

CONVEGNI

MANFREDI BONTEMPELLI

Prova, verità e giudicato penale*

È inevitabile affermare un legame fra la prova penale e la verità, data la funzione attuativa del diritto sostanziale rivestita dal processo penale. La ricerca della verità si svolge in sede di valutazione probatoria, mettendo a confronto i fatti probatori con i fatti enunciati nell'imputazione. Conseguito con la valutazione un giudizio di esistenza di tali fatti, secondo un certo titolo logico (probabilità o certezza), subentra il momento della decisione. Qui il giudice applica una regola di "tutela politica della persona", quale è l'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1 c.p.p.). Alla luce della concezione di giudicato fatta propria dall'ordinamento penale, non si potrebbe peraltro ricavare dalla decisione un valore di verità circa le affermazioni di esistenza dei fatti.

Evidence, truth and criminal judgment

It is inevitable to affirm a link between criminal evidence and truth, given the implementation function of the substantive law covered by the criminal trial. The search for truth takes place during the evidential evaluation, comparing the evidentiary facts with the facts stated in the charge. After evaluation, a judgment of the existence of such facts, according to a certain logical title (probability or certainty), takes the moment of the decision. Here the judge applies a rule of "political protection of the person", which is beyond all reasonable doubt (art. 533 paragraph 1 of the criminal procedure code). In light of the conception of the res judicata adopted by the criminal law system, one could not, however, derive from the decision a value of truth regarding the statements of existence of the facts.

SOMMARIO: 1. Diritto penale, processo e verità. - 2. Certezza, scelta e decisione penale. - 3. Giudicato penale e verità. - 4. Relativismo della certezza e relativismo probatorio.

1. *Diritto penale, processo e verità.* La questione dell'esistenza o meno di un legame fra la prova penale e la verità è risolta per lo più in senso positivo dagli studiosi che si sono occupati dell'argomento, nonostante non vi sia, come punto di partenza, una comune concezione della prova penale e della verità¹. Metodologicamente, il rapporto tra prova penale e verità può essere sondato, non in astratto, impiegando le categorie della logica, ma in concreto, in base ai dati di diritto positivo contenuti nel c.p.p. del 1988. Inoltre, se si assume questa prospettiva, appare indispensabile vagliare tale rapporto anche alla luce della concezione del giudicato penale delineata dall'ordinamento. Tema non semplice, perché il giudicato penale, come è noto, potrebbe

* Testo dell'intervento al Convegno dal titolo "Riflessioni con Jordi Ferrer Bertrán su prova, verità e processo", tenuto nell'Università degli Studi di Milano, il 21 gennaio 2020.

¹ Quanto alla difficoltà di comprensione insita nel concetto stesso di "prova penale", cfr. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale. Trattato*, diretto da GAITO, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, 96.

essere inteso, in astratto, come strumento pratico escogitato per preservare la certezza in senso puramente soggettivo, per evitare in ultima analisi la figura dell'«eterno giudicabile»², oppure come strumento logico necessario per garantire la certezza in senso oggettivo, intesa come coerenza fra le decisioni sul piano logico-conoscitivo.

Il riferimento alla verità allude ovviamente alla riflessione sullo scopo del processo penale, e quindi del giudizio che si compie nel processo attraverso la prova concepita come mezzo per giudicare, e come giudizio essa stessa secondo l'impostazione carneluttiana³. Rientra pertanto fra i compiti della scienza del processo penale sondare il nesso che esiste fra il giudizio, il processo e la verità⁴, come dimostra il risalente e celebre saggio in cui Capograssi, dopo essersi soffermato sulla funzione critica della scienza del diritto, di rielaborazione del «nuovo» rispetto alle «permanenti strutture dell'esperienza giuridica»⁵, prendeva in considerazione il ruolo del processo, ritenendo che fosse «alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità»⁶.

«Questo è chiaro», proseguiva l'insigne filosofo, «ma bisogna rendersi conto di quello che, effettivamente meditato sino in fondo, questo significa. Significa che il processo suppone la verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità. Perciò si fa la ricerca, per trovare la verità, per vedere le cose come sono andate, il fatto per quello che è, la volontà della legge per quello

² Per un recente spunto, v. CORSO, *Limiti ed opportunità del «divieto di un secondo giudizio» in materia penale-tributaria*, in *Corr. trib.*, 2013, 716.

³ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1946, 217; *La prova civile*, II ediz., Roma, 1947, 67; *Torniamo al «giudizio»*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 165; *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, ivi, 1956, I, 100; *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 130; *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 163.

⁴ Per la prospettiva processuale civile v., ad es., TARUFFO, *Fatto, prova e verità*, in *Criminalia*, 2009, 314.

