività del pubblico ministero, emerge la necessità di adattare i meccanismi di nomina e rimozione, nella misura in cui lo spazio decisionale riguardante la promozione dell'azione penale smetta di essere caratterizzato dalla legalità.

### 3. *L'ambito legittimo dell'azione penale discrezionale e il suo controllo effettivo*

Il giudizio di opportunità consente al pubblico ministero di rispettare la legge sia quando rinuncia all'azione sia quando ne richiede la promozione, nella misura in cui la legge prevede espressamente entrambe queste possibilità.

La discrezionalità nel disporre l'azione penale viola il principio secondo cui il giudice non può scegliere il processo, quale espressione

<sup>10</sup> L. M. DIEZ-PICAZO, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Editorial Ariel, Barcelona 2000, p. 15.

<sup>11</sup> M. BERMEJO, Capitoli XVIII e XXXVIII. *Sui giuramenti. Interrogatori e deposizioni suggestive*. Cesare Beccaria y el reo como fuente de información incriminatoria, *Beccaria 250 años De la obra maestra a los becarios*, BdeF, Buenos Aires 2011, p. 182.

della sua soggezione alla legge, che vale anche per il pubblico ministero nel procedimento penale<sup>12</sup>. Infatti, i tribunali sono competenti ad applicare la legge solo attraverso un processo<sup>13</sup>, la cui forma non può essere lasciata all'arbitrio delle «autorità competenti a svolgerlo»<sup>14</sup>. A sua volta, l'impunità implicita nella rinuncia dall'azione non deve essere interpretata come una causa di indebolimento di tale impegno giuridico. Altrimenti, non troverebbe giustificazione la norma che impone la necessità di motivare l'archiviazione. Questo limite potrebbe non essere un ostacolo qualora il giudizio di opportunità si svolga in un ambito diverso da quello penale.

La selezione degli illeciti penali sottoponibili a processo può essere classificata temporalmente come pre-giudiziale, da un lato, e post-giudiziale, dall'altro. Il nostro settore si è occupato tradizionalmente di quest'ultimo caso. Tuttavia, la previsione di una selezione prima della fase giudiziaria (momento in cui le ipotesi di reato sarebbero veicolate direttamente dall'azione di polizia) le conferirebbe razionalità e consentirebbe di stabilire criteri più trasparenti ed egualitari per la proposizione dell'azione penale.

Qualora il pubblico ministero decidesse secondo criteri di opportunità, a guidarlo dovrebbe essere un parametro di valutazione simile a quello delle istituzioni di governo<sup>15</sup>. Di conseguenza, il controllo esterno delle decisioni

<sup>12</sup> È stato Mario Pagano, per primo, a mettere in guardia dalla formalizzazione giuridica della procedura come limite all'arbitrio giudiziario. Nel sistema da lui proposto, il giudice dovrebbe essere «il semplice braccio e la voce della legge; anzi, è la legge stessa, animata e con voce, e nient'altro», così M. PAGANO, *Considerazioni sul processo penale*, Grimaldi & C. Editori, Napoli 2006, p. 21. In questo modo, la certezza del diritto è intesa come un prerequisito per la libertà del cittadino: sul tema si rinvia a D. IPPOLITO, *El Garantismo Penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria*, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 30 (2007), Alicante, p. 525. Inoltre, F. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Vol. II, Temis, Buenos Aires 1977, p. 277 (813) sosteneva che la procedura era stata istituita per frenare l'arbitrio giudiziario e che non poteva essere "pretermessa" dagli uomini destinati a giudicare.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'articolo 18 della Costituzione nazionale, secondo cui «nessun abitante della Nazione può essere punito senza un processo preventivo basato su una legge precedente alla data del processo».

<sup>14</sup> Secondo J. MAIER, *Derecho procesal penal*, Tomo 1, *Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, p. 489, «il procedimento preventivo richiesto dalla Costituzione non è un processo qualsiasi che le autorità pubbliche competenti a svolgerlo possono istituire a loro discrezione, né possono istituirlo in combinazione con l'imputato e il suo difensore, anche quando intendono osservare - e di fatto lo fanno - le garanzie di sicurezza individuale previste dalla legge suprema. Al contrario, deve essere un procedimento legale, cioè, regolato dalla legge, che definisce gli atti che lo compongono e l'ordine in cui devono essere eseguiti».

<sup>15</sup> A. CARRÍO, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, EUDEBA, Buenos Aires 1990, p. 51/2.

di opportunità dovrebbe essere, almeno in parte, di natura politica, dato che la relativa fonte di legittimazione non può essere giustificata sulla base della sottomissione ai fatti e alla legge, come avviene nel caso del giudice. Tuttavia, per garantire l'uguaglianza, gli stessi criteri - siano essi politici, siano essi economici - dovrebbero essere applicati all'intero universo dei casi e gli individui dovrebbero essere legittimati a rivendicare i benefici di tali accordi, al fine di evitare discriminazioni nell'esercizio dell'azione penale. Il giudizio discrezionale dovrebbe anche essere in grado di garantire la pubblicità, nella misura in cui la partecipazione attiva dei cittadini consenta un controllo effettivo sull'attività del pubblico ministero<sup>16</sup>.

In relazione al controllo interno, l'organizzazione della Procura permette una nuova suddivisione dei compiti tra i procuratori: ad alcuni potrebbero essere assegnate esclusivamente funzioni di opportunità, mentre gli altri potrebbero intervenire solo nel processo penale. Ai primi verrebbe assegnato il compito di controllare efficacemente i casi che la polizia inserisce nel sistema penale<sup>17</sup>, mentre ai secondi verrebbe attribuito il compito di mantenere il tradizionale ruolo di «custodi della legge»<sup>18</sup>, in virtù del quale sarebbe loro precluso decidere secondo valori diversi dalla legalità.

Secondo questa suddivisione, pur appartenendo tutti allo stesso organo, la fonte di legittimazione e il metodo di controllo di ciascuno di essi dipenderebbero dalle specifiche funzioni svolte. Questa particolare ripartizione delle funzioni precluderebbe la possibilità di assolverle entrambe, almeno nello stesso processo; poiché la funzione tendenzialmente cognitiva, propria di chi agisce come "custode della legge", non potrebbe essere assolta in modo disinteressato da chi in precedenza abbia cercato di risolvere il caso secondo valori diversi dalla legalità e, di conseguenza, motivati da valori politici.

Inoltre, la selezione delle notizie di reato nell'arco di tempo che precede l'esercizio dell'azione penale favorisce la parità delle armi, in quanto impedisce di utilizzare il processo quale minaccia per negoziare

<sup>16</sup> P. ANDRÉS IBÁÑEZ, voto nella Risoluzione della Corte Suprema spagnola. Camera Penale. Risoluzione n. 1045/2007 (Catalunya Verds).

<sup>17</sup> J. MAIER, *Derecho Procesal Penal, Tomo II, Parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, p. 382.

<sup>18</sup> Sul punto, C. ROXÍN, *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, pubblicato in *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, p. 49 sostiene che l'indipendenza del pubblico ministero è giustificata dalla sua funzione di "custode della legge" e si applica esclusivamente nei casi in cui il pubblico ministero deve prendere decisioni giuridiche e, quindi, non nell'ambito del principio di opportunità, né nelle questioni tecnico-tattiche dell'azione penale.

l'auto-imposizione della pena senza il giudizio, dato che la decisione di opportunità potrebbe essere risolta solo prima dell'inizio dell'azione. Di conseguenza, una volta avviata l'azione penale, gli operatori statali non sarebbero legittimati a disporre a loro discrezione.

Allo stesso tempo, non dovrebbe essere consentito che il giudizio di opportunità possa compromettere la natura pubblica dell'azione penale, nella misura in cui garantisce le persone da punizioni arbitrarie. Pertanto, i diritti che l'imputato si auto-impone di limitare non dovrebbero essere superiori alla pena minima prevista per il reato oggetto di indagine, e dovrebbero essere stabiliti anche meccanismi di revisione a loro favore.

In conclusione, il pubblico ministero dovrebbe poter selezionare discrezionalmente i reati da perseguire solo qualora le fonti di legittimazione e i meccanismi di controllo siano davvero in grado di rendere la sua decisione trasparente, razionale ed egualitaria. Solo in questo modo il pubblico ministero risponderebbe delle proprie scelte e cesserebbe, così, di assomigliare a Procuste, che decide quale tortura infliggere in base alle caratteristiche personali dell'ospite.

Florencia N. Leguiza, Micaela R. Redondo

*Il controllo giudiziario sulle convenzioni probatorie\**

*Sintió una especie de ternura rencorosa, algo  
tan contradictorio que debía ser la verdad misma*

J. CORTÁZAR, «Rayuela»

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Convenzioni probatorie – 3. Alcuni aspetti problematici – 4. Conclusione

1. *Introduzione*

La verità è, senz'altro, il problema filosofico per eccellenza<sup>1</sup>: relevantissimo – e assai discusso – anche negli studi teorici sul processo penale. Nel paradigma garantista, la verità processuale è considerata, insieme alla tutela dei diritti fondamentali, la fonte di legittimazione del sistema penale e, in generale, del potere giurisdizionale<sup>2</sup>.

La riflessione che qui presentiamo muove da alcuni assunti di fondo intorno al rapporto tra verità e giudizio penale. i) Nell'ambito di un processo imperniato sul contraddittorio, la verità non è un obiettivo in sé, ma è la condizione necessaria di una condanna giusta (o, almeno, giustificata)<sup>3</sup>. ii) Per poter aspirare al raggiungimento della verità, la

\* Desideriamo ringraziare Nicolás Guzmán e Dario Ippolito per la generosa collaborazione.

<sup>1</sup> L. FERRAJOLI, *Prólogo* a N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Didot, Buenos Aires 2018, p. 11.

<sup>2</sup> GUZMÁN, *La teoría del estándar objetivo de la prueba y el garantismo penal: dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal*, in «Jueces para la democracia», Numero 92, 2018, p. 92, che si richiama a FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. di P.A. IBÁÑEZ *et al.*, Trotta, Madrid 2011, vol. II, p. 351.

<sup>3</sup> Nel modello garantista, la presunzione di innocenza, garantita come diritto fondamentale, è il punto di partenza nella ricerca della verità. Perciò è la sentenza di condanna, non quella assoluta, che necessita dell'accertamento della verità come condizione di giustificazione (su questo tema, si veda GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit.). Nella stessa prospettiva, IBÁÑEZ, *Presunción de inocencia e in dubio pro reo*, in *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi,



decisione deve basarsi sostanzialmente su fatti provati nella dialettica del contraddittorio, in un processo orale e pubblico, al cospetto di un tribunale imparziale. III) La verità processuale – inevitabilmente approssimativa e relativa<sup>4</sup> – è condizionata dalle garanzie del giusto processo.

In questa cornice prospettica, analizzeremo il modo in cui la costruzione della verità processuale si relaziona con un istituto particolare: le convenzioni probatorie.

Nei sistemi giuridici latino-americani ed europei la ricezione di questo tipo di accordi non è uniforme. Alcuni codici di procedura, sia civile che penale, prevedono espressamente che le parti possano raggiungere accordi sulle prove<sup>5</sup>. Generalmente, tuttavia, questa facoltà è regolata da una disciplina sommaria e imprecisa, che non ne determina la portata concreta e i limiti. Vi sono poi sistemi giuridici che non prevedono espressamente questo tipo di convenzioni, ma conoscono istituti simili<sup>6</sup> e prassi giudiziarie affini.

In questo contributo, dopo aver chiarito cosa sono e a cosa servono le convenzioni probatorie, argomenteremo la nostra risposta alla domanda: qual è la fase procedurale adatta alla loro realizzazione? Successivamente, affronteremo alcune questioni problematiche e ci concentreremo sul ruolo che la *giudice di controllo*<sup>7</sup> dovrebbe svolgere in queste negoziazioni. Infine,

---

Buenos Aires 2009, p. 82; e D.R. PASTOR, *Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal*, in MACULAN e PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2015, pp. 74 e 82-85.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. it. di IBÁÑEZ et al., Trotta, Madrid 1995, p. 542.

<sup>5</sup> Cfr. i codici di procedura penale di Cile (art. 275); Perù (art. 350, seconda parte); Messico (art. 345); Ecuador (art. 604.d); Colombia (art. 353); Nicaragua (artt. 269, inc. 1, ultima parte, e 279, inc. 3); Uruguay (art. 268.3); Venezuela (art. 314, inc. 3). In Argentina, le convenzioni probatorie non sono contemplate nel Codice Nazionale di Procedura Penale – CPPN – attualmente in vigore (Legge 23.984, B. O. 09/09/1991). Sono però previste dal Codice Federale di Procedura Penale – CPPF – (art. 326) – codice in vigore, ma attuati in modo parziale e progressivo –, e regolate e nei codici di diverse province del Paese, in particolare Buenos Aires (art. 338, inc. 6) e Neuquén (art. 171).

<sup>6</sup> A titolo di esempio, *Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de Abogacía Española*, del 1/4/2009.

<sup>7</sup> Nei sistemi accusatori, poiché l'indagine è nelle mani dell'accusa, spetta all'organo giurisdizionale assicurare il rispetto delle garanzie e dei diritti dell'imputato, cioè assicurare l'osservanza dei principi e delle regole del giusto processo. Per questo motivo, la giudice che interviene in questa prima fase processuale è denominata – nell'ordinamento argentino – «giudice di controllo» o «giudice delle garanzie». L'articolazione femminile, adottata in queste pagine, è una scelta ponderata e culturalmente orientata. Non è innocente l'uso del «maschile sovraesteso». Il linguaggio verbale, in quanto mezzo di comunicazione per eccellenza, riproduce vari stereotipi sociali: con particolare evidenza, quelli di genere.

per concludere, proporremo alcune considerazioni sugli aspetti positivi che una configurazione garantista dell'istituto comporterebbe.

## 2. *Convenzioni probatorie*

Trattando di convenzioni probatorie, intendiamo riferirci a quegli accordi che la difesa e l'accusa possono raggiungere su circostanze di fatto, inerenti all'oggetto del giudizio, allo scopo di escluderne l'accertamento nella fase dibattimentale. Tali stipulazioni, il cui contenuto non è dirimente rispetto al conflitto tra le parti, possono essere qualificate come *affermazioni dichiarative* (seguendo la terminologia di Taruffo<sup>8</sup>). Di esse, è predicabile la verità o falsità. Sono verificabili o confutabili per via induttiva, in base ai dati probatori raccolti<sup>9</sup>.

A nostro avviso, gli accordi dovrebbero essere presentati alla giudice di controllo nella *fase intermedia*<sup>10</sup> del procedimento. Innanzitutto, per la sua funzione di collegamento tra l'indagine e il giudizio pubblico, tale fase è adatta a «filtrare» gli elementi rilevanti della controversia, eliminando discussioni inutili<sup>11</sup>. Inoltre, collocare le convenzioni probatorie in questa fase consente di salvaguardare la garanzia dell'imparzialità. Occorre infatti evitare che il giudice di merito, in un momento anteriore al dibattimento, si trovi a dover anticipare valutazioni sull'oggetto del processo. Solo così, egli potrà accostarsi al confronto tra le parti con l'atteggiamento cognitivo che si conviene: con la coscienza incontaminata, «come una pagina bianca» (per

---

L'adozione del «femminile generico» è un modo per rendere visibili le donne e mettere in discussione il predominio maschile nei luoghi di esercizio del potere istituzionale. La parità di genere passa anche attraverso decisioni e pratiche linguistiche.

<sup>8</sup> M. TARUFFO, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Metropolitana, Santiago de Chile 2009, p. 42.

<sup>9</sup> In questo senso: FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 48; D. IPPOLITO, *Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, in «Jueces para la democracia», Numero 61, 2008, p. 71.

<sup>10</sup> Il sintagma *fase intermedia* designa, nel rito penale argentino, il momento della procedura in cui l'organo giurisdizionale decide sul rinvio a giudizio della persona accusata. Si tratta di una *fase intermedia* –come il nome indica– tra l'indagine e il processo: inizia quando il pubblico ministero presenta l'accusa formale e termina con il rinvio a giudizio o con il proscioglimento.

<sup>11</sup> J.B.J. MAIER, *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal*, in «Jueces para la democracia», Numero 16-17, 1992, pp. 156-7.

usare l'immagine di Calamandrei, valorizzata da Perfecto Andrés Ibáñez<sup>12</sup>).

In questa fase della procedura, la parte accusatrice deve descrivere dettagliatamente la propria ipotesi e indicare gli elementi che la sostengono. Dopodiché, la difesa potrà sollevare eccezioni e attivare, negli ordinamenti che lo consentono<sup>13</sup>, un controllo giurisdizionale sul merito sostanziale dell'accusa (chiedendo il proscioglimento)<sup>14</sup>.

Successivamente, e nel caso in cui le parti non raggiungano una soluzione alternativa al processo, deve essere effettuata un'analisi dell'ammissibilità delle prove proposte, nell'ambito di un'udienza orale, alla presenza della persona accusata. È a questo punto che entrano in gioco le convenzioni probatorie. Se le parti rilevano l'assenza di interessi contrastanti su determinate questioni di fatto, formalizzeranno questo consenso in un documento, portandolo all'attenzione della giudice. Questo documento deve contenere una formulazione chiara e puntuale dell'oggetto dell'accordo.

Se la giudice riterrà ragionevole la convezione probatoria, la dichiarerà ammissibile e la inserirà nell'ordinanza di apertura del processo orale, insieme alle prove ammesse. In conseguenza di questo atto, i fatti su cui le parti si sono accordate non saranno discussi in sede dibattimentale. Ovviamente, se la giudice dichiara inammissibile l'accordo, i fatti che ne sono oggetto non saranno ritenuti provati e dovranno essere discussi nel processo orale e pubblico.

### 3. *Alcuni aspetti problematici*

Per determinare il ruolo che la giudice di controllo deve assumere nella *fase intermedia* di fronte alle convenzioni probatorie proposte dalle parti, è necessario tornare agli assunti di base, che abbiamo esplicitato nell'introduzione.

Se attribuiamo al processo penale la funzione di porre fine a una controversia tra soggetti che si trovano in condizioni di parità, dovremmo ammettere che, in un modello di contraddittorio puro, le parti possano

---

<sup>12</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova 1954, p. 72.

<sup>13</sup> Sui tre modelli di controllo giurisdizionale (imperativo, facoltativo o negativo) tipici di questa fase del processo si veda J. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, vol. VI, Ediar, Buenos Aires 1967, p. 133.

<sup>14</sup> Per approfondire l'argomento, si veda: M. BERTELOTTI, *El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación*, in *La cultura penal: homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, a cura di G. Anitua e I. Tedesco Editores del Puerto, Buenos Aires 2006, pp. 49-90.

negoziare liberamente sulla materia controversa<sup>15</sup>. In quest'ottica, non sembra avere particolare rilievo il fatto che il risultato di questa negoziazione sia vero o falso<sup>16</sup>.

Tuttavia, senza rinunciare al sistema accusatorio<sup>17</sup>, riteniamo inammissibile che un processo, il cui momento culminante consiste in una decisione che incide sui diritti «in qualsiasi modo»<sup>18</sup>. Accreditarlo un giudizio penale «senza verità» significa legittimare un potere arbitrio<sup>19</sup>.

L'organo giurisdizionale, investito di una funzione che implica la ricerca della verità<sup>20</sup>, non deve limitarsi a una mera registrazione dell'accordo. È necessario che assuma un ruolo attivo<sup>21</sup> –sempre nell'ambito del suo dovere di garante del processo– e che svolga un controllo sulla ragionevolezza e sul merito delle proposte stipulate.

La giudice deve analizzare innanzitutto gli aspetti soggettivi della convenzione che gli viene sottoposta. Ciò significa che deve verificare la volontà di entrambe le parti e il consenso libero e informato della persona accusata. È anche possibile che l'accordo coinvolga una pluralità di accusatori (pubblici e privati) e una pluralità di accusati.

In linea di principio, deve comunque esserci un accordo tra tutte le parti del processo<sup>22</sup>. Un'eccezione è rappresentata dal caso in cui la convenzione probatoria riguardi soltanto la posizione di alcune di esse. In

<sup>15</sup> M. LANGER, *La dicotomia accusa-inquisizione e l'importazione di meccanismi processuali della tradizione giuridica anglosassone. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, in *El procedimiento abreviado*, a cura di Maier e Bovino, Editores del Puerto, Buenos Aires 2001, p. 121.

<sup>16</sup> A. BOUZAT e A. CANTARO, *Verdad y prueba en el proceso acusatorio*, in «Discusiones: Prueba, conocimiento y verdad», Anno III, Numero 3, p. 77.

<sup>17</sup> A questo proposito, FERRAJOLI sottolinea opportunamente la confusione corrente tra il modello teorico del processo accusatorio, caratterizzato dalla separazione tra organo giudicante e parte accusatrice, dalla parità tra accusa e difesa, dall'oralità e dalla pubblicità del processo, con i peculiari tratti storici del processo accusatorio degli Stati Uniti d'America (FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 747).

<sup>18</sup> BOUZAT e CANTARO, *Verdad y prueba en el proceso acusatorio*, cit., p. 77.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 45.

<sup>20</sup> L. MARAFIOTI, *Justicia penal negociada y verdad procesal selectiva*, in «Revista de Derecho Penal y Procesal Penal», 2014-5, p. 924.

<sup>21</sup> A. ALLIAUD, *Audiencias preliminares*, Didot, Buenos Aires 2016, p. 171.

<sup>22</sup> In senso analogo, il CPPF argentino stabilisce all'art. 135 «Regole sulla prova» (non ancora attuato): *La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales: [...] e. Si el hecho fuera admitido por todas las partes, el órgano jurisdiccional puede prescindir de la prueba ofrecida, declarándolo comprobado en el auto de apertura del juicio; durante la audiencia prevista en el artículo 279, el juez puede provocar el acuerdo entre las partes si estimara que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio.*

tale circostanza, le altre parti non possono impedire la conclusione di quel particolare accordo.

Qualora sia identificabile una presunta vittima, essa potrà prender parte alla convenzione probatoria solo se agisce come parte querelante. Diversamente, avrà comunque il diritto di essere ascoltata e quindi potrà esprimere il proprio punto di vista dinanzi alla giudice.

Trascurare questi aspetti soggettivi equivale a snaturare l'istituto di cui stiamo trattando: disaccordi parziali, in una convenzione probatoria, segnalano l'esistenza di elementi controversi che dovranno necessariamente essere affrontati nel processo.

Per quanto riguarda gli aspetti oggettivi, di fronte alla totalità degli elementi forniti dalle parti, il giudice deve applicare i criteri di (in) ammissibilità delle prove previsti dal relativo ordinamento processuale. Tra i più comuni vi sono: la manifesta irrilevanza, la sovrabbondanza, i fatti notori e le prove illecite<sup>23</sup>.

Questo filtro consentirà di determinare il complesso di prove che le parti potranno utilizzare nel processo orale e pubblico. Su questa base, la giudice dovrà richiedere alle parti di indicare quali di questi elementi di prova supportano gli accordi probatori<sup>24</sup>, al fine di valutarne l'accettabilità in termini di verità<sup>25</sup>.

È inoltre essenziale determinare la portata di queste convenzioni. Spetta proprio alla giurisdizione –a maggior ragione in questa *fase intermedia*– assicurarsi che le garanzie procedurali e penali della persona accusata siano rispettate. In particolare, sarà inammissibile qualsiasi accordo che possa comportare un'incauta rinuncia ai diritti costituzionali. La presunzione di innocenza, è bene ribadirlo, deve costituire la regola di giudizio per tutta la durata del processo<sup>26</sup>.

Così, accordi su circostanze di fatto che implicano, in maniera surrettizia, un'ammissione di colpevolezza –con la correlativa intenzione di evitare la produzione di prove– equivarrebbero a utilizzare la persona accusata come mezzo di prova, in violazione del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>27</sup>. In questi casi, la giudice dovrà dichiarare inammissibile la

<sup>23</sup> Per quanto riguarda la disciplina di questi criteri nei paesi dell'America Latina: M. DUCE, *La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile*, in «Quaestio Facti», vol. I, 2020, pp. 103-132 e L. GONZÁLEZ POSTIGO, «Justicia penal adversarial», Ad Hoc, Buenos Aires 2019, p. 171.

<sup>24</sup> ALLIAUD, *Audiencias preliminares*, cit., p. 171.

<sup>25</sup> BOUZAT e CANTARO, *Verdad y prueba en el proceso acusatorio*, cit., p. 76.

<sup>26</sup> IBÁÑEZ, *Sobre prueba y proceso penal*, cit., p. 61.

<sup>27</sup> IBÁÑEZ, *Sobre prueba y motivación*, in «Jueces para la democracia», Numero 59, 2007, p. 84.

convenzione tra le parti<sup>28</sup>.

È qui che le convenzioni probatorie differiscono sostanzialmente dal patteggiamento<sup>29</sup>. Conviene mettere in evidenza questa differenza per evitare di estendere a questo tipo di accordo tra le parti le critiche che si possono rivolgere al patteggiamento<sup>30</sup>.

Il patteggiamento implica l'accettazione da parte della persona imputata dell'ipotesi accusatoria che, in termini materiali, non è altro che una forma di confessione di responsabilità. Ne deriva, in cambio, una pena negoziata, stabilita sulla base del contenuto di un'istruzione scritta, senza il riscontro di un dibattito orale, pubblico, contraddittorio e continuo. Il patteggiamento, insomma, sovverte il principio di innocenza.

Invece, le convenzioni probatorie non implicano la rinuncia a un processo orale; piuttosto, sono un meccanismo di semplificazione procedurale, la cui applicazione responsabile contribuirebbe alla realizzazione di processi di qualità superiore, in quanto consente di delimitare chiaramente la controversia, ripulendola da circostanze che nessuna delle parti ha interesse a discutere<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> A tal fine, in questo esame è necessario considerare soprattutto il contesto in cui l'accordo è inquadrato, poiché il significato e il valore di verità di un enunciato fattuale può essere vagliato solo in riferimento a quel contesto. In questo senso TARUFFO, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, in «Discusiones: Prueba, conocimiento y verdad», cit., pp. 15-41.

<sup>29</sup> Art. 431 bis del CPPN argentino; artt. da 444 a 448 del CPP italiano (patteggiamento sulla pena); artt. 655, 688, 791.3, 793.3 e seguenti della Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) spagnola.

<sup>30</sup> Cfr. GUZMÁN, *La verdad y el procedimiento abreviado*, in *El procedimiento abreviado*, a cura di Maier e Bovino, cit., pp. 286-289.

<sup>31</sup> A nostro avviso, si può tracciare un parallelo con l'ammissione regolata dall'art. 789.5.5 della LECrím spagnola, che si fa soltanto rispetto ai fatti ma che non si estende alla loro qualifica legale né alla pena. Tuttavia, nel caso spagnolo, l'ammissione dei fatti è totale, il che significa che non viene prodotta alcuna prova. Sull'argomento si veda *ibidem*, p. 293, che si richiama a S. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994.

#### 4. *Conclusiones*

Siamo convinte che il controllo giurisdizionale che proponiamo in questo lavoro non implichi un'estensione arbitraria della discrezionalità insita nell'interpretazione della legge<sup>32</sup>; piuttosto, rafforza il potere del giudice di salvaguardare i diritti degli individui<sup>33</sup>.

Riteniamo che un rigoroso controllo giurisdizionale sia fondamentale affinché l'ammissibilità delle convenzioni probatorie non traligni nell'«addio alla realtà e alla verità» tipico della giustizia penale negoziata<sup>34</sup>.

In breve, tale controllo deve ridurre al minimo la probabilità che le dichiarazioni pattuite siano false. Ammettere accordi probatori inconsistenti comporta il rischio che la verità convenuta tra le parti sia contraddetta dalla verità che emerge nel processo. Ne conseguirebbe, evidentemente, l'inutilità dell'accordo.

D'altra parte, riteniamo che quanto qui proposto non implichi uno snaturamento delle diverse fasi del processo. La giudice di controllo effettua un'analisi di merito e di ragionevolezza, sempre alla luce dello standard di *probable cause*. Sarà il giudice di merito che, all'esito del processo, al di là di ogni ragionevole dubbio, darà carattere di verità a questa convenzione, attraverso una sentenza motivata, che valuta criticamente l'insieme degli elementi probatori.

Le convenzioni probatorie –è bene ribadirlo– possono contribuire a migliorare, sotto diversi aspetti, la qualità dei processi. Se ben regolato, infatti, questo istituto obbliga l'accusa a delimitare l'oggetto del processo, scomponendolo in una successione di circostanze fattuali, precise, concatenate e coerenti. Così, la persona accusata saprà con precisione quali sono le accuse a suo carico e potrà esercitare più efficacemente il suo diritto alla difesa, mirando a confutare puntualmente gli elementi che pesano a suo sfavore.

In questo modo, si incoraggiano le parti a delimitare con precisione le loro versioni dei fatti, al fine di distinguere le questioni controverse da quelle che non lo sono. Di conseguenza, nel successivo svolgimento del processo, il principio del contraddittorio risulterà valorizzato nella sua applicazione e rafforzato nei suoi effetti.

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 547.

<sup>33</sup> IPPOLITO, *Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, cit., p. 64.

<sup>34</sup> MARAFIOTI, *Justicia penal negociada y verdad procesal selectiva*, cit., p. 930.

Peralto, queste convenzioni sono un modo per istituzionalizzare e collocare in una cornice garantista le negoziazioni informali che spesso, nella prassi giudiziaria, si svolgono tra le parti, anche nel corso del dibattito<sup>35</sup> (il che è certamente inopportuno).

Questi accordi sono vantaggiosi anche per ragioni di economia processuale: permettono di rinunciare in anticipo alle citazioni dei testimoni e quindi di ridurre –o almeno prevedere– il numero e la durata delle udienze. Ciò potrebbe apparire di secondaria importanza, ma favorisce una migliore organizzazione del processo e una maggiore efficienza nell'uso delle risorse pubbliche. Un processo più rapido, ancorato al paradigma garantista, comporta meno sofferenza e meno incertezza tanto per la persona imputata quanto per la presunta vittima.

---

<sup>35</sup> Ci riferiamo specificamente a quella pratica giudiziaria, adottata in Argentina, nota come «processo creolo», una versione teatralizzata di ciò che dovrebbe essere realmente un giudizio orale. Prima del dibattito, l'accusa e la difesa si accordano (senza esplicitarlo davanti al giudice) sul fatto che tutte le prove entreranno nel dibattito «per lettura». In altre parole, concordano informalmente di rinunciare alla produzione di prove nel processo. Il giorno dell'udienza, l'imputato assente all'accordo e, di conseguenza, non vengono prodotte prove sulla materialità dei fatti. Così, vengono discusse solo le questioni relative alla punibilità.





Giulia De Liberis

*Mutamento del giudice, contraddittorio  
e rinnovazione della prova in play back*

SOMMARIO: 1. Principio di immediatezza e processo penale accusatorio – 2. Involuzioni interpretative in tema di immediatezza e immutabilità del giudice dibattimentale – 3. Verbali videoregistrati e rinnovazione della prova alla luce della recente riforma del processo penale italiano.

1. *Principio di immediatezza e processo penale accusatorio*

Nell'ambito della riflessione sui rapporti intercorrenti tra prova, contraddittorio e poteri del giudice nel processo penale italiano, il punto di osservazione privilegiato riguarda il tema delle forme e dei limiti entro i quali viene garantito il principio di immediatezza.

Tradizionalmente considerato quale principio servente rispetto al valore prioritario del contraddittorio nella formazione della prova e al tempo stesso indispensabile alla realizzazione di quest'ultimo<sup>1</sup>, il canone dell'immediatezza si è visto riservare, di recente, uno spazio crescente nel dibattito scientifico, giurisprudenziale e legislativo, catalizzando un rinnovato interesse speculativo<sup>2</sup>.

Ciò sulla spinta di diversi fattori. Per un verso, le sollecitazioni prove-

---

<sup>1</sup> Sul principio di immediatezza, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano 1961, p. 110 ss.; E. AMODIO, *Il dibattimento*, in AA.Vv., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 194 ss.; C. MASSA, *Il principio dell'immediatezza processuale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, t. II, Giuffrè, Milano 1972, p. 1121 ss.; G. LOZZI, *I principi del dibattimento*, in ID., *Riflessioni sul nuovo processo penale*, II ed., Giappichelli, Torino 1992, p. 105 ss.; G. ILLUMINATI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità ed immediatezza*, in AA.Vv., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, Milano 1996, p. 55 ss.; nonché, più di recente, a livello monografico, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2005, *passim*.

<sup>2</sup> Per tutti, v., di recente, V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2023, p. 1 ss.

nienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha dedicato numerose pronunce al principio che qui ci occupa, mettendo "in luce" alcune implicazioni operative rimaste perlopiù "in ombra" nelle elaborazioni interne. Per altro verso, l'esperienza della pandemia che ha portato a sperimentare inediti spazi per il processo e innovative forme di contatto tra giudice e prova, spingendo ad interrogarsi sulla opportunità di affrancarsi dalla tradizionale logica dicotomica che contrappone il binomio immediatezza-oralità al binomio mediatezza-scrittura, nell'ottica di sviluppare un modo nuovo di intendere il rapporto tra giudice e prova, legato alla possibilità per il primo di visionare la riproduzione-video di una prova formata altrove e dinanzi ad un giudice diverso<sup>3</sup>.

Una suggestione quest'ultima che si è rivelata particolarmente propizia per la sua idoneità a porsi, ad un primo sguardo, quale valida panacea rispetto alla crisi di effettività che ormai da tempo colpisce i principi dibattimentali, messi a dura prova dalle inefficienze dell'organizzazione della giustizia.

In effetti, per nulla insolito è, nella pratica quotidiana delle aule di giustizia, assistere a dibattimenti che si trascinano stancamente attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni, con i giudici chiamati, negli "intermezzi", ad occuparsi di altri processi.

Una dilatazione della durata del dibattimento i cui effetti si irradiano, alterandole, sulle concrete dinamiche della singola vicenda procedimentale. Da un lato, infatti, la discussione e la decisione finiscono per essere irrimediabilmente "allontanate" dalla conclusione dell'istruzione probatoria, che, a sua volta, risulta parcellizzata in molteplici segmenti distanziati nel tempo. Dall'altro lato, il dibattimento rimane esposto al pericolo di reiterati avvicendamenti nella composizione dell'organo giudicante, provocati da trasferimenti di sede e di ruolo sempre più frequenti in un contesto caratterizzato da una perdurante insufficienza di strutture e da una cronica inadeguatezza di strumenti organizzativi.

Simile scenario disvela una realtà che appare assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore del 1988, ispirato ai canoni accusatori dell'oralità, dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice<sup>4</sup>. Di intuitiva

<sup>3</sup> In questo senso, R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in «Sist. pen.», n. 2, 2021, p. 136 ss.

<sup>4</sup> In tema, G. FOSCHINI, *Immutabilità del giudice e continuità del dibattimento*, in «Riv. it. dir. pen.», 1957, p. 180 ss.; ID., *La immutabilità del giudice*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1952, p. 74 ss.; C.E. MAIORCA, *L'esercizio della funzione giurisdizionale penale e l'immutabilità del giudice del dibattimento*, *ivi*, 1966, p. 1197 ss.; R. MANCINELLI, *L'immutabilità del giudice nel corso del dibattimento*, *ivi*, 1961, p. 909; MASSA, *Il principio della immuta-*

evidenza è, invero, lo strettissimo rapporto di implicazione reciproca che lega l'effettiva attuazione di tali principi ad un idealtipo di dibattimento fortemente concentrato nel tempo e proiettato verso una decisione sollecita<sup>5</sup>; decisione che possa rappresentare il prodotto davvero fedele delle risultanze dell'istruttoria, apprese da un giudice rimasto, fino alla fine, «immerso nel processo»<sup>6</sup> e nello scambio serrato di domande e risposte, repliche e contro-repliche, in cui si condensa il gioco dibattimentale<sup>7</sup>.

In questo senso, l'ordinamento processuale di stampo accusatorio esige che il convincimento finale del giudice maturi «per tentativo ed errore»<sup>8</sup>, sulla scorta delle impressioni genuine ricevute grazie al contatto immediato con la fonte di conoscenza e dalla elaborazione di quei tratti prosodici ed extralinguistici delle deposizioni testimoniali che, destinati alla immediata persuasione del giudice, concorrono alla migliore e più completa valutazione circa la credibilità del dichiarante.

Di qui, l'urgenza di ricucire il descritto tessuto normativo e dogmatico, profondamente lacerato dalla prassi, nell'ottica di rivitalizzare quel modello legato ai valori del giusto processo<sup>9</sup>.

---

*bilità fisica del giudice nel dibattimento penale, ivi*, 1965, p. 324; P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, Giappichelli 2006, *passim*; L. MARINI, sub *Art. 525 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario. vol. V, Utet, Torino 1991, p. 489 ss.; M. VOGLIOTTI, *Postdibattimento e sentenza dibattimentale*, in *Giudizio ordinario*, diretto da S. Nosego, Utet, Torino 2002, p. 249 ss.; F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Cedam, Padova 2003, p. 168 ss.; CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 216 ss.

<sup>5</sup> Sul principio di concentrazione, MASSA, *Il principio di concentrazione del dibattimento*, in «Arch. pen.», 1964, p. 88 ss.; FOSCHINI, *Il principio di concentrazione del dibattimento, ivi*, 1959, p. 437 ss.; ID., *Sistema del diritto processuale penale*, II, Giuffrè, Milano 1965, p. 376 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, Napoli 1958, p. 156 ss.

<sup>6</sup> D. SIRACUSANO, voce *Dibattimento I) dibattimento penale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Treccani, Roma 1988, p. 9.

<sup>7</sup> Tale rappresentazione della dialettica dibattimentale è mutuata da P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in «Riv. dir. proc.», 1950, p. 27, il quale, in particolare, definisce il processo «una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco: di domande e risposte, di repliche e controrepliche, di azioni che danno luogo a reazioni, suscitatrici a loro volta di controreazioni».

<sup>8</sup> Così, G. UBERTIS, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, Torino 1989, p. 455.

<sup>9</sup> Una preziosa ricostruzione della progressiva marginalizzazione subita dai principi accusatori nell'esperienza maturata negli anni di vigenza del codice è contenuta nei contributi pubblicati in, *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri-R. Orlandi, Giappichelli, Torino 2017; nonché, più di recente, v. O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, Giappichelli, Torino 2020.

Ed è in questa prospettiva che l'idea di accogliere innovative forme di assunzione e documentazione della prova dichiarativa non può che esercitare un certo *appeal*. Attrazione che, però, si rivela subito pericolosa se disancorata da una seria riflessione in ordine ai concreti obiettivi che si vogliono perseguire tramite siffatta “modernizzazione” del rito e alla direzione valoriale da imprimere a tale percorso.

Di simile pericolosità costituisce una incredibile testimonianza l'ultima riforma del processo penale italiano<sup>10</sup>, che, nel rincorrere una malintesa concezione di efficienza del processo<sup>11</sup>, ha finito per proiettare quelle suggestioni prima evocate verso il recupero di una immediatezza, intesa, però, in una accezione neo-inquisitoria<sup>12</sup>, irrimediabilmente lontana dall'originale versione “accusatoria”.

Da tale angolo visuale, occorre invero osservare come il principio di immediatezza, di per sé considerato, possa avere declinazioni diverse a

<sup>10</sup> Il riferimento è alla riforma attuata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, pubblicato in G.U., 17 ottobre 2022, n. 243, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo «per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Per un quadro d'insieme sulla riforma, v., *ex multis*, R. BRICCHETTI, *Riforma processo penale. Dalla delega ai decreti delegati: punti fermi... e non*, in «Ipenalista.it», 22 novembre 2021; P. BRONZO, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*, in «Cass. pen.», 2021, p. 3276 ss.; G. CANZIO, *Ancora una riforma del processo penale?*, in «Dir. pen. proc.», 2021, p. 5 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, *ivi*, 2021, p. 1155 ss.; G. PAOLOZZI, *Giustizia “A passo di carica”: la Legge n. 134 del 2021*, in «Ind. pen.», 2022, p. 1 ss.; P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la commissione Lattanzi*, in «Discrimen», 12 luglio 2021; nonché i contributi pubblicati in “*Riforma Cartabia*” e *rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Wolters Kluwer- CEDAM, Milano 2022 e in *La procedura penale “riformata”. Una lettura per gli studenti*, a cura di L. Marafioti- G. Paolozzi-F. Centorame-G. Fiorelli, Giappichelli, Torino 2023.

<sup>11</sup> Al proposito, per tutti, MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in «Arch. pen. Web», 2022, n. 2, 22 luglio 2022; E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», fasc. 1, 2022, p. 7 ss.; F. PETRELLI, *Critica della retorica giustizialista*, Giuffrè, Milano 2021, p. 42 ss.; C. IASEVOLI, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, in «Sist. pen.», 10 novembre 2022; A. GAITO - E.N. LA ROCCA, *Vent'anni di “giusto processo” e trent'anni di “Codice Vassalli”: quel (poco) che rimane...*, in «Arch. pen. Web», 2019, n. 3; C. VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, *ivi*, n. 3, 2021, p. 1 ss.

<sup>12</sup> Per alcune annotazioni in ordine all'accezione assunta dalla nozione di efficienza del processo nelle più recenti riforme del processo penale, cfr. MARAFIOTI-CENTORAME, *Prescrizione del reato e processo penale nell'esperienza italiana*, in «Discrimen», 3 maggio 2021.

seconda del tipo di epistemologia privilegiata, ben attagliandosi anche ad una struttura inquisitoria del processo, che affidi al giudice il compito di ricercare in solitudine la verità materiale e che, per favorire il raggiungimento di siffatto obiettivo, gli garantisca la possibilità di registrare nella propria memoria, «al pari di un ispettore», non solo le dichiarazioni ottenute dal testimone, ma anche «ogni minimo dettaglio caduto sotto i propri sensi, come il contegno, le espressioni, il tono di voce, le risposte incerte, le pause di chi depone»<sup>13</sup>.

La recente riforma sembra proprio rivolta a garantire questa pratica onnivora, ponendosi, peraltro, in continuità con letture da tempo invalse nella giurisprudenza<sup>14</sup>. Con l'effetto di accelerare un fenomeno già in atto, di progressivo declino della prova dichiarativa e di correlativa perdita di centralità di un'idea di dibattimento frutto di una visione liberale del processo.

## *2. Involuzioni interpretative in tema di immediatezza e immutabilità del giudice dibattimentale*

Sensibile riprova del *trend* qui tratteggiato è offerta dalla parabola interpretativa e normativa che ha interessato, dal 1988 fino alla recente riforma, la principale estrinsecazione del principio di immediatezza; vale a dire il canone di immutabilità del giudice, implicante la necessaria identità fisica tra l'organo che sovrintende alla celebrazione del dibattimento e quello chiamato, al termine della fase, ad emettere la sentenza.

Che la coincidenza fisica del giudice sia connaturale alla stessa essenza del processo e preconditione fondamentale dell'immediatezza appare tanto evidente da apparire superflua ogni considerazione in merito. E l'525, comma 2, c.p.p. è, in effetti, perentorio sia nello stabilire la regola secondo cui alla deliberazione della sentenza devono concorrere gli stessi giudici che

<sup>13</sup> Così, D. NEGRI, *Il dibattimento*, in *Fondamenti di procedura penale*, a cura di A. Camon et al., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova 2023, p. 611.

<sup>14</sup> Emblematica rispetto alla tendenza interpretativa richiamata nel testo è Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132, in «Giur. cost.», 2019, p. 1543 ss., con nota di DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*. A commento di tale pronuncia, v. anche FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in «Arch. pen.», 2019, n. 2; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi*, p. 1; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi*, p. 1.

hanno partecipato al dibattimento, sia nel comminare espressamente la sanzione della nullità assoluta per il caso della sua inosservanza<sup>15</sup>.

Eppure, tale disposizione è stata il bersaglio di un lungo percorso giurisprudenziale che, sviluppatosi fin dagli albori del codice, ha portato ad una lenta “marginalizzazione” di quel principio.

Sollecitata dall’esigenza di trovare soluzioni pratiche volte a fronteggiare le esperienze – rivelatesi tutt’altro che infrequenti nella prassi – di sostituzione *in itinere* del giudice dibattimentale, la giurisprudenza si è, infatti, preoccupata di fornire una versione ridotta del principio di oralità-immediatezza, che, con il minor sacrificio possibile in termini di speditezza del processo, fosse in grado di soddisfare, sotto il profilo formale, la condizione di validità della sentenza prescritta del laconico art. 525, comma 2, c.p.p.

Così, una volta elaborata la «regola non scritta»<sup>16</sup> che impone, al ricorrere di un mutamento della composizione dell’organo giudicante, la rinnovazione del dibattimento, la stessa giurisprudenza ne ha, via via, circoscritto la portata<sup>17</sup>.

In un dialogo serrato e dai contenuti spiccatamente creativi intercorso tra giudici costituzionali, di legittimità e di merito, si era pervenuti alla messa a punto, per passaggi successivi, di una serie di discutibili postulati: dapprima, il riconoscimento di una generale possibilità di recuperare, con valore di prova piena, i risultati ottenuti nella pregressa fase dibattimentale; in secondo luogo, la limitazione della riassunzione in forma orale della prova alle sole ipotesi in cui ciò fosse stato oggetto di una specifica richiesta della parte; infine, la previsione del potere del giudice di “rigettare” l’istanza, avanzata dalle parti, volta ad ottenere il riascolto della fonte probatoria, ove quest’ultimo fosse stato ritenuto inutile rispetto alla mera acquisizione del

<sup>15</sup> Per un commento alla disposizione, v., *ex multis*, RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., *passim*; MARINI, sub *Art. 525 c.p.p.*, cit., p. 489 ss.; VOGLIOTTI, *Postdibattimento e sentenza dibattimentale*, cit., p. 249 ss.; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., p. 168 ss.; S. BELTRANI, *Il dibattimento penale monocratico*, Giappichelli, Torino 2003, p. 525 ss.; CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 216 ss.

<sup>16</sup> Così, RENON, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito del mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2011, p. 3336.

<sup>17</sup> Per una approfondita ricostruzione del percorso giurisprudenziale tratteggiato nel testo e delle principali questioni interpretative ad esso sottese, sia consentito rinviare a G. DE LIBERIS, *Il principio di immediatezza nella rilettura delle Sezioni Unite*, in *Procedura penale in action. Materiali per una critica della giurisprudenza*, a cura di L. Marafioti-G. Fiorelli-F. Centorame, Giappichelli, Torino 2022, p. 182 ss.

verbale, e disporre, in luogo dell'esame, la lettura del verbale<sup>18</sup>.

Per tale via, la giurisprudenza aveva forgiato una disciplina inedita, destinata ad allontanare irrimediabilmente la rinnovazione del dibattimento dal suo obiettivo funzionale, riconducibile all'esigenza di garantire il rapporto diretto tra il giudice e la prova, nonché a rendere meramente residuali le ipotesi di riassunzione della prova orale di fronte al giudice avvicendato.

Ad emergere in controluce è l'*humus* sotteso ai descritti approdi giurisprudenziali, nutrito da una giurisprudenza che ha sempre mal sopportato l'idea di dover ripetere pedissequamente l'attività già compiuta dinanzi al giudice sostituito. Una avversione diffusa che ha finito per essere legittimata dal legislatore, seppure nell'ambito di un intervento dichiaratamente orientato a restituire effettività ai diritti fondamentali e a frenare le derive anti-garantistiche della giurisprudenza<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Si vedano in particolare: Corte cost., sent. 24 gennaio 1994, n. 17, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1994, p. 127 ss., commentata da MARANDOLA, *Mutamento del giudice dibattimentale e sopravvenuta irripetibilità della prova*, in «Cass. pen.», 1994, p. 1992 ss.; M. TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, in «Dir. pen. proc.», 1995, p. 744 ss.; G. DI CHIARA, *Nota a Corte cost. sent. 3 febbraio 1994 n. 17*, in «Foro it.», 1994, I, p. 1630; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 1999, n. 2, Iannasso, in «Cass. pen.», 1999, p. 1429 ss., con nota di P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*; Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132, cit., p. 1543 ss.; Cass., Sez. Un., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, cit. Per un commento a quest'ultima sentenza, cfr., *ex multis*, A. MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in «Dir. pen. proc.», 2020, n. 1, p. 151 ss.; M.L. DI BITONTO, *Mutamento del giudice dibattimentale ed esame delle persone già sentite dinanzi al giudice sostituito*, in «il Penalista», 20 gennaio 2020; A. CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in «Cass. pen.», 2020, p. 1061 ss., nonché, volendo, DE LIBERIS, *Il principio di immediatezza nella rilettura delle Sezioni Unite: cronaca di una morte annunciata?*, in «Arch. nuova proc. pen.», 2020, n. 2, p. 125 ss.

<sup>19</sup> Tale aspirazione emerge con evidenza da una lettura dei lavori preparatori della riforma e, specificatamente, dalle considerazioni contenute nella «*Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*», redatta dalla Commissione Lattanzi e pubblicata in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2021.



### 3. *Verbali videoregistrati e rinnovazione della prova alla luce della recente riforma del processo penale italiano*

Articolato in un duplice precetto, il nuovo comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p. stabilisce, anzitutto, che «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento».

Chiaro appare, *in parte qua*, il segnale di discontinuità rispetto alle conclusioni patrocinata dalla giurisprudenza<sup>20</sup>. La mancata previsione di qualsivoglia criterio selettivo cui ancorare l'ammissibilità della rinnovazione palesa, infatti, la volontà di configurare quest'ultima quale attività obbligatoria e automatica, cui il "nuovo" giudice risulta tenuto al ricorrere della sollecitazione di parte, senza vedersi riconosciuta alcuna discrezionalità in ordine all'*an* e alla selezione del materiale probatorio da rinnovare.

Del resto, rivolgendo all'organo giurisdizionale diversamente costituito la domanda di escutere le fonti già esaminate, la parte realizza il proprio diritto alla assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere; un diritto che è tutelato, almeno per quanto riguarda l'imputato, dall'art. 111, comma 3, Cost.

Costruito in chiave di eccezione alla regola ora esaminata, è, poi, il secondo precetto contenuto nel comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p., a tenore del quale si deve procedere alla rinnovazione su richiesta di parte «salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva». Al ricorrere di tali ipotesi, la prova dichiarativa verrà riassunta oralmente solo laddove «il giudice lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze».

Sicché, in presenza di un verbale videoregistrato, il parametro volto a calibrare l'obbligo di provvedere alla rinnovazione riecheggia quello fatto proprio dalla precedente giurisprudenza; ma, il legislatore ne circoscrive l'ambito operativo, consentendo un restringimento dell'immediatezza solo a fronte di un parziale recupero del contatto tra giudice e prova, propiziato dalla possibilità, per l'organo subentrato, di visionare la registrazione della precedente escussione dibattimentale<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Si tratta di lettura ampiamente condivisa in dottrina. Si vedano, in tal senso, BRONZO, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, cit., p. 1317 ss.; E.M. MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova 2023, p. 863 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, cit., p. 139 ss.

Simile possibilità giustifica, nella prospettiva privilegiata dal legislatore, un affievolimento dell'antieconomico diritto alla ripetizione della prova dichiarativa, in ragione dell'attitudine del video a conservare "prosodia e prossemica" della testimonianza e della conseguente maggiore capacità euristica sprigionata dalla visione del filmato rispetto alla lettura del verbale "tradizionale"<sup>22</sup>.

Nondimeno, occorre sottolineare che il descritto rapporto di regola ad eccezione espressamente instaurato dall'art. 495 c.p.p., tra la rinnovazione "dal vivo" e la rinnovazione "*in play back*"<sup>23</sup> viene, in realtà, capovolto dalla stessa riforma, laddove elegge la riproduzione audiovisiva a metodo ordinario di verbalizzazione delle prove dibattimentali<sup>24</sup>.

A regime, l'intero sapere dibattimentale sarà video-registrato ed esclusivamente l'indisponibilità di strumenti tecnici o di personale qualificato potrà autorizzare al compimento dell'atto istruttorio senza il rispetto della nuova forma di documentazione. Situazione-limite, quest'ultima, che sarebbe la sola a legittimare l'esposizione dell'«atto probatorio a un rischio secco di rinnovazione in caso di mutamento dell'organo giudicante»<sup>25</sup>.

Trasformata in ordinario rimedio all'inosservanza del principio dettato dall'art. 525, comma 2, c.p.p., la "teleimmediatezza" disvela, però, molteplici insidie sia sul piano operativo sia, correlativamente, sulla tenuta delle garanzie processuali accordate all'imputato.

Sotto entrambi i profili, rileva il rischio che la visione della videoregistrazione, disancorata da forme rituali prestabilite e dalla previsione di spazi e tempi entro i quali si dovrebbe collocare tale attività, si traduca in un vuoto "incombente" distrattamente adempiuto da parte del giudice, in un contesto del tutto extra-procedimentale e solitario, a totale detrimento dell'efficienza cognitiva del processo.

Preferibile sarebbe stato, dunque, introdurre espressamente un obbligo

<sup>22</sup> Al riguardo, nella "*Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*", cit., si legge: «laddove non ve ne sia traccia nel verbale di udienza, il giudice difficilmente potrebbe valorizzare in sentenza i tratti non verbali della comunicazione: con la videoregistrazione della dichiarazione assunta si avrebbe, invece, una documentazione affidabile anche di quei tratti prosodici del discorso, di guisa che il giudice potrebbe essere messo nelle condizioni di apprezzare la prova della testimonianza nel suo complesso».

<sup>23</sup> L'espressione è stata coniata da G. RANALDI, *Il dibattimento che verrà: prolegòmeni di una riforma* in fieri, in "*Riforma Cartabia*" e rito penale, cit., p. 266.

<sup>24</sup> Capovolgimento segnalato anche da IASEVOLI, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, cit., p. 6.

<sup>25</sup> Così, MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., p. 866.

di riprodurre la videoregistrazione nel corso dell'udienza dibattimentale. Diversamente, appare agevole decifrare le potenziali ricadute negative del silenzio serbato dalla legge in merito alle modalità procedurali da seguire per la pratica attuazione della norma di nuovo conio.

All'atteggiamento silente del legislatore dovrà, in pratica, supplire il singolo giudice, con ampi spazi di discrezionalità. E ciò, oltre a rendere imprevedibili le conseguenze derivanti dal mutamento della composizione dell'organo giudicante, compromette irrimediabilmente l'uguaglianza del trattamento rispetto alla inosservanza dell'art. 525, comma 2, c.p.p. e, in particolare, il significato di garanzia che riveste l'inviolabilità delle forme.

Autorizzati tacitamente a "sbrigarsela da soli", i giudici ben potrebbero scegliere, di fronte all'alternativa tra una visione "privata" del film del processo ed una proiezione partecipata dell'istruttoria, la prima opzione.

Elevato è, così, il pericolo che la videoregistrazione finisca nell'accumulo di carte e *files* multimediali, impilato sul tavolo del giudice, di cui i dibattimenti sono già ricolmi<sup>26</sup>.

Del resto, la pratica della visione della registrazione, svincolata da un rituale allestito *coram partibus*, si colloca al di fuori degli orizzonti del controllo degli interessati e finisce per atteggiarsi a semplice possibilità di fatto, la cui effettiva attuazione è completamente rimessa alla sensibilità del singolo giudice.

Il rilievo induce ad una riflessione ulteriore. Emerge evidente la preannunciata idea ristretta di immediatezza, «tutta concentrata sulla figura del giudice solitario ispettore dell'organo di prova»<sup>27</sup>.

Il legislatore sembra dimenticare che il valore dell'immediatezza e, in particolare, il diritto alla ripetizione della prova assunta dal giudice poi sostituito, non è solo funzionale alle esigenze del giudice, ma anche e in egual misura all'intervento delle parti. Anzi, la tutela dell'immediatezza risponde, prima di tutto, alla necessità di attuare un completo diritto al contraddittorio<sup>28</sup>. È l'art. 111, comma 3, Cost. a stabilirlo espressamente, laddove

<sup>26</sup> MARAFIOTI, *Immutabilità del giudice, oralità e immediatezza: contro le prerogative di mobilità dei giudici*, in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu), 9 luglio 2022, secondo il quale i dibattimenti risultano «tanto ricolmi di documenti, nelle sue varie polimorfe accezioni, di memorie scritte, di appunti, note e trascrizioni, come ben sa chi tutti i giorni frequenta le aule giudiziarie».

<sup>27</sup> Così, NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo"*, cit., p. 4.

<sup>28</sup> In tal senso, FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità*, cit., p. 4, il quale sottolinea come gli aspetti paralinguistici della deposizione non siano utili esclusivamente al controllo del giudice sull'attendibilità del testimone, giacché servono anche all'interrogante, rappresentando, per quest'ultimo, utili elementi per proseguire l'esame, insistere su certi temi e formulare nuove domande.

riconosce alla persona accusata il diritto di interrogare e di far interrogare i dichiaranti a suo carico davanti «al giudice», per tale dovendosi intendere il giudice deputato ad emettere, al termine del processo, la decisione<sup>29</sup>.

Il nuovo comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p. si limita, invece, a valorizzare gli «aspetti del canone di immediatezza che intrattengono parentele con la concezione inquisitoria del giudice proiettato alla ricerca della verità»<sup>30</sup>.

Alle parti rimane solamente la speranza che costui abbia il tempo e la voglia di visionare il film del processo, per entrare, almeno parzialmente, in contatto con la prova.

Più di un segnale risulta, tuttavia, dissonante con ogni forma di ottimismo in proposito. La recente esperienza applicativa ha, invero, evidenziato un pervicace atteggiamento della giurisprudenza di merito, recepito anche «al più alto livello delle istituzioni giudiziarie»<sup>31</sup>, incline ad esprimere un sostanziale disinteresse verso l'immediatezza, o meglio, il convincimento che quest'ultima rappresenti una garanzia epistemica tutto sommato rinunciabile da parte del giudice<sup>32</sup>.

In una recente sentenza la Corte costituzionale ha, infatti, espressamente riconosciuto come l'assenza di concentrazione delle udienze non consenta al giudice, già nel normale andamento dei processi, quel contatto con la prova che i principi del modello accusatorio auspicano<sup>33</sup>. Sicché il destinatario stesso della garanzia sarebbe abituato a farne a meno e a decidere sulla base della lettura, in camere di consiglio, delle trascrizioni; tanto da avvertire l'assunzione orale della prova come una sorta di "fastidioso" orpello, indispensabile solo per «salvare le apparenze»<sup>34</sup>, ma sostanzialmente inutile al fine di una corretta decisione sulla imputazione<sup>35</sup>.

Di intuitiva evidenza sono le ricadute di un simile approccio: ammettere che per il giudice non è importante "conoscere" direttamente le

<sup>29</sup> In questo senso, Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2011, p. 3333 ss., con commento di RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito del mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*. In dottrina, MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*. *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Giuffrè, Milano 2014, p. 247 ss.; CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 42 ss.

<sup>30</sup> NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo"*, cit., p. 4.

<sup>31</sup> Così, DI BITONTO, *Mutamento del giudice dibattimentale ed esame delle persone già sentite dinanzi al giudice sostituito*, cit., p. 7.

<sup>32</sup> In termini analoghi, G. GALLUCCIO MEZIO, *Il principio di immediatezza è al tramonto?*, in «Cass. pen.», 2020, p. 413.

<sup>33</sup> Il riferimento è, ancora, a Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132, cit.

<sup>34</sup> Così, CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione*, cit., p. 1398.

<sup>35</sup> Al proposito, si vedano le riflessioni di MARAFIOTI, *Un argine alle involuzioni inquisitorie del processo penale*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 21 febbraio 2020.

prove rischia di segnare una soluzione di continuità nella nostra tradizione giuridica, fino quasi a rivalutare la stessa opzione per il modello accusatorio. Eppure, si tratta – è bene ribadirlo – del metodo migliore tra quelli a disposizione «per approssimarci al fine conoscitivo»<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> In questi termini, MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., p. 21. Nello stesso senso, DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in «Cass. pen.», 2021, p. 3075.

Luca Marafioti

*Prova, contraddittorio e controllo del giudice*

Il compito di tirare le fila di una sessione interessante come quella che ho avuto l'onore di presiedere risulta, per un verso, semplificato dalla qualità degli interventi che si è chiamati a commentare.

In effetti, i contributi offerti, rispettivamente, da Federico Wagner, poi da Florencia Leguiza e Micaela Redondo, infine, da Giulia De Liberis si “difendono” da soli e sarebbero tali da essere allegati agli Atti del Convegno senza ulteriori commenti.

Per altro verso, tuttavia, essi toccano temi sui quali il dibattito non è mai né troppo né troppo approfondito. Anche se a un simile dibattito non potrebbe in nessun caso essere messo compiutamente un punto in questa sede dal sottoscritto. Solo qualche notazione conclusiva, senza molte pretese.

La relazione di Federico Wagner risulta assai interessante, anche e soprattutto, dal nostro angolo visuale. Come noto, qui in Italia vige un canone di obbligatorietà dell'azione penale sancito a livello costituzionale nell'art. 112 Cost. Al di là dell'enfasi con cui alle volte si sottolinea tale precetto, va rilevato che, probabilmente, mediante la sua introduzione, si era trattato solo di ribadire, a scanso di equivoci, che pure ogni iniziativa del Pubblico Ministero dovesse sottostare al principio di legalità.

È, tuttavia, opinione di chi parla - non da oggi, ma da parecchio tempo<sup>1</sup> - che si sia sempre trattato di un'obbligatorietà assolutamente di facciata, di una regola declinata in maniera del tutto apparente nella dinamica applicativa. Ad essa si contrappone un'esperienza quotidiana incentrata su una più concreta opportunità di fatto.

In effetti, in ogni ordinamento, anche il più ricco, perfezionato e dotato di mezzi, residua un incolmabile *gap* tra fini e mezzi del sistema di giustizia penale. In altri termini, nessun sistema è in condizione di perseguire nella

<sup>1</sup> Vedi, già, L. MARAFIOTI, *La “metamorfosi” del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in «Giur. it.», 1990, IV, c. 116; ID., *Le scelte dell'accusa: «orgoglio» e «pregiudizio»*, in P. MARCHETTI (a cura di), *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, ESI, Napoli, 2007, p. 3; ID., *Inazione e forme abusive di addebito penale: concetti vintage e nuovi approdi nelle scelte del pubblico ministero*, in *Inazione, controlli, esecuzione*, a cura di C. Fiorio-R. Fonti-M. Montagna, Pacini, Pisa 2017, p. 17.

stessa maniera tutti i casi giudiziari che gli viene richiesto da risolvere. Questa banale constatazione dovrebbe indurre ad un approccio ben più laico e pragmatico al tema, a differenza di quello, molto astratto e connotato da tinte ideologiche, che viene prediletto da coloro i quali si limitano a ribadire, alle volte alquanto stancamente, tale canone, collocandolo spesso a difesa di altri e diversi valori, del tutto estranei alla formulazione dell'art. 112 Cost.

Di talché, il tema della dimensione eminentemente politica della discrezionalità e dell'opportunità in materia di azione penale, per come segnalato da Federico Wagner, è di sicuro rilievo. Anzi è proprio la sua indiscussa dimensione politica a non consentire di trincerarsi dietro una stantia e formalistica ripetizione del canone. Va, infatti, sottolineato che, anche in quel modo, si fa politica: una politica dell'azione e del Pubblico Ministero dietro lo schermo dell'obbligatorietà.

Data questa significativa dimensione giuridico-politica, altrettanto se non ancor più interessante risulta il tema di come assicurare una qualche forma di pubblicità e di trasparenza alle scelte che, inevitabilmente, finiscono per dover essere esercitate in materia.

È una questione di controllo popolare e di come la società civile possa entrare nella "scatola nera" delle opzioni che in materia formula il Pubblico Ministero, persino in un ordinamento in cui formalmente è contemplata l'obbligatorietà.

Si tratta di una tematica di indubbio rilievo per una compiuta democrazia giudiziaria. In Italia non potrà certo essere ridotta dalla striminzita disciplina volta a dettare criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale.

Altrettanto interesse pratico, in chiave di riforma, riveste la proposta, di cui pure si è parlato, di introdurre una distinzione all'interno dell'ufficio del Pubblico Ministero. Da un lato, i rappresentanti dell'Ufficio chiamati ad operare quali selettori delle notizie di reato; dall'altro, quelli destinati a svolgere l'attività di accusatore pubblico. Non costituirebbe, certo, una novità in senso assoluto, rappresentando ripartizione funzionale nota sia ai sistemi di *civil law* sia a quelli di *common law*.

Anche il lavoro a quattro mani di Florencia Leguiza e Micaela Redondo in materia di controllo giudiziale sull'ammissibilità della prova affronta un tema di sicuro interesse in ottica comparatistica. Difficile asserire che quanto da loro trattato dall'angolo visuale della loro esperienza in materia vada considerato una sorta di traduzione dal punto di vista argentino di ciò che viene conosciuto come *trial on stipulated facts* nell'esperienza di *common law* e, segnatamente, in quella angloamericana.

Merita attenzione l'idea che le parti, secondo iniziative e strategie proprie, possano, per un verso, limitare il dibattito ad alcuni profili del caso

e, per altro verso, delimitare per tale via l'oggetto della decisione e, cioè, il *thema decidendum*.

Da segnalare i rischi collegati a questo modo di vedere il rapporto tra iniziative delle parti e poteri del giudice allorquando ci si trovi nella nostra esperienza continentale.

Potrebbe, infatti, essere confuso il *trial on stipulated facts*, vale a dire la delimitazione dei fatti che devono essere provati dalle parti davanti al giudice, tanto come una "non contestazione", non nel giudizio, quanto come un'assenza di contestazione dell'accusa. Come se l'imputato potesse non contestare ed ammettere. E il tema è se la non contestazione – che non è ammissione – può sostituire la funzione del giudice, cioè giudicare, accertare una base fattuale per ogni elemento del *Tatbestand*, cioè a dire il fatto, le questioni di diritto e le conseguenze sanzionatorie<sup>2</sup>.

Questo progetto ha molto a che fare con il tema della presunzione di innocenza, come è stato chiarito molto bene. Per esempio, nella nostra esperienza, la presunzione di innocenza è rinunciabile? Da noi, no.

Invece, nel sistema angloamericano si può, attraverso il meccanismo del *waiver*, intervenire rinunciando alle prerogative garantite dalla presunzione d'innocenza. Basti pensare che, in sede di *pleading*, l'imputato è chiamato a risolvere il dilemma della sua posizione rispetto all'addebito dichiarandosi colpevole o innocente. E dichiararsi colpevole equivale a rinunciare alla presunzione d'innocenza. Quello che non si può fare è sostituire l'accordo probatorio con la prova che il giudice deve pure considerare come base per la propria decisione.

Per questo appare assai interessante ciò che si sottolineava sull'esigenza che venga rappresentata e sussista una base probatoria per la decisione. Come si afferma, infatti, nella Relazione "dovrebbe essere richiesto di indicare quali di questi elementi di prova lo supportano". Il che equivale a riconoscere che l'accordo non può in alcun modo essere considerato un *Beweissurrogat*, vale a dire un surrogato della prova del fatto. Se, in altri termini, l'accordo probatorio può operare un "taglio" al perimetro del contraddittorio e del giudizio, esso deve pur essere unito ai supporti probatori, agli altri elementi di prova.

La peculiare disciplina dettata per la rinnovazione della prova in caso di mutamento del giudice è stata esaminata, infine, da Giulia De Liberis. In tale contributo, delinea e, in parte, dà per presupposto il tortuoso percorso intrapreso in sede giurisprudenziale per una progressiva "marginalizzazione" del principio di identità del giudice, pur sancito in maniera apparentemente perentoria dall'art. 525 comma 2 c.p.p.

<sup>2</sup> In tema, volendo, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Giuffrè, Milano 1992, p. 359.



Rispetto a quanto affermato dalla notissima pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite Bajrami<sup>3</sup> viene, correttamente, segnalata la discontinuità segnata dall'introduzione nell'art. 495 c.p.p. di un nuovo comma 4-ter, in tema di rinnovazione della prova dichiarativa. In caso di mutamento del giudice, infatti, appare oggi contemplato, per un verso, un diritto a tale rinnovazione in capo all'imputato destinatario delle dichiarazioni; per altro verso, un potere del giudice di disporla comunque qualora "necessaria sulla base di specifiche esigenze". Previsione derogabile solo se le dichiarazioni già rese sono state integralmente documentate mediante riproduzione audiovisiva.

Niente facili entusiasmi per una soluzione più coraggiosa ed avanzata di quella ben più retriva fatta propria dalla giurisprudenza in materia: Giulia De Liberis evidenzia i perduranti limiti e i residui rischi della soluzione introdotta dalla riforma Cartabia.

In primo piano, l'esigenza di una tutela effettiva e non di facciata dei principi di oralità, immediatezza e contraddittorio che, pretermessi in base ad una giurisprudenza fin troppo tollerante della prassi, dovrebbero essere, viceversa, la quintessenza del dibattito di primo grado.

---

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, in «Arch. nuova proc. pen.», 2019, p. 561.

BOLOGNA, 22 GENNAIO 2024  
PROCESSO, VERITÀ E GIUSTIZIA



PRIMA SESSIONE  
LA VERITÀ OLTRE IL PROCESSO



## Carlo Sotis

### *La verità nel processo nella prospettiva del diritto penale sostanziale*

SOMMARIO: 1. *Incipit* – 2. Due premesse – 2.1. La verità nel processo non resta solo nel processo – 2.2. La legittimazione del processo dipende da vari fattori di validità – 3. La dimensione relativa della verità anche nel processo – 4. Verità nella legge e verità nel processo – 5. Conclusione. Come uscire dall'impasse? L'esempio del GREEN.

#### 1. Incipit

Verità e giustizia, le due parole attorno a cui sono chiamato a svolgere questa relazione introduttiva, probabilmente sono le due parole fondamentali della cultura giuridica. Al contempo sono due parole tabù per il giurista. In particolare il giurista di diritto penale sostanziale ha un certo pudore, o forse una sorta di timore, a parlare di verità e di giustizia. Cercare di affermare cosa sia vero e cosa sia giusto è compito considerato immane, al contempo è compito necessario poiché ovviamente il pensiero giuridico ha per scopo proprio la ricerca e la difesa di ciò che è giusto.

Però occorre uscire dall'impasse e per farlo è possibile procedere fissando alcuni punti.

Anzitutto, come ha insegnato Federico Stella nel suo ultimo libro<sup>1</sup>, se è difficilissimo definire la giustizia, è però possibile comprendere quali siano le ingiustizie. In altre parole per la giustizia, come per la verità, possiamo comprendere cosa indubbiamente le nega anche se abbiamo difficoltà a definirle in positivo.

Ad esempio e per restare in tema del rapporto verità/giustizia possiamo affermare - già prima di avere chiaro cosa sia la verità e cosa sia la giustizia - che senza verità non potrebbe esserci giustizia.

Questo ci autorizza a fissare il primo punto fermo, e che probabilmente costituisce il messaggio chiave di queste pagine: la dimensione, come vedremo (ma come già sappiamo), necessariamente relativa della verità,

<sup>1</sup> F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il mulino, Bologna 2006.

non può comportare nessuna marginalizzazione del peso che la verità ha nel processo. In altre parole la verità nel processo, per quanto relativa, va presa sul serio e trattata con cura e rispetto.

Non è un impegno semplice perché il tema della verità nel processo muove da premesse tra loro in parziale contraddizione.

Mi soffermo su due premesse in particolare.

## 2. *Due premesse*

### 2.1. *La verità nel processo non resta solo nel processo*

Per spiegarmi provo a partire da quel piccolo gioiello che è «Verità e politica». Hannah Arendt, dopo avere sviluppato il concetto di «verità di fatto», e la sua natura antipolitica, di concetto cioè che si impone nel discorso pubblico e che non può essere degradato al ruolo di “opinione”, nelle pagine conclusive per mostrare come “si fanno” le «verità di fatto» scrive: «Importanti modi esistenziali di dire la verità sono la solitudine del filosofo, l’isolamento dello scienziato e dell’artista, l’imparzialità dello storico e del giudice e l’indipendenza di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista»<sup>2</sup>. Ora, ci rendiamo conto che, in particolare in Italia, queste varie “fabbriche della verità” sono state progressivamente smantellate, e che l’unica, tra quelle elencate, che gode di buona salute è «l’imparzialità del giudice», cioè la verità nel processo. Tuttavia poiché la domanda di verità che una società esprime resta costante, scendendo l’offerta di verità di una serie da fabbriche quella offerta nel processo, godendo per tante note ragioni di buona salute finisce per essere vittima del suo successo e, inevitabilmente, tende ad esondare e a offrire verità che dal processo trasmigrano fuori e vengono utilizzate per soddisfare domande di verità per scopi e funzioni diversi da quelli della giustizia penale. Tutto ciò crea ben noti equivoci, disfunzioni, e financo perversioni, tra strumenti e scopi del processo e nel processo in relazione alla verità. Si pensi a un caso clamoroso che conosciamo tutti, almeno in Italia: l’inchiesta - poi archiviata - della procura di Bergamo sulla gestione dell’epidemia da Covid-19 e sulla mancata istituzione da parte di vari amministratori nazionali, regionali e locali dal 20 di febbraio all’inizio di marzo 2020 della cosiddetta “zona rossa” nei comuni di Alzano Lombardo e Nembro. Un esempio questo, di evidente

---

<sup>2</sup> H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino 2004, p. 72.

inversione tra mezzi e scopi; segnatamente una indagine processuale tutta (e solo) mossa da uno scopo di ricerca di verità in sé stessa, dove l'ascrizione di responsabilità penali per fatti commessi diviene strumento per il raggiungimento di quello scopo. Si pensi, per fare un esempio delicato, anche alla sentenza n. 192 del 2023 con cui la Consulta ha dichiarato, in relazione al procedimento per le torture e l'omicidio di Giulio Regeni, l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-*bis*, comma 3 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice procede in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo. Ora, da cultore del diritto penale sostanziale, non mi sento autorizzato ad esprimere in questa sede una analisi critica o adesiva di questa decisione, tuttavia anche ai miei occhi risulta evidente che nel complesso bilanciamento effettuato e nell'idea che quindi ne esce di giusto processo viene assegnato un peso determinate al bisogno di verità. "Verità per Giulio Regeni", è uno slogan sacrosanto che campeggia in tutte le Università italiane a partire dall'Università di Bologna che ospita queste nostre giornate, solo che, come in una certa misura anche questa sentenza sembra premettere, è dato per assodato che questo bisogno fondamentale di verità debba essere soddisfatto nel processo e bilanciato con gli scopi e le funzioni di accertamento dei fatti da cui possano emergere profili di responsabilità penale degli individui allo scopo di infliggere una pena.

Ma questo appena fatto è un esempio delicato, per apprezzare la dimensione del problema ho a mente soprattutto la perversione della verità prodotta dalla c.d. giustizia mediatica. Vittorio Manes in un suo recente aureo libretto<sup>3</sup> ci mostra bene quanto, di passaggio in passaggio, la verità nel processo venga pervertita e trasfigurata a questi fini, realizzando quella che mi sento autorizzato a definire una pornografia della verità e con essa - di rimbalzo - una modificazione dei parametri di legittimazione e di funzionamento del diritto e del processo penale.

Questo bisogno di verità giudiziale anche per altri fini comporta che essa si dimentica di essere uno strumento e viene invece consumata come scopo, con tutta una serie di ricadute, in entrata e in uscita sulla verità nel processo.

---

<sup>3</sup> V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il mulino, Bologna 2022.



## 2.2. *La legittimazione del processo dipende da vari fattori di validità*

Echeggiando la teoria combinatoria di Francois Ost e di Michel van de Kerchove<sup>4</sup> possiamo dire che ci sono almeno tre fattori di validità della giustizia penale. La validità assiologica, la validità epistemologica e la validità formale. Lasciando ai nostri fini da parte quella assiologica, possiamo sottolineare come la validità epistemologica (che nella nostra prospettiva possiamo dire è il fattore di legittimazione che più da presso evoca la verità) debba combinarsi con la validità formale.

Ora, credo sia pacifico per tutti che qualunque formalizzazione genera di per sé una precipua forma del reale (e quindi del vero); ciò tuttavia equivale ad affermare che inevitabilmente *ogni formalizzazione comporta per ciò solo una sua quota di falsificazione* rispetto ad altre forme del reale. La giustizia penale non fa certo eccezione a questa constatazione: le esigenze di conformità alla forma comportano una misura di falsificazione rispetto alle esigenze di conformità epistemologica. Quindi il processo non è tanto più valido quanto più si conformi ad una esigenza di verità esterna, ma quanto più si conforma alle (proprie) esigenze di verità compatibili e bilanciabili con le (proprie) esigenze di forma.

Si pensi alla diade fondamentale “colpevole/non colpevole” chiamata ad ordinare e a narrare ogni giudizio penale. Ora, è evidente a tutti che imporre questo esito binario comporta delle forzature o dei difetti di continenza per tutte quelle situazioni del reale che trovano una scomoda collocazione in questa diade. Un recente libro molto stimolante di Federico Picinali<sup>5</sup>, propone di trovare qualificazioni e quindi decisioni per le situazioni che riflettano una ricostruzione del reale che la diade colpevole/non colpevole non riesce a corrispondere con esattezza dal punto di vista epistemologico. Il libro è a mio avviso discutibile, ma anzitutto lo è in senso proprio, ovvero come “degnò di essere discusso”, perchè è stimolante proprio a partire dalla premessa da cui muove il suo (brillante) autore, cioè che le attuali formule decisorie presentino una quota di falsificazione e che ciò quindi ne determini la delegittimazione. Al contrario, a mio avviso, è ben possibile argomentare che le cruciali ragioni che fondano la diade colpevole/non colpevole (validità formale) legittimano la quota di falsificazione che questa diade necessariamente comporta e quindi colmano il *deficit* di validità

---

<sup>4</sup> M. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2010, p. 307 ss..

<sup>5</sup> F. PICINALI, *Justice In-Between. A Study of Intermediate Criminal Verdicts*, Oxford University Press, Oxford 2002.

epistemologica che questa scelta formale comporta.

Un altro esempio, questa volta su un terreno a me più familiare, cioè quello del diritto penale sostanziale. Le fattispecie incriminatrici sono norme c.d. “totali”, nel senso che la presenza di ogni loro singolo elemento è condizione necessaria, ma non sufficiente della sussistenza del fatto tipico. La conseguenza di sistema è che qualora un accadimento difetti anche solo di un singolo elemento di fattispecie, benché siano sussistenti tutti gli altri occorre assolvere, e occorre farlo in Italia- come recita l’art. 530 c.p.p. affermando che «il fatto non sussiste». Su un piano di verosimiglianza tuttavia un accadimento in cui siano stati accertati in ipotesi sei elementi su sette è molto più un “fatto”, che un “non fatto”. Un accadimento in cui ad esempio ci si sia impossessati di una cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene con suo danno, ma non per un fine di profitto da un punto di vista di verosimiglianza (perché la rappresentazione del vero avviene solitamente tramite una sua lettura gradualista) assomiglia di più ad un furto che a un non furto. Eppure sacrosante ragioni storiche, sistematiche e costituzionali (che mi sento di potere dare per implicite in queste pagine) su cui poggia la validità formale impongono di affermare *nel processo* la verità che per questo accadimento «il fatto non sussiste». Si potrebbe continuare molto a lungo con gli esempi (si pensi ad accadimenti che delineano quasi corruzioni, quasi disastri, quasi omicidi colposi eccetera), ma quello che mi premeva evidenziare è come la necessaria formalizzazione che impone di assolvere con la formula «il fatto non sussiste» comporti per ciò solo una quota di necessaria falsificazione. E di come quindi la giustizia penale, anzi di più, del senso stesso di giustizia, che nella formalizzazione trova se stessa si muova per sua stessa funzione, e quindi struttura, nella ricerca di un difficile punto di sintesi tra i vincoli richiesti dalla validità epistemologica e quelli imposti dalla validità formale.

### 3. *La dimensione relativa della verità anche nel processo*

Tutto questo mi convince come, per un verso, senza verità il processo non possa dirsi giusto e per altro verso come la sua giustizia non dipenda solo dalla verità. In altre parole come la verità nel processo non autorizzi accertamenti non veri, ma al contempo come essa sia necessariamente *relativa*.

Per comprendere questa dimensione relativa basti pensare a Michel Foucault che nell’offrire una archeologia della verità indaga sulla *parresia*

nella Grecia antica<sup>6</sup>. La parresia è verità, ma è *una* verità assai lontana anni dalla verità nel processo. La parresia è scomoda, senza forme, priva di qualunque retorica, di qualunque regola, di qualunque bisogno di consenso. È una verità pericolosa per chi la dice, quindi senza vi sia alcuna garanzia di indipendenza e di autonomia. Non è dialettica, ma monologica. Insomma, la parresia si muove ed emerge in una dimensione molto lontana da quella della verità accusatoria che si costruisce nel contraddittorio.

La giustizia penale non solo non accoglie la parresia, ma può addirittura vietarla, se questa dimensione e questo strumento di verità dovessero risultare disfunzionali allo scopo del processo. Un esempio banale: se un avvocato difensore fosse depositario di una verità coperta dal segreto professionale e però volesse dirla questa verità, in palmare violazione degli articoli 28 e 55 del codice deontologico dell'avvocato, testimoniando o tradendosi volutamente in sede di esame o controesame, questo bisogno forte di verità paradigmaticamente parresistica andrebbe incontro a un divieto addirittura penalmente sanzionato, poiché quell'avvocato potrebbe incorrere in una responsabilità per infedele patrocinio. Quindi questa verità parresistica nel processo è addirittura osteggiata dalla giustizia penale. Come esplorato da Garapon<sup>7</sup> è un'altra verità - chiamata *alethurgica* - facendo leva sul neologismo coniato da Foucault *alêthurgie* per designare tutti i possibili processi, verbali e non, "attraverso i quali si fa emergere ciò che è posto come vero in opposizione al falso, al nascosto, all'indicibile, all'imprevedibile, all'oblio, cioè quell'obiettivo di verità che è quella tipica del processo.

Chiarita questa prima ovvietà, ovvero che la verità nel processo è una forma di verità, diversa da altre forme di verità che si ambientano fuori del processo e che quest'ultimo può addirittura osteggiare alcune forme di verità occorre valutare una seconda prospettiva. Per addentrarmi, seppur cursoriamente, mi rifaccio al libro «La semplice verità» di Michele Taruffo<sup>8</sup>, segnatamente quando mette in dialettica la verità consensuale, la verità narrativa e la verità corrispondenza (così la chiamerei io, non so come

---

<sup>6</sup> M. FOUCAULT, *Discorso e verità nella Grecia antica*, Donzelli, Roma 1996.

<sup>7</sup> A. GARAPON, *Processo penale e forme di verità*; in partt. Capitolo 3 *Ordalie: dal meccanismo alla forma di verità*, Bozza Bologna 2024, in corso di stampa.

<sup>8</sup> Da me consultato nella versione in lingua spagnola: M. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Barcellona, Buenos Aires 2010 (ed or. 2009). Sulla verità consensuale, quella narrativa e la verità corrispondenza v. anche M. TARUFFO, *La verità nel processo in Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*, a cura di F. Cardoso Pereira, Gazeta Jurídica, Brasília 2016, p. 250.

meglio definirla) e ci induce a riflettere se - e soprattutto in che misura - la verità nel processo sia e debba essere una verità consensuale, una verità narrativa o una verità corrispondenza?

Partendo dalla verità consensuale credo che ho mal posto la questione e che è più agevole riflettere all'inverso se la verità nel processo possa fare a meno del consenso. In questa prospettiva credo sia possibile affermare che un livello zero di verità consenso non sia sostenibile nel processo. Peraltro a me pare chiaro che il tasso di verità-consenso di cui il processo abbisogna è una dimensione graduabile, innanzitutto a seconda degli scopi che uno specifico processo può avere. Credo sia ovvio ad esempio che la concessione di una amnistia condizionata, come nel caso della *Truth and reconciliation commission* del Sud Africa per i fatti commessi durante il regime di Apartheid avendo come suo scopo essenziale la ricostruzione di una verità condivisa<sup>9</sup> (il nome della TRC ne traccia plasticamente il programma di azione: verità e - quindi - riconciliazione) non possa prescindere da una elevata misura di verità consenso. Su fronte completamente diverso è noto come nei meccanismi di *plea bargaining* l'accordo tra le parti (cioè una verità consenso) può agire in surroga delle esigenze di verità corrispondenza. Sia come sia ciò che mi interessa evidenziare è che il rapporto tra verità consenso e verità corrispondenza a me pare essere a geometria variabile e quindi necessariamente a me pare relativo.

Le cose non stanno in maniera tanto diversa per quanto riguarda la verità narrazione. La modernità giuridica traccia una diade tra accertamento dei fatti e interpretazione delle norme. Tuttavia questa diade non può mettere in discussione l'esistenza di quel terzo elemento che è l'interpretazione dei fatti. I fatti si interpretano e la verità ci dice qualche cosa sull'interpretazione dei fatti. O, meglio, l'interpretazione dei fatti ci dice molto sulla verità, segnatamente su quella narrativa. Il fatto interpretato offre infatti una verità narrazione da cui discende l'ovvio corollario che a seconda dei criteri di interpretazione dei fatti cambierà la verità narrazione offerta. Faccio un solo esempio. Il diritto penale può offrire un'interpretazione dei fatti profondamente diversa da quella che offre un'altra branca del diritto, ad esempio il diritto internazionale umanitario. Pensiamo all'attacco a Gaza. L'interpretazione degli stessi identici fatti che dà il diritto internazionale è profondamente diversa da quella che dà il diritto penale. In un caso, quello del diritto internazionale, la categoria di partenza è la giustificazione e si

<sup>9</sup> Fondamentale proprio nel rimarcare il ruolo costituente della Commissione affidato alla costruzione di una verità condivisa nel processo di costruzione del nuovo Sudafrica post apartheid A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il mulino, Bologna 2005.

dibatte e si polarizza il discorso pubblico sui limiti e sulle supposte ragioni della giustificazione, su fatti cioè di cui occorre comprendere se commessi entro i limiti della giustificazione. In diritto penale, invece, la premessa è che tendenzialmente si giudicano, e quindi si accertano e si interpretano, fatti non giustificabili, e questo a maggior ragione nel diritto penale internazionale. Quindi, non vi è dato di contesto o ragioni che possano giustificare una reazione. Questa è anche una forza della verità narrativa del diritto penale, e ce ne rendiamo conto molto bene da quando nel discorso pubblico si fa riferimento agli atroci crimini commessi il 7 ottobre da Hamas e al genocidio di Gaza invece di qualificare questi fatti come azioni e reazioni da valutarsi con la categoria della giustificazione.

#### 4. *Verità nella legge e verità nel processo*

Questo discorso mi porta all'ultima parte del mio intervento, se vogliamo a me da sostanzialista più familiare, sul rapporto tra verità nella legge e verità nel processo. Può la legge dire le bugie? Può la legge affermare il non vero o il falso? E che succede se la legge dice le bugie? Quello che è interessante è che a mio avviso quando la legge dice una bugia - perdonate questa formula retorica – necessariamente questo avrà delle ricadute nel processo. Succederà qualcosa, perché quella verità comunque viene fuori e busca forzando i criteri di interpretazione.

La non verità affermata può essere tale per ragioni di tipo scientifico-culturale. Una fra tutte (ma ce ne sono molte): l'art. 40 cpv. del codice penale afferma che «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo». Però “non è vero” che nei reati di comportamento non impedire equivale a cagionare. Ne possiamo discutere nella storia, nella filosofia morale se non impedire equivale a cagionare, ma da un punto di vista scientifico non è così. Il nostro attuale stato di sensibilità e di conoscenze scientifiche ci dice che sono due cose diverse. I modelli di ascrizione della responsabilità *sub specie* del nesso di causalità che valgono per la commissione e quindi per la causalità reale non necessariamente possono essere utilizzati anche per la omissione<sup>10</sup>, lo sappiamo. In una possiamo partire da uno schema nomologico deduttivo

---

<sup>10</sup> Mi rendo perfettamente conto che non è questa una affermazione condivisa, v. ad esempio da ultimo la acuta ricostruzione, di segno diverso di D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, IUS Pisa University Press, Pisa 2023, in part. p. 22 ss.

e poi trovare dei meccanismi per rinvenire la - così è chiamata - certezza logica; in altri casi invece comunque siamo in un campo stocastico, quello omissivo. Eppure c'è scritto "equivale a cagionarlo". Ecco, anche in questo caso uno iato tra verità scientifica, o ciò che consideriamo vero dal punto di vista scientifico, e affermazione normativa prescrittiva, ma prima ancora descrittiva, comporta delle forzature a livello del giudizio.

Le bugie possono anche essere di natura socio-economica. Qui mi permetto un accenno alla disciplina dello Straniero, all'immigrazione clandestina, e al permesso di soggiorno per motivi di lavoro. La disciplina legale del permesso di soggiorno per motivi di lavoro continua a basarsi su una clamorosa bugia socio-economica, cioè che l'incontro tra domanda e offerta nazionale di lavoro avvenga all'estero, presso i consolati. E da qui tutta una serie di rappresentazioni documentali false a cascata di questo apparato disciplinare.

Ultimo caso: le bugie possono essere di natura criminologica. Intendo con bugie criminologiche quando nella legge si afferma qualche cosa che non corrisponde dal punto di vista criminologico a un dato di realtà, quando diremmo noi penalisti - da Franco Bricola in poi - si tradisce la «costante criminologica del tipo». L'articolo 416-ter c.p. nella sua formulazione originaria (fino alla riforma del 2014) prevedeva: «La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di *denaro*». Però quasi mai il corrispettivo dato dal politico consiste nella dazione del denaro, bensì in favori o promesse di favori (es. concessione di appalti, assunzione di lavoratori, autorizzazioni, finanziamenti pubblici ecc.)<sup>11</sup>. La fattispecie insomma racconta una storia che non esiste, racconta una bugia.

Così, se ci si mette nei panni del giudice e si è chiamati a giudicare in un processo penale in cui si è faticosamente trovata la prova di uno scambio politico elettorale mafioso tra voti e promesse di favori ci si rende conto che questa bugia legale crea un campo di tensione. La disposizione dice denaro, il principio di legalità è chiaro quindi nel dire che "il fatto non sussiste", per tornare a quel rapporto tra forma ed epistemologia. Il fatto legalmente non sussiste, però questa verità criminologica bussava talmente forte, ma talmente forte, che l'interprete farà leva sulla semantica del concetto di "altra utilità" o andrà a spiritualizzare il denaro. Ed infatti la giurisprudenza ha finito progressivamente, fino alla riforma del 2014, per intendere per «denaro»

<sup>11</sup> G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico mafioso*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 04/05/14, p.4.

anche l'erogazione di "utilità" non immediatamente quantificabili in termine monetari<sup>12</sup>. Ora, nel gioco delle parti che è la riflessione giuridica agli accademici contestare la violazione del principio di legalità ad opera di queste interpretazioni extratestuali. Però mi rendo conto che quando la verità bussava così forte alle porte di una norma penale che dice una bugia, il problema si crea. E si crea a causa di una bugia della legge.

### 5. *Conclusioni. Come uscire dall'impasse? L'esempio del GREEN*

In conclusione a me sembra che non si possa e non si debba negare che la verità sia relativa, e che sia strumento e non scopo del processo penale e della giustizia. Tuttavia non si può nemmeno negare il dato di realtà che la verità nel processo viene sempre più utilizzata per altri scopi e che così facendo si tende tanto ad assolutizzarla, quanto a fragilizzarla, modificandola e, di conseguenza, modificando così i criteri di legittimazione e di funzionamento della giustizia penale. La verità nel processo stessa ne risulta alterata perché così facendo viene a mancare un indefettibile presupposto di legittimazione della giustizia penale, cioè la sua validità epistemologica in funzione degli scopi del processo. Come uscire allora da questa *impasse* di garantire per un verso alla verità nel processo la sua funzione e di accettare la sua - inevitabile - fuoriuscita dal processo? Una strada può essere quella di costruire delle fabbriche della verità che possano essere funzionali sia alla successiva ricostruzione della verità nel processo sia ad altri scopi (il discorso pubblico, una verità consenso come collante sociale, una verità narrazione in grado di imporsi rispetto alle narrazioni di chi detiene poteri economici, tecnologici). Per fare ciò occorre congegnare delle fabbriche che abbiano, per riprendere Hanna Arendt, l'imparzialità e l'autorevolezza del giudice, senza che abbiano però lo scopo di infliggere una sofferenza legale a seguito dell'accertamento della responsabilità penale personale e colpevole di una persona. Una fabbrica insomma che possa anche ricostruire una verità dei fenomeni e non solo dei fatti senza pervertire gli scopi che la verità nel processo è chiamata ad assolvere.

Ora, non è un caso che il laboratorio privilegiato di costruzione di queste "fabbriche *sui generis* di verità" sia la giustizia penale internazionale<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cass. pen. Sez. I, sent., (ud. 30/11/2012) 31-01-2013, n. 4901.

<sup>13</sup> Per degli spunti nel senso la funzione principale della giustizia penale internazionale sembra essere proprio una funzione poetica della verità, cf. E. FRONZA, *Le sanzioni* in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale*

Questa intesse, infatti, un rapporto peculiare con la verità: ne è produttrice, ma, prima di tutto, consumatrice. La storia della giustizia penale internazionale<sup>14</sup>, da Norimberga ai tribunali *ad hoc*, passando per le commissioni verità e riconciliazione<sup>15</sup>, insegna infatti che la verità condivisa è il punto di arrivo, ma anche il punto di partenza per l'istituzione di un nuovo sistema di giustizia.

Questa esigenza di una verità condivisa come punto di partenza è se possibile ancora più sentita in tema di criminalità ambientale internazionale e non è un caso che è su questo settore che registriamo oggi il laboratorio più avanzato per uscire dall'impasse. I crimini ambientali internazionali restano infatti occulti, commessi con discrezione e i cui effetti sono tanto devastanti quanto silenziosi, potendosi produrre a notevole distanza di tempo e di spazio. Un territorio od una comunità molte volte non sono immediatamente in grado di percepire l'attacco, di percepirsi come vittime. Questi fatti rischiano quindi di restare invisibili e questo accertamento necessariamente è rimesso nelle mani di esperti i quali possono essere sottoposti a pressioni forti quanto gli interessi economici in gioco. Di più: i fatti che potrebbero costituire crimini ambientali internazionali sono spesso il frutto di più azioni commesse e non necessariamente coordinate tra loro ed i disastri ambientali di norma sono l'effetto di tante concause che si sommano tra loro, di modo che può essere assai più difficile dimostrare il nesso di causalità tra il disastro ed una specifica condotta che accertare la sussistenza di un disastro e delle cause che hanno contribuito a cagionarlo. I crimini ambientali internazionali quindi a volte vedono i fatti diluirsi nei fenomeni entro cui si collocano, con il risultato che diviene impossibile spesso volte anche solo immaginare un procedimento giudiziale pur a fronte di aggressioni ambientali straordinariamente gravi. Il risultato tuttavia è che scomparendo la possibilità di ricostruzione dei fatti nel processo scompare per ciò solo la possibilità di "vedere" i fatti e quindi anche i fenomeni. Insomma: scomparendo la possibilità di verità nel processo scompare ogni possibilità di verità e torniamo all'impasse: o si rinuncia alla verità in nome delle esigenze della giustizia penale o si ha come scopo la verità ma non si ha altra strada che il processo e allora questa

---

*internazionale*, Giuffrè, Milano 2006, p. 291 s.

<sup>14</sup> Cf. AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., p. 1 s.

<sup>15</sup> Fondamentale proprio nel rimarcare il ruolo costituente affidato alla costruzione di una verità condivisa nel processo di costruzione del nuovo Sudafrica post apartheid LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, cit.



viene perseguita pervertendo le esigenze della giustizia penale.

In proposito è interessante, come accennato, la recente «Proposta di Convenzione per la protezione dell'ambiente con il diritto penale» del 2023<sup>16</sup> che prevede, agli articoli da 41 a 45, un organismo non giurisdizionale, denominato GREEN (*Group of experts on the protection of the environment and action against environmental crime*) chiamato ad accertare non il fatto ai fini dell'ascrizione della responsabilità penale di una singola persona, ma il fenomeno, cioè “come sono andate le cose”, verificando la materiale realizzazione degli elementi che potrebbero configurare un crimine internazionale. Questo organismo sembra chiamato proprio a dire “le verità di fatto”<sup>17</sup> che potranno poi essere utilizzate in un'aula di giustizia, è quindi concepito in modo sia coinvolto dagli attori giurisdizionali e dalla società civili oltre che dagli Stati (art. 43 e 45) e vanta un alto profilo istituzionale di imparzialità e indipendenza (art. 41), e procedurale (art. 43).

Ora è evidente che questo tipo di proposte non è certo in grado di risolvere il cruciale problema del nostro tempo, non a caso etichettato come quello della postverità<sup>18</sup>, cioè che abbiamo sistematicamente smantellato l'indipendenza economica e esistenziale di altre fabbriche della verità (media, università, scienza, arte). Credo che però proposte come questa contribuiscano almeno a indicare la giusta direzione: trattare la verità come bisogno pubblico fondamentale e *per ciò* difenderne il carattere relativo, anche di quella nel processo.

---

<sup>16</sup> *Draft Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law*, PC-ENV(2023)04, <<https://rm.coe.int/pc-env-2023-04-eng-draft-convention-on-the-protection-of-the-environment/1680acbd44>>.

<sup>17</sup> Volendo, sulla proposta del GREEN come fabbrica di verità di fatto, si rinvia a C. SOTIS, *Juger des crimes environnementaux internationaux: approche juridictionnelle et institutionnelle* in *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, a cura di L. Neyret, Bruylant, Bruxelles 2015, p. 218 ss.

<sup>18</sup> Tra i moltissimi v. la chiara introduzione di A.M. LORUSSO, *Postverità*, Bari, 2018.

Marco Pittiruti

*Verità, ricostruzione del fatto e controllo giurisdizionale  
nel procedimento di estradizione passiva*

SOMMARIO: 1. La cooperazione giudiziaria tra esigenze di mutua assistenza e tutela del consegnando – 2. *Judicial review* e accertamento del fatto.

*1. La cooperazione giudiziaria tra esigenze di mutua assistenza e tutela del consegnando*

Sul tema del controllo giurisdizionale nell'ambito del procedimento di estradizione passiva si registrano, da sempre, due impostazioni di tipo ideologico irrimediabilmente contrapposte. Da un lato, una ricostruzione volta a salvaguardare in via pressoché esclusiva le esigenze di assistenza tra Stati, con correlativo, inevitabile svilimento del controllo giurisdizionale sulla richiesta estera. Dall'altro lato, un'opzione volta a valorizzare al massimo la componente di garanzia insita nelle procedure di cooperazione giudiziaria, a precipua tutela del soggetto di cui è domandata la *traditio*<sup>1</sup>.

In Italia, a distanza di oltre cento anni dalla prima apparizione di una compiuta verifica giurisdizionale sulle richieste estere di consegna di un individuo, risalente al c.p.p. 1913, pare di poter affermare che il primo angolo visuale, oggi, prevale rispetto al secondo. A voler ricercare le ragioni di tale approccio, va giocoforza menzionato quel vero e proprio “inquinamento ideologico” di cui ancora oggi la materia dell'extradizione è vittima: vale a dire, la difficoltà di emancipare la tematica della garanzia giurisdizionale nei procedimenti di cooperazione giudiziaria dai condizionamenti politici che da sempre, in questo settore, impediscono una tutela piena per i diritti fondamentali. Si allude, cioè, a quella visione che considera il consegnando non già come un soggetto titolare di diritti quanto, piuttosto, poco più di una *res* da assicurare alla sua giustizia “domestica” o, ancora peggio,

---

<sup>1</sup> Sia consentito rimandare, anche per i doverosi riferimenti bibliografici, a M. PITTIRUTI, *Traditio all'estero e controlli in Cassazione*, Giappichelli, Torino 2023, p. 5 ss.

uno “strumento” per mantenere buoni rapporti con il Paese richiedente la *traditio*. A testimonianza dell’attualità di questo *cultural lag*, basti pensare a quelle voci che di recente si sono alzate dai banchi del Parlamento italiano e che, rivolgendosi all’attuale Ministro della Giustizia, pretendevano che quest’ultimo riportasse d’imperio in carcere un estradando che era stato, asseritamente con troppa facilità, liberato dall’autorità giudiziaria rendendosi irreperibile<sup>2</sup>. Prospera ancora, insomma, una concezione dell’extradizione quale “affare” politico-amministrativo tutta imperniata sulle relazioni tra gli Stati, con correlativo svilimento di ogni prospettiva volta a garantire al consegnando un’autentica garanzia giurisdizionale.

Sulla base di queste premesse, ragionando sul rapporto tra “verità” ed estradizione, potrebbe frettolosamente concludersi che non vi sia spazio alcuno per una ricerca della verità – o addirittura un interesse per una ricostruzione fattuale alternativa rispetto a quella offerta dallo Stato richiedente – nell’ambito del giudizio d’extradizione. Del resto, si è soliti affermare che le sentenze con cui un’autorità giudiziaria acconsente alla *traditio* di un individuo allo Stato estero che lo reclama non accertano un “fatto”, bensì attestano l’esistenza delle condizioni di legge per l’accoglimento della domanda.

In realtà, le cose non stanno esattamente in questi termini. Per rendersene conto è sufficiente uno sguardo all’art. 705, comma 1, c.p.p., che detta la prima – e più importante – condizione per la decisione del giudice sulla richiesta di consegna estera, assegnando all’autorità giudiziaria italiana, in materia di estradizione processuale, una verifica sulla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza. Nondimeno, siffatto controllo è imposto unicamente quando «non esiste convenzione o questa non dispone diversamente». Ancor più restrittiva la disciplina dell’extradizione a fini esecutivi, poiché l’esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna

---

<sup>2</sup> Si allude alle affermazioni rese dalla deputata Valentina D’Orso, nell’ambito della seduta della Camera dei Deputati del 20 aprile 2023 (cfr. il resoconto stenografico accessibile al link <https://documenti.camera.it/leg19/resoconti/assemblea/html/sed0091/stenografico.pdf>, p. 57) a commento della vicenda che ha coinvolto Artem Uss, cittadino russo accusato negli Stati Uniti di aver «orchestrato un’operazione di frode, esportazione illegale, riciclaggio di denaro, [...] [nonché di] una serie di attività in violazione delle leggi penali statunitensi [...], tra cui l’esportazione illegale di milioni di dollari in tecnologie militari e sensibili a doppio uso, dagli USA alla Russia, e l’uso del sistema finanziario statunitense per contrabbandare milioni di barili di petrolio in Venezuela»; così la nota del *Department of Justice* statunitense del 15 ottobre 2022, richiamata dal Ministro della giustizia italiano Carlo Nordio nel corso del suo intervento alla Camera dei Deputati del 20 aprile 2023. Il testo completo dell’intervento del Ministro può essere consultato al link <https://documenti.camera.it/leg19/resoconti/assemblea/html/sed0091/stenografico.pdf>, cit., p. 41 ss.

parrebbe, a prima vista, precludere ogni verifica sulla serietà dell'accusa mossa al consegnando.

Gli esigui margini riconosciuti al vaglio giurisdizionale dal codice di rito sono stati, peraltro, oggetto di un'ulteriore contrazione per via interpretativa da parte della Corte di cassazione, sulla scorta dell'assunto secondo cui un controllo del giudice italiano sulla responsabilità dell'estradando darebbe vita a un «improprio giudizio di verosimile colpevolezza e, quindi, [...] un anomalo giudizio di merito sulla regiodicanda estera»<sup>3</sup>.

Coerentemente con tale impostazione, la Suprema Corte ha teorizzato che l'autorità giudiziaria non debba vagliare il materiale probatorio trasmesso dallo Stato estero, né sottoporlo a rielaborazione critica, ma solo accertare che quel materiale esista e che sia stato specificamente individuato e ponderato dal giudice estero<sup>4</sup>. In altre parole, nella prospettiva evidenziata, il requisito della gravità indiziaria sarebbe soddisfatto ogniqualvolta nella pronuncia del giudice italiano «risultino evocate le ragioni per le quali è stato ritenuto probabile, nell'ottica del sistema processuale dello Stato richiedente, che l'estradando abbia commesso il reato oggetto dell'extradizione»<sup>5</sup>.

Dinanzi a simile decisa presa di posizione, è emersa, in sede esegetica, l'esigenza di affrancare la materia da condizionamenti e pregiudizi metodologici per effetto dei quali l'estradando finisce per connotarsi, sul piano dei diritti soggettivi, in senso deteriore rispetto all'imputato<sup>6</sup>. Invero, rimarcando la «dimensione tipicamente processualpenalistica»<sup>7</sup> dell'extradizione, la dottrina ha opportunamente evidenziato la necessità di affidare all'autorità giudiziaria interna uno scrutinio diretto ed effettivo sul *fumus commissi delicti*, al fine di garantire un assetto della disciplina compatibile con la tutela dei diritti di libertà dell'estradando.

In quest'ottica, è proprio la natura inviolabile del diritto di libertà a suggerire una ricalibratura dell'intero meccanismo estradizionale, che muti

<sup>3</sup> Così, Cass., Sez. VI, 28 marzo 2013, D'Angelantonio, in *C.E.D. Cass.*, rv. 254817.

<sup>4</sup> V. Cass., Sez. VI, 16 aprile 2013, Fernandez Arrinda, *inedita*.

<sup>5</sup> In questi termini Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2007, Pallasà Perez, in *C.E.D. Cass.*, rv. 238089.

<sup>6</sup> Va rammentato che la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250 - suppl. ord. n. 2, p. 152, «aveva espresso a chiare lettere l'obiettivo di «ricostituire [...] allo schema generale relativo al procedimento penale il regime dettato per il procedimento d'extradizione, specie per quanto attiene ai diritti della difesa, alle notifiche e alle impugnazioni».

<sup>7</sup> Cfr. E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, Giuffrè, Milano, 1993 p. 189.

la visuale prospettica entro cui inquadrare l'istituto dal piano "funzionale" della salvaguardia delle relazioni interstatali a quello liberale dei rapporti tra Stato italiano e diritti del consegnando. Dunque, una volta chiarito che quest'ultimo è non già il mero oggetto di *traditio* verso uno Stato estero, quanto, piuttosto, il titolare di precisi diritti soggettivi, risalta con maggiore chiarezza la necessità di estendere l'oggetto della *judicial review* anche al profilo riguardante la commissione del fatto, perché una indagine siffatta è imposta dalla necessità di protezione dei diritti dell'individuo<sup>8</sup>.

## 2. Judicial review e accertamento del fatto

In questa prospettiva, nell'art. 13 Cost. risiede la radice, in via autonoma, della garanzia della inviolabilità della libertà personale, la cui tutela impone che nell'ambito di ogni procedimento connotato dall'esercizio di poteri giurisdizionali – quale appunto il procedimento d'extradizione passiva – si svolga un controllo in ordine alla colpevolezza. Dunque, giacché la *traditio* si riverbera negativamente sui diritti dell'extradando, l'autorità giudiziaria italiana deve farsi carico di un accertamento della responsabilità per il fatto storico la cui asserita commissione ha provocato la presentazione della domanda di estradizione.

Tale puntualizzazione assume particolare significato alla luce del dovere di motivazione sul *fumus* di colpevolezza. Nella visione costituzionale, va escluso che l'obbligo di motivare ogni restrizione della libertà personale (art. 13, comma 2, Cost.) possa essere assolto attraverso un supino recepimento delle argomentazioni sviluppate nel procedimento estero. E ciò, sia quando l'extradizione viene richiesta a fini processuali sia quando la consegna mira a dare esecuzione ad una sentenza di condanna, dal momento che in entrambi i casi si registra una limitazione dello *status libertatis* dell'extradando.

Senonché, il dato testuale dell'art. 705, comma 1, c.p.p. pare frapporre un ostacolo alla verifica dell'accusa estera, limitando il controllo sulla colpevolezza del consegnando alla sola ipotesi di estradizione processuale e unicamente se l'eventuale convenzione applicabile al caso di specie non «dispone diversamente». Di conseguenza, in assenza di diversa pattuizione convenzionale, l'esistenza di un provvedimento definitivo di condanna

---

<sup>8</sup> V., ancora, MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, cit., p. 193.

emesso nello Stato estero dovrebbe precludere ogni verifica sulla serietà dell'accusa rivolta all'estraddando<sup>9</sup>. L'evidente disallineamento di tale esito rispetto ai presidi garantistici offerti dall'art. 13 Cost. impone, tuttavia, di estendere ad altre disposizioni codicistiche la ricerca di appigli esegetici idonei ad avallare il controllo del giudice interno sulla fondatezza dell'accusa estera.

Al fine di attenuare le perplessità derivanti dall'assetto appena descritto, può riuscire utile uno sguardo all'art. 700 c.p.p., ai sensi del quale alla domanda estradizionale deve essere allegata «copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla domanda stessa» (art. 700, comma 1, c.p.p.), nonché una «relazione sui fatti addebitati alla persona della quale è domandata l'estraddizione, con l'indicazione del tempo e del luogo di commissione dei fatti stessi e della loro qualificazione giuridica», oltre al testo delle disposizioni di legge applicabili (art. 700, comma 2, lett. *a*) e *b*) c.p.p.).

Tale onere di allegazione appare indiscutibilmente finalizzato a dimostrare l'esistenza di una sufficiente base probatoria in ordine alla commissione del fatto da parte dell'estraddando. Ne discende che, sia pure indirettamente, è ben possibile teorizzare la necessità di un'indagine affidata all'autorità giudiziaria italiana in ordine al *fumus* dell'accusa estera<sup>10</sup>. Il riconoscimento indiretto di tale prerogativa dell'organo giurisdizionale consente di superare, in via interpretativa, gli angusti confini tracciati dall'art. 705, comma 1, c.p.p. e, per l'effetto, appagare l'esigenza di conformare il procedimento d'estraddizione ai canoni garantistici previsti dall'art. 13 Cost.

L'opzione in favore di simile soluzione impone di farsi carico del problema relativo allo scrutinio sulla *probable cause* nell'ambito di una consegna su base convenzionale, qualora il trattato applicabile al caso di specie espressamente escluda un vaglio sulla serietà dell'accusa mossa all'estraddando e, al contempo, non preveda una disposizione analoga all'art. 700 c.p.p. Ciò in quanto, come noto, l'art. 696, comma 2, c.p.p. sancisce la prevalenza delle disposizioni convenzionali, laddove esistenti, sulla disciplina codicistica.

In realtà, una pattuizione convenzionale di tal guisa appare eventualità esclusivamente teorica, giacché radicalmente in contrasto con i principi fondanti la garanzia giurisdizionale. Tanto che simili evenienze non

<sup>9</sup> In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass., Sez. VI, 3 giugno 2021, Mezini, in *C.E.D. Cass.*, rv. 281534.

<sup>10</sup> Cfr. A. GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Cedam, Padova 1985, p. 125.

ricorrono, a quanto è dato constatare, nelle convenzioni attualmente in vigore. Anzi, con specifico riferimento ai documenti che devono essere offerti dallo Stato richiedente, la Convenzione europea di estradizione del 1950 – la quale è stata presa a modello per la maggior parte dei trattati attualmente in vigore – prevede, con formula del tutto assimilabile a quella contenuta nell’art. 700 c.p.p., l’allegazione alla domanda dell’«originale o [del]la copia autentica di una decisione esecutiva di condanna o di un mandato di arresto o di qualsiasi altro atto avente la stessa forza», nonché di un «esposto dei fatti, per i quali l’extradizione è domandata» (art. 12). Per tale via confermando, evidentemente, la volontà di prefigurare un controllo sull’accusa rispetto al quale l’obbligo di allegazione si pone in rapporto di strumentalità<sup>11</sup>.

Eppure, sul versante dell’estensione del controllo sull’accusa estera nelle ipotesi di estradizione convenzionale, la giurisprudenza ha inizialmente fornito, in chiave evidentemente limitativa, una ricostruzione assai peculiare. Secondo la Corte di cassazione, la mera stipula di un trattato di estradizione imporrebbe una procedura “semplificata” rispetto a quanto previsto dall’art. 705 c.p.p., comma 1, c.p.p. Ovverosia, l’esistenza di adeguati indizi di reità deriverebbe, «per presunzione incontrovertibile, da determinati documenti che la convenzione espressamente indica e ai quali il giudice dello Stato richiesto non può negare fede»<sup>12</sup>. A sostegno di questo assunto, si è affermato che, stipulando una convenzione in materia d’extradizione, lo Stato italiano avrebbe implicitamente riconosciuto l’esistenza di una reciproca cultura giuridica “comune” con il Paese estero, tale da far ritenere che quest’ultimo offra «sufficienti garanzie di natura sostanziale e processuale»<sup>13</sup>.

Un assunto di questo tipo non sembra, però, condivisibile, per tre ordini di ragioni.

*In primis* e in via generale, la tesi qui criticata rende assai concreto il rischio che la verifica giurisdizionale sia degradata «da mezzo di protezione

<sup>11</sup> Per analogo rilievo, con precipuo riferimento all’art. 12 della Convenzione di estradizione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina, firmata a Roma il 9 dicembre 1987, il quale prevede che a sostegno della richiesta di consegna debba essere, tra l’altro, prodotta «una esposizione dei fatti per i quali la estradizione viene richiesta, l’indicazione del tempo e del luogo della loro consumazione e la loro qualificazione giuridica», v. Cass., Sez. VI, 17 luglio 2014, Malatto, in «Cass. pen.», 2015, p. 1919 ss.

<sup>12</sup> V., sul punto, Cass., Sez. VI, 3 marzo 2000, Odigie Obeide, in «Cass. pen.», 2001, p. 1271 ss.

<sup>13</sup> In questi termini Cass., Sez. VI, 9 dicembre 1996, Pettai, in «Cass. pen.», 1999, p. 1178.

effettiva delle posizioni giuridiche individuali “minacciate” a “strumento di ratifica” di scelte di politica estera e giudiziaria *aliunde* elaborate»<sup>14</sup>. Difatti, teorizzare, in ragione dell'avvenuta stipula di una convenzione internazionale, una “presunzione di legittimità” della decisione straniera azionata mediante la richiesta di consegna equivale a mortificare il fondamento dell'extradizione passiva, assegnando a quest'ultima un ruolo esclusivamente servente rispetto al procedimento estero. Con buona pace dei diritti del consegnando.

In secondo luogo, l'impostazione giurisprudenziale sconta la mancanza di una norma idonea a fondare tale presunzione di legittimità della decisione azionata con la domanda di consegna. Anzi, poiché l'art. 705, comma 1, c.p.p. prefigura un accertamento in ordine alla gravità indiziaria anche nell'ambito delle estradizioni processuali su base convenzionale, salvo che la pattuizione non disponga diversamente, la medesima disposizione confuta, a livello legislativo, l'esistenza di un “affidamento” quanto alla bontà dell'operato dell'autorità giudiziaria estera che ha emesso il titolo azionato con la richiesta di consegna.

Da ultimo, anche accogliendo, in ipotesi, le premesse di questa impostazione – secondo cui la scelta di sottoscrivere un'apposita convenzione in materia estradizionale sarebbe assimilabile a un riconoscimento espresso dell'“affidabilità” dell'apparato giudiziario dello Stato estero – occorre pur sempre sincerarsi che le fondamentali garanzie di natura sostanziale e processuale siano state rispettate nel caso concreto. Ragionando diversamente, perderebbe di senso il sussidiario di divieti “assoluti” alla *traditio* previsto dall'art. 705, comma 2, c.p.p.: se la sola stipula di un trattato valesse a consegnare una generale patente di legittimità alle decisioni estere, le cause ostative ivi indicate, quali il mancato rispetto dei diritti fondamentali dell'estradando nel procedimento domestico (lett. *a*) o la contrarietà della sentenza per la cui esecuzione è stata domandata la consegna ai principi fondamentali dell'ordinamento (lett. *b*), dovrebbero trovare applicazione soltanto in caso di estradizione extraconvenzionale. Eppure, così non è: come si evince chiaramente dal tenore letterale dell'art. 705, comma 2, c.p.p., si tratta di divieti assoluti alla consegna validi per tutte le richieste estere di *traditio*.

Apprezzabile, quindi, che di recente la Corte di cassazione sia pervenuta a conclusioni parzialmente diverse: al giudice italiano sarebbe imposta quantomeno una «sommatoria delibazione» sull'accusa mossa al consegnando, con la precisazione che tale delibazione va svolta senza «addentrarsi nella

<sup>14</sup> Così G. RANALDI, *Il procedimento di estradizione passiva*, Utet, Torino 2012, p. 109.



valutazione “diretta” delle prove allegare dallo Stato richiedente»<sup>15</sup>.

Anche questa soluzione, tuttavia, appare in ultima analisi insoddisfacente, poiché, interpretato in questo modo, il tema del controllo giurisdizionale finisce per essere affidato alla sensibilità del giudicante. Segnatamente, a causa dell'opacità del parametro della sommarietà della delibazione, al giudice italiano è affidato un controllo di tipo elastico sulla gravità indiziaria. Il che consente ampi margini di manovra, a seconda del caso concreto, in merito alla scelta di soffermarsi o meno sulla veridicità dei fatti contestati.

Una ulteriore considerazione conferma l'impressione di un controllo, in materia di estradizione passiva, dai contorni “sfumati”. Si allude all'ipotesi dell'esistenza di prove a discarico, in possesso della difesa, del tutto incompatibili con la prospettazione del Paese estero che richiede la consegna. In tal caso, la Corte di cassazione ha affermato che le prove a discarico «possono rilevare, purché risultino chiare ed incontrovertibili della innocenza dell'incolpato»<sup>16</sup>. Com'è evidente, anche questi ultimi parametri, oltre che non previsti da alcuna norma codicistica o convenzionale, sono del tutto flessibili e, dunque, in ultima analisi, essenzialmente discrezionali.

Non basta. Si pensi, ancora, alle estradizioni c.d. “mascherate”, in cui la richiesta di consegna dissimula una finalità di persecuzione politica. L'art. 698, comma 1, c.p.p. prevede, quale causa obbligatoria di diniego dell'extradizione, l'ipotesi in cui questa venga richiesta per un reato politico. In siffatte evenienze, la giurisprudenza della Corte di cassazione è orientata ad addossare sull'estradando l'onere di dimostrare l'esistenza di tali elementi, senza che tali accertamenti possano essere disposti *ex officio* dal giudice, come pure l'art. 704, comma 2, c.p.p. prevede. Ciò, sulla scorta dell'assunto secondo cui tali accertamenti rappresenterebbero un «fatto non amichevole e non corretto nei confronti dello Stato richiedente»<sup>17</sup>. Risuona, insomma, anche qui forte l'eco di una concezione dell'extradizione quale momento per riaffermare i rapporti tra Stati e non quale momento di autentica garanzia per il consegnando.

Alla luce dei rilievi sin qui messi a punto, appare impossibile cullarsi nell'illusione che il miglioramento nella tutela del consegnando possa rappresentare il frutto di operazioni di tecnica interpretativa o di ortopedia normativa, in ragione delle persistenti resistenze che impediscono un approccio “laico” alla tematica. All'opposto, sembra inevitabile sollecitare

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 30 giugno 2022, Reverberi, *inedita*.

<sup>16</sup> Così Cass., Sez. VI, 25 settembre 2019, Trinidad, in *C.E.D. Cass.*, rv. 277560.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 27 settembre 1995, Celit, in *C.E.D. Cass.*, rv. 203308.

una forma di rinnovamento anzitutto di tipo culturale, nel senso di un'attenzione per la tematica dei diritti nell'ambito dei procedimenti di mutua assistenza giudiziaria. Solo percorrendo tale via, infatti, la funzione dell'autorità giudiziaria italiana nei procedimenti di estradizione potrà dismettere le vesti di garanzia apparente per assumere i più netti contorni di autentico presidio di libertà per il soggetto di cui è richiesta la *traditio*.



Antonio Pugliese

*Le diverse prospettive della verità processuale*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Verità processuale e procedimento di estradizione: una mera illusione? – 2.1. possibili rimedi – 3. I tanti riflessi della verità processuale: considerazioni sul caso Condor – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Gli interventi dei relatori M. Pittiruti, in tema di estradizione e controllo giudiziario, e quello de A. Speranzoni, circa il caso giudiziario *Condor*, conducono l'ascoltatore verso *terre di confine*, in lembi che solcano il diritto e non meno la politica e l'opinione pubblica. *Terre di confine* che, anche nell'immaginario collettivo, evocano regioni (giuridiche, si intende) animate da peculiarità non riscontrabili altrove, riccamente influenzate da ciò che sta al di là della frontiera. Nel caso di specie: ragioni politiche e mediatiche possono influenzare il corretto dispiegarsi dei diritti e delle prerogative processuali. Questo il tema attorno al quale ruotano molte delle riflessioni della sessione *Processo, verità e giustizia* del Convegno *Verità e giustizia nel processo penale* e sulle quali vorranno soffermarsi le riflessioni che seguono.

2. *Verità processuale e procedimento di estradizione: una mera illusione?*

Parlando di estradizione, ne viene sovente accentuata la sua natura: è strumento di cooperazione fra Stati. In questa prospettiva, però, rischia di divenire più fioca la luce dei diritti fondamentali e che dovrebbe, in teoria, illuminare anche la procedura in esame.

Il tema denunciato nell'intervento del prof. Pittiruti può essere così riassunto: *procedimento di estradizione. Quale verità processuale?* Il quesito

lascia venire a galla il timore che, più di altri, muove il procedimento di cui si discute e relativo alla domanda se la verità processuale sia, in fin dei conti, fra gli obiettivi della procedura *de qua* o se, diversamente, questa sia soffocata e sacrificata sull'altare della cooperazione internazionale. Si mostra così molto evocativo il riferimento emergente dalla relazione del prof. Pittiruti, che giunge ad argomentare che si potrebbe finanche affermare come non vi sia alcun accertamento sul fatto, bensì uno negativo sulla presenza di condizioni ostative alla consegna. La giurisprudenza di legittimità, d'altronde, conferma questo approccio e tuttavia – l'apprezzabile sforzo del relatore – sospinge per tentare di confutare questo postulato iniziale. Occorre dunque vedere se alla logica efficientista possa opporsene una garantista e, se sì, quali altri limiti derivano dal governo – per altri – di statuizioni giudiziarie assunte altrove.

Quesiti complessi, che suggeriscono di evocare, ad ausilio dell'interprete, una lettura costituzionalmente orientata delle norme in materia di estradizione, ovvero quella teoria che tende ad individuare nei diritti e libertà fondamentali un nucleo incompressibile e non scalfibile<sup>1</sup>. Qui, ad esempio, viene il rilievo la libertà personale. È noto che ogni diritto fondamentale può essere limitato per attuare un interesse pubblico<sup>2</sup>. Ciò implica che le Autorità, nel perseguire un fine legittimo, limitino l'espressione di un diritto individuale. In questa opera è utile il ricorso al principio di proporzionalità, quale criterio di razionalità pratica adatto per misurare il grado di comprimibilità di un diritto fondamentale. Ciascun diritto o libertà fondamentale ha, al proprio interno, un nucleo incompressibile, che non dovrebbe essere scalfito, in ciò rinvenendosi il tratto "inviolabile" che le Costituzioni contemporanee associano ai diritti fondamentali e che rinvia all'esigenza di tutelare, effettivamente, la dignità umana<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si veda per questo R. ORLANDI, *Uso poliziesco dell'intelligenza artificiale. L'insegnamento del Bundesverfassungsgericht*, in «Cass. pen.», n. 7/8 del 2023, p. 2166 ss.

<sup>2</sup> I cenni che seguono intendono valere quale spunto di riflessione. Si è consapevoli della complessità, ad esempio, di invocare il principio in esame in situazioni che attengono anche all'esercizio della giurisdizione ad opera di uno Stato straniero. Complessità che non si ignorano e che tuttavia, si ritiene, non debbono essere assunte come limite insuperabile di ogni ragionamento testo a implementare, ove possibile, l'effettività della tutela giurisdizionale apprestata anche nelle procedura come quella in esame.

<sup>3</sup> Tornano alla mente le parole di M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in «Dir. pen. cont.», n. 3-4/2014, p. 143 ss., che ricostruisce in questi termini l'orizzonte applicativo del principio di proporzionalità, concludendo «[p]are allora più corretto, partendo dalla constatazione per cui il processo penale può essere considerato come un "diritto costituzionale applicato", estendere l'operatività del principio di proporzione a tutte le ipotesi in cui le necessità del procedere pongano a repentaglio un diritto inviolabile

Qui entra in gioco il principio di proporzionalità, che vorrebbe regolare l'uso dei mezzi e misure in grado di incidere sui diritti (è il c.d. test di proporzionalità, che si compone di un ampio vaglio de: idoneità; necessità e proporzionalità in senso stretto). L'opera di bilanciamento, come ci insegnano esperienze recenti su modifiche di norme processuali, può variare nel tempo, in ragione del diverso apprezzamento che la cultura giuridica del momento tende ad attribuire alle singole ipotesi considerate. Al netto di ciò e delle argomentazioni esposte dal prof. Pittiruti occorre dunque chiarire che cosa possa influire e/o impedire la formazione di una nuova o rinnovata cultura giuridica anche nella materia esaminata.

A ciò si aggiunga, come di già evoca l'intervento del prof. Pittiruti, al ruolo e ai condizionamenti politici che pure possono avere un ruolo nella materia trattata. La cooperazione giudiziaria fra Stati, può argomentarsi, preme affinché questa sia soprattutto efficiente. Il dato si lascia bene apprezzare se si osserva la procedura passiva di consegna nel procedimento di estradizione, ove cioè all'Italia è richiesto di consegnare un individuo. Senza riprendere le argomentazioni proprie, e più precise, della relazione in tema di procedura d'extradizione, basti qui notare come all'Autorità italiana sia richiesto – in buona sostanza – un controllo sulla correttezza formale della procedura e sulla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, se fra gli Stati non v'è una convenzione (altrimenti il controllo diviene ancor più blando). Nell'extradizione c.d. esecutiva, poi<sup>4</sup>, anche questa verifica sbiadisce.

Quali siano le ragioni per una così scarna devoluzione processuale al giudice italiano è tema qui d'approfondimento. Nel tentativo di uscire dai soli margini offerti dall'argomentazione tecnico-giuridica si potrebbe utilmente tentare di rovesciare la prospettiva. Conviene, detto diversamente, parlare dei limiti al vaglio giudiziale riscontrabili nelle procedure passive e tuttavia partendo dall'esame della procedura opposta, quella attiva<sup>5</sup>. Muovendo da questa visuale prospettica si mostrano forse più

---

dell'individuo. Per dirla altrimenti, la proporzionalità può essere considerata un corollario della inviolabilità di certe prerogative individuali tutelate dalla Costituzione che tipicamente, anche se non esclusivamente, sono poste in tensione nell'alveo del procedimento penale. Nel proclamare una determinata libertà come inviolabile, e nel consentirne la restrizione parziale o totale solo al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, e ad opera di una decisione giudiziale, la Carta fondamentale non farebbe altro che evocare implicitamente la necessità di una proporzione indefettibile tra gli interessi collettivi coinvolti dal processo penale e la protezione dell'individuo»

<sup>4</sup> Vale a dire quella richiesta sulla base di un provvedimento già definitivo nello Stato d'emissione.

<sup>5</sup> Ove cioè è l'Italia a chiedere la consegna di una persona individuata presso altro Stato.

chiari gli squilibri politici e mediatici che in una certa misura si inseriscono nella procedura *de qua*. Casi recenti, e non, inducono ad osservare il fenomeno con un certo realismo e suggeriscono di conferire un ruolo primario a fattori non necessariamente giuridici ma che, inevitabilmente, si ripercuotono anche sull'istituto processuale.

Da un lato, infatti, la necessità di mantenere alcuni equilibri fra Stati suggerisce ad ognuno di essi di non pretendere da altri ciò che non si vorrebbe gli altri a loro volta pretendessero. Non di minor rilievo, la pressione mediatica esercita una forza condizionante anche sui legislatori<sup>6</sup>. L'opinione pubblica, descritta come quarto potere costituzionale, è in grado di esercitare una certa influenza, innescando meccanismi di reciprocità immediata fra alcune domande e alcune risposte che il pubblico attende. Alla domanda di giustizia, ad esempio, spesso si associa l'invocazione di un esercizio, immediato, di potere repressivo statale. Non è mistero di come l'opinione pubblica viva con allarme la 'questione criminale' e il timore non muta se riguarda un soggetto sotto processo o, più nettamente ancora, condannato in altro Stato. Alcune vicende mediaticamente vivaci possono rendere plasticamente la questione.

Si pensi, senza pretesa di esaustività alcuna, a due soli casi che recentemente hanno interessato l'opinione pubblica italiana: Battisti<sup>7</sup> e

<sup>6</sup> Si ergono a guida le parole de G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in «Criminalia», 2007, «[l]a credibilità e la funzione di "collante" culturale della giurisdizione poggiano su una circolarità virtuosa, che in termini elementari potrebbe essere così riassunta: il potere legislativo fissa le regole della convivenza e il procedimento per accertarne la violazione; un organo "terzo", a ciò preventivamente deputato per legge, applica le norme nel caso concreto; la collettività controlla il modo in cui si amministra giustizia in suo nome e lo valuta, in genere orientata dalla propria elite culturale, cioè dalla «sfera pubblica», intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica (Habermas, Pizzorno); se insoddisfatta, la collettività cambia – per il tramite dei suoi rappresentanti politici – le regole che fissano i comportamenti di intollerabile disvalore sociale o il procedimento per accertarne la commissione. Si riattiva così il moto circolare che esprime la vitalità democratica e civile di un Paese. Ciò postula che la collettività possa conoscere il suo modo di rendere giustizia. Poiché questa viene percepita soprattutto per come appare, ed appare soprattutto per come è rappresentata dai mass media, è sul loro ruolo che occorre focalizzare l'attenzione».

<sup>7</sup> *Cesare Battisti, dal decreto di estradizione al rientro in Italia*, redazione Mondo, 13 gennaio 2019, SkyTg24, al link <https://tg24.sky.it/mondo/2019/01/13/cesare-battisti-estradizione>, che, per restare aderenti al tema qui elevato, conduce a reazione connesse da parte dell'opinione pubblica. Si pensi al titolo evocativo *Rivincita dell'Italia sul Brasile dopo il caso Battisti: scarcerato dai giudici milanesi il killer latitante di Rio*, il Mattino, 12 settembre 2022, al link [https://www.ilmattino.it/primopiano/esteri/rivincita\\_italia\\_brasile\\_scarcerato\\_latitante\\_killer\\_gustavo\\_braga\\_dos\\_santos\\_estradizione\\_cesare\\_](https://www.ilmattino.it/primopiano/esteri/rivincita_italia_brasile_scarcerato_latitante_killer_gustavo_braga_dos_santos_estradizione_cesare_)

Shabbar Abbass<sup>8</sup>. In ottica internazionale, poi, recentemente i riflettori tornano a puntarsi sulle vicende de Julian Assange<sup>9</sup>. Il caso appena menzionato congiunge i temi accennati: rapporto tra Stati e peso dell'opinione pubblica incidono in misura non indifferente sullo strumento *de quo*. Il dato finisce per corroborare quanto si è sin qui esposto, nell'intento di individuare motivi non strettamente giuridici e che però, si può ritenere, influenzino, almeno in certa misura, l'approdo ad eventuali diverse strutture normative, che di conseguenza tardano ad arrivare.

Alla luce di quanto detto, si mostrano più chiare anche alcune valutazioni strettamente giuridiche, che del pari influenzano la fisionomia dell'estradizione. Gli interventi che si sono susseguiti nel corso del convegno, peraltro, si mostrano di questo stesso avviso. Il tema attorno al quale occorre una riflessione è quello del giudicato. Quando si parla di verità processuale, infatti, il confronto con la *res iudicata* permane ineludibile. Il dibattito affonda le sue radici in epoche assai risalenti, potendosi finanche farsi risalire a interpretazioni già avanzate in epoca romana. Il nodo della vicenda ruota, come è noto, attorno al significato da attribuire alla verità processuale. È quella corrispondente alla verità storica, quella che reputiamo come "assoluta" o, più semplicemente, è quella che si cristallizza nel giudicato?

Ragioni di certezza del diritto spingono per questo secondo approdo. Per convenzione, la verità processuale è quella che diviene non più mutevole nel giudicato. Alla base, irrinunciabili ragioni afferenti alla necessità di

---

battisti\_giudici\_milano-6924004.html. Si veda ancora, *Chi è Cesare Battisti, il terrorista condannato a due ergastoli ma "assolto" dalla politica*, La Repubblica, 13 gennaio 2019, al link [https://www.repubblica.it/esteri/2018/12/14/news/chi\\_e\\_cesare\\_battisti\\_il\\_terrorista\\_condannato\\_dalla\\_giustizia\\_e\\_assolto\\_dalla\\_politica-214247973/](https://www.repubblica.it/esteri/2018/12/14/news/chi_e_cesare_battisti_il_terrorista_condannato_dalla_giustizia_e_assolto_dalla_politica-214247973/). Molti altri sarebbero i titoli astrattamente menzionabili.

<sup>8</sup> Sul quale Il Resto del Carlino, 1 settembre 2023, ha titolato *Shabbar Abbas è arrivato in Italia: "La storia di Saman ha commosso anche il Pakistan"*; sottotitolo *L'uomo accusato dell'omicidio di Saman è atterrato nella notte a Ciampino e ora è nel carcere di Rebibbia. Il procuratore Paci: "E' la prima volta che viene concessa l'estradizione da quel paese"*, al link <https://www.ilrestodelcarlino.it/reggio-emilia/cronaca/shabbar-abbas-oggi-italia-estradizione-1bbf9cff>; o ancora, su Il Post, *Il governo pakistano ha concesso l'estradizione in Italia di Shabbar Abbas, accusato dell'omicidio della figlia Saman Abbas*, 29 agosto 2023, al link <https://www.ilpost.it/2023/08/29/pakistan-estradizione-shabbar-abbas-padre-saman/>.

<sup>9</sup> L'interesse mediatico sulla vicenda è fitto, di seguito solo qualche spunto. Si guardi a *Assange, i giudici rinviando il verdetto sull'appello contro la procedura di estradizione. L'Alta Corte di Giustizia britannica deve decidere sull'appello della difesa contro l'estradizione negli Usa, dove rischia fino a 175 anni di prigione per la vicenda Wikileaks. La moglie e il fratello: "Potrebbe fare la fine di Navalny"*, al link: [Assange, i giudici rinviando il verdetto sull'appello contro la procedura di estradizione \(rainews.it\)](https://www.rainews.it)



garantire la certezza del diritto. *Iudicatum pro veritate accipitur*, suggerisce opportunamente un vecchio adagio<sup>10</sup>.

La verità è quella processuale, dunque<sup>11</sup>. Il vero processuale, peraltro, non si riconduce a quello fattuale-storico, invece ricercato in quel rito inquisitorio oramai lasciato alle spalle. La verità processuale vive necessariamente nel processo e in funzione di questo, fino a sostituirsi a quella storica. Si può argomentare che il processo penale voglia tendere ugualmente ad avvicinarsi alla verità materiale, il che è corretto; è pure evidente, però, che il vero assoluto, ciò che comunemente riteniamo sia la verità, resta una convenzione nel processo. Essa è ciò che si cristallizza nel giudicato<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> La formalizzazione del giudicato affonda le radici in epoca assai risalente. Già il diritto romano si preoccupava della stabilità della decisione. Ben nota, a tal proposito, la frase che, traversando i secoli, ebbe il compito di definirlo: *res iudicata pro veritate accipitur*. L'affermazione, generalizzata nel Digesto, attestava la forza che si poteva ricollegare ad una decisione del giudice: essa finì per indicare la verità in genere ma, si badi bene, le statuizioni giuridiche si sostituivano alla verità; non avevano la pretesa di indicare il vero in senso assoluto.

Quest'ultima lettura, in realtà, è il risultato di un processo assai più complesso che dovette superare la fumosa epoca medievale.

In questa Età l'istituto, in forza anche delle qualità semantiche dell'antico brocardo, venne posto sul piano probatorio e in quell'ambito la sua forza si espanse; la verità insita nel giudicato era, non già e non più di natura ontologica, ma di natura logica: divenne una presunzione di diritto, si riteneva equivalente alla verità.

Fra i primi ad opporsi a questa lettura menzioniamo, nel '600, Sigismondo Scaccia e, dopo di lui, Giovan Battista De Luca, che intese estirpare il giudicato dal terreno probatorio comprendendo come la sentenza definitiva finiva col sovrapporsi alla verità, rendendola irrilevante.

In epoche a noi più prossime, il pensiero nato dalla penna e dall'acume di DE LUCA, superando la prova del tempo, ha trovato dimora anche nelle pagine di alcuni tra i più rilevanti esponenti della dottrina del secolo scorso, fra tutti CHIOVENDA. Le sue parole perfettamente riassumono questa impostazione. A suo dire, difatti, i romani "non pensavano affatto di attribuire a quello che dice il giudice (...), una presunzione di verità (...) *res iudicata pro veritate accipitur* vuol dire soltanto che la pronunzia del giudice, si ha, non già come verità, ma invece della verità".

<sup>11</sup> Lo studio critico della verità processuale è fra i più affascinanti, non riassumibile nelle poche battute concesse dal presente scritto. Solo per citare alcune riflessioni inerenti la questione, si veda P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in «Dir. pen. proc.» 10/2015, p. 1203 ss.; E. RESTA, *La verità e il processo*, in «Politica del diritto», 3/2004, fasc. 3, p. 369 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Giuffrè, Milano 1992, pp. 1-38; poi anche Cassazione penale, quinta sezione, 25 giugno 1996, Cuiuli.

<sup>12</sup> Di queste aporie sono ben consci i legislatori di molte epoche. La revisione è lo strumento di riviviscenza – eventuale – di un rito che abbia mostrato uno strappo con la

Ebbene, si consideri che queste valutazioni, per quanto imprecise, si riferiscono pur sempre ad una prospettiva domestica. Il dato costringe a interrogarsi se possa essere in qualche misura possibile, per il legislatore, devolvere al giudice il compito di vagliare la fondatezza della pretesa avanzata da uno Stato estero. Se già in relazione all'extradizione non esecutiva i margini di manovra appaiono ridotti, ancor di più può dirsi per le volte in cui si discuta proprio di quella c.d. esecutiva. In questa ultima ipotesi, infatti, il punto di partenza è costituito da un provvedimento esecutivo emesso nello Stato d'emissione e che si presenta alle autorità italiane come *res iudicata*. Dunque, quale prerogativa potrebbe pretendersi di devolvere al giudice interno investito dell'applicazione di un provvedimento già unto col crisma della cosa giudicata? Ben poche a ben vedere. Si affacciano dilemmi di non poco momento in merito ai requisiti della giurisdizione<sup>13</sup>, nonché in ordine ai parametri probatori e di giudizio che eventualmente sarebbero richiesti. Si pensi, conclusivamente, alle volte in cui vi sia finanche una convenzione fra gli Stati. In casi come questi vige, poi, un riconoscimento reciproco che, ancor prima che sui provvedimenti, dispiega i suoi effetti sugli ordinamenti. Gli Stati riconoscono, a mezzo anche di eventuali convenzioni, l'esistenza di sistemi giuridici sufficientemente idonei e, in un certo senso, corrispettivi, almeno quanto basta per riconoscere provvedimenti del tipo di quelli qui esaminati.

Ragioni come quelle esposte rendono più stretto ogni margine di manovra alla ricerca di possibili miglioramenti, in chiave garantista, della normativa di riferimento. Elemento che tuttavia non deve far desistere l'interprete da un compiuto approfondimento teso ad un miglioramento complessivo di una disciplina da più parti percepita come imperfetta. Di qui alcune riflessioni su possibili rimedi, anche da attuarsi *de iure condendo*.

---

realtà storica, quando di questa distanza ne soffra il condannato. A questa condizione il giudicato dischiude le porte del processo. Non solo, a ben vedere, la stessa regola di giudizio, l'oltre ogni ragionevole dubbio, vuole lasciare intendere che la verità perseguibile nel giudizio è una verità *umana*, non assoluta. Imperfetta, in definitiva. È però ciò dovrebbe valere a fortificare l'affezione verso le regole procedurali, ove si consideri che nel metodo, nella sua correttezza ed equità, riposa il vero processuale.

<sup>13</sup> Così anche nelle parole del relatore prof. Pittiruti, che a giusta ragione evidenzia come proprio la garanzia della giurisdizione pone un limite alla verifica dell'accusa estera, come peraltro suggerisce l'art. 705 c.p.p., limitando un possibile seppur limitato vaglio ai soli casi di extradizione c.d. processuale e se una eventuale convenzione fra gli Stati coinvolti non disponga diversamente.

### 3. *Possibili rimedi*

Uno studio casistico restituisce uno stato delle cose se non altro perfettibile. Le ragioni, che si sono in parte ricondotte al bisogno di un reciproco riconoscimento delle decisioni fra Stati, tendono, non poche volte, a emergere eccessivamente. Ciò che si vuole dire è sembra lascino così regredire più del dovuto il bisogno di una lettura costituzionalmente orientata delle norme che disciplinano l'extradizione, ovvero il rispetto del principio di proporzionalità.

Una seppur breve analisi diacronica della giurisprudenza sviluppatasi in materia di estradizione parrebbe restituire proprio questo stato delle cose, ove si consideri, in esempio, che il vaglio circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza sbiadisca laddove fra gli Stati vi sia una convenzione. Nei casi come quello appena evocato si giunge ad affermare l'esistenza di una sorta di procedura "semplificata", che si fonda sul reciproco riconoscimento di una cultura giuridica comune<sup>14</sup>. L'approdo ermeneutico, tuttavia, pare da un lato contrario al dettato normativo, dall'altro svisciva quella garanzia della giurisdizione di cui all'art. 701 c.p.p., attribuendo all'autorità giudiziaria italiana il mero compito di verificare la correttezza formale della procedura<sup>15</sup>.

Non solo, il dato appena richiamato si mostra ancor più problematico se lo si congiunge con il seguente. Anche il rispetto dei crismi formali, indicati nell'art. 700 c.p.p. e, in teoria, propedeutici a consentire il migliore vaglio procedimentale, non paiono imporsi con il rigore che

---

<sup>14</sup> E così, recentemente, Cass. Pen., Sez. VI, n. 25526/2021, ha affermato come «in tema di estradizione esecutiva per l'estero, nel regime di consegna disciplinato dalla Convenzione europea di estradizione del 13 settembre 1957 è inibita ogni rivalutazione del materiale probatorio sul quale si fonda la decisione esecutiva emessa dall'autorità giudiziaria straniera, dovendo il giudice nazionale compiere un esame solo formale del titolo esecutivo straniero, in quanto l'adesione alla convenzione presuppone il reciproco affidamento degli Stati contraenti e l'impegno a riconoscere la validità ed efficacia delle rispettive sentenze»

<sup>15</sup> Seppur non recentissima, in ragione del suo contenuto esplicativo vale la pena citare Cass. Pen., Sez. VI, n. 4288/2012, in base alla quale «non è di ostacolo all'extradizione la richiesta dello Stato estero, per violazione dei diritti fondamentali, il fatto che nei confronti della persona da estradare sia stata pronunciata sentenza di condanna definitiva utilizzando, per l'accertamento della sua responsabilità, dichiarazioni predibattimentali rese dalla persona offesa in assenza di contraddittorio e ritratte all'esito di pressioni esercitate nei suoi confronti, quando la decisione dell'autorità estera si fondi anche su altri elementi di prova e le suddette dichiarazioni non siano state il motivo esclusivo o prevalente della condanna».

sarebbe atteso. Con ciò si intende dire che la violazione dei canoni formali viene disinnescata dalla giurisprudenza affidandosi alle mere irregolarità processuali non portatrici di invalidità<sup>16</sup>. I brevi cenni consentiti nei limiti dello scritto valgono come spunto per una riflessione del seguente tipo. L'art. 705 c.p.p. prevederebbe di già uno scrutinio in merito agli indizi di colpevolezza riconducibili all'extradando e tuttavia, sovente interpretato in modo restrittivo dalla giurisprudenza domestica, genera un dubbio legittimo in ordine al suo concreto funzionamento. Di per sé il dato testuale può essere foriero di fraintendimenti, ove si consideri che il vaglio sugli indizi di reità parrebbe essere relegato ai soli casi di estradizione c.d. processuale. In quella esecutiva, in base ad una acritica lettura del testo normativo, parrebbe sufficiente l'allegazione del dato istruttorio (così inteso ai fini della decisione della domanda di estradizione) costituito dal provvedimento esecutivo. Sorti che parrebbero non difforni ove si discuta di una richiesta di estradizione retta da una convenzione fra Stati.

Negli ultimi due casi citati, a ben vedere e come messo in luce nella relazione del prof. Pittiruti, l'applicazione giurisprudenziale si mostra severa, frapponendosi ad un vaglio concreto in ordine al ricorrere degli indizi di reità richiesti dall'art. 705 c.p.p., che, di conseguenza, viene limitato ai soli casi di estradizione processuale non retta da convenzioni fra Stati. Eppure, anche ricorrendo al principio di proporzionalità di già invocato nel testo e rammentando la posta in gioco, si potrebbe se non altro dubitare dell'opportunità di simile approdo restrittivo. Anzitutto, l'art. 705 c.p.p. può essere letto attraverso la luce prospettica offerta dall'art. 700 c.p.p., a mente del quale, alla domanda di estradizione<sup>17</sup> occorre allegare

<sup>16</sup> Di questo avviso, in esempio, Cass. Pen., Sez. VI, n. 36583/2012, ove è detto che «non è di ostacolo all'extradizione richiesta dallo Stato estero, per violazione dei diritti fondamentali, il fatto che nei confronti del soggetto da estradare sia stata pronunciata sentenza di condanna utilizzando, per l'accertamento della sua responsabilità, prove assunte fuori dal contraddittorio, poiché i diritti fondamentali, tra cui rientra anche il principio del contraddittorio nella formazione della prova, possono essere garantiti in maniera non uniforme dai vari ordinamenti, essendo solo sufficiente che venga salvaguardato il nucleo essenziale dei diritti di difesa dell'imputato». O ancora, Cass. Pen., Sez. VI, n.12501/2008, ove è affermato che «in tema di estradizione per l'estero regolata dalla Convenzione europea di estradizione, la trasmissione del solo dispositivo della sentenza di condanna per la cui esecuzione l'extradizione è richiesta dà luogo ad un mero vizio formale della domanda che non ne giustifica la reiezione, in quanto non spetta allo Stato richiesto il sindacato sulla motivazione della sentenza, a meno che l'extradando non allegghi la violazione, nel processo svoltosi all'estero, di diritti fondamentali o la presenza nella sentenza di disposizioni contrarie a principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano».

<sup>17</sup> Non operando una distinzione testuale, dunque, tra estradizione c.d. processuale e quella esecutiva.

una «relazione sui fatti addebitati alla persona della quale è domandata l'extradizione (...)». Il combinato disposto delle due norme consente, sul piano teorico, di superare alcuni stretti margini normativi pure riscontrabili nell'art. 705 c.p.p. La pretesa trasmissione del provvedimento fondativo della richiesta e di una relazione sui fatti vuole difatti garantire proprio il corretto esercizio della giurisdizione nello Stato richiesto alla consegna. Il dato conduce a censurare, dunque, quelle applicazioni giurisprudenziali che tendono a ritenere non produttivi di effetti alcune (alle volte anche evidenti) violazioni formali. A mo' d'esempio, si consideri che v'è traccia in giurisprudenza di pronunce che abbiano ritenuto di degradare a "mero vizio formale" la trasmissione del solo dispositivo del provvedimento alla base della richiesta di estradizione, sul presupposto che non spetti allo Stato richiesto alla consegna alcun vaglio su quel provvedimento, salvo le volte in cui l'estradando non deduca la violazione di un diritto fondamentale nel processo *a quo*<sup>18</sup>. O ancora, è stato ritenuto irrilevante che l'esposizione dei fatti sia contenuta nella richiesta o rintracciabile in altri atti allegati<sup>19</sup>, altre volte si è invece finito con il minimizzare il ruolo dei documenti richiesti, e così del *summary*, sul presupposto che questo valga solo per consentire un controllo negativo circa l'esistenza di una causa ostativa alla consegna (e non un vaglio concreto sulla ricorrenza dei gravi indizi di colpevolezza).

Nel panorama applicativo così (certo sommariamente) delineato, vanno dunque apprezzate applicazioni accorte, che parrebbero farsi carico delle perplessità sin qui esposte. E così, «[i]n tema di estradizione processuale, l'autorità giudiziaria italiana, anche qualora la convenzione applicabile non prevede la valutazione da parte dello Stato richiesto dei gravi indizi di colpevolezza, non può limitarsi a un controllo meramente formale della documentazione allegata, ma deve compiere, ai sensi dell' art. 705 c.p.p., una sommaria delibazione diretta a verificare, sulla base degli atti prodotti, l'esistenza di elementi a carico dell'estradando, nella prospettiva del sistema processuale dello Stato richiedente»<sup>20</sup>. Ovvero, ancora, «[i]n tema di estra-

<sup>18</sup> V. Cass. Pen., Sez. VI, nn. 12501/2008 e 11548/2017. Letti in questi termini, gli artt. 700 e 705 c.p.p., sulla scorta dei quali sarebbe richiesto una delibazione in merito alla ricorrenza di gravi indizi di colpevolezza, perdono di effettività.

<sup>19</sup> Cass. Pen., Sez. VI, nn. 25182/2010 e 28822/2016. Il dato può apparire neutro, potendosi rintracciare la ricostruzione dei fatti negli atti comunque allegati e tuttavia depotenzia la rilevanza della pretesa relazione, il cui scopo è precipuamente quello di consentire un contraddittorio effettivo anche nell'ambito della procedura de quo. Detto altrimenti, l'estradando, e la sua difesa, a mezzo della relazione hanno la possibilità di confrontarsi direttamente con le ragioni della domanda ed eventualmente avanzarne una critica.

<sup>20</sup> Cass. Pen., Sez. VI, n. 8063/2019. Fattispecie in cui la Corte ha censurato la decisione con la quale, in base alla mera presa d'atto dell'esistenza del titolo processuale, era stata

dizione processuale per l'estero (...) il giudice italiano (...) deve accertare che (...) siano evocate le ragioni per le quali è stato ritenuto probabile, nella prospettiva del sistema processuale dello Stato richiedente, che l'estradando abbia commesso il reato oggetto della richiesta»<sup>21</sup>.

Spunti applicativi che posson fornire alcune utili direttrici interpretative e spendibili anche nei casi di estradizione c.d. esecutiva ovvero sorretta da una convenzione fra Stati, superando i limiti codicistici pure rinvenibili nell'art. 705 c.p.p. Sul punto, quindi, debbono essere condivise le riflessioni offerte nel corso del convegno. Quel primo comma dell'art. 705 c.p.p., che parrebbe limitare il vaglio giurisprudenziale circa l'esistenza dei menzionati indizi di colpevolezza ai soli casi di estradizione c.d. processuale non normata da fonti pattizie, va letto alla luce dell'art. 700 c.p.p.. L'ultima disposizione citata richiede, in termini più ampi rispetto all'art. 705 c.p.p., che alla richiesta di estradizione venga allegata anche una relazione sui fatti del procedimento. L'art. 700 c.p.p. non differenzia in virtù della tipologia di estradizione domandata, ponendo in ogni caso l'onere a carico dello Stato richiedente. La prospettiva tutelata, può argomentarsi, è quella di garantire, in ogni caso l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato richiesto alla consegna. Diversamente opinando, peraltro, quella "garanzia della giurisdizione", tutelata anche all'art. 701 c.p.p., finirebbe con l'essere presidio meramente formale, inidoneo a garantire un corretto bilanciamento fra tutti i valori in gioco.

Soccorre a vantaggio dell'interprete il bisogno di coltivare letture costituzionalmente orientate, ovvero anche il criterio di proporzionalità di cui si è detto, rammentando che la posta in gioco è la libertà personale, di cui all'art. 13 Cost., il che impone particolari cautele. La libertà in parola, declamata come inviolabile in Costituzione, contiene un nucleo incompressibile e che va presidiato anche ricorrendo al criterio di proporzionalità. Detto altrimenti, rischia di non giustificarsi la piana lesione della libertà individuale<sup>22</sup> sul presupposto che l'art. 705 c.p.p. non richiama

accolta una richiesta di estradizione avanzata dall'Argentina, contenente una sintetica ricostruzione dei fatti, priva, tuttavia, della rappresentazione delle fonti di prova poste a fondamento degli stessi.

<sup>21</sup> Cassazione penale sez. VI, 27/10/2020, n.30007.

<sup>22</sup> Come ricorda R. ORLANDI, in *Uso poliziesco dell'intelligenza artificiale. L'insegnamento del bundesverfassungsgericht*, in «Cass. pen.», n. 7/8, 2023, p. 2166 ss., «[c]iascun diritto fondamentale ha, al proprio centro, un nucleo incompressibile, che non può essere scalfito: in ciò sta il tratto inviolabile che le costituzioni contemporanee associano ai diritti fondamentali e che rinvia all'esigenza di tutelare la dignità della persona. Attorno a quel nucleo inviolabile si suppone l'esistenza di una parte, per così dire, cedevole del diritto individuale, suscettibile di essere compressa o limitata per perseguire quel fine legittimo.

l'extradizione c.d. esecutiva nell'alveo di quelle per le quali è possibile, al giudice italiano, provvedere alla delibazione in ordine alla ricorrenza di gravi indizi di colpevolezza. Una lettura logica, peraltro, suggerisce questo medesimo approccio, specie ove si consideri che diversamente opinando l'art. 700 c.p.p., nella parte in cui richiede la trasmissione della relazione sui fatti, rimarrebbe lettera morta. Neppure, come lucidamente evidenziato nella relazione del prof. Pittiruti, può ritenersi ragionevole abdicare ad ogni controllo per il sol fatto che fra i paesi interessati vi sia una fonte pattizia e ciò per la considerazione che, in tutti i casi, al di là dell'astratto riconoscimento dell'esistenza di sistemi giuridici simili (il fondamento delle convenzioni in materia, si è soliti dire), occorre vigilare che nel singolo caso osservato non vi siano lesioni di diritti fondamentali ostative alla consegna.

In conclusione, è da condividere l'esortazione del prof. Pittiruti, si dica costituzionalmente orientata e protesa verso orizzonti nuovi, nei quali – si auspica – maggior spazio possa essere dato all'espressione dei diritti e delle garanzie offerte dalla giurisdizione, anche nelle procedure d'extradizione, nelle quali non è negabile possano avere un ruolo anche condizionamenti politici e mediatici.

#### *4. I tanti riflessi della verità processuale: considerazioni sul caso Condor*

L'intervento dell'Avv. Speranzoni, sul caso c.d. Condor<sup>23</sup>, difficilmente riassumibile negli spazi consentiti allo scritto<sup>24</sup>, evoca orizzonti delicatissimi,

---

Qui entra in gioco il principio di proporzionalità. Più il reato da prevenire o perseguire è grave, più si giustifica la compressione del diritto (per la parte considerata passibile di limitazione). Nel regolare l'uso di mezzi o misure lesive di diritti, il legislatore deve pertanto tener conto sia del tipo di reato da prevenire o reprimere, sia del quantum di limitazione del diritto da consentire. L'opera di bilanciamento fra gli interessi (pubblici e individuali) può variare nel tempo, in ragione del diverso apprezzamento (in termini di gravità) che la cultura giuridica del momento tende ad attribuire alle diverse forme di devianza. Il test di proporzionalità consta di tre passaggi, che nella sistematica tedesca corrispondono ad altrettanti sotto-criteri del principio: idoneità; necessità (o adeguatezza); proporzione in senso stretto (...).

<sup>23</sup> Si veda Cass. Sez. I del 9/7/2021.

<sup>24</sup> Per cui si rinvia, fra gli altri, a A. GAMBERINI, *Quando il male non è banale: l'Operazione Condor*, in «Questione Giustizia», al link <<https://www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-male-non-e-banale-l-operazione-condor>>. Con finalità solamente evocative della vicenda, può essere utile, rifacendosi allo scritto appena citato, rammentare che «La Suprema Corte (Cass. Sez. I del 9/7/2021) ha confermato la condanna emessa dalla Corte

fatti da confini liquidi e dove possono avere un ruolo anche certi condizionamenti politici. Per chiarezza, non è intenzione del presente ripercorrere i tratti salienti di un lungo iter procedimentale. L'intento è solo quello di richiamare alla mente scenari che possono valere a mettere in guardia circa le complessità di cui, alle volte, deve farsi carico l'accertamento processuale nel percorso verso quella verità lungamente discussa.

Ascoltando il relatore, lasciandosi condurre negli anfratti a lui più noti del processo citato, vengono alla mente vicende passate e che però hanno lasciato una traccia innegabile nella storia della giustizia italiana. Il riferimento corre ad alcuni casi in cui fu particolarmente complesso ricongiungere verità e giustizia e che possono valere quale insegnamento, ancora oggi. Il percorso di accertamento di penale responsabilità si presenta come una sceneggiatura complessa, in cui è richiesto – al tempo storico in cui si svolge il processo – di riavvolgere i nastri, tornando con la mente al tempo della consumazione dei fatti di reato che si ha il dovere di accertare. L'attraversata nel tempo (e, alle volte, nella storia, come insegnano i casi citati nel presente paragrafo) è attuata tramite documenti ovvero affidandosi al ricordo di testimoni, fonti vive di conoscenza e verso la cui memoria storica il processo fa un affidamento irrinunciabile. Il percorso così sommariamente descritto dovrebbe condurre, in un percorso ideale, alla ricostruzione di quel puzzle, che si compone nella sentenza e che a quel punto è per i consociati la verità (processuale).

Ebbene, occorre essere consapevoli che il processo può essere attinto da elementi in grado di inquinarlo dall'esterno. D'altronde, è preoccupazione certo non nuova, basti considerare che il codice di rito si dota di un istituto processuale appositamente pensato per far fronte a condizionamenti di tal guisa. Il riferimento corre alla rimessione del processo (presente in questo e nel precedente codice) cui è affidato proprio il compito di fronteggiare i casi in cui si presentino «gravi situazioni locali, tali da turbare lo svolgimento

---

di Assise di Appello di Roma l'8. 7. 2019 nei confronti degli imputati di un elevato numero di gravissimi crimini nei confronti degli oppositori politici, molti dei quali cittadini italiani, residenti in Uruguay o rifugiati in Argentina o in altri paesi del Sud America e appare del tutto condivisibile. Si trattava di delitti di sequestri di persona, tortura, trasferimento all'estero, sparizione e soppressione fisica, con un coordinamento sistematico tra i servizi di intelligence dei vari paesi dell'America latina aderenti al cd. "sistema Condor" o "plan Cóndor", la cui esistenza era risultata accertata da plurime fonti documentali (provenienti anche dalla CIA), commessi nella seconda metà degli anni '70 e nella prima metà degli anni '80». Sulla stampa, fra gli altri, *Processo Condor. La Cassazione dà giustizia ai desaparecidos dell'America Latina*, di G. CAROTENUTO, 09 luglio 2021, su [Editorialedomani.it](https://www.editorialedomani.it/fatti/processo-condor-la-cassazione-da-giustizia-ai-desaparecidos-dellamerica-latina-rie3u4fn), al link <<https://www.editorialedomani.it/fatti/processo-condor-la-cassazione-da-giustizia-ai-desaparecidos-dellamerica-latina-rie3u4fn>>.



del processo e non altrimenti eliminabili» (art. 45 c.p.p.).

Scorrendo le pagine della storia della giustizia dell'ultimo secolo, un caso, più di altri, colpisce per il grado di condizionamento ivi rappresentato e, vale la pena rammentarlo, per lo sforzo compiuto al fine di ricucire i lembi strappati di una verità processuale che sembrava perduta. Il riferimento è al c.d. caso Matteotti. Il 10 giugno 1924 si consumava il delitto. Il parlamentare, protagonista pochi giorni addietro di uno sferzante discorso contro il fascismo in Parlamento, viene sequestrato nei pressi della sua abitazione e barbaramente ucciso. Ritrovato solo nel tardo agosto di quell'anno, ingenerò una profonda crisi, anche di consensi, nel partito fascista. Il processo per il delitto Matteotti fu iniziato a Roma, innanzi la locale Corte d'assise. Nel dicembre del 1925, la Cassazione rimetteva tuttavia il giudizio innanzi la Corte d'assise di Chieti, riscontrando gravi motivi per la sicurezza pubblica<sup>25</sup>, a norma degli artt. 32 e ss. del codice di procedura penale del 1913<sup>26</sup>. Si celebrava qui un processo tutto sommato mite, conclusosi con una condanna in gran parte condonata (r.d. n. 1277/1925, a vantaggio dei delitti commessi con movente politico). Chiusa la pagina fascista, nel percorso di ritrovamento che ne è seguito, venne alla luce il decreto legislativo luogotenenziale, voluto dal governo Badoglio, n. 159 del 1944<sup>27</sup>, contenente le sanzioni contro il fascismo. Il provvedimento, congiuntamente al successivo decreto legislativo luogotenenziale n. 469 del 1945, consentiva la declaratoria di inesistenza giuridica delle sentenze, anche istruttorie (in forza dell'art. 1 decreto 469/1945), oramai irrevocabili, quando vi fosse fondato motivo per ritenere che avesse operato un'influenza dettata dallo "*stato di morale coercizione determinato dal fascismo*". La

<sup>25</sup> Si veda M. PISANI, *L' "inesistenza giuridica" della prima condanna nel processo Matteotti*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», fasc. 4 del 2013, p. 1965 ss.; o ancora, E. ORLANDO, *Il dossier Matteotti*, Mursia, Milano 1994; si veda pure R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. Vol. I, La conquista del potere (1921-1925)*, Mondadori, Milano 1966.

<sup>26</sup> L'art. 32 citato afferma «In ogni stato del procedimento, per gravi motivi di pubblica sicurezza o di legittimo sospetto, sulla richiesta del pubblico ministero, la corte di cassazione può rimettere l'istruzione o il giudizio da uno ad altro giudice istruttore, pretore, o tribunale, o da una ad altra corte».

<sup>27</sup> L'art. 6, al comma quarto, del testo legislativo citato testualmente afferma «le sentenze pronunziate per gli stessi delitti possono essere dichiarate giuridicamente inesistenti quando sulla decisione abbia influito lo stato di morale coercizione determinato dal fascismo. La, pronuncia, al riguardo è affidata ad una Sezione della Suprema Corte di Cassazione, designata dal Ministro Guardasigilli». L'art. 1 dello stesso testo «Sono abrogate tutte le disposizioni penali emanate a tutela delle istituzioni e degli organi politici creati dal fascismo. Le sentenze già pronunciate in base a tali disposizioni sono annullate». Il testo del provvedimento è reperibile <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo.luogotenenziale:1944-07-27;59>>.

legislazione intendeva restaurare un'idea sostanziale di giustizia, rincorreva, per dirla diversamente e con le parole del convegno, quella verità rimasta offuscata nelle ombre e nelle pieghe del governo fascista. Questo può dirsi considerando che il presupposto giustificativo della declaratoria di inesistenza altro non era se non un legittimo sospetto di parzialità di giudizio, assunto qui in un significato squisitamente politico<sup>28</sup>.

In forza dei decreti luogotenenziali citati, l'alto commissario per le sanzioni contro il fascismo instava per la declaratoria di inesistenza giuridica della sentenza della Corte d'assise di Chieti. La Corte di cassazione, non dubitando che «nella specie ricorrano entrambe le condizioni richieste per la dichiarazione (...), vale a dire sia la indole del delitto al quale la sentenza si riferisce, sia l'influenza esercitata sulla decisione da uno stato di morale coercizione determinato dal fascismo (...) dati di fatto concordanti e più che sufficienti per dimostrare non solo che il processo si svolse in un'atmosfera ed in un clima di suggestione e di coazione, ma che vi fu sia nella fase istruttoria, sia in quella degli atti preliminari e in quella del giudizio, un complesso di indebite e gravi ingerenze del governo del partito fascista dirette a turbare e a deviare il normale, libero, e diritto svolgimento del processo», provvedeva quindi a dichiarare l'inesistenza della pronuncia, in modo anche che «il magistero punitivo abbia finalmente libera e piena esplicazione, in relazione a un delitto che tanta commozione e indignazione destò in tutto il mondo civile» (Cass. Pen., Sez. II, 6 novembre 1944; pres. e rel. De Ficchy).

Dalle parole della Cassazione emerge un ultimo spunto che val la pena evidenziare. Un dibattito attorno alla verità nel processo penale si mostrerebbe incompleta se non ci si curasse del percorso che conduce verso l'accertamento. Le parole spese in tema di estradizione, per un verso, la vicenda Matteotti, per altro, conducono a valutazioni del seguente tipo. Il processo penale, per ciò che qui maggiormente interessa, si mostra orientato a volere raggiungere una verità processuale solo al termine di un rito equo, che ha eletto il contraddittorio come metodo d'accertamento. Il percorso, dunque, verso l'accertamento fonda la legittimità di quest'ultimo. È poi il tratto distintivo del processo contemporaneo. Quando si ritiene, infatti, che possa essere l'autorità a potere stanare da sé la verità, allora a questa poteri maggiori si sono accordati nelle diverse epoche storiche del processo penale; ciò che ha lungamente retto il rito inquisitorio<sup>29</sup>. Quando, invece,

<sup>28</sup> V. M. PISANI, *L'inesistenza giuridica della prima condanna nel processo Matteotti*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», fasc. 4, 2013, pp. 1965 ss.

<sup>29</sup> Di interesse, oltretutto esemplificativa, sul punto, quanto scritto ne *Relazione sul disegno di legge per la delega del Re alla facoltà di emendare il Codice di procedura penale*,

si crede che la verità non stia in tasca alla pubblica autorità e che l'unica accettabile sia quella che abbia nel metodo la sua stessa ragione fondativa, allora si vorrà la dialettica fra le parti ed un terzo, imparziale giudice come ministro. Questo regge, invece, il gioco avversariale del processo di oggi.

## 5. Conclusioni

Le brevi note che precedono vogliono essere solamente evocative delle complessità – e sono molte – riscontrabili nelle procedure volte all'accertamento formale di responsabilità penale. Forse con qualche nota amara, ma essere consapevoli delle tortuosità insite nel processo può aiutare una sua comprensione effettiva, anche al di là dello stretto dato letterale. Come si è visto, convergono sul giudizio, quello penale soprattutto, passioni, patimenti, sentimenti di rivalsa, trasporto collettivo, timore politico. Trattati *umani*<sup>30</sup> del processo e che possono valere a mettere in guardia l'interprete (e operatore giuridico), rendendo evidente che il percorso verso la verità, anche quella processuale, e, quindi, verso un'uguaglianza sostanziale e una piena effettività del diritto di difesa è una strada che va percorsa – in fine dei conti – ogni volta. Anche di queste attenzioni si compone il percorso virtuoso evocato nel titolo del convegno: *processo, verità e giustizia*.

---

di G. SERROCCHI, Roma, 1925, p. 64, ove è detto come rispetto al canone del diritto probatorio «che in materia penale la verità materiale deve prevalere su quella formale, la Commissione vuole essere assai guardinga nel proporvi notevoli modificazioni (...) di norme e di divieti, che furono dettati per difendere, ad un tempo, i diritti della società e quelli dei giudicabili contro insidie e abusi, che esano stati largamente rivelati dall'esperienza dei giudizi penali».

<sup>30</sup> Come le passioni e i moti dello spirito che si sono evocati. In questo senso il processo ha un tratto "umano", nel senso che ne assimila le virtù, certo, eppure qualche difetto.

SECONDA SESSIONE  
IL DIRITTO ALLA VERITÀ NEL DIALOGO TRA CORTI



Pablo D. Eiroa

*Verità e giustizia penale nella ricostruzione della democrazia argentina*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I filosofi del processo alle *juntas* – 3. Il fondamento del processo alle *juntas* e la Commissione nazionale sulla sparizione di persone – 4. Giustizia penale e transizione alla democrazia – 5. La riapertura dei processi penali trent'anni dopo i fatti – 6. Il fondamento della giustizia penale tardiva – 7. Giustizia penale e verità – 8. Giustizia penale e memoria – 9. Giustizia penale e prevenzione – 10. Conclusione.

1. *Introduzione*

In un'intervista pubblicata su «Independent» nel gennaio 2023, il regista Santiago Mitre ha presentato *Argentina, 1985* con queste parole: «Questo è un film sulla democrazia, su come si costruisce la democrazia dopo una tragedia così grande come [l'ultima] dittatura argentina»<sup>1</sup>.

Il film racconta il processo contro i vertici della dittatura militare (1976-1983), adottando un punto di vista peculiare: quello del potere giudiziario. A quanto pare, nell'ottica di Mitre, la costruzione della democrazia in Argentina passava necessariamente per la persecuzione penale dei maggiori responsabili delle violazioni massive e sistematiche dei diritti umani.

Tuttavia, la questione dei meccanismi che meglio possono contribuire a costruire o ricostruire una democrazia dopo una dittatura (o una guerra) è tutt'altro che pacifica<sup>2</sup>. Perciò, le mie riflessioni avranno come oggetto

<sup>1</sup> Cfr. B. BAUTISTA, *Esta es una película sobre la democracia, dice Santiago Mitre, director de "Argentina, 1985"*, in «Independent en Español», 10-01-23 [<https://www.independentespanol.com/ap/santiago-mitre-argentina-1985-premio-golden-globes-b2259853.html>].

<sup>2</sup> Cfr. R. TEITEL, *Globalizing Transitional Justice: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. xv, xxii, 209-211, *passim*; A. MIHR, *An Introduction to Transitional Justice*, in *An Introduction to Transitional Justice*, a cura di O. Simić, 2° ed., Routledge, London-New York 2021, pp. 1-26; D. SHARP, *Rethinking Transitional Justice for the Twenty-First Century: Beyond the End of History*, Cambridge University Press, Cambridge 2018, pp. vii-xi.

il fondamento dei processi penali portati avanti in Argentina contro gli accusati di aver commesso crimini contro l'umanità in quel momento storico. In primo luogo, mi concentrerò sul processo alle giunte militari sulla base del pensiero di coloro che ne sono stati gli 'architetti', vale a dire il presidente Raúl Alfonsín e, soprattutto, i filosofi Carlos Nino e Jaime Malamud Goti. Infine, mi riferirò ai processi iniziati nel 2005 e tutt'ora in corso.

## 2. *I filosofi del processo alle juntas*

Carlos Nino, uno dei più celebri intellettuali latinoamericani della seconda metà del secolo scorso, si era laureato in giurisprudenza all'Università di Buenos Aires (UBA) prima di ottenere il dottorato di ricerca a Oxford con una tesi sui principi generali dell'imputazione penale. Negli anni Settanta, mentre era professore nelle Facoltà di Giurisprudenza e Filosofia e Lettere dell'UBA, divenne membro della Società Argentina di Analisi Filosofica. In quell'epoca Nino cominciò a impartire seminari di filosofia politica nei quali, rischiando la vita, diffondeva e discuteva con allievi e colleghi temi che sarebbero stati molto rilevanti per il processo alle giunte, quali il fondamento etico della politica e della responsabilità penale dei vertici della dittatura per i crimini commessi, tenendo in particolare considerazione il rapporto redatto dalla Commissione interamericana dei diritti umani dopo la sua visita *in loco* nel 1978<sup>3</sup>.

Della Società Argentina di Analisi Filosofica era membro anche Jaime Malamud, che Nino conobbe però a Friburgo nel 1982 in un viaggio di studio. Malamud si era laureato in giurisprudenza all'UBA, dalla quale ottenne il titolo di dottore di ricerca nel 1976. Il soggiorno a Friburgo fu occasione per Nino e Malamud di discutere della transizione in Argentina. Ritornarono convinti della necessità di sottoporre a processo i più alti responsabili delle atrocità commesse per consolidare la democrazia, idea poi condivisa da altri membri della società di cui facevano parte<sup>4</sup>.

Nel giugno 1982, dopo la tragica sconfitta dell'Argentina nella guerra dell'Atlantico Sud, le forze politiche riuscirono ad accordarsi con le autorità militari per la convocazione di elezioni democratiche, dopo sette anni di

<sup>3</sup> Cfr. J. ALLENDE, *Carlos Nino: el jurista que concibió el Juicio a las Juntas*, in «La Nación», 15-10-22 [[https://www.utdt.edu/nota\\_prensa.php?id\\_nota\\_prensa=20838&id\\_item\\_menu=424](https://www.utdt.edu/nota_prensa.php?id_nota_prensa=20838&id_item_menu=424)].

<sup>4</sup> Cfr. ALLENDE, cit.

terrore, il 30 ottobre 1983. Dei due candidati a presidente delle forze maggioritarie, soltanto Raúl Alfonsín, del partito radicale, affermava che il futuro governo democratico non avrebbe ammesso alcuna amnistia. Nino e Malamud tennero allora varie riunioni con Alfonsín, durante le quali discussero le loro idee sulla transizione. Il futuro presidente accolse con entusiasmo tali idee, tanto che Nino e Malamud cominciarono a lavorare come consulenti di Alfonsín per il programma di governo non solo sulla persecuzione penale dei crimini, ma anche sul riconoscimento istituzionale dei diritti umani per consolidare la democrazia<sup>5</sup>.

### *3. Il fondamento del processo alle juntas e la Commissione nazionale sulla sparizione di persone*

Nino, Malamud e Alfonsín erano convinti che il processo alle giunte sarebbe servito per prevenire altre violazioni massive e sistematiche dei diritti umani, ma tale convinzione non trovava fondamento nella funzione deterrente della pena. Per loro, il processo alle giunte doveva fondarsi piuttosto sulla condanna dei modelli culturali o delle tendenze sociali che avevano reso possibile «il male assoluto». Il processo ai vertici della dittatura, dunque, doveva mettere in luce, favorendo il dibattito pubblico, le dinamiche che hanno causato le violazioni sistematiche dei diritti umani, per cui l'oggetto di tale dibattito sarebbe stato, in ultima analisi, il valore stesso della democrazia. Così il processo avrebbe rappresentato un vero e proprio momento costituente<sup>6</sup>.

Il film di Santiago Mitre fa emergere chiaramente come tale processo abbia promosso un dibattito pubblico riguardante i principi fondanti della società. Non solo il ruolo dei militari, ma anche i limiti morali per raggiungere certi scopi, il valore dello Stato di diritto e della legge, e la funzionalità della divisione del potere per tutelare i diritti umani.

Nel film si vede come i protagonisti, rappresentanti del pubblico ministero, hanno costruito la pubblica accusa in modo tale da convincere

<sup>5</sup> Cfr. ALLENDE, cit.; M. NOVARO, *Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la justicia entre populismo y liberalismo*, in *Memoria y Derecho*, a cura di P. Eiroa, J.M. Otero, Di Plácido, Buenos Aires 2007, pp. 275-283.

<sup>6</sup> Cfr. R. ALFONSÍN, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, 2° rist., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2004, pp. 43-48; C.S. NINO, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996, trad. spag. *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Buenos Aires 2006<sup>2</sup>, pp. 99-144, 172-173, 211-215.



dell'inaccettabilità delle condotte dei militari non solo i giudici, ma anzi e soprattutto la società. L'allora procuratore aggiunto Luis Moreno Ocampo voleva convincere persino sua madre, la quale, come moltissimi argentini di quel tempo, era calata in quelle tendenze sociali che le impedivano di valutare l'importanza dell'osservanza della legge e delle istituzioni democratiche<sup>7</sup>.

Certamente, i militari avevano fatto in modo di confondere l'opinione pubblica sui loro metodi di lotta alla sovversione. Le violazioni sistematiche e massive dei diritti umani erano state accuratamente occultate, e le denunce e pressioni internazionali per farle cessare vennero screditate a livello nazionale come una campagna contro i valori e il modello di vita degli argentini.

Si capisce dunque perché il presidente Alfonsín sostenne, sin dal primo giorno del suo governo, che la ricerca della verità sulle violazioni dei diritti umani non avrebbe subito limitazioni<sup>8</sup>. E pochi giorni dopo l'inizio del suo mandato, il presidente aveva istituito la Commissione nazionale sulla sparizione di persone, la quale, come noto, ebbe un successo straordinario.

Questa Commissione –la prima costituitasi in America– elaborò, in poco meno di un anno, un rapporto (*Nunca Más*) in cui si descrivevano i metodi criminali impiegati dai militari contro i dissidenti. Inoltre, dal rapporto emerge che almeno nove mila persone sono state vittime di sparizioni forzate, e che la violenza illegale e clandestina dell'apparato statale non solo aveva colpito i terroristi, ma anche civili –maestri, artigiani, operai, artisti– totalmente estranei al terrorismo. Il rapporto, insomma, dimostrò molte delle falsità diffuse dalla dittatura riguardanti la cd. lotta contro la sovversione, provando che i crimini commessi non erano stati un eccesso da parte degli esecutori degli ordini ricevuti, ma parte di un preciso piano sistematico di repressione. Il rapporto della Commissione divenne presto uno dei maggiori *best seller* della storia editoriale argentina, oltre ad essere tradotto in otto lingue<sup>9</sup>.

L'impressionante quantità di prove sui crimini raccolta dalla Commissione (al rapporto sono stati aggiunte circa cinquanta mila pagine di documenti) ha costituito la base della pubblica accusa nel processo alle giunte e ancora oggi rappresenta una prova fondamentale in molti dei processi tutt'ora in corso.

---

<sup>7</sup> Tali tendenze storicamente presenti nella società argentina sono precisamente individuate da NINO, cit., pp. 94-100.

<sup>8</sup> Cfr. NINO, cit., pp. 119-126.

<sup>9</sup> Cfr. M.B., *El libro de la buena memoria se convirtió en un best-seller*, in «Página 12», 28-11-04 [<http://www.pagina12.com.ar/diario/cultura/7-44148-2004-11-28.html>].

La vicenda della Commissione, a mio avviso, mostra come la verità può essere ricostruita ufficialmente, e anche più ampiamente, tramite un meccanismo diverso dai processi penali. Tuttavia, Nino e Malamud credevano che il dramma del giudizio, con le vittime e gli accusati sotto l'attenzione dell'intera società, e la possibilità certa della punizione di coloro che fino a quel momento erano stati considerati individui al di sopra della legge, sarebbe stato il miglior strumento per avviare quella deliberazione pubblica sui valori della società, ritenuta imprescindibile per la ricostruzione della democrazia<sup>10</sup>.

Svelare la commissione di crimini atroci tramite il processo alle giunte ha nutrito la discussione pubblica sul passato, ha sconvolto la coscienza collettiva e ha generato un percorso sociale di auto-analisi. Domande come: «e tu cosa facevi, papà, quando tutte queste cose stavano accadendo?» cominciarono a far parte delle conversazioni quotidiane. Il contrasto tra la legalità del processo e i metodi impiegati dai militari voleva contribuire, inoltre, a una valutazione collettiva dello Stato di diritto<sup>11</sup>.

È importante sottolineare anche un'ulteriore finalità del processo: promuovere la solidarietà con le vittime, riconosciute come persone titolari di diritti violati dal potere. Durante gli anni del terrore, la società argentina ha sviluppato l'abitudine a responsabilizzare le vittime come colpevoli della violenza da loro subita: «qualcosa avranno fatto», si diceva spesso. Il processo doveva dunque restituire dignità sociale alle vittime, riaffermando le immunità soggettive garantite dalle regole dello Stato di diritto<sup>12</sup>.

#### 4. *Giustizia penale e transizione alla democrazia*

Ovviamente, non posso rispondere alla domanda se il processo alle giunte ha contribuito a consolidare la democrazia in Argentina, né in quale misura. Credo però che tale processo ha avuto una forza straordinaria per avviare quel dibattito pubblico, assente per decenni dalla società argentina, sui valori della democrazia e dello stato di diritto, il cui misconoscimento mette in pericolo la dignità umana. La condanna inoltre è servita per mitigare il dolore delle vittime, secondo la stessa testimonianza di alcune di

<sup>10</sup> Cfr. NINO, cit., pp. 191-199, 212-213.

<sup>11</sup> Cf. NINO, cit., pp. 213-214.

<sup>12</sup> Cfr. J. MALAMUD GOTI, *Crímenes de Estado. Dilemas de justicia*, Hammurabi, Buenos Aires 2016, pp. 35-42, 126-136.

esse, coinvolte anche nel dibattito che ha suscitato il film di Mitre<sup>13</sup>.

Vorrei infine ricordare alcuni elementi che possono condurre a dubitare dell'efficacia di tale procedimento per convincere i cittadini sui valori della democrazia e dei diritti umani.

Tra il 1987 e il 1988 i militari argentini realizzarono tre atti d'insurrezione contro le istituzioni democratiche, costringendo il presidente Alfonsín a promuovere due leggi di amnistia che impedirono la continuazione delle indagini nei confronti della maggioranza degli accusati di crimini contro l'umanità. Alfonsín faceva così i conti con l'impossibilità di processare tutti i membri delle forze armate e di sicurezza senza mettere a rischio il processo di consolidamento della democrazia. Inoltre, la situazione dell'economia peggiorò drasticamente, con una inflazione superiore al trescento per cento annuale. La debolezza dell'allora presidente divenne così irrecuperabile.

Il successore di Alfonsín, Carlos Menem, approvò diversi indulti che hanno estinto le pene e i processi ancora in corso. Contrariamente a quanto sostenuto da Alfonsín, Menem ritenne che la riconciliazione degli argentini e il consolidamento della democrazia richiedessero di lasciarsi il passato alle spalle. Sebbene queste misure siano state contestate da alcuni settori dell'opinione pubblica, rappresentati in particolare dalle organizzazioni per i diritti umani, la società ha mostrato tendenze contraddittorie rispetto ai valori promossi dal processo alle giunte. In particolare, incolpare le vittime della repressione illegale dello Stato, dopo il ritorno della democrazia, sarebbe stata ancora una pratica utilizzata regolarmente e tollerata socialmente come strumento di controllo, soprattutto di fronte all'espansione della criminalità<sup>14</sup>.

Basti solo un esempio. Nel 1995 un ex vice commissario di polizia, Luis Patti, è stato eletto sindaco di una città di Buenos Aires, nonostante fosse fortemente sospettato di aver commesso torture durante l'ultima dittatura e anche in democrazia. È diventato noto proprio perché indagato, all'inizio degli anni '90, per la tortura dei detenuti in un caso criminale di pubblica rilevanza. Contrariamente alla reazione sociale che ci si attendeva dinnanzi a tale accusa, Patti è stato pubblicamente apprezzato come un funzionario efficiente nel risolvere il caso. Il Presidente della Nazione decise di incaricare Patti la direzione delle indagini sull'omicidio di una giovane donna che aveva

---

<sup>13</sup> Cfr. L. BERTOIA, *Argentina, 1985: "nos reconforta para seguir luchando"*, in «Página 12», 01-10-22; F. RIVAS MOLINA, *"Argentina, 1985", un debate nacional entre la ficción y la memoria*, in «El País», 27-11-22. Vedi anche sul punto E. ZUBIETA, J. BOMBELLI, M. MURATORI, *Transitional Justice measures implemented in Argentina: their psychosocial impact*, in «Deusto Journal of Human Rights», n. 8, 2021, pp. 32-35, 43-45.

<sup>14</sup> Cfr. MALAMUD GOTI, cit., pp. 31 y 93-110.

colpito profondamente nella pubblica opinione. In un programma televisivo in cui fu invitato a ballare il tango, Patti dichiarò senza alcun imbarazzo, che sapeva anche far ballare i detenuti. Nel gergo della polizia è noto che far ballare i detenuti significa torturarli. Lo stesso personaggio si è candidato a governatore di Buenos Aires in due occasioni, ottenendo il secondo e il terzo posto alle elezioni. Nel 2005 è stato eletto deputato, ma è stato poi rimosso dall'incarico a causa dell'imputazione rivolta contro di lui in uno dei processi per crimini contro l'umanità commessi durante l'ultima dittatura<sup>15</sup>.

### *5. La riapertura dei processi trent'anni dopo i fatti*

Tra il 2000 e il 2003 l'Argentina ha attraversato la più grave crisi economica e sociale della sua storia. L'allora Presidente della Repubblica, Fernando De la Rúa, si dimise nel dicembre 2001 in mezzo a proteste popolari che furono selvaggiamente represses dalla polizia: 39 morti e più di 500 feriti in tutto il Paese.

Dopo le dimissioni di De la Rúa, la classe politica argentina raggiunse il più alto livello di disapprovazione sociale mai visto. Nel 2003 furono indette le elezioni vinte da Néstor Kirchner, governatore di una piccola provincia del sud, senza ottenere i voti sufficienti per conquistare la maggioranza delle camere. Sembrava chiaro che, se il nuovo presidente avesse voluto formare un governo con l'autorità di prendere le decisioni che la situazione del Paese richiedeva, avrebbe dovuto tessere alleanze e cercare un sostegno popolare sufficiente a garantire la sua permanenza al potere.

In tale contesto, sin dall'inizio del suo mandato, Kirchner fece della questione dei diritti umani, in particolar modo della loro violazione durante l'ultimo regime dittatoriale e della necessità di porre fine all'impunità dei responsabili, un tema centrale e ricorrente dei suoi discorsi pubblici, nonché un oggetto privilegiato delle sue decisioni di governo. Si può ricordare, ad esempio, l'approvazione della legge promossa dallo stesso Kirchner a pochi mesi dalla sua investitura come nuovo presidente, per mezzo della quale il Congresso argentino ha dichiarato la nullità delle leggi d'amnistia volute dal governo di Alfonsín<sup>16</sup>. Due anni dopo, la Corte suprema, integrata da nuovi membri designati dallo stesso presidente

---

<sup>15</sup> Cfr. MALAMUD GOTI, cit., pp. 28-29, nota 42.

<sup>16</sup> Legge 25.779, approvata il 21-08-03.

della Repubblica, dichiarò l'incostituzionalità delle leggi d'amnistia<sup>17</sup> e dei decreti d'indulto<sup>18</sup>, provocando la riapertura della maggior parte dei processi penali nei confronti dei responsabili dei crimini della dittatura.

Per concludere il mio intervento, vorrei concentrarmi sul fondamento invocato dalla Corte suprema argentina per promuovere la riapertura dei processi contro i militari.

Non mi soffermerò sui profili giuridici legati all'interpretazione della Corte suprema della normativa di diritto interno e internazionale a fondamento delle proprie decisioni. Cercherò invece di evidenziare gli scopi individuati dalla Corte suprema per la giustizia penale per giustificare la riapertura dei processi. Proverò altresì a riflettere sulla coerenza tra il mezzo «giustizia penale» e gli scopi che la Corte attribuisce a quest'ultimo.

## 6. *Il fondamento della giustizia penale tardiva*

La Corte suprema argentina ha affermato che la rinuncia alla persecuzione penale dei crimini contro l'umanità non può essere ammessa perché implica una rinuncia alla verità<sup>19</sup>. In proposito, la Corte suprema argentina richiamò la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, in particolare la sentenza *Barrios Altos*<sup>20</sup>, dalla quale emerge che tutta la società ha il diritto irrinunciabile di conoscere la verità di quel che è avvenuto, delle ragioni e delle circostanze in cui sono stati commessi crimini aberranti, allo scopo di evitare la reiterazione di questi fatti nel futuro. Per questo, sarebbe intollerabile che disposizioni di «oblio» e di «perdono» gettassero un velo sulle più gravi violazioni dei diritti umani<sup>21</sup>.

La giustizia penale, pertanto, sarebbe imprescindibile per raggiungere

---

<sup>17</sup> CSJN, S. 1767. XXXVIII., «Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-», sentenza del 14-06-05 [<http://www.csjn.gov.ar>].

<sup>18</sup> CSJN, M. 2333. XLII. y otros, «Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad», sentenza del 13.07.07 [<http://www.csjn.gov.ar>].

<sup>19</sup> Cf. sentenza «Mazzeo», cit., par. 29; sentenza «Simón», cit., par. 24 e 25 del voto del giudice Boggiano; par. 14 del voto della giudice Argibay, e *passim*.

<sup>20</sup> Corte interamericana dei diritti umani, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre vs. Perú)*, sentenza del 14/03/01, (Ser. C), n. 75 (2001) [<http://hei.unige.ch/humanrts/iachr/C/75-esp.html>].

<sup>21</sup> Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, caso *Barrios Altos*, cit., voto del giudice García Ramírez, par. 10 ss.

tre scopi: accertare la verità, consolidare la memoria storica e prevenire la commissione di nuovi crimini.

### 7. *Giustizia penale e verità*

Il processo penale costituisce un mezzo adeguato e necessario per accertare la verità? Se il diritto alla verità, come definito dalla Commissione interamericana dei diritti umani, è il «diritto di ogni persona e della società a conoscere la verità autentica, completa e pubblica sui fatti, le loro circostanze specifiche e coloro che ne hanno preso parte», vale a dire un diritto anche della società «a conoscere integralmente il suo passato»<sup>22</sup>, allora la «verità» del processo penale non è sufficiente per garantirlo.

Da un lato, l'accertamento della verità nel processo penale si limita ai fatti rilevanti per il diritto penale, e solo a quelli imputabili ai soggetti processati. Sarebbe quindi illecito chiedere al giudice penale di indagare su tutti i fattori interni e internazionali (politici, giuridici, economici, culturali ecc.) che hanno permesso l'istituzione e la vigenza –durante più di sette anni– di un regime dittatoriale, generando il contesto necessario per la commissione dei crimini più detestabili da parte degli stessi agenti statali (come è avvenuto nel caso argentino).

Dall'altro, da diversi anni è ampiamente riconosciuto negli studi sul diritto processuale penale che la sua epistemologia è determinata da una nozione approssimativa di verità, la quale può consentire unicamente la verifica, secondo a un metodo definito, dell'ipotesi accusatoria<sup>23</sup>. L'accertamento della verità è, nel modello garantista del giusto processo, non un fine, ma una garanzia del diritto di difesa dell'accusato contro accuse e sentenze arbitrarie<sup>24</sup>. Si capisce, dunque, perché la giustizia penale adempie la sua funzione anche qualora il giudice decida di assolvere per non essere riuscito ad accertare la verità, in base al principio *in dubio pro reo*<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Commissione interamericana dei diritti umani, Relazione n. 25/98, par. 95.

<sup>23</sup> Cfr., fra tanti altri, N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006.

<sup>24</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2004<sup>8</sup>, cap. 1

<sup>25</sup> Cfr., più ampiamente, D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. Fronza, G. Fornasari, Università degli Studi di Trento, Trento 2009, p. 99 ss., spec. pp. 124-125.

Infine, è opportuno ricordare come i diritti costituzionali e gli strumenti internazionali dei diritti umani che impongono limiti formali alla ricerca della verità attraverso il processo penale, sono il risultato proprio delle conseguenze drammatiche dell'uso storico della giustizia penale come strumento di accertamento della verità. Purtroppo, non mancano proposte secondo cui tali limiti, quali ad esempio l'inutilizzabilità delle prove illecite, dovrebbero derogarsi nei processi per crimini contro l'umanità, tenendo conto della gravità dei fatti per favorire l'accertamento della verità<sup>26</sup>.

### 8. *Giustizia penale e memoria*

La verità giudiziaria, a prescindere dai limiti già menzionati, è condizione imprescindibile per garantire la memoria dei fatti? Esiste un vincolo diretto, come suggerito dalla giurisprudenza citata e da parte della dottrina<sup>27</sup>, tra impunità e oblio, da una parte, e tra punizione e memoria, dall'altra? E ancora, quale memoria si presta a consolidare la verità ricostruita attraverso il processo penale?

Per quanto riguarda l'esperienza argentina, la tesi secondo cui le leggi di amnistia avevano come obiettivo anche l'oblio di quei crimini mi sembra debole. Si è già ricordato che lo stesso governo che aveva promulgato tali leggi, aveva dapprima costituito la Commissione sulla sparizione di persone che ebbe un successo straordinario. Nel caso argentino, dunque, amnistia non è stata sinonimo di volontà di dimenticare. Né possono sottovalutarsi le numerose iniziative, diverse dalla giustizia penale, portate avanti da diversi settori della società civile e dallo Stato per garantire la memoria dei crimini commessi<sup>28</sup>.

D'altra parte, è chiaro che sarebbe illusoria e priva di senso la pretesa di ricordare tutto quel che è successo. Appare dunque necessario tentare di rispondere alle seguenti domande: perché ricordare prima di decidere quali fatti del passato devono essere ricordati e in che modo si può ricostruire la

---

<sup>26</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Verità e giustizia di transizione*, in «Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche», 2015, p. 21 ss., spec. pp. 49-50.

<sup>27</sup> Cfr., ad esempio, R. BERGALLI, *Cultura de la jurisdicción y uso jurídico de la memoria*, in «Revista Crítica Jurídica», n. 26, gennaio-agosto 2007, p. 99 ss., spec. pp. 106-107.

<sup>28</sup> Cfr., per un'ampia descrizione di tali iniziative, A. GUGLIELMUCCI, *La consagración de la memoria. Una etnografía acerca de la institucionalización del recuerdo sobre los crímenes del terrorismo de Estado*, Antropofagia, Buenos Aires 2013.

memoria<sup>29</sup>.

In proposito, va segnalato che le responsabilità nel mantenimento di un regime che sistematicamente violava i diritti umani, come quello argentino, non si riducono a quella responsabilità rilevante per il diritto penale. Le violenze realizzatesi in Argentina furono perpetrate e sostenute all'interno di un contesto sistemico che, in forme diverse, coinvolse buona parte della popolazione. Tali violenze trovavano radicamento in convinzioni collettive sul modo in cui occorreva governare il paese<sup>30</sup>.

Il processo penale, peraltro, non ha tra i propri obiettivi la comprensione delle origini della criminalità. I suoi obiettivi sono molto più modesti: riteniamo un individuo colpevole di omicidio quando si ritiene che quello stesso individuo ha intenzionalmente cagionato la morte di un altro individuo<sup>31</sup>.

Sembra quindi che la sproporzione fra le dimensioni dei fatti ed i limiti della giurisdizione penale conduce a semplificare in un modo estremamente riduttivo situazioni complesse, che non solo hanno profonde radici politiche, economiche, culturali ecc., ma sono favorite, per giunta, dal comportamento (in linea di massima, penalmente irrilevante) di diversi settori della società<sup>32</sup>.

In sintesi, proprio riflettendo sui limiti della giustizia penale in questa materia, lo storico Carlo Ginzburg ha scritto che se all'oblio si contrappone la giustizia dei tribunali, occorre concludere che la vittoria è dell'oblio<sup>33</sup>.

Non si intende qui sostenere la tesi secondo cui la giustizia penale non serve a promuovere la memoria di un passato di violazioni sistematiche dei diritti umani. Si ritiene invece che la memoria «prodotta» dal processo penale difficilmente risulti sufficiente ed imprescindibile per comprendere le radici di tali crimini e le misure che devono essere attuate per evitare la loro reiterazione.

<sup>29</sup> Cfr. J. MALAMUD, G. BEADE, *El problema con la memoria: el caso de Uruguay*, in *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, a cura di P. Palermo, tirant lo blanch, Valencia 2016, p. 279 ss., esp. pp. 284-289.

<sup>30</sup> Cfr. NINO, cit., pp. 91-112, 196-199.

<sup>31</sup> Cfr. M.J. OSIEL, *Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity*, in «Human Rights Quarterly», vol. 22, 2000, p. 118 ss., spec. pp. 144-147.

<sup>32</sup> Cfr. A. GARAPON, *Des Crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Parigi 2002, trad. it. *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, il Mulino, Bologna 2004, p. 234.

<sup>33</sup> C. GINZBURG, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, in «Memory», vol. 30, 2002 (*Werkstatt Geschichte*), pp. 50-60, trad. spag. *La prueba, la memoria y el olvido*, in *Memoria y Derecho Penal*, cit., p. 91 ss., spec. p. 104.



## 9. Giustizia penale e prevenzione

Può la giustizia penale prevenire violazioni sistematiche dei diritti umani? Anzi, sono il processo e la pena necessari per perseguire questo scopo?

È stato osservato che i processi penali del secondo dopoguerra, sia quelli nazionali che internazionali, hanno avuto un potere deterrente praticamente nullo se teniamo conto delle atrocità verificatesi durante la seconda metà del Novecento<sup>34</sup>.

Le cause di questo apparente fallimento sono molteplici. Segnalo qui soltanto che la prospettiva utilitaristica secondo cui il timore della pena porta gli individui a prendere la decisione razionale di non commettere crimini, diventa irrealistica dinanzi a persone convinte, da un lato, della necessità di eliminare un gruppo diverso da quello di appartenenza per sopravvivere o per tutelare la propria identità e, dall'altro, sottoposte a un governo o a un gruppo di potere che incita a commettere atti violenti<sup>35</sup>, come accaduto in Argentina.

Inoltre, i crimini sono commessi dagli stessi agenti statali o da gruppi paramilitari con l'intenzione di conquistare o conservare una posizione di potere, come il governo di un paese, così da impedire l'esercizio della giurisdizione penale, sia a livello nazionale, sia a livello internazionale<sup>36</sup>. Si pensi solo al caso dell'ex presidente del Sudan, Omar al Bashir, accusato dal procuratore della Corte Penale Internazionale (CPI) di essere responsabile di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio. Nonostante i mandati d'arresto emessi nel 2008 e nel 2010, Al Bashir ha governato il suo paese per più di trent'anni, visitando anche diversi stati africani e arabi, che non hanno voluto eseguire tali mandati (anche quando avevano l'obbligo di eseguirlo, in quanto stati parte della CPI)<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari 2006<sup>2</sup>, pp. 157-158.

<sup>35</sup> Mi permetto di rinviare sul punto al mio libro *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2009, pp. 165-197.

<sup>36</sup> Cfr., tra tanti altri, B. SANDER, *Justifying International Criminal Punishment. A Critical Perspective*, in *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*, a cura di M. Bergsmo, E.J. Buis, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2019, p. 167 ss., esp. pp. 187-189.

<sup>37</sup> Sulla vicenda di Omar al Bashir sia permesso rinviare a P. EIROA, *El impacto de las jurisdicciones penales internacionales en la culminación de una guerra o conflicto de violencia grave*, in *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, a cura di A. Gil Gil, E. Maculan, Dykinson, Madrid 2017, p. 81 ss., spec. pp. 86-90.

Aggiungo a quanto detto che se si volesse riconoscere efficacia deterrente alla giustizia penale in contesti di violazione sistematica e massiva dei diritti umani, sembrerebbe veramente difficile sostenere che essa sia necessaria per evitare la reiterazione di tali condotte. Basti ricordare, quali esempi eloquenti, le esperienze dell'Italia, della Spagna e del Sudafrica, dove il compromesso essenzialmente politico delle parti in conflitto si è dimostrato particolarmente rilevante, anche in assenza di processi e condanne penali, per garantire il processo di transizione da un sistema di governo totalitario ad uno democratico.

Infine, l'esperienza argentina mostra che la persecuzione penale senza limiti ha messo in pericolo la democrazia che stava rinascendo, mentre le leggi d'amnistia, volute dal governo di Alfonsín, hanno contribuito alla tenuta di quel processo.

## 10. *Conclusione*

Gli imperativi di verità e giustizia hanno caratterizzato la storia argentina dalla fine dell'ultima dittatura a oggi. Tuttavia, essi sono stati interpretati in modo diverso non solo da vari settori della società, ma anche dai governi e dai membri del potere giudiziario che si sono susseguiti nel tempo. Pertanto, anche i meccanismi per rispondere in modo soddisfacente alle richieste provenienti dalla opinione pubblica sono stati di diversa natura, a seconda delle urgenze dei contesti politici, economici e culturali. Non è chiaro se tali risposte siano idonee a raggiungere gli scopi invocati. In particolare, credo che vi siano elementi per ritenere che il processo penale non costituisce uno strumento adeguato e nemmeno necessario per ricostruire la verità e garantire la memoria di eventi tragici del passato. Inoltre, il processo penale e la sanzione che ne consegue non sarebbero determinanti per convincere la società sui valori della democrazia e dei diritti umani, né per prevenire violazioni massive e sistematiche di questi ultimi.

In via conclusiva, si può affermare che nonostante tali rilievi e la complessità della esperienza argentina, i processi penali celebrati contro gli accusati di crimini contro l'umanità commessi durante la ultima dittatura nel paese latinoamericano, a cominciare dal processo *a las juntas*, hanno avuto una forza straordinaria per avviare e tenere vivo il dibattito pubblico, assente per decenni dalla società, riguardante i valori della democrazia e dello stato di diritto e per mitigare il dolore delle vittime.



Olimpia Barresi

*L'endiadi "processo e verità":  
i diritti fondamentali nel dialogo tra Corti sovranazionali*

SOMMARIO: 1. Considerazioni iniziali: l'apertura del diritto penale alle fonti sovranazionali – 2. Breve inquadramento sugli obblighi positivi di tutela penale e la tutela dei *core rights* – 3. Il progressivo riconoscimento e l'emersione di un diritto di nuovo conio: il diritto alla verità – 3.1. Le radici storiche del diritto alla verità: la giurisprudenza della Corte interamericana – 3.1.1. Un difficile banco di prova: il diritto alla verità nella giurisprudenza della Corte Edu – 4. La timida emersione del diritto alla verità nella giurisprudenza italiana: il caso del Tribunale di Roma e la strage di Ustica – 5. Riflessioni conclusive: il superamento del passato e il ruolo del diritto penale.

1. *Considerazioni iniziali: l'apertura del diritto penale alle fonti sovranazionali*

Il contributo mira a tracciare i contorni del 'silenzioso' dialogo intercorso tra la Corte europea dei diritti dell'Uomo e la Corte interamericana in materia di diritti umani fondamentali; in particolare, si cercherà di individuare la linea di fondo che accomuna le due Corti sovranazionali che si sono trovate a confrontarsi con l'emersione del diritto alla verità, nato in seno alla loro giurisprudenza e dal quale sono stati riconosciuti dei precisi obblighi positivi di tutela in capo agli Stati.

L'analisi sarà indirizzata verso tre macro direttive. In un primo momento si cercherà di definire la categoria degli obblighi di tutela penale rilevando come gli stessi posseggano una natura proteiforme e si pongano come argine per garantire l'effettività dei diritti fondamentali (i c.d. *core rights*<sup>1</sup>).

<sup>1</sup> La nozione di *obligations positives* è stata coniata ed utilizzata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sul punto, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, Pisa 2009, p. 176; si rimanda al *leading case* in materia *Belgio c. Belgio*, Corte Edu, nn. 1474/62, 23 luglio 1968, causa relativa ad alcuni aspetti del regime linguistico dell'insegnamento, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti*

Una seconda direttiva invece, rivolgerà l'attenzione verso l'emersione di un nuovo diritto, il diritto alla verità, nel tentativo di comprendere in che modo lo stesso si sia posto come punto di forza e bilanciamento nella scelta sulla persecuzione 'oltre tempo' di taluni reati. Nel descrivere l'emersione di questo diritto di nuovo conio, l'attenzione si concentrerà, in una prima fase, sul contesto sudamericano per comprendere la genesi e la sua *ratio*, per poi interessarsi maggiormente del contesto europeo e dei punti di contatto fra i due sistemi.

Lo studio di questo argomento riveste un'importanza decisiva e risulta particolarmente rilevante per almeno due ordini di ragioni: da un lato, la tematica ha delle conseguenze significative per quanto concerne il ruolo dei diritti umani e se gli stessi presentino un volto 'repressivo' dai quali discendono precisi obblighi di tutela; dall'altro è opportuno considerare i possibili rimedi alternativi che non passano solo attraverso l'imposizione di obblighi imposti agli Stati, ma mediante altre soluzioni, tenendo presente le peculiarità specifiche dei contesti di transizione politica che hanno caratterizzato i paesi latino americani. In via generale, si cercherà di mettere a fuoco la funzione e il ruolo del diritto penale<sup>2</sup> nei casi di gravi violazioni di diritti umani, valutando la necessità di punire anche 'oltre tempo' quando sussiste una grave lesione di alcuni beni giuridici.

## 2. Breve inquadramento sugli obblighi positivi di tutela penale e la tutela dei core rights

Come è noto, se si presta attenzione al sistema delle fonti in materia penale in una prospettiva diacronica si nota come lo scenario sia completamente mutato negli ultimi cinquant'anni. A ben vedere, nella transizione del diritto penale da «Cina imperiale<sup>3</sup>», si assiste a un cambiamento e ad un'apertura al sistema delle fonti sovranazionali; in questo contesto, nella giurisprudenza della Corte europea, sono emerse categorie di obblighi provenienti dalla Convenzione, riconosciuta come un «sistema oggettivo di tutela» che obbliga gli Stati, senza condizioni

---

*dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, a cura di M. De Salvia, V. Zagrebelsky, Vol. I, Giuffrè, Milano 2006, pp. 46 ss.

<sup>2</sup> F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Cedu*, in «Giur. merito», suppl. n. 12, 2008, pp. 83 ss.

<sup>3</sup> Si riprende la descrizione di Massimo Saverio Giannini, così sul punto V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike, Roma 2012.

di reciprocità, a predisporre misure che impediscano una lesione dei *fundamental rights*<sup>4</sup>.

Nel tentativo di chiarire le implicazioni del tema occorrerà, in primo luogo, definire una tipologia degli obblighi di tutela penale così come si sono profilati in epoca recente<sup>5</sup>. Invero, si è andata sempre più affermando l'enucleazione di obblighi positivi molto pervasivi in molti ambiti dello spettro penale e una progressiva vincolatività alla Convenzione<sup>6</sup> e alle pronunce della Corte Edu, tali, in certi casi, da compromettere e porre in discussione la stabilità di alcuni istituti penali<sup>7</sup>. Pertanto, oltre agli effetti dei vincoli che si ricavano dalla Costituzione, le scelte legislative in materia penale ricevono dei condizionamenti significativi anche a livello sovranazionale. Lo stesso è avvenuto – se pur in momenti storici differenti – nel contesto sudamericano, dove la Corte e la Commissione interamericana hanno riconosciuto l'esistenza di tali obblighi; in entrambi i contesti geografici, tali obblighi vengono ricollegati al generale dovere del legislatore interno di assicurare un'adeguata tutela del rispetto dei diritti e dei divieti posti dalla Convenzione contro comportamenti lesivi dei diritti fondamentali, ricollegando tale lettura alle due disposizioni di apertura delle Convenzioni<sup>8</sup>.

Si è così scelto di mettere a confronto due entità geografiche distinte che si sono trovate a dialogare *silenziosamente* e a condividere un approccio comune alla 'domanda di giustizia' che ha portato all'emersione di nuove riflessioni sul ruolo del diritto penale nelle gravi violazioni di diritti umani. A ben vedere, le decisioni delle due Corti si sono rivolte indirettamente ai legislatori e agli organi giudiziari nazionali precisando la necessità di assicurare – attraverso l'uso dello strumento penale – la tutela di determinati diritti. La riflessione, in particolare, è scaturita a seguito di una lesione dei diritti tutelati dalle Convenzioni o dalla predisposizione o dalla mancanza

<sup>4</sup> A lungo la dottrina si è interrogata sulla loro genesi e natura, a partire dal *leading case* in materia rappresentato dal caso *X e Y c. Paesi Bassi*, Corte Edu, Serie A, n. 21, 26 marzo del 1985.

<sup>5</sup> D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in «Riv. It. Dir. e proc. Pen.», 1984, pp. 484 ss.

<sup>6</sup> PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 170 s. Si rimanda, inoltre a C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Studi integ. eur.», 2008, pp. 31-32.

<sup>7</sup> MANES, *Il giudice del labirinto*, cit., p. 3.

<sup>8</sup> In particolare agli artt. 1 della Cedu e della CADH; sul punto, A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 127 ss.

di forme apposite di tutela che non hanno fornito, in relazione alle singole vicende, adeguate garanzie alla vittima con riguardo al pregiudizio subito<sup>9</sup>.

Si è così assistito ad una sorta di *cross fertilization* che ha visto il confronto e il recepimento reciproco di talune posizioni sul tema del riconoscimento di alcuni obblighi di tutela penale che hanno avuto risvolti non solo dal punto di vista sostanziale in materia di diritti fondamentali, ma anche processuali. Lo scambio di esperienze e il confronto non può che risultare fondamentale qualora si consideri la sintonia di base riscontrata fra i due organi giurisdizionali sovranazionali, entrambi orientati a riconoscere una dimensione di grande rilevanza alla lesione dei beni giuridici in base al riconoscimento offerto da strumenti internazionali di diritto umanitario – ma non solo da quelli – volti a riconoscere un obbligo positivo a carico degli Stati di attivarsi per perseguire le condotte di aggressione in modo effettivo.

Prendendo le mosse proprio dallo sviluppo di obblighi di tutela penale, l'analisi che si propone in questa sede intende delineare i caratteri salienti ed i profili critici di tale meccanismo espansivo della penalità, ponendo a confronto la giurisprudenza delle due Corti, nel tentativo di rilevare come il ricorso alla categoria degli obblighi positivi in materia penale appaia, in entrambi i contesti – se pur in parte funzionale al superamento della difficoltà di accertare la responsabilità per alcune violazioni sostanziali dei diritti umani coperta da contesti di impunità generalizzata – non scevro di profili critici. Tuttavia, la mancanza di una esplicita tipizzazione di tali obblighi<sup>10</sup>, riconosciuta solo su un piano giurisprudenziale, viene comunque compensata dal valore intrinsecamente assiologico delle norme della Convenzione che vengono richiamate poi, in sede interpretativa, dagli stessi organi giudiziari, finendo così per allargare le maglie dei diritti fondamentali.

---

<sup>9</sup> F. BESTAGNO, *Diritti umani. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, ASERI, Milano 2003, p. 40.

<sup>10</sup> R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Leg. pen.», 2006, p. 176; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 324 ss.

### 3. *Il progressivo riconoscimento e l'emersione di un diritto di nuovo conio: il diritto alla verità*

La riflessione sugli obblighi positivi di tutela penale offre un terreno fertile per comprendere come alcuni di questi siano sorti sulla spinta del diritto alla verità, coniato in chiave giurisprudenziale<sup>11</sup>. È ancora dibattuto se possa effettivamente riconoscersi una sua autonomia ed è pertanto legittimo interrogarsi se la formulazione che ne è stata data dalla giurisprudenza sovranazionale abbia trovato un esplicito riconoscimento negli ordinamenti nazionali.

Invero, partendo proprio da una ricerca giurisprudenziale, condotta in chiave comparata fra le due Corti sovranazionali in punto di diritto alla verità rispetto a crimini che hanno attentato al nucleo della persona umana, si è cercato di valutare i punti di contatto. Tale interesse si rivolge da un lato al ruolo e alla portata del diritto alla verità e, dall'altro, verso i comuni dubbi circa il ruolo e la portata dei diritti fondamentali emersi dalle Convenzioni e giurisdizioni sovranazionali – e, a cascata, nazionali.

In particolare, questo diritto si è sviluppato in particolari contesti nei quali, a fronte delle ripetute e sistematiche violazioni che attentavano al diritto alla vita, è emerso il diniego delle autorità statali di avviare procedimenti volti a conoscere le sorti e ad ottenere giustizia processuale per i fatti accaduti. Invero, non è un caso che le riflessioni in materia di obblighi positivi siano ruotate attorno all'art. 2 della Convenzione europea e all'art. 4 della Convenzione interamericana, perché gli viene riconosciuta una priorità di tutela, rappresentando un terreno nel quale la 'domanda di penalizzazione' si è perpetrata sia su scala europea che internazionale.

Indubbiamente, alla base vi era l'idea che solo il pieno ed effettivo esercizio di tale diritto potesse rappresentare una garanzia fondamentale contro la futura commissione di tali violazioni. A ben vedere, tale diritto si è posto in contrasto e ha fatto da contraltare alla necessità del rispetto di alcuni istituti del diritto penale e all'idea di preservare l'oblio della memoria collettiva<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Si può riscontrare l'origine e il progressivo riconoscimento di un vero e proprio diritto alla verità nel diritto internazionale umanitario agli articoli 32 e 33 del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, adottato nel 1977, nonché negli obblighi delle parti belligeranti nei conflitti armati internazionali di cercare persone scomparse. Sul punto, L. E. BORGES, *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte 2006, p. 113.

<sup>12</sup> U. CELLI, *Il Diritto alla Verità nell'ottica del Diritto Internazionale: il caso brasiliano*, in «Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino», VI, 2017.



### 3.1 *Le radici storiche del diritto alla verità: la giurisprudenza della Corte interamericana*

Le origini del diritto alla verità sono da ricondurre ad una lunga e tormentata stagione di violazioni dei diritti umani, caratterizzata da sparizioni forzate e numerosi casi di detenzioni arbitrarie a danno degli oppositori politici delle dittature militari. La fine dei regimi totalitari instaurati nella seconda metà del '900 – e l'avvio di procedimenti di giustizia di transizione<sup>13</sup> volti al consolidamento delle neonate democrazie – hanno portato a una richiesta sempre maggiore di giustizia e verità da parte dei familiari delle vittime e della collettività. È in questo quadro che si inseriscono le decisioni della Commissione interamericana dei diritti umani che, già a partire dai primi anni '90, ha estrapolato dal testo della Convenzione i lineamenti e le caratteristiche peculiari proprie del diritto alla verità. I primi esempi di decisioni pronunciate da un organo giudiziario sovranazionale si inseriscono nel solco di una precisa presa di posizione con la quale le modalità di esercizio dei poteri statali in materia penale sono state sottoposte a una 'severa revisione' e dove, inoltre, le leggi di amnistia sono state dichiarate incompatibili e inadeguate con gli obblighi positivi implicitamente derivanti dalla Convenzione. Invero, dall'analisi sulla giurisprudenza della Corte interamericana, la questione più spinosa, nonché uno dei maggiori problemi nella fase di transizione verso un regime democratico, consisteva nel decidere come trattare, a livello giurisdizionale, i crimini commessi dagli organi del precedente apparato governativo; vi era la necessità di riuscire a conciliare l'interesse a reprimere le gravi violazioni dei diritti umani e a rispondere al diritto alla verità reclamato collettivamente, con l'interesse alla stabilità democratica e alla riconciliazione sociale.

È, peraltro, la stessa Corte interamericana a delineare la dimensione 'plurale' del diritto alla verità come diritto individuale e collettivo: da un lato, rivolto verso la vittima, la quale ha il diritto di conoscere la verità sulle violazioni che l'hanno colpita; dall'altro, in una prospettiva collettiva, il diritto alla verità è visto anche come un antidoto che, rappresentando un mezzo di conoscenza dei fatti accaduti, permette di creare una coscienza sociale affinché gli stessi fatti non si ripetano in futuro.

L'idea di una dimensione collettiva e individuale del diritto alla verità presenta tuttora aspetti controversi che alimentano il dibattito dottrinale in

---

<sup>13</sup> G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, 2013 Torino, pp. 83 ss.

corso sul tema. Non è stato un caso, del resto, che i due elementi menzionati abbiano indotto la Corte interamericana a non aderire, almeno in una fase iniziale, all'orientamento più progressista della Commissione negando così, inizialmente, una natura autonoma di tale diritto<sup>14</sup> e sussumendolo nel più ampio diritto di accesso alla giustizia, riconducibile al combinato disposto degli artt. 8 e 25 della Convenzione<sup>15</sup>.

A ben vedere, l'interpretazione adottata dalla Corte in questa prima fase è rimasta invariata negli anni a seguire, anche a fronte dell'ammissione, da parte degli Stati convenuti, di aver violato il diritto alla verità. Il primo passo verso un riconoscimento esplicito è stato compiuto nel 2001 dal *leading case Barrios Altos c. Perù* con il quale la Corte interamericana, occupandosi delle leggi di amnistia peruviane successive alla dittatura, ritenne inammissibili tutte le disposizioni in materia di amnistia e di prescrizione nonché l'adozione di misure finalizzate a escludere l'accertamento delle responsabilità dei soggetti coinvolti, poiché esse miravano a impedire le indagini e la punizione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani quali la tortura, le esecuzioni sommarie e arbitrarie e le sparizioni forzate<sup>16</sup>. In questa occasione, la Corte di San José riconobbe che quelle leggi avevano impedito ai prossimi congiunti delle vittime e alle vittime sopravvissute di essere ascoltate da un giudice, violando, così, il diritto alla tutela giurisdizionale allorché erano state impedito le indagini e si erano ostacolati l'accertamento dei fatti, il perseguimento e la condanna dei responsabili degli eventi accaduti. Tutto ciò si poneva in violazione dell'art. 1, par. 1, e dell'art. 2 della Convenzione americana<sup>17</sup>. Questa decisione contribuì ad aprire la strada alla Corte stessa per mettere in discussione, con un effetto quasi 'a cascata', le leggi di 'auto-amnistia' anche negli altri Stati e rilevare la loro compatibilità con i diritti tutelati dalla Convenzione.

In un secondo momento, la Corte Interamericana ha compiuto un ulteriore passo in avanti, riconoscendo espressamente come derivanti dal diritto alla verità, precisi obblighi positivi di tutela di natura processuale, consistenti nel dovere di uno Stato di indagare sulle violazioni dei diritti umani, ribadendo la natura di un'obbligazione di «mezzi e non di risultati»,

<sup>14</sup> *Castillo Páez v. Perù*, Corte Idu, 27 novembre, 1998.

<sup>15</sup> *Bámaca Vélasquez v. Guatemala*, Corte Idu, 22 febbraio, 2002.

<sup>16</sup> Questa posizione è stata ulteriormente confermata in una vicenda relativa ad una legge di amnistia peruviana, *La Cantuta c. Perù*, Corte Idu, 29 novembre 2006.

<sup>17</sup> In tale occasione, la Corte Interamericana sottolineava che le leggi di auto-amnistia lasciano le vittime prive di difesa e perpetuano l'impunità, precludendo l'individuazione dei responsabili delle violazioni dei diritti umani e impedendo «alle vittime e ai loro prossimi congiunti di conoscere la verità e di ricevere la corrispondente riparazione».

come precipuo obbligo giuridico che sussiste nell'indagare i fatti accaduti predisponendo apposite iniziative procedurali<sup>18</sup>.

Nel corso del tempo, l'approccio della Corte di San José nei confronti del diritto alla verità è tuttavia andato modificandosi. L'influenza del diritto internazionale e il lavoro della Commissione hanno, infatti, portato i giudici della Corte ad ampliare il suo campo di applicazione e a consolidare la base giuridica dalla quale è stato fatto discendere. Così, non solo si è proceduto ad accostare gli artt. 1, primo comma, e 13 della Convenzione – rispettivamente il dovere degli Stati di garantire il libero godimento dei diritti previsti dalla Convenzione e il diritto alla libera manifestazione del pensiero – agli artt. 8 e 25 in cui era stato inizialmente sussunto, ma è stata, altresì, riconosciuta la rilevanza giuridica della sua dimensione autonoma e collettiva<sup>19</sup>.

### 3.1.1 *Un difficile banco di prova: il diritto alla verità nella giurisprudenza della Corte Edu*

A ben vedere, la forza espansiva del diritto alla verità compie un ulteriore passo in avanti nella giurisprudenza della Corte europea la quale, ripercorrendo in modo attento i vari passaggi della Corte di San José, ha anch'essa metabolizzato – sia pur con una certa prudenza e senza evocarla espressamente – l'esigenza irrinunciabile di offrire alle vittime di gravi crimini un diritto non tanto all'individuazione del colpevole ma al compimento di indagini effettive e alla riparazione completa del pregiudizio patito, per raggiungere la quale occorre perseguire in tutti i modi possibili l'esigenza di verità, ancorandosi, per lo più, alla sua natura processuale.

Questa iniziale incertezza, come già anticipato, deve essere attribuita proprio al differente contesto storico e politico in cui la Corte di Strasburgo si trova ad operare; difatti, contrariamente al substrato che ha visto la nascita del diritto di cui si è fatta menzione nel presente contributo in America Latina, la Corte europea si è trovata a svolgere le proprie funzioni – seppur con non poche eccezioni – in un contesto non caratterizzato da conflitti bellici interni e fasi di transizione da regimi totalitari a democrazie instabili. In seno al Consiglio d'Europa, pertanto, il riconoscimento del diritto alla verità parrebbe essere parzialmente superfluo, mancando le

---

<sup>18</sup> Si rimanda al caso *Gelman c. Uruguay*, Corte Idu, 24 febbraio 2011. In tale occasione, la Corte colse l'occasione per sottolineare che la Commissione interamericana, gli organi delle Nazioni Unite e altri organi regionali avevano dichiarato l'incompatibilità delle leggi di amnistia relative a gravi violazioni dei diritti umani.

<sup>19</sup> *Anzualdo Castro v. Perù*, Corte Idu, 22 settembre 2009.

realtà di fatto che ne richiederebbero l'applicazione; tuttavia, in forza di circostanze particolari che hanno interessato il vecchio continente – si pensi all'incessante lotta al terrorismo internazionale – le condotte degli Stati hanno indotto la Corte a mutuare istituti estranei all'ordinamento europeo, per far fronte alle gravi violazioni di diritto fondamentali poste in essere in nome della c.d. *war on terror* o da altri casi in cui si è verificato un uso eccessivo della forza posto in essere dalle autorità.

Si ricorda il caso *McCann*<sup>20</sup> che ha visto come protagonista il diritto alla vita ove, a seguito della morte di tre giovani nel corso di un'operazione anti-terroristica della polizia, i familiari delle vittime ricorrevano alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione del diritto alla vita dei loro familiari, in seguito all'esito assolutorio delle pronunce delle corti nazionali a conclusione dei processi penali a carico degli agenti coinvolti nella vicenda. La Corte, in tale pronuncia, delinè una struttura 'bicefala' dell'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita, discendente dal combinato disposto degli articoli 1 e 2 della Convenzione che si articola, da una parte nel vincolo per lo Stato di adottare le misure idonee a prevenire la perdita di vite umane (obbligo di prevenzione); dall'altra, nell'impegno delle autorità statali competenti a condurre indagini ufficiali in modo serio, effettivo, tempestivo, approfondito e imparziale, che assicurino l'accertamento delle responsabilità individuali per le intervenute violazioni del diritto alla vita (obbligo di indagine), assumendo così una struttura per certi versi simile a quella che connota la *responsibility to protect* prevista a livello globale.

In tal senso, seguendo la stessa scia, la Corte europea ha recepito alcuni dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte interamericana, in particolare a proposito dell'aggressione di persone in violazione degli artt. 2 e 3 Cedu. Difatti, nella sentenza *El-Masri*<sup>21</sup>, la Corte non solo ribadì l'esistenza del diritto alla verità e l'importanza di entrambe le sue dimensioni, ma ne riconobbe la portata autonoma, ancorandolo alla dimensione procedurale dell'art. 3 della Convenzione.

Il *leading case* in materia, nel contesto europeo, è stato originato dalle vicende che avevano coinvolto un generale croato in diversi crimini efferati contro i civili in occasione del conflitto serbo-croato. In questa occasione, la Grande Camera della Corte europea<sup>22</sup> – a proposito dell'introduzione di una legge croata che aveva eliminato gli effetti dell'amnistia precedentemente concessa per crimini contro l'umanità – uniformandosi ai principi espressi

<sup>20</sup> *McCann e al. c. Regno Unito*, Corte Edu, Serie A, n. 324, 27 settembre 1995.

<sup>21</sup> *El-Masri c. Macedonia*, Corte Edu, Grande Camera, 13 dicembre 2012.

<sup>22</sup> *Marguš c. Croazia*, Corte Edu, Grande Camera, 27 maggio 2014.

dalla Corte Interamericana nella sentenza *La Cantuta v. Perù*<sup>23</sup>, non ha mancato di sottolineare che il divieto di *bis in idem* va interpretato alla luce degli artt. 2 e 3 Cedu, i quali, prevedendo la tutela della vita e il divieto di tortura come valori fondamentali dell'intera Convenzione, impongono un bilanciamento con la garanzia di cui al ricordato art. 4. La Grande Camera ha quindi riconosciuto che gli obblighi di tutelare il diritto alla vita, ai sensi dell'art. 2 Cedu, e di assicurare una protezione contro i maltrattamenti ai sensi dell'art. 3 Cedu, in combinato disposto con l'obbligo generale degli Stati, ai sensi dell'art. 1 Cedu, di riconoscere a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà indicati nella Convenzione, esigono implicitamente anche che debba esservi qualche forma di indagine ufficiale effettiva quando delle persone sono state uccise a seguito dell'uso della forza. La Corte europea – in piena sintonia con quanto riconosciuto dai giudici della Corte Interamericana – ha ribadito che amnistie e altre misure analoghe contribuiscono all'impunità e costituiscono un ostacolo al diritto alla verità, in quanto impediscono le indagini sui fatti nel merito e sono pertanto incompatibili con gli obblighi spettanti agli Stati in virtù di diverse fonti di diritto internazionale.

In definitiva, anche la Corte Europea opera un bilanciamento tra esigenze di verità e contesti di impunità, coperti in taluni casi dal segreto di stato, finendo poi per rilevare che tale bilanciamento operato rispetto ad un crimine che ha attentato ai beni incompressibili della vita e in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Cedu, fa emergere una nuova prospettiva nella quale sembra crescere sempre più il peso della verità e della necessità di investigare quando sono in gioco i diritti fondamentali di un individuo.

#### *4. La timida emersione del diritto alla verità nella giurisprudenza italiana: il caso del Tribunale di Roma e la strage di Ustica*

A livello nazionale una prospettiva peculiare emerge da una recente sentenza<sup>24</sup>, con la quale il Tribunale di Roma, facendo proprio l'orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza interamericana, ha riconosciuto il Ministero della Difesa responsabile di aver ripetutamente violato, con azioni omissive e commissive, il diritto alla verità, nel senso della verità storica, dei ricorrenti – la moglie e i figli di Davide Cervia – condannando

---

<sup>23</sup> *La Cantuca v. Perù*, Corte Idu, 18 luglio 1992.

<sup>24</sup> Trib. Roma, II sez. civ., n. 1562, 23 gennaio 2018.

il Dicastero al risarcimento dei danni di natura non patrimoniale.

Il diritto alla verità è stato inoltre richiamato anche dal Tribunale di Palermo in relazione alla strage di Ustica<sup>25</sup>, esplicitamente nominato come un «presupposto innegabile delle vittime», ribadendo come lo stesso trovi riconoscimento in alcune disposizioni normative e confermando la duplice prospettiva del processo penale: rivolta all'accertamento dei fatti e della verità e finanche alla necessità di conoscere la verità.

Le due pronunce sommariamente descritte dimostrano l'importanza rivestita dal dialogo tra Corti, di diverso ordine e grado e, soprattutto, di diversi ordinamenti, così come la rilevanza del diritto comparato nell'elaborazione e nella circolazione di strumenti di tutela delle vittime, quali il diritto alla verità, ancorato agli artt. 2 e 21 della Costituzione. A ben vedere, questo diritto – la cui elaborazione più significativa è da attribuirsi alla Corte interamericana dei diritti umani nell'ambito della c.d. giustizia di transizione – trova spazio e ricopre un ruolo fondamentale anche in ambiti diversi da quelli in cui si è sviluppato. Le condotte di non intervento del Dicastero hanno violato, secondo il convincimento del giudice di prime cure, non un mero interesse, come sostenuto dal Tribunale palermitano, bensì un vero e proprio diritto soggettivo, il cui contenuto si estrinseca nella pretesa di ottenere, senza che vengano illegittimamente posti ostacoli, ogni notizia rilevante, utile o necessaria, che sia preconditione per l'esercizio di altri diritti fondamentali. Difatti, l'elemento indefettibile del diritto di cui si parla è stato da sempre ricondotto alla facoltà delle vittime e dei loro familiari di conoscere le sorti dei propri cari e a tale facoltà, pertanto, corrisponde un obbligo che grava sullo Stato, il quale non solo deve astenersi dal porre ostacoli ma deve adoperarsi a che i fatti possano emergere.

##### *5. Riflessioni conclusive: il superamento del passato e il ruolo del diritto penale*

Prendendo le mosse da queste considerazioni, la questione che ruota attorno al ruolo delle fonti e della giurisprudenza sovranazionale in materia penale che impone indirettamente obblighi ai legislatori nazionali innesca una riflessione sulla loro legittimità e sui loro *effetti collaterali*. In particolare, in questo contributo si è rivolta l'attenzione verso obblighi di tutela, per lo più procedurali, emersi in seno alle Convenzioni sovranazionali e

<sup>25</sup> Così sul punto, Trib. Palermo, III sez. pen., n. 4067, 10 settembre 2011.

scaturiti dall'emersione del diritto alla verità che ha trovato terreno fertile, 'ampliando il proprio cono d'ombra' nel contesto sudamericano che ne ha riconosciuto, attraverso una consolidata giurisprudenza, la sua duplice valenza, individuale e collettiva. Si è rilevato, in un secondo momento come la forza dirompente di tale diritto abbia mosso un ulteriore passo in avanti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, ripercorrendo le orme tracciate dalla Corte interamericana ha, più prudentemente, evocato l'esigenza di offrire alle vittime di gravi crimini la necessità del riconoscimento di un obbligo procedurale nel conoscere la sorte dei congiunti per ottemperare alla forte istanza di verità.

Tuttavia, non mancano profili di criticità riguardo l'emersione di tali obblighi che attengono, da un lato, alla loro natura e vincolatività e in particolare, ancor di più, dal fatto che gli stessi derivano da un diritto che di per sé non ha una sua propria conformazione e riconoscimento esplicito nelle Convenzioni.

In primo luogo, la previsione di obblighi di tutela a livello sovranazionale pone una serie di problemi di compatibilità con i sistemi penali fondati sul rispetto del principio della legalità dei reati e delle pene che verrebbe eluso nella sua sostanza, ove si consentisse che le fondamentali scelte di criminalizzazione fossero demandate e influenzate da organi sovranazionali.

In secondo luogo, si pone un problema con riguardo agli effetti e alle ricadute che gli stessi possono avere su alcuni istituti posti a presidio degli ordinamenti penali. Invero, dalle posizioni delle due Corti sovranazionali emerge il timore che il riconoscimento di tali obblighi, rischi di sconfinare, in taluni casi andando ad intaccare alcuni istituti, come la prescrizione e l'irretroattività sfavorevole che finiscono per essere non solo aggirati, ma anche 'svuotati del loro valore' rispetto al loro scopo principale.

In terzo luogo, ulteriori criticità emergono, in punto di riflessione sulla pena: ci si domanda quanto sia utile una sanzione penale che commina un rimprovero a distanza di lunghi archi temporali e, di conseguenza, quale sia la funzione della pena, che, in questo modo, non riesce a distaccarsi da un'ottica puramente retributiva. Sembrerebbe di assistere ad una distorsione e ad un cambio di prospettiva sulla pena che perde in parte la sua funzione pubblica di prevenzione generale e si trasforma in una soluzione meramente riparatoria, all'interno della quale la vittima torna a porsi al centro dell'ordinamento penale, e la pena diviene una forma di riparazione come "vendetta" individuale.

Un'ultima riflessione ruota attorno al bilanciamento che si pone tra il rispetto di un diritto alla verità e le esigenze di condensare una

stabilità democratica nei processi di transizione. A ben vedere, il notevole incremento, negli anni, di decisioni che toccano la materia discussa ha rischiato di 'stigmatizzare', da un lato, il mancato perseguimento di soggetti ai quali è possibile imputare determinate violazioni dei diritti umani e, al contempo, di utilizzare lo strumento del processo penale come unico rimedio possibile nell'ottica di una spettacolarizzazione del 'processo alla storia'<sup>26</sup>. Altresì, i timori che ruotano attraverso questo cieco utilizzo dello strumento del processo penale attengono anche ad un rischio di ribaltamento di prospettiva: che il diritto penale si ponga come unico baluardo nella risoluzione di controversie storiche e di violazioni perpetrate da governi e autorità anche a distanza di molto tempo, rischiando di alimentare, ancor di più, quel modello tanto caro alle logiche pan-penalistiche, c.d. 'vittimocentrico', basato proprio sulla enfaticizzazione del ruolo del processo penale<sup>27</sup>. In questo ribaltamento di prospettiva si collocano, inoltre, altri dubbi relativi ad una sorta di 'distorsione' del ruolo dei diritti fondamentali che diventano non 'limite al diritto penale' ma oggetto necessario da tutelare oltre tempo e oltre modo dallo strumento più forte.

Chiaramente non possono non tenersi in considerazione le peculiarità dei contesti di transizione nei quali coesistono un forte impulso verso la rimozione del passato ed un diffuso desiderio di giustizia e conservazione della memoria. Quando il diritto penale si rivolge al passato, nel tentativo di giudicare la storia per appagare un senso di giustizia da un lato e, al contempo, per rendere utile un processo di transizione dal quale si innescano dei moniti per il futuro ci si trova in un terreno scivoloso sul quale è difficile mantenere una posizione verso un senso o un altro. Ci si chiede pertanto se, in alcuni casi, l'intervento penale non dovesse fare un passo indietro, lasciando il campo a strumenti di giustizia riparativa,

<sup>26</sup> In particolare, S. MANACORDA, "Dovere di punire"? *Gli Obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in «I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali», a cura di A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo, Napoli 2015, 107 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, D. PASTOR, N. GUZMAN, *El Sistema Penal en las Sentencias Recientes de los Organos Interamericanos de Proteccion de los Derechos Humanos*, Buenos Aires 2013, p. 17. Così anche sul punto, E. MALARINO, *Activismo Judicial, Punitivizacion y Nacionalizacion: Tendencias Antidemocraticas y Antiliberales de la CIDH*, ivi, p. 21. Così anche sul punto si rimanda alle riflessioni introduttive di G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, in *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina*, a cura di G. Fornasari, E. Fronza, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento 2011, pp. 7 ss.



alle c.d. *truth commissions*<sup>28</sup>, demandando il compito di riconciliazione a strumenti giustizia restaurativa e non retributiva, valorizzando, così, l'idea di una verità storica e non necessariamente giudiziaria, rafforzando il principio di *extrema ratio* e abbandonando le logiche legate alla necessità di 'dover punire' soverchiando completamente l'opposto diritto e scelta statale di 'non punire'.

---

<sup>28</sup> Le commissioni per la verità sono dunque nate per affrontare i problemi sollevati dalle transizioni politiche attraverso un approccio olistico che garantisca l'accertamento della verità senza i limiti dettati dall'approccio criminalistico e rappresentano una terza via tra i due estremi dell'epurazione per via penale e dell'amnistia generalizzata.

## Gabriele Fornasari

### *Osservazioni sparse su «Processo, verità e giustizia»*

SOMMARIO: 1. Caratteri problematici della scelta del processo come strumento di transizione – 2. Rilievi critici sulla concezione del processo come strumento di verità e di deterrenza – 3. Diritto alla verità e obblighi sovranazionali di tutela penale – 4. Conclusione.

#### *1. Caratteri problematici della scelta del processo come strumento di transizione*

Cercherò con questo contributo di dare un po' di ordine, senza la pretesa di riuscirci in pieno, ai diversi pensieri e alle diverse sollecitazioni che mi hanno suscitato le relazioni di Pablo Eiroa e Olimpia Barresi presentate in questa sessione.

Le esperienze di transizione, come è ben noto, si dividono in modelli molto differenziati, alcuni dei quali, come quello della Spagna post-franchista, sono stati caratterizzati dalla scelta di prescindere del tutto dall'instaurazione di processi penali volti all'obiettivo di dichiarare la responsabilità di autori di gravi crimini massivi commessi durante la vigenza di regimi autoritari in varie aree del mondo nel XX secolo.

Si è trattato peraltro di una scelta minoritaria, anche se raramente ha avuto luogo la scelta diametralmente opposta, ovvero quella di assegnare il compito di fare i conti col passato esclusivamente allo strumento del processo penale.

Questo è stato il caso, per esempio, della transizione seguita alla riunificazione della Germania, avvenuta nel 1989, anche se poi l'effetto reale dei numerosi processi svoltisi negli anni Novanta è stato molto più modesto di quanto fosse nelle attese.

In quasi tutti gli altri casi, con particolare menzione per le esperienze sudamericane e per quella sudafricana, i processi hanno rappresentato storicamente una parte della risposta, affiancati, o in chiave sincronica - come in Sudafrica - o in chiave diacronica, da altri meccanismi transizionali,

in senso lato riconducibili ai modelli delle commissioni o dei giudizi per la verità e degli strumenti di clemenza, quali amnistie, peraltro molto diverse tra di loro nelle varie realtà in cui sono state concesse, e perdoni individuali.

Il principale problema connesso alla scelta di processare i vertici politici e/o militari dei regimi liberticidi dopo le svolte verso forme di stato rispettose dei diritti umani è stato rappresentato quasi ovunque dalla circostanza che, nello svolgimento dei processi, assai di frequente il rispetto dei principi di garanzia del diritto penale - sostanziale e processuale - non è stato assicurato o è stato assicurato solo in parte.

