

SULLA NECESSITÀ DEGLI STANDARD DI PROVA PER LA GIUSTIFICAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI

JORDI **FERRER BELTRÁN**
GIOVANNI **TUZET**



Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali

On the Necessity of Standards of Proof for the Justification of Judicial Decisions

JORDI FERRER BELTRÁN

Profesor Titular de Filosofía del derecho, Universitat de Girona.

E-mail: jordi.ferrerb@udg.edu

GIOVANNI TUZET

Professore Associato di Filosofia del diritto, Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano.

E-mail: giovanni.tuzet@unibocconi.it

ABSTRACT

Il lavoro si struttura in due parti: nella prima viene spiegato perché gli standard di prova sono necessari alla giustificazione delle decisioni giudiziali e quali sono i requisiti per formularli correttamente; nella seconda vengono esaminate due decisioni giudiziali in tema di vaccini (una del Consiglio di Stato italiano, l'altra della Corte di giustizia dell'Unione europea), discutendone i profili probatori e mostrando che in entrambe si pone il problema dello standard di prova rilevante, ossia del livello di sufficienza probatoria richiesto a fini decisorii.

The work is structured in two parts: the first explains why standards of proof are necessary for the justification of judicial decisions, and what the requirements are to formulate them correctly; in the second two judicial decisions concerning vaccines are examined (one of the Italian “Consiglio di Stato”, the other of the Court of Justice of the European Union), discussing their evidential aspects and showing that both are affected by the problem of the relevant standard of proof, i.e. of the level of probative sufficiency required for decision-making purposes.

KEYWORDS

Decisione giudiziale, prova, standard di prova, vaccini

Evidence, judicial decision, standards of proof, vaccines

ALLEGATI

Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza n. 1662/2017

Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, sentenza del 21 giugno 2017, sulla causa C-621/15

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 2 (dicembre) | pp. 455-472

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

ISSN 1825-0173

Tutti i diritti sono riservati.

Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*

JORDI FERRER BELTRÁN, GIOVANNI TUZET

1. *Sulla necessità degli standard probatori* – 1.1. *Un progresso incompiuto* – 1.2. *Come si può formulare uno standard di prova?* – 1.3. *Il punto* – 2. *Due decisioni giudiziali in tema di vaccini* – 2.1. *Il Consiglio di Stato italiano sull'obbligo vaccinale* – 2.2. *La Corte di giustizia dell'Unione europea sulla prova del danno da vaccino difettoso*.

ALLEGATI: (a) Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza n. 1662/2017; (b) Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, sentenza del 21 giugno 2017, sulla causa C-621/15.

Il presente lavoro si struttura in due parti: nella prima viene spiegato perché gli standard di prova sono necessari alla giustificazione delle decisioni giudiziali e quali sono i requisiti per formularli correttamente; nella seconda vengono esaminate due decisioni giudiziali in tema di vaccini, discutendone i profili probatori e mostrando che in entrambe si pone il problema dello standard di prova rilevante, ossia del livello di sufficienza probatoria richiesto a fini decisori. La prima è una decisione del Consiglio di Stato italiano in tema di obblighi vaccinali; la seconda una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla prova del danno da vaccino difettoso. L'assenza di una chiara indicazione circa lo standard probatorio rilevante rende quantomeno incompleta la giustificazione di simili decisioni.

Il punto centrale del presente lavoro, pertanto, consiste nel segnalare l'urgenza di una seria progettazione degli standard di prova, tanto in sede civile quanto in sede penale, tanto in relazione alla decisione finale di un procedimento quanto alle decisioni *in itinere* basate su elementi di prova.

1. *Sulla necessità degli standard probatori*

1.1. *Un progresso incompiuto*

La teoria generale della prova giuridica ha avuto, senza dubbio, un progresso esponenziale negli ultimi 25 anni. La dottrina processualista classica aveva trascurato la sua analisi concentrandosi, al massimo, nel ribadire posizioni ampiamente supera-

* URL: http://www.dirittoquestionipubbliche.org/allegati/CdS_Sez_3_ord_1662_17.pdf
http://www.dirittoquestionipubbliche.org/allegati/CGUE_Sez_2_C-621-15.pdf.

* Per la traduzione della prima parte del presente lavoro, scritta originariamente in spagnolo, ringraziamo Elena Marchese; per alcuni commenti alla seconda parte ringraziamo Gaetano Carlizzi.

te in epistemologia oppure nel sistematizzare le regole probatorie contenute nei codici. Mentre la filosofia del diritto aveva dedicato una attenzione notevole al problema della giustificazione delle decisioni giudiziali, ma aveva abbandonato totalmente il ragionamento sui fatti. Tuttavia, come abbiamo detto, la situazione è cambiata molto (e in bene) negli ultimi decenni.

A nostro parere resta, però, un problema irrisolto di vasta portata, sia teorica che pratica: affrontare seriamente la progettazione di standard di prova, cioè di regole che determinino il grado di sufficienza probatoria per considerare provata una ipotesi in un processo giudiziale o per poter adottare certe decisioni preliminari all'interno dello stesso procedimento.

Una volta che diveniamo consapevoli del carattere probabilistico del ragionamento probatorio e del fatto che la sua conclusione non può che riconoscere un certo grado di probabilità (induttiva, non matematica) alle ipotesi sui fatti in conflitto nel processo, il problema che si presenta immediatamente è quello di determinare quale grado di probabilità è sufficiente per accettare l'ipotesi come provata. Le risposte tradizionali, che vincolano la sufficienza di prove al convincimento giudiziale o, talvolta, alla certezza, sono evidentemente errate.

Tuttavia, vanno nella direzione sbagliata anche alcune riforme processuali o tesi giurisprudenziali che hanno incorporato elaborazioni proprie del diritto statunitense, come la famosa formula dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”¹ o altre che, per determinare la sufficienza probatoria, dicono che questa c'è quando le prove sono (oh, sorpresa!) sufficienti o numerose².

Neppure il garantismo, sia nella sua versione penale-sostanziale che processuale, si è troppo interessato, in fin dei conti, alla necessità di predisporre regole che determinino i gradi di sufficienza probatoria, quasi come se non fosse parte delle garanzie di un debito processo sapere in quali condizioni una ipotesi fattuale può considerarsi provata³.

Tuttavia, un sistema senza standard di prova è un sistema senza regole per giustificare le decisioni sui fatti, cosa che rende inutili molti “diritti processuali *in itinere*” del procedimento, dalla presunzione di innocenza fino al dovere di motivazione.

¹ Si veda, al riguardo, un'analisi chiarificatrice e molto critica in LAUDAN 2003; v. anche ID. 2006, 29-62. Sull'interpretazione della formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio in Inghilterra e Galles, si veda ROBERTS, ZUCKERMAN 2004, 253 ss.

² Si prenda ad esempio l'art. 641 della “Ley de Enjuiciamiento Criminal” spagnola, che regola l'archiviazione provvisoria della causa stabilendo questo: «Si procederà all'archiviazione provvisoria: [...] 2° Quando risulti dal verbale che è stato commesso un delitto e non vi siano motivi sufficienti per accusare una o più persone di esserne stati autori, complici o favoreggiatori».

³ Crediamo che questa sia, tra le altre cose, la critica più importante che può farsi tanto al garantismo penale-sostanziale quanto al garantismo processuale, rappresentati rispettivamente da autori come Ferrajoli e Alvarado Velloso. Entrambe le teorie, caratterizzate da presupposti molto distinti, condividono l'enfasi rispetto alle garanzie durante il procedimento giudiziale, trascurando, però, la necessità di stabilire regole di giudizio che operino come garanzie della non arbitrarietà delle decisioni sui fatti.

Infatti, se non conosciamo quando la presunzione di innocenza, come regola di giudizio, può considerarsi superata a causa delle prove disponibili, nemmeno possiamo sapere se è stata violata. E se non conosciamo il grado di sufficienza probatoria richiesto dal diritto per un certo caso, civile o penale, come possiamo esigere dal giudice che motivi che questa esigenza è stata soddisfatta?

In definitiva, se il ragionamento probatorio è probabilistico e la certezza razionale su una ipotesi fattuale è irraggiungibile, diventa allora imprescindibile dotarsi di regole, i c.d. “standard di prova”, che determinino il grado di probabilità a partire dal quale siamo disposti a dare per provata l’ipotesi, cioè che determinino quale grado di supporto ci sembra sufficiente per accettare come vera l’ipotesi fattuale in questione (e così poterla usare come tale nel nostro ragionamento).

1.2. Come si può formulare uno standard di prova?

La formulazione di uno standard di prova esige che si tenga conto di due tipi di considerazioni: *metodologiche* (relative alla maniera di formulare lo standard) e *politiche* (relative alle scelte ideologico-morali alla base del grado di sufficienza probatoria richiesto dallo standard).

1.2.1. Requisiti metodologici per formulare uno standard di prova

Affinché una regola possa denominarsi correttamente “standard di prova” deve rispettare tre requisiti:

a) fare appello a criteri relativi alla capacità giustificativa dell’insieme probatorio rispetto alle conclusioni stabilite. Questo, evidentemente, esclude l’utilizzazione dei criteri soggettivi del decisore, cosicché qualsiasi formulazione di standard di prova che rimandi a stati mentali o psicologici del giudicante non soddisfa tale requisito. Indipendentemente da chi abbia competenza per decidere e dal fatto che esistano o meno mezzi per poterla impugnare, la decisione deve essere governata da criteri intersoggettivamente controllabili;

b) i criteri che si utilizzano nello standard di prova devono adempiere la funzione di stabilire una soglia il più possibile precisa, superata la quale, un’ipotesi fattuale può essere considerata sufficientemente corroborata ai fini della decisione che deve essere presa. Evidentemente, non soddisfano tale criterio gli appelli alla *sana crítica*⁴ (che, nel migliore dei casi, sarebbe un metodo di valutazione, ma non una soglia probatoria), né all’induzione (per le stesse ragioni) e neppure il rinvio a leggi scientifiche o a quelle della logica. Così risulta chiaro che, per esempio, il ragionamento probatorio è sempre un ragionamento induttivo, che deve rispettare

⁴ Si tratta di un’espressione usata nei testi normativi di numerosi paesi di lingua spagnola per indicare, in modo molto impreciso, come le prove vanno valutate.

le leggi della logica o della scienza, e che ciò deve essere fatto in tutti gli stadi del procedimento. Per contro, in quei diversi stadi (ad esempio, la dichiarazione dell'apertura del dibattimento, l'adozione di misure cautelari o la dichiarazione dei fatti provati nella decisione finale) le esigenze probatorie sono e devono essere distinte, quindi non è sufficiente dire che tali decisioni debbano essere induttivamente giustificate, ecc., è necessario determinare la soglia a partire dalla quale le decisioni si considereranno giustificate o, in altri termini, il grado di supporto induttivo necessario in ogni distinto momento;

c) dal momento che la struttura del ragionamento probatorio è data dalla probabilità logica o induttiva e non matematica⁵, la soglia di sufficienza probatoria non può stabilirsi mediante numeri né formule matematiche, ma attraverso l'utilizzo di criteri qualitativi.

1.2.2. *Le ragioni alla base del livello di sufficienza probatoria degli standard*

Il punto di partenza per comprendere il tipo di condizioni politiche che operano nel momento in cui si stabilisce uno standard di prova è capire che la funzione dello standard è la *distribuzione* del rischio di errore tra le parti. Così, per esempio, se alziamo la soglia di sufficienza probatoria nel processo penale avremo meno innocenti condannati (posto che sarà più difficile che si acquisisca contro di loro un insieme probatorio incriminatore di tale livello), ma avremo più colpevoli assolti⁶ (dato che, anche rispetto ai soggetti che effettivamente hanno commesso i fatti che vengono loro imputati, sarà più difficile soddisfare le esigenze probatorie richieste dallo standard). In senso opposto, se abbassiamo il livello di sufficienza probatoria dello standard, è prevedibile che avremo meno colpevoli assolti (perché sarà più facile reperire prove di colpevolezza che permettano di raggiungere tale livello di sufficienza), ma più innocenti condannati (perché, anche rispetto a loro, sarà più facile superare il grado di corroborazione richiesto). È per questo che lo standard di prova, insieme ad altre regole come quelle che stabiliscono oneri probatori o presunzioni ha l'effetto di distribuire il rischio di errore tra le parti.

Non è strano trovare chi sostiene la tesi che uno standard di prova esigente diminuisce il numero di errori sui fatti, ma questa è una conclusione molte volte frettolosa, basata sull'osservazione di un solo tipo di errore: le condanne false, non riconoscendo (o ignorando) che insieme a queste sono materialmente erranee anche le assoluzioni false. In altri termini, se si accetta che l'obiettivo istituzionale della prova nel processo giudiziale è l'accertamento della verità, qualsiasi discor-

⁵ Per una giustificazione dettagliata di questa tesi si veda FERRER BELTRÁN 2007, 95-121.

⁶ Si noti che stiamo usando l'espressione "innocente" e "colpevole" in senso materiale, cioè per riferirci a quegli imputati che, rispettivamente, non hanno commesso il reato che viene loro ascritto e a quelli che invece lo hanno commesso (indipendentemente dalle prove esistenti contro di loro).

danza tra quello che è accaduto e quello che è stato provato è materialmente un errore (per quanto, dipendendo dalle prove disponibili, può darsi che inferenzialmente non lo sia). Il fatto che in certe circostanze possiamo preferire uno tra i tipi di errore (fino a un certo punto, preferiamo un'assoluzione falsa a una condanna falsa) non incide in definitiva sulla qualificazione di tutti quelli come errori.

Ovviamente, l'epistemologia giuridica non dovrebbe essere interessata solo (e in via esclusiva) alla distribuzione degli errori ma anche alla loro *diminuzione*. Gli strumenti processuali adeguati per massimizzare le probabilità di correttezza della decisione sulle prove però sono altri: in particolare, quelli che mirano alla formazione di un insieme di prove il più ricco possibile sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo. Come, quando e chi può proporre l'ammissione di prove, quali prove ammettere, come controllarne l'affidabilità attraverso la prassi probatoria o l'integrazione tramite altre prove ecc. sono alcuni degli aspetti che incidono sulla ricchezza dell'insieme probatorio, che, a sua volta, influisce sulla probabilità di correttezza della decisione. A maggiore e più affidabile informazione corrisponde, quindi, maggiore probabilità di correttezza nella decisione sui fatti.

Se così è, allora, la determinazione del livello di sufficienza probatoria dello standard di prova non incide sulla diminuzione degli errori, ma sulla distribuzione del rischio di errore tra le parti. La ragione principale per determinare il livello di sufficienza probatoria a cui situare lo standard di prova ha a che fare, quindi, con la distribuzione del rischio di errore (false condanne e false assoluzioni) che riteniamo accettabile, cosa che suppone chiaramente una decisione politico-morale.

Però, che ragioni possono contare per la decisione relativa al livello di sufficienza probatoria? La lista di ragioni è, ovviamente, aperta e in nessun caso ci potrà offrire risultati oggettivi (posto che parliamo di preferenze politiche). Crediamo tuttavia importante sottolineare le seguenti tre ragioni:

1) la gravità dell'errore in caso di falsa condanna ha a che fare fundamentalmente sia con l'importanza del bene colpito dalla conseguenza giuridica, sia col grado di incidenza sullo stesso. Possiamo convenire che non hanno la stessa gravità una sanzione pecuniaria e una privazione della libertà, un arresto domiciliare nel fine settimana e venti anni di carcere. La maggior importanza del bene giuridico colpito e la maggior incidenza sullo stesso tendono a suggerire la necessità di uno standard probatorio più esigente, posto che l'errore in una condanna falsa avrà conseguenze più gravi.

Per questa ragione, tradizionalmente, nei sistemi anglosassoni⁷ si è distinto, ad esempio, tra lo standard di prova applicabile nei processi penali e lo standard o gli standard applicabili nei processi civili (ne ripareremo *infra*, 2.2). Alla luce di questa prima ragione, tuttavia, crediamo che la distinzione dovrebbe essere molto

⁷ E per loro influenza, anche in molti sistemi di tradizione romano-germanica.

più sottile. In effetti, in queste ultime decadi, i nostri sistemi penali hanno subito una gran trasformazione, dimenticandosi del modello di “intervento penale minimo” e includendo, tra i tipi di reato, le più varie condotte. Come contropartita, anche la diversità di pene è cresciuta esponenzialmente, includendo sanzioni pecuniarie, interdizioni dalla professione o dall’esercizio di una carica pubblica, obbligo di prestare servizi sociali, ordini di allontanamento, insieme alle tradizionali pene privative della libertà che possono essere, a loro volta, non solo di durata molto varia ma anche scontate in carcere o nel proprio domicilio.

Ovviamente, alcune di queste conseguenze giuridiche non sono diverse da quelle che possono aversi in un processo civile, in un contenzioso amministrativo o di lavoro. Se è così, la gravità della conseguenza giuridica in caso di una determinazione erronea dei fatti non è sempre la stessa nel processo penale, il che rende consigliabile, tenendo in conto questa prima ragione, disporre di diversi standard di prova per questo tipo di processo, in funzione della gravità della conseguenza giuridica prevista.

Non deve essere considerato per forza più grave l’errore in un processo penale che in uno civile (non è così ovvio che una sanzione pecuniaria erronea, in un processo penale, sia più grave della revoca erronea della patria potestà in un processo civile) così, in accordo con questa prima ragione, non dovrebbe ritenersi appropriata l’identificazione di uno standard di prova unificato per tutti i processi penali che, quindi, necessariamente, dovrebbe essere più esigente rispetto allo standard di prova dei processi civili, a quello dei contenziosi amministrativi ecc.

Di conseguenza, indipendentemente dai gravi problemi di indeterminatezza dello standard dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”, la sua applicazione indistinta a tutti i processi penali dovrebbe essere abbandonata.

2) Il costo dell’errore nelle false assoluzioni. È chiaro che se il nostro unico interesse fosse evitare le false condanne, la miglior maniera di assicurarlo (e di fatto, l’unica) sarebbe quella di non condannare mai nessuno. In tal modo, riusciremmo a realizzare completamente una delle pretese che abbiamo nei confronti dello Stato: cioè che questo non utilizzi la sua capacità sanzionatoria per danneggiare soggetti innocenti. Tuttavia, anche in questa maniera, trascureremmo totalmente un’altra pretesa che come società solleviamo nei confronti dello Stato: cioè che protegga i nostri diritti (alla vita, all’integrità fisica, alla libertà, alla proprietà, alla libertà sessuale ecc.) evitando che terzi ci danneggino o garantendo la riparazione del danno. Pertanto, dobbiamo essere consapevoli che, all’aumentare del livello di sufficienza dello standard di prova, aumenteremo anche il rischio di assoluzioni false o (che è lo stesso) il rischio di colpevoli assolti. Nella misura in cui questi ultimi possono essere recidivi o la mancanza di condanne diminuisca (o elimini) la capacità dissuasiva o riparatoria del diritto, lo standard di prova avrà un impatto negativo nel grado di adempimento della funzione statale di protezione dei diritti.

3) La terza ragione da considerare al momento di determinare lo standard di prova ha a che vedere con le difficoltà probatorie specifiche dei tipi di casi ai quali si pretende di applicare lo standard così come è stato caratterizzato dal legislatore. Vediamone un esempio che può essere emblematico: l'evoluzione della tipizzazione dei delitti sessuali in molti paesi del nostro contesto culturale ha portato a eliminare il requisito della resistenza fisica per la determinazione della mancanza del consenso, così che ora è sufficiente il solo rifiuto al rapporto sessuale. Ebbene, ciò che senza dubbio costituisce un avanzamento in un senso, introduce, in un altro, seri problemi probatori, posto che è molto più semplice lo scenario probatorio in cui restano segni della resistenza fisica che lo scenario in cui deve essere provata un'assenza di consenso che può essere solo verbale o anche non verbale. Dato che, inoltre, i delitti sessuali solitamente non sono commessi in pubblico, ciò implica che siamo dinanzi a una specie di delitti che comportano, normalmente, difficoltà probatorie molto serie.

Un altro esempio chiaro di questo tipo di problema si incontra nei delitti di corruzione, dove si affrontano considerevoli difficoltà per seguire il movimento del denaro (molte volte tra conti di diversi paesi, specialmente di paradisi fiscali, con persone interposte, ecc.) al fine di correlare, ad esempio, tali disposizioni economiche con il pagamento di decisioni politiche ecc.

In casi di questo tipo⁸, le difficoltà probatorie operano da ragione per la diminuzione del livello di sufficienza dello standard, così da evitare l'impunità e, con ciò, che la figura di reato divenga inutile perché inapplicabile.

In altre parole, le difficoltà probatorie speciali di questi tipi di casi tendono a produrre un gran numero di false assoluzioni, con la conseguente mancanza di protezione dei beni giuridici che la figura di reato intendeva proteggere. Se vogliamo evitare questo risultato, possiamo modificare la definizione del tipo di reato, di modo che non produca quei gravi problemi probatori o che diminuisca la sufficienza di standard di prova⁹.

Ovviamente, non è per nulla strano che si presentino simultaneamente ragioni per aumentare o mantenere alto il livello di sufficienza probatoria e ragioni per diminuirlo. Ciò accade, ad esempio, quando ai casi che presentano forti difficoltà probatorie si attribuisce una conseguenza giuridica di speciale gravità (ad esempio, una privazione di libertà di lunga durata). Non disponiamo di un metodo oggettivo per ponderare queste ragioni che "tirano la corda" in direzioni opposte e la decisione a riguardo non potrà essere nient'altro che politica¹⁰.

⁸ È importante sottolineare che stiamo parlando di casi tipo, non di casi singolari che, per qualche ragione, affrontano difficoltà probatorie. Per ragioni basilari di prevedibilità delle regole con le quali siamo giudicati, gli standard di prova dovrebbero essere previsti come regole generali e astratte.

⁹ Così diminuirebbe il numero di false assoluzioni ma aumenterebbe anche quello delle false condanne. D'altra parte è chiaro che questa terza ragione è, in realtà, strumentale rispetto alla seconda.

¹⁰ Ma si deve prendere seriamente in considerazione che un disegno legislativo che definisca i presupposti di

1.3. *Il punto*

Dato che la formulazione di standard di prova richiede l'adozione previa di decisioni politiche sulla distribuzione del rischio di errori tra le parti di un procedimento, la teoria della prova e l'epistemologia giuridica non possono dar risposta a quale sia lo standard di prova più adeguato per ogni momento processuale o per ogni tipo di caso.

Possono, tuttavia, segnalare la necessità ineludibile di disporre di queste regole processuali e agevolare la formulazione di standard rispettosi dei requisiti metodologici menzionati sopra.

D'altra parte, se la determinazione del grado di sufficienza probatoria che riflette lo standard di prova è il risultato di una decisione eminentemente politica, pare che questi strumenti dovrebbero essere predisposti dal legislatore nei codici processuali. Ciò inoltre è esigibile indipendentemente dalla giurisdizione di cui si tratti (penale, civile, del lavoro, amministrativa, ecc.). Lo schema presentato in questo lavoro è applicabile, a nostro avviso, a tutti i procedimenti, sebbene i gradi di sufficienza probatoria riflessi nello standard di prova non saranno gli stessi. La giustificazione del fatto che le prove disponibili soddisfino o no lo standard di prova è, in cambio, compito principale del giudicante nella motivazione delle decisioni giudiziali. Tuttavia, che si possa realizzare adeguatamente questa giustificazione nella motivazione giudiziale presuppone che si disponga dello standard applicabile e che questo sia formulato adeguatamente. Altrimenti, risulterebbe impossibile evitare decisioni arbitrarie o meramente intuitive circa i fatti.

2. *Due decisioni giudiziali in tema di vaccini*

Le due decisioni qui commentate non sono ricostruzioni fattuali di merito. Non sono cioè puntuali rappresentazioni delle prove disponibili e delle inferenze fattuali che se ne possono o debbono trarre in merito ai fatti controversi. Sono decisioni sulla legittimità di altre decisioni aventi a che fare con prove.

La prima è un'ordinanza del Consiglio di Stato italiano (del 20 aprile 2017) sulla legittimità dell'introduzione dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale come requisito di accesso a determinati servizi educativi. La seconda è una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (del 21 giugno 2017) sulla prova del danno da vaccino difettoso.

Entrambe le decisioni, come si vede, hanno a che fare con il tema – molto dibattuto oggi, almeno in Italia – della vaccinazione e dei suoi profili normativi oltre

fatto in maniera che implicino gravi difficoltà probatorie e che, allo stesso tempo, vi attribuisca gravi conseguenze giuridiche, corre un serio rischio di finire per risultare inefficace e/o ineffettivo.

che scientifici. Ed entrambe mostrano, se ce ne fosse ancora bisogno, che i problemi della prova non si pongono solo alle decisioni di merito, ma anche a quelle di legittimità ogniqualvolta si tratti di controllare i requisiti normativi della ricostruzione fattuale e delle sue conseguenze giuridiche.

2.1. *Il Consiglio di Stato italiano sull'obbligo vaccinale*

Con l'ordinanza n. 1662 del 2017 la Sezione terza del Consiglio di Stato ha stabilito che è legittima l'introduzione dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale quale requisito di accesso ai servizi educativi comunali per l'età da 0 a 6 anni. Il requisito era stato introdotto dal Comune di Trieste e contestato da alcune famiglie presso il Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia, che aveva dato torto ai ricorrenti ritenendo legittimo l'obbligo vaccinale. Analogo esito ha il ricorso al Consiglio di Stato, che respinge la domanda degli appellanti.

Ai nostri fini, l'aspetto interessante dell'ordinanza (estensore Bellomo) è l'impostazione filosofica ed epistemologica. Punto di partenza è il «sistema normativo generale», con il quale il Consiglio di Stato ritiene coerente la prescrizione di vaccinazioni obbligatorie per l'accesso ai servizi educativi comunali, considerate altresì «le esigenze di profilassi imposte dai cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell'esposizione al contatto con soggetti provenienti da Paesi in cui anche malattie debellate in Europa sono ancora presenti)». In secondo luogo, per i giudicanti, la prescrizione non è in conflitto con i principi di precauzione e proporzionalità. Il richiamo al *principio di precauzione* consente di impostare il discorso in chiave filosofica e discuterne alcuni aspetti epistemologici e argomentativi.

Viene data innanzitutto un'indicazione dell'operatività di tale principio (invocato peraltro dagli appellanti a fronte dei possibili esiti dannosi dei vaccini):

«esso opera nei casi in cui l'osservazione scientifica ha rilevato (o ipotizzato sulla base di analogie con altre leggi scientifiche) una successione costante di accadimenti e ne ha formulato una descrizione provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l'ipotesi o per escluderla».

La questione è in termini negativi¹¹, poiché si tratta di un'insufficienza probatoria se non addirittura, nella formulazione dell'estensore, di un'assenza di prove («non si dispone di prove per confermare l'ipotesi o per escluderla»). Ma il Consiglio di Stato omette di dire quale standard di prova dovrebbe essere soddisfatto, ossia quando le prove sarebbero sufficienti a confermare l'ipotesi o a escluderla. Questo

¹¹ La cosa è interessante poiché non solo la presenza di prove è significativa sotto diversi profili ma anche la loro insufficienza o persino la loro assenza. Si veda TUZET 2015. Cfr. WALTON 1996 nonché, in altro contesto, KAHNEMAN 2011, 96-99.

ci pare un problema grave della decisione. Comunque, per l'estensore, a tal punto il discorso può essere sviluppato in chiave logico-argomentativa in quanto operano due principi: «la fallacia *ad ignorantiam* ed il principio del terzo escluso»¹². Per il primo non si può «considerare vera una tesi solo sulla base del fatto che non esistono prove contrarie». Dunque, l'assenza (o insufficienza) di prove a sfavore di un'ipotesi non prova la sua correttezza, così come – aggiungiamo – l'assenza (o insufficienza) di prove a suo favore non prova la correttezza della sua negazione. Per il secondo principio, una volta riconosciuto che in un dato ambito si danno due sole alternative (“*tertium non datur*”), la dimostrazione della falsità dell'una prova la verità dell'altra.

Ora, in assenza di prove (sufficienti) su una connessione causale, sia l'ipotesi di tale connessione sia la sua negazione restano per così dire in campo¹³. A tal punto la precauzione (come invocata dagli appellanti) imporrebbe di non prescrivere la vaccinazione dato il suo possibile esito dannoso. Se cioè non risulta provato (ma a quale standard?) che i vaccini *non causino danni*, in omaggio al principio di precauzione non andrebbe prescritta la vaccinazione. Ma giustamente il Consiglio di Stato osserva che allo stesso tempo non è provato che i vaccini *causino danni*. Ed è possibile anzi che la vaccinazione riduca considerevolmente la probabilità di contrarre malattie. Allora il principio di precauzione può essere utilizzato – ironia della sorte – contro gli appellanti, per sostenere la legittimità dell'obbligo vaccinale:

«in questa prospettiva, la tutela della salute pubblica, in particolare della comunità in età prescolare, assume un valore dirimente, che prevale sulle prerogative sottese alla responsabilità genitoriale».

Così le esigenze di profilassi vengono giustificate dallo stesso strumento normativo (il principio di precauzione) invocato dagli appellanti in assenza di prove sufficienti a dirimere la questione. E a fare la differenza sembra essere la ponderazione dei rischi (pur non del tutto esplicitata nell'argomento del Consiglio di Stato) poiché da una parte c'è il rischio per il singolo di subire un danno dalla vaccinazione e dall'altra c'è il rischio per la collettività di subire un danno (per con-

¹² L'estensore li definisce «principi di logica formale», ma a ben vedere solo il secondo è tale, in quanto la “fallacia *ad ignorantiam*” è piuttosto una fallacia di rilevanza (non una fallacia formale come la negazione dell'antecedente di un condizionale, o come l'affermazione del conseguente). V. fra gli altri COPI, COHEN 1990, 170-172 e IACONA 2005, III.

¹³ L'estensore dice «regolarità causale» ma pare più appropriato parlare di “connessione causale” (l'idea di “regolarità” sembra rinviare piuttosto alla “successione costante” di avvenimenti, non al loro nesso causale). Inoltre, dice l'estensore che «in difetto di evidenze» entrambe le ipotesi devono essere considerate «contemporaneamente come vere», il che è bizzarro sotto il profilo logico-scientifico: semplicemente, nessuna delle due è stata verificata, né falsificata, ma in virtù del terzo escluso sappiamo che necessariamente una è vera e l'altra falsa. La «possibilità» di cui parla il successivo paragrafo della decisione, data l'incertezza scientifica, è una possibilità epistemica, non metafisica.

tagio) dalla mancata vaccinazione. Se la cosa è impostata in questo modo, il bilanciamento risulta ovviamente a favore dell'obbligo vaccinale.

Si può pensare che l'argomento di questa decisione sia fin troppo pretenzioso, o una montagna che partorisce un topolino¹⁴. Ma nella prospettiva di un approccio filosofico ed epistemologico ai problemi qui discussi non è ingiustificato il richiamo alla "fallacia *ad ignorantiam*" e al principio del terzo escluso. La chiarezza e il rigore argomentativo di una decisione passano anche attraverso l'esplicitazione dei principi logico-filosofici che operano assieme al diritto per risolvere controversie come questa. Tuttavia, come già segnalato, la decisione manca di indicare quale sarebbe lo standard probatorio rilevante per dirimere la questione fattuale di fondo.

Il quadro normativo italiano sul presente tema è peraltro in evoluzione, il che impedisce di prendere gli argomenti qui presentati come normativamente conclusivi, ma non impedisce di apprezzarne i meriti e i limiti.

2.2. *La Corte di giustizia dell'Unione europea sulla prova del danno da vaccino difettoso*

La Seconda Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea ha deciso nel 2017 la causa C-621/15 circa la prova del danno da vaccino difettoso. La relativa controversia si iscriveva, com'è evidente, nell'ambito della responsabilità per danno da prodotti difettosi e la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 4 della direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in tale materia.

C'era quindi un problema di prova, ai fini di un'attribuzione di responsabilità, in un quadro normativo da definire tramite la pronuncia della Corte. Il sesto considerando della direttiva 85/374, nota la Corte (§ 3 della sentenza), precisa che «il carattere difettoso di un prodotto» viene determinato «non già in base alla carenza del prodotto dal punto di vista del suo uso, bensì in base alla mancanza della sicurezza che il grande pubblico può legittimamente attendersi». Osserva inoltre la Corte (§ 5) che, ai sensi dell'art. 4 di tale direttiva, il danneggiato «deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno». E osserva che, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della medesima direttiva, in linea con il considerando di cui sopra, il prodotto è difettoso «quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (§ 6).

Quanto ai fatti di causa, erano in breve questi: al sig. W venne somministrato in Francia un vaccino prodotto dalla Sanofi Pasteur, contro l'epatite B, in tre iniezioni fra dicembre 1998 e luglio 1999; ad agosto 1999 il sig. W iniziò a manifestare vari disturbi che condussero a una diagnosi di sclerosi multipla a novembre 2000; nel 2006 il sig. W e alcuni suoi familiari presentarono un ricorso per ottenere dalla

¹⁴ Fra le altre cose, che qui non commentiamo, la decisione chiama in causa anche il rasoio di Occam.

Sanofi Pasteur, ai sensi del diritto francese, il risarcimento del danno da prodotto difettoso; a seguito del decesso del sig. W nell'ottobre 2011 la controversia venne portata avanti dai suoi familiari.

Ora, ai nostri fini, è cruciale l'argomento probatorio (richiamato al § 11 della sentenza) avanzato in tale ricorso dagli attori, i quali

«hanno fatto valere che la concomitanza tra la vaccinazione e la comparsa della sclerosi multipla nonché la mancanza di precedenti personali e familiari del sig. W relativamente a tale patologia sono tali da far sorgere presunzioni gravi, precise e concordanti quanto all'esistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra l'inoculazione di quest'ultimo e l'insorgenza della suddetta patologia».

Pertanto il difetto del vaccino e il nesso causale fra difetto e danno sarebbero provati, con libero apprezzamento del giudice di merito ai sensi della giurisprudenza francese (§§ 12-13), da *presunzioni gravi, precise e concordanti* quali la prossimità temporale fra inoculazione e patologia, le eccellenti condizioni pregresse del sig. W e la mancanza di precedenti personali e familiari (§ 15).

Prescindendo qui da vari passaggi procedurali della controversia, la questione probatoria che si pone è se la prova di tale difetto e nesso causale possa darsi in base a siffatte presunzioni lasciate alla valutazione del giudice, pur se la ricerca medica non stabilisce un nesso fra vaccinazione e patologia. Si vede così la somiglianza di questo problema con quello alla decisione precedente. In entrambe si tratta di far fronte a una forma di incertezza scientifica¹⁵ sugli effetti dei vaccini e in particolare, qui, sull'eziologia della sclerosi multipla (§ 16). In realtà, gran parte della scienza medica esclude la dannosità dei vaccini; ma anche volendo ammettere l'incertezza a riguardo, la decisione precedente, come abbiamo visto, valuta legittimo l'obbligo vaccinale per esigenze di profilassi generale; nel caso presente si tratta invece di capire se la particolare patologia del sig. W sia stata presumibilmente causata dal vaccino inoculato.

Per gli studiosi della prova e del ragionamento probatorio, ciò comporta due questioni interessanti: la *ripartizione dell'onere probatorio* e la determinazione dello *standard probatorio*. Prima di vederle seguiamo ancora, brevemente, l'iter della causa C-621/15.

La Corte è chiamata a decidere se l'art. 4 della direttiva in questione, ai cui sensi il danneggiato ha l'onere della prova, osti a una disciplina nazionale che ammette tale prova in base a presunzioni lasciate al libero apprezzamento del giudice di

¹⁵ Si consideri fra le altre cose che non c'è necessaria coincidenza fra standard di prova scientifici e giuridici. Può darsi il caso che un'ipotesi sia considerata provata secondo uno standard scientifico e non secondo uno standard giuridico, o viceversa, perché non è detto che la gravità delle conseguenze degli errori, scientifici e giuridici, sia la medesima.

merito «nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce alcun nesso fra la vaccinazione e la comparsa della malattia» (§ 17). La Corte si preoccupa di fissare i confini della questione:

«in base al principio dell'autonomia procedurale e fatti salvi i principi di equivalenza e di effettività, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro fissare le modalità di assunzione della prova, i mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale competente o, ancora, i principi che presiedono alla valutazione, da parte di detto giudice, dell'efficacia probatoria degli elementi di prova al suo esame nonché lo standard probatorio richiesto» (§ 25).

Ciò detto, «le modalità nazionali di assunzione e di valutazione della prova non devono essere tali da pregiudicare né la ripartizione dell'onere della prova quale prevista all'articolo 4 di tale direttiva né, più in generale, l'effettività del regime della responsabilità previsto dalla suddetta direttiva o gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione attraverso la stessa» (§ 27). Così, un regime probatorio nazionale come quello francese in esame «è tale da agevolare il compito del danneggiato» in quanto non gli chiede di produrre «prove certe e inconfutabili» di quanto sostiene, ma consente che la prova sia raggiunta «con un grado sufficientemente elevato di probabilità»¹⁶ in base a un «complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza» è materia di apprezzamento giudiziale (§ 28). La Corte si premura di aggiungere (§ 29) che ciò non costituisce un'inversione dell'onere della prova (che confliggerebbe con l'art. 4 della direttiva), lasciando già intendere che la disciplina francese è compatibile con il diritto dell'Unione; aggiunge anzi che uno standard di certezza imposto al danneggiato sarebbe in contrasto con la direttiva poiché non garantirebbe una «giusta ripartizione dei rischi» e non consentirebbe di «tutelare la sicurezza e la salute dei consumatori» (§ 32).

Per altro verso, si deve evitare che ciò si trasformi «nell'instaurazione a danno del produttore di forme di presunzione ingiustificate» (§ 34). Si deve evitare cioè che i giudici di merito applichino tale regime probatorio in modo troppo lasco (§ 35), o con presunzioni immediatamente e automaticamente innescate a carico del convenuto da «indizi fattuali» prodotti dall'attore (§ 36)¹⁷.

«Così, da un lato, spetta ai giudici nazionali garantire che gli indizi prodotti siano in effetti sufficientemente gravi, precisi e concordanti da autorizzare la conclusione secondo cui l'esistenza di un difetto del prodotto appare, nonostante gli elementi prodotti e gli argomenti pre-

¹⁶ Si osservi quanto dicevamo *supra* (1.1): quello che dobbiamo determinare con lo standard di prova è il grado di sufficienza probatoria per considerare provata un'ipotesi ma questo non può essere fatto dicendo che l'ipotesi deve avere un «grado sufficientemente elevato di probabilità».

¹⁷ Su questo problema nella giurisprudenza italiana si può vedere TUZET 2013, 162 ss.

sentati a propria difesa dal produttore, la spiegazione più plausibile dell'insorgenza del danno, di modo che il difetto e il nesso di causalità possano ragionevolmente essere considerati dimostrati» (§ 37)¹⁸.

«Dall'altro, è necessario che questi stessi giudici facciano in modo che resti impregiudicato il principio secondo cui spetta al danneggiato dimostrare, attraverso tutti i mezzi di prova generalmente ammessi dal diritto nazionale e, come nella fattispecie, segnatamente con la produzione di indizi gravi, precisi e concordanti, l'esistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità. Ciò richiede che il giudice si assicuri di preservare il proprio libero apprezzamento quanto al fatto che una simile prova sia stata o meno fornita in modo giuridicamente sufficiente, fino al momento in cui, avendo egli preso conoscenza degli elementi prodotti dalle due parti e degli argomenti scambiati dalle stesse, si ritenga in grado, alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti del caso al suo esame, di formare il proprio convincimento definitivo al riguardo» (§ 38).

Questi due passaggi della sentenza sono di particolare importanza. Da un lato si ribadisce che tali indizi devono essere effettivamente gravi, precisi e concordanti, a un livello di probabilità «sufficiente»; dall'altro si ribadisce che spetta al giudice la loro valutazione. Ne segue che un siffatto regime è compatibile con l'art. 4 della direttiva purché non vi sia inversione dell'onere probatorio (§ 43)¹⁹. Mentre è incompatibile con l'art. 4 un sistema di presunzioni “automatiche” a carico del produttore innescate da «indizi materiali predeterminati» (§ 47), non solo se tali presunzioni fossero assolute (§ 53) ma anche qualora fossero relative (§ 54). La ragione evidente di questa incompatibilità è la violazione dell'onere probatorio stabilito in via generale dall'art. 4 della direttiva (§ 55)²⁰.

¹⁸ Si noti che questa impostazione del problema è in linea con l'approccio di ALLEN 1994 sulla “plausibilità relativa”. V. anche ALLEN, PARDO 2019.

¹⁹ Così la conclusione 1) della sentenza: «L'articolo 4 della direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, dev'essere interpretato nel senso che non osta a un regime probatorio nazionale, come quello di cui al procedimento principale, in base al quale il giudice di merito, chiamato a pronunciarsi su un'azione diretta ad accertare la responsabilità del produttore di un vaccino per danno derivante da un asserito difetto di quest'ultimo, può ritenere, nell'esercizio del libero apprezzamento conferitogli al riguardo, che, nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato, taluni elementi in fatto invocati dal ricorrente costituiscano indizi gravi, precisi e concordanti i quali consentono di ravvisare la sussistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra detto difetto e tale malattia. I giudici nazionali devono tuttavia assicurarsi che l'applicazione concreta che essi danno a tale regime probatorio non conduca a violare l'onere della prova instaurato da detto articolo 4 né ad arrecare pregiudizio all'effettività del regime di responsabilità istituito da tale direttiva».

²⁰ Così la conclusione 2) della sentenza: «L'articolo 4 della direttiva 85/374 dev'essere interpretato nel senso che osta a un regime probatorio fondato su presunzioni secondo il quale, quando la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della

In linea con questi argomenti è stato sostenuto, pur in sede penale, che il rifiuto delle presunzioni di legge, quantomeno assolute, costituisce uno degli elementi che permettono di superare il sistema della prova legale e configurare un vero e proprio principio del libero convincimento (o libero apprezzamento della prova) da parte del giudicante²¹.

Chiariti dunque questi aspetti e chiarita la ripartizione dell'onere probatorio, cosa dire dello *standard di prova*? Quando la sentenza evoca la «spiegazione più plausibile dell'insorgenza della malattia» e la conclusione che «tale vaccino non offre quindi, ai sensi dell'art. 6 di tale direttiva, la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (§ 41), sembra che adotti uno standard di prova quale il “più probabile che non”, tradizionalmente adottato in sede civile nei paesi di common law²². L'impressione si rafforza quando la Corte ribadisce il principio del contraddittorio e la necessità di considerare gli elementi offerti dal produttore al fine di «mettere in dubbio il grado di plausibilità» di cui sopra (§ 42): le versioni dei fatti dell'una e dell'altra parte vanno confrontate per stimarne la relativa plausibilità e giudicare se, in altri termini, quella dell'attore, gravato dall'onere, sia “più probabile che non”.

Alcuni aspetti della questione resistono però a questa risposta sullo standard. Innanzitutto, a ben vedere suona incongruo qualificare come “grave” una presunzione che si limita a soddisfare uno standard non esigente come il “più probabile che non” (uno standard che in termini quantitativi, ammesso e non concesso che si possa tradurlo così, corrisponde a qualsiasi valore > 0,5). Ricordiamo che la Corte insiste sulla necessità di riscontrare l'effettiva gravità, precisione e concordanza delle presunzioni a carico del produttore. Non è questo in tensione con uno standard come il “più probabile che non”? Ricordiamo altresì che la Corte parla di un «grado sufficientemente elevato di probabilità» (§ 28) e di un «grado di plausibilità» (§ 42) che soddisfano l'onere probatorio. Se questo “grado” è il “più probabile che non”, viene da pensare che la Corte ponga troppa enfasi su tale “gravità”. Inoltre, si può riprendere l'argomento visto sopra e insistere sull'indeterminatezza dello standard in questione: per specificare l'idea di un «grado sufficientemente elevato di probabilità» e non renderne arbitrario l'utilizzo, è sufficiente dire che devono esservi presunzioni «gravi, precise e concordanti»?

In secondo luogo, il problema ha degli aspetti sistemici in tutti gli ordinamenti che, come quello italiano, prevedono il raggiungimento della prova civile in base a «presunzioni gravi, precise e concordanti» (art. 2729 c. I c.c.) e di quella penale in

malattia da cui è affetto il danneggiato, la sussistenza di un nesso di causalità tra il difetto attribuito al vaccino e il danno subito dal danneggiato deve sempre essere considerata dimostrata in presenza di taluni indizi fattuali predeterminati di causalità».

²¹ CARLIZZI 2018, 37-46.

²² Su oneri e standard, si veda ALLEN 2014. Cfr. fra gli altri STEIN 2005, 78 ss. e FERRER BELTRÁN 2007, 35 ss.

base a indizi «gravi, precisi e concordanti» (art. 192 c. II c.p.p.). Se si tratta della stessa gravità, precisione e concordanza, anche lo standard dovrebbe essere lo stesso. E poiché nel processo penale italiano lo standard di prova è, in base al diritto positivo (art. 533 c. I c.p.p.), l'«al di là di ogni ragionevole dubbio», ne seguirebbe che lo stesso vale per il processo civile²³. Il che è non solo contro-intuitivo ma anche in conflitto con l'osservazione della Corte vista sopra secondo cui, nell'ambito in discussione, uno standard elevato non garantirebbe una «giusta ripartizione dei rischi» e non consentirebbe di «tutelare la sicurezza e la salute dei consumatori» (§ 32). Ne segue che deve trattarsi di *diversa* gravità, precisione e concordanza. Una gravità, per dire, che non si concreti nel superamento di una soglia probabilistica prossima a 1, ma nel superamento dello 0,5.

La sentenza, come abbiamo visto, insiste a più riprese sul «libero apprezzamento» da parte del giudice di merito. Ora, posto che il libero apprezzamento attiene più alla valutazione delle prove che alla decisione sullo standard e il suo soddisfacimento, la cosa non è molto d'aiuto per risolvere il problema che stiamo discutendo. Si può valutare con libero apprezzamento tanto se le prove soddisfino uno standard come il “più probabile che non” quanto se soddisfino uno standard come l'“oltre ogni ragionevole dubbio”. I criteri di valutazione delle prove non vanno confusi con gli standard probatori²⁴. Ma la logica dell'affidarsi al libero apprezzamento è piuttosto chiara: è l'idea di conferire un potere valutativo e decisorio al giudice, senza vincolarlo a standard predefiniti. È chiaro che, in un sistema dove è rigettato il principio della prova legale, il giudicante deve avere un potere valutativo in merito alla prova; ma questo non implica che debba avere il potere decisorio di determinare la soglia di sufficienza probatoria.

Se si ritiene comunque che dal punto di vista sistemico e della giustificazione delle decisioni giudiziali l'appello al libero apprezzamento e alle presunzioni gravi, precise e concordanti sia sufficiente, non occorre interrogarsi oltre su quale sia lo standard probatorio in casi come quello qui discusso. (Non si trascurino peraltro i limiti di intervento della Corte di giustizia e del diritto dell'Unione nel diritto degli Stati membri, i quali mantengono una prerogativa sulla fissazione delle modalità di assunzione della prova, dei principi della sua valutazione e dello standard richiesto).

Se invece si pensa che la protezione dei diritti soggettivi e le esigenze della giustizia sia processuale che sostanziale richiedano una maggiore definizione dei requisiti di giustificazione della decisione giudiziale, si potrebbe considerare l'ipotesi che in questi casi il grado di prova richiesto (dalla prassi) o da richiedere

²³ Nel sistema dei codici italiani manca un'espressa indicazione dello standard civile (a differenza di quanto accade con lo standard penale). La giurisprudenza ha iniziato ad adottare da alcuni anni il “più probabile che non”, proprio a partire dalla prova del nesso causale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Vedi ad es. Cass. sez. III civile, n. 10285/2009, n. 10741/2009, n. 15991/2011, n. 23933/2013, n. 18392/2017.

²⁴ Cfr. UBERTIS 2004, 119 ss.; FERRER BELTRÁN 2007, 32 ss.; TARUFFO 2009, 218 ss.; TUZET 2018.

(con un intervento legislativo) sia quello della “prova chiara e convincente”, cioè lo standard intermedio che tradizionalmente si adotta negli Stati Uniti per rendere più difficile la prova in certi casi civili di particolare rilievo (data la posta in gioco) ma non al punto da renderla così difficile come nei casi penali. Per affermare che tale standard intermedio è già presente, anche se non esplicitato, nel diritto e nella giurisprudenza rilevante occorrerebbe uno sforzo ermeneutico e ricostruttivo che supera le nostre forze. Relativamente più facile sarebbe adottarlo come standard *de jure condendo* qualora si abbiano motivi di insoddisfazione (come abbiamo visto sopra) tanto nei confronti del “più probabile che non” quanto nei confronti dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”²⁵ relativamente a casi come quello qui discusso.

Però tale standard intermedio ha un punto debole: la sua formulazione richiama il requisito soggettivo della convinzione del giudice, il che rischia di trasformarlo in un esercizio di introspezione che poco ha a che fare con le esigenze epistemiche della ricostruzione fattuale. Se il giudice dovesse semplicemente chiedersi “Sono convinto?” ed esaminare a tal fine il proprio stato mentale circa i fatti controversi, lo standard non soddisferebbe l’insieme dei requisiti metodologici visti nella prima parte del presente scritto in merito alla formulazione di uno standard probatorio (*supra*, 1.2.1). In particolare, non verrebbe soddisfatto il requisito a) che esclude l’utilizzazione dei criteri soggettivi del decisore. Così il problema resta aperto.

In conclusione, il lavoro da fare è ancora molto e ci auguriamo che scritti come il presente vi diano un utile contributo.

²⁵ Su cui si vedano ancora gli argomenti critici in LAUDAN 2006, 36 ss. e FERRER BELTRÁN 2007, 149 ss.

Riferimenti bibliografici

- ALLEN R.J. 1994. *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, in «Northwestern University Law Review», 88, 1994, 604 ss.
- ALLEN R.J. 2014. *Burdens of Proof*, in «Law, Probability and Risk», 13, 2014, 195 ss.
- ALLEN R.J., PARDO M.S. 2019. *Relative Plausibility and Its Critics*, in «The International Journal of Evidence and Proof», 23, 2019, di prossima pubblicazione.
- CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (Bologna), Bonomo.
- COPI I.M., COHEN C. 1990. *Introduzione alla logica*, 3 ed., Bologna, il Mulino, 1999 (ed. or. *Introduction to Logic*, London, Macmillan, 1990, trad. it. di G. Lolli).
- FERRER BELTRÁN J. 2007. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012 (ed. or. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, trad. it. di G.B. Ratti).
- IACONA A. 2005. *L'argomentazione*, 2 ed., Torino, Einaudi, 2010.
- KAHNEMAN D. 2011. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2016 (ed. or. *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, trad. it. di L. Serra).
- LAUDAN L. 2003. *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in «Legal Theory», 9, 2003, 295 ss.
- LAUDAN L. 2006. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ROBERTS P., ZUCKERMAN A. 2004. *Criminal Evidence*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- TARUFFO M. 2009. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza.
- TUZET G. 2015. *On the Absence of Evidence*, in BUSTAMANTE T., DAHLMAN C. (eds.), *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham, Springer, 2015, 37 ss.
- TUZET G. 2013. *Filosofia della prova giuridica*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- TUZET G. 2018. *Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification*, in «Artificial Intelligence and Law», 26, 2018, in corso di pubblicazione.
- UBERTIS G. 2004. *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, 4 ed., Milano, Giuffrè, 2017.
- WALTON D. 1996. *Arguments from Ignorance*, University Park, The Pennsylvania State University Press.