

Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio

di Vincenzo Garofoli

A tutt'oggi, una prassi consolidata utilizza indistintamente le espressioni "*presunzione d'innocenza*" e "*presunzione di non colpevolezza*", senza attribuire alle diverse formule significati particolari.

Quasi mai si fa menzione della formulazione positiva del principio, e cioè della "*non considerazione di colpevolezza*" (art. 27, comma 2 Cost.).

Per evitare incomprensioni, occorre procedere ad opportune ridefinizioni. Si danno due espressioni, *lato sensu* sinonime ("*presunzione d'innocenza*" e "*presunzione di non colpevolezza*").

Invero, la formula della "*presunzione d'innocenza*" rappresenta il principio nella sua sfera etica, di impatto esclusivamente ideologico, mentre la "*non considerazione di colpevolezza*" indica la regola costituzionale, la quale esplica la propria funzione sul terreno precipuamente esegetico, in quanto espressamente prevista a livello costituzionale.

È da questa necessaria distinzione che occorre partire per percepire la portata della disposizione normativa in questione sulle regole decisorie. La presunzione d'innocenza è il principio ideologico che ha ispirato il costituente nella redazione dell'art. 27, comma 2 Cost.; quest'ultima disposizione, invece, si pone in chiave esegetica di tutto l'apparato decisionale del processo penale, coinvolgendo tutti gli snodi decisionali in esso inclusi, dalle decisioni che involgono l'emissione di provvedimenti di carattere cautelare, sino alla decisione finale.

Non proprio principio, quindi, ma regola legale che funge da canone ermeneutico per l'interpretazione di tutte le norme che informano le fasi decisionali del processo penale.

È indubbio che il principio partecipi degli stessi connotati genetici della disposizione normativa; è anzi esso stesso norma, seppure con caratteristiche del tutto particolari. È altrettanto indubbio, però, che esso richieda al giurista un approccio diverso da quello consueto.

Sono i suoi tratti distintivi ad imporlo: pure essendo una disposizione, costituisce un qualcosa di diverso rispetto a quest'ultima: per essere rispetto ad essa un *prius* logico, innanzitutto e, soprattutto, perché al giurista chiede altro che il mero ricorso alle consuete tecniche interpretative.

Accogliere in un dato ordinamento il principio in questione significa ben altro, o comunque molto di più, che disegnare in certi termini "*la posizione dell'imputato rispetto all'accusa*" (Cass. pen., 27 luglio 1966, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1967, 300). Significa invece, e molto più impegnativamente, abbracciare una specifica visuale processuale ed insieme una filosofia politica, ove assume un ruolo centrale il rapporto tra individuo e potere.

Si coglie, così, lo stretto legame tra non considerazione di colpevolezza e metodo della giurisdizione (BOBBIO, prefazione a FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3^a ed., Roma-Bari, 1996, VIII). Non ha cittadinanza, il principio in parola, in un contesto di stampo autoritario o totalitario, ove cioè, si persegue massimamente la punizione di tutti i colpevoli, piuttosto che la tutela di tutti gli innocenti. Qualora - ed è opportuno ribadire la natura etica della scelta - si intraprenda

la via dello Stato di diritto, inteso come "*ordinamento in cui il potere pubblico, e specificamente quello penale, è rigidamente limitato e vincolato dalla legge sotto il profilo sostanziale e sotto quello processuale*" (FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 81); qualora la tutela dell'innocente sia sopra ogni cosa privilegiata, anche a costo dell'immunità di qualche colpevole, allora occorre partire proprio dal principio della non considerazione di colpevolezza per tracciare le linee guida di un processo penale in tale senso orientato. Chi non ha avuto timore di cimentarsi in questa impegnativa quanto nobile impresa, dalla Scuola Classica fino ai nostri giorni, ha elevato il principio in questione a postulato etico di riferimento, in quanto "*corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo*" (LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, 2^a ed., Firenze, 1899, 15; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 5).

La Costituzione repubblicana accoglie senza indugi il principio, rafforzandone in tal modo la legittimazione politica. È il nuovo contesto giuridico, oltre che politico, a giustificare una simile scelta: lo Stato costituzionale di diritto, nel quale anche il legislatore è sottoposto alla legge - quella costituzionale, appunto - si afferma sul precedente modello ottocentesco, e riconduce nell'alveo del diritto positivo quei canoni di giustizia e di ragione in precedenza esclusivo appannaggio del giusnaturalismo e ritenuti, pertanto, sottratti alla volontà creatrice dell'uomo. Al diritto "*per regole*" si sostituisce il "*diritto per principi*"; e la Costituzione, da parte sua, prende i tratti di un progetto insieme giuridico e politico, trasformando la politica stessa, diversamente che in passato, a strumento per l'attuazione del diritto.

