

## GLI STANDARD PROBATORI

Partiamo con una definizione.

Intendiamo, per standard probatori, le regole giuridiche che stabiliscono il grado di supporto che un'ipotesi deve ricevere dalle prove disponibili perché possa ritenersi dimostrata – o provata – ai fini dell'adozione di un certo provvedimento.

Sembrano subito opportune tre precisazioni.

A) Parliamo di regole giuridiche, quelle che, implicitamente o esplicitamente, ogni ordinamento si dà e che possono variare, e in effetti variano, a seconda del tipo di processo, della fase in cui il processo si trova, della natura del provvedimento da adottare (o non adottare): è ben noto che, nel nostro ordinamento, non coincidono, o non coincidono del tutto, gli standard per la decisione finale nel processo civile e in quello penale, o, all'interno del processo penale, per un sequestro, probatorio o preventivo, per una cattura e per la condanna.

Un'autorevolissima dottrina – Paolo Ferrua - sostiene che gli standard in realtà non esistano: si può considerare provato qualcosa, sostiene l'illustre studioso, solo se si è raggiunta la soglia dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, perché al di sotto ci sono soltanto illazioni e sospetti; quello che cambia è la proposizione da provare, che è – nella dicotomia fondamentale - la colpevolezza dell'imputato nel giudizio di merito, la sua probabile colpevolezza nel giudizio cautelare.

Questo, però, sembra un modo molto raffinato per spostare il problema con un sottilissimo gioco di parole: è difficile dire, senza perdersi in un labirinto concettuale, che è certamente provata la probabile colpevolezza.

In ogni caso, la realtà dell'ordinamento è di tutta evidenza: gli standard probatori li leggiamo nel codice (e in qualche legge speciale) e li vediamo all'opera quotidianamente, nei subprocedimenti incidentali che si inseriscono nella fase delle indagini preliminari – riesami, appelli, e adesso anche le opposizioni di nuovo conio introdotte dagli artt. 252-bis e 352 co. 4-bis c.p.p. – nei riti abbreviati, nei dibattimenti, ma anche, se ci si pensa bene, nei patteggiamenti.

Mauro Iacoviello, all'inizio del bell'articolo Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione, in Cass. Pen. 2006, 3869, si chiede, un po' provocatoriamente: se davvero lo standard è un'autentica *regula juris*, è possibile un ricorso per la sua violazione, come motivo distinto da quello art. 606 co. 1 lett. e c.p.p.?

La risposta, come vedremo, è arrivata di recente.

B) Parliamo di ipotesi, perché le ipotesi – o, se si preferisce, le proposizioni che le esprimono – sono l'oggetto della prova: al giudice penale vengono sottoposte, per lo più dal pubblico ministero, ma anche dalla difesa, ipotesi che riguardano fatti di rilevanza penale, processuale e sostanziale, e lo stesso accade, ad opera delle parti, nel processo civile, con riguardo a fatti che sono fonte di obbligazioni, ma, più ampiamente, che hanno effetti regolati dal diritto civile (qui prendiamo in considerazione, per evitare di dilatare eccessivamente il discorso, solo il giudice, in primo luogo penale e poi anche civile, ma potrebbero venire in considerazione, *mutatis mutandis*, il pubblico ministero e persino la polizia giudiziaria).

Su questo avremo modo di tornare.

C) Parliamo di standard probatori, che dovrebbero a rigore essere distinti dalle regole di giudizio.

Nella struttura se ... allora che caratterizza la norma giuridica, lo standard si colloca nella premessa, o protasi, la regola di giudizio esprime la conseguenza, o apodosi: così, l'art. 530 co. 2 c.p.p., letto in connessione con l'art. 533 co. 1 c.p.p., ci dice che, se consta un ragionevole dubbio sulla colpevolezza, si deve assolvere.

Dato che standard probatorio e regola di giudizio agiscono insieme nel determinare il contenuto della decisione, è tollerabile che i termini siano usati promiscuamente; più singolare è che tanti si ostinino a scambiare la regola di giudizio dettata dall'art. 530 co. 2 c.p.p. per una formula di assoluzione da riportare nel dispositivo, facendo rivivere, contro ogni intenzione del legislatore e contro il corso della storia, la vecchia insufficienza di prove, abrogata nell'ormai lontano 1989 (si possono

richiamare, almeno, Pier Paolo Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 190, Marcello Gallo, *Le formule assolutorie di merito*, 112, e Mauro Iacoviello, voce Motivazione della sentenza penale, in *Enciclopedia del diritto*, pag. 766; Oliviero Mazza, ne *La testimonianza dell'imputato assolto fra verità processuale e autodifesa dell'onore*, 150, censura la "prassi giudiziaria deviante").

Una curiosità: fraintendere in questo modo la previsione codicistica fa nascere, *inter alia*, il problema se l'imputato assolto con la supposta formula dubitativa abbia o non abbia interesse ad impugnare, problema che ha una struttura logica molto vicina al famoso *stabilire se l'attuale Re di Francia è calvo*.