Sul versante più strettamente politico, si pone invece la questione, affrontata in termini molto chiari nella relazione di Pablo Eiroa, se il processo costituisca uno strumento adeguato per conseguire l'obiettivo del superamento del passato.

Mi soffermerò innanzi tutto sul primo problema, sul quale esistono opinioni controverse da molto tempo, tanto che si può risalire quanto meno a un acceso dibattito che si svolse in Italia, fra giuristi di primissimo livello, ma anche in un ambito intellettuale più ampio, in relazione alle vicende della transizione post-fascista.

Il tema è facilmente enunciabile.

In molti casi, nei processi che si celebrano una volta avvenuta la transizione si tende ad ignorare alcuni principi che sono invece patrimonio comune degli ordinamenti democratici, come quelli di irretroattività, tassatività, terzietà del giudice, parità di armi tra accusa e difesa.

Per esempio, si applicano talvolta norme incriminatrici entrate in vigore successivamente al momento del fatto o si disapplicano retroattivamente norme permissive in vigore al momento del fatto, oppure si fa ricorso a norme incriminatrici dedotte in base a un procedimento analogico; si scelgono talvolta giudici speciali, oppure si presenta il rischio, tutt'altro che remoto, di consentire la produzione di prove accusatorie dedotte da dichiarazioni rese in contesti non processuali, come giudizi o commissioni per la verità, da soggetti legittimamente persuasi di non correre il rischio di vederle utilizzate in future vicende processuali.

La questione, come anticipato poc'anzi, fu al centro di un'aspra contesa già nel 1945 in Italia, in riferimento ai giudizi riguardanti i crimini del fascismo, che furono avviati a seguito dell'emanazione del decreto legislativo luogotenenziale n. 159 del 1944.

Nel dibattito pubblico si mise in discussione uno strumento legislativo che si connotava per l'evidente natura retroattiva delle norme incriminatrici che lo componevano.

Una voce autorevole come quella del grande giurista Arturo Carlo Jemolo, certo non sospettabile di nostalgie fasciste, si levò – non del tutto isolata dato che ebbe un riscontro nell’opinione di Benedetto Croce – per manifestare dissenso verso norme difficilmente giustificabili sul piano giuridico, a causa appunto della loro retroattività ed anche, su di un più generale piano giuspubblicistico, del fatto che solo la repubblica di Salò, non lo stato fascista, era stata in sé illegale, e non opportune sul piano politico, perché troppo inclini ad assecondare le pulsioni dell’uomo della strada, mentre il suo assunto era che “non si compensa il dolore con il dolore”.

Nella replica di Piero Calamandrei, direttore della rivista nella quale era stata ospitato il contributo di Jemolo, anch’egli antifascista e grande giurista, si leggono, nemmeno tanto in controluce, alcuni nodi argomentativi che ancora oggi caratterizzano, *mutatis mutandis*, il dibattito su diritto penale e giustizia di transizione.

Secondo Calamandrei le leggi contro il fascismo dovevano ritenersi giustificabili non solo sul piano politico, ma anche su quello propriamente giuridico. Il principio “nullum crimen sine previa lege”, infatti, doveva e poteva essere bilanciato con un altro principio “ancor più essenziale”, perché condizione ancor più indispensabile d’ogni civile convivenza: “quello che vieta ai singoli di farsi giustizia da sé. E quando la tensione politica è tale che senza l’intervento dello stato le vendette sociali dilagherebbero nella guerra civile, si può pensare che anche il dogma della irretroattività della legge debba per forza passare in seconda linea.

Fatta questa premessa di Realpolitik, vi sono poi nel suo discorso argomentazioni più strettamente giuridiche, a cominciare dall’idea che “il principio della irretroattività della legge penale deve valere nell’interno dell’ordinamento giuridico in cui è scritto, ma non può essere invocato senza contraddizione a difesa di chi ha respinto e distrutto quell’ordinamento, e se ne è messo fuori da sé”.

Insomma, espresso diversamente e senza pretesa di dargli un fondamento filosofico neogiusnaturalista, affiora qui un pensiero che non è molto lontano dalla famosa “formula di Radbruch”.

Anche in Calamandrei, infatti, l’istanza di fondo è quella della creazione di uno “spazio libero” dalla tirannia di principi che è giusto valgono in situazioni “normali”; qui la situazione è eccezionale, bisogna segnare un forte momento di discontinuità con il passato, ma in tal modo si assegna indubbiamente al diritto penale un compito che va molto al di là delle sue possibilità, prima ancora che dei suoi consueti obiettivi.

La nostra storia successiva dimostrerà che l'irretroattività della legge penale, divenuta principio costituzionale, assumerà lo *status* anche formale di canone inderogabile, sicché il suo superamento risulta compatibile solo con una fase di anomia costituzionale, al cui interno di consumano i riti di una sorta di "giustizia rivoluzionaria".

Questa nostra pagina di storia non ha perso di attualità, e i suoi contenuti connotano ancora i tratti dilemmatici dei processi al passato, con eccezione, naturalmente, di quei casi nei quali - come è avvenuto per esempio nella transizione sudafricana - essi hanno avuto luogo nel rispetto dei principi di garanzia formale.

In tali processi, il tema della irretroattività si è posto anche in una forma particolare, data dalla decisione, presa in alcuni casi - come quello argentino -, di disapplicare retroattivamente istituti giuridici la cui applicazione avrebbe prodotto il risultato di garantire la non punibilità (o una sanzione meno severa) degli accusati, come la prescrizione e le amnistie.

La questione della prescrizione sarebbe oggi sostanzialmente superata dalla circostanza che i gravi crimini internazionali vengono in genere considerati imprescrittibili, mentre quella delle amnistie - e degli altri analoghi provvedimenti comunque nominati - pone a mio avviso ancora problemi attuali, specie in riferimento al fatto che non dovrebbe essere consentito mettere sullo stesso piano situazioni anche molto diverse, stante che vi sono leggi di amnistia o di perdono che non possiedono alcun carattere di legittimità, in quanto per esempio autoconcesse da governi illiberali prima di cedere il potere e non sottoposte ad alcuna condizione, mentre invece altre derivano da scelte consapevoli di parlamenti democraticamente eletti dopo la fine dei regimi illiberali e condizionano i propri effetti facendoli dipendere da atti di riconoscimento formale e sostanziale della nuova situazione (ammissione di responsabilità, riparazione alle vittime, deposizione delle armi, rinuncia ad assumere in futuro posizioni di potere); in relazione a questi casi un annullamento retroattivo risulta un atto di dubbia compatibilità con i principi dello Stato di diritto.

La premessa alla posizione che si può assumere a questo riguardo è nella risposta che si vuol dare alla domanda, se faccia parte del novero dei diritti umani meritevoli della massima tutela anche quello dell'accusato in un processo penale a fare affidamento sulle regole e sui principi di un giusto processo e delle garanzie che lo caratterizzano.

L'impressione è che troppo spesso tali garanzie vengano viste come nulla più che un vincolo formalistico, perfino fastidioso, quindi non tanto come il contenuto di un diritto fondamentale, ma come un ostacolo

all'affermazione dei diritti fondamentali (tramite una condanna penale).

Ritengo che questa sottovalutazione del rango dei diritti dell'accusato costituisca la spia di una pericolosa deriva, che mette in discussione un paio di secoli di faticose conquiste di civiltà giuridica.

## *2. Rilievi critici sulla concezione del processo come strumento di verità e di deterrenza*

La questione politica posta da Pablo Eiroa nella sua relazione, cioè se il processo sia lo strumento più adeguato ed opportuno per “superare il passato”, ovvero in termini più espliciti e pratici per ricostruire la verità, fondare una memoria collettiva e porre le basi per prevenire future derive analoghe alla realtà che si intende superare, ha trovato risposte contraddittorie, ma io credo che in fondo il sostanziale scetticismo dello studioso argentino non sia affatto privo di fondamento.

In primo luogo, è contestabile che il processo penale sia la sede più idonea per l'accertamento della verità storica: contrariamente allo storico, il giudice ha il limitato compito di verificare un'ipotesi intorno ai fatti (e in questi limiti sì, è incontestabile che debba cercare la verità) ed inoltre il suo metodo di ricerca si basa sul contraddittorio – per captare i frammenti di realtà utili a quella verifica – e sull'accettazione dell'idea che vi sono prove inammissibili e diritti inalienabili dell'imputato; bisogna poi ricordare che il processo in cui la verità veniva cercata a tutti i costi era quello inquisitorio, in cui oggi si vorrebbe vedere un retaggio del passato.

Ricordiamo la lezione di Carlo Ginzburg:

«Storico e giudice vogliono entrambi stabilire quanto accaduto, ma per diversi fini. Se il primo tenta di cogliere le cause, il secondo riesuma il passato al fine di qualificarlo giuridicamente, ovvero di integrarlo in categorie preesistenti [...]. Il giudice non può mai essere libero di cercare la verità: egli ha il compito di stabilire una corrispondenza tra i fatti e il modello della qualificazione giuridica [...]. La giustizia – a differenza della storia – non è un luogo di conoscenza, ma di riconoscimento».

C'è poi anche qualche altro dettaglio, se si vuole approfondire la questione.

Il giudice ha poco tempo, perché indifferibili norme di civiltà esigono che il processo si celebri entro termini ragionevoli e contenuti, mentre lo storico può svolgere le sue ricerche anche impegnando una vita intera;

il giudice si è formato professionalmente acquisendo un metodo per giudicare in modo corretto e conforme alle norme, e non, come invece lo storico, un metodo per scandagliare le cause e le connessioni tra i fenomeni della vita: può ben darsi che la storia ricostruita da dilettanti del mestiere si riveli un risultato di pessima qualità, come tale difficilmente utilizzabile per “fare memoria”.

La formazione della memoria ha bisogno d'altro.

Servono un dibattito pubblico sereno ed informato, serve una sensibilizzazione che non abbia la pretesa di partire da un giudizio, ma da un confronto, e sia animata dall'intento di guardare più al futuro che al passato.

Da questo punto di vista - diciamolo pure - l'Italia non ha titolo per dare lezioni a nessuno.

Dopo lo schizofrenico periodo storico in cui si sono succedute, tra il 1944 e il 1946, una durissima e punitiva legislazione penale contro i crimini dei fascisti, con disposizioni che dopo il 1948 sarebbero state considerate con ogni probabilità incostituzionali, e un'amnistia molto ampia, oggetto peraltro di applicazioni a dir poco singolari da parte della magistratura (che la concedeva con grande generosità ai fascisti e in modo molto più selettivo agli antifascisti), non si è fatto praticamente nulla per fare davvero i conti col passato: nel dibattito pubblico una riflessione vera e consapevole sul fascismo è mancata e si è andati avanti a forza di stereotipi insulsi, avallando l'oblio della ragione anche col mezzo del nascondimento di documenti e informazioni, con il risultato che oggi la popolazione non solo non ha una memoria collettiva, ma neppure, almeno in larghi strati, la capacità critica necessaria per acquisire quel patrimonio cognitivo che è il fondamento di una riflessione seria.

I drammatici risultati di questa ignavia sono palpabili guardando alla deprimente povertà della discussione odierna, quando per esempio si tratta di confrontarsi con la storia della liberazione che si celebra il 25 aprile.

È discutibile anche l'assunto che i processi penali abbiano l'effetto di una deterrenza di fronte alla possibilità del riemergere di fenomeni criminosi come quelli che hanno caratterizzato dittature e regimi illiberali.

A questo riguardo, gli argomenti critici addotti da Pablo Eiroa, in parte sulla scia del pensiero di Danilo Zolo, sono ampiamente condivisibili.

Li rammento qui, aggiungendo a margine qualche riflessione mia.

Il processo penale ha il limitato - ma importantissimo - obiettivo di stabilire se una certa persona, accusata della commissione di un certo reato, l'ha commesso veramente, realizzando con dolo, o eventualmente con colpa, tutti gli elementi della fattispecie criminosa; dunque, fuoriesce

dai compiti di un tribunale ogni valutazione circa le cause e le radici dei fenomeni criminosi, ovvero tutto ciò che ha l'effetto di una spiegazione e che potrebbe essere utile a formare, *pro futuro*, un diverso punto di vista su quegli stessi fenomeni.

Quando poi si tratta in particolare di chiedersi se la giustizia penale possa prevenire violazioni sistematiche dei diritti umani, è legittimo uno scetticismo ancor più acuto sia pensando al dato storico - cioè alle atrocità consumate nell'ultima parte del XX secolo, non impedita dai processi penali che hanno fatto seguito alla fine della seconda guerra mondiale - sia ad un elementare fattore psicologico, ovvero dal carattere irrealistico della convinzione che il timore del castigo possa condurre alla decisione di non commettere atti criminali soggetti convinti della necessità di eliminare un gruppo diverso da quello d'appartenenza per sopravvivere o tutelare la propria identità, e sottoposti a un governo o gruppo di potere che li esorta alla violenza, tanto più quando essi siano rappresentanti del potere statale o di gruppi paramilitari che agiscono per conquistare o conservare il potere, dunque con la consapevolezza che ben difficilmente potrebbero in futuro essere oggetto di una concreta persecuzione penale.

Altra questione, certamente meritevole di attenzione, è quella che emerge dalle considerazioni finali di Eiroa.

Si tratta qui, con un riferimento specifico ai processi alla giunta militare che si svolsero in Argentina poco dopo la fine della dittatura, su forte impulso del presidente Alfonsín, della forza simbolica che essi ebbero nel mantenere vivo nel paese il dibattito pubblico sui valori della democrazia e dello stato di diritto - non troppo saldi nemmeno prima del settennato della dittatura avviata nel 1976 - e nel mitigare il dolore delle vittime.

Questo aspetto, evidentemente, sfugge ad una valutazione puramente razionale, poiché tocca i tasti di una sensibilità pubblica che è complicato valutare senza un'esperienza diretta.

È comunque da rimarcare che il processo alla giunta che ebbe luogo nel 1985 si svolse nel rispetto dei principi processuali dello Stato di diritto, così come del resto quelli che ebbero luogo in Sudafrica subito dopo la fine del regime di *apartheid*, che a loro volta, secondo un acuto giudizio emerso in dottrina, rappresentarono un momento costituente del nascente Stato basato sulla negazione della discriminazione razziale.



### 3. *Diritto alla verità e obblighi sovranazionali di tutela penale*

Le suggestioni proposte dalla relazione di Olimpia Barresi sono indubbiamente numerose, ma vorrei qui, per non esondare dai limiti imposti a questo contributo, concentrare l'attenzione su un aspetto, peraltro centrale, e sviluppare su di esso qualche ulteriore riflessione.

Alludo ad alcune conseguenze tutt'altro che improbabili, in parte già tratteggiate nel contributo della giovane studiosa, di un obbligo di tutela specificamente penale del diritto alla verità, quando si ha a che fare con la perpetrazione di gravi crimini lesivi di diritti fondamentali.

I rischi di una tale impostazione si manifestano in modo chiaro nel caso di alcune derive logiche di una retorica estrema dell'anti-impunità.

Volere a tutti i costi processare la storia impone un prezzo, ed è tutto da dimostrare che ciò sia del tutto compatibile con il ruolo proprio del processo penale all'interno di un ordinamento giuridico.

Ciò vale sia in riferimento a principi portanti di natura, per così dire, tecnica, come l'irretroattività della norma sfavorevole e il divieto di *bis in idem*, di cui si è già detto in precedenza, ma anche in relazione, più in generale, alla stessa funzione dell'intervento del diritto penale.

Emergono interrogativi che non sono affatto retorici.

Nell'ambito interno al diritto e al processo penale, il riferimento ai diritti fondamentali ha sempre avuto una funzione di delimitazione, non di espansione, mentre oggi tende ad avvenire il contrario, con una enfaticizzazione del dovere di punire e un'accusa di arbitarietà alle scelte di politica criminale che prescindono dall'intervento punitivo.

L'equivoco è pericoloso.

La potestà punitiva dello Stato - lo segnalava già Giuliano Vassalli in anni ormai lontani - non è esercitata dallo Stato per far valere un proprio interesse soggettivo o per soddisfare le pretese di determinati soggetti, ma è una funzione, cioè un potere esercitato per un interesse oggettivo.

E può ben darsi che l'interesse oggettivo sovrastante, quantunque in casi particolari, induca l'ordinamento giuridico ad astenersi dal punire o a scegliere la sanzione al di fuori di uno schema rigidamente retributivo in vista del conseguimento di obiettivi che trascendono la risoluzione di una determinata vicenda giudiziaria e che sono posti a vantaggio dell'insieme di tutti i consociati.

Così, in particolare nelle vicende di transizione, l'ordinamento di uno Stato può perseguire finalità, per esempio, di pacificazione sociale che possono raccomandare il sacrificio di istanze punitive anche in relazione a

fatti che in sé sarebbero meritevoli di sanzione.

La fissazione a livello sovranazionale di obblighi di tutela penale determina anche alcuni rischi che non si devono sottovalutare.

In buona misura essi sono segnalati opportunamente nel contributo di Olimpia Barresi, la quale ricorda per esempio che talora questi obblighi finiscono - e non è solo un'eventualità, perché ciò è successo davvero - per dare luogo a veri e propri processi alla storia, che vengono celebrati a decenni di distanza dai fatti oggetto di giudizio, contro imputati in età avanzatissima o addirittura non più in vita, mirando dunque ad effetti essenzialmente simbolici.

Ancora più rilevante, a mio avviso, è la sottolineatura del fatto che gli obblighi in questione possono imporre la violazione di principi del diritto interno che hanno la portata di pilastri dell'ordinamento.

Tengo ad enfatizzare questo aspetto, perché, come è già stato rilevato in nuce da qualche Corte costituzionale, se anche gli ordinamenti nazionali ammettessero in linea di principio solo per determinate particolari situazioni legate a gravi crimini contro diritti fondamentali le inevitabili eccezioni a quei principi basilari, sarebbe poi ben difficile, analogia dopo analogia, frenare un effetto metastasi coinvolgente l'intero ordinamento, a causa della irresistibile tentazione di estendere gli allentamenti delle garanzie a ogni possibile emergenza, reale o supposta, che il legislatore o la magistratura volessero individuare.

Questo timore, va detto per inciso, non è frutto di mere illazioni, ma al contrario si basa sullo studio di recenti contributi dottrinali, in cui si fa espressa menzione del fatto che, se in origine questa espansione del diritto penale trova giustificazione nell'ambito del diritto penale internazionale - dunque solo in relazione a gravi crimini contro diritti fondamentali -, nulla osta al fatto che il modello vittimocentrico basato sull'allentamento dei limiti tradizionali del diritto penale possa estendersi, in quanto virtuoso in sé, anche a vicende estranee a queste premesse, purché si tratti almeno di una fascia medio-alta di attività criminose.

Si pone allora una questione a mio avviso dirimente: tra i diritti fondamentali che ogni ordinamento deve inderogabilmente affermare ha uno spazio anche il diritto di chiunque a fruire delle garanzie sostanziali e processuali del diritto penale, prima come cittadino e poi eventualmente come imputato?

Se la risposta, come io credo, deve essere affermativa, poi è difficile che questi fondamenti della civiltà giuridica per il cui consolidamento - tra l'altro, non ancora del tutto pieno - sono stati necessari secoli di lotte

possano essere con leggerezza bilanciati con istanze, quali gli obblighi di incriminazione o il diritto all'accertamento della verità, che rischiano di essere espressione di simbolismo o possono essere perseguite (anche) con strumenti diversi dal processo penale.

#### *4. Conclusione*

Con questo, non si vuole affatto intendere che sia inopportuno perseguire le gravi violazioni di diritti fondamentali o più in particolare che lo strumento del processo penale debba essere bandito dal novero dei mezzi utilizzabili nei contesti di transizione, ma soltanto che un'attivazione della leva penalistica è ammissibile e per certi versi doverosa in tali situazioni fino a quando non implica la compressione o peggio l'annullamento dei capisaldi costituzionali della materia penale.

Al di là di questo limite, si ha un grave difetto di legittimazione e una greve espressione di quella passione contemporanea per il punire così efficacemente denunciata dalla recente riflessione sociologica.

TERZA SESSIONE  
ALLA RICERCA DELLA VERITÀ  
NEL PROCESSO PENALE



Martín D. Haissiner

*Esercizio dell'azione penale e politica criminale.  
Una visione realistica*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Ideale retributivo e ideale utilitaristico – 3. Legge e ordine: un'aspirazione condivisa – 4. Un sguardo realistico: la crisi della legalità – 5. Il confine del regno: tutto ciò che la luce non tocca. Quel che il diritto ignora – 6. Il suono e la furia: impatto discorsivo. La forza delle parole – 7. Conclusione.

1. *Introduzione*

L'azione penale è una costruzione di tipo teorico-concettuale apprestata dall'ordinamento giuridico per fronteggiare quel fenomeno materiale – socialmente incisivo – che chiamiamo 'delitto'. I rappresentanti del Pubblico Ministero, ai quali l'azione penale è affidata, possono – se necessario – rivolgersi a un giudice per richiedere misure di indagine, di coercizioni o di punizione<sup>1</sup>. Tutti i procedimenti penali nascono da una qualche forma di esercizio dell'azione e si sviluppano secondo regole volte a trovare una soluzione estintiva dell'azione<sup>2</sup>.

L'azione penale è lo strumento che permette l'effettiva esistenza del diritto penale; è la ragion d'essere del processo<sup>3</sup>. Siamo soliti classificare i modelli processuali a seconda che impongano il dovere o attribuiscono la facoltà, ai responsabili della pubblica accusa, di esercitare l'azione penale. In questo articolo presenterò le differenze e le analogie tra i due modelli. Presenterò poi gli argomenti per cui questa categorizzazione dovrebbe essere abbandonata.

---

<sup>1</sup> C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, 2019; J.B.J. MAIER, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1996; K. VOLK, *Curso fundamental de Derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2016; P.A. IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, Editorial Trotta, Madrid 2015.

<sup>2</sup> D. PASTOR, *Lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires 2015.

<sup>3</sup> D. PASTOR, *Código Procesal Penal Convenio. Por una legislación única. Razones y consensos* (non pubblicato); P. CALAMANDREI, *Sobre la relatividad del concepto de acción*, en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires 1945.

## 2. Ideale retributivo e ideale utilitaristico

La legalità processuale, intesa come derivazione dell'omonimo principio materiale, richiede che ogni *notitia criminis* sia trattata in modo appropriato<sup>4</sup>. Autori come Ferrajoli<sup>5</sup> e Ibáñez<sup>6</sup> sostengono che dalla ricezione di questa massima processuale derivino necessariamente alcuni sotto-principi: l'indisponibilità dell'azione, il divieto di disparità di trattamento dei casi per ragioni di potere, la sottomissione della decisione del pubblico ministero solo alle direttive legali e la conseguente esclusione di criteri facoltativi.

Così, le forme anomale di estinzione dell'azione, come la sospensione del processo con messa alla prova o gli accordi tra accusa e difesa, sono concepite come proiezioni del principio di opportunità. In effetti, è piuttosto usuale che, per sottolineare il (mal)funzionamento dei sistemi che accettano il principio di opportunità, si faccia riferimento alla deformazione che l'adozione del *plea bargaining* o della confessione negoziata hanno comportato per il sistema accusatorio americano.

In una prospettiva più tradizionale, il principio di legalità può essere inteso come una derivazione logica dell'adesione alle teorie retributive della pena. Postulata l'esistenza di un imperativo a punire ogni atto criminale e accolta la tesi per cui lo Stato ha "espropriato" la gestione del conflitto tra i privati, ne deriva il dovere di perseguire ogni crimine<sup>7</sup>. Parleremo senz'altro di "opportunità" quando alla Procura della Repubblica viene concesso il potere di archiviare o chiudere un caso, senza negare la criminalità dell'atto<sup>8</sup>.

Coloro che difendono l'importanza del principio di legalità sono consapevoli che perseguire tutti i reati può essere impossibile. Per costoro, la necessità pratica di fornire alternative all'azione penale non è altro che una rinuncia all'ideale retributivo e una pericolosa delega di poteri legislativi a funzionari difficilmente controllabili. Essi tollerano lievi attenuazioni del principio di legalità solo alle condizioni rigorose stabilite dalla legge e nella

<sup>4</sup> ROXIN, SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, cit.; VOLK, *Curso fundamental de Derecho procesal penal*, cit.; IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit.

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid 2011, p. 570.

<sup>6</sup> IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit.

<sup>7</sup> ROXIN, SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, cit.; ROXIN, *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, en ROXIN, MAIER, RUSCONI, GUARIGLIA, BRUZZONE, BERRTONI, FOLGUERIO, CERLETTI, *El Ministerio público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993; MAIER, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, cit., p. 830 y ss.

<sup>8</sup> ROXIN, SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 159.

speranza di un rapido ritorno a un diritto penale minimo, moderato e "illuminista".

Pertanto, la decisione di non promuovere l'azione legale ha carattere speciale. Da un lato, è quella che più contraddice la validità del principio di legalità processuale, nonché qualsiasi base teorica a cui possa rispondere. Quando il pubblico ministero non esercita l'azione penale, non c'è né parità di trattamento davanti alla legge né ricerca di una punizione adeguata. D'altra parte, nella pratica, pochi ambiti risultano soggetti a un minor controllo giurisdizionale e godono di altrettanta discrezionalità argomentativa quanto la fase in cui matura la decisione di non indagare su un atto criminale.

Nel mondo anglosassone, una visione alternativa concepisce il principio di opportunità come uno strumento utile per razionalizzare la punizione<sup>9</sup>. In questo modello, la concessione di alcuni poteri discrezionali ai pubblici ministeri consente di coordinare le esigenze sociali di prevenzione con le scarse risorse dello Stato. In quest'ottica, si può anche arrivare a giustificare – convintamente – i casi in cui, senza negare la criminalità dell'atto, si riconosce che la legge non è stata applicata, poiché ciò potrebbe indicare che è stato punito solo "ciò che è giusto e necessario".

Anche l'obiezione relativa a una possibile compromissione dell'uguaglianza di fronte alla legge trova in questa prospettiva una possibile risposta: un reato deve descrivere la condotta vietata e la pena. Quest'ultima si compone di tre elementi: severità, certezza e distanza temporale (tutti potenziali). Secondo la visione classica di Bentham, la gravità di una sanzione non dipende soltanto dalla sua entità (stabilita dalla legge), ma anche dalla probabilità che essa venga irrogata e dal tempo nel quale potrebbe essere inflitta una condanna<sup>10</sup>. Coloro che negano che sia ingiusta una risposta diversa rispetto ai fatti sottolineano che nessuna di

<sup>9</sup> M. DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion. Comments on a German Monograph*, en «Am. Jour. Of Comp. Law.», 29, 1981, p. 119; S.J. SCHULHOFER, *Due Process of Sentencing*, en «U. Pa. L. Rev.», 128, 1980, pp. 733, 801-02; E.S. PODGOR, *Department of Justice Guidelines: Balancing Discretionary Justice*, en «Cornell J. L. & Pub. Pol.», 13, 2004, pp. 167-169; R.A. MIKOS, *A Critical Appraisal of the Department of Justice's New Approach to Medical Marijuana*, en «Stan. L. & Pol. Rev.», 22, 2011, pp. 633, 645-46; M. DAN-COHEN, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, en «Harv. L. Rev.», 97, 1984, p. 625; C.S. STEIKER, *Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers*, en «Mich. L. Rev.», 94, 1996, p. 2466; W.J. STUNTZ, *Substance, Process and the Civil-Criminal Line*, en «J. Contemp. Legal Issues», 7, 1996, pp.1-7.

<sup>10</sup> J. BENTHAM, *Principles of Penal Law*, en J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, Kessinger Publishing, London 1848.



queste componenti deve essere determinata *ex ante*.

La pena, intesa come castigo futuro incerto, risolve, da questo punto di vista, le obiezioni di legalità. È accettabile che due persone ricevano una pena diversa anche per lo stesso atto, purché questa derivi da una decisione ragionata di coloro che la impongono e rientri nei limiti della previsione legale. Nello stesso senso, la legge è efficace per tutti, sia quando ciò che è annunciato come probabile si concretizza, sia quando questa probabilità non si manifesta<sup>11</sup>.

### 3. Legge e ordine: un'aspirazione condivisa

Questa schematica differenziazione tra sistemi imperniati sul principio di legalità o di opportunità ignora il fatto che essi condividono una caratteristica centrale: entrambi hanno lo scopo di impedire ai pubblici ministeri di creare norme che prescrivano la non applicazione delle leggi penali. Mentre nei Paesi che seguono una tradizione di diritto continentale ciò sarebbe contrario all'obbligatorietà dell'azione penale richiesta dal principio di legalità<sup>12</sup>; in Paesi come gli Stati Uniti si ritiene che qualsiasi regola processuale che limitasse l'azione penale a determinati casi sarebbe in contrasto con la discrezionalità del singolo pubblico ministero<sup>13</sup>.

Durante il processo legislativo, accettiamo che gli individui debbano sapere cosa è proibito e come la loro disobbedienza può essere punita. L'aspettativa di chiarezza e di uguaglianza di fronte alla legge penale non è un'esclusiva del diritto penale europeo. Al contrario, in tutto l'Occidente, il diritto penale deve essere scritto e può essere emanato solo dal legislatore<sup>14</sup>. Non c'è dubbio che dotare la legge di un solido processo democratico contribuisca a legittimarla come strumento con cui il popolo decide di governarsi<sup>15</sup>. Nessuno contesta che i casi di dubbio nell'interpretazione

---

<sup>11</sup> Si veda, ad esempio, il Dibattito tra C.S.NINO y R.E. ZAFFARONI, en «No hay derecho», t. II, 4, Buenos Aires 1991, pp. 4-8; «No hay derecho», t. II, 5, Buenos Aires 1992, pp. 5-8; y «No hay derecho», t. III, 8, Buenos Aires 1993, pp. 25-26.

<sup>12</sup> J.H. LANGBEIN, *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, en «U. Chi. L. Rev.», 41, 1974, pp. 439-467.

<sup>13</sup> DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion. Comments on a German Monograph*, cit.

<sup>14</sup> J.C. JEFFRIES JR., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, en «Va. L. Rev.», 7, 1985, pp. 189-245; P. WESTEN, *Two Rules of Legality in Criminal Law*, en «Law Philos.», 26, 2007, pp. 229-305.

<sup>15</sup> R. POST, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law*

della legge debbano essere risolti a favore dell'imputato<sup>16</sup> e i legislatori sono quindi tenuti a essere quanto più precisi e inequivocabili quando redigono le leggi penali<sup>17</sup>. È una verità universale che la chiarezza e la pubblicità del diritto penale consentano alle persone di agire in conformità con ciò che viene loro richiesto e che ciò serva a limitare gli abusi di autorità<sup>18</sup>.

Molti di questi valori si indeboliscono quando si riferiscono a individui che agiscono nell'ambito di ciò che potrebbe essere illegale<sup>19</sup>. Così, chi ritiene di aver commesso un crimine non può pretendere che gli venga detto nei dettagli cosa potrebbe riservare il futuro, o che gli vengano forniti gli strumenti per commettere il crimine perfetto. Sia il sistema continentale che quello americano hanno incorporato regole che permettono ai pubblici ministeri di operare con una sorta di presunzione *contro l'accusato*<sup>20</sup>. Poiché i pubblici ministeri sono i custodi della legge e dell'azione pubblica, la preoccupazione principale è quella di evitare che un piccolo gruppo di individui possa in maniera autonoma ostacolare un'indagine<sup>21</sup>. Il castigo ingiusto, in questo censo, troverà poi dei limiti nelle norme costituzionali, specialmente concepite per disciplinare i procedimenti penali. È solo di fronte a un'accusa, quindi, che gli individui possono chiedere di essere giudicati alla luce di presunzioni più favorevoli ed esigere il rispetto di standard probatori più elevati.

Negli Stati Uniti, ad esempio, l'idea di discrezionalità serve proprio

---

*and Politics*, en «Cal. L. Rev.», 98, 2010, pp. 1319-1350; E. KAGAN, *Presidential Administration*, en «Harv. L. Rev.», 114, 2001, pp. 2245-2385; S.H. KADISH, *The Crisis of Overcriminalization*, en «Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.», 374, 1967, pp. 157-170.

<sup>16</sup> ROXIN, *Schünemann, Derecho Procesal Penal*, cit.; VOLK, *Curso fundamental de Derecho procesal penal*, cit.; IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit.; D.S. ROMANTZ, *Reconstructing the Rule of Lenity*, en «Cardozo L. Rev.», 40, 2018, pp. 524, 577.

<sup>17</sup> J.F. DECKER, *Addressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, en «Denv. U. L. Rev.», 80, 2002, pp. 241-343.

<sup>18</sup> C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Editorial Trotta, Madrid 2015; BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford 1907; P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Textbook of Criminal Law Generally Applied in Germany*, Foundational Texts in Modern Criminal Law, Markus D. Dubber ed., Oxford 2014.

<sup>19</sup> DAN-COHEN, *supra* nota 10; H. SCHOENFELD, *Republicans, Prosecutors, and the Carceral Ethos, 1995-2008*, en *Building the Prison State*, 2018, pp. 157-191; M. TONRY, *Prosecutors and Politics in Comparative Perspective*, en «Crime Justice», 41, 2012, pp. 1-33.

<sup>20</sup> J. HERMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, en «U. Chi. L. Rev.», 41, 1974, pp. 468-472, DAMAŠKA, *supra* nota 10; T. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalität-Und Opportunitätsprinzip nach deutschen und amerikanischen Recht*, 1978, p. 203.

<sup>21</sup> N.R. PARRILLO, *Against The Profit Motive: The Salary Revolution In American Government*, en Yale University Press, New Haven 2013..

a questo scopo: anche se un pubblico ministero dovesse arbitrariamente rifiutarsi di esercitare l'azione penale, è chiaro che nessun diritto o privilegio futuro potrebbe essere dedotto da tale rifiuto. Qualsiasi procuratore, in un altro momento o in un'altra giurisdizione, potrebbe indagare su questi fatti in un momento successivo<sup>22</sup>. Nei Paesi di diritto continentale, la regola è più ovvia. In origine, il compito centrale dei pubblici ministeri era quello di assistere i giudici inquirenti nella ricerca della verità<sup>23</sup>. Fatto salvo il loro dovere di obiettività, è chiaro che il compito dei pubblici ministeri era quello di indagare sul maggior numero possibile di casi, mentre era compito dei giudici lasciare andare coloro che non meritavano di essere puniti<sup>24</sup>.

I giuristi europei denunciano sempre più spesso la crisi in cui è entrato il loro sistema a causa dell'influenza americana e del principio di opportunità<sup>25</sup>. L'avanzata di forme di giustizia negoziata, indifferenti alla verità o alla colpa, perverte certamente l'aspirazione a un'adeguata retribuzione, all'uguaglianza davanti alla legge e alla razionalizzazione della pena. La dicotomia legalità/opportunità acquista così valore come strumento concettuale per contestare la deformazione della procedura penale liberale, dominata da condizionamenti extragiuridici.

Tuttavia, questa dicotomia non consente di mettere a fuoco né le cause né le risposte al fenomeno che mi interessa esaminare: il fallimento del modello ideale classico di fronte al crescente divario tra ciò che la legge reprime e ciò che lo Stato persegue.

#### 4. *Uno sguardo realistico: la crisi della legalità*

Le norme penali non sono rivolte esclusivamente ai cittadini. Migliaia di funzionari devono applicare questi mandati legali con procedure tutt'altro che meccaniche: devono prima interpretare le disposizioni e capire cosa ci si aspetta da loro<sup>26</sup>. Fatto ciò, devono allocare le risorse

---

<sup>22</sup> A.J. DAVIES, *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*, Oxford University Press, New York 2007, pp. 96-97..

<sup>23</sup> DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion. Comments on a German Monograph*, cit.

<sup>24</sup> DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion. Comments on a German Monograph*, cit.

<sup>25</sup> ROXIN, SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, cit..

<sup>26</sup> BENTHAM, *A Fragment on Government and Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Basil Blackell, Oxford 1948; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge 1945; DAN-COHEN, *Decision Rules and Conduct*

per adempiere ai loro compiti, senza trascurare i loro doveri preesistenti. Proprio perché l'interpretazione e le risorse mediano tra la legge e la pratica, è relativamente facile accettare che non tutti subiranno le stesse conseguenze di fronte a un atto criminale<sup>27</sup>.

Coloro che difendono una procedura penale basata sull'idea di legalità processuale non ignorano questa realtà. Forse non credono nemmeno che la promozione dell'azione sia ciò che più frequentemente si verifica di fronte a un atto criminale.

La consapevolezza che la vita è insoddisfacente non è, da sola, una ragione convincente per rinunciare alle nostre aspirazioni<sup>28</sup>. Nessuno penserebbe, ad esempio, che dovremmo rinunciare alla difesa dell'uguaglianza davanti alla legge solo perché alcuni godono di privilegi che altri non hanno. Allo stesso modo, la pretesa di un'applicazione equa della legge penale non può essere abbandonata sulla base del fatto che non abbiamo ancora raggiunto questo obiettivo. Anzi, si potrebbe sostenere che è proprio il nostro desiderio di cambiare il mondo la ragione migliore per difendere l'esistenza di una prescrizione. In questo senso, si suole rappresentare un principio come un'aspirazione alla tendenziale realizzazione di un obiettivo<sup>29</sup>.

La resistenza all'introduzione del principio di opportunità simboleggia il rifiuto di un diritto penale in espansione. Difendere l'aspirazione che ogni atto criminale debba essere indagato non è un segno di testardaggine o di ignoranza della realtà, ma una scelta strategica per evitare una condotta criminale ancora più grave.

Non è mia intenzione riaprire vecchi dibattiti sul rapporto che dovrebbe esistere tra essere e dover essere. In quanto sistema normativo volto a influenzare il comportamento degli uomini in società, il diritto non può ovviamente essere indifferente all'impatto delle sue prescrizioni. In questo senso, un principio non può essere confutato sulla base del fatto che la realtà non è pienamente conforme allo standard previsto. Forse, però, dobbiamo chiederci se la difesa di questa aspirazione serva almeno gli interessi che persegue.

È vero che un numero sempre maggiore di comportamenti è considerato

---

*Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, cit.; R.POUND, *Law in Books and Law in Action*, en «Am. L. Rev.», 44, 1910, pp. 12-36.

<sup>27</sup> IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit.; C.M. RODRÍGUEZ, *Constraint Through Delegation: The Case of Executive Control Over Immigration Policy*, en «Duke L. J.», 59, 2010, pp. 1787-1846.

<sup>28</sup> IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit.

<sup>29</sup> IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, cit..

penalmente rilevante<sup>30</sup>. Questa tendenza non risponde solo a nuove correnti di populismo penale e a una triste mancanza di creatività da parte dei nostri rappresentanti politici. A causa di una dinamica istituzionale che rende più facile creare nuove leggi penali che abrogare quelle obsolete, i divieti tendono ad accumularsi nel tempo e a coprire sempre più aree della vita quotidiana<sup>31</sup>. Di conseguenza, i cittadini comuni sono diventati potenziali criminali e i responsabili dell'applicazione delle leggi sono diventati i decisori *de facto* su chi perseguire e per quali reati<sup>32</sup>.

È anche vero che c'è una certa negligenza politica, nella misura in cui la moltiplicazione dei divieti raramente è stata accompagnata da un'allocatione proporzionale delle risorse (materiali ed umane), o da migliori tutele istituzionali, o da una modernizzazione dei codici di procedura.

Tuttavia, sulla base di due premesse non controverse, si traggono conclusioni affrettate. Ad esempio, si ipotizza che la crisi del principio di legalità procedurale e quella della legalità sostanziale siano reciprocamente intrecciate: da un lato, consentire la scelta da un menu di possibili reati incoraggerebbe la creazione di un maggior numero di illeciti penali e, dall'altro, la creazione di nuovi reati metterebbe maggiormente sotto pressione la nostra aspirazione a un'applicazione egualitaria della legge. Al contempo, si ritiene che una difesa del principio di legalità processuale servirebbe a riportare la politica a un diritto penale minimo, o almeno a costringerla a riconoscere la sproporzione tra risorse e doveri a cui sono sottoposti i membri della magistratura.

Il problema è che queste ipotesi non sembrano essere supportate dalla storia o da prove statistiche. Non ci sono elementi che permettano di pensare che torneremo a un'epoca d'oro del diritto penale (della cui stessa esistenza, a ben vedere, è lecito dubitare). Né sembrano esserci segnali

---

<sup>30</sup>S. BIBAS, *Machinery of Criminal Justice*, Oxford University Press, New York 2012; S. WALKER, *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, Oxford University Press, New York 1998; STUNTZ, *Substance, Process and the Civil-Criminal Line*, cit.

<sup>31</sup>J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models. And What Can Be Done about It*, en «Yale L.J.», 101, 1992, pp. 1875-1893; STUNTZ, *supra* nota 10; R.L. MISNER, *Recasting Prosecutorial Discretion*, en «J. Crim. L & Criminology», 86, 1996, pp. 717-777; D.C. RICHMAN, W.J. STUNTZ, *Al Capone's Revenge: An Essay on the Political Economy of Pretextual Prosecution*, en «Colum. L Rev.», 105, 2005, pp.583-639; R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, en «Am. L. Rev.», 40, 1906, pp. 729-748.

<sup>32</sup>STUNTZ, *Substance, Process and the Civil-Criminal Line*, cit.; A. KOZINSKI, M. TSEYTLIN, *You're (Probably) a Federal Criminal*, en *In The Name of Justice*, Cato Institute, Washington D.C. 2009, pp. 43-56; E. LUNA, *The overcriminalization phenomenon*, en «Am. U. L. Rev.», 54, 3, 2005, pp. 703-743.

chiari del fatto che la difesa del principio di legalità serva come metodo di contestazione della politica o come mezzo per sollecitare un migliore rapporto tra doveri e risorse.

*5. Il confine del regno: tutto ciò che la luce non tocca. Quel che il diritto ignora*

Non possiamo coprire il sole con le mani. L'azione penale è una reazione poco frequente a ciò che chiamiamo crimine<sup>33</sup>.

Il principio di legalità non ha forza descrittiva, né sembra avere il potere e l'influenza simbolica che si sostiene abbia. Il riconoscimento che, in effetti, i procuratori penali esercitano una discrezionalità non inferiore nei Paesi che aderiscono al principio di legalità rispetto a quelli che aderiscono al principio di opportunità ci costringe a porci alcune domande urgenti. Ad esempio, se esiste una linea di demarcazione tra ciò che è proibito e ciò che è perseguito, chi prende queste decisioni, come e quali sono i criteri per le loro pratiche?

Potremmo essere indifferenti alla questione. Oppure potremmo, non senza una certa ingenuità, pensare che i pubblici ministeri siano in grado di agire in modo neutrale rispetto ai valori. La Procura potrebbe, ad esempio, di fronte alla constatazione della propria incapacità materiale di indagare su tutti i fatti, perseguire i casi che arrivano per primi e lavorare sodo per risolvere il maggior numero possibile di casi. Si potrebbe persino dire che questa sarebbe la cosa più giusta ed egualitaria da fare, in quanto non ci sarebbero differenziazioni arbitrarie o preferenze extragiuridiche.

Purtroppo, non è così che si decide quali casi saranno prioritari. Infatti, il divario tra ciò che la legge proibisce e ciò che lo Stato punisce non è solo una conseguenza della natura indeterminata delle parole o della limitatezza delle risorse materiali. C'è un ulteriore fattore da considerare: anche chi applica la legge crea regole in base alle quali la reazione criminale si allinea ai propri valori morali e ai propri obiettivi istituzionali.

I divieti penali vengono decisi dopo che sono state prese due decisioni invariabilmente ideologiche: l'espressione di una condanna di una certa

<sup>33</sup> Secondo la recente pubblicazione della Dirección General de Desempeño Institucional, dipendente dal Ministerio Público Fiscal de la Nación, circa il 98% dei casi che non sono stati rinviati ad altra giurisdizione, sono stati chiusi con un provvedimento di archiviazione, una sentenza di non luogo a procedere o un proscioglimento. Le statistiche della Germania mostrano, ad esempio, che solo il 12% dei casi viene aperto e risolto con un procedimento ordinario davanti a un tribunale.

condotta e la valutazione della reazione appropriata nel caso in cui si verifica. In molti casi, non è che i pubblici ministeri archivino a causa di risorse insufficienti. Al contrario, le prove indicano che le forze dell'ordine creano norme sostanziali basate sul disaccordo con la sentenza morale contenuta nella legge o nell'opposizione alle conseguenze della reazione prescritta<sup>34</sup>. Così facendo, non eseguono fedelmente la legge, né valutano il futuro successo dei casi, né decidono effettivamente come allocare le risorse per soddisfare i loro obblighi.

È scomodo riconoscere che non tutti i crimini ricevono la stessa attenzione. Ed è ancora più scomodo dirlo quando il sistema giuridico richiede il contrario. Inoltre, molti temono, probabilmente con un certo grado di ragione, che una chiara espressione di ciò che sarà perseguito nel prossimo futuro venga intesa come un'autorizzazione a violare la legge o un suggerimento su come farlo senza affrontare il rischio di un procedimento penale.

In generale, per evitare l'elevato costo di comunicare che si ritiene inopportuno, non necessario o sconveniente perseguire un reato, le rinunce vengono semplicemente presentate come la logica conseguenza del fatto che ci si trova di fronte a un atto non criminale o a una certa scelta strategica del caso. Eccezionalmente, nei sistemi che consentono questo tipo di ragionamento, si possono avanzare argomentazioni sulle priorità dell'azione penale.

Nessuno crede, tuttavia, che le "regole di priorità" stabilite dai magistrati della Procura siano effettivamente elastiche in relazione alle risorse disponibili. Qualcosa di simile accade con le interpretazioni offerte per alcuni termini, che sembrano dipendere più da specifiche circostanze politiche o dai valori sociali prevalenti che da un criterio ermeneutico strettamente giuridico.

Ma il fatto che esista questa depenalizzazione attraverso l'inazione penale è meno interessante della questione di come le istituzioni possano influenzare le pratiche di applicazione quando la maggior parte dei sistemi procedurali è costruita per impedire proprio l'esistenza di norme vincolanti di non applicazione.

---

<sup>34</sup> B. FREDERICK, D. STEMEN, *The Anatomy of Discretion: An Analysis of Prosecutorial Decision Making – Technical Report*, 2012; K. ADAMS, C.R. CUTSHALL, *Refusing to prosecute minor offenses: The relative influence of legal and extralegal factors*, en «Justice Q.», 4, 1987, pp. 595-609.

## 6. *Il suono e la furia: impatto discorsivo. La forza delle parole*

Nei sistemi di diritto penale continentale, impregnati dalla logica del retributivismo, la necessità è un fattore meno importante nella punizione dei comportamenti<sup>35</sup>. I teorici di questi ordinamenti accreditano l'idea che ogni atto criminale è adeguatamente punibile e alla sanzione si può rinunciare solo quando condizioni giuridiche rigorose lo consentono<sup>36</sup>.

A fronte del fatto che la stragrande maggioranza delle *notitia criminis* non viene nemmeno indagata (in parte, perché lo Stato non è in grado di perseguire tutto ciò che vieta, in parte perché non è necessario), sorgono ingegnose interpretazioni giuridiche per negare la criminalità di un atto o per ricorrere alla retorica opaca delle decisioni strategiche sul contenzioso dei casi. Entrambi i poteri, di interpretazione e decisione strategica, sono di competenza dei pubblici ministeri.

Un esempio di questa linea d'azione è il modo in cui i pubblici ministeri in diverse nazioni hanno depenalizzato il possesso di cannabis, anche a fronte dell'inazione o del rifiuto assoluto da parte dei legislatori.

Negli Stati Uniti, con l'arrivo di ogni presidente, viene chiesto al procuratore generale di elaborare una nuova guida pratica con le raccomandazioni che i pubblici ministeri devono seguire nell'esercizio delle loro funzioni<sup>37</sup>. Per la maggior parte, queste raccomandazioni sono state formulate secondo una logica basata sul modo migliore di gestire le risorse scarse. Ciò ha comportato due problemi. In primo luogo, un'enorme difficoltà da parte dei pubblici ministeri a coordinare le forze di polizia, alle quali non potevano spiegare chiaramente cosa dovevano o non dovevano perseguire<sup>38</sup>. In secondo luogo, ci si è presto resi conto che queste ragioni

<sup>35</sup> DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion. Comments on a German Monograph*, cit.

<sup>36</sup> M. LASSER, *Judicial deliberations: a comparative analysis of transparency and legitimacy*, Oxford University Press, Oxford 2004; Y. MA, *Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective*, en «Int Crim. Justice Rev.», 12, 2002, pp. 22-52; J. FIONDA, *Public Prosecutors and discretion: A Comparative Study*, Clarendon Press Oxford, Oxford 1995.

<sup>37</sup> D.W. OGDEN, *Memorandum for Selected United States Attorneys*, 29 de agosto de 2009; J.M. COLE, *Memorandum for All United States Attorneys*, 29 giugno 2011; COLE, *Memorandum for All United States Attorneys*, 29 agosto 2013; J.SSESSIONS, *Memorandum for All United States Attorneys*, 4 gennaio 2018.

<sup>38</sup> T.M. MENGLER, *The Sad Refrain of Tough on Crime: Some Thoughts on Saving the Federal Judiciary from the Federalization of State Crime*, en «U. Kan. L. Rev.», 43, 1995, pp. 503-531; M.A. SIMONS, *Prosecutorial Discretion and Prosecution Guidelines: A Case Study in Controlling Federalization*, en «N.Y.U. L. Rev.», 75, 2000, pp. 893-899.



erano, in realtà, dei pretesti<sup>39</sup>: a tutt'oggi, un'amministrazione democratica conserva la sua politica penale più indulgente, anche dopo che il Congresso, dominato dai repubblicani, ha approvato una spesa speciale al solo scopo di perseguire un maggior numero di questi crimini<sup>40</sup>.

In Germania, una soluzione simile è stata raggiunta attraverso tecniche interpretative. In ogni Stato, al procuratore capo è stata affidata l'interpretazione di ciò che la legge sugli stupefacenti vietava quando si riferiva al possesso di una quantità *insignificante*<sup>41</sup>. La Corte Costituzionale del Paese, nell'affrontare la questione, ha espressamente affermato che questo concetto doveva essere ricostruito esclusivamente su base tecnica<sup>42</sup>. In ogni caso, è sorprendente come le comunità tradizionalmente più conservatrici, come la Baviera, si siano differenziate così nettamente da quelle liberali, come Berlino: mentre nella prima il possesso di 0,2 grammi di cannabis è considerato un reato, nella seconda è permesso possedere anche più di 0,5 grammi<sup>43</sup>.

La depenalizzazione per via interpretativa, là dove è consentita dalla legge, può avere alcuni vantaggi<sup>44</sup>. In generale, una volta consolidata una nuova lettura "corretta" di un termine<sup>45</sup>, questa si impone con successo a livello orizzontale tra i membri di altri poteri e forze di sicurezza<sup>46</sup>, così come all'interno della medesima struttura<sup>47</sup>.

<sup>39</sup> K. ANDRIAS, *The President's Enforcement Power*, en «N.Y.U. L. Rev.», 88, 2013, pp. 1031-1066; R.J. DELAHUNTY, J.C. YOO, *Dream on: The Obama Administration's Nonenforcement of Immigration Laws, the Dream Act, and the Take Care Clause*, en «Tex. L. Rev.», 91, 2013, pp. 781-783.

<sup>40</sup> Rohrabacher–Blumenauer amendment. H. Amdt.332 — 114th Congress (2015-2016); *United States v. McIntosh*, No. 15-10117 (9th Cir. 2016); *United States v. Bilodeau*, No. 19-2292 (1st Cir. 2022).

<sup>41</sup> Legge tedesca sugli stupefacenti § 31a.

<sup>42</sup> Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice], 20 de diciembre de 1995, 3 StR 245/95 - Beschluß vom (OLG Schleswig) (Ger.).

<sup>43</sup> POLIZEI BERLIN, *Kriminalität in Berlin, Polizeiliche Kriminalstatistik und ergänzende Informationen*, 2021; POLIZEI BERLIN, *Polizeiliche Kriminalstatistik Bayern*, 2022.

<sup>44</sup> Secondo i documenti resi pubblici dal Bundestag tedesco, la legge sugli stupefacenti è stata redatta specificamente per "ampliare le opzioni per i procuratori e liberarli dalla necessità di rivolgersi a un giudice" -- (BT-Drs.) 12/934, 12 luglio 1991.

<sup>45</sup> W. HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, 9 Z. f., en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1978, pp. 64, 86.

<sup>46</sup> S. KRUMHOLZ, *The Effect of District Attorneys on Local Criminal Justice Outcomes*, en «SSRN Electronic Journal», 3 gennaio 2019; G. GUILLIÉRON, *Public Prosecutors in the United States and Europe A Comparative*, Springer, New York 2014, pp. 269-270.

<sup>47</sup> LANGBEIN, *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, cit.; HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, en «U. Chi. L. Rev.», 4, 1974, pp. 468-505.

In sostanza, il problema di questo modo di giustificare le decisioni è che le contorsioni giuridiche che ammettiamo conferiscono alle figure criminali una plasticità impropria, permettendo l'arbitrio in casi in cui non ci sono principi politici che giustifichino l'allontanamento dalla norma. O, in termini più chiari, le licenze tecniche che ammettiamo per giustificare decisioni moralmente accettabili confluiscono anche nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza, consolidando una prassi giuridica sufficientemente porosa da permettere che quasi tutti gli atti di autorità trovino sostegno in analoghe decisioni precedenti.

## 6. *Conclusioni*

La realtà degli ordinamenti penali che hanno seguito entrambi i modelli istituzionali sembra suggerire che sia l'imposizione vincolante del dovere di perseguire che l'opzione per la discrezionalità individuale hanno lo stesso effetto. Per vie opposte, entrambi i sistemi hanno permesso la crescita di uno Stato amministrativo che non sanno come controllare. Ciò è dovuto alla finzione a cui abbiamo scelto di aderire, ma anche alla mancanza di un meccanismo istituzionale adeguato a discutere le decisioni prese oggi da funzionari che non sono soggetti ad alcun controllo politico, giudiziario o pubblico.

Come sembra insegnarci l'esperienza dei nostri sistemi penali, preferiamo abbracciare un'aspirazione giusta piuttosto che riconoscere una realtà insoddisfacente. Osserviamo il modo in cui si svolgono i procedimenti penali, ma giriamo la testa per evitare ciò che non ci piace: il diritto penale si concentra sulla punta di un enorme iceberg, costituito dai casi in cui viene intentata l'azione, e trascura la massa sommersa nelle profondità di una procedura amministrativa che non controlliamo.

Il futuro non è diverso dal nostro triste passato. Nulla fa pensare che torneremo a un'epoca d'oro di diritto penale minimo o che il problema della selettività penale troverà una risposta politica. Di conseguenza, i pubblici ministeri continueranno a disporre di un variegato menu di reati da cui selezionare i casi su cui indagare a loro discrezione.

Se è possibile conciliare le attuali tendenze criminali con la nostra aspirazione a un diritto penale minimo soggetto a regole chiare, tale obiettivo non potrà essere raggiunto attraverso una contrapposizione ostinata a una realtà sulla quale non abbiamo alcun controllo. Per

questo concludo esprimendo la convinzione che le direttive che regolano l'esercizio dell'azione penale devono scaturire da una chiara ed esplicita politica criminale, sottoposta a una deliberazione il più possibile pubblica. Il vero dibattito che dobbiamo affrontare nei prossimi anni non è quello tra il principio di opportunità e il principio di legalità. Ciò che deve richiamare la nostra attenzione è la modalità di esercizio di un potere discrezionale che risulti vantaggioso per la comunità e non il procuratore di turno.

Marcos Giampani, Malena Pastor Zamboni

*Senza giudizio e senza ricorso.  
Una trasformazione radicale del moderno paradigma  
di accertamento e responsabilità penale?*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La legittimazione cognitiva della giurisdizione – 3. Gli accordi di colpevolezza – 4. Tendenze attuali e possibile verifica delle obiezioni agli accordi di colpevolezza – 5. Deviazione o collasso del modello?

1. *Introduzione*

Nel corso dell'ultimo quarto del secolo XX<sup>1</sup>, i regimi processuali penali che la dottrina distingue all'interno del modello continentale europeo<sup>2</sup> hanno attraversato rilevanti trasformazioni, costituite in particolare dall'introduzione di nuovi principi e istituti, molti dei quali collegati al modello cosiddetto *adversarial*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> J. B. MAIER, y A. BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001; M. HERRERA GUERRERO, *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado*, Palestra Editores, Lima 2014, p. 27 ss.

<sup>2</sup> HERRERA GUERRERO, cit., p. 40 ss.; M. LANGER, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo, y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, in E. S.HENDLER, *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Del Puerto, Buenos Aires 2001, pp. 97-135.

<sup>3</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, (traduzione di P. A. IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN MOHINO, J. TERRADILLOS BASOCO, R. CANTARERO BONDRÉS), Editorial Trotta, Madrid 1989 [1995], p. 45; nelle parole di LANGER: «[...] la distinción entre funciones requirentes y decisorias, la adopción del juicio oral, público y contradictorio, la introducción de formas de participación ciudadana en la administración de justicia penal, la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal, la desformalización de esta etapa del proceso, son sólo algunos ejemplos de este fenómeno...», in “La dicotomía acusatorio-inquisitivo, y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado» («la distinzione tra funzione richiedente e funzione decisoria, l'adozione del processo orale, pubblico e contraddittorio, l'introduzione

Con l'obiettivo di rendere più efficiente e rapido il processo penale, è stata incoraggiata l'introduzione di istituti come gli accordi di colpevolezza, che sono sostanzialmente simili al *pleabargaining*<sup>4</sup>. In Argentina nel 1997<sup>5</sup>, in Italia nel 1988<sup>6</sup>, in Brasile nel 1995<sup>7</sup>, in Cile nel 2000, in Germania nel 2009<sup>8</sup> – e i riferimenti potrebbero moltiplicarsi – sono stati introdotti modelli di *giustizia negoziata*.

Da una prospettiva critica, è opportuno segnalare che le nuove discussioni sul diritto penale e, in particolare, sul diritto processuale penale, sembrano *lasciare da parte* ciò che, a ben vedere, costituisce *una radicale trasformazione della nostra disciplina nella pratica*.

## 2. La legittimazione cognitivista della giurisdizione

In *Diritto e ragione*, Luigi Ferrajoli propone un modello razionale di giustificazione del potere di punire, proibire e giudicare<sup>9</sup>. La sistematizzazione di un modello di processo penale *moderno*, prodotto dell'eterogeneità e della diversità delle idee consolidate nel XVIII secolo, ha configurato «uno

---

di forme di partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia penale, l'investigazione penale preparatoria da parte del procuratore, la de-formalizzazione di questa fase del processo, sono solo alcuni esempi di questo fenomeno»), in HENDLER, *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, cit., p. 99 ss.; MAIER, BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 97-135.

<sup>4</sup> R. S. BRANDALISE, *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*, Juruá, Curitiba 2016, p. 27 ss.

<sup>5</sup> J. B. MAIER, D.R. PASTOR, G. PÉREZ BARBERÁ, E. C. SARRABAYROUSE, *Derecho Procesal Penal, Los procedimientos*, tomo IV, Ad Hoc, Buenos Aires 2023, p. 207 ss.

<sup>6</sup> BRANDALISE, *Justiça penal negociada: negociação da sentença e princípios processuais relevantes*, cit., p. 94 ss.; HERRERA GUERRERO, *La negociación en el nuevo procesopenal. Un análisis comparado*, cit., p. 47.

<sup>7</sup> BRANDALISE, *Justiça penal negociada: negociação da sentença e princípios processuais relevantes*, cit., p. 136 ss.

<sup>8</sup> Nonostante questi accordi siano in uso dagli anni '80, sono stati introdotti legislativamente solo nel 2009 con l'incorporazione della Verständigung del § 257c nell'Ordinanza sulla procedura penale (StPO), in modo più dettagliato: M. SACHER, *Procedimientos penales abreviados Un análisis internacional*, INEJ, 2023, p. 8 ss.; G. O. CALDERÓN, "Acuerdos que conducen a una condena en el proceso penal alemán: (Verständigung): Estudio dogmático y crítico", in «Rev. Chilena de Derecho», vol. 50 N° 1, pp. 105 - 133 [2023]; anche MAIER, PASTOR, PÉREZ BARBERÁ, SARRABAYROUSE, *Derecho Procesal Penal, Los procedimientos*, tomo IV, cit.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit.

schema *epistemologico* di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare, rispetto ad altri modelli di diritto penale storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio»<sup>10</sup>.

Questo processo di conoscenza, basato sul raggiungimento di decisioni giurisdizionali strettamente legate al concetto di verità processuale<sup>11</sup>, è associato ai principi politici<sup>12</sup> non negoziabili del liberalismo penale, dove «la sola giustificazione accettabile delle decisioni è quella rappresentata dalla verità dei loro presupposti giuridici e fattuali, intesa come *verità proprio* nel senso di *corrispondenza*»<sup>13</sup>.

Sulla base di questo quadro teorico, la distanza che siamo disposti a tollerare rispetto alla *verità processuale* nel modello epistemologico del processo penale definirà l'intensità dell'arbitrarietà del programma punitivo e il suo grado di legittimità.

### 3. *Gli accordi di colpevolezza*

Nonostante i vantaggi segnalati al momento della sua introduzione, non mancavano i dubbi sul funzionamento dell'istituto e sulle sue implicazioni.

Il primo riguarda la distanza tra le idee affermate al momento della regolamentazione e la loro attuazione nella pratica. Coloro che non vedevano di buon occhio le idee di efficienza legate alla negoziazione rispetto all'applicazione della pena<sup>14</sup>, avvertivano che la velocità con cui i casi venivano risolti attraverso tali accordi poteva portare all'eliminazione del dibattito orale come parte centrale dell'esercizio della giustizia penale<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Ivi, p. 6.

<sup>11</sup> J. B. MAIER, *Derecho procesal penal, Parte general*, tomo I, 2ª ed., 3ª reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004; M. TARUFFO, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 109 ss.; N. GUZMÁN, *La verdad y el procedimiento abreviado*, in MAIER, BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2001.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 43-45.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>14</sup> In questo senso, G. I. ANITUA, *El penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*, in MAIER, BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 145 e FERRAJOLI, *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal*, in MAIER, BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 44-45.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal*, in MAIER,

In secondo luogo, la questione della volontà<sup>16</sup> delle parti di concludere l'accordo è stata un primo indicatore che ha indotto diversi autori a dubitare della libera accettazione da parte dell'imputato<sup>17</sup>. Tale critica è stata rafforzata da due situazioni: la prima legata all'offerta<sup>18</sup> di accordo da parte dello Stato e alle possibili conseguenze che il suo rifiuto potrebbe comportare nella successiva definizione della pena. Il secondo, relativo ai vizi del consenso<sup>19</sup>, prestato in regime di reclusione<sup>20</sup> preventiva<sup>21</sup>.

Sul piano epistemologico, la critica è stata orientata alla modificazione dell'idea di verità<sup>22</sup>. L'introduzione di una verità consensuale<sup>23</sup>, come caratteristica dell'aumento del numero delle condanne, ha fatto sorgere dubbi su una possibile e crescente distanza tra ciò che di fatto è accaduto e ciò che è stato concordato. In questo contesto, la soppressione dell'udienza orale come fase centrale del contraddittorio ha sollevato dubbi sulla compatibilità di tale procedura con le finalità del processo penale.

---

BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., pp.44-45: «que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida, y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave» («che il processo può ridursi a un gioco d'azzardo in cui l'imputato, sebbene innocente, si trova a decidere tra una pena ridotta e il rischio di un processo ordinario che può finire con l'assoluzione ma anche con una pena molto più pesante»).

<sup>16</sup> ANITUA, *El procedimiento penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*, cit., p.145.

<sup>17</sup> Sull'esistenza di una coercizione implicita in tutti i casi vedere: VEGEZZI, *Juicio abreviado su recepción en el orden jurídico argentino*, in MAIER, BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 349.

<sup>18</sup> I.F. TEDESCO, *Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación*, in MAIER, BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 328: «el problema no radica en la confesión sino en el ofrecimiento de algo a cambio de ella...» («il problema non è la confessione, bensì l'offerta di qualcosa in cambio della confessione»).

<sup>19</sup> TEDESCO, *Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación*, cit., p. 319.

<sup>20</sup> BOVINO, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, in MAIER, BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 75.

<sup>21</sup> TEDESCO, *Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación*, cit., p. 324: «que éste tenga cierto ámbito de autodeterminación, el cual solo puede tener lugar si se encuentra en libertad» («che la persona ha un margine di autodeterminazione, che può verificarsi unicamente se si trova in condizioni di libertà»).

<sup>22</sup> ANITUA, *El procedimiento penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*, cit., p. 187.

<sup>23</sup> GUZMÁN, *La verdad y el procedimiento abreviado*, in MAIER, BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit.

L'ultima critica si è concentrata sull'introduzione di questi accordi in un modello misto, come quello argentino<sup>24</sup>. Questa situazione, per alcuni autori, implicava in pratica che le condanne venissero raggiunte sulla base delle prove prodotte durante le indagini (senza praticamente alcun controllo da parte della difesa<sup>25</sup>) e una riduzione dello standard di condanna *oltre ogni ragionevole dubbio* a quello causa probabile<sup>26</sup>.

Il peso delle critiche al modello di giustizia negoziata di cui sopra (che qui abbiamo sintetizzato in termini generali) s'intensifica o si attenua in relazione al modo in cui la legislazione ha incorporato gli accordi di colpevolezza in ciascun sistema<sup>27</sup>. Questi variano non solo tra gli Stati ma anche tra le giurisdizioni<sup>28</sup>.

In Argentina esistono diversi modelli normativi<sup>29</sup> in cui si può vedere come variano le scale di fattibilità dell'accordo<sup>30</sup>, la procedura per la sua

<sup>24</sup> LANGER, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo, y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, cit. Anche su questo punto: SACHER, *Procedimientos penales abreviados Un análisis internacional*, cit.

<sup>25</sup> S. VEGEZZI, *Juicio abreviado su recepción en el orden jurídico argentino*, in MAIER, BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit., p. 357.

<sup>26</sup> J. H. LANGBEIN, *Tortura y plea bargaining*, in MAIER, BOVINO (coords), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 19: «La función del juicio, que la práctica del plea bargaining elimina, consiste en exigir al tribunal que decida si los hechos probados sustentan una inferencia de culpabilidad más allá de toda duda razonable» («La funzione del processo, che il pleabargaining elimina, consiste nel costringere il giudice a decidere se i fatti provati supportano un'inferenza di colpevolezza al disopra di un dubbio ragionevole»). Sul punto, anche GUZMÁN, *La verdad y el procedimiento abreviado* cit., p. 298.

<sup>27</sup> LANGER, *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, in «A. Review of Crim.», 2021.4:377-411, p. 21.

<sup>28</sup> È opportuno sottolineare che diversi tribunali nazionali e internazionali hanno esaminato molte delle critiche all'istituto, arrivando a determinarne la costituzionalità in termini generali. Per esempio, la ECHR, nella sentenza Natsvlshvili e Togonidze contro Georgia, Sentenza, Application N. 9043/05, sentenza del 29 aprile 2014. Per approfondire: L. DÍAS, *Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Pensar en derecho*, 6, 4, Eudeba, Buenos Aires 2015.

<sup>29</sup> Esistono praticamente tanti modelli quanti sono i codici di procedura, uno per ogni giurisdizione provinciale, uno per la Città autonoma di Buenos Aires e uno per il Codice di procedura nazionale (CPPN e CPPF). Per comprendere alcuni aspetti di questa problematica, si veda E. C. SARRABAYROUSE, *La esquizofrenia del derecho procesal penal argentino del siglo XXI. Balance y perspectivas*, in N. GUZMÁN, F. WAGNER (Dirs.), *El nuevo Código Procesal Penal Federal, Ad Hoc*, Buenos Aires 2023; D. R. PASTOR, «Código Procesal Penal Convenio. Por una legislación única. Razones y consensos», in fase di stampa, 2024.

<sup>30</sup> Per esempio, l'art. 431-bis del *Código Procesal Penal de la Nación* stabilisce un mas-



formalizzazione, la possibilità di impugnazione della sentenza e altre caratteristiche rilevanti.

In Italia, anche se ci sono modelli diversi, il *patteggiamento*<sup>31</sup> viene solitamente descritto come l'accordo stipulato tra procura della Repubblica e difesa sulla misura e sul tipo della sanzione penale da applicare nei confronti dell'imputato, il quale beneficia di una riduzione che può arrivare fino a un terzo della pena prevista<sup>32</sup>.

Vedremo nei prossimi paragrafi quale correlazione si può verificare (anche se in modo preliminare) tra le obiezioni generali all'accordo di *colpevolezza*, i modelli esistenti e le statistiche disponibili, per trarre alcuni interrogativi finali sullo scenario attuale e sulle sfide per il futuro, con particolare attenzione al caso argentino.

#### 4. Tendenze attuali e possibile verifica delle obiezioni agli accordi di *colpevolezza*

Finora il ragionamento proposto ci ha portato a due conclusioni preliminari: in primo luogo, un modello legittimo di procedura penale dal punto di vista del diritto penale liberale<sup>33</sup> implica inevitabilmente una costruzione epistemologica associata al concetto di verità<sup>34</sup> (2). In secondo luogo, l'introduzione degli accordi di *colpevolezza* nei modelli continentali europei è stata fortemente contestata poiché si rilevano tensioni giustificate ed eventuali incompatibilità con i principi generali del sistema (3).

Tuttavia, vedremo che l'espansione di questo istituto non sembra diminuire, al contrario<sup>35</sup>.

---

simo di sei anni; il *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires* un massimo di 15 anni; il *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* non stabilisce nessun limite.

<sup>31</sup> Art. 444 del Código di Procedura Penale, ver Anexo, Normativa. In base al rilevamento, non solo la legislazione è molto più restrittiva, ma il suo utilizzo è sostanzialmente meno estensivo come risulta dalle statistiche del Ministero della Giustizia. Nel 2020, le procedure alternative (*abreviado* e *patteggiamento*) hanno rappresentato solo il 3,4% del totale dei casi, con una preferenza per i processi orali e pubblici (13,4% del totale dei casi).

<sup>32</sup> L.E. FUSCO, *Los procedimientos especiales abreviados del Código Procesal Penal Italiano*, [in linea] «Prudentia Iuris», <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2558>, p. 85.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 68

<sup>34</sup> LANGER, *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, cit.

<sup>35</sup> Alcune eccezioni possono essere osservate dalle statistiche del sistema tedesco, dove

a. Qual è l'impatto attuale degli accordi di colpevolezza sull'esercizio punitivo della giurisdizione?

Secondo i dati pubblicati dalla Comisión Provincial por la Memoria (cfr. Tabella 1), un'agenzia della Provincia di Buenos Aires<sup>36</sup> (di seguito, PBA), tra il 2015 e il 2020, l'84% delle condanne è stato emesso attraverso la procedura del processo abbreviato (89.983) e il 16% è stato il prodotto di un processo orale, pubblico e contraddittorio (17.610)<sup>37</sup>.

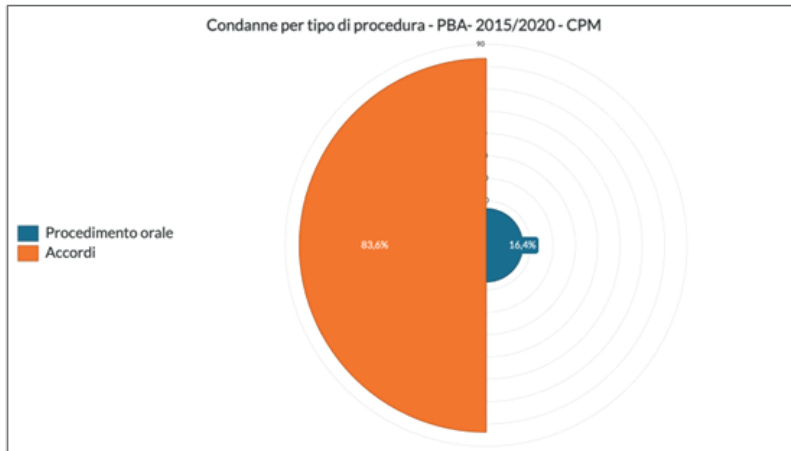


Tabella 1

la prassi è cambiata sostanzialmente dopo l'intervento del BVerfG. A questo proposito si veda: CALDERÓN, *Acuerdos que conducen a una condena en el proceso penal alemán (Verständigungunen): Estudio dogmático y crítico*, cit., p. 17; MAIER, PASTOR, PÉREZ BARBER, SARRABAYROUSE, cit., tra l'altro.

<sup>36</sup> Nel 2016, secondo un rapporto elaborato dall'Osservatorio de Seguridad Ciudadana, approssimativamente il 50% dei crimini a livello nazionale sono commessi nella Provincia di Buenos Aires, dove si concentra il 40% circa della popolazione (in base al Censimento Nazionale della Popolazione, delle Case e delle Abitazioni del 2022), Informe de Prevalencias Delictivas en Argentina.

<sup>37</sup> Dati sul numero totale di condanne. È opportuno sottolineare che l'indagine include le assoluzioni pronunciate negli *acuerdos de culpabilidad* (2%, pari a 2323 casi) e le assoluzioni pronunciate nei processi orali (5,29%, pari a 6145 casi).

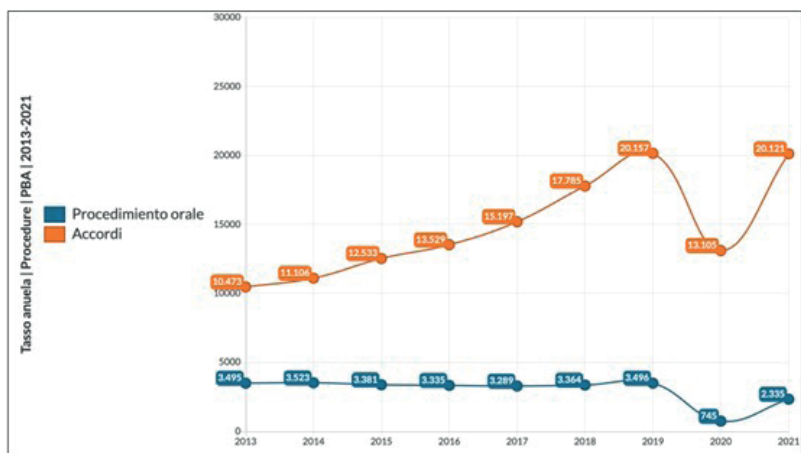


Tabella 2

La tendenza annuale del numero di processi orali è in costante diminuzione dal 2013 (fenomeno inversamente proporzionale al numero di accordi di colpevolezza<sup>38</sup>: cfr. Tabella 2) e, sebbene il tasso medio di accordi si attesti intorno all'84%, raggiunge percentuali superiori al 90% e, addirittura, raggiunge il 100%<sup>39</sup> dei casi in molti distretti (soprattutto quelli più conflittuali e con i più alti tassi di criminalità<sup>40</sup>: cfr. *Tabella 3*).

<sup>38</sup> Come si è sottolineato precedentemente, in contrasto con altri studi pubblicati, si osserva un suggestivo aumento, in LANGER, *PleaBargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, cit., p. 21, Figure 1; Informe Tribunales Orales 2001-2012, Oficina de estadísticas, Poder Judicial de la Nación, [https://old.pjn.gov.ar/07\\_estadisticas/estadisticas/07\\_estadisticas/Archivos/Trabajos\\_Especiales/Justicia\\_Penal\\_Oral\\_2001\\_2012/Informe%20Tribunales%20Orales%202001-2012.pdf](https://old.pjn.gov.ar/07_estadisticas/estadisticas/07_estadisticas/Archivos/Trabajos_Especiales/Justicia_Penal_Oral_2001_2012/Informe%20Tribunales%20Orales%202001-2012.pdf).

<sup>39</sup> Altri dati della Comisión Provincial por la Memoria sono reperibili qui: <https://www.comisionporlamemoria.org/datosabiertos/poder-judicial/datos-por-departamento-judicial/>

<sup>40</sup> *Cuarto informe sobre delitos y violencias en la provincia de Buenos Aires 2009-2021*, <https://libros.fahce.unlp.edu.ar/index.php/libros/catalog/book/201>.

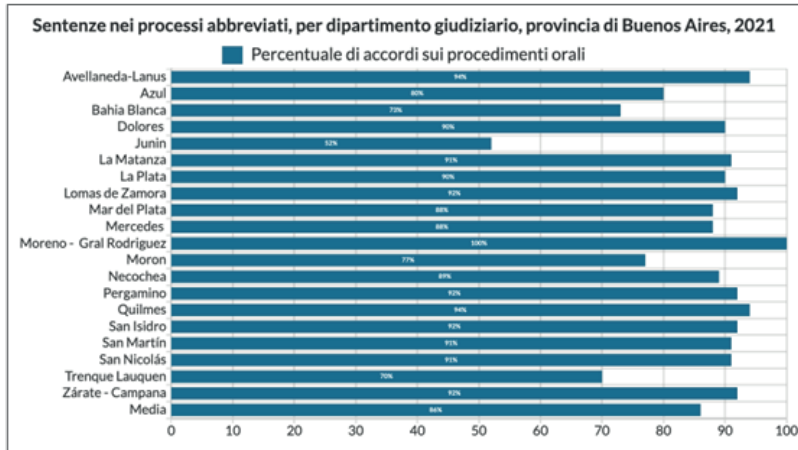


Tabella 3

Il panorama descritto per il caso argentino trova il suo correlato nelle statistiche del *modello di base* utilizzato per la sua configurazione: il *pleabargaining*. Secondo i dati raccolti, il tasso di condanne basate sugli accordi di colpevolezza negli Stati Uniti si aggira attualmente intorno al 98%<sup>41</sup>. Vale a dire che solo il 2% delle condanne penali viene stabilito sulla base di un processo orale, pubblico e contraddittorio.

In breve, a più di vent'anni dalla loro introduzione nel modello processuale argentino, gli accordi di colpevolezza occupano uno spazio privilegiato nella determinazione della responsabilità penale dei cittadini e, di conseguenza, nell'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato. Le statistiche raccolte ci permettono di concludere che il processo storico di adattamento al modello di giustizia negoziata impone una preferenza per questo tipo di procedura a scapito del processo orale, che sopravvive come eccezione.

#### b. *Revisione della sentenza di condanna?*

Sebbene l'introduzione nel blocco costituzionale dell'art. 8.2.h della Convenzione Americana dei Diritti Umani e del 14.5 del Patto

<sup>41</sup> LANGER, *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, cit.; J. L. KANE, *Plea Bargaining and the Innocent*, in *The Marshall Project*, <https://www.themarshallproject.org/2014/12/26/plea-bargaining-and-the-innocent>; S. R. GROSS, *Convicting the innocent*, in «Ann. Review of Law & Soc. Science», vol. 4, 2008; S. THAXTON., *Leveraging Death*, in «J. Crim. L. & Criminology», Vol. 103, No. 2, 2013, p. 475; A. D. REDLICH, A. SUMMERS, *Self-Reported False Confessions and False Guilty Pleas among Offenders with Mental Illness* in «L. & H. Behavior», 34(1):79-90, 2010.

Internazionale sui Diritti Civili e Politici abbia determinato il riconoscimento costituzionale in Argentina dell'ampio diritto a un ricorso effettivo contro la sentenza di condanna, e la giurisprudenza della Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>42</sup> (CSJN) abbia richiesto la massima capacità di rendimento nella revisione delle sentenze<sup>43</sup>, lo stato attuale della situazione rivela un quadro completamente diverso. Infatti, le previsioni fatte qualche tempo fa dalla dottrina possono essere verificate anche su questo punto.

In questo senso, i dati raccolti dalla Defensoría General de la Nación per l'anno 2022 mostrano un totale di 2463 accordi di colpevolezza (cioè, praticamente l'83% delle condanne) a fronte di 512 processi orali, pubblici e contraddittori<sup>44</sup> (vedere Tabella 4). Tuttavia, nello stesso anno, un totale di 153 accordi di colpevolezza sono stati appellati: solo il 6,2% del numero totale degli accordi raggiunti<sup>45</sup>.

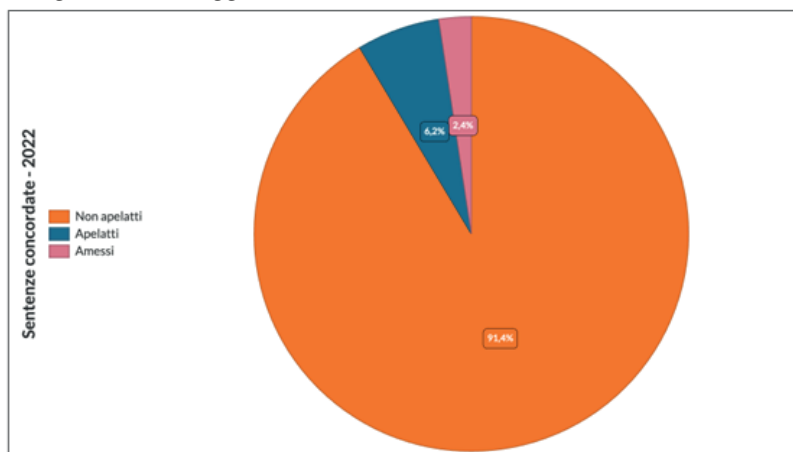


Tabella 4

Di questa percentuale di ricorsi, il 53% è stato dichiarato inammissibile in base ai criteri sopra descritti e il 38% del totale è stato ammesso e passato al tribunale del riesame (cioè, circa il 2,4% del numero totale di condanne emesse in un anno).

<sup>42</sup> "Casal", Fallos: 328:3399, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina.

<sup>43</sup> G. E. PÉREZ BARBERA, *La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento", con motivo del caso "Casal"*, in «La Ley», 2006-É, La ley, Buenos Aires, pp. 1307 ss.

<sup>44</sup> È opportuno ricordare che la legge applicabile è sostanzialmente più restrittiva in questa giurisdizione rispetto ad altre, in quanto stabilisce una pena massima di 6 anni per l'operatività dell'istituto.

<sup>45</sup> Questo dato deriva dalle registrazioni degli ingressi per l'anno 2022 all'ufficio di ammissibilità della *Cámara de casación nacional en materia penal y correccional*, disaggregati per tipo di procedimento di origine.

Finora è possibile trarre due conclusioni provvisorie: (a) attualmente, nel processo penale argentino, la stragrande maggioranza dei casi viene risolta sulla base degli accordi di colpevolezza senza contraddittorio tra le parti e (b) una percentuale praticamente trascurabile di questi accordi viene riesaminata da un'altra corte con l'ambito assegnato dall'art. 8.2.h Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo e 14.5 Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici<sup>46</sup>.

*c. Qual è il tasso di errore del sistema?*

Tuttavia, come abbiamo visto analizzando le critiche che la dottrina ha fatto agli accordi di colpevolezza, il *contesto* in cui si svolgono le trattative non solo influisce sulla possibile incidenza dei principi che regolano il sistema penale moderno, ma *condiziona* in modo specifico la correttezza di questi accordi.

Quando parliamo di errore, nel contesto della presente analisi, intendiamo riferirci a qualsiasi deviazione dalla risposta corretta in termini punitivi (in termini generali, la materialità dei fatti, la sussunzione giuridica e la determinazione della pena).

Per una parte della dottrina, gli accordi di colpevolezza si fondano sulla base di una negoziazione ineguale tra le parti<sup>47</sup>, sull'esistenza di condizioni estorsive<sup>48</sup> e sui vantaggi ottenuti nell'ambito della negoziazione<sup>49</sup>. In altre parole, su una serie di elementi che ragionevolmente porteranno a distorcere la sentenza in termini di correttezza<sup>50</sup> (intesa come aspetto fondamentale della legittimazione cognitivista della giurisdizione).

Una recente ricerca<sup>51</sup> orientata all'analisi del tasso di errore nelle

<sup>46</sup> Vedere nota n. 42.

<sup>47</sup> SACHER, *Procedimientos penales abreviados. Un análisis internacional*, cit., p. 19 ss.

<sup>48</sup> EAD., p. 124.

<sup>49</sup> EAD., p. 100.

<sup>50</sup> LANGER, *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, cit. p. 383: «There have been quantitative empirical studies based on individual case-level data, exoneration data, surveys, and experiments regarding whether, to what extent, and why innocent defendants plead guilty [...]; whether and to what extent death penalty notices increase the probability of defendants plead in guilty [...]; to what extent guilty pleas have contributed to wrongful convictions [...]; and whether and to what extent plea bargaining affects sentences».

<sup>51</sup> «El error en las sentencias penales. Un estudio teórico y empírico», Dirección a cargo del Prof. Dr. Eugenio C. Sarrabayrouse y Dra. Marcela De Langhe, Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho, Universidad de Buenos Aires, DCT2034, año 2022. Il lavoro comprendeva una ricerca generale su 33.231 sentenze, da cui è stato selezionato un insieme di 1811 sentenze definitive, corri-

decisioni giudiziarie e delle sue caratteristiche ci permette di costruire alcune delle domande con cui intendiamo concludere questo articolo.

I dati preliminari ci permettono di identificare un tasso di errore per il sistema giudiziario nazionale della Città di Buenos Aires (rilevato in fase di revisione) che si aggira intorno al 41% dei casi<sup>52</sup> (cfr. Tabella 5). Di questo 41%, il 26% è stato identificato come un errore nella valutazione delle prove<sup>53</sup>; il 19% come un errore nella determinazione della pena; l'11% come un errore procedurale; infine, il 50% è stato identificato come un errore nell'interpretazione della legge applicabile al caso<sup>54</sup>.

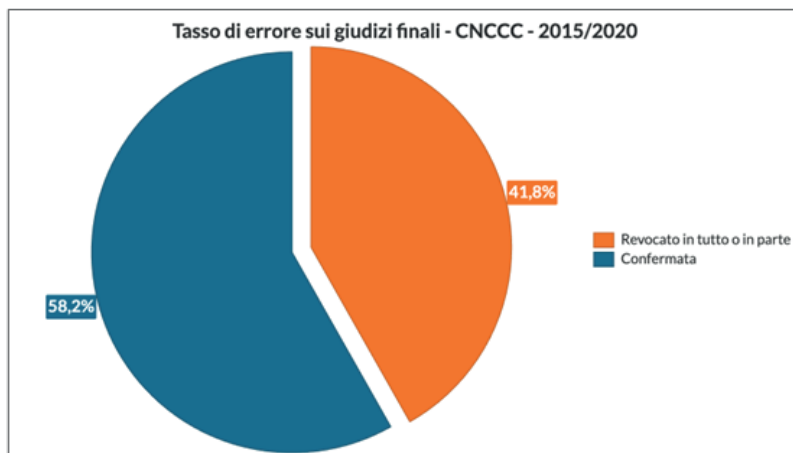


Tabella 5

Del 41% delle sentenze annullate analizzate, il 15% derivava dalla sottoscrizione di accordi di colpevolezza (6,15% del totale: cfr. Tabella 6).

spondenti a quattro tribunali della Città Autonoma di Buenos Aires.

<sup>52</sup> Il dato corrisponde alla rilevazione effettuata sulle condanne revocate in tutto o in parte davanti alla *Cámara de casación penal nacional* tra il 2015 e il 2020. Nel caso dei tribunali locali della Città autonoma di Buenos Aires, il tasso di errore rilevato è pari al 27%.

<sup>53</sup> Su questo punto, è opportuno segnalare che il tasso di errore aumenta quando si analizzano solamente le revocche totali o parziali delle procedure orali, arrivando in questi casi al 31%.

<sup>54</sup> Le statistiche su questo punto sono superiori al 100%, perché in alcuni casi sono state registrate due o più tipologie di errore.

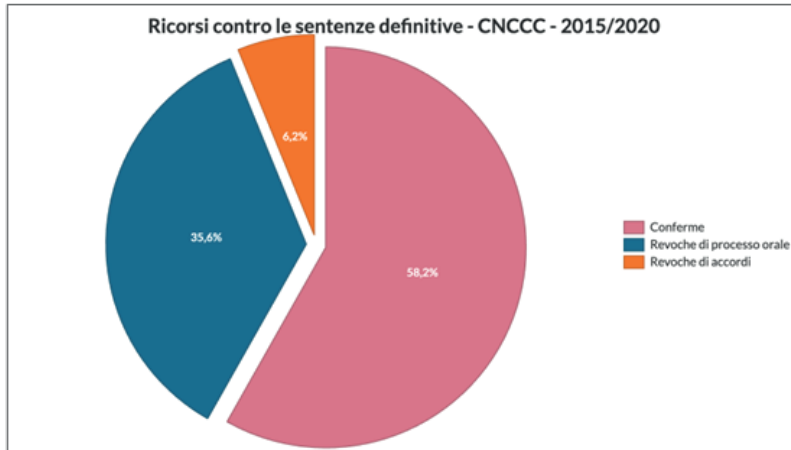


Tabella 6

In questo contesto, l'incidenza relativa degli accordi di colpevolezza sul numero totale di sentenze (84%) non si manifesta nella stessa proporzione in caso di revisione.

Del 15% degli accordi di colpevolezza annullati da un'altra corte, circa il 50% è stato annullato nella loro interezza e il 50% in parte. Ma praticamente nel 90% dei casi, ciò si è basato su un'errata interpretazione e applicazione della legge o su problemi nella determinazione della pena non ci sono praticamente ricorsi proposti (e accolti) che contestino la piattaforma fattuale di verità (valutazione delle prove) concordata nella negoziazione.

Ciò che colpisce di queste cifre è che l'errore nella valutazione delle prove in questo stesso segmento (15%) è stato identificato soltanto nell'1,5% dei 153 casi esaminati, mentre gli stessi operatori del sistema incorrono in un tasso di errore significativamente più alto (31%) quando si tratta di condanne derivanti da un processo orale, pubblico e contraddittorio (Tabella 7).



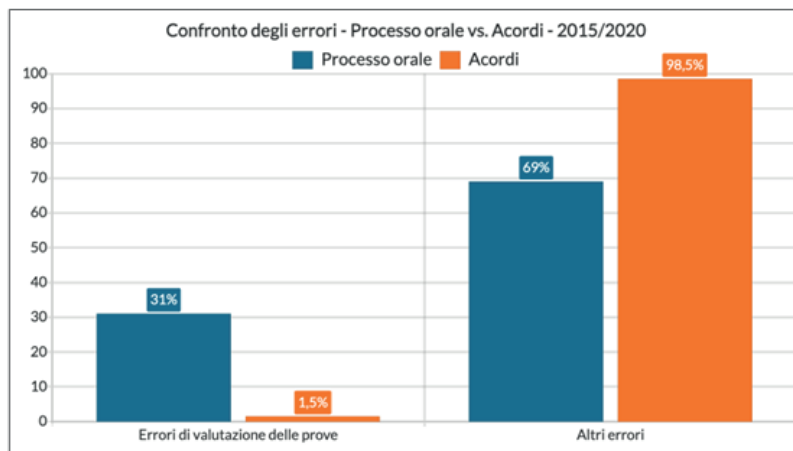


Tabella 7

Per citare alcuni riferimenti, l'*Innocence Project* ha identificato che il 10%<sup>55</sup> delle condanne erronee per reati gravi<sup>56</sup> sono il risultato di false ammissioni di colpevolezza avvenute nel contesto di situazioni estorsive o di negoziazioni convenienti per la difesa, anche a fronte dell'innocenza materiale dell'imputato.

Il *National Registry of Exonerations*<sup>57</sup> (un progetto della *Michigan Law School* e della *Northwestern Law School*) ha fornito cifre simili (14,5%) di false ammissioni di colpevolezza nel contesto di condanne concordate.

Gli errori, tuttavia, non si limitano alle false ammissioni di colpevolezza (uno degli errori assoluti che riteniamo più rilevanti per il sistema<sup>58</sup>), ma anche a tutta una serie di disallineamenti che le sentenze frutto di accordo di colpevolezza potrebbero avere rispetto alla correttezza cognitiva della giurisdizione (sezione I). Questo è proprio ciò che la dottrina statunitense ha denunciato a proposito del sistema di giustizia negoziata che produce (praticamente) il 98% delle condanne<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> <https://innocenceproject.org/exonerations-data/>

<sup>56</sup> In generale, il riferimento è all'omicidio e all'abuso sessuale. J. S. RADKOFF, *Why innocent people plead guilty and the guilty go free: And Other Paradoxes of Our Broken Legal System*, Farrar, Straus and Giroux, 2021; GROSS, *Convicting the innocent*, cit., p. 22 ss.

<sup>57</sup> Il registro permette la disaggregazione della tipologia di procedura che ha condotto all'errata condanna: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/detailist.aspx>

<sup>58</sup> «*Satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari*» (Ulpiano)

<sup>59</sup> GROSS, *Convicting the innocent*, cit.; THAXTON, *Leveraging Death*, cit.; REDLICH, SUMMERS, *Self-Reported False Confessions and False Guilty Pleas among Offenders with Mental Illness*, cit.

### 5. *Deviazione o collasso del modello?*

L'intuizione iniziale ha quindi permesso di costruire l'ipotesi non solo di un cambiamento radicale del moderno programma di accertamento penale, ma anche di una decisa tendenza ad allontanarsi dalla verità e, in ultima analisi, di un danno al livello di legittimità con cui il sistema opera.

Il consolidamento di un programma di negoziazione della verità processuale ci costringe a porre una serie di domande sullo standard attuale in termini di modello cognitivo giurisdizionale (2), ossia un programma che cerchi e garantisca procedure che risultino in sentenze materialmente e giuridicamente corrette.

Qual è la tolleranza per l'errore che un sistema legittimo di imposizione del potere punitivo è disposto a contenere? Gli accordi di colpevolezza sono modelli epistemologicamente utili ai fini del procedimento penale e soddisfano gli standard minimi necessari per la loro adeguatezza all'interno di un moderno programma di accertamento e responsabilità penale? Le informazioni raccolte ci permettono di sollevare alcune domande sullo stato attuale del modello di accertamento penale nei sistemi continentali europei e in quello vigente in Argentina: se il tasso di errore individuato, soltanto rispetto alla valutazione delle prove nelle condanne derivanti da processi orali, pubblici e contraddittori, è del 31%, qual è il tasso di errore sulla piattaforma fattuale delle condanne penali basate sugli accordi di colpevolezza?

Sono gli stessi operatori che concordano e convalidano sentenze di condanna su indagini preliminari basate su ipotesi accusatorie non confutate nell'ambito di processi di negoziazione gravemente discutibili (3).

L'accesso limitato all'appello contro la sentenza di condanna in questi casi impedisce anche l'accertamento e la correzione degli errori e l'identificazione delle loro origini.

La chiave sembra risiedere nelle modalità di legiferazione di questi istituti, nella loro limitazione a un budget specifico e nella trasparenza e nel controllo della loro applicazione. Studi come quello del professor Altenhain<sup>60</sup>, o legislazioni più ristrette come il patteggiamento, mostrano

<sup>60</sup> Vedere: MAIER, PASTOR, PÉREZ BARBERÁ, SARRABAYROUSE, *Derecho procesal Penal. Los procedimientos*, tomo IV, cit. p. 207 ss.; K. ALTENHAIN, F. DIETMEIR, M. MAY, *Die praxis der absprachen in Strafverfahren*, Nomos, 2013. A questo proposito, lavori recenti hanno cominciato a delineare una strada di ricerca per identificare i problemi che si presentano quando si applica questo tipo di istituti: H. TRUJILLO AROCENA, D. R. ZUBILLAGA PUCHOT, F. MACEDO MAGGI, S. SANSONE ARAMBILLETE, M. FERNÁNDEZ CHIOSSONI, *Los acuerdos en el proceso abreviado, desde el punto de vista técnico y la perspectiva de las*

i possibili aggiustamenti che potrebbero essere apportati al modello argentino, se si verificano alcuni degli aspetti qui menzionati.

Per dirla con le parole del professor Luca Marafioti senza una costante interazione con il tema verità/processo, non saremmo ciò che siamo e la nostra disciplina non avrebbe nemmeno dignità<sup>61</sup>.

---

*personas condenadas. Resultados de una investigación sobre su aplicación en Uruguay*, «Del. y Soc.», UNL, nro. 56, 2023; M. LANGER, M. SOZZO (Comp.), *Justicia penal y mecanismos de condena sin juicio*, Estudios sobre América Latina, Marcial Pons, Buenos Aires 2023.

<sup>61</sup> L. MARAFIOTI, *Justicia penal negociada y verdad procesal selectiva*, in «Revista de Derecho Penal y Procesal Penal», 2014, p. 924.

TAVOLA ROTONDA



Luigi Ferrajoli

*Sulla crisi della legalità penale e delle scienze penalistiche*

SOMMARIO: Una giustizia penale senza verità e senza uguaglianza – 2. Crisi della legalità e scienza penalistica italiana – 3. Diritto penale della disuguaglianza e scienza penalistica italiana. Sul ruolo della cultura giuridica.

1. *Una giustizia penale senza verità e senza uguaglianza*

Voglio fare un discorso di fondo sullo stato del nostro diritto penale e processuale e dei nostri studi penalistici e processualistici. Non sono un penalista. Il mio sarà perciò un punto di vista esterno al nostro sistema penale, che avrà per oggetto due sue gravi involuzioni: la crisi della legalità penale e la crescita della disuguaglianza di fronte alla legge.

La prima involuzione consiste nel crollo della legalità penale e, conseguentemente, della verità processuale. È una crisi generata dall'inflazione legislativa sul piano quantitativo e dalla disfunzione del linguaggio legale sul piano qualitativo. È stato calcolato che nel nostro ordinamento ci sono 35.000 figure di reato e varie migliaia di leggi penali, al punto che la Corte costituzionale è stata costretta, con la ben nota sentenza n. 364 del 1988, ad ammettere la scusabilità dell'ignoranza della legge quando questa, come spesso accade, sia inevitabile. Il dissesto della lingua penale si manifesta a sua volta in un'anti-lingua burocratica nella quale sono formulati soprattutto i decreti legge, scritti negli uffici ministeriali, sviluppati di solito in articoli e commi lunghi pagine intere, con parole oscure ed ambigue e, soprattutto, con innumerevoli rinvii ad articoli e commi di altre leggi che generano labirinti normativi inestricabili e incomprensibili. È chiaro che questo crollo della legalità penale equivale al venir meno dei presupposti stessi della verità processuale e, con essi, della legittimazione politica del potere giudiziario: equivale al crollo della verificabilità e della falsificabilità in astratto, cioè dei presupposti della verità giuridica, e della verifica e della falsificazione in concreto, cioè

dei presupposti della verità fattuale. Il risultato di questo sfascio è la crescita dell'arbitrio giudiziario e la perdita di legittimazione della giurisdizione.

La seconda involuzione riguarda la disuguaglianza crescente dei cittadini di fronte alla legge penale. Da oltre 30 anni si è sviluppato un diritto penale della disuguaglianza: diritto penale minimo e mite per i potenti, diretto a garantirne l'impunità; diritto penale massimo e inflessibile per i poveri, accompagnato talora da una vera ostentazione della disumanità finalizzata a ottenere consenso. Ricordiamo le innumerevoli leggi a beneficio di Silvio Berlusconi, vero e proprio *corpus iuris ad personam* che l'attuale governo ha peraltro integrato con varie norme varate o promesse: la legge n. 199 del 30.12.2022, che ha escluso dal regime del carcere ostativo previsto dall'art. 4-*bis* soltanto i condannati per peculato, concussione e corruzione, l'abolizione del reato di abuso d'ufficio, la limitazione delle intercettazioni, i ricorrenti tentativi di limitare l'indipendenza dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri. Simultaneamente si è dato vita a un diritto penale disuguale e disumano, informato alla logica del nemico immancabilmente identificato con i soggetti più deboli: anzitutto i migranti, che impersonano i nemici ideali, additati dalla demagogia populista e razzista come persone inferiori e/o pericolose; in secondo luogo i detenuti, gran parte dei quali sottoposti a ben due regimi di carcere duro, a mio parere entrambi illegittimi; in terzo luogo i soggetti pericolosi o sospetti, puniti non già per ciò che hanno fatto, ma per ciò che sono – migranti, mendicanti, prostitute, tossicodipendenti, senza-tetto – grazie a un armamentario crescente di misure personali di prevenzione.

## 2. *Crisi della legalità e scienza penalistica italiana*

Come ha risposto la cultura penalistica e processualistica alla prima di queste due involuzioni, cioè allo scempio della legalità? Ho l'impressione che di fronte al "diritto penale che cambia", secondo il titolo di una collana di studi penalistici, e al "diritto penale in trasformazione", come dice il titolo di una nota monografia, gran parte della cultura penalistica – ovviamente con talune benemerite eccezioni – anziché criticare questa deriva e proporre le garanzie necessarie a impedirla, ha adattato e talora archiviato i principi, promuovendo una sorta di regressione al diritto penale pre-illuminista.

La risposta alla crisi di una cultura garantista avrebbe dovuto consistere nella proposta di una rifondazione della legalità penale. Se quattro secoli

fa Thomas Hobbes, all'incertezza e all'arbitrio del diritto premoderno provocati dalla giurisprudenza caotica e disordinata dei giudici oppose l'autorità della legge, cioè la riserva di legge in materia penale, oggi, di fronte alla totale incertezza e all'arbitrio provocati da una legislazione ancor più caotica e disordinata, il solo rimedio è la rifondazione e un rafforzamento della legalità. Questo rafforzamento, a me pare, può avvenire soltanto con la trasformazione della riserva di legge in una riserva di codice, stipulata a livello costituzionale – tutte le norme in tema di delitti, processi e pene nei codici, nessuna di esse fuori dai codici – che vincoli il legislatore alla sistematicità, alla coerenza e alla conoscibilità del diritto penale.

Solo così è possibile restaurare la soggezione dei giudici alla legge e il carattere cognitivo del giudizio, basato appunto sull'accertamento della verità processuale. Ovviamente tale verità non è una verità assoluta o oggettiva, essendo tali solo le tesi della logica e della matematica, bensì una verità relativa. Precisamente, è una verità *opinabile in diritto*, data la discrezionalità interpretativa che sempre accompagna l'accertamento della verità giuridica, e *probabilistica in fatto*, dato che la verità fattuale non può essere dimostrata, ma solo suffragata da una pluralità di conferme e richiede perciò, quale debole ma necessario surrogato di un'impossibile certezza oggettiva, quanto meno la certezza soggettiva, cioè il libero convincimento del giudice.

La nostra cultura giuridica ha invece assunto il caos normativo nel quale si è trasformato il nostro diritto penale come un fenomeno naturale. Ha perciò rinunciato sia alla critica della sua distanza dai principi, sia alla progettazione delle garanzie idonee a rendere possibile un grado accettabile di soggezione dei giudici alla legge e un grado plausibile di verità processuale. Ha risposto a entrambe le crisi – quella della verità giuridica e quella della verità fattuale – con una tendenziale regressione epistemologica al diritto pre-moderno.

Sul piano della *verità giuridica* e del *diritto penale sostanziale* è stata abbandonata la concezione cognitivista della giurisdizione, sostituita dalla sua concezione creazionista. Il principio *auctoritas non veritas facit legem*, che se la legge è chiara ed univoca ha come corollario il principio *veritas non auctoritas facit iudicium*, è stato capovolto, grazie anche alle tesi sempre più diffuse della connessione oggettiva tra diritto e morale, negli opposti principi *veritas facit legem* e *auctoritas facit iudicium*, cioè nell'idea che è l'autorità del giudice che crea il diritto, ontologicamente fondato su una sua almeno tollerabile giustizia. Alle spalle di questa operazione c'è l'idea arcaica e illusoria di una verità empirica oggettiva quale è quella espressa



dall'immagine del giudice bocca della legge. Karl Popper distinse tra verificazionisti illusi e verificazionisti delusi: sono illusi quei verificazionisti che suppongono che possa essere raggiunta una verità empirica oggettiva o assoluta; sono delusi quei verificazionisti che, di fronte all'impossibilità di raggiungere una tale verità, finiscono per cadere nell'irrazionalismo e nello scetticismo, cioè nell'idea che nessuna tesi empirica è veramente sostenibile. La stessa distinzione può farsi con riguardo alla verità processuale: sono verificazionisti o illuministi delusi coloro che, avendo come gli illuministi illusi un'idea della verità processuale come verità assoluta o oggettiva e riconoscendo che tale verità non è raggiungibile, cadono nel creazionismo, cioè nella concezione dell'interpretazione come creazione di nuovo diritto. Laddove "interpretazione creativa" è una contraddizione in termini: dove c'è interpretazione non c'è creazione, dove c'è creazione non c'è interpretazione.

Per altro verso, sul piano della *verità fattuale* e del *diritto penale processuale* si è venuta affermando, presso taluni studiosi, una strana epistemologia basata sugli *standard probatori*. "Standard probatori" è a mio parere una nozione inconsistente: sia che si intenda tali standard come *standard oggettivi*, cioè, sottratti alla libera valutazione del giudice, sia che li si intenda come *standard in astratto*, cioè indipendenti dalla singolarità del caso. In tutti i casi si tratta di standard dotati di un *valore probatorio vincolante* la cui adozione equivale alla regressione al sistema delle prove legali. Per quanto insensato e finora minoritario, questo orientamento rischia oggi di essere accreditato dall'attrazione esercitata dall'applicazione alla giurisdizione dell'intelligenza artificiale, che dietro l'idea di una maggiore oggettività, imparzialità ed uguaglianza, cioè di una giustizia esatta prima che giusta, è destinata inevitabilmente a produrre l'omologazione dei giudizi, l'abbassamento delle garanzie della prova e la stabilizzazione dei connotati disuguali e classisti della giustizia ricavati dai precedenti giudiziari. Si aggiunga il dissesto del processo penale realizzato con le verità patteggiate nei cosiddetti riti alternativi. Questi riti equivalgono in realtà alla negazione della prova, sostituita da uno scambio ineguale e inquisitorio tra confessione e riduzioni di pena, dove la pubblica accusa ha il coltello dalla parte del manico, e mentre i potenti, grazie alle loro costose difese, accettano la pena patteggiata solo se colpevoli, i poveri sono costretti ad accettarla, benché innocenti, come un male minore rispetto alla pena maggiore che in mancanza di difensori subirebbero al dibattimento. Secondo la bella relazione di oggi di Malena Pastor, negli Stati Uniti il 98% delle condanne consegue ai patteggiamenti e solo il 2%

a seguito di dibattimenti. A Buenos Aires la percentuale delle condanne a seguito di patteggiamenti è l'83%. In Italia, grazie all'obbligatorietà dell'azione penale che non consente il patteggiamento delle imputazioni – e non a caso contestata dai garantisti del privilegio – questa percentuale è solo del 30%.

### *3. Diritto penale della disuguaglianza e scienza penalistica italiana. Sul ruolo della cultura giuridica*

Non meno grave è l'involuzione disegualitaria del nostro sistema punitivo che si manifesta nella legislazione contro i migranti, nella crescente disumanità delle condizioni carcerarie e nello sviluppo di un diritto penale preventivo che penalizza non già ciò che si è fatto ma quel che si è. Queste involuzioni sono accomunate dall'adozione di un nuovo metodo legislativo: lo sviluppo, a partire da una prima legge base, di una serie ininterrotta di leggi – di solito decreti-legge – che volta a volta hanno aggravato e reso più arbitrarie e disumane le restrizioni dei diritti dei migranti, le condizioni di vita dei detenuti e gli abusi nell'adozione delle misure di prevenzione.

In materia di immigrazione la legge base è stata la legge Turco-Napolitano del 1998, che ha introdotto una prima, limitata "detenzione amministrativa" dei migranti, aggravata dalla legge Bossi-Fini del 2002 e affidata alla competenza dei giudici di pace anziché dei magistrati di professione da un decreto-legge del 2004. Hanno fatto seguito la legge n. 94 del 2009, che ha introdotto il reato di ingresso clandestino e perciò lo *status* di persona illegale dell'immigrato irregolare; il decreto legge Minniti del 2017, che ha esteso le ipotesi di detenzione amministrativa e ulteriormente ridotto le garanzie in materia di asilo; i decreti legge Salvini, che hanno portato a 18 mesi la durata della detenzione amministrativa, soppresso il permesso di soggiorno per motivi umanitari e ordinato la chiusura dei porti alle navi delle ong che salvano i migranti naufragati in mare; infine i decreti Meloni-Piantedosi del 2023 diretti a impedire o comunque a ostacolare i salvataggi in mare.

In materia carceraria, lo sviluppo di un diritto punitivo disumano è stato affidato a un progressivo aggravamento di due ipotesi di carcere duro: quello introdotto nel 1991 con l'art. 4-*bis* della legge penitenziaria e poi ripetutamente aggravato, detto "ostativo" perché ostacola la concessione

di permessi e benefici di pena condizionandola alla “collaborazione con la giustizia”; e quello previsto dall’art. 41-*bis*, introdotto come misura di gestione del carcere nella legge Gozzini del 1986, ma trasformato, da una lunga serie di leggi e decreti legge successivi, in una “pena nella pena” incredibilmente disposta dal ministro della giustizia in clamorosa violazione della separazione dei poteri e degli artt. 13 e 25 della Costituzione.

Il diritto penale della disuguaglianza, quale diritto penale non già del fatto, come richiede l’art. 25 della Costituzione, ma dell’autore, ha infine trionfato con lo sviluppo delle misure di prevenzione: un insieme di misure chiamate amministrative (come del resto la “detenzione amministrativa” dei migranti) per occultarne il contrasto con i banali principi penali di legalità e retributività. Sono la sorveglianza speciale, il foglio di via obbligatorio e il confino, applicati a persone “pericolose” o “sospette” non meglio precisate: gli «oziosi, i vagabondi, i mendicanti ed altre persone sospette» secondo la legge piemontese del 1839 che le introdusse per la prima volta; «le classi pericolose della società» secondo il Testo unico Zanardelli del 1889; gli «inabili al lavoro privi di mezzi di sussistenza» e le persone «sospette» o «pericolose per l’ordine pubblico» o che svolgono attività contro i poteri dello Stato, cioè gli antifascisti, secondo il testo di pubblica sicurezza Rocco del 1931; di nuovo gli «oziosi, i vagabondi, i dediti a traffici illeciti» e quanti «svolgono abitualmente attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume» secondo la legge repubblicana del dicembre 1956, allargata ripetutamente negli anni successivi, legittimata con l’inclusione tra i suoi destinatari dei sospetti di attività mafiose e rielaborata con l’emanazione, nel 2011, di un vero codice delle misure di prevenzione.

La dottrina giuridica ha ignorato o quanto meno si è occupata solo marginalmente di questo diritto penale della disuguaglianza, in massima parte contrario alla lettera e quanto meno allo spirito della Costituzione. Il dibattito pubblico, d’altro canto, ha rivolto la sua attenzione solamente ai processi contro i potenti, a difesa dei quali viene giustamente rivendicato il rispetto delle garanzie. Considero tuttavia un’offesa alla ragione chiamare “garantismo” questo garantismo della disuguaglianza e del privilegio che ignora gli orrori del carcere duro, la vergogna delle leggi contro i migranti e l’inciviltà delle misure di prevenzione. E considero un’abdicazione scientifica e civile della ragione la teorizzazione del ruolo creativo della giurisdizione e, per altro verso, la rinuncia alla critica delle violazioni dei principi di uguaglianza, di legalità e di retributività che formano l’anima del garantismo e del costituzionalismo penale.

Concludo perciò sollevando una questione di fondo, che riguarda il

ruolo e lo statuto della scienza penalistica: se essa debba solo interpretare il diritto vigente o debba anche criticarne l'illegittimità giuridica o politica per violazione dei principi teorici – in gran parte costituzionalizzati – del garantismo penale e processuale. Se debba essere un sapere puramente tecnico, o debba anche interrogarsi sui fondamenti di legittimazione della giustizia penale, con l'ausilio della filosofia politica, e sulle ragioni della distanza tra principi e pratiche punitive, con l'ausilio della sociologia del diritto. La riflessione sui fondamenti è stata alla base della penalistica civile inaugurata in Italia da Cesare Beccaria e proseguita con Gaetano Filangieri, con Mario Pagano, con Gian Domenico Romagnosi e con Francesco Carrara. Poi, all'inizio del secolo scorso, la svolta imposta dal metodo tecnico-giuridico promosso da Arturo Rocco e da Vincenzo Manzini e basato sull'autonomia della scienza penale sia dalla filosofia che dalla sociologia. Poi, di nuovo, negli anni Settanta ed Ottanta del secolo scorso, la scoperta della costituzione e il rilancio del garantismo quale progetto civile di rifondazione democratica della giustizia penale.

Oggi ho l'impressione che si stia riaffermando il vecchio metodo tecnico-giuridico. La questione che dovremo tornare a discutere è quella che divide da sempre la cultura penalistica: se questa debba consistere nella semplice descrizione tecnica del diritto penale vigente, oppure se a tale descrizione debba aggiungersi, grazie alla netta separazione tra giustizia e diritto generata dal positivismo giuridico, quello che chiamerò lo "spazio Beccaria" della teoria del garantismo, cioè l'elaborazione dei principi razionali di legittimazione del diritto penale, quali guide alla critica del diritto esistente e alla progettazione del diritto futuro.



Gaetano Insolera

*Processo, verità e giustizia*

SOMMARIO: 1. La storia narrata dal giudice – 2. Giuridificazione della Storia e Storia Giuridificata – 3. Il processo che rende giustizia secondo verità – 4. Le vittime al centro del processo penale – 5. Riforma e Controriforma del processo penale – 6. Sistemi processuali diversi per diverse forme di verità – 7. La riforma epocale – 8. Il convincimento libero del giudice.

1. *La storia narrata dal giudice*

Nella decisione del giudice è fondamentale la distinzione tra giudizio storico e giudizio giuridico, tra fatto e diritto: «quando il giudice indaga per stabilire se sia o meno avvenuto un fatto, è un giudizio storico affermativo e lo è anche il negativo, mentre è un giudizio giuridico quello con il quale si afferma che offendere l'onore di un comune cittadino è ingiuria etc. [...]. La distinzione non si discute»<sup>1</sup>.

«Le prove servono a verificare il giudizio storico enunciato nell'imputazione [...]. Le prove appartengono alla sfera del giudizio storico», ma soprattutto «un giudizio storico negativo, rigorosamente parlando, postula la prova dell'inesistenza del fatto; e poiché la semplice circostanza che quest'ultimo non sia stato provato non è premessa sufficiente per concludere che non sia avvenuto, le due situazioni vanno tenute distinte: nell'una si sa che qualcosa non è accaduto e nell'altra non si sa se sia accaduto: la prima è una conoscenza negativa e il secondo è un atteggiamento di ignoranza. Gnoseologicamente le due ipotesi sono diverse, ma il processo le tratta come equivalenti [...]. Insomma, la prova negativa e l'assoluta mancanza della prova positiva si equivalgono ai fini del decidere»<sup>2</sup>.

Ebbene, il fatto storico sculpito nella decisione altro non è che il

---

<sup>1</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 1971, p. 638.

<sup>2</sup> *Ivi*, p. 641.

risultato delle inferenze probatorie: altre possibilità di giungere alla sua ricostruzione infatti non è data. Affermare che un fatto non è avvenuto o che non si è raggiunta la prova che esso sia avvenuto, sono proposizioni che, per la conoscenza storica del giudice, si equivalgono perfettamente. Diverso quanto avviene invece nell'opera degli storici.

La distinzione ha un suo nitore teorico che corrisponde al diverso finalismo delle due attività<sup>3</sup>.

## 2. *Giuridificazione della Storia e Storia Giuridificata*

Le cose si complicano di fronte a due fenomeni definibili di giuridificazione della storia e di storia giuridificata.

Con giuridificazione della storia si allude ad una progressiva attrazione nella sfera della giuridicità di accadimenti storici, anche remoti: ne consegue l'idea di poter riparare le ingiustizie, di chiudere i conti con la storia<sup>4</sup>.

La storia giuridificata, invece, è concetto riferibile alla storiografia (attività volta alla ricostruzione e interpretazione dei fatti del passato).

I concetti devono restare distinti. Sono accomunati solo dalla crescente attrazione nella sfera della giustizia anche di avvenimenti del passato.

Nel caso del diritto e del processo penale l'attrazione non può non concentrarsi anche sulla pena, conseguenza tipica in quella tecnica di tutela.

Si vedrà come ciò si atteggi in modo differenziato nel rapporto con la memoria e il tempo.

Alcune tesi di carattere generale.

Una storiografia scritta anche attraverso il processo penale si può costruire solo in una dimensione temporale contemporanea. Ricordo, qualche anno fa, la vicenda e il dibattito attorno ad un libro di Ariel Toaff (*Pasque di sangue*), a proposito dell'attribuzione di un fondamento di verità a confessioni estorte sotto tortura nella Trento antisemita del XV secolo<sup>5</sup>.

Tornando alle distinzioni poste in premessa: la giuridificazione della storia se attribuisce al giudice un ruolo di veicolo della memoria, si limita ad un esito, a forme di "riparazione delle ingiustizie della storia", che non

---

<sup>3</sup> G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, ESI Napoli 2012, p. 16.

<sup>4</sup> G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, cit., p. 12; diffusamente l'analisi di A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, shoah*, Raffaello Cortina, Milano 2009.

<sup>5</sup> I. ROSONI, *L'affaire Toaff*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, p. 321 ss.

possono implicare un ricorso al diritto penale<sup>6</sup>.

È nel processo penale invece che può trovare spazio, in varie forme, una storia contemporanea giuridificata: la ricostruzione storica è quella giudiziaria, tempo e memoria intervengono per legittimare la punizione alla luce di quella ricostruzione<sup>7</sup>.

È questo il contesto nel quale si colloca anzitutto l'esperienza del diritto penale internazionale, dal paradigma di Norimberga ad oggi, attraverso varie esperienze congiunturali, nella istituzione e legittimazione, fino alla creazione di una Corte penale internazionale.

Il principio di complementarità rispetto alle giurisdizioni nazionali esprime la natura dei crimini positivizzati nel trattato di Roma: crimini di massa caratterizzati dalla "dismisura del male" inflitto che dovrebbero trovare anzitutto punizione nei contesti di loro realizzazione. La giustizia internazionale interviene quando manca la capacità o la volontà degli Stati.

Mi limiterei a richiamare alcuni tra i dubbi formulati da Damaška<sup>8</sup>, che condivido, a proposito della storiografia giudiziaria dei tribunali internazionali, della diffusione dei valori umani fondamentali, della stabilizzazione delle aree interessate, della soddisfazione delle vittime, della individualizzazione delle responsabilità. Ricordandone gli ammonimenti: verso aspirazioni globali che trascurino conflitti e ferite ancora aperte nelle comunità locali; contro l'idea di affrontare in processi, che divengono ingestibili, ricostruzioni storiche immani; a favore di una distanza attenta e critica verso dottrine eccessivamente estensive delle responsabilità.

Nonostante gli anni trascorsi da quello scritto, mi sembra che quei dubbi trovino riscontro nella evoluzione del contesto politico mondiale, così da confinare l'idea in una dimensione, certo non irrilevante, ma prevalentemente simbolica.

Fin dall'inizio sulla Corte penale internazionale pesavano assenze decisive, a cui si sono aggiunte quelle di chi non ha ratificato il trattato di Roma, capaci di far pensare ad una giustizia destinata solo a Stati deboli o perduti e, in definitiva, ai vinti.

Oggi ulteriori interrogativi, sulla contaminazione politica di organismi

<sup>6</sup> Ancora le preziose analisi di A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia*, loc. cit., e ID., *Crimini che non si possono né punire né perdonare*, Il Mulino, Bologna 2004.

<sup>7</sup> Interessanti le osservazioni di L. Brunelli sull'utilizzo delle perizie di storici nei processi sulle stragi naziste avvenute in Italia in seguito alla scoperta del cosiddetto "armadio della vergogna", in L. BRUNELLI, *Giustizia penale e verità storica*, in *ius17@unibo.it n.1, 2009*, ora in *www.discrimen.it*

<sup>8</sup> M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti Penali Internazionali*, in «Criminalia», 2006, p. 9 ss.



di giustizia internazionale e dell'ONU, non può non suscitare l'iniziativa sudafricana e la decisione assunta dalla Corte internazionale di giustizia (CIG), con la messa sotto accusa di Israele per il crimine di genocidio. Parliamo della difesa intrapresa contro Hamas a Gaza per i continui attacchi portati contro lo Stato confinante, culminati con il più devastante *pogrom* antisemita dopo la shoah, perpetrato entro i confini di Israele.

Diverso terreno quello di una storia giuridificata che sia chiamata a risolvere i conflitti tra diritti egualmente presenti nell'impianto assiologico di riferimento. Si tratta di una diversa intersezione tra processo e giustizia, con l'idea di una protezione penale della memoria delle vittime e dei sentimenti dei loro discendenti: la memoria costituisce un requisito identitario di comunità che in ragione di nazionalità, di etnia, di religione, di condizioni sociali hanno subito la dismisura del male.

In questo caso la storiografia giudiziaria penale è chiamata a decidere su opinioni o ricerche espresse su quei fatti e sull'attribuzione di responsabilità. La questione si impenna sul conflitto tra libertà di espressione e di ricerca storica e protezione di un altro interesse ritenuto meritevole di tutela.

La legittimità della soccombenza della libertà di espressione deve tuttavia risolvere il problema della consistenza e della stessa natura dell'interesse contrapposto.

È in questo spazio che si muove anzitutto la questione della risposta alla negazione o alla giustificazione di fatti riconducibili ad eventi storici.

Il tema oggetto di un vivo dibattito e di normative nazionali ed europee – adottate anche in Italia - deve poi confrontarsi, sul piano politico, con una perdurante dialettica interpretativa circa le dimensioni, le modalità e le ragioni degli eventi: le ricostruzioni particolari, in questi casi, appaiono difficilmente compatibili con una misura metastorica ed universalistica.

Ciò soprattutto rispetto all'adozione della tecnica di tutela penalistica, ed è questo che qui ci interessa. Diverso discorso riguarderebbe le critiche, che condivido, all'utilizzo di quei criteri a sostegno di una nuova iconoclastia basata su una monolitica rivisitazione della storia, anche remota, con la rimozione di statue, cambiamenti della toponomastica urbana, cancellazione di onorificenze, censure a docenti, anche in università di grande prestigio: si cancella così la complessità degli avvenimenti e della evoluzione storica di una identità: quella delle attuali democrazie liberali.

Ma torniamo a diritto penale e verità storica.

Per concludere sul punto: in un approccio storicamente determinato la questione del "negazionismo" si è posta con specifico riferimento all'evento costituito dallo sterminio degli ebrei in Europa praticato dalla Germania

nazista, da alleati e da collaborazionisti, in un crescendo culminato durante la seconda guerra mondiale.

La dilatazione della questione alla negazione di altri crimini “smisurati”, avvenuti dal XX secolo e nello scorcio temporale successivo al 1945 è il risultato di vari fattori, con il verificarsi di grandi mutamenti geopolitici: fine dell’Unione Sovietica e fine dei regimi comunisti satelliti, dissoluzione degli imperi coloniali, emergere, in quei contesti, di nuove potenze economiche e militari, consolidarsi di una ideologia universalistica dei diritti fondamentali, affermarsi dell’esperienza del diritto penale internazionale.

Apologia, negazione, minimizzazione grossolana, giustificazione sono diverse manifestazioni di quanto sinteticamente e con approssimazione indichiamo come reato di “negazionismo”.

La giuridificazione della Shoah ha contorni precisi - quei fatti hanno una agibilità probatoria riconducibile al notorio - non altrettanto può dirsi a proposito del proliferare di dibattiti che, magari senza negare il verificarsi storico di altri avvenimenti, ne propongano interpretazioni e riletture, più o meno prive di pregio, che mettano in dubbio la verità della ricostruzione dominante alla stregua della attuale sensibilità, fortunatamente affermatasi nei confronti dei limiti dell’antica festa crudele della guerra, dei rapporti di sfruttamento e di rapina del terzo mondo.

Il rischio è quello di una irruzione nella libertà della revisione storica: e su questo hanno proprio ragione gli storici. Quando temono che il ricorso al penale annulli l’essenza stessa del progredire della loro ricerca che si estinguerebbe, se affidata a decisioni giudiziarie su torti e ragioni della storia. Penso che solo qualche sprovveduto possa attribuire al termine revisionismo un’accezione necessariamente negativa, da Terza internazionale, accezione che, per altro, non ha mancato di riproporsi in una cultura accademica ingessata dalla lunga e tenace egemonia di quel mondo: penso ad esempio alle critiche rivolte alla revisione storica del fascismo da parte di De Felice. Ma penso anche, in tutt’altra ambientazione, alla emarginazione che subì Hannah Arendt per le sue corrispondenze da Gerusalemme.

Resta la questione della negazione della Shoah.

Notavo in proposito, alcuni anni fa<sup>9</sup>, come essa rivesta alcune particolarità rilevanti. Non penso tanto e solo alle mostruose dimensioni degli avvenimenti, alla loro teorizzazione e alle modalità scientifiche, meccanizzate, dello sterminio, al loro manifestarsi, in breve tempo, nella nazione allora all’avanguardia in tutti i campi della cultura scientifica e

<sup>9</sup> G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 marzo 2018, testo qui ripreso in alcune parti.

umanistica. Mi riferisco, quindi, e soprattutto, allo strettissimo legame con la storia europea e al segno lasciato nello sviluppo di una idea di pacifica integrazione liberal-democratica del continente. Ma vi è un aspetto che ne definisce in modo forte la specialità e le ragioni per una evocazione anche dello strumento punitivo.

La negazione della Shoah, che può precisarsi in quella dei campi di sterminio, della soluzione finale, delle mille uccisioni di massa si iscrive in un discorso più vasto e complesso, sintetizzabile nelle “teorie del complotto”: nell’idea di un conflitto mortale con i poteri forti ed occulti nelle mani della “internazionale ebraica”.

È questo il filo nero che unisce, nella storia contemporanea, il prima (*I protocolli dei savi di Sion*) e il dopo la Shoah. Il negazionismo, o la minimizzazione grossolana, si annida oggi in molti discorsi pubblici nei quali l’antisemitismo riesce, in forme variegata, quasi sempre a fare capolino (lo strapotere delle banche, i poteri forti, la solidarietà verso regimi terroristici nemici mortali di Israele etc.).

Ancora: incide l’affievolirsi della narrazione diretta, “familiare”, a cui si contrappongono mezzi che favoriscono una comunicazione tanto capillare, quanto superficiale, se non falsa.

L’antisemitismo infine, nel contesto attuale, mostra una perenne giovinezza nell’estremismo e nel terrorismo islamico e ritorna a serpeggiare in Europa, sospinto da politiche di *appeasement* nei confronti dei prevalenti insediamenti multiculturali e dalla *realpolitik* verso Stati musulmani “moderati” che, però, non hanno mai rinunciato all’obiettivo della cancellazione di Israele. L’antisemitismo serpeggia anche negli schieramenti della sinistra estrema: ancora una memoria congelata nella vulgata rappresentata dal sostegno dell’URSS ai regimi nazionalisti arabi durante la guerra fredda<sup>10</sup>.

I fatti del 7 ottobre 2023 mi pare che confermino quelle osservazioni del 2018, che concludevo circoscrivendo ad alcune ipotesi la punibilità alla negazione della Shoah.

All’individuazione dell’oggetto della tutela nella memoria delle vittime, dei discendenti e di una loro dignità identitaria, ritenevo preferibile l’iscrizione nell’ambito, e nei limiti, della criminalità politica, nella prospettiva di tutela delle istituzioni liberaldemocratiche dal pericolo rappresentato da condotte che siano in concreto incompatibili – per la loro capacità di suscitare proselitismo violento e intollerante - con i loro principi fondanti. Una delimitazione dell’interesse capace forse di arginare

---

<sup>10</sup> Che oggi rivive nel posizionamento della Russia autocratica di Putin e nei suoi legami con la dittatura religiosa dell’Iran.

la proliferazione di metastoriche negazioni punibili: esse innescano improbabili ed ingestibili comparazioni universali che possono rendere difficile individuare il confine tra opinione storiografica e illecito, in relazione a contenziosi sul passato ancora aperti<sup>11</sup>.

### 3. *Il processo che rende giustizia secondo verità*

In termini generali si può affidare al processo penale la ricerca della verità di un fatto così da contribuire alla sua narrazione, ma, soprattutto, così da raggiungere una “giusta” risposta punitiva?

Troviamo alcune smentite.

Penso all’istituto della revisione: limitato dal sacrosanto principio del *ne bis in idem*, entra in tensione con l’idea di giustizia ben espressa dalla maschera e dal commento dell’avvocato Charles Laughton davanti al colpo di scena finale, nel film di Billy Wilder “*Testimone d’accusa*”.

L’evoluzione dei tempi e del supporto delle prove scientifiche contribuisce a tracciare limiti e provvisorietà dell’epistemologia giudiziaria: anche il grande pubblico è stato posto in condizione di conoscere, ad esempio, le possibilità offerte dalla prova del DNA per evitare errori giudiziari, con l’esecuzione di pene capitali negli USA<sup>12</sup>.

Non diversamente i progressi degli studi in psicologia sulle distorsioni cognitive che si trascinano dalla fase delle indagini fino alla prova dichiarativa in giudizio. Si parla di bias prodotti da una cosiddetta visione a tunnel: si tende «ad abbassare il livello della difficoltà a valutare il compendio probatorio riducendolo all’alveo di un’unica ipotesi partendo dalla premessa che un evento si è verificato, si trattano gli elementi che lo mettono in discussione, come se fossero inconsistenti o meri rompicapo e non controfatti idonei a falsificare l’ipotesi»<sup>13</sup>.

Ha inoltre attirato l’attenzione il fenomeno della discrezionalità del Pubblico ministero, in particolare di quella investigativa: «Stabilendo chi e per cosa indagare, le modalità di conduzione delle attività inquirenti, ad esempio l’utilizzo di sofisticati mezzi tecnologici di ricerca della prova solo

<sup>11</sup> Istruttive le argomentazioni di E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, Giuffrè, Milano 2012, p. 165 ss.

<sup>12</sup> J. GRISHAM, *Innocente. Una storia vera*. Mondadori, Milano 2006.

<sup>13</sup> G. GULLOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, Giuffrè, Milano 2018, p. 86. ID. *et al.*, *Tendenze generali e personali ai bias cognitivi e la loro ricaduta in campo forense: fondamenti e rimedi*, in *www.sistemapenale.it*, 11 giugno 2020.

formalmente autorizzati dal giudice, per finire con la selezione dei materiali raccolti con la sapiente gestione dei fascicoli in base a regole che rasentano l'arcana imperii»<sup>14</sup>.

Come sempre nitide le osservazioni di Paolo Ferrua: nella sua attività conoscitiva il giudice non scopre la verità. Fermo restando che essa è corrispondenza, ma solo nel modo in cui può esserlo rispetto a un fatto del passato. Essenziale quindi parlare di ricostruzione del fatto: «La sola linea accessibile è quella 'epistemica' o 'inferenziale' che lega l'enunciato, relativo al fatto del passato, con altri enunciati relativi ai fatti del presente, costituiti appunto dalle prove». Il metodo ricostruttivo comporta la possibilità della sentenza ingiusta, portatrice di una verità falsificabile: sia nel caso di condanna sia in quello di assoluzione<sup>15</sup>.

#### 4. *Le vittime al centro del processo penale*

Ancora, come conciliare la verità ottenibile nel processo penale con la progressiva centralità conquistata dal ruolo delle vittime, fino alla proposta di inserire in Costituzione<sup>16</sup> l'espreso riconoscimento di loro garanzie che si dovrebbero affiancare a quelle riconosciute all'indagato, all'imputato e alla funzione delle pene? In sintesi: può il processo e la decisione che lo conclude dare una effettiva risposta alla domanda di giustizia delle vittime? È opportuno chiedersi cosa sappiamo empiricamente del significato di "dare soddisfazione alla vittima". Quanto, nel cuore della vittima concreta, alberghi il desiderio di vendetta insieme a quello di solidarietà<sup>17</sup>

Si tratta di un interrogativo che ci conduce alla mai sopita questione delle prestazioni dei diversi sistemi processuali: inquisitorio, accusatorio, misto.

---

<sup>14</sup> Così O. MAZZA, *Discrezionalità investigativa*, in «Il riformista», 20 gennaio 2024, inserto dedicato ampiamente alla scoperta di "prove nascoste" dall'accusa favorevoli agli imputati in un importante processo milanese coinvolgente i vertici dell'ENI accusati di corruzione internazionale.

<sup>15</sup> P. FERRUA, *Tre temi corderiani: modelli di giustizia procedurale, prove critiche-indiziarie, regole di giudizio*, in *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di E. Catalano, P. Ferrua, Giappichelli, Torino 2023, pp. 60-61.

<sup>16</sup> La Commissione affari costituzionali del Senato il 6 dicembre 2023 ha approvato il testo unificato - bipartisan - di quattro disegni di legge che si compone di un solo articolo, come quinto comma dell'art. 111 della Costituzione: "La Repubblica tutela le vittime di reato e le persone danneggiate". Ne riferisce *Il dubbio*, 8 febbraio 2024.

<sup>17</sup> G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in «Sist. pen.», 9 novembre 2020, p. 13.

## 5. *Riforma e controriforma del processo penale*

Penso che trovi ormai ampio consenso la convinzione che al coraggioso intento della riforma processuale del 1989 di affermare, con la scelta del modello accusatorio, i principi di un diritto penale liberale abbia corrisposto in breve tempo il suo smantellamento. A ciò contribuì in modo decisivo il maggioritario schieramento della magistratura: al diluvio di questioni di incostituzionalità contribuì il suo rifiuto di percorrere la via di un'interpretazione coerente con i principi che ne avevano ispirato l'impianto. La Corte, d'altra parte, giocò "di sponda" cominciando con le famigerate sentenze del 1992<sup>18</sup> e proseguendo, in quel decennio, nella demolizione del principio fondamentale di separatezza delle fasi.

Inoltre, già a partire dagli anni '80, la magistratura si era schierata compatta contro qualsiasi ipotesi di riforma dell'ordinamento giudiziario volta a marcare la distinzione tra funzione giudicante e inquirente: assistemmo così al paradosso della gelosa conservazione di un ordinamento giudiziario pensato per un processo che, contemporaneamente, si voleva cambiato radicalmente quanto a gnoseologia giudiziaria e garanzie del cittadino.

Un tabù restò quella del reclutamento, della formazione e, in definitiva, della legittimazione: nonostante l'adozione dell'accusatorio, il modello burocratico di reclutamento indifferenziato, quanto alle funzioni, trovò difensori che vi colsero, quasi con orgoglio nazionalistico rispetto al mondo anglosassone, la migliore garanzia da una "contaminazione" della politica. Quanto alla responsabilità, sufficiente la sottoposizione dei provvedimenti alla critica dell'opinione pubblica<sup>19</sup>.

È stato, quest'ultimo, un racconto che si rafforzerà sempre più negli anni a seguire, sarà l'involucro teorico dello spostamento verso il giudiziario di poteri effettivi (e irresponsabili), via via sottratti al processo decisionale democratico descritto dalla Costituzione vigente.

Una questione che alimenta oggi un dibattito che investe i fondamenti del nostro sistema politico, rappresentati anzitutto dalla divisione dei poteri e delle corrispondenti responsabilità.

<sup>18</sup> Allora, P. FERRUA, *Studi sul processo penale. II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino 1992, p. 157 ss.

<sup>19</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, LaTerza, Bari 1998: sulla irrimediabile e inevitabile carenza di legittimazione della funzione giudiziaria, pp. 556-557. Su responsabilità e rapporto con la politica, p. 607 ss.

## 6. Sistemi processuali diversi per diverse forme di verità

Ma qui ci interessa altro: come interagiscono i diversi sistemi processuali - inquisitorio, accusatorio, misto - con un'istanza di verità attesa dal processo e, conseguentemente, con quella di giustizia?

Sono utili e istruttive recenti considerazioni che muovono dal neologismo “*aléthurgie*”, come usato da Foucault «per designare tutti i possibili processi, verbali e non, attraverso i quali si fa emergere ciò che è posto come vero, in opposizione al falso, all'indicibile, all'imprevedibile, all'oblio, ecc.»<sup>20</sup>. «Foucault contrappone così la verità ‘aléthurgica’ alla verità parrèsiastica», che è invece quella che nasce dal “coraggio della verità”.

Nelle udienze del processo romano-canonico la vera funzione «è quella di essere la cerimonia visibile di una verità già visibile». Lo svolgimento liturgico di una verità già conosciuta.

Nella storia del diritto occidentale secolarizzato si affermano forme diverse di verità. L'attenzione di Garapon è posta sulla contrapposizione tra modello scritto della investigazione (inquisitorio), da una parte, affidata al giudice “ministro della verità”, e modello accusatorio, che risente della struttura ordalica, dall'altra: nel processo anglo-americano il giudice è «preparatore dell'ordalia, abilitato a maneggiare il sacro e a garantire la regolarità rituale» nel confronto dialettico tra le parti. A dominare è la parola nel momento agonistico della battaglia dibattimentale, contrapposta allo scritto della investigazione nel procedimento.

Anche nella prima forma – si fa riferimento al modello affermatosi in Francia – il verdetto della giuria ripropone l'archetipo del giudizio di Dio. Ma il modello accusatorio anglo-americano, in modo più profondo, ne riproduce simboli e significati, analizzati in dettaglio da Garapon, cogliendone anche funzioni di coesione del gruppo sociale<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> A. GARAPON, *Ordalie: da strumento a forma di verità*, in *Processo penale e forme di verità*, di prossima pubblicazione, Ed. Mimesis, Milano-Udine 2024, p. 79 ss.

<sup>21</sup> A. GARAPON, *op. cit.*; P. FERRUA, *Tre temi corderiani: modelli di giustizia procedurale, prove critiche-indiziarie, regole di giudizio*, cit., pp. 54-65, rivolge una critica alle tesi che propongono diverse forme di verità: da intendersi come verità formale quelle prodotta in sede giudiziaria, rispetto a una corrispondente sostanziale verità esterna degli accadimenti del passato oggetto dell'imputazione e della ricostruzione nel processo. L'autore muove dai tre modelli ipotizzati da Rawls. La giustizia procedurale pura che, come nei giochi e nelle scommesse, non contempla un criterio esterno per giudicare la bontà del risultato. La giustizia perfetta postula un criterio esterno di verità che qualifica come giusto il risultato in quanto garantito dal rispetto delle regole processuali. La giustizia “imperfetta” è finalizzata al rispetto delle regole, ma non è in grado di garantire sempre un risultato giusto. Come si è visto (*supra n. 14*). La giustizia prodotta nel processo non può che essere

Se ripercorriamo l'evolversi nel tempo del nostro processo, dal modello, recepito dal momento dell'unità nazionale, cogliamo l'adozione di un sistema misto, o duale (contemporaneo operare del Pubblico ministero e del Giudice istruttore). Le garanzie, anzitutto quelle che servirebbero il "coraggio della verità", hanno natura burocratica: «sono 'endogene', derivano cioè dalla "dialettica", ordinamentale, da controlli e "filtri" posti in essere da una pluralità di organi istituiti dall'ordine giudiziario»<sup>22</sup>.

Qualche aggiustamento del processo misto avvenne ad opera del codice del 1913, che ebbe vita breve, con l'entrata in vigore di quello del 1930, ispirato dalle idee di Vincenzo Manzini<sup>23</sup>.

### 7. *La riforma epocale*

Si è parlato di riforma epocale del sistema processuale a proposito della recente, cosiddetta, riforma Cartabia (D. lgs. n.155 del 2022)

Non mi pare proprio che, a proposito della verità, si discosti dal già vivente diritto processuale congedatosi dall'accusatorio: la verità continuerà a trovare il suo baricentro nelle indagini preliminari, cristallizzata in fascicoli sempre più imponenti e ingovernabili: materiale conoscitivo irrinunciabile secondo la Corte costituzionale<sup>24</sup>.

È noto come da tempo circolasse l'idea, anche da fonti autorevoli, di potenziare e rendere effettive finestre di controllo giurisdizionale sulle indagini preliminari.

Anche a questo proposito troviamo riscontro nella recente grande riforma.

Si è detto come nel sistema del processo misto, fin dall'origine, le garanzie fossero "endogene", derivando dalla dialettica ordinamentale di controlli e filtri di organi istituiti dall'ordine giudiziario. Una funzione burocratica di garanzia che rende debole o superflua la presenza costruttiva

---

imperfetta: la differenza tra i vari modelli non risiede nel fine. Nel modello accusatorio, «il fine di ricerca della verità, contrariamente a quanto talvolta si asserisce non è per nulla incompatibile con il contraddittorio e con il rispetto dei diritti della persona» (p. 57)

<sup>22</sup> L. LACCHÉ, «*Non giudicate*». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Satura Editrice, Napoli 2009, pp. 21-22.

<sup>23</sup> Sferzante V. MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, I, UTET, Torino 1952, p. 37 sulle suggestioni del modello accusatorio: il processo inquisitorio come necessità sociale «preso di mira da tante zotiche declamazioni demagogiche».

<sup>24</sup> *Supra* n.17



o critica della difesa tecnica. Pubblico ministero e Giudice istruttore “due figure che formano un’anima sola” secondo Carrara e Lucchini<sup>25</sup>.

La nuova regola di giudizio dell’udienza preliminare e della nuova udienza predibattimentale e, prima ancora, del decreto di archiviazione, consente di fare affidamento su qualcosa di diverso da un processo misto?

La nuova formula: “ragionevole previsione della condanna” non riesce a dissipare dubbi che sono stati formulati<sup>26</sup>: sulla mancanza di motivazione e di criteri per la decisione.

Improprio però la sua motivazione: aleggia il fantasma dell’ordinanza di rinvio a giudizio del giudice istruttore.

La decisione di non luogo a procedere immotivata non rafforza la consegna della verità a quel controllo interno e burocratico dell’inquisitorio?

Poiché non valgono le regole della decisione dibattimentale, nel dubbio prevarrà il rinvio a giudizio?

Nel dibattimento, poi, quanto peserà, comunque, l’apprezzamento per il lavoro dell’accusa sulla base di elementi raccolti nelle indagini preliminari, ritenuti dal collega tali da rendere ragionevole la previsione di una condanna?

La nuova formula ha l’etimologica ambiguità del *pharmakon*, la stessa che separa, nella realtà, le parole dai concetti.

## 8. *Il convincimento libero del giudice*

Da porre, nel tempo presente, e in conclusione, un altro interrogativo, al quale, confesso, non so dare, con convinzione, una risposta. Nei diversi modelli processuali che vita può avere il coraggio della verità.

Anche la verità epistemica può essere indenne, al momento della ricostruzione storica del giudice, dalla pervasiva verità somministrata dei *social network*?

Si possono immaginare decisori indenni dalla macchina dei consensi formati nei *social* e nei processi paralleli celebrati nelle reti televisive?

La sofferenza e l’ansia di ristoro delle vittime, sempre più al centro di ogni dettagliato racconto mediatico, può sfuggire a processi di identificazione compassionevole tali da alimentare la ineludibile componente emotiva del

---

<sup>25</sup> L. LACCHÈ, «*Non giudicate*», cit., p. 21 ss.

<sup>26</sup> P. FERRUA, *Corderiana*, cit., p. 76 ss; G. PECORELLA, *Cosa c’è nel futuro del processo penale? Una prognosi*, in «Cass. pen.», 2023, p. 1847 ss.

decidere?

L'era della comunicazione digitale e dei suoi effetti dirompenti sulla formazione del consenso, a cominciare dall'influenza sulla sovranità politica in democrazia, non consente di continuare a confidare in una componente neutrale della, ineliminabile, empatica emotività del giudice: ricostruzioni del fatto, dei colpevoli, delle necessità punitive, anche oltre la Legge, trovano artefici che possono non avere il convincimento "libero" del giudice terzo e imparziale.

Si è inaugurata una svolta, questa sì epocale, che impone di ripensare ad un bagaglio concettuale sul quale si è costruito il sapere sulla giustizia penale.

Mi sembra significativo, ad esempio, che, all'entrata in vigore di un codice che avrebbe dovuto essere accusatorio, si sia posta, da più parti, la questione della incompatibilità del nuovo sistema con il mantenimento della giuria popolare ereditata dal Fascismo. Vero è, infatti, che il legislatore fascista riformò la precedente disciplina temendone "tratti troppo democratici". «Ciò che il Regime non può in alcun modo 'salvare' è il fondamentale ruolo costituzionale dell'opinione pubblica che opera un controllo sull'amministrazione della giustizia e sui governanti ed è un pilastro dell'ordine liberale»<sup>27</sup>. Ha senso oggi riproporre la "vera" giuria popolare per i suoi tratti democratici e liberali e per la sua coerenza con il rito accusatorio, quando, come si è visto, quell'aspirazione del 1989 è stata metodicamente disattesa? E cosa possiamo oggi intendere per "opinione pubblica" o per la capacità di giudizio espressa da cittadini consapevoli?

Ma questa è un'altra storia.

---

<sup>27</sup> M. STRONATI, *La grazia e la giustizia durante il Fascismo*, in *Il Diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. Lacchè, Donzelli, Roma 2015,, p. 143; Analogamente F. COLAO, *Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Giuffrè, Milano 2010, p. 252 ss.



## Luca Lupária Donati

### *Verità aumentata o verità impoverita. Decifrare il processo penale che verrà*

SOMMARIO: 1. Le (magnifiche?) sorti progressive del rito criminale – 2. La giustizia penale tecnologica e le disillusioni del giurista – 3. Irresistibili tentazioni e accertamento del vero – 4. Contrastare l'eclissi della nostra cultura processuale.

#### 1. *Le (magnifiche?) sorti progressive del rito criminale*

Parafrasando il grande Paul Valéry, potremmo forse dire che, oggi, “la verità non è più quella di una volta”. Cosa intendo dire? Gli orizzonti cognitivi del giudice contemporaneo - così come le aspettative epistemiche della collettività - appaiono assai diversi da quelli che avremmo potuto constatare, ad esempio, nel secolo scorso.

La presa di coscienza di un intreccio indissolubile tra logica della probabilità e accertamento giudiziale<sup>1</sup>, l'irrompere dal sapere scientifico e tecnologico all'interno di ogni angolo del rito criminale<sup>2</sup>, l'invocazione di uno *standard* metodologico per il giudice non dissimile da quello richiesto ad altri professionisti che agiscono nella società postmoderna, la scoperta dei *bias* che possono inficiare il ragionamento di chi si esprime sul binomio

---

<sup>1</sup> Cfr. C. AITKEN, P. ROBERTS, G. JACKSON, *Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings: Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses*, Royal Statistical Society, London 2010; L. LUPÁRIA, *Trial by probabilities. Qualche annotazione “eretica”*, in «Corte ass.», 2, 2012, p. 155 ss.; J. MORTERA, A. DAWID, *Probability and evidence*, in *Handbook of Probability: Theory and Applications*, Los Angeles, Sage 2008, p. 403 ss. V., in chiave storica, I. HACKING, *L'emergenza della probabilità. Ricerca filosofica sulle origini delle idee di probabilità, induzione e inferenza statistica* [1975], Il Saggiatore, Milano 1987.

<sup>2</sup> Un quadro complessivo in G. CANZIO, L. LUPÁRIA DONATI, *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2022<sup>2</sup> [Wolter Kluwer-Cedam, Milano 2018].

colpevolezza o innocenza<sup>3</sup>, l'ingresso dell'intelligenza artificiale nella pratica processuale<sup>4</sup>, costituiscono tutti segni di un profondo mutamento di ciò che intendiamo, ai nostri giorni, quale verità fattuale raggiungibile all'esito di un processo.

A un osservatore poco attento sembrerebbe il tratto di una parabola luminosa, che condurrà in futuro a un grado inaudito di accuratezza per dividere il vero dal falso nelle Corti, a uno stadio avanzato di gestione della complessità del giudizio penale e dell'*evidential reasoning* e, infine, a una rassicurante esattezza delle conclusioni consegnate al popolo dal *criminal justice system*. Appena ci si riprende, tuttavia, da questo sbalordimento momentaneo, la realtà potrebbe apparire meno rosea di quanto il primo sguardo suggeriva.

Intendiamoci. Il disvelamento delle fragilità dell'incedere inferenziale del magistrato (e degli altri attori dell'agone) e della frequenza dell'errore nel suo operato rappresenta un approdo *destruens* di straordinaria importanza<sup>5</sup>, anche se non totalmente inedito nella storia del processo e del diritto probatorio. Da qui ha preso avvio, in una prospettiva *construens*, la corrente attenzione per la teoria bayesiana della probabilità applicata al giudizio criminale<sup>6</sup>, il ripudio di forme irrazionali di valutazione delle evidenze<sup>7</sup>, lo sviluppo di dispositivi di ausilio tecnologico per il lavoro del *factfinder* e l'apprestamento di strumenti di prevenzione delle fallacie del decisore,

---

<sup>3</sup> V., tra gli altri, P. CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna 1992; D. KANHEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano 2012; L. LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; L. MACCHI, *La psicoretorica. Dall'arte del dire alla forma del pensiero*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2024.

<sup>4</sup> Cfr. V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano 2020, p. 547 ss.; L. MARAFIOTTI, *Intelligenza artificiale, giudizio penale e garanzie processuali*, in «Ind. pen.», 2023, p. 15 ss.; D. PASTOR, *El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar*, in «Diario pen.», n. 175, 1 dicembre 2017. V. altresì G. LASAGNI, *AI-Powered Investigations: From Data Analysis to an Automated Approach Toward Investigative Uncertainty*, in *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, a cura di L. Bachmaier Winter, S. Ruggeri, Springer, Cham 2022, p. 169 ss.

<sup>5</sup> V., di recente, P. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizioni, ragioni, impulsività*, Il Mulino, Bologna 2020.

<sup>6</sup> Cfr. J. DELLA TORRE, *Il teorema di Bayes fa capolino al Tribunale di Milano*, in «Dir. pen. cont.», 21 ottobre 2015, p. 1; P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Giuffrè, Milano 2014.

<sup>7</sup> Si veda G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, Bonomo Editore, San Lazzaro di Savena 2018, p. 105.

anche sul piano psicologico.

Tutti elementi positivi che ci consegnano, almeno negli auspici per i prossimi decenni, un giudice migliore, più preparato, informato delle potenzialità (e dei limiti) della propria logica. Anch'io, non so se in un eccesso di ottimismo, ho di recente preconizzato che l'intelligenza artificiale potrebbe insegnare a chi è seduto sullo scranno del Tribunale un maggior dominio del ragionamento in condizioni di incertezza<sup>8</sup>.

## 2. La giustizia penale tecnologica e le disillusioni del giurista

L'incanto però si arresta non appena si analizza, con angolatura differente, l'impatto dell'evoluzione tecnologica, appena evocata, sul futuro del processo penale. L'entrata nel circuito giudiziale degli strumenti informatici<sup>9</sup> e delle macchine (più o meno) intelligenti genera purtroppo forme di inedita deresponsabilizzazione dei nostri *iudices*. Questi tendono ad affidarsi al *dictum* dell'esperto, al risultato dell'esperimento o alla decisione artificiale, non tanto per una mitizzazione della valenza degli enunciati, quanto per comodità (l'essere umano è pigro per natura, hanno di recente confermato gli scienziati) o per mettere al sicuro dal rimprovero le pronunce mediante l'adesione alle statuizioni oracolari a disposizione<sup>10</sup>.

Del resto, un decisore umano che volesse discostarsi dalla proposta ricostruttiva del luminare di riferimento o, peggio ancora, dalla previsione formulata dall'*artificial intelligence*<sup>11</sup> dovrebbe connotarsi da indipendenza, senso di responsabilità, solidità psicologica e capacità di sopportare le critiche (qualità presenti nel giardino dell'Eden, meno frequenti qui sulla terra). Mi spiego meglio, muovendo dalla casistica statunitense: se un applicativo di *risk assessment* suggerisse che l'arrestato non va liberato su

<sup>8</sup> Cfr. L. LUPÁRIA DONATI, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano 2022, p. 113 ss.

<sup>9</sup> Una raccolta di scritti in argomento in L. LUPÁRIA DONATI, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 45 ss. Cfr. M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino 2017.

<sup>10</sup> Si rinvia alle considerazioni di A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in «Riv. dir. proc.», 2020, p. 513 ss.

<sup>11</sup> Cfr. J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo* [2018], trad. it., Giappichelli, Torino 2019.

cauzione in quanto potenzialmente pericoloso<sup>12</sup>, quanti magistrati, pur se intimamente convinti dell'esistenza di condizioni per il rilascio in pendenza di processo, si assumerebbero il rischio del biasimo che si riverserebbe su di loro se quel soggetto, rimesso a piede libero contro il "parere" della macchina, commettesse un grave illecito?

Più in generale, stiamo assistendo nel panorama comparativo, così come in Italia, a una fuga dei giudicanti dalla componente essenziale del proprio mandato, vale a dire l'apprezzamento delle prove. Per valutare la credibilità di un testimone vengono oggi addirittura chiamati consulenti tecnici o periti, perché dicano se il teste afferma il vero o il falso, se sia attendibile o meno, magari avvalendosi di metodiche o apparecchiature neuroscientifiche<sup>13</sup>. Insomma, l'emersione del grado di fallibilità dell'atto del decidere e la scoperta dei meccanismi di contaminazione della memoria e della percezione umana paradossalmente conducono a delegare in bianco ad altri quelle valutazioni che dovrebbero invece rimanere esclusive di colui al quale affidiamo il "giudizio dell'uomo sull'uomo" e l'affermazione della colpevolezza sopra "ogni ragionevole dubbio".

Oltretutto, occorre ricordare come la tecnologia e le scienze abbiano introdotto pericolose isole di presunta infallibilità in un giudizio, quello penale, che, per sua natura dovrebbe invece nutrirsi di dubbi e di riscontri<sup>14</sup>. Elementi conoscitivi come la prova del DNA e altre *forensic sciences* appaiono eccessivamente concludenti, quasi decisivi<sup>15</sup>. In realtà, si tratta di esiti tecnico-scientifici tutt'altro che risolutivi e che, lungi dall'essere il frutto di un percorso automatizzato, celano al proprio interno scelte discrezionali di operatori che, nella statuizione finale, espressa magari con un numero, non appaiono immediatamente percepibili.

Nel percorso che conduce all'*output* di un'analisi genetica, ad esempio, il tecnico può non limitarsi a immettere un campione nella macchina e ritirare il "biglietto" con il responso, come si tende a ritenere nell'immaginario comune. Egli opera spesso scelte metodologiche, decide quale profilo sia

---

<sup>12</sup> Un affresco sul punto in M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in «Dir. pen. cont.», 29 maggio 2019, p. 1 ss.

<sup>13</sup> V., di recente, N. FARAHANY, *Difendere il nostro cervello. La libertà di pensiero nell'era delle neurotecnologie*, Bollati Boringhieri, Torino 2024.

<sup>14</sup> Cfr. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano 2019, p. 67 ss.; M. DAMAŠKA, *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

<sup>15</sup> Tra alcuni dei miei scritti sul tema: LUPÁRIA DONATI, *Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique*, in «Cah. Droit. sci. technol.», 9, 2019, p. 71 ss.

prevalente in caso di *mixtures*, talora amplifica artificialmente un materiale di minima quantità, e via dicendo. Insomma, vengono compiuti passaggi interpretativi rilevanti che conducono all'esito finale, ma che non sono conosciuti o vagliati, anche in termini di margine di errore, da parte di chi prenderà l'elemento quale pilastro del proprio convincimento.

### 3. *Irresistibili tentazioni e accertamento del vero*

Infine, si manifesta sempre più spesso una condizione che vede il giurista rivolgersi al di fuori del processo come a una *wunderkammer* ricca di sorprendenti invenzioni o immaginifiche tecnologie. Viviamo imbevuti in una inclinazione mentale per la quale, ove si appalesi un ritrovato di ultimo conio, ci sembra scontato provare a trapiantarli all'istante ai fini del raggiungimento della verità giudiziale. Si tratta di una impostazione totalmente fuorviante che andrebbe possibilmente eliminata dal nostro orizzonte culturale<sup>16</sup>.

Le indagini e il giudizio devono essere, di regola, recettori unicamente di quanto risulti già sedimentato all'esterno del circuito penalistico, di quanto sia già stato ampiamente testato in diversa sede, di quanto abbia dato buona prova in altra "fabbrica della verità". Il giudice, infatti, non deve mai assumere i panni di sperimentatore, anche se, proprio in Italia, molte volte è accaduto che lo fosse. La tecnologia, insomma, non è soluzione di pronta beva per il processo; va presa in considerazione solo al termine di una lunga pratica e, soprattutto, non deve mai essere lesiva dei valori fondamentali dell'ordinamento, al di là delle sue potenziali capacità di illuminare gli occhi del decisore.

In definitiva, anche se circondati da innumerevoli ritrovati tecnico-scientifici, non dobbiamo cedere al tentativo di usarli nel contesto più "pericoloso" che conosciamo da che l'uomo abita il pianeta: il giudizio sulla colpevolezza di una persona. Si tratta di un'attività costantemente in bilico sul precipizio dell'errore, in cui la dignità dell'individuo e le garanzie insopprimibili della persona costituiscono valori essenziali ben più importanti della stessa ricerca di una verità<sup>17</sup> che sarà sempre, inevitabilmente, vestita di colori crepuscolari e poco irradiata dalla luce

<sup>16</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, PUL, Louvain-la-Neuve 2012.

<sup>17</sup> V., per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, LaTerza, Bari 1991, p. 17.



meridiana del sole. Del resto, la limitatezza del piano cognitivo del giudice penale non rappresenta una debolezza del diritto probatorio<sup>18</sup>, bensì la sua nota distintiva e la sua forza giacché, per poter condannare un cittadino, vogliamo, in virtù dei principi più alti del nostro ordinamento, che gli elementi a fondamento della decisione siano soltanto quelli che riteniamo ammissibili o utilizzabili<sup>19</sup>. Il processo ha una nitida caratura anti-epistemica<sup>20</sup>, nel senso positivo del termine; è incompatibile con qualsiasi bulimia conoscitiva o informativa, tipica della attuale temperie storica, fatta di *big data* e di effluvi di componenti tecnologiche disponibili, *à la carte*, per ogni uso<sup>21</sup>.

#### 4. *Contrastare l'eclissi della nostra cultura processuale*

Venendo rapidamente alle conclusioni - trattandosi di una tavola rotonda che, per definizione, mal digerisce discorsi eccessivamente ampi o articolati - il quadro mi sembra tutto sommato chiaro, anche se non pienamente rassicurante. In una fase storica di realtà aumentate, intelligenze amplificate e limiti umani espansi, il rito penale, da un lato, sembra offrirci nuove finestre per decifrare gli accadimenti passati e il coefficiente psicologico che li ha accompagnati, dall'altro, appare invece impoverito nei suoi tradizionali strumenti di codificazione del vero.

Difficile indovinare il futuro che ci aspetta. Di certo, la difesa della credibilità veritativa della sentenza penale non passerà attraverso scorciatoie e appianamenti, ma dovrà aggrapparsi alle radici profonde della nostra cultura processuale nel solco di una *antigua ponderación*, pur mantenendo gli occhi aperti sulla fenomenologia di un domani che, tornando a Valéry, non è più quello di una volta.

---

<sup>18</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Riv. dir. proc.», 1939, p. 105 ss.; MARAFIOTI, *Caleidoscopio dello storico ed occhiali del processualista. Con Mario Sbriccoli di fronte ai temi della giustizia penale*, in *Penale, Giustizia, Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Eum, Macerata 2007, p. 329 ss.

<sup>19</sup> Per un inquadramento monografico: A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, Milano 2019.

<sup>20</sup> V., tra i vari scritti dell'illustre Autore, B. CAVALLONE, *Il tramonto del diritto delle prove*, in «Jus civ.», 2023, 1, p. 59 ss.

<sup>21</sup> Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in «MediaLaws», 2018, 2, p. 32 ss.

Luca Marafioti

*Le verità “diverse” e i monologhi del P.M.*

SOMMARIO: 1. Le pseudo-verità – 2. Verità dell'imputazione – 3. Verità e difesa  
– 4. Eccesso di domanda.

1. *Le pseudo-verità*

Tentare di dire la propria in questa sede significa affrontare un tema talmente mastodontico da far tremare le vene ai polsi. Cosicché ci si trova di fronte ad una scelta dilemmatica, senza che si riesca a sciogliere l'alternativa.

Si può prediligere un approccio pronto a tradursi in una fiera dell'ovvio, con il rimasticare malamente concetti triti e ritriti, che utilizzano aggettivi abusati e rimandano all'idea di una verità solo formale e processuale. Oppure si può privilegiare un angolo visuale fin troppo ardito, rivolto a comprendere quale relazione si instaura, in forza della verità, tra forme, processi e prove.

Il che implica fare i conti con un profilo altamente problematico. Nonostante le stentoree affermazioni di principio, bisogna prendere atto che attraverso il Pubblico Ministero istruttore non è mica tanto detto che si cerchi esattamente la verità.

Basti pensare alla mitica previsione contenuta nell'art. 358 c.p.p., di cui discutevamo recentemente in quella bottega di opinionisti sulla “giustizia che non vi raccontano”, radunata nelle pagine dell'inserito settimanale del Riformista chiamato PQM.

Ai sensi dell'art. 358 c.p.p., infatti, il Pubblico Ministero non compie solo “ogni attività necessaria” d'indagine per esercitare l'azione penale, ma “svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”.

Se ne potrebbe ricavare che egli non opera come un mero inquisitore, alla ricerca di tutti gli elementi idonei a sciogliere ogni dubbio in ottica

dell'accertamento di un fatto di reato, secondo la direttrice di soluzione anticipata con un addebito preliminare, con indagini indirizzate a stabilire se elevare o meno un'imputazione a carico di qualcuno, meritevole di un processo e di una condanna. Con equilibrio e neutralità, il Pubblico Ministero sarebbe, anzi, sempre lì ad investigare anche in senso contrario, senza mai tralasciare nulla di ciò che potrebbe suonare a discarico<sup>1</sup>.

Sappiamo quanto simile lettura, pur apparentemente autorizzata dal testo normativo, si sia rivelata, alla prova dei fatti, frutto di una dimensione puramente onirica.

Eppure, dovrebbe far riflettere un dato: una regola analoga a quella dell'art. 358 c.p.p., secondo cui il Pubblico Ministero non cerca soltanto tutto ciò che gli serve per abbattere l'imputato come una macchina distruttiva, ma anche prove a favore, era contenuta anche in Unione Sovietica. Ce lo ricorda Solženicyn nel suo *Arcipelago Gulag*. Nel sistema sovietico, il giudice istruttore aveva il dovere (art. 111), o avrebbe avuto, come ci dice Solženicyn, "il dovere di appurare anche le circostanze che giustificano l'imputato o ne attenuano la colpa"<sup>2</sup>.

Se, insomma, la verità non la si cerca per davvero nemmeno nelle indagini, se non la cercava nemmeno l'inquisitore sovietico – il *top* del totalitarismo giudiziario, cioè il *top* dell'apparenza delle forme, in cui il processo si riduce a mera apparenza (ovverosia, ci sono le norme, ma in realtà non vengono minimamente rispettate) – se così è, allora com'è che può essere accettata, o sofferta, la situazione di – come si può dire – di rinuncia alla verità sin dal primo momento dell'indagine all'interno di un processo penale?

Perché lamentarsi, per esempio, della distinzione – come se fossimo dal gelataio – se uno preferisce una verità "con prova" o una verità "senza prova". Se l'imputato preferisce una verità "con processo" o una verità "senza processo" – come se si potesse optare per pistacchio o nocciola, come se fosse un'opzione possibile all'interno di una gelateria.

## 2. *Verità dell'imputazione*

Ora, partiamo da alcuni dati che noi sappiamo ovvi. La verità è una verità per definizione ritagliata, ritagliata dalle norme penali. È una verità,

---

<sup>1</sup> Cfr. L. MARAFIOTI, *Il PM in soccorso dell'indagato?*, in «PqM. Il Riformista», 20 gennaio 2024, p. 3.

<sup>2</sup> A. SOLŽENICYN, *Arcipelago Gulag*, trad. it., Vol. I, Mondadori, Milano 1974, p. 136.

per definizione, dimensionata dalle norme sostanziali, come ci hanno insegnato studi tedeschi ormai divenuti dei classici, basti pensare alle opere di Klaus Volk<sup>3</sup>.

Il problema è che la verità che noi abbiamo è una verità ritagliata e selezionata da un attore della ricerca della verità nel sistema processuale. In ogni sistema processuale, una volta che abbiamo perso il giudice istruttore, questo soggetto – l’istruttore – si chiama Pubblico Ministero.

Io sono qui a Bologna per un omaggio minimo che posso fare alla memoria di Massimo Nobili, che ci raccontava, sempre nei suoi *Scritti inediti*, che la verità è sempre “scelta” dal Pubblico Ministero<sup>4</sup>.

Ora, siamo d’accordo che dobbiamo intendere la verità come corrispondenza e che non possiamo rinunciare all’idea aristotelica.

Ma il quesito, che sembra banale ma poi tanto banale non è, s’impone: corrispondenza con che cosa?

Corrispondenza con l’imputazione. Questo è il tema che noi abbiamo di fronte, oggi. Noi abbiamo la necessità di corrispondere o meno, di aderire o meno a una sorta di condivisione, una sorta di *autodafé* con la macchina dell’imputazione.

E allora, è chiaro che chi vi parla – che è stato messo qua, tra le più grandi categorie, anziani o ragazzi, che sono stati seduti qui – ha un atteggiamento da “scettico blu” rispetto a questa materia.

È un atteggiamento che non può essere fatto corrispondere con ciò che Taruffo definiva «il logorato dall’esperienza»; piuttosto è quello da scettico blu che colleziona nella sua vita un’amarezza.

Ricordo una conversazione avuta molti anni orsono con Michele Massa, una delle menti più fervide e più intelligenti della procedura penale e non solo, che ho avuto l’onore di conoscere e con il quale ho avuto il privilegio di potermi intrattenere. Egli ammoniva, all’epoca: il principale problema dell’esperienza in cui siamo immersi non è che questo mondo è *falso*, ma che è un mondo *non vero*.

Ed è questo il problema principale che noi abbiamo rispetto al tema della corrispondenza con l’imputazione.

<sup>3</sup> K. VOLK, *Die Wahrheit vor Gericht. Wie sie gefunden und geschunden, erkämpft und erkaufte wird*. Bertelsmann Verlag, München 2016; ID., *Diverse Wahrheiten*, in A. ESER, H.J. KULLMANN, L. MEYER-GOSSNER, W. ODERSKY, R. VOSS (Hrsg.) *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1995, p. 411 ss.

<sup>4</sup> M. NOBILI, *Processo penale e ricerca della verità*, in *Scritti inediti*, a cura di A. Camon, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2021, p. 93 ss.

Ma se nemmeno l'imputazione, all'esito dell'indagine, cerca la verità, perché il 358 c.p.p., lo dicevamo, è una farsa; perché il Pubblico Ministero che indaga a favore del pubblico e dell'imputato è una figura inesistente, come confrontarci con queste diverse verità che ci sono all'interno del processo penale?

Abbiamo un polimorfismo: la verità dell'indagine, la verità cautelare, la verità dell'imputazione, la verità del processo in contraddittorio, la verità dei meccanismi speciali, la verità della mediazione, la verità della messa alla prova, la verità dell'archiviazione...

Tutto quello che noi abbiamo pensato crea qualche cosa che, citando un grande cineasta, potrebbe essere definito "effetto *Rashomon*".

E come si combina l'"effetto *Rashomon*" di Akira Kurosawa con il processo che i tedeschi chiamano il processo "canguro", il processo che salta rapidamente alla decisione, senza le tappe intermedie del rapporto tra verità, processo e prova che sono – come diceva Malena Pastor, le devo tantissimo – ciò che noi siamo, ciò senza il quale noi non saremmo neanche qui a parlare, anzi non avremmo nulla che ci unisce.

### 3. *Verità e difesa*

E allora, mi domandavo e mi interrogavo, e forse sarebbe il caso che tutti noi cominciamo a rifletterci un po' di più: qual è il ruolo della difesa rispetto alla ricerca della verità?

Recentemente, è uscita in Svizzera una pubblicazione – collegata all'Università di Basel, che, come voi sapete, è molto attenta al tema del rapporto con la prova – sul ruolo del difensore nella ricerca della verità<sup>5</sup>.

Occorre, allora, chiedersi come viene visto il ruolo della difesa rispetto alla ricerca della verità nel nostro sistema?

Inutile negarlo: viene vista come un ostacolo. La parola è ostacolo, se non peggio. Basti pensare come viene considerato il contributo della difesa alla ricerca della verità se non come proveniente da un soggetto che è estraneo al circolo deputato alla costruzione della verità<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> S. BERNARD, *Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessuale Wahrheitsuche*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2023.

<sup>6</sup> Ancora di recente, emblematicamente, Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, n. 16458, Barbone, in *www.sistemapenale.it*, 28 settembre 2020, secondo cui «le conclusioni del consulente tecnico del pubblico ministero, pur costituendo il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dalla consulenza tecnica della difesa».

E invece questo tema, secondo me, va ripreso ed elevato; va spostata l'attenzione dall'idea della verità come corrispondenza in termini di monologo e che è diventato un monologo del Pubblico Ministero con sé stesso, neppure più un monologo interno al giudice nella ricerca della verità.

E allora, proprio per questo, bisogna ripensare scientificamente, politicamente e culturalmente al ruolo che la difesa e l'imputato possono avere nella ricerca della verità, non più solo come un ostacolo o una negazione, ma come un contributo a superare quell'amarezza che ci porta ad affrontare oggi l'idea della verità come corrispondenza con l'accusa e basta.

Anche le suggestioni provenienti dal presunto “diritto alla verità” esercitabile nel processo e mediante il processo vanno tenute a bada<sup>7</sup>.

A ben vedere, il diritto alla verità dell'imputato si chiama presunzione d'innocenza. Non c'è necessità di inventare un altro diritto diverso dalla presunzione d'innocenza, meritevole di essere protetto nel processo penale.

#### 4. *Eccesso di domanda*

Il tema è questo, e induce a ritornare all'amarezza di prima: tutte queste cose che noi diciamo e lamentiamo – a modesto avviso di chi vi parla – sono espressione di un eccesso di domanda nei confronti del processo penale provenienti da qualunque parte, che rappresentano altrettante spinte centrifughe.

In fondo, il processo penale consiste in uno strumento che a nessuna di queste domande può dare sufficiente risposta. In altri termini, al processo penale si chiede troppo, in una direzione per niente laica del diritto, del processo, dell'indagine. Sulla base di una serie di equivoci in cui il più grosso è rappresentato proprio dall'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

L'idea dogmatica dell'azione penale obbligatoria che dovrebbe costituire esclusivamente una proiezione quotidiana dell'uguaglianza e della legalità all'interno del processo penale finisce per fornire il pretesto per rivolgere una serie di domande eccessive ad un processo penale che non ce la può fare a rispondere.

Questo mito va sfatato, fa parte di una dimensione poco laica del nostro

<sup>7</sup> E. MACULAN, D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires 2013.

rapporto con il processo; piuttosto, ha molto a che fare con le malintese radici prima cattoliche e poi catto-comuniste di un certo approccio della dogmatica; ha molto a che fare con quello che la politica compromissoria del secondo dopoguerra, nella quale, contemporaneamente, si concedeva l'amnistia e si erodeva l'ordinamento giudiziario.

Le cose che sono successe vanno dette, vanno ricordate. Esse hanno preparato il terreno ad una logica da compromesso storico rispetto alle garanzie. Insomma: si vuole troppo e il processo non può rispondere a tutte queste domande.

Resta il problema che abbiamo di fronte. E si deve essere d'accordo con chi dice che il processo non si può allontanare troppo dalla verità, non può prescindere dalla verità, perché non rinunciare totalmente al tema della verità significa dare ad una società moderna una soluzione socialmente accettata e accettabile all'interrogativo aperto da una notizia di reato. Allora, tanto più noi diamo luogo ad un processo che non è socialmente accettato e accettabile, tanto più aumenta la domanda esterna al processo a cui lo stesso meccanismo non può rispondere. Ed è questa la fragilità, la debolezza, l'amarezza dello strumento in cui noi crediamo. Credo che sia il più grande problema di quella che noi chiamiamo modernità, oggi.

Questo è *il* problema della verità nel processo penale, lo è sempre stato ed è sempre uguale e va trattato, pertanto, secondo una "*antigua ponderación*"; ma oggi è aspetto un po' più critico proprio per questo.

Stefania Parisi

*Un diritto alla verità? Perché no*

SOMMARIO: 1. Verità e diritto costituzionale: punti di intersezione – 2. La verità nei passaggi di regime – 3. Verità e democrazia pluralista – 3. a) nell'immediatezza dell'instaurazione di un sistema democratico – 3. b) verità come antidogmatismo – 3. c) diritti aletici e dubbi pragmatici – 4. Verità *attraverso* il processo vs. verità *per legge*: quali differenze strutturali?

1. *Verità e diritto costituzionale: punti di intersezione*

Il tema della verità in relazione (non solo al processo penale ma in generale) al diritto apre mondi teorici sproporzionati rispetto a queste poche righe: ne sono consapevole. Quando un tema è così sconfinato e lo spazio per discuterne è ridotto, alternative non ve ne sono: manterrò il tono colloquiale dell'intervento, sarò assertiva, indicherò un apparato di note minimale. Mi scuso di questo.

Rispetto al macrotema del Convegno, queste brevi considerazioni si concentreranno su alcune intersezioni tra verità e diritto *costituzionale*. Ho individuato, in particolare, tre punti di contatto, ovvero tre prospettive da cui osservare il legame: 1. la prima prospettiva riguarda il rapporto tra l'affermazione della verità (o di *una* verità: dirò meglio in seguito) e le forme di Stato in cui essa matura; 2. la seconda – che rappresenta il vero *Kern* del problema, nella misura in cui interseca le altre due – riguarda l'esistenza di un diritto *fondamentale* alla verità; 3. la terza prospettiva concerne invece la "costruzione" della verità e si può riassumere nel dualismo (a mio parere irriducibile) tra verità *attraverso* il processo (verità come *esito* del processo e, dunque, come verità processuale *tout court*) e verità *per legge* (ossia verità come *esito* di una *decisione politica*).

Proverò ad abbattere le paratie che solo in apparenza ho elevato poc'anzi, quando ho enumerato i profili di interesse, e a intrecciare le prospettive tra loro.



## 2. *La verità nei passaggi di regime*

Siamo stati da sempre abituati a contenere il diritto alla verità in un perimetro ben preciso che poi però finisce per elevarsi dalle coordinate storico-geografiche di partenza: lo abbiamo inteso, in particolare, come diritto a conoscere la verità su fatti del passato e sulle violazioni dei diritti umani che hanno condotto a crimini aberranti. In questi casi, la forza della verità sembra avere una vocazione metaspaziale e metatemporale: le sparizioni forzate in Argentina tra il 1976 e il 1983 non riguardano solo *quello* spazio e *quel* tempo. Sono o sembrano, piuttosto, una tappa per la storia dell'Umanità intera ed è per quella ragione che sono nate e si sono sviluppate. Questa forza della verità sembra finanche voler superare l'idea che la verità *fattuale* sarà inaccessibile: in tal modo si tende, insomma, a considerare inaccettabile l'idea che si debba parlare di verità parziali, rivedibili, relative, accedendo piuttosto all'opposta visione per cui esista una verità raggiungibile, cristallizzabile, assoluta.

È la ragione per cui proliferano le Commissioni per la verità e le Corti per i diritti umani. La Verità indossa la lettera maiuscola; come chiarisce la celebre *Human Rights Resolution 2005/66*, a seguito del riconoscimento fattone sia dalla *Human Rights Committee* che dal *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, sono titolari di un diritto alla verità sia le vittime delle «gross violations of human rights» sia i loro familiari per conoscere appieno coloro che hanno perpetrato simili violazioni. Si parla, in tal senso, di un «diritto internazionale umanitario», il cui fine principale è sicuramente quello di restituire «dignità alle vittime» ma che mira a perseguire anche ulteriori scopi: la punizione dei responsabili, la riconciliazione politica e sociale per «voltare pagina» ma – perché no – anche la funzione deterrente contro il ripetersi in futuro di simili vicende. In merito a quest'ultimo intento, si può rintracciare una componente collettiva del diritto alla verità – che include il diritto alla giustizia – e una componente individuale che coinvolge le vittime, i parenti delle vittime (anche attraverso la declinazione del cd. “diritto al lutto”) e i cittadini *uti singuli* interessati a comprendere le responsabilità, i coinvolgimenti delle istituzioni, per una verifica di *accountability*.

Quando un regime politico dittatoriale – caratterizzato da violazione dei diritti umani – tramonta e l'intenzione è traghettare un Paese verso la democrazia il paradigma delle Commissioni di verità e, in generale, la cd. giustizia di transizione generano archetipi di risoluzione dei conflitti con un passato più o meno recente: il bene «verità», però, si accompagna ad

altri beni giuridici e, dunque, ad *altre finalità*. Così, spesso le Commissioni dei verità sono denominate «Commissione di verità e riconciliazione» (celeberrima la South African Truth and Reconciliation Commission, su cui Lollini, 2005) o «Commissione per la riconciliazione e l'unità»; a volte si trova anche la nomenclatura diversa di «Commissione per il chiarimento storico» (*Comisión para el Esclarecimiento Histórico* – istituita in Guatemala tra il 1996 e il 1999): la parola contiene lo scopo, che non è il diritto alla verità *in sé* ma proprio il diritto alla verità come funzionalizzato alla instaurazione di un nuovo ordinamento, che *riconcili* (riconciliazione) e cementifichi un nuovo patto, in cui forze politiche ideologicamente distanti siano in grado di competere secondo regole democratiche e, se pure animate da una tensione dialettica, non consumino un moto disgregante (*unità*).

Verità per dar voce alla dignità delle vittime, punire i responsabili, per realizzare una forma di deterrenza, rendere effettiva la tutela, consentire il lutto, consacrare una memoria condivisa, per riparare, riconciliare, dare giustizia: tutto questo dimostra la complessità di cui il diritto alla verità si ammantava e, soprattutto, la presenza di interessi e bisogni sottostanti che, talora, potrebbero anche andare in direzione opposta rispetto alla conoscenza complessiva del tutto. Che non sempre giova, specie quando si vuole “voltare pagina”.

### 3. Verità e democrazia pluralista

#### 3. a) nell'immediatezza dell'instaurazione di un sistema democratico

Con la fine di un sistema autoritario, allora, il diritto alla verità sembra quasi costruito come *obbligo* da parte delle istituzioni. È una verità a tutti i costi, che non sente ragioni: si deve dire tutto, non può esserci nascondimento, soprattutto se si vuole andare verso un regime democratico. La presenza di un rito pubblico rafforza la ieraticità del diritto: il processo dà l'illusione che verità fattuale, verità processuale, storia, memoria siano lemmi sinonimi. Ma se queste sono le premesse, la democrazia non è ancora nata che è già precaria. Da un lato, si investe il giudice o la Commissione per la verità di un compito che nemmeno l'*Hercules* di Dworkin sarebbe in grado di sostenere: il giudice dovrebbe «stabilire un *discrimen* definitivo tra vero e falso» mentre il suo compito dovrebbe essere piuttosto quello di «fondare su un fatto riconosciuto, e

accertato come vero, una decisione giudiziaria *coerente e razionalmente argomentata*<sup>1</sup>. Dall'altro lato, si tende a sopravvalutare il valore della verità ritenendo che il suo raggiungimento sia indispensabile per arrivare a un sistema autenticamente democratico quando, invece, è spesso più credibile l'opposto: e cioè che «l'addio alla verità è l'inizio e la base stessa della democrazia»<sup>2</sup>. Come è possibile costruire un nuovo ordinamento se la verità è talmente scomoda da essere insuperabile? L'imperativo di memoria si traduce, allora, nell'esatto opposto: dimenticare perché altrimenti la riconciliazione è impossibile.

In questo senso, anche l'amnistia – istituto giuridico che cerca di riconciliare il reo con la società, nonostante il reato – ha in sé la radice dell'oblio: come ha notato Ricoeur, la parola deriva da *amnesia* e così il diritto risponde ai crimini provando a dimenticare quanto è stato, qualificandosi come «oblio imposto»<sup>3</sup>. La strada potrebbe solo passare per la costruzione *giuridica* del perdono<sup>4</sup>: comprendere e ricordare senza cedere alla vendetta; gestire la mole di “verità” accumulate e togliere ad esse quel manto di absolutezza, consapevoli che nulla potrà davvero restituire dignità alle vittime.

In generale, la democrazia è per definizione antidogmatica, laddove è piuttosto il totalitarismo ad intestarsi il dominio della verità, come insegnano le complesse e insuperate pagine di Hannah Arendt<sup>5</sup>.

Per questo, il ruolo della giustizia di transizione è molto delicato: un costante bilanciamento sempre in bilico tra il tentativo di difendere la dignità delle vittime e quello di non compromettere l'equilibrio in via di formazione, il cammino verso una democrazia in corso d'opera.

### 3. b) *verità come antidogmatismo*

Pare, allora, da condividere l'idea per cui vada esaltata la «virtù del

<sup>1</sup> Così E. RESTA, *La verità e il processo*, in «Pol. dir.», 3/2004, pp. 369 ss., spec. p. 396, enfasi aggiunte.

<sup>2</sup> Cfr. G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Meltemi, Milano 2009, spec. p. 16.

<sup>3</sup> P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil Paris 2000, *La memoria, la storia, l'oblio*, trad. it. D. Iannotta, Raffaello Cortina, Milano 2003, spec. p. 642.

<sup>4</sup> Molto interessante il punto di vista espresso da V. MARZOCCO, *Il diritto tra storia e memoria. La costruzione giuridica del perdono*, in *Identità in dialogo. La libertà des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Mimesis Edizioni, Milano-Udine 2012, p. 119 ss.

<sup>5</sup> Il riferimento è a H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino 2004.

dubbio», contro ogni «etica della verità»<sup>6</sup>, perché «la democrazia implica la reversibilità di ogni decisione (sempre esclusa quella sulla democrazia medesima)» e «le soluzioni definitive ai problemi, quelle che non consentono ripensamenti o aggiustamenti, sono proprie dei regimi della giustizia e verità, uniche e ferme»<sup>7</sup>.

Per questa ragione, non è possibile continuare sulla scia delle coordinate originarie del diritto alla verità al punto che la configurazione di questo diritto «esige una riflessione attenta, e non solo la registrazione delle vicende d'origine che gli hanno attribuito una portata tanto impegnativa»<sup>8</sup>.

Ecco che, allora, nel contesto delle democrazie pluraliste consolidate, il diritto alla verità assume sembianze completamente diverse e significati non comparabili con quelli che, geneticamente, gli si attribuivano.

In un ideale collegamento tra il diritto alla verità e le forme di Stato, emerge che – superata la fase delle transizioni di regime – l'ordinario funzionamento degli ordinamenti democratici mal sopporta verità cristallizzate, rigide, irreversibili. Un esempio di questo modo di ragionare è tratto dal rapporto tra scienza e democrazia: le verità scientifiche sono necessariamente provvisorie e subiscono un meccanismo di validazione all'interno di una comunità di pari. Pertanto, fermare le conoscenze, abbracciare una teoria scientifica a discapito di un'altra, imporre la visione scientifica prevalente e maggioritaria rappresentano attacchi frontali alla libertà della ricerca. Ma gli esempi possono continuare ed estendersi anche alla libertà di espressione: se solo il «vero» si può dire, si precipita in dicotomie scivolosissime con domande che si inseguono senza risposte (chi stabilisce ciò che è vero? cosa è vero? chi tutela dal falso? in che modo?). Il rischio è anche quello di cedere alle lusinghe di concezioni funzionalistiche della libertà di espressione<sup>9</sup>, per cui sono ammesse solo manifestazioni del pensiero «vere» che contribuiscono alla crescita degli ordinamenti democratici. Ma un rischio accessorio è legato alla cristallizzazione delle verità del passato al fine di creare una memoria condivisa di uno Stato democratico: la selezione delle cose da ricordare perché «vere» e considerate «fatti storici consolidati» crea «potenziali gerarchie di memorie»<sup>10</sup>. Quando,

<sup>6</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Laterza, Roma-Bari 2008.

<sup>7</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino 2007, spec. p. 29.

<sup>8</sup> Testualmente S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, spec. p. 212.

<sup>9</sup> Una disamina attenta delle teorie del discorso pubblico che include anche la prospettiva funzionalistica è contenuta in C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna 2013.

<sup>10</sup> E. FRONZA, voce *Negazionismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 2015, pp. 633 ss., spec. p. 642.

poi, questa selezione è assistita anche dalla leva penale il rischio di una frustrazione delle varie forme di espressione (dalla semplice manifestazione del pensiero alla libertà della ricerca storica) cresce esponenzialmente.

Fuggire da questa concezione della libertà intesa come dogmatismo non significa che lo Stato democratico non abbia, al proprio interno, degli istituti tesi a garantire forme di “verità”: ma le virgolette sono d’obbligo poiché i volti della verità nelle democrazie pluraliste sono molteplici, relativi e hanno nomi specifici, volti a salvaguardare interessi concreti rientranti nella «vita ordinaria di un ordinamento democratico»<sup>11</sup>. E così, si pensi agli obblighi di trasparenza cui è tenuta la pubblica amministrazione che, secondo una decisione del Consiglio di Stato, incarnerebbero un vero e proprio diritto alla verità: in questi termini se ne parla nella sent. della Sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903. Tuttavia, è evidente che non si tratti di un diritto alla verità scollegato da altri diritti, interessi e bisogni: piuttosto, la trasparenza della P.A. è riconducibile all’obbligo di operare secondo i principi di buon andamento e imparzialità, costituzionalmente garantiti e il diritto alla verità dei cittadini non è che il corrispettivo di quest’obbligo, lungi dal costituire un diritto autonomo e assoluto. Di «diritto alla verità del rapporto di filiazione» parla la Corte costituzionale nella sent. 112/1997 quando dichiara infondata la questione sollevata in via incidentale sull’art. 263 del Codice civile (in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all’interesse del minore: la Corte chiarisce, da un lato, che la verità è sempre nell’interesse del minore; dall’altro, che «la tutela della verità deve porsi in relazione anche alla necessità di impedire che attraverso fraudolenti atti di riconoscimento siano eluse le norme in materia di adozione, poste ad esclusiva tutela dei minori». Pertanto, anche qui la verità non è valore in sé, assoluto, avulso da un contesto di beni giuridici e interessi la cui tenuta va complessivamente garantita. Del resto, che la verità non debba essere considerata in una accezione assoluta è testimoniato anche dal principio *nemo tenetur se detegere*: nessun obbligo di verità può sussistere se nel processo si ha diritto di nascondere per evitare di autoincriminarsi.

E allora, se la democrazia è «regime delle “verità molteplici”, non di “verità rivelate”»<sup>12</sup> e se lo Stato è titolare di un’obbligazione pubblica di

<sup>11</sup> Così M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2/2023, pp. 629 ss., spec. p. 689.

<sup>12</sup> RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., spec. p. 226.

mezzi ma non di risultati, è da qui che bisogna partire per saggiare la tenuta della teoria dei “diritti aletici”.

### 3. c) *diritti aletici e dubbi pragmatici*

È suggestione che seduce anche la dottrina costituzionalistica italiana quella che fa capo alla “fondamentalità” del diritto alla verità: in particolare, al suo essere «*prius* logico e assiologico di ogni altro diritto»<sup>13</sup>. Tuttavia, lo stesso A. che lo ha propugnato ammette che «il diritto alla verità non può affermarsi per la concomitante emersione di un interesse facente capo all'intera comunità che vi si opponga»; del resto, se tutti i diritti sono bilanciabili lo è di sicuro anche il diritto alla verità che peraltro – come si è provato a dire poc'anzi – non esiste se non come collegato ad altri diritti e interessi.

Avvincente, pur se in un'ottica certamente più filosofica che giuridico-costituzionalistica, è la prospettiva avanzata da Franca D'Agostini autrice di numerosi studi sul diritto alla verità ma in particolare di un agile e denso *pamphlet* scritto a quattro mani con Maurizio Ferrera e intitolato *La verità al potere- sei diritti aletici*<sup>14</sup>.

Qui non posso sintetizzare il contenuto del lavoro perché rischierei di tradirne la profondità di sguardo: proverò a soffermarmi sulle nevralgie che, a mio avviso, affliggono il testo, cui rinvio per una lettura e un'interpretazione personali.

L'A. parte dalla condivisibile prospettiva secondo cui «i cittadini che vivono in una comunità democratica devono fare i conti con il concetto di verità» per cui «se circolano il falso e il mezzo-vero fuorviante, ciò che ne consegue non è democrazia, ma guerra delle opinioni»<sup>15</sup>. Al fine dichiarato di rovesciare «l'idea dell'inimicizia o dell'estraneità tra liberalismo democratico e verità» e, dunque, di consentire che la funzione V(erità) permei le manifestazioni della democrazia, l'A. propone di «guardare alla verità come a un concetto generatore di *beni* individuali e collettivi» che dà vita a «diversi bisogni-interessi “aletici” (legati alla verità)» i quali, a loro volta, «formano una sequenza di diritti che sono “progressivamente correttivi”» nella misura in cui «ciascuno figura come condizione e garanzia per la tutela dei precedenti, evitando i pericoli tradizionalmente

<sup>13</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Costituzione e verità (prime notazioni)*, in «Consulta online», II, 2023, pp. 397 ss., spec. p. 411.

<sup>14</sup> F. D'AGOSTINI, M. FERRERA, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Einaudi, Torino 2019.

<sup>15</sup> D'AGOSTINI, FERRERA, *La verità al potere...*, cit., spec. p. VII.

segnalati dalle teorie liberali (“verità di Stato”, limitazioni della libertà di espressione, irrigidimenti istituzionali del vero e falso)»<sup>16</sup>. Nelle pagine successive si chiarisce che questi diritti atletici sono sei pur se riconducibili a tre macroaree (comunicazione, scienza e cultura) e si cerca di dimostrare in che modo il bisogno di verità – naturale spinta alla migliore conoscenza possibile – si converta in *diritto*.

Dal punto di vista costituzionalistico, numerose sono le domande insolute rispetto a questa raffigurazione geometrica del diritto alla verità: esse concernono specialmente la dimensione dell'*effettività* del diritto in questione.

Innanzitutto, lo slittamento segnalato poc' anzi da *bene giuridico* a *diritto soggettivo* è tutt'altro che pacifico. Che la verità sia un *bene*, infatti, non significa che sia un *diritto* avente una configurazione autonoma, che non sia, cioè, *strumentale* alla realizzazione di altri beni e diritti. Del resto, una verità come esigenza di veridicità è già sottesa, come si è detto, a numerosi istituti e norme (il diritto penale ne è pieno: dalla truffa al falso materiale e ideologico fino alla diffamazione); ma anche il diritto alla verità nella sua dimensione originaria – legata alle violazioni dei diritti umani – è ancillare alla realizzazione di altri diritti (un elenco non esaustivo è contenuto qui alla fine del par. 2).

Oscuro, poi, è l'oggetto del diritto alla verità: a cosa si riferisce di preciso, anche con riferimento alle estensioni atletiche teorizzate nel volume? In che modo la scienza – che sarebbe all'inizio di questa catena di diritti atletici – si fa istituzione di verità? Come scongiurare derive autoritarie in questo? come evitare che il sistema si converta in epistocrazia? In che modo l'università e, in generale, le istituzioni del sapere possono affermare il *diritto* di «essere riconosciute come fonti affidabili di verità, dunque di non subire un deficit di credibilità»<sup>17</sup>, specie quando la libertà della scienza è fortemente condizionata dalla decisione – tutta politica – del finanziamento della ricerca scientifica?

Ma ancora, se esiste un diritto atletico di cui sono generalmente titolari tutti i cittadini, in che modo è azionabile in giudizio? E a quali condizioni? È necessario dimostrare l'esistenza di un danno atletico? Sarebbe quantificabile un risarcimento del danno atletico *in sé*, senza che siano evocate lesioni di altri beni giuridici? Ad esempio, a quest'ultima domanda sembra aver risposto negativamente una decisione della Cassazione (Cass. pen., sez. V, sent. 29 novembre 2012, n. 46340): essendo stata avanzata una pretesa

---

<sup>16</sup> D'AGOSTINI, FERRERA, *La verità al potere...*, cit., spec. pp. VIII-IX.

<sup>17</sup> D'AGOSTINI, FERRERA, *La verità al potere...*, cit., spec. p. 44.

risarcitoria concernente il diritto alla verità processuale nei confronti di due soggetti che avevano commesso il reato di favoreggiamento, la Corte dichiara infondato il motivo di ricorso in questione<sup>18</sup>.

Il diritto aletico è configurabile anche in capo allo Stato, al di fuori del normale obbligo di trasparenza, buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, come prescrivono diverse disposizioni in ottemperanza all'art. 97 Cost.?

Corrispondentemente, chi ha "obblighi aletici"? Con quali strumenti si potrebbero far valere?

Il problema di fondo – che non viene risolto nonostante sia un intento professato dal testo – è che non è possibile pensare a un soggetto diverso dallo Stato per garantire il diritto (o il sistema di diritti) alla verità ma il rischio è la confusione tra il *potere*, lo Stato come apparato, e la *verità*: in un sistema così congegnato sarebbe difficile tenere lontano lo Stato dai *contenuti* della verità. L'unica strada è immaginare allora lo Stato come in grado di garantire le *procedure* per ricercare la verità: in tal senso, si conviene con chi afferma «la grande importanza di un *terzo* potere indipendente quale più severo tentativo di accertamento della verità» che deriva da rigorose norme di procedura, le quali in tal modo, assumono la veste di «condizioni di verità»<sup>19</sup>. Il rapporto tra *contenuto* della verità, da un lato, e *procedure/procedimenti/processo* per *arrivare* alla verità, dall'altro, ci porta dritti all'ultima questione da affrontare.

#### 4. *Verità attraverso il processo vs. verità per legge: quali differenze strutturali?*

La terza e ultima prospettiva sotto la quale declinare il tema del rapporto tra diritto costituzionale e verità concerne – si è detto – la "costruzione"

<sup>18</sup> È interessante il ragionamento della Cassazione: da un lato, chi denuncia una condotta di intralcio alle investigazioni «non può considerarsi persona offesa e non è legittimata, pertanto, a costituirsi parte civile nel procedimento non essendo titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo al regolare andamento della amministrazione della giustizia che costituisce il bene protetto dalla norma incriminatrice»; dall'altro, ci si rifa al «principio che il danno risarcibile in sede penale deve essere conseguenza immediata e diretta del reato e deve derivare dalla lesione di un diritto soggettivo (Sez. 1, 12 novembre 1999-19 gennaio 2000, n. 652, CED 215293), o, come pure è stato affermato, anche dalla lesione di un interesse legittimo (SU civ. 22 luglio 1999, n. 500)». Mi sembra una dichiarazione abbastanza palese della natura ancillare del diritto alla verità rispetto ad altri beni giuridicamente protetti.

<sup>19</sup> Come scrive P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino 2000, spec. p. 99.



della verità: l'ho semplificata nel dualismo tra verità *attraverso* il processo (verità come *esito* del processo) e verità *per legge* (ossia verità come *esito* di una *decisione politica*): aggiungiamo che, appunto, nel primo caso i *contenuti* della verità sono l'esito di un processo con delle *regole* che, a loro volta, rispondono a *principi* di rango *costituzionale* (il giusto processo, il diritto alla difesa, il diritto al giudice naturale precostituito per legge etc.) mentre nel secondo i *contenuti* sono pietrificati in un atto *politico* che ha a che fare con concetti ambigui che gravitano solitamente attorno all'orbita dell'*identità*, come succede nei casi di leggi che tutelano la memoria di fatti storici (o, peggio, incriminano le fattispecie di negazionismo nella misura in cui questo significa negare fatti *storici* o ricostruirli in modo alternativo a come si sono *veramente* svolti, al fine di ridimensionarne la portata).

La domanda – quasi retorica alla luce di quanto si è detto innanzi – è perché una democrazia collega le esigenze di (ricerca della) verità al processo ma cerca (o dovrebbe cercare...) il più possibile di fuggire una verità *per legge*?

Per una serie di ragioni. Altamente istruttiva mi pare la lettura che del rapporto tra verità e processo fa Resta<sup>20</sup>. Il punto di partenza è la relazione che si instaura tra tempo e verità: il tempo condiziona la verità nella misura in cui ne è passato troppo perché la verità venga a galla (e, dunque, la verità si raggiunge «per stanchezza») oppure perché «il tempo è risorsa troppo scarsa rispetto a quanto la ricerca della verità esigerebbe»<sup>21</sup>. Per questo motivo, l'attività del giudice pone fine a una lite «ingannandone la cattiva infinità». La differenza tra il mondo antico e il moderno sta proprio nel meccanismo regolatorio del rapporto tempo/verità, nella misura in cui prima il sistema era «costruito intorno a una *verità senza tempo*» mentre oggi, nel sistema moderno, si fonda sul «*tempo senza verità*»: un tempo – quello moderno – che non sopporta idee perenni, immutabili di verità e che sgretola il mito della verità assoluta.

In tal senso, la *veritas*, la verità processuale – che non sempre coincide con la verità *storica* – è quella che discende da un «percorso di *ritualizzazione*»<sup>22</sup> che converte la massima *auctoritas non veritas facit legem* in *non auctoritas sed veritas facit iudicium*. Questo per dire che il processo arriva a una decisione che si presume vera ma solo rispondendo a logiche di validità del rito: prioritario è che il giudice fondi su un fatto conosciuto e accertato come vero una decisione coerente e razionalmente argomentata.

<sup>20</sup> Nello scritto E. RESTA, *La verità e il processo*, in «Pol. dir.», 3/2004, pp. 369 ss.

<sup>21</sup> Così RESTA, *La verità e il processo*, cit. spec. p. 369.

<sup>22</sup> RESTA, *La verità e il processo*, cit. spec. p. 387.

Si tengono allora assieme le proposizioni per cui la verità processuale è una delle tante possibili ed è «verità relativa, approssimativa e opinabile»<sup>23</sup> ma, allo stesso tempo, si ritrae *nel* processo come *esito* dello stesso. È il processo con le sue regole a consentire l'emergere di *una* verità, al netto delle strategie processuali degli attori, delle prove materiali e delle testimonianze false, sempre in agguato. Se una verità preesiste al processo essa non pare accessibile: solo attraverso le regole del *giusto* processo, si può tendere alla ricostruzione di una verità *probabile*, plausibile. L'accertamento processuale sfugge alla «metafisica pretesa di ricostruire la realtà», optando piuttosto per «la possibilità di una giustificazione razionale, di una decisione coerente con le prove»<sup>24</sup>.

Se si condivide questa ricostruzione, si può, allora, capire per quale ragione una verità cristallizzata per legge crea non pochi problemi a un sistema democratico: pur essendo l'esito del *procedimento legislativo* è un atto politico, d'*autorità*, per il quale vale il brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.

Il riferimento più immediato è, naturalmente, alle leggi memoriali e, soprattutto, a quelle che adoperano lo strumento penale per incriminare il negazionismo e creare, in tal modo, una sorta di «*medium* di connessione tra presente, passato e futuro»<sup>25</sup>, scolpire un'identità, consolidare un patto costituente. Nelle nuove forme di negazionismo (come quello che Fronza chiama «di terza generazione»), poi, si consuma il passaggio da una «tutela (e costruzione) della memoria collettiva – tipica del negazionismo storico, dell'Olocausto – alla tutela e costruzione di (narrazioni di) verità»<sup>26</sup>. Già sono stati evidenziati, e da tempo, i rischi legati alla leva penale per silenziare il dissenso e vietare ricostruzioni alternative di fatti storici (o di fatti *tout court*, come nelle moderne trasfigurazioni del negazionismo): innanzitutto «il ricorso al diritto penale costituirebbe una via facile, più che un antidoto a tali fenomeni» e in questo periodo «connotato da populismo, anche penale, è preferibile non accogliere atteggiamenti facili, anche brutali, come il ricorso al meccanismo giuridico penale per proteggere valori fondazionali (come nel negazionismo di prima e seconda generazione) e un mondo condiviso (nel negazionismo di terza generazione)»: il prezzo da pagare è che

<sup>23</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Quest. giust.», 4/2016, pp. 13 ss., spec. p. 6.

<sup>24</sup> Così P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA *et alii*, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino 2010, spec. p. 302.

<sup>25</sup> Così E. FRONZA, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?*, in «Dir. pen. cont.», 4/2018, pp. 331 ss., spec. p. 331.

<sup>26</sup> Cfr. FRONZA, *Il negazionismo di terza generazione...*, cit., spec. p. 334.

«la tutela dei valori democratici rischia di rovesciarsi nel suo contrario»<sup>27</sup>.

La legge penale che tutela la memoria storica e/o incrimina il negazionismo in nome della difesa della verità impatta con una tale quantità di principi costituzionali da rendere persino controproducente il suo utilizzo.

Oltre all'idea per cui una legge di tal fatta imporrebbe una ricostruzione dei fatti storici finendo per propagare una verità di Stato e imponendo limiti alla libertà della ricerca scientifica, ci sono troppe ragioni per rifiutare questa prospettiva, in nome di un preteso, generico diritto alla verità.

Non bisogna cedere alla tentazione di limitare contenuti sgraditi perché anch'essi sono una componente della libertà di manifestazione del pensiero. Neanche si può affidare allo Stato e al diritto penale la funzione di orientamento socio-pedagogico abbracciando una concezione morale anziché un'altra, col rischio di minare la struttura laica dello Stato stesso. Senza contare che un'incriminazione penale di qualunque forma del negazionismo rischia di non avere alcuna utilità alla luce della finalità specialpreventiva della pena: quale rieducazione ci si aspetta? come si misura il ravvedimento?

La difesa penale di una verità si irrigidisce in un dogma che trasforma il funzionamento della democrazia da aperta a protetta: soprattutto, getta un dubbio sulla reale portata della verità stessa, potendo «instillare il dubbio che la verità ufficiale protetta contro il negazionismo non sia poi così vera – altrimenti, che bisogno ci sarebbe di proteggerla per legge?»<sup>28</sup>.

Insomma, la legge è un atto di *potere* ed è bene che la *verità* resti il più possibile lontana dal potere.

L'auspicio resta quello di sfrondare la verità da richiami retorici e da manifesti politici – pericolosi per la verità stessa e per il funzionamento della democrazia – traducendo, fin dove possibile, la verità, astratta, *irraggiungibile*, in categorie accessibili al giurista positivo, beni e interessi concreti. Soprattutto bilanciabili.

---

<sup>27</sup> V. FRONZA, *Il negazionismo di terza generazione...*, cit., spec. p. 335.

<sup>28</sup> In tal senso G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in «Pol. dir.», 2/2008, pp. 287 ss. spec. p. 305.

*Il “diritto alla verità” nel processo penale tra essere e dover essere*

SOMMARIO: 1. Il diritto alla verità nel processo penale – 2. Verità storica *vs.* verità processuale – 3. Il diritto fondamentale alla verità ‘per quello che è’: diritto alla punizione del colpevole – 4. Il diritto fondamentale alla verità ‘per quello che dovrebbe essere’: limite all’impunità arbitraria – 5. Conclusioni.

1. *Il diritto alla verità nel processo penale*

Un profilo di particolare interesse, nel trattare rapporti tra processo penale, verità e giustizia, è quello relativo alla possibilità di vantare e azionare un “diritto alla verità” - *rectius*: al “diritto fondamentale” alla verità - in relazione alla commissione di gravi crimini contro i diritti umani<sup>1</sup>.

Il *right to the truth* si va sempre più affermando sul piano del diritto internazionale dei diritti umani – già a partire dagli anni Settanta e fino

---

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, A. BOVINO, *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, in *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, a cura di D. Baigun, Editores del Puerto, Buenos Aires 2005, pp. 219 ss.; U. NEUMANN, *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, trad. di M. Hernández, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005; N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006; E. MACULAN, D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2013; J. MÉNDEZ, *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, in «La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales», 1997, pp. 517-540; J.A. SWEENEY, *The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence*, in «International and comparative law Quarterly», vol. 67, n. 2, 2018, pp. 353-387; R.G. CONTI, *Il diritto alla verità, fra amnistia, prescrizione e giurisprudenza nazionale della Corte edu e della Corte interamericana dei diritti umani*, in «Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto», XI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, Messina 10–11 settembre 2018, a cura di R. Romboli, A. Ruggeri, Torino, 2019, p. 237 ss., anche in «*Questione giustizia* on line», 2019, p. 432 ss.; F. GRAZIANI, A. ROTONDO, *Il right to the truth: un nuovo diritto emergente nel diritto internazionale?*, in «Biblioteca della libertà», vol. LV, n. 227, 2020, pp. 67-88; P. CAROLI, *Il diritto alla verità*, (in corso di pubblicazione).

al pieno riconoscimento nella Convenzione ONU per la protezione delle persone dalle sparizioni forzate del 2006<sup>2</sup> – e ha trovato altresì una specifica attuazione giurisdizionale soprattutto nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDU) (a partire, nel 2001, dalla dichiarazione di illegittimità delle legge peruviana di amnistia, nel *Barrios Altos*) nonché da parte di molte corti supreme dei Paesi sudamericani intervenute in relazione ai gravissimi crimini commessi - sparizioni forzate, esecuzioni sommarie, torture, rapimenti - dai regimi dittatoriali<sup>3</sup>.

Nella giurisprudenza della CIDU, peraltro, si assiste alla tendenza espansiva tipica dei diritti fondamentali<sup>4</sup>, essendo stato riconosciuto non solo il carattere sempre più assoluto del diritto alla verità – cioè la sua prevalenza rispetto a qualsiasi tipologia di atto legislativo che neutralizzasse l'accertamento processuale dei fatti, nonché rispetto alle tradizionali garanzie della legalità penale a tutela dell'imputato/reo –, ma persino la sua valenza rispetto a crimini meno gravi di quelli rispetto ai quali era stata originariamente riconosciuto (ad esempio, un caso argentino avente ad oggetto l'omicidio colposo e l'occultamento di cadavere commesso da soggetti appartenenti all'autorità pubblica di polizia<sup>5</sup>).

Gli assunti di fondo originari di tale giurisprudenza muovono, in estrema sintesi, dall'affermazione secondo cui l'accertamento della verità nel processo penale può costituire, in determinati contesti storici, un passaggio essenziale non solo per soddisfare i diritti fondamentali della

<sup>2</sup> GRAZIANI, ROTONDO, *Il right to the truth: un nuovo diritto emergente nel diritto internazionale?*, cit., p. 67 ss.

<sup>3</sup> *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di G. Fornasari-E. Fronza, Università degli Studi di Trento, Trento 2009 («Quaderni Dip. Scienze Giuridiche, 80»); *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina*, a cura di G. Fornasari-E. Fronza, Università degli Studi di Trento, Trento 2011, pp. 215 ss.; U. CELLI, *Il diritto alla verità nell'ottica del diritto internazionale: il caso brasiliano*, in «Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino», n. 6, 2017, pp. 205-216; D. BACIS, *Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San José de Costarica*, in «Dir. pubbl. comp. eur. (online)», n. 2, 2018, p. 596; J.L. GUZMAN DALBORA, *La giurisprudenza cilena di fronte ai crimini internazionali: come Giano Bifronte*, in *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni di diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina*, a cura di G. Fornasari, E. Fronza, trad. di E. Corn, Università degli Studi di Trento, Trento 2011, pp. 215-262.

<sup>4</sup> M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Il lato oscuro dei diritti umani. esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Carlos III University of Madrid, Madrid 2014.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 ottobre 2014, Funes, Gustavo Javier y otro, sulla quale si veda CAROLI, *Il diritto alla verità*, cit.

persona – vittime dei crimini e loro parenti – ma anche per attuare superiori e ineludibili istanze di giustizia collettiva. Tale verità assumerebbe un valore fondativo per ricostruire la democrazia sulle ceneri di regimi che si sono macchiati di gravissimi crimini contro i diritti umani.

Ora, è certamente condivisibile che il processo penale possa potenzialmente e in concreto costituire uno strumento funzionale a ridare dignità alle vittime, ma anche a contribuire alla costruzione di una verità storica e a far radicare i valori della democrazia e dello stato di diritto nel dibattito pubblico<sup>6</sup>. La ricostruzione dei fatti del passato all'interno del processo penale può infatti contribuire alla ricostruzione storica e può costituire un importante veicolo di restituzione della dignità nei confronti delle vittime e di ristabilimento della memoria collettiva. I fatti storici formalmente accertati e giuridicamente qualificati come “crimini” sanciscono definitivamente la responsabilità dei colpevoli, ne sacralizzano il risultato (la “sacralità del giudicato” con la sua intangibilità), lo sanciscono non solo nel diritto ma anche nella storia<sup>7</sup>.

L'interrogativo che tuttavia occorre porsi - sul piano strettamente giuridico - attiene al contenuto normativo e soprattutto alle implicazioni sistematiche, nel quadro dei diritti fondamentali, di un vero e proprio “diritto alla verità nel processo penale”, ovvero un diritto all'accertamento della responsabilità penale relativamente al compimento di gravi crimini.

Un diritto fondamentale che, nella sua dimensione sia individuale sia collettiva<sup>8</sup>, non tollera meccanismi giudiziari e decisioni politiche - espresse ovviamente attraverso regolari atti legislativi (nell'esperienza sudamericana, in particolare, sono state dichiarate illegittime le leggi di amnistia e provvedimenti di indulto adottati dopo la caduta dei regimi dittatoriali) - che in qualsiasi modo impediscano il raggiungimento di tale obiettivo. Un divieto assoluto di impunità.

<sup>6</sup> PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. Fronza, G. Fornasari, Università degli Studi di Trento, Trento 2009, p. 99 ss.; G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Giappichelli, Torino 2009.

<sup>7</sup> FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l'umanità: quale misura per l'incommensurabile?*, in «Leg. pen.», 28 maggio 2024, p. 3 s.

<sup>8</sup> V. ancora PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?* cit., p. 99 ss.; BACIS, *Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San José de Costarica*, cit., p. 596; CONTI, *Il diritto alla verità, fra amnistia, prescrizione e giurisprudenza nazionale della Corte edu e della Corte interamericana dei diritti umani*, cit., p. 432 ss.

## 2. *Verità storica vs. verità processuale*

Una riflessione sulla funzionalità del processo penale a realizzare il diritto alla verità richiede anzitutto di intendersi sul significato delle parole, *in primis* sulla “verità” che in questo contesto viene in gioco. L’interesse individuale (delle vittime e dei loro parenti) e collettivo (della società nel suo complesso) alla verità in quanto tale non può che guardare alla verità nella sua dimensione storica, quindi come un interesse ad un accertamento dei fatti che restituisca una memoria collettiva dei crimini commessi, la quale a sua volta funzioni come veicolo di soddisfazione delle vittime e di riappacificazione sociale, obiettivi che non possono non poggiare su una verità accertata, dichiarata e condivisa – e come monito per il futuro – affinché tali fatti non abbiano più a ripetersi.

In questo senso, la ricerca della verità è quindi strettamente legata alla creazione e al mantenimento della memoria (della tragicità del passato) nel presente e nel futuro. Tale tipo di accertamento – relativo quindi alla realtà storica dei fatti, anche in relazione all’attribuzione della responsabilità per la loro commissione – deve poter utilizzare tutti gli strumenti conoscitivi e di indagine che siano adeguati a tale scopo<sup>9</sup>.

In questa prospettiva, tuttavia, emerge l’insuperabile attrito con la funzionalità del sistema normativo della giustizia penale<sup>10</sup>. Le rigorose formalità che sono strutturalmente proprie della celebrazione del processo penale risultano infatti strumentali al raggiungimento del diverso obiettivo di accertamento di una “verità processuale”<sup>11</sup>; una verità - questo è il punto - che non è fine a sé stessa, ma è strettamente funzionale alla irrogazione di una sanzione penale in capo ai colpevoli. In seno al processo penale, la ricerca della verità ha un ruolo direttamente strumentale rispetto alla pena; non è la mèta da raggiungere, ma costituisce la necessaria tappa intermedia per giustificare l’inflizione di una pena.

Proprio in quanto strumentale alla penalità, il processo è sottoposto a vincoli e a formalismi che trovano la propria coerenza e giustificazione

---

<sup>9</sup> C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, ult. ed. Quodlibet, Macerata 2020; PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?* cit., p. 99 ss.

<sup>10</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 1966; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma 1989; GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit.

<sup>11</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Giuffrè, Milano 1939, vol. II, pp. 353-376; PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?* cit., p. 99 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma 2009.

sistematica solo se valutati nell’ottica delle garanzie dell’imputato e del reo (che della pena sono i destinatari)<sup>12</sup>.

Da ciò deriva la fondamentale implicazione di contenuto e significato: la verità processuale è una verità relativizzata, in quanto appunto funzionale ad uno scopo che solo mediatamente è quello della ricostruzione storica dei fatti e delle relative responsabilità.

Nell’ottica di (doverosa) ricostruzione della verità storica, nonché della pretesa individuale (da parte delle vittime) e collettiva (da parte della società) rispetto ad un suo puntuale accertamento, le rigide limitazioni epistemologiche si svuotano di ragionevolezza. Rispetto a tale differente obiettivo, infatti, non ci sono contro-interessi individuali che meritano tutela da parte dell’ordinamento giuridico e che impongono di sottoporre i meccanismi di accertamento della verità dei fatti al rispetto di quelle formalità e di quei vincoli che caratterizzano invece fundamentalmente l’amministrazione della giustizia penale.

Anche rispetto alle più pregnanti e pressanti istanze collettive di “verità e giustizia” il diritto penale non può abdicare al proprio ruolo di *magna carta* del reo, che è anche limite alle istanze punitive veicolate da pressioni sociali di giustizia.

Se si adotta il punto di vista delle vittime (ma anche quello della società, che con le vittime fundamentalmente solidarizza), infatti, istituti giuridici come la prescrizione del reato o i provvedimenti di amnistia, normalmente collegati a valutazioni politiche di “opportunità del punire” - raggruppati nella categoria dogmatica della “punibilità” del fatto<sup>13</sup> - perdono infatti ragion d’essere, anche quando la imprescrittibilità non sia espressamente prevista sul piano legislativo, presentandosi comunque come meri ostacoli giuridici (“lacci e laccioli”) che si frappongono immotivatamente all’obiettivo di accertamento della verità dei fatti e di condanna e punizione dei colpevoli.

Nella medesima prospettiva, d’altra parte, sarebbe funzionalmente censurabile persino il sistema delle nullità processuali, collegate ad esempio alle rigide formalità che dettano i termini temporali per lo svolgimento delle attività del rito e quelle che disciplinano le modalità di raccolta e di valutazione delle prove.

Ciò è del tutto coerente con l’idea della ricostruzione della “verità storica” dei crimini commessi che assurga ad essere considerata non come

<sup>12</sup> W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, Bologna 2009.

<sup>13</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2023<sup>12</sup>.



mezzo ma come scopo ultimo del processo; non solo come oggetto di accertamento (che costituisce il presupposto per l'irrogazione della pena), ma come fine in sé della giustizia penale. Come già detto, infatti, in questa prospettiva non esistono contro-interessi superiori da tutelare e che possono entrare in bilanciamento con le istanze individuali e collettive di accertamento della verità.

Sono infatti le garanzie poste a favore dell'imputato - da assicurare indipendentemente dalla sua responsabilità in concreto per i fatti oggetto di imputazione e dalla loro efferatezza (quindi indipendentemente dalla "verità storica" dei fatti) - che impongono la ritualità formalistica del processo, nonché gli eventuali limiti temporali, spaziali, personali all'applicazione della legge penale.

In questa prospettiva, i principi che definiscono il contenuto della "legalità" nel diritto e nel processo penale possono indubbiamente costituire ostacoli alla concreta attuazione di istanze di giustizia sostanziale, ma si tratta di limiti strutturali all'accertamento della verità all'interno del processo penale.

Breve: un diritto fondamentale alla "verità storica" avente ad oggetto fatti che pur integrino gravi crimini contro i diritti umani non può trovare effettiva e coerente realizzazione all'interno del processo penale. Il processo penale, in uno stato liberale di diritto, non è - e non può essere - luogo di accertamento di verità storiche a fini di soddisfazione delle vittime, di costruzione di memoria collettiva, di riappacificazione sociale, ma è luogo di accertamento di responsabilità individuali ai fini dell'eventuale irrogazione di una pena.

### *3. Il diritto fondamentale alla verità 'per quello che è': diritto alla punizione del colpevole*

Occorre allora guardare all'essenza del "diritto alla verità" riconosciuto nell'ambito dei processi per gravi violazioni dei diritti umani per quello che realmente è, quindi andando al di là delle argomentazioni retoriche che lo hanno messo lessicalmente al centro del dibattito sul ruolo giustizia penale nel diritto penale internazionale.

Alle spalle di tale suggestiva formulazione linguistica si nasconde invero una malcelata pretesa di punizione dei colpevoli, l'idea retributiva della "maestosità della pena" svincolata dagli scopi<sup>14</sup>, strumento impareggiabile

---

<sup>14</sup> R.A. DUFF, 'Retrieving Retributivism', in *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, a

di risoluzione della conflittualità sociale e di attuazione dell'ideale di giustizia.

Poco conta, in questa prospettiva, che si possa persino fare a meno della punizione in concreto, ovvero della dolorosa inflizione della sanzione punitiva in capo al colpevole (come nel caso dei *Juicios por la verdad* argentini, cioè processi penali instaurati allo scopo esclusivo di accertare la verità e affermare la responsabilità dei colpevoli<sup>15</sup>) o come nel caso di un giudizio che riconosceva il genocidio armeno<sup>16</sup>. La giustizia retributiva si realizza anche solo col sacralizzare l'accertamento della responsabilità penale, consegnando in questo modo alla storia lo stigma criminale sul colpevole. Essenziale risulta dunque essere, in questo contesto, la funzione eminentemente simbolica della giustizia penale, non a caso correlata ad una concezione strettamente retributiva della pena<sup>17</sup>.

Coerentemente con tale assunto, infatti, soluzioni alternative di gestione dei conflitti sociali aperti dai gravi crimini contro i diritti umani - ovvero soluzioni di tipo riparativo/restaurativo, che presuppongono una rinuncia ordinamentale all'accertamento ritualistico della responsabilità criminale - non trovano riconoscimento funzionale nella prospettiva del diritto fondamentale alla verità.

Si va insomma affermando l'idea che, in tali contesti, solo la punizione dei colpevoli realizza giuridicamente il diritto fondamentale alla verità e, correlativamente, che ogni forma di ricomposizione del conflitto alternativa a quella penale - attraverso strumenti normativi non solo di giustificazione, ma anche di clemenza e di perdono, che implicino la rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato<sup>18</sup> - integri una intollerabile forma di impunità.

---

cura di M.D. White, Oxford University Press, New York 2011, pp. 3-24; HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit.

<sup>15</sup> Su cui v. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, cit., p. 99 ss.; v. anche FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l'umanità*, cit., p. 6, che - richiamando M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles 2005 - sottolinea come l'interesse non tanto nel "dare la pena", quanto nel "dire la pena", quindi nella funzione meramente espressiva della sanzione penale.

<sup>16</sup> Cfr. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano 2012, p. 127 ss.

<sup>17</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1990, p. 430 ss.; più specificamente sul punto, FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l'umanità*, cit., p. 3 ss., che evidenzia altresì la inadeguatezza della pena *ex se* a soddisfare pienamente le istanze retributive rispetto a crimini gravissimi contro l'umanità.

<sup>18</sup> Sulla ragionevolezza politico-istituzionale di tali opzioni normative, cfr. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020.

Inquadrando quindi, più correttamente, il diritto alla verità come *Right to punishment*, come diritto alla punizione del colpevole<sup>19</sup>, si ripropone essenzialmente – *sous de faux prétextes* – l’annosa tematica degli obblighi costituzionali di tutela e della loro declinazione come vincoli di tutela penale<sup>20</sup>. Tale tematica si sta in tempi recenti riproponendo con vigore attraverso gli obblighi convenzionali di tutela dei diritti fondamentali, dai quali la Corte Europea dei Diritti Umani fa derivare specifici vincoli di criminalizzazione<sup>21</sup>. È del tutto evidente, d’altra parte, la stretta omogeneità funzionale tra diritto fondamentale alla verità e obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali<sup>22</sup>.

Il riconoscimento di obblighi assoluti impliciti di incriminazione – fatti gemmare da generici obblighi di tutela di beni giuridici presenti nella Costituzione o nella Convenzione Europea – si pone in contrasto con la concezione liberale della pena come *extrema ratio*, ovvero con il principio di sussidiarietà del diritto penale<sup>23</sup>. Il legislatore, in altre parole, deve essere sempre legittimato – in ciò sta la *ratio* più profonda del nostro principio costituzionale di “riserva di legge” in materia penale – a compiere scelte

<sup>19</sup> A. GIL GIL, *Sobre la satisfacciòn de la victima como fin de la pena*, in «InDret», n. 4, 2016, pp. 1 ss.; J.M. SILVA SANCHEZ, *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la victima al castigo del autor”*, in «Derecho Penal y Criminología», Vol. XXIX, n. 86-87, 2008, pp. 149-171; FORNASARI, *“Right to punishment” e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2023.

<sup>20</sup> D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1983, pp. 484 ss.

<sup>21</sup> F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Vita e Pensiero, Milano 2004; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano 2010, p. 247 ss.; S. MANACORDA, *“Dovere di Punire”? Gli obblighi di tutela penale nell’era dell’internazionalizzazione del diritto*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2012, pp. 1385 ss.; R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in «Dir. soc.», 2015, pp. 565-612.; G. ZICCARDI CAPALDO, *Giudice interno, reato di tortura e maltrattamenti: un nuovo approccio allo jus cogens human rights per contrastare l’impunità*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, a cura di Triggiani, vol. I, Cacucci, Bari 2017, p. 399.; M. SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Giappichelli, Torino 2017, pp. 463-501.

<sup>22</sup> R. CONTI, *Il diritto alla verità, fra amnistia, prescrizione e giurisprudenza nazionale della Corte edu e della Corte interamericana dei diritti umani*, cit., p. 432.

<sup>23</sup> G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2013, pp. 1654-1694; PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2018, p. 1447-1487.

generali di rinuncia alla pena, di utilizzo di modalità alternative di gestione della conflittualità e di tutela degli interessi in gioco.

Ciò è perfettamente coerente, d'altra parte, con le concezioni relative e teleologiche sulla funzione della pena, che in tale prospettiva si legittima solo in quanto orientata al possibile perseguimento di obiettivi di prevenzione generale o speciale. Una pena che non guarda solo al passato, ma anche e soprattutto al futuro<sup>24</sup>.

Solo una prospettiva rigidamente assiologica e retributiva, viceversa, vede nella punizione del colpevole un valore assoluto e irrinunciabile, indipendentemente da valutazioni concrete di funzionalità sociale e che tengano conto del *chilling effect*, degli effetti collaterali che una forzata criminalizzazione può determinare sul piano degli equilibri e della pace sociale. Ed infatti il diritto fondamentale alla verità, nell'assolutezza con il quale è stato riconosciuto nell'esperienza delle corti sudamericane, si oppone rigidamente ad un superamento del passato<sup>25</sup>, ad una costruzione della memoria collettiva e ad un tentativo di pacificazione sociale che siano attuati attraverso una giustizia di transizione che rinunci al processo penale e alla condanna dei colpevoli<sup>26</sup>.

Attraverso la retorica del diritto alla verità, e più in generale attraverso la forza espansiva dei diritti fondamentali, gli obblighi di criminalizzazione si stanno dunque riaffacciando con maggiore efficacia e persuasività negli ordinamenti giuridici. Ma al di là delle etichette, l'idea fondativa sottostante è quella retribuzionista: lo *slogan* di "verità e giustizia", utilizzato per contrastare anche nel dibattito pubblico le politiche di odiosa impunità, arriva a identificare l'ideale supremo di giustizia con la ineludibile punizione del colpevole (la giustizia si realizza con la pena, "giustizia è pena").

#### 4. Il diritto fondamentale alla verità 'per quello che dovrebbe essere': limite all'impunità arbitraria

È possibile, tuttavia, fare un uso del diritto alla verità - e dei diritti fondamentali in generale - in seno alla giustizia penale che non si ponga in tensione con i postulati del diritto penale liberale e con un'idea non strettamente retributiva della penalità.

<sup>24</sup> HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit.

<sup>25</sup> PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, cit., p. 99 ss.

<sup>26</sup> FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2013.

Guardando attentamente alla giurisprudenza della Corte Europea, si può osservare come il sistema degli obblighi positivi di tutela - sostanziali e processuali - si inserisca normalmente in un contesto di colpevole inerzia dell'apparato statale nel garantire una tutela effettiva ai diritti fondamentali che vengono di volta in volta in gioco<sup>27</sup>. Si tratta di situazioni in cui gli effetti di impunità derivano da comportamenti delle autorità statali riconducibili ad una ingiustificata tolleranza di condotte criminali, ad insabbiamenti o difetti nella conduzione delle indagini o nello svolgimento dei processi.

In sostanza, gli obblighi positivi si contrappongono agli abusi perpetrati dagli organi statali, quando arbitrariamente - ovvero senza una giustificazione funzionale e al di fuori di vincoli imposti dal rispetto di diritti fondamentali dell'imputato o del reo - omettono di garantire una effettiva tutela, anche per via punitiva, di diritti fondamentali dei cittadini.

Vero è che, accanto a violazioni contingenti degli obblighi di tutela penale - riscontrabili appunto quando lo strumento di tutela, sebbene previsto in astratto, non viene adeguatamente azionato nel caso concreto -, la Corte Europea censura anche violazioni strutturali, riferibili cioè a inadeguatezze od omissioni legislative rispetto all'obbligo positivo di predisporre adeguati strumenti di controllo penale<sup>28</sup>. In questa prospettiva, si afferma non solo l'obbligo per gli Stati di criminalizzare fatti che integrano gravi violazioni di diritti umani, ma anche, in sostanza, il divieto di vanificare tale obbligo attraverso la previsione legislativa di cause di giustificazione o di non punibilità, come la prescrizione o provvedimenti di clemenza quali grazia, indulto e amnistia.

Anche in questo caso, l'approccio della Corte Europea - analogamente a quello della Corte Interamericana rispetto al diritto alla verità - sembra scontare una deriva rigidamente retribuzionista, che vede nel processo e nella sanzione penale lo strumento insostituibile per realizzare l'obiettivo di tutela effettiva. Il valore della giustizia è indissolubilmente associato a quello della pena.

Sembra più coerente con la logica funzionale degli obblighi positivi di tutela nell'ordinamento convenzionale, tuttavia, associare anche il contenuto degli obblighi di criminalizzazione primaria (cioè 'in astratto') - analogamente a quanto avviene in relazione alle violazioni contingenti

---

<sup>27</sup> VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli 2011, pp. 2645-2704; SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?*, cit.

<sup>28</sup> VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, cit., p. 2696 ss.; SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?*, cit., pp. 463 ss.

(ovvero la criminalizzazione secondaria, o 'in concreto') - alla presenza di un abuso dello Stato, segnatamente in questo caso all'esercizio arbitrario del potere legislativo<sup>29</sup>. In altre parole, le norme penali "di favore" - cioè le previsioni legislative che determinano effetti di impunità agendo normalmente sul piano esterno della non-punibilità del crimine (come nel caso della prescrizione o dei provvedimenti di clemenza) - si dovrebbero esporre a censure di legittimità esclusivamente quando siano espressione arbitraria del potere di non punire; quando cioè si sostanzino in *escamotage* per l'aggiornamento dei vincoli di tutela punitiva, risolvendosi in odiosi privilegi nei confronti dei colpevoli.

Secondo questa logica, anche i provvedimenti legislativi di clemenza sarebbero censurabili solo nelle eccezionali ipotesi in cui la decisione politica di rinunciare alla pena sia espressione di un'irragionevole indulgenza. Una clemenza, quindi, strumentale solo a garantire l'impunità dei colpevoli, senza inserirsi in un contesto politico e istituzionale che offra soluzioni alternative per la gestione dei conflitti sociali eventualmente determinati dai crimini del passato.

## 5. Conclusioni

In conclusione e riassumendo. Il processo penale non può certo ospitare un diritto alla verità storica dei fatti, anche nei casi in cui essi integrino le più gravi violazioni dei diritti umani. Il diritto fondamentale alla verità, riconosciuto da alcune fonti del diritto internazionale e da alcune corti regionali dei diritti, è quindi declinabile, più realisticamente, come diritto alla punizione dei colpevoli, come diritto all'accertamento giudiziario della loro responsabilità penale, come diritto alla loro formale etichettatura criminale.

In questa prospettiva, tuttavia, la sanzione penale assume una funzione prettamente retributiva, imponendosi come veicolo esclusivo di realizzazione della Giustizia. Il diritto fondamentale alla verità/alla punizione si oppone rigidamente a forme alternative di risoluzione dei

<sup>29</sup> P.A. IBÁÑEZ, *¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del uso alternativo del derecho*, in «Jueces para la Democracia», n. 55, 2006, pp. 8-14, v. in generale V. MAIELLO, *Clemenza e diritto penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007; A. MELCHIONDA, *Il ruolo dell'amnistia nell'equilibrio costituzionale del sistema sanzionatorio penale*, in *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Futura Editrice, Roma 2018, p. 217-232.

conflitti sociali, fino a derogare, in alcuni casi, le garanzie della legalità penale a favore dell'imputato e del reo.

Una visione liberale e garantista del diritto alla verità nella giustizia penale, coerente con la concezione relativa e teleologica della pena, suggerisce invece di ricostruire tale diritto - oltre che come diritto a non subire intralci, ostacoli, insabbiamenti da parte delle autorità investigative e giudiziarie preposte all'accertamento processuale dei fatti - anche come limite alla possibilità del decisore politico statale di adottare atti legislativi che rappresentino forme di arbitraria impunità per i colpevoli. Il divieto di adottare atti di clemenza e cause non punibilità in generale, quale corollario del diritto alla verità, non assume pertanto carattere assoluto, ma trova riconoscimento solo rispetto a provvedimenti normativi privi di ragionevolezza politica nel contesto storico e sociale in cui si collocano.

## *Gli Autori*

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ è *Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Spagna) e *Doctor honoris causa* all'Università di Buenos Aires.

OLIMPIA BARRESI è *Assegnista di ricerca di Diritto penale* all'Università di Bologna.

MARIANO BERTELOTTI è *Profesor adjunto de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

JOHN A. CARLIN SÁNCHEZ è *Docente* all'Università di Buenos Aires.

ANTONIO CARRATTA è *Professore ordinario di Diritto processuale civile e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza* all'Università degli Studi Roma Tre.

GIULIA DE LIBERIS è *Dottoressa di ricerca di Diritto processuale penale* all'Università degli Studi di Teramo.

PABLO D. EIROA è *Profesor adjunto interino de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

GIULIO GAROFALO è *Assegnista di ricerca di Diritto processuale penale* all'Università degli Studi di Torino.

MARCOS GIAMPANI è *Docente* all'Università di Buenos Aires.

MARÍA ELENA GODOY BERROCAL è *Profesora adjunta interina de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

NICOLÁS GUZMÁN è *Profesor adjunto de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

LUIGI FERRAJOLI è *Professore emerito di Filosofia del diritto* all'Università degli Studi Roma Tre e *Doctor honoris causa* di numerose e prestigiose Università, in Argentina, Cile, Colombia, Ecuador, Messico, Perù, Spagna e Uruguay.



GIULIA FIORELLI è *Professoressa associata di Diritto processuale penale* all'Università degli Studi Roma Tre.

GABRIELE FORNASARI è *Professore ordinario di Diritto penale* all'Università degli Studi di Trento.

EMANUELA FRONZA è *Professoressa associata di Diritto penale* all'Università di Bologna.

MARTÍN D. HAISSINER è *Profesor adjunto interino de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

GAETANO INSOLERA è stato *Professore ordinario di Diritto penale* all'Università di Bologna.

DARIO IPPOLITO è *Professore ordinario di Filosofia del diritto* all'Università degli Studi Roma Tre.

FLORENCIA N. LEGUIZA è *Docente* all'Università di Buenos Aires.

LUCA LUPÁRIA DONATI è *Professore ordinario di Diritto processuale penale* all'Università degli Studi di Milano.

LUCA MARAFIOTI è *Professore ordinario di Diritto processuale penale* all'Università degli Studi Roma Tre.

STEFANIA PARISI è *Professoressa associata di Diritto costituzionale* all'Università Federico II di Napoli.

DANIEL R. PASTOR è *Profesor titular de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

MALENA PASTOR ZAMBONI è *Profesora adjunta interina de Derecho procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

MARCO PITTIRUTI è *Ricercatore di Diritto processuale penale* all'Università degli Studi di Teramo.

ANTONIO PUGLIESE è *Assegnista di ricerca di Diritto processuale penale* all'Università di Bologna.

MICAELA R. REDONDO è *Docente* all'Università di Buenos Aires.

GIORGIO RESTA è *Professore ordinario di Diritto privato comparato e Prorettore per il coordinamento delle attività di internazionalizzazione* all'Università degli Studi Roma Tre.

DANIEL RUBINOVICH è *Profesor adjunto interino de Derecho penal – Lavado de Activos* all'Università di Buenos Aires.

MARCO MARIA SCOLETTA è *Professore associato di Diritto penale* all'Università degli Studi di Milano.

CARLO SOTIS è *Professore ordinario di Diritto penale* all'Università degli Studi della Tuscia.

FEDERICO WAGNER è *Profesor adjunto de Derecho penal y procesal penal* all'Università di Buenos Aires.

**Il Volume raccoglie gli atti del Convegno “Verità e giustizia nel processo penale” organizzato dalle Università di Bologna, Buenos Aires e Roma Tre, nelle giornate del 18, 19 e 22 gennaio 2024, nell’ottica di promuovere un momento di confronto su un tema classico della riflessione giuridica e filosofica: il rapporto tra processo penale e verità. A tal fine, i contributi qui raccolti s’interrogano, in una prospettiva d’analisi comparata con il sistema argentino, sulle modalità attraverso le quali la verità deve essere ricercata e sui limiti che tale ricerca incontra nel processo penale.**

**Giulia Fiorelli** è professoressa associata di Diritto processuale penale presso l’Università degli Studi Roma Tre, dove insegna anche Diritto penitenziario. È autrice degli studi monografici *La declaratoria di immutatio veri nel processo penale* (Giappichelli 2018) e *L’imputazione latente* (Giappichelli 2016), nonché di numerose pubblicazioni scientifiche in tema di imputazione, cooperazione giudiziaria, esecuzione penale e Intelligenza artificiale.

**Emanuela Fronza** è professoressa associata di Diritto penale presso l’Alma Mater Studiorum - Università degli Studi di Bologna. Oltre a uno studio monografico sul reato di negazionismo storico, dal titolo *Memory and Punishment* (Asser Press - 2018), ha pubblicato diversi saggi e articoli sulla complessa relazione tra strumento penale e tutela della memoria e della verità. Da diversi anni intrattiene un dialogo con studiosi latinoamericani, da cui sono nati studi di diritto comparato pubblicati in Europa e in America Latina.

**Nicolás Guzmán** è profesor adjunto di Diritto penale e Procedura penale presso l’Università di Buenos Aires e di Crimini nei mercati finanziari presso l’Università di San Andrés. La sua attività di ricerca si è rivolta, di recente, al diritto probatorio nello Stato costituzionale di diritto. È autore di un libro intitolato *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica* (Ediciones Didot 2018), con prefazione del Prof. Luigi Ferrajoli, che è il risultato di una ricerca condotta sotto la sua direzione.

**Dario Ippolito** è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università degli Studi Roma Tre. Ha insegnato Storia delle dottrine politiche e Storia moderna all’Università degli Studi La Sapienza. Il suo ultimo libro, *Lo spirito del garantismo* (Donzelli 2021), è apparso in edizione spagnola (Trotta), portoghese (Tirant lo Blanc) e francese (École Normale Supérieure).

**Luca Marafioti** è professore ordinario di Diritto processuale penale presso l’Università degli Studi Roma Tre. È autore di numerose pubblicazioni, anche in lingua inglese e spagnola, su riviste, enciclopedie e volumi collettanei. Tra le sue opere monografiche, si segnalano *Selezione dei ricorsi e verifica d’inammissibilità* (Giappichelli 2004) e *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio* (Giappichelli 2000).