⁵ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere giuridiche*, vol. V, Milano, 1959, 72. Merita un richiamo esteso del passo: «In questo mondo in cui il nuovo rischia di sopprimere l'umano, la scienza del diritto, oltre le altre forze che difendono lo spirito, è anch'essa e soprattutto essa, che sottoponendo a elaborazione il nuovo, ripensando giuridicamente il nuovo, deve riportarlo a quelle che sono le certezze essenziali e le permanenti strutture dell'esperienza giuridica. Proprio in queste epoche in cui l'incertezza coglie proprio l'essenziale, la funzione della scienza del diritto, come consapevolezza critica dell'esperienza giuridica, appare nella maniera più manifesta. Cogliere e quindi registrare ed elaborare il nuovo, perché il nuovo è la vita, ma non farsi assorbire dal nuovo, rimanere veramente coscienza e pensiero, e cioè riportare il nuovo all'eterno fondamento umano che non cambia, appunto perché il nuovo per essere vita umana deve fondarsi su questo fondamento: questa è più che mai la funzione della scienza del diritto».

⁶ CAPOGRASSI, *op. cit.*, 73.

che è: e ciò suppone una cosa molto semplice, che quello che è bisogna riconoscerlo, e che riconoscerlo è il dovere e la regola fondamentale della vita, per orientare organizzare aiutare la vita a essere sé stessa. Se non si suppone questa cosa così semplice, il processo non ha senso»⁷. Insomma, una “ricerca” della verità che preesisterebbe al processo e, quindi, riguarderebbe fatti esistenti nella realtà, secondo la tesi di Capograssi.

Si tratta di una ricostruzione difficilmente contestabile, data la funzione attuativa del diritto sostanziale rivestita dal processo penale, il caratteristico vincolo fra i due rami dell’ordinamento giuridico, sulla linea logica della strumentalità del diritto processuale rispetto al diritto penale⁸. È ben noto come, ancor più in campo penalistico, «ogni fatto giuridico sostanziale filtra attraverso il tramite del giudizio e conti soltanto nella misura in cui ne è stata assodata l’esistenza» a mezzo dell’accertamento giudiziale⁹. Il che impone al processo di accertare l’“esistenza” dei “fatti”, secondo la formulazione dell’art. 192 comma 2 c.p.p.¹⁰, o in altri termini se sia vera l’affermazione di esistenza dei fatti¹¹, poiché da essa dipende l’applicazione della legge sostanziale.

Coglie pertanto nel segno la tesi secondo cui «l’accertamento della verità non è [...], in sé e per sé, il fine ultimo del processo, ma il presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto»¹². Infatti, secondo la concezione che appare più rigorosa, l’oggetto di accertamento nel processo penale non è costituito da una fattispecie, ma da una situazione giuridica soggettiva (sostanziale) di dovere (il dovere di punire), di cui è centro di imputazione il giudice¹³: afferma un’autorevole

⁷ CAPOGRASSI, *op. cit. loc. ult. cit.*

⁸ Cfr., ad es., FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, III ediz., Bologna, 2012, 21.

⁹ CORDERO, *Contributo allo studio dell’annistia nel processo*, Milano, 1957, 37; DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 6 e nt. 3: «La strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale riceve in campo penalistico una particolare accentuazione, perché in esso, a differenza che nel diritto privato, non può darsi nessuna vicenda giuridicamente apprezzabile se non nella prospettiva del processo».

¹⁰ Sottolinea il dato normativo, CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 619.

¹¹ UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Milano, 2010, 171. V. anche TARUFFO, *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di TARUFFO, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2012, 3. Adottano una concezione della verità come corrispondenza ai fatti reali, ad es., FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ediz., Torino, 2017, 24; CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., 618 ss.

¹² UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 7.

¹³ CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 149.

dottrina che «lo scopo normale del processo penale è quello di stabilire se un individuo deve essere condannato o assolto, non di verificare se è accaduto o non è accaduto un reato»¹⁴.

2. *Certezza, scelta e decisione penale*. In base alla stessa ricostruzione di Capograssi, la verità in questione non è tuttavia da concepire «in astratto, come una astratta meditazione logica», ma come «verità in concreto nei singoli casi concreti»¹⁵. Dovrebbe infatti considerarsi «la estrema puntualità» e «dell'azione concreta, che è l'oggetto del giudicare», e «del giudicare stesso del giudice, nel senso che nell'accogliere il dubbio o nell'eliminarlo, nel dar fede a questo o a quell'aspetto, a questa o a quella parola, a questa o a quella circostanza, nel sentirsi nello stato di certezza morale o nel non sentirsi, c'è qualche cosa che è veramente una *scelta*»¹⁶.