Siamo nel campo dell'indecidibile, che qualcuno ha considerato un terzo valore di verità, accanto al vero e al falso.

### *A che cosa servono gli standard probatori?*

Hanno diverse funzioni, alcune rilevabili solo negli ordinamenti di un certo tipo – negli ordinamenti di *civil law* come il nostro, rendere possibile il controllo della motivazione in sede di impugnazione – ma almeno una comune a tutti gli ordinamenti: distribuire il rischio di errore fra le parti.

Qualcuno dice, piuttosto, minimizzare il rischio dell'errore, ma questa è una descrizione alquanto impropria della funzione: è sbagliata una sentenza che condanna l'imputato innocente, ma lo è anche una che assolve l'imputato colpevole; è sbagliata la sentenza che condanna il convenuto a restituire la somma che non ha ricevuto in mutuo, ma lo è anche quella che rigetta la domanda contro il convenuto che in effetti l'ha ricevuta (è nel contesto del mutuo affermato e negato, sia detto per inciso, che nasce il brocardo *actore non probante reus absolvitur*, Cordero, *Procedura Penale*, 964).

Distribuire il rischio dell'errore, tenendo conto degli interessi in gioco.

I litiganti di una causa civile si presentano su un piano di parità, sicché non c'è ragione di preferire la tutela dell'attore rispetto a quella del convenuto, o viceversa.

Pubblico ministero e imputato si muovono, invece, su piani del tutto distinti, il primo perseguendo l'interesse collettivo alla repressione dei reati, l'imputato difendendo quel bene supremo che è la libertà personale.

E' un tratto costitutivo della cultura giuridica occidentale di tutti i tempi ritenere incomparabilmente più grave l'errore della condanna dell'innocente di quello dell'assoluzione del colpevole: tutti abbiamo nelle orecchie espressioni enfatiche, ma sostanzialmente giuste, come quella di William Blackstone, "è meglio che dieci colpevoli la facciano franca, piuttosto che un solo innocente abbia a soffrire" (*Commentaries on the Laws of England*, anni '60 del XVIII secolo), ma si può andare indietro fino al rescritto di Traiano, "molto meglio lasciare impunito il delitto del colpevole che condannare un innocente" (cit. da Jacopo della Torre, *Gli standard di prova per la condanna penale*, pag. 139).

E' su questa piattaforma concettuale che il processo civile e il processo penale hanno sviluppato, anche nel dialogo e nel confronto fra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, standard probatori diversi, che – anticipiamo - più o meno in tutti gli ordinamenti sono, adesso, il più probabile che non per il processo civile e l'al di là di ogni ragionevole dubbio nel processo penale.

Dovrebbe essere evidente che fissare uno standard è una scelta eminentemente politica, che suppone un bilanciamento di interessi che è esclusiva attribuzione del legislatore.

Ma gli standard non variano solo a seconda della natura del processo: variano anche – per restringere lo sguardo al processo penale italiano contemporaneo – a seconda della fase in cui il processo, o, se vogliamo usare il linguaggio del legislatore, il procedimento, che diventa processo, si trova nel corso del suo sviluppo.

Gli standard possono essere disposti in un ordine crescente, che corrisponde, approssimativamente, all'avanzare della serie degli atti del procedimento/processo dall'iscrizione della notizia di reato alla sentenza.

### *Il contenuto degli standard probatori*

Abbiamo detto ordine crescente, ma che cosa cresce esattamente? Cresce il grado di conferma che il legislatore pretende che l'ipotesi abbia ricevuto perché si possa prendere il provvedimento richiesto, o, detto altrimenti, il grado di probabilità che il giudice deve poter riconoscere all'ipotesi per poterla porre a fondamento della sua decisione.

Qui è essenziale essere chiari: nel processo, non importa se civile o penale, come nella scienza, non esiste certezza, solo probabilità.

Capita, purtroppo, di leggere, nelle ordinanze dei giudici per le indagini preliminari, ma anche nelle sentenze della cassazione, che per integrare la gravità indiziaria basta “un consistente grado di probabilità” (così si esprime C 22740/2020, Rv 279515), mentre la certezza sarà materia del giudizio. Si tratta di una posizione che serve, presumibilmente, ad abbassare la soglia di conoscenza necessaria per l'applicazione di misure cautelari; particolarmente inquietanti sono i riferimenti alla “fluidità dell'incolpazione”, alla quale verrebbe da replicare che l'incolpazione sarà anche fluida, ma le sbarre della cella sono ben solide; una posizione, comunque, che, quale ne sia l'origine ideologica, non ha nessun fondamento, né nell'epistemologia, né nel diritto.

Se per certezza si intende necessità, come quella che connota affermazioni del tipo “tutti i triangoli hanno tre lati” o “nessuno scapolo è sposato”, si designa un traguardo che è al di fuori della portata di qualsiasi giudice in qualsiasi processo, o, più ampiamente, di qualsiasi storico (in fondo, il giudice è una specie del genere *storico*, è uno storico la cui attività ha una sola caratteristica peculiare, quella di essere interamente regolata dalla legge).