Elevare un principio a dignità normativa equivale, cioè, a selezionarlo tra i vari esistenti, in virtù di una maggiore preferibilità etica. Ed è per questo che la scelta del Costituente di inserire tra le sue disposizioni il principio della non considerazione di colpevolezza sta inequivocabilmente a dimostrare il mutamento di rotta rispetto alla precedente ed autoritaria visione del sistema processuale e, soprattutto, un rinnovato equilibrio nei rapporti tra individuo ed autorità.

Cimentandosi con l'esegesi dell'art. 27, comma 2 Cost., occorre chiedersi se affermare che l'imputato "*non è considerato colpevole*", piuttosto che "*presunto innocente*" sia cosa diversa.

Il punto, evidentemente, è se il legislatore costituente abbia voluto accogliere intatto il principio della presunzione d'innocenza, oppure se, influenzato da tentativi decennali di dequalificazione, abbia voluto stemperarlo in una dizione decisamente più attenuata.

Ma qui si incontra un'ulteriore difficoltà interpretativa laddove si constati l'assoluta inidoneità di un'analisi che metta sullo stesso piano una proposizione giuridica quale la "*non considerazione di colpevolezza*", con un principio che è e resta la proiezione giuridica di un canone etico-politico, qual è la presunzione di innocenza (Cfr. CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 356).

A questo punto, un dubbio pervade questa analisi: l'oltre "*il ragionevole dubbio*" sancito dall'art. 533 c.p.p. (come modificato dalla legge n. 46 del 2006) è l'espressione diretta di adesione al principio di presunzione di innocenza o, *ex adverso*, è un'altra regola decisoria che si affianca a quella già contenuta nell'art. 27, comma 2 Cost., per cui si differenzia per il solo fatto di essere sancita in una legge ordinaria al cospetto di una disposizione di rango costituzionale?

Va rilevato, innanzi tutto, che la "*presunzione d'innocenza*" ha valore esclusivamente assiologico; la "*non considerazione di colpevolezza*" invece, esplica i suoi effetti sotto il profilo ermeneutico, fungendo da principio interpretativo della legislazione ordinaria.

Ciò non significa, peraltro, che una verifica sulla fungibilità delle due formulazioni - una giuridica, l'altra etica - sia inutile, tutt'altro: comprendere l'esatta dimensione esegetica del principio costituzionale ha inevitabili riflessi sull'interpretazione delle regole che governano la fase decisoria. Per cui conviene innanzitutto interpretare, attraverso l'analisi del linguaggio, l'art. 27, comma 2 Cost., per trarre dal significato ottenuto le dovute conseguenze operative nell'interpretazione delle regole legali decisorie contenute nel codice di rito. Prima ancora di stabilire se la formulazione contenuta nell'art. 27, comma 2 Cost. coincida pedissequamente con il canone etico-sociale della "presunzione di innocenza", è necessario interrogarsi circa la reale portata ermeneutica della non considerazione di colpevolezza.

Una "regola" si è detto, frutto dell'adesione dell'ordinamento giuridico al principio della presunzione di innocenza, ma non solo: da questa disposizione costituzionale se ne trae - in via interpretativa - una norma che ha il precipuo scopo di informare la lettura e l'applicazione di tutte le norme che riguardano le decisioni da adottare in seno al processo penale.

Un canone ermeneutico, insomma, alla stregua del quale interpretare le regole decisorie.

La Costituzione, nella sua formulazione, sancirebbe il divieto di considerare l'imputato colpevole prima della condanna definitiva, ma non lo presumerebbe innocente. Sicché, l'art. 27, comma 2 Cost. si limiterebbe ad asserire che durante il processo non esiste un colpevole ma solo un imputato. E' facile obiettare che tale conclusione risulta talmente scontata che rende inutile il suo inserimento nella Costituzione. È evidente, infatti, che durante il processo non può esistere un colpevole ma solo un "imputato", in quanto è funzione stessa del giudizio, attraverso la verifica della illiceità penalmente rilevante, verificare la colpevolezza.

Il Costituente, pertanto, non mirava ad immettere nell'ordinamento una garanzia attenuata, ma manifestava al contrario, la consapevolezza di quanto profondamente dovessero mutare, su quella spinta, i rapporti tra potere punitivo e diritti individuali nel sistema processuale penale. Di sicuro però, si è operata una scelta linguistica tecnicamente poco felice e generalmente ambigua.

Ma se ci si fermasse al dato costituzionale si rischierebbe di essere tacciati di miopia. Dall'opera del Costituente, si sono succeduti altri interventi normativi, per lo più tesi a ratificare accordi di diritto internazionale in cui si parla esplicitamente di *presunzione di innocenza*. Si ricordi, a mero titolo esemplificativo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo dove si ribadisce che: "*ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*" e, da ultimo, tale principio è stato recepito con la legge n. 232 del 1999 relativa alla ratifica ed esecuzione dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma nel luglio del 1998.

Ne deriva che, nonostante la diversità terminologica, va attribuito un identico valore fra presunzione d'innocenza espressa nelle norme internazionali e la non considerazione di colpevolezza cristallizzata nell'art. 27, comma 2 Cost.

Appare evidente, in un simile contesto, la centralità della presunzione di innocenza elevata a vero e proprio principio epistemologico: l'espressione "*non colpevole*" e

“*presunto innocente*” sono in un rapporto di sinonimia, con la conseguente fungibilità con le due formulazioni assunte in partenza. Non colpevole non inficia, in altre parole, l'intimo significato di innocente, ma ne attua semplicemente il significato senza alcuna implicazione concreta.

Per comprendere appieno la portata della norma contenuta nell'art. 27, comma 2 Cost., dunque, è di massima utilità l'interpretazione sistematica delle norme costituzionali che coinvolgono la giurisdizione penale come, del resto, autorevole dottrina aveva già anni addietro intuito. Ne emerge un modello sostanzialmente garantista: i suoi quattro assiomi di riferimento (*Nulla poena, nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione*) si ricavano agevolmente dalla lettura coordinata degli artt. 24, 25, 27, 101, 102, 104, 105, 111 e 112 Cost.; per cui, in un'ottica costituzionale, per processo “*giusto*” deve intendersi quella serie di attività compiute dal giudice terzo nelle forme previste dalla legge e dirette alla formulazione, in pubblico contraddittorio tra accusa e difesa, di un giudizio consistente nella verifica o falsificazione empirica di un'ipotesi accusatoria e nella conseguente condanna o assoluzione di un imputato.

Questo modello è fondato su precise premesse epistemologiche: il canone della legalità, innanzi tutto, per cui il processo penale non è esplicazione del principio di autorità, bensì la sintesi di valori condivisi nella società civile e che si esprimono attraverso la legge e, con pari dignità, il metodo della giurisdizione; se la norma sostanziale ha carattere costitutivo, nel modello garantista il giudizio penale ha carattere “ricognitivo” rispetto a quest'ultima.

Ma il carattere essenziale del modello garantista - recepito, è opportuno ribadirlo, nella nostra Costituzione - è nel concetto di verità che esso fa proprio: si tratta della verità che emerge dalle *forme* del procedimento probatorio e che, come tale, viene definita verità formale, “*che non pretende di essere la verità*” proprio perché debole come ogni fatto umano.

In aderenza alle più accreditate risultanze epistemologiche, anch'esso sposta l'accento dalla verità al rigore; ed eleva le regole procedurali da mere *condizioni di validità* delle decisioni giudiziarie, a vere e proprie *condizioni di verità* delle stesse.

Un processo penale garantisticamente concepito vive dunque nel ragionevole dubbio che l'approdo finale sia ineluttabilmente fallace (art. 533 c.pp.). È allora coerente che, quando il dubbio non sia già *in itinere* risolvibile, prevalga l'ipotesi più favorevole all'imputato (art. 530, comma 2 c.p.p.): perché da un lato e, a differenza di ogni altro tipo di indagine, l'accertamento giurisdizionale è obbligatorio e deve ad un certo punto concludersi; e dall'altro, perché “*l'errore giudiziario non è mai fecondo*”, essendo le sue conseguenze in gran parte irreparabili, specie se esso è compiuto a danno dell'imputato.

Cosicché, perde di ogni significato l'interrogativo circa la reale identità epistemologica della regola contenuta nell'art. 533 c.p.p., poiché la lettura sistematica delle norme che sono contenute nella Costituzione consente di affermare, con ragionevole certezza, la centralità della presunzione d'innocenza, elevata a vero e proprio principio epistemologico. La sua funzione è quella di minimizzare il rischio insito nell'accertamento, e di trasferirlo dall'imputato alla società.

In questa ottica, la norma contenuta nell'art. 27, comma 2 Cost., se da un lato costituisce una regola decisoria, dall'altro è qualcosa di più perché rappresenta il canone interpretativo cui deve informarsi l'interpretazione delle regole decisorie che trovano applicazione nel processo penale.

Dunque, nel nucleo centrale dei principi cui il nostro sistema processuale ha aderito nel delineare il quadro delle regole decisorie si collocano in modo eloquente, «*la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, l'enunciazione del principio in dubio pro reo, recepito dall'art. 530 commi 2 e 3 c.p.p.*» (STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 162) e, infine, la garanzia che «*tutte le compendia, dell'obbligo di motivazione e della giustificazione razionale della decisione, a norma dell'art. 111 comma 6 Cost. e 192 comma 1 c.p.p.*». Questi fondamentali principi, che secondo la giurisprudenza più illuminata «*si trovano in diretta ed essenziale correlazione con la regola della razionalità della decisione*», sono la diretta derivazione di quei «*valori potenti, messi irrimediabilmente in gioco dal processo penale*» che, secondo la migliore dottrina, devono rappresentare l'asse portante del sistema decisionale di ogni sistema processuale civilmente organizzato.

Per dare sostanza alla formula contenuta nell'art. 533 c.p.p., ove si enuncia esplicitamente la regola decisoria dell'oltre il ragionevole dubbio, è necessario ripensare alla logica argomentativa che governa le decisioni giudiziarie, muovendo da un dato difficilmente eludibile: il giudizio fondato sulle prove è *epistemologicamente incerto* e la categoria della "certezza" si addice ai ragionamenti di logica dimostrativa e non già argomentativa.

Lo si è detto più volte: il valore della certezza processuale, intesa come prevedibilità della decisione giudiziale attraverso regole processuali chiare e dall'interpretazione consolidata è cosa diversa dall' "*antropologica esigenza di dare certezza ai giudici*" con cui si aspira a qualificare come dimostrativo il ragionamento del giudice, ricorrendo alla figura del *sillogismo*.

Specie per quanto concerne il fatto, il sillogismo potrebbe funzionare solo a patto di rinvenire uno *standard* probatorio che, per legge, lo asseconi. Solo che in un sistema imperniato sul libero convincimento del giudice, che ha scardinato le prove legali, non è rintracciabile un paradigma probatorio che posseda, *more mathematico*, un valore definito.

Un dato appare incontrovertibile: ogni snodo decisionale del procedimento penale è intriso di incertezza. Ecco perché la decisione del giudice muove da un argomentare che è, essenzialmente, *induttivo-abduttivo*: si parte dal particolare per giungere ad un altro particolare, sfruttando regole di inferenza dotate di validità generale.

Dunque, occorre ripensare alla prevedibilità come corollario della certezza processuale: non come prevedibile individuazione della verità materiale, bensì come strumento per ridurre il più possibile il divario, mai riducibile a zero, tra ciò che è stato e ciò che viene accertato.

La decisione, quale epilogo del giudizio è, per definizione, incerta, ma questa incertezza, coniugata con l'irrazionalità delle regole che governano la fase decisionale del processo trasmette al tessuto sociale un significato di inidoneità che contribuisce a creare un clima di sfiducia nei confronti dell'istituto "processo penale".

Per scongiurare questi rischi, non bisogna però reclamare certezze probatorie che non esistono. Se la decisione del giudice si situa nel cono d'ombra della probabilità, si tratterà di appurare qual è il *grado di probabilità* che deve assistere l'ipotesi accusatoria, il suo livello di fondatezza: una valutazione, questa, che è direttamente correlata al piano delle informazioni di cui il giudice dispone.

Il sistema processuale, sia esso il più efficiente al mondo, non conosce congegni capaci di prefissare uno *standard* probatorio, estromettendo il giudice dal recarvi

qualsiasi apporto. Questa considerazione impone una prima ed importante regola decisoria: il rifiuto per il regime della prova legale e l'esaltazione del libero convincimento come strumento più efficace per garantire il più possibile l'adesione al principio della razionalità della decisione (NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 122).

Il principio del libero convincimento - l'esperienza lo insegna - assume sovente intonazioni soggettive, psicologiche. In questa versione, è l'arbitrio, l'*intime conviction* a dominare la fase decisionale. Si scopre, in questo senso, un libero convincimento forgiato sui canoni del "potere" che perde la sua valenza di principio ermeneutico cui conformare ogni snodo decisionale del processo, acuendo l'imprevedibilità della decisione.

Come si vede, la *versione soggettivistica* del libero convincimento fomenta un *irrazionalismo decisorio* che accentua la componente di incertezza fisiologicamente correlata al decidere.

Per scongiurare questa condizione di arbitrio va implementata, con forza, la *versione legale* del libero convincimento, in cui "*il giudice è libero nei limiti della legge*".

Lo *standard* probatorio della colpevolezza non può che essere unico e il giudice - e questa è l'esplicazione massima della certezza processuale - è soggetto alla legge, non alle sue intime convinzioni. Così come si richiede al legislatore di forgiare precetti determinati, che consentano di discernere il lecito dall'illecito, allo stesso modo e nella stessa ottica, non si può non esigere che le decisioni possiedano una significativa soglia di prevedibilità. Il punto di partenza, talvolta dimenticato, è che l'innocenza dell'imputato è già di suo plausibile: la legge la considera, sicché spetta all'accusa falsificarla.

La regola dell'"*oltre il ragionevole dubbio*" impone, per condannare, che lo *standard* di probabilità si proietti verso l'alto, sì da rendere "*fermamente credibile*" l'ipotesi di accusa. Credibilità che può reputarsi conseguita quando le prove dell'accusa coprono *tutti gli elementi costitutivi dell'illecito* e non risultano apprezzabilmente minate da controprove. L'insieme di questi requisiti non rende sufficiente che l'ipotesi accusatoria si dimostri semplicemente più probabile o più verosimile oppure preferibile rispetto a quella della difesa, perché magari si accorda meglio con i fatti.

La formula dell'oltre il ragionevole dubbio non è autoctona, ma è mutuata dal sistema anglosassone, tuttavia il suo innesto nel nostro sistema processuale appare più che fisiologico, giacché traduce in disposto applicativo il valore cogente della regola della non considerazione di colpevolezza dell'imputato sino alla condanna definitiva espressa nel capoverso dell'art. 27 Cost.

Dunque, con la riforma attuata dall'art. 5 della legge 46 del 2006, il giudice viene provato della possibilità di servirsi del libero convincimento come "grimaldello" da utilizzare al fine di incidere sulla formazione del giudizio nel e dal contraddittorio fra le parti. Ora, i canoni interpretativi con cui il giudice deve determinare il valore scientifico dell'impianto probatorio sono rappresentati non solo dall'art. 530 c.p.p. che si limita a stabilire i connotati necessari affinché una risultanza probatoria sia "valutata" come possibile fondamento della formazione della prova, ma anche dall'art. 533, il quale stabilisce lo standard qualitativi richiesti affinché un dato elemento probatorio sia

assunto, da solo o congiunto con altri, come prova della responsabilità penale dell'imputato.

In tale contesto, il secondo comma dell'art. 27 Cost. assegna all'imputato una posizione di vantaggio in quanto diversifica il cosiddetto "standard probatorio", cioè la quantità e la qualità della prova che ciascuna parte deve fornire al giudice per ottenere una pronuncia a sé favorevole. Quindi, mentre il pubblico ministero dovrà provare i fatti costitutivi del reato oltre il ragionevole dubbio, all'imputato basterà insinuare il dubbio circa l'esistenza di elementi impeditivi anche solo creando la situazione di incertezza necessaria a sostanziare il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato.

Da ciò diviene un vero e proprio cambiamento degli standard di identificazione della prova, ove per prova s'intende il dato, o l'insieme di dati probatori capaci di accertare la colpevolezza dell'imputato oltre il ragionevole dubbio, superando così la non considerazione di colpevolezza.

Alla luce di quanto detto, se prima era una questione meramente deontologica che il giudice si astrarre dall'intimo sentimento e si liberasse da meccanismi deduttivi propri della logica umana, così da fornire il giudizio di quel *vacuum* emotivo indefettibile affinché la sua imparzialità fosse garantita, con la disciplina di cui agli artt. 533 c.p.p e 27, comma 2, Cost. , il libero convincimento del giudice è limitato dalla "barriera" del superamento del ragionevole dubbio, il quale "rappresenta il giusto completamento gnoseologico o, meglio, lo strumento di più incisiva implementazione della non considerazione di colpevolezza".

Il pubblico ministero, quindi, ha l'onere di provare in modo pieno – cioè non mediante la presentazione di mere evidenze preponderanti – gli elementi costitutivi del reato, poiché un'eventuale attività probatoria incompleta condurrebbe all'assoluzione. In tale fattispecie, l'art. 27, comma 2, Cost. assegna all'imputato una posizione di vantaggio in quanto diversifica il cosiddetto "standard probatorio", cioè la quantità e la qualità della prova che ciascuna parte deve fornire al giudice per ottenere una pronuncia a sé favorevole; quindi, mentre il pubblico ministero dovrà provare i fatti costitutivi del reato oltre il ragionevole dubbio, all'imputato basterà insinuare il dubbio circa l'esistenza di elementi impeditivi, poiché, come già detto, anche solo creando la situazione di incertezza di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p., l'imputato guadagnerà l'assoluzione grazie alle regole dell'*in dubio pro reo* e della non considerazione di colpevolezza.

In questa ottica, una delle problematiche che fin dall'introduzione nel nostro sistema processuale penale ha limitato la portata attuativa della novella ispirata alla formula Bard è quella legata alla concretizzazione dei limiti fissati dalla norma decisoria da essa informata. Il parametro della ragionevolezza di per se non esprime un concetto determinato giacché la ragione e le certezze assolute non sono situazioni proprie del processo penale; di talché, l'attuazione della norma ha richiesto uno sforzo interpretativo quasi vicino all'estensione del suo stesso contenuto, quasi come se fosse l'esperienza dell'interprete, o peggio ancora l'esperienza comune, a dovere determinare i riscontri fattuali, o circostanziali e le istanze epistemologiche degli stessi, necessari a verificare il grado di veridicità dell'assunto.

In primis, si è cercato di risolvere la situazione di indeterminatezze mediante il recupero delle teorie statunitensi sulla probabilità matematica applicata alla teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche, ma l'evidente l'abilità del fondamento gnoseologico di tali metodiche di accertamento del fatto ha ben presto portato ad

un'ampia contestazioni di tali pratiche. Dunque, si cerca di implementare il vuoto dell'art. 533 c.p.p. mediante il contenuto dell'art. 530 c.p.p., mediante uno sforzo logico-interpretativo, si ritiene che il parametro della ragionevolezza sia riscontrabile nel superamento delle condizioni espresse dalla norma in cui è stato coniato il principio dell'*in dubio pro reo*; ma neanche tale orientamento sembra condivisibile il dato che ad esso consegue un'evidente svalutazione della portata del principio giacché mancherebbe comunque un parametro certo in funzione dal quale determinare se la prova è inesistente, insufficiente o contraddittoria.

A tal punto, è evidente la necessità di dare forma e valore al criterio della ragionevolezza a cui fa riferimento il 533 c.p.p. ed è evidente che la strada non può essere quella di costruire arzigogolanti fondamenti euristico-scientifici che assimilano la conoscenza processuale penale alle scienze tecniche o all'esperienza comune catalizzata mediante la persona del giudice; ma tutt'al più, occorre spostare l'attenzione dal *quomodo* all'*an* della disciplina per la valutazione della prova che diviene dall'obbligo del superamento del ragionevole dubbio nei casi di condanna dell'imputato.

Se, pertanto, come è stato precedentemente affermato, la ragione dell'introduzione dell'oltre il ragionevole dubbio è rinvenibile nella volontà di "civilizzare" il nostro sistema processuale, mediante una maggiore attuazione della regola della non considerazione di colpevolezza dall'imputato fino alla condanna definitiva, è proprio in quest'ultima che va ricercato il significato che il parametro della ragionevolezza esprime nel determinare il contenuto precettivo dell'art. 533 c.p.p.; infatti, al momento della valutazione dell'impianto probatorio, quando mancano pochi istanti allo scontro fra tesi e antitesi dimostrate dal e nel contraddittorio fra le parti, l'unica cosa assunta è che l'imputato non è considerato colpevole, dunque quasi come se la non considerazione di colpevolezza fosse un accertamento non definitivo sulla mancata declaratoria di responsabilità penale dell'imputato al vaglio del giudice di *seconde cure*: solo nuove giustificazioni – che poi acquisiranno il carattere formale delle motivazioni – supportate da un grado di credibilità maggiore rispetto al preassunto della non considerazione di colpevolezza potranno attribuire alla decisione del giudice il grado di certezza necessario a rendere la più remota possibilità l'eventualità che un innocente venga punito ingiustamente.

Nel caso O.J: Simpson, baluardo della cultura statunitense sulla regola del *beyond any reasonable doubt*, l'istruzione della Corte ai giurati specificava che "l'accusa ha l'onere di provare, al di là del ragionevole dubbio, ogni elemento del delitto, e di provare che l'imputato ne è l'autore. All'imputato non si chiede di provare la sua innocenza, o di provare che il reato è stato commesso da altri"; alla luce di quanto prospettato in questa sede sulla non considerazione di colpevolezza dell'imputato ex art. 27, comma 2, Cost. sembra che i postulati delle due regole siano pressoché identici, pur non essendo le stesse un *bis in idem*, ma l'una il completamento dell'altra.

Dunque, vi è la necessità che il livello di verosimiglianza si issi ad un *livello di elevata probabilità logica*, in modo tale che quel "non sempre accade" venga relegato nel novero delle ipotesi improbabili.

Dal punto di vista definitorio, l'espressione "libero convincimento del giudice" può essere resa fungibile con l'espressione "libera valutazione delle prove". Tuttavia, tale definizione rapportandola all'epoca contemporanea, non sembra essere del tutto adeguata, se si pensa che i sistemi processuali moderni non rinunciano a disciplinare il ragionamento probatorio che porta il giudice all'emanazione del provvedimento finale.

Certo, non si tratta di una disciplina così penetrante da svilire completamente il libero convincimento del giudice, bensì di un sistema di “cautele” che il legislatore apporta in *situazioni decisionali* definite “critiche”.

Si pensi alla valutazione delle dichiarazioni rese da coimputato o da imputato in un procedimento connesso: queste rappresentano delle situazioni decisionali “critiche” perché la fonte da cui proviene l’elemento di prova sul quale deve decidere l’organo giudicante è un soggetto non del tutto estraneo ai fatti della vicenda processuale. Di qui, l’esigenza, avvertita dal legislatore, di “cautelarsi” predisponendo una regola decisoria che impone al giudice di valutare tali elementi probatori “*unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità*” (art. 192, comma 3 ,c.p.p.).

Come detto, il cardine di riferimento del momento valutativo delle prove nel processo penale è il principio del libero convincimento del giudice, riesumato dalla scuola positiva nel periodo illuminista per contrapposizione allo spirito che dominava gli ordinamenti anteriori.

L’idea di fondo, in un processo inteso come dialettica delle parti, è quella del personale convincimento del giudice nell’attività valutativa della prova, che deve essere effettuata secondo i canoni della razionalità, senza che il giudice subisca pressioni esterne ed estranee, così da una parte si esclude qualsiasi predeterminazione “*legale del valore persuasivo delle prove*” e dall’altra, si vincola l’operato del giudice alla necessaria accettabilità razionale della decisione.

Nel sistema processuale penale non è prevista alcuna disposizione normativa, equivalente all’art. 116 c.p.c., che disciplini o anche solo enunci il principio del libero convincimento; sono rinvenibili, invece, nel codice solo vaghi riferimenti al principio in questione; è necessario comunque definirne i contorni per evitare che si passi dal libero convincimento al libero arbitrio.

La paura che il libero convincimento si trasformi in puro arbitrio e che si riaffacci lo spettro dello strapotere del giudice come nel vecchio codice del 1930, ha spinto il legislatore e la giurisprudenza a tentare di lasciare pochi spazi di libertà all’organo giudicante. Sarebbe, infatti, inverosimile prevedere la possibilità di un giusto processo lasciando al mero arbitrio del giudice il procedimento valutativo delle prove e quello decisorio (Per AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 325, sarebbe impossibile “*immaginare un sistema in cui il legislatore rinunci a disciplinare in qualche parte il fenomeno probatorio*”), ma a pensarci bene, è anche contraddittorio affermare il principio del libero convincimento del giudice e tradirlo nella regolamentazione pratica.

La prima regola decisoria, nella quale si disciplina il convincimento giudiziale, è data dall’art. 192 c.p.p. che recita testualmente: “*Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*”. Già dal primo comma si evince la volontà del legislatore di circoscrivere l’apprezzamento del giudice nel momento valutativo e di effettuare un “controllo” sul suo operato attraverso l’onere della motivazione.

L’intento di “contenere” l’opera interpretativa del magistrato si riflette non solo sull’ovvia possibilità di impugnazione, ma anche sugli altri divieti stabiliti dalla legge nell’ambito dell’operazione decisoria.

Lo stesso art. 192 c.p.p. prosegue limitando la portata dell’efficacia della prova “indiziaria”, sancendo che l’esistenza di un fatto non può essere desunto da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti ed aggiungendo che le dichiarazioni

rese dal coimputato del medesimo reato, o da persona imputata in un procedimento connesso, a norma dell'art. 12 c.p.p., devono essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

L'intento è quello di agganciare saldamente l'esplicarsi del principio del libero convincimento ad un ambito ben determinato: quello della valutazione delle prove, non senza corredarle, di talune regole integrative ed in qualche modo correttive, al di là del pure necessario raccordo con l'onere di motivazione.

L'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali (artt. 101, comma 2 e 111, comma 6 e 7 Cost., oltre che gli artt. 192 e 546 c.p.p.), la specificazione che la motivazione deve contenere l'indicazione delle prove poste alla base della decisione e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non ritiene attendibili le prove contrarie, così come stabilito dall'art. 546 c.p.p., indica la volontà del legislatore di sorvegliare l'operato dell'organo decidente, nei cui confronti, evidentemente, non nutre cieca fiducia, al fine di garantire che le decisioni siano adottate nel rispetto della legalità e secondo i "principi della logica" (CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1195). La motivazione diventa la linea di confine del libero convincimento e dovrebbe impedire al giudice di fuggire dalla propria razionalità.

Ne consegue che la valutazione delle prove deve essere un'attività legata ai principi della legalità e della razionalità, perché si deve esercitare su prove legittimamente acquisite; razionale perché il giudice è tenuto a utilizzare criteri di ragionevolezza.

Oltre all'obbligo di motivare in maniera precisa e puntuale le decisioni, il legislatore impone al giudice una serie di altre regole da seguire nell'*iter* valutativo delle prove; tali "indicazioni" normative, mostrando il percorso che il giudice è tenuto a seguire nel momento valutativo e quindi in quello decisorio, dovrebbero funzionare da "remora" contro possibili arbitrii e impegnare il giudice a riflettere sui contenuti del giudizio.

Il libero convincimento del giudice dovrebbe essere un convincimento vincolato al compendio probatorio e alle regole legislative scritte, oltre che a quelle non scritte. Si è osservato, però, che per quanto si possa indagare sui limiti posti al potere discrezionale del giudice nell'ambito della valutazione delle prove e per quanto si vogliano erigere "barricate" contro l'uso autoritario di tale potere, la realtà è diversa: il momento valutativo è un'area esclusiva del giudice, inaccessibile e ignota agli altri soggetti del processo e allo stesso legislatore. Una zona in cui oltre all'aspetto logico-razionale, convergono inevitabilmente, anche l'intuizione dell'interprete, le sue ideologie e i suoi valori sia di natura giuridica che extragiuridica.

L'obbligo di motivazione (art. 111, comma 6 Cost, ma anche l'art. 192, comma 1 c.p.p.), ponendo a carico del giudice il dovere di svelare il percorso logico seguito in ordine "ai risultati acquisiti e dei criteri adottati", riduce notevolmente la possibilità che la sentenza penale sia frutto di mero arbitrio. La motivazione è il luogo di incontro finale di alcune fra le maggiori garanzie poste a presidio dell'individuo: la non considerazione di colpevolezza, l'onere della prova a carico dell'accusa. In essa, facendo perno sui passaggi razionali di cui deve essere necessariamente dotata, si potrà capire in che misura le regole probatorie e le regole decisorie previste dall'ordinamento abbiano trovato applicazione nel ragionamento del giudice e quali percorsi epistemologici lo stesso abbia intrapreso per addivenire a tale decisione.