Sono in gioco, come si vede, due momenti da distinguere, vale a dire, in primo luogo, il momento della «ricerca della verità», che, quanto al processo penale, è effettuata accertando se siano esistenti i fatti enunciati nell'imputazione¹⁷. Ciò avviene, in sede di valutazione, mettendo a confronto (le affermazioni su) tali fatti con (le affermazioni riguardanti) i fatti probatori¹⁸, vale a dire il *thema probandum* con la «dimostrazione positiva o negativa» del *thema probans*¹⁹. Ad esempio, la dimostrazione della presenza dell'imputato sulla scena del crimine, desunta dalle tracce ematiche certamente attribuibili all'imputato (precisione dell'indizio *ex art. 192 comma 1 c.p.p.*) e univocamente dimostrative della sua presenza al momento del fatto in

¹⁴ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 176-177: «più esattamente l'accertamento della fattispecie costituisce il presupposto necessario per il prodursi dell'effetto giuridico e non può esaurire il contenuto della sentenza».

¹⁵ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 73.

¹⁶ CAPOGRASSI, *op. cit.*, 64 (corsivo aggiunto). Per il funzionamento dei giudizi di valore nell'accertamento del fatto, v. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, rist. inalt., Milano, 1976, 135 ss.

¹⁷ O «ricostruendo» correttamente i fatti, secondo l'impostazione di UBERTIS, *Fatto, prova e verità*, cit., 172, il quale afferma che «la "ricostruzione" del fatto conseguita attraverso le prove (e conformemente alle regole che le disciplinano) rappresenta [...] una prospettiva gnoseologica alternativa a quella dell'"accertamento", giacchè con essa si intende negare la possibilità che la conoscenza si risolva in una semplice constatazione di "ciò che è senz'altro"». Cfr. anche FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 17-19.

¹⁸ Cioè rapportando le «proposizioni probatorie» alla «proposizione da provare», dato il carattere della prova «necessariamente proposizionale»: FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 28.

¹⁹ DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, in DOMINIONI e altri, *Procedura penale*, VII ediz., Torino, 2019, 264: «Si parla di *thema probans* perché la sua dimostrazione positiva o negativa dovrà poi essere messa a confronto, in sede di valutazione, con l'oggetto dell'imputazione (*thema probandum*) per concludere se questo sia stato o no confermato».

mancanza di spiegazioni alternative (gravità dell'indizio), unitamente alle dichiarazioni di un testimone oculare circa la presenza dell'imputato sulla scena del crimine subito prima del fatto (indizio concordante). In secondo luogo, conseguito con la valutazione della prova un giudizio di esistenza del fatto enunciato nell'imputazione (nell'esempio, la materiale commissione dell'omicidio da parte dell'imputato), secondo un certo titolo logico (di probabilità o certezza), subentra il momento della decisione in cui i giudizi probatori sono «da misurare con la regola legale di decisione per stabilire se il fatto debba o no affermarsi esistente e realizzato dall'imputato e, in sede di giudizio giuridico, con la fattispecie legale di reato per stabilire se ne siano integrati tutti gli estremi»²⁰.

È appunto nel momento della decisione che si concretizza la scelta del giudice²¹. Qui, si afferma in dottrina, «il giudice è chiamato a compiere una scelta tra due opposte serie di probabilità [...] in quanto la persuasione che l'avverarsi di un fatto è più probabile dell'avverarsi di un altro fatto, non esclude ma anzi presuppone l'ipotesi opposta. L'incontro non può avvenire se non al limite, per usare un'espressione dei matematici, cioè a quel punto indecomprimibile in cui il giudice è costretto a comporre una scelta a favore di questo o di quell'ordine di ipotesi contrastanti»²². Si potrebbe peraltro trattare della scelta fra ipotesi storiche egualmente probabili, in base ai giudizi probatori effettuati nella fase della valutazione. E si potrebbe trattare di una scelta concernente giudizi di diritto, invece che giudizi di fatto²³. Ecco spiegato il «travaglio di mente e di animo» che caratterizza il giudizio del giudice, «proprio perché gli uomini sentono questa legge si potrebbe dire della verità, che deve essere riconosciuta qualunque siano le nostre volontà le nostre vedute i nostri interessi, e che la giustizia nasce dalla verità così riconosciuta»²⁴.

²⁰ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 322.

²¹ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, loc. cit.: «Questa scelta, che è veramente inerente alla più secreta personalità del giudice, si incontra con l'azione anch'essa assolutamente puntuale, e tutto finisce in qualche cosa di unico che è appunto l'atto finale di opzione, quel *decidere* che è veramente la fine del dubbio, il non ricercare più, il quietarsi» (corsivo aggiunto). Cfr. UBERTIS, *Il processo come scelta: il giudice*, in *Argomenti di procedura penale*, vol. IV, Milano, 2016, 155 ss.

²² DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 60-61. Cfr. anche DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1261.

²³ Secondo alcuni A., anche al giudizio di valore giuridico sarebbero applicabili le categorie del vero e del falso. V., ad es., FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 337.

²⁴ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 74.

Inoltre, nella fase della decisione cambia la disciplina normativa di riferimento, che non ha più lo scopo di assicurare la razionalità del giudizio, come in sede di valutazione effettuata secondo il “libero convincimento”²⁵, ma ha una valenza «di tutela “politica” della persona rispetto all’ autorità»²⁶, «e viene effettuata con riguardo ai valori in gioco in ciascun processo»²⁷. Si può dire, pertanto, che la decisione “nasce” dalla verità, in quanto è basata su di essa, o per meglio dire sulla certezza del giudizio storico che la sorregge²⁸ (quantomeno in caso di condanna)²⁹. Data la regola legale della decisione (l’ “oltre ogni ragionevole dubbio” di cui all’ art. 533 c.p.p.)³⁰, soltanto un giudizio caratterizzato dal titolo logico della certezza (e non della probabilità)³¹ consente di stabilire la fondatezza dell’ imputazione e di dichiarare l’ imputato colpevole³².

In pratica, la prova della verità (delle affermazioni di esistenza) dei fatti (ad esempio, della presenza dell’ imputato di omicidio sulla scena del crimine) fornisce la certezza circa l’ esistenza del fatto enunciato nell’ imputazione

²⁵ FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, trad. it., Milano, 2012, 33, che ravvisa nella valutazione della prova «il momento della razionalità» (corsivo nel testo). È il campo della epistemologia giudiziaria, che ha per oggetto, secondo la definizione di UBERTIS, *Il processo come scelta*, cit., 181, «i criteri e gli strumenti usati dal giudice per conseguire l’ acquisizione - e quindi provvedere alla valutazione (le cui cadenze diventano pure oggetto di studio epistemologico) - del materiale fattuale, sulla cui base compiere le scelte decisorie». Cfr. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.

²⁶ DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., 351.

²⁷ FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., 35, parlando di scelta «specificamente giuridica» della regola di decisione.

²⁸ Sui due profili, v. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., 622 ss.

²⁹ Infatti, il tema da dimostrare nel processo penale è la colpevolezza dell’ imputato, e non la sua innocenza: v., ad es., FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 5. «Perché l’ imputato sia assolto, non occorre, invece, che i fatti posti a fondamento dell’ accusa si siano rivelati insistenti, né che sia emersa la verità delle proposizioni corrispondenti alle formule legali di cui all’ art. 530 comma 1 c.p.p. Nel dichiarare che ‘il fatto non sussiste’ o che l’ imputato ‘non lo ha commesso’, il giudice è autorizzato dalla legge ad argomentare *ad ignorantiam*, cioè, in definitiva, a mentire»: CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., 611. Ciò, peraltro, «non esclude che l’ innocenza possa occasionalmente riuscire provata nella sentenza»: FERRUA, *op. ult. cit.*, 6.

³⁰ Essa viene applicata «solo *dopo* l’ applicazione delle regole valutative che consentono di pervenire (eventualmente) a una ricostruzione del fatto sfavorevole all’ imputato»: UBERTIS, *Fatto, prova e verità*, cit., 179 (corsivo aggiunto).

³¹ Bisogna, infatti, muovere «dall’ analisi dei profili logici dell’ attività processuale e di come l’ affermazione del fatto posto a carico dell’ imputato passi progressivamente, mediante le continue verificazioni che si compiono, dallo stato di ipoteticità a quello della certezza»: DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 109. CARNELUTTI, *Cenni sull’ imputazione penale*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1959, 168; CORDERO, (voce) *Giudizio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 508, che sottolinea come il ciclo del processo si svolga «attraverso i tre poli di un giudizio storico formulato nelle spoglie successive d’ una pura e semplice affermazione, di un’ ipotesi enunciata in termini di probabilità e, infine, d’ una professione di certezza».

³² Cfr. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, cit., 279.

(della commissione materiale del fatto di omicidio da parte dell'imputato), che è richiesta ai fini della decisione di condanna, la "verità" di cui ha bisogno il giudice per condannare. Mentre ai fini del rinvio a giudizio, ovvero dell'emissione di una misura cautelare personale, non è richiesta «un'affermazione categorica di esistenza del fatto», ma un giudizio di probabilità³³, un giudizio prognostico, invece che diagnostico. Senza escludere, peraltro, che i fatti debbano essere affermati come esistenti, attraverso la valutazione probatoria, anche ai fini di svolgere tale giudizio prognostico.

Tuttavia, non si potrebbe ulteriormente sostenere che la decisione penale sprigioni un valore di certezza o verità attinente al giudizio di esistenza dei fatti. Va infatti chiarito in quali termini la decisione penale, oltre ad essere basata sulla verità del giudizio storico, sia "portatrice" di verità, nella realtà giuridica, dopo il giudicato.

3. *Giudicato penale e verità.* È inevitabile riflettere sul ruolo del giudicato, quando si analizza il rapporto fra prova, verità e processo penale, dato il nesso di strumentalità fra diritto sostanziale e processo, cui si è già accennato. Infatti, è corretto sostenere che il processo penale faccia da tramite per l'attuazione concreta del diritto penale o, più precisamente, che l'inizio dell'azione penale costituisca il tramite con cui il processo introduce il diritto penale sostanziale nella vita dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, sarebbe più appropriato dire che l'azione fa da anello di congiunzione fra il diritto materiale e la sua attuazione attraverso il giudicato, e non solo attraverso il processo, in quanto, senza il giudicato (che è l'esito tipico, ma non necessario del processo penale)³⁴, non vi è alcuna operatività concreta del diritto sostanziale. Dunque, è vero che l'esercizio dell'azione è il "presupposto" per concretizzare il diritto penale. Si tratta, però, di un presupposto necessario, ma non sufficiente ai suddetti fini, dipendendo il risultato dal traguardo del giudicato³⁵.

È pertanto lo stesso giudicato penale (e non solo il processo) ad essere "bisognoso" della verità, in quanto su di essa riposa l'attuazione del diritto sostanziale. Ciò è diverso dall'affermare che il giudicato penale diffonda un

³³ V., ad es., DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da AMODIO e DOMINIONI, vol. III, parte II, Milano, 1990, 5.

³⁴ Potrebbe essere assunto un provvedimento terminativo del processo inidoneo a passare in giudicato. Si pensi all'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero in caso di accertamento della diversità del fatto ex art. 521 comma 2 c.p.p.

³⁵ Per ulteriori considerazioni, BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, Milano, 2017, 92 ss.

valore di verità circa le affermazioni di esistenza dei fatti, contenute nella motivazione della sentenza, che supportano sul piano logico la pronuncia irrevocabile.

Nell'ambito del processo penale, un valore di verità (o validità *erga omnes*) può semmai essere attribuito soltanto al comando della sentenza, e non al suo contenuto di accertamento, come si desume dalla teoria dei limiti soggettivi della cosa giudicata penale, elaborata dalla dottrina nel vigore del c.p.p. del 1930³⁶, ma riproponibile nell'attuale sistema alla luce dell'art. 649 c.p.p.³⁷. Poiché l'effetto tipico del giudicato penale consiste nel *ne bis in idem* previsto dal menzionato art., e quindi nessun giudice penale può essere vincolato dal giudizio storico compiuto da altro giudice penale, e a maggior ragione dalla valutazione delle prove acquisite in altro processo³⁸, risulterebbe tuttora «erronea» l'«impostazione metodologica» che, come ricorda la suddetta dottrina, «ha portato [...] a concepire la decisione giudiziale quale espressione di un sillogismo, considerato non solo come strumento di deduzione, ma anche di acquisizione della verità: la necessaria verità della conclusione, cui il giudicato conferisce il suggello della immutabilità, si ripercuote, attraverso una singolare inversione dei termini del meccanismo sillogistico, sulla premessa minore e porta a ritenere veri i fatti accertati dal giudice nel corso dell'*iter* decisorio»³⁹. «Al punto pregiudizialmente deciso, secondo questa concezione», prosegue la dottrina in discorso, «viene attribuita una intrinseca attendibilità per cui, *una volta intervenuto il giudicato, il giudizio storico si trasforma in un giudizio di verità, destinato a valere indiscutibilmente in altri processi*»⁴⁰.

Il principio della limitazione soggettiva della cosa giudicata penale scaturisce dalla funzione dell'istituto, che è quella di evitare soltanto i conflitti pratici di giudicati (basati sull'incompatibilità pratica dei comandi), e non anche i conflitti logici (basati sull'inconciliabilità logica degli accertamenti)⁴¹. Come è noto, i conflitti teorici si hanno, secondo il disposto dell'art. 629 lett. a) c.p.p., quando «i *fatti stabiliti* a fondamento della sentenza o del decreto penale di

³⁶ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit.

³⁷ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XII ediz., Torino, 2017, 811 ss.

³⁸ Nessun vincolo è prodotto dalle prove assunte in altro processo, qualora vengano acquisite ai sensi dell'art. 238 c.p.p., né dalla sentenza utilizzabile come mezzo probatorio a norma dell'art. 238-bis c.p.p. Sul punto v., ampiamente, IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002.

³⁹ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 15.

⁴⁰ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 15-16 (corsivo aggiunto).

⁴¹ Cfr., di recente, LOZZI, *Ne bis in idem e riapertura delle indagini*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di BARGIS, Milano, 2013, 9.

condanna” non si conciliano “con quelli *stabiliti* in un’altra sentenza irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale”, e sono rimediabili attraverso l’istituto della revisione (peraltro non in modo automatico, ma prevedendo un riesame nel merito)⁴². Senonchè, i conflitti logici possono restare insoluti, dal momento che il giudice della revisione potrebbe accertare l’infondatezza del giudizio di fatto contenuto nella sentenza di assoluzione (inattaccabile) e la fondatezza del giudizio di fatto contenuto in quella di condanna⁴³. In tal caso, l’errore sarebbe irrimediabile e nell’ordinamento coesisterebbero due decisioni logicamente incompatibili («ad esempio uno stesso fatto è considerato come esistente da una sentenza e come inesistente da un’altra»)⁴⁴.

È appena il caso di ricordare che, nell’ipotesi di conflitto pratico di giudicati (situazione in cui non si saprebbe a quale pronuncia *in idem* dare esecuzione), è invece previsto un meccanismo (repressivo) di caducazione automatica di una delle decisioni in conflitto (art. 669 c.p.p.), operante nel caso in cui si riveli inefficace il funzionamento del meccanismo preventivo del conflitto pratico di decisioni irrevocabili (dato dal divieto del secondo giudizio previsto dall’art. 649 c.p.p.)⁴⁵. C’è dunque una «indissolubile correlazione [...] tra giudicato penale e conflitto pratico dei giudicati», a dimostrazione «che il limite soggettivo è implicato nella stessa nozione del giudicato, quale si desume dalla sua funzione e che, solo a patto di attribuire a quest’ultimo uno scopo diverso da quello suo tipico (come avverrebbe certamente nell’ipotesi in cui si facesse consistere tale scopo nella prevenzione dei conflitti teorici), si può affermare la legittimità del principio della efficacia *erga omnes*»⁴⁶. In tal modo, acquista fondamento la tesi della

⁴² Infatti, l’art. 631 c.p.p. prevede a pena d’inammissibilità della domanda di revisione, che gli elementi in base ai quali si chiede la revisione siano “tali da dimostrare, *se accertati*, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli articoli 529, 530 o 531”. Profilo rilevante dato che «il metodo previsto per la risoluzione dei conflitti (annullamento automatico ovvero annullamento condizionato della sentenza di condanna) influisce sulla determinazione della funzione del giudicato e della sua efficacia rispetto ai terzi»: DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 103. Secondo LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 813, la distinzione fra rimedi preventivi e repressivi dei conflitti pratici e dei conflitti teorici, «può venire mantenuta, purchè si sottolinei come, in alcune ipotesi, il rimedio diretto a risolvere un conflitto teorico determina, altresì, la risoluzione di un conflitto pratico eventualmente esistente e che i rimedi diretti a prevenire o a reprimere un conflitto pratico valgono anche quando il conflitto sia al tempo stesso teorico».

⁴³ «Ciò dimostra che il legislatore non persegue la certezza in senso oggettivo giacchè se così fosse si preoccuperebbe di risolvere sempre il conflitto teorico di giudicati»: LOZZI, *Lezioni*, cit., 814.

⁴⁴ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 95.

⁴⁵ LOZZI, *Lezioni*, cit., 814-815.

⁴⁶ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 111-112. «In ultima analisi la distinzione tra conflitti pratici e conflitti

funzione del giudicato di assicurare la certezza in senso soggettivo, e «non quella certezza oggettiva consistente nel fatto che si possa prevedere in anticipo la valutazione giuridica dei comportamenti possibili»⁴⁷: è ben nota l'affermazione che ravvisa nel giudicato penale «un espediente pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo»⁴⁸.

Il principio dei limiti soggettivi è inoltre corroborato dalla struttura della cosa giudicata penale, che in base all'art. 649 c.p.p. opera, in senso negativo, precludendo il secondo processo a carico della medesima persona sullo stesso oggetto, e non in senso positivo, vincolando i giudici dei futuri processi ai giudizi già enunciati sulle stesse questioni di fatto (o di diritto): il che equivale a dire che nell'ordinamento processuale penale il giudicato «si esplica» attraverso il *ne bis in idem*⁴⁹. A differenza che nel rito civile, ex art. 2909 c.c., nel rito penale, «decisivo, per il prodursi dell'impedimento processuale di cui si è parlato, è il fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, indipendentemente dall'accertamento che vi è contenuto»⁵⁰. Quindi sarebbe incongruo attribuire un'efficacia di giudicato all'accertamento della fattispecie, al di fuori delle ipotesi eccezionali previste dagli artt. 651 ss.

teorici offre un criterio diagnostico per determinare la sfera dei limiti subbiettivi del giudicato penale» (ivi).

⁴⁷ LOZZI, *Lezioni*, cit., 812. Cfr. anche, ad es., DEAN, *L'esecuzione penale*, in DOMINIONI e altri, *Procedura penale*, III ediz., Torino, 2014, 929. Ciò non esclude che il *ne bis in idem* abbia anche il compito di tutelare gli interessi della collettività. V. sul punto, ad es., TRANCHINA e DI CHIARA, *L'esecuzione*, in D. SIRACUSANO ed altri, *Diritto processuale penale*, a cura di DI CHIARA-PATANÈ-FA. SIRACUSANO, Milano, 2013, 827. Si pensi a quelle «finalità di contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali» che, secondo parte della dottrina, costituiscono la precipua *ratio* del divieto del secondo giudizio operante dopo la sentenza irrevocabile, quando il *ne bis in idem* «impedisce un possibile miglioramento della [...] situazione» giuridica «del soggetto già prosciolto o condannato con sentenza definitiva»: CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in CAPRIOLI e VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ediz., Torino, 2011, 73. RAFARACI, (voce) *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, 866, aggancia la finalità pratica perseguita dal *ne bis in idem* alla *ratio* di tutelare situazioni di natura sia oggettiva che soggettiva.

⁴⁸ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 90 nt. 34. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, BONTEMPELLI, *op. cit.*, 61 ss. Al contrario del giudicato, l'istituto della revisione funge da rimedio alla crisi della certezza giuridica in senso oggettivo. V., al riguardo, CRISTIANI, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Milano, 1970, 79 ss.

⁴⁹ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 125; in senso adesivo, LOZZI, *Lezioni*, cit., 811; CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 67.

⁵⁰ DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 125. Ciò appare del resto coerente alla ricordata «indissolubilità tra diritto materiale e giudizio», che è tipica dell'ordinamento processuale penale, ed in base alla quale «il giudizio si presenta come lo strumento primario, necessario ed esclusivo per la sua attuazione, il *ne bis in idem* costituisce il mezzo tecnico più idoneo a garantire l'incontrovertibilità del risultato del processo. È sufficiente qui impedire che lo stesso giudice o i giudici dei futuri processi possano revocare o annullare ovvero effettuare più di una volta un'identica prestazione giurisdizionale» (ivi, 139).

c.p.p., peraltro riguardanti i rapporti fra giudizio penale e giudizio extrapenale⁵¹.

4. *Relativismo della certezza e relativismo probatorio*. La limitazione soggettiva imposta al giudicato penale dalla legge non può non riflettersi sulla concezione della prova fatta propria dall'ordinamento processuale penale vigente⁵². Si è parlato al riguardo, come è noto, di relativismo probatorio⁵³, alla luce della utilizzabilità solo per certi fini e non per altri delle prove pur ritualmente formate⁵⁴. Con la conseguenza che il codice di rito avrebbe aderito a una concezione, non positivistica, ma argomentativa della prova⁵⁵, in base alla quale «una conoscenza giudiziale è valida solo in un determinato ambito e, perciò, solo in certi processi, solo in certe fasi etc.»⁵⁶. «Le conseguenze, sia pure estreme, paiono segnate: su una stessa prova si possono radicare, in una stessa sentenza, accertamenti tra loro antitetici. La sussistenza di un identico fatto, accertata in tal senso nei confronti di Caio, potrà non esserlo rispetto a Tizio. Non è azzardato parlare, qui, di “prove *ad personam*”»⁵⁷.

Il relativismo in questione riguarda i giudizi probatori sui singoli fatti primari o semplici⁵⁸ e, a maggior ragione, il complessivo giudizio di esistenza o inesistenza della fattispecie contestata all'imputato. È pertanto corretto dire che, ai fini della condanna, il giudice deve accertare, con la certezza imposta dalla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, l'esistenza dei fatti enunciati nell'imputazione. Ma, una volta passata in giudicato la decisione, non si potrà affatto dire che essa dimostri l'esistenza dei fatti in essa accertati (data l'impossibilità di attribuire efficacia di giudicato ai giudizi di fatto enunciati nella motivazione e la controvertibilità di tali giudizi in altri processi penali).

Il relativismo probatorio si accompagna, quindi, al relativismo della certezza che, pure, come si è ricordato, scaturisce dalla ricostruzione del fatto posta

⁵¹ LOZZI, *Lezioni*, cit., 811-812.

⁵² Nel senso che al settore delle prove sono estesi «indirizzi analoghi a quelli sui limiti (soggettivi) degli accertamenti pregiudiziali vincolanti, essi stesso peraltro accentuati dal codice del 1988», v. NOBILI, *Concezione relativistica delle prove*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 12.

⁵³ UBERTIS, *La prova penale*, cit., 18 ss.; NOBILI, *Concezione relativistica delle prove*, cit., 10 ss.

⁵⁴ NOBILI, *Concezione relativistica delle prove*, cit., 11.

⁵⁵ PISANI, *Intorno alla prova come argomentazione retorica*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 458 ss.; DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, 44.

⁵⁶ NOBILI, *Concezione relativistica delle prove*, cit., 11.

⁵⁷ NOBILI, *Concezione relativistica delle prove*, cit., 11.

⁵⁸ Sulla distinzione, UBERTIS, *La prova penale*, cit., 9.

alla base del giudicato. Si tratta di una certezza inevitabilmente relativa, non tanto perché il giudice sarebbe «costretto dalla logica del ragionamento induttivo a esprimersi in termini meramente probabilistici»⁵⁹. Ciò, a rigore, non dovrebbe riguardare la prova critica, quantomeno se si aderisce alla concezione secondo cui, in essa, il ragionamento inferenziale è condotto impiegando leggi logiche o scientifiche non probabilistiche, mentre nella prova indiziaria l'inferenza sarebbe operata mediante la logica, le massime di esperienza e le leggi scientifiche probabilistiche: opera qui, fra l'altro, il criterio della gravità *ex art.* 192 comma 2 c.p.p., attinente «alla concluzione del ragionamento giudiziale, che sulla base di una premessa precisa deve approdare a enunciare un fatto in termini ragionevolmente non controvertibili»⁶⁰. La ragione di tale relativismo conoscitivo sembra risiedere nella dipendenza della ricostruzione giudiziale del fatto dalle prove impiegate per compiere la ricostruzione stessa. Inoltre, andrebbero considerati i «limiti cognitivi» tipici del processo penale, «che spesso impediscono al giudice di pervenire a un'affermazione veritiera di responsabilità»⁶¹.

È la nota caratteristica del giudizio sull'esistenza storica dei fatti, che si svolge in assenza di essi, in presenza delle sole prove, dando luogo a una sorta di «magia», anzi a quella «doppia magia» del giudizio del giudice, suggestivamente descritta da Capograssi⁶². A questa concezione filosofica si ricollegano le riflessioni della dottrina sul processo penale. «Appunto perché

⁵⁹ CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., 608 e 623: «non esiste alcuna certezza (intesa in senso oggettivo) che il giudice, quando condanna, stia dicendo il vero, perché il ragionamento probatorio si nutre di inferenze che restano inevitabilmente probabilistiche».

⁶⁰ Per questa ricostruzione, v. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, cit., 267.

⁶¹ CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., 612.

⁶² CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 57-58: «C'è certamente qualche cosa di magico nel processo: un far ricomparire presente quello che è passato, un far tornare immediato quello che è sparito nella sua immediatezza, un far ripresentare vivi sentimenti che si sono spenti, e insieme, più singolare ancora, far tornare integra una situazione che si è scomposta. Questo fa appunto quella speciale mediazione che è la procedura. Il processo è l'unico momento, in cui l'esperienza si ferma, ritorna sui suoi passi, ripensa quello che ha pensato, riflette pacatamente su quello che ha fatto nella immediata e ardente spensieratezza del suo primo erompere, e cerca di ricomporre le cose, di rifare sé stessa secondo la ragione e la volontà obiettiva della legge. Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità». E di seguito: «E tutto questo deve fare non l'agente stesso che ha vissuto, e che rivive, come in una proustiana ricerca, il suo tempo perduto, ma proprio un assente, una persona che non è mai passata per quella esperienza, una persona essenzialmente indifferente. Doppia magia: far rivivere quello che non vive più, che è oramai spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere; e far rivivere quella ragione e quella volontà obiettiva che è la legge proprio là dove quella vita della legge è mancata. Siamo di fronte a una delle più meravigliose creazioni della vita: una delle più tipiche creazioni in cui la vita traverso mille espedienti e mille assaggi riesce a realizzare i suoi paradossi».

si tratta di una conoscenza mediata di esistenza, nel senso che la realtà al giudice si svela non direttamente, ma attraverso gli indizi e le testimonianze (attraverso “le ombre delle cose” secondo una antica similitudine), è evidente che tale conoscenza presenta un carattere contingente, giacchè vale solo nei limiti di quella rappresentazione della realtà che gli è offerta dalle prove che egli ha a disposizione in quel momento: muovendo da questa prospettiva, si deve concludere necessariamente che, modificandosi il materiale probatorio, per la sopravvenienza di nuovi e contrastanti elementi, è destinato a modificarsi il giudizio stesso⁶³. Le prove, quindi, forniscono quella “verità” che è essenziale per decidere, ma costituiscono un vero e proprio limite della decisione penale, se analizzata dal punto di vista della sua attitudine a generare “verità”.

⁶³ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 63.