Il giudice, come qualunque storico, ricostruisce i fatti del passato, o meglio verifica le proposizioni che descrivono fatti del passato, attraverso i segni che si manifestano nel presente, o meglio attraverso le proposizioni che descrivono i segni che si manifestano nel presente, secondo ragionamenti che non possono mai produrre certezza, ma solo probabilità, più o meno elevata.

Lo schema si sviluppa più o meno così: da un'informazione probatoria (*probans*) passo ad un oggetto di prova, o fatto da provare (*probandum*), attraverso un criterio di inferenza, che può essere una legge scientifica o una massima di esperienza: ed è esattamente questo, vale la pena di sottolineare, il metodo di valutazione, nello stesso tempo legale e razionale della prova prescritto dall'art. 192 co. 1 c.p.p.

Per chi ne avesse la curiosità, posso aggiungere che il metodo rispecchia probabilmente il nostro comune modo di pensare, ma viene teorizzato e messo a punto con rigore critico dai migliori epistemologi, nonché filosofi della scienza, Karl Popper e Carl Hempel, tanto che lo si chiama metodo di Popper-Hempel, ed è condensato nel saggio di Hempel *La funzione delle leggi generali nella storia*, pubblicato originariamente nel 1942.

L'idea di fondo è che spiegazione e previsione abbiano struttura analoga: da un'ipotesi ricavo una previsione, e, se la previsione si realizza, l'ipotesi ne riceve conferma, o un certo grado di conferma.

Previsione qui non va inteso nel senso del linguaggio comune, come affermazione rivolta verso il futuro, ma come affermazione rivolta verso l'ignoto: così, se l'ipotesi è che A abbia ucciso B con un colpo di pistola, prevedo che sulla mano di A possano trovarsi residui dello sparo; se in effetti i residui vengono trovati, la previsione diventa una possibile spiegazione della morte di B.

Da notare che da questo punto di vista, non c'è differenza fra prova indiziaria e prova dichiarativa: prevedo che, se il bambino sentito nell'incidente probatorio, supposta vittima di violenza sessuale, dice la verità, il suo racconto otterrà dal perito un punteggio elevato nella CBCA; più genericamente, sempre sfruttando l'analogia fra spiegazione a previsione, siamo portati a ritenere attendibile il teste che non si contraddice neanche nel controesame.

Per ciò che concerne specificamente la prova dichiarativa, segnalo due opinioni che si collocano agli antipodi.

Per Filippo Bottalico, in *Non dire falsa testimonianza*, saggio inserito nella raccolta *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, “il racconto che [il giudice] udirà dal testimone sarà assistito da una presunzione (relativa) di veridicità” (pag. 166), dal momento che la falsa testimonianza e il rifiuto di renderla sono colpiti da sanzioni penali.

Tutto al contrario, Mauro Iacoviello, cit., sostiene (pagg. 775-776) che la tecnica del necessario riscontro, dettata dall'art. 192 co. 3 c.p.p. per certe figure di dichiarazione, vada "generalizzata a tutte le prove dichiarative"; è la prova dichiarativa in quanto tale a richiedere riscontri, perché, anche se potessimo dare per dimostrato (ciò che è, ovviamente, impossibile) che il testimone non si è mai sbagliato e non ha mai mentito in precedenza, non abbiamo nessun criterio che ci assicuri che non menta e non si sbaglia proprio questa volta.

Alla prima opinione si può senz'altro obiettare che la legge processuale non contiene nessuna gerarchia dei mezzi di prova, e in particolare nessuna regola in virtù della quale l'esame del testimone a carico valga più di quello dell'imputato; la presunzione di innocenza suggerisce forse, se presa sul serio, l'esatto contrario.

Quanto alla seconda opinione, ci viene ripetuto fino alla nausea che la testimonianza della persona offesa può bastare, da sola, a fondare la condanna.

Qui mi permetterei di parafrasare il califfo Omar alle prese con la biblioteca di Alessandria: se con questo s'intende che la testimonianza della persona offesa non è soggetta alla stretta regola dell'art. 192 co. 2 c.p.p., la tesi è inutile; se s'intende qualcosa di più, cioè la testimonianza della persona offesa gode di una presunzione di veridicità, la tesi è francamente dannosa.

Detto altrimenti, a fronte del dichiarato di un testimone, soprattutto di un testimone a carico, la domanda non è che ragione abbiamo per non credergli o crederle, come non di rado si sente chiedere, ma che ragione abbiamo per credergli o crederle.

Che cosa comporta questo?

Che la ricerca di conferme è sempre ineludibile, e che nello scenario – raro, ma non tanto quanto si potrebbe pensare – di due racconti contrapposti, entrambi di buona qualità ma autoreferenziali, come quelli della signora Frola e del signor Ponza suo genero, non possiamo scegliere, e non ci resta che applicare la regola di giudizio dell'art. 530 co. 1 c.p.p.; se, però, il racconto del testimone persona offesa è coerente e congruente, mentre quello dell'imputato è un cumulo di assurdità, scegliere possiamo, e condannare, anche nell'assoluta mancanza di riscontri, esito che sarebbe precluso dalla regola di prova legale negativa dettata dall'art. 192 co. 3 c.p.p.

In definitiva, possiamo stare dalla parte di Mauro Iacoviello, magari ricordando De Andrè, *se non tutto giusto quasi niente sbagliato*.

Le singole prove vanno valutate prima singolarmente, ma poi nel loro insieme, e riceviamo severi ammonimenti contro la loro "parcellizzazione": la valutazione d'insieme delle prove è cosa ovvia, ma bisogna distinguere a seconda della disposizione rispetto all'ipotesi, che può essere, secondo l'efficace immagine impiegata in più luoghi da Paolo Ferrua, a raggiera o in sequenza, o catena.

Se sono disposte a raggiera, si rinforzano senz'altro a vicenda: non solo sulla mano di A la polizia scientifica trova i residui dello sparo, ma c'è un testimone – magari di per sé un po' sospetto, perché da tempo in cattivi rapporti con l'imputato – che dice di aver visto A sparare a B.

Se invece si dispongono in sequenza, o a catena, come quando da una certa prova si voglia inferire la presenza dell'imputato sul luogo del delitto, e dalla raggiunta dimostrazione della presenza inferire che del delitto è proprio lui l'autore, la catena non è più forte del suo anello più debole.

Le prove disponibili – s'intende quelle legittimamente acquisite – alla fine danno all'ipotesi un certo grado di supporto: determinare quale sia il grado di supporto necessario perché possa essere adottato il provvedimento, che nell'ipotesi ha la sua base fattuale, è appunto il contenuto proprio degli standard probatori.

Dovrebbe essere evidente, a questo punto, ma è opportuno insistere: siamo sempre nel regno della probabilità, non della certezza.

Lo ammette la Corte suprema degli Stati Uniti in *Victor v. Nebraska* e *Sandoval v. California*, dove si legge che "the beyond a reasonable doubt standard is itself probabilistic" e si sostanzia in un "very high level of probability; lo ammette CSU 30328/2002, sentenza Franzese, che bolla come "utopistica" la meta della "certezza assoluta" e consacra il concetto di probabilità, aprendo la strada a

quello che ormai può considerarsi patrimonio comune della nostra giurisprudenza (se possiamo chiosare, chiosiamo solo che la certezza o è assoluta o non è; se non possiamo poggiare le nostre decisioni sulla certezza, perché è utopistica, dobbiamo accontentarci della probabilità).

Gli standard probatori fissano il grado di probabilità dell'ipotesi, ritenuto necessario dal legislatore perché il giudice possa accogliere la richiesta di una parte – nel processo penale di solito il pubblico ministero – di adottare un certo provvedimento, sia una misura cautelare, sia il rinvio a giudizio, sia la condanna

Dovrebbe essere evidente che, quando parliamo di probabilità, non ci riferiamo alla probabilità statistica, che non dice nulla sui singoli fatti, ma misura solo con quale frequenza un tipo di evento si verifica in una successione di eventi: possiamo citare, per chiarire il concetto, due esempi celebri, quello degli imbucati nel rodeo e quello del poliziotto ucciso nel pub.

Esempio del rodeo: non sono stati stampati biglietti, ma sappiamo che ne sono stati venduti 499, quando gli spettatori entrati sono 1.000.

La probabilità che ogni singolo spettatore non abbia pagato il biglietto sono pari al 50,1 %, per cui gli organizzatori del rodeo secondo lo standard del più probabile che non (l'esempio viene dal processo civile) dovrebbero vincere la causa contro tutti, il che è palesemente assurdo.

Esempio del poliziotto ucciso nel pub: sono stati identificati tutti i 20 clienti presenti, e il gestore testimonia che tutti, tranne uno, hanno partecipato all'omicidio, ma non sa identificare quello rimasto estraneo.

Ogni cliente ha il 95% di probabilità di essere colpevole, ma nessun giudice sensato lo condannerebbe.

Neppure ci riferiamo alla probabilità soggettiva, che misura il nostro grado di credenza razionale in un'ipotesi, e condivide con la probabilità statistica metodi di calcolo matematico; qui basti dire che – senza contare che gli strumenti di calcolo proposti con il teorema di Bayes sono inaccessibili al giurista medio – non ci interessa esprimere giudizi sull'intimo del giudice, ma, nei limiti del possibile, sul mondo, o sulle proposizioni che descrivono il mondo.

La probabilità che ci serve è la probabilità logica, intesa come relazione fra due proposizioni, quella che designa il *probans* e quella che designa il *probandum*: una probabilità – questo è il concetto essenziale, il punto di arrivo di questa breve divagazione – che non può mai essere ridotta in termini numerici.

Analizzare in dettaglio tutti gli standard presenti nel sistema sarebbe un fuor d'opera, ma possiamo passarne in rassegna alcuni.

### *Lo standard nullo*

Per quanto possa meravigliare, lo standard nullo, almeno secondo la corte di cassazione, esiste: C 2849/2020 ritiene, sulla scorta di una nutrita serie di precedenti, che la polizia giudiziaria possa eseguire (e il pubblico ministero convalidare, e adesso – si suppone – il giudice adito ex art. 352 co. 4 bis c.p.p. dichiarare conforme a legge) una perquisizione, per la ricerca di sostanze stupefacenti o psicotrope, sulla scorta della segnalazione di una “fonte confidenziale e anonima”.

La norma reale ricavabile dall'art. 103 co. 3 d.p.R. 309/90 sarebbe, in sostanza, *la polizia giudiziaria perquisisce chi le pare, quando le pare e come le pare*.

Come questo si concili con gli artt. 13 e 14 Cost., che richiedono una predeterminazione per legge dei casi in cui il sacrificio della libertà personale e del domicilio è consentito, mi sfugge; del pari, mi sfugge come questa lettura, che attribuisce alla polizia giudiziaria poteri enormemente superiori a quelli del pubblico ministero, possa non sovvertire il rapporto di subordinazione stabilito dall'art. 109 Cost., a mente del quale è l'autorità giudiziaria che dispone – per di più direttamente - della polizia giudiziaria, non la polizia giudiziaria che dispone, magari indirettamente, dell'autorità giudiziaria.

C'è poi da chiedersi, alla luce della normativa più recente, come si possa svolgere il contraddittorio nell'udienza di opposizione fissata ex art. 252 bis e 352 co. 4 bis c.p.p. e regolata dall'art. 127 c.p.p., che, al co. 3, prevede un dialogo e un confronto, almeno virtuale, fra le parti, che, se compaiono,

sono sentite, cioè propongono al giudice argomenti: e il giudice dovrebbe accertare la legittimità della perquisizione accettando l'argomento *me lo ha detto un uccellino?*

Qualche suggerimento si può ricavare, forse, da Corte cost. 252/2020, che ha ribadito la necessità di una convalida da parte del pubblico ministero, riportando così per questo profilo la perquisizione disciplinata dall'art. 103 co. 3 d.p.R. 309/90 al modello dell'art. 352 c.p.p.: potrebbe essere questo il primo passo verso una lettura costituzionalmente orientata, che riduca la specialità dell'art. 103 co. 3 d.p.R. 309/90 alla liberazione della polizia giudiziaria dai vincoli codicistici della flagranza, dell'evasione e dell'esecuzione di una custodia cautelare in carcere, ma non da quello del fondato motivo – fondato, *id est*, come minimo, esplicitabile nel contraddittorio – che, nei termini dell'art. 247 c.p.p., giustifica e nello stesso tempo contiene l'azione del pubblico ministero.

Naturalmente, il dato positivo che, adesso, sia possibile contestare la legittimità di qualunque perquisizione cui non sia seguito un sequestro riporta all'attualità il vecchio problema della perquisizione fruttuosa, ben più gravida di conseguenze per l'indagato: è possibile continuare a sostenere che non ne sia consentito nessun controllo e comunque che, anche se è illegittima, l'illegittimità non si ripercuote né tanto né poco sul sequestro e sulla sorte del processo?

Il discorso non si può certo aprire qui; notiamo solo che Corte cost. 252/2020 non tiene nessun conto, perché i giudici costituzionali non avevano la sfera di cristallo, del d.lvo 150/2022, che ha introdotto l'istituto dell'opposizione alla vana perquisizione.

### *Lo standard inafferrabile*

Cercare di stabilire quale sia di preciso, nel diritto positivo italiano vigente, lo standard probatorio per i sequestri, e se sia diverso per il sequestro preventivo e per il sequestro probatorio, per tacere di quello preventivo, è impresa ardua anche per il giurista più raffinato.

Sappiamo senza esitazioni che cosa non è, lo standard: non è la gravità indiziaria, e questo rappresenta senz'altro un caposaldo dell'elaborazione giurisprudenziale, che incontra tutt'al più qualche isolato dissenso in dottrina, ma è dotato di un solido appoggio testuale nel codice di diritto processuale, perché né l'art. 247, né l'art. 316 né l'art. 321 c.p.p. contengono le parole "gravi indizi". Si prova quasi nostalgia per i bei tempi in cui il giudice di legittimità si esprimeva, almeno, in termini che non potevano dar luogo a fraintendimenti: per CSU 4/1993 bastava "l'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato".

Il concetto veniva comunemente tradotto in "astratta configurabilità del reato" – etichetta che, fra l'altro, non è uscita dall'uso - a sua volta identificata nell'iscrizione della notizia di reato (che fino al d.lvo 150/2022 non richiedeva particolari presupposti cognitivi) e nella pendenza del procedimento.

Circa nel 2020 c'è stata la svolta, quando C 3722/2020, decisa alla fine dell'anno precedente, ha parlato di "concreti e persuasivi elementi di fatto, quantomeno indiziari, che consentano di ricondurre l'evento punito dalla norma penale alla condotta dell'indagato", concetto che non si presta facilmente ad essere tradotto in uno standard probatorio riconoscibile.

Sibillino il messaggio di C 8152/2023, per la quale il giudice, valutato tutto il valutabile, dovrebbe indicare, "sia pure sommariamente, le ragioni che rendono sostenibile l'impostazione accusatoria e plausibile un giudizio prognostico negativo per l'indagato, pur senza sindacare la fondatezza dell'accusa" : sembra quasi evocata la vecchia sostenibilità dell'accusa in giudizio, ma poi come si possa esprimere una plausibile prognosi di condanna – che in sostanza, come diremo meglio, è la gravità indiziaria – senza sindacare la fondatezza dell'accusa supera le mie capacità di comprensione. Forse più utile C 20341/2024, che, dopo aver ripudiato apertis verbis l'astratta configurabilità, vuole "elementi di fatto, quantomeno indiziari, che consentano – tenendo conto della fase processuale – di ricondurre l'evento punito dalla norma penale alla condotta dell'indagato, pur non dovendo assurgere, il compendio complessivo, alla persuasività richiesta dall'art. 273 c.p.p. per le misure di cautela personale".

Lo standard, dunque, non è l'astratta configurabilità, che in effetti era molto modesto al cospetto dell'incidenza che un sequestro, soprattutto – ma non soltanto - preventivo, può avere sulla vita

dell'indagato, e non è la gravità indiziaria, riservata alle misure personali: lo standard è l'esistenza di indizi, non gravi e nemmeno sufficienti.

E quindi?

Quindi, prima di tutto, il pubblico ministero deve enunciare chiaramente la sua ipotesi storica (ineccepibile, al riguardo, C 3604/2019, che si riferisce al sequestro probatorio, con un ragionamento applicabile a fortiori al sequestro preventivo), e il modo migliore è la formulazione di un'imputazione provvisoria.

Al giudice per le indagini preliminari prima, a quello del riesame poi, tocca un duplice controllo: primo, che l'ipotesi, considerata come fattispecie concreta, corrisponda alla fattispecie astratta prefigurata dalla norma incriminatrice; secondo, che l'ipotesi trovi un qualche fondamento negli atti, pur senza essere quella dimostrata con piena confutazione delle ipotesi alternative proposte dalla difesa e senza essere nemmeno quella prevalente, perché se si pretendesse questo si entrerebbe nel campo della gravità indiziaria (quando non, addirittura, nel campo del più probabile che non, su cui si decidono nel merito le cause civili).

Lo standard, così concepito, sembra coincidere, e forse coincide davvero, con il rovescio negativo di un altro, molto più illustre, quello dell'al di là di ogni ragionevole dubbio: lascio ad altri ogni commento e ogni conclusione.

Il discorso vale, più o meno, per tutte le figure di sequestro, ma per il sequestro preventivo finalizzato alla confisca si può aggiungere uno spunto problematico, una domanda di sfuggita: sia l'art. 240 c.p., sia l'art. 240 bis c.p. che l'art. 12 bis d.lvo 74/2000 esordiscono con la clausola *in caso di condanna*, che è condizione della confisca.

Le norme sostanziali interagiscono con quella processuale, e integrano lo scarno dettato dell'art. 321 co. 2 c.p.p.

E' richiesta qui una vera e propria prognosi di condanna anche per il sequestro preventivo, una prognosi che non si differenzia più dalla gravità indiziaria in senso stretto, quella richiesta dall'art. 273 c.p.p.?

La risposta positiva avrebbe ricadute di rilievo, prima di tutto sulla stessa possibilità di disporre sequestri, poi sulla motivazione necessaria al giudice per le indagini preliminari per il decreto al tribunale del riesame per l'ordinanza, poi ancora sull'incompatibilità nel processo dei giudici che compongono il collegio del riesame.

*Lo standard sfuggente (ma non troppo, se si vuole guardare a fondo)*

La limitazione della libertà personale prima dell'accertamento definitivo della colpevolezza è un tema che suscita, e non potrebbe essere altrimenti, forti risonanze emotive e costringe e pone davanti a scelte che sono etiche, prima ancora che politico-giuridiche.

La polemica è risalente, prosegue ancora oggi e non si estinguerà mai.

Secondo Francesco Carrara, la custodia preventiva è una "ingiustizia necessaria" (Programma del corso di diritto criminale, par. 896, nota); Vincenzo Manzini, tutto al contrario, la tiene in stima fino ad utilizzarla, del tutto coerentemente, come argomento contro la "strana assurdità escogitata in Francia", cioè la presunzione di innocenza: "perché non si abolisce la detenzione preventiva" (Trattato, quinta ed., 200-201), chiede non senza efficacia retorica il maestro, se si ritiene l'imputato un presunto innocente?

Per non perderci in un elenco interminabile, citiamo ancora solo Luigi Ferrajoli, che sognava "un processo senza detenzione preventiva" (Diritto e Ragione, pagg. 570-572), da lui ritenuto, forse con un certo esercizio di *wishful thinking*, realmente attuabile, sia pure non nei tempi brevi.

La polemica attraversa non solo il mondo della cultura giuridica, ma la società: quante volte capita di leggere sui giornali titoli come "arrestato, è subito libero", magari accanto alla notizia dell'ennesimo suicidio in carcere.

Nessuna meraviglia che anche il legislatore tenga un atteggiamento oscillante: andiamo dalla pioggia di aggettivi dell'art. 274 c.p.p. – specifiche ed inderogabili le esigenze attinenti alle indagini, concreto e attuale il pericolo di fuga e di cosiddetta recidiva – che si affiancano al principio di

proporzionalità ex art. 275 co. 2 c.p.p. e ai divieti di cui ai primi due periodi dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p. nello sforzo di contenere quanto più possibile il ricorso alle cautele, e massimamente alla carcerazione preventiva, fino alle presunzioni di adeguatezza delle sole misure custodiali – che adesso si presentano come relative grazie agli interventi della Corte costituzionale – stabilite dall'art. 275 co. 3 c.p.p.

La situazione, poi, è particolarmente sgradevole dal punto di vista del giudice, in specie del giudice per le indagini preliminari, che, se considera l'indagato non pericoloso, crea una proposizione scientifica in senso popperiano, che cioè può essere falsificata dall'esperienza, se l'indagato supposto non pericoloso delinque; se invece considera l'indagato pericoloso e lo mette – poniamo - in carcere, crea una proposizione metafisica, sempre in senso popperiano, che cioè non può essere falsificata da nessun esperimento, perché nessuno potrà mai dimostrare che l'indagato, non chiuso in cella, si sarebbe comportato bene (vedi Paolo Ferrua, La prova nel processo penale, pag. 124).

Che cosa sono, allora, questi gravi indizi di colpevolezza, su cui tante tensioni si concentrano?

Evitiamo di perderci in vicoli ciechi.

A quello che contrappone certezza e probabilità abbiamo già accennato; in giurisprudenza si trovano altre posizioni, anche molto consolidate, che non possono non suscitare qualche perplessità, perché escludono, con un apparato argomentativo più o meno articolato, che gli indizi, in quanto presupposto applicativo delle misure cautelari, debbano essere connotati, oltre che da gravità, anche da precisione e concordanza, perché l'art. 273 co. 1 c.p.p. bis non richiama l'art. 192 co. 2 c.p.p.: così C 7092/2025.

E' fin troppo facile replicare *quindi voi vorreste catturare avendo in mano elementi vaghi e per di più discordanti*; è palese che la stessa C 7092/2025 avverte il rischio della *reductio ad absurdum*, dal momento che al punto 2.2. (pag. 5) mette le mani avanti, sottolineando che “in ogni caso sono plurimi i dati valorizzati dal Collegio di seconda istanza [il tribunale del riesame], che ne ha evidenziato un maniera logica la convergenza”: come dire, in maniera alquanto antikantiana, che in teoria precisione e concordanza degli indizi non occorrono, ma in pratica in quella vicenda ci sono, e quindi possiamo stare tutti tranquilli.

L'equivoco – dovrebbe essere superfluo insistere – è palese: l'art. 273 c.p.p. e l'art. 192 co. 2 non hanno nulla a che fare l'uno con l'altro: il primo per indizio intende la *probatio minor* (quanto minore è tutto da discutere) richiesta per l'applicazione delle cautele come distinta dalla prova, si vorrebbe dire piena, necessaria per la condanna, il secondo disciplina la prova critica come contrapposta alla prova rappresentativa.

Per (tentare di) sviluppare un ragionamento costruttivo, possiamo prendere come punto di partenza due decisioni della Corte costituzionale, che, essendo di accoglimento, si inseriscono nel novero delle fonti di diritto in senso tecnico, a differenza delle sentenze della corte di cassazione, anche a sezioni unite, e delle sentenze di rigetto della stessa Corte costituzionale, che, al di fuori del processo in cui vengono date, sono – l'art. 618 co. 1 bis c.p.p. non ci riguarda – opinioni, senz'altro autorevolissime, ma opinioni.

Partiamo dunque da Corte cost. 71/1996 e 121/2009 (fonti del diritto vigente, conviene precisare, non necessariamente immodificabile, ma allo stato immodificato).

Corte cost. 71/1996 non tanto insegna, quanto stabilisce, essendo fonte, che i gravi indizi possono essere valutati anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio: che, cioè, lo standard probatorio per l'applicazione di misure cautelari è superiore, o almeno non inferiore, a quello per il rinvio a giudizio.

In realtà, che ci vogliano elementi più pesanti per prendere un tizio e sbatterlo in galera, piuttosto che per dirgli che il suo processo proseguirà il giorno tale all'ora talaltra dovrebbe essere un risultato raggiungibile con il più comune buon senso, ma tant'è.

Corte cost. 121/2009 stabilisce (Considerato in diritto, punto 6.1) che il giudizio che consente una misura cautelare è di tipo statico, *id est* basato sugli elementi sottoposti al giudice con la richiesta del pubblico ministero, e non tiene conto degli apporti ulteriori che possono venire dal dibattimento (la lettura dello standard per il rinvio a giudizio è riferito alla disciplina dell'epoca, e ha perso attualità).

E' così un cadavere pietosamente seppellito, si spera, il principio affermato da CSU 11/1995, sentenza Costantino, per la quale i gravi indizi sarebbero elementi che “non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità”.

Del resto, l'idea era poco convincente fin dall'inizio: chiunque abbia mai messo piede in un'aula di tribunale sa che il patrimonio informativo raccolto dal pubblico ministero nelle indagini nella più fortunata, per l'accusa, delle situazioni resta intatto, ma molto più spesso si annacqua, quando non viene confutato; che si arricchisca, non si è mai visto.

Dunque, riconoscere la gravità indiziaria significa fare una previsione di condanna sulla base degli elementi contenuti nel fascicolo, e di nient'altro.

La conclusione era già evidente ormai da tempo memorabile, e bastava forse già l'art. 314 c.p.p., che considera ingiusta la detenzione dell'imputato assolto: il giudice non programma detenzioni allo stato ingiuste, magari sperando che, strada facendo, diventino giuste.

L'art. 275 co. 2 c.p.p., poi, presente fin dagli albori del codice, con una trascurabile modifica nel 2001, impone al giudice di prevedere non solo l'*an*, ma il *quantum* della condanna.

Gli artt. 292 co. 1 lett. c e lett. c bis da un lato, l'art. 546 co. 1 lett. e dall'altro, disegnano, per l'ordinanza cautelare e per la sentenza, motivazioni con una struttura dialettica – le ragioni dell'accusa contro quelle della difesa – speculare; nell'ordinanza, gli elementi a discarico non basta nemmeno che siano non attendibili, come nella sentenza, ma devono essere addirittura non rilevanti.

Adesso, poi, il rinvio a giudizio è consentito, con il d.lvo 150/2022, solo in forza di una previsione di condanna, ovviamente ragionevole, e lo standard indiziario, come sappiamo, non può essere niente di meno.

Ripetiamo, allora: riconoscere la gravità indiziaria significa fare una previsione di condanna, ragionevole, sulla base degli elementi contenuti nel fascicolo, e di nient'altro (e questo vale, come è ovvio, per tutte le misure cautelari che hanno il presupposto individuato dall'art. 273 c.p.p., anche le meno afflittive: se sia razionale stabilire lo stesso standard per la custodia in carcere e per il divieto di avvicinamento a una data persona, che lascia il destinatario libero di avvicinare gli altri otto miliardi abbondanti di abitanti della Terra, è tutt'altro paio di maniche).

Quando l'imputato può essere condannato? Lo sanno tutti, ma non guasta ribadirlo: quando risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio.

Come può, allora, il giudice prevedere la condanna? Quando, e solo quando, gli elementi che ha in mano soddisfano lo standard dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, semplicemente, e banalmente, perché un altro standard il sistema non lo conosce.

Gravi indizi e prove (sufficienti) non si differenziano per capacità persuasiva, ma per modalità di formazione: formazione unilaterale ad opera del pubblico ministero per i gravi indizi, formazione in contraddittorio ad opera di entrambe le parti, accusa e difesa, per le prove.

Naturalmente, si tratta di un al di là di ogni ragionevole dubbio allo stato degli atti: il testimone che ha reso nelle indagini dichiarazioni perfette può crollare miseramente nel controesame o essere sbugiardato da un teste indicato dall'imputato; quando il giudice della cautela adotta le sue determinazioni, tuttavia, retroagisce, *mutatis mutandis*, lo standard dell'art. 533 co. 1 c.p.p.

La conclusione può creare qualche sconcerto, ma è inevitabile.

Del resto, c'è qualcuno che, per davvero, si sentirebbe di scrivere in un'ordinanza *caro indagato, anch'io nutro ragionevoli dubbi che tu sia colpevole, ma, in attesa di risolverli, ti prendo e ti sbatto dentro?*

A conforto posso richiamare qualche studioso e qualche (raro) collega.

Paolo Paulesu, cit., pag. 232-233: il giudice della cautela deve “comportarsi *come se* fosse in quel momento investito della decisione finale. Il che renderebbe plausibile l'estensione della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio al contesto cautelare”.

Rossano Adorno, Libertà e cautele, pagg. 8-9: il giudice, nel determinarsi su una richiesta di misure cautelari “è tenuto a comportarsi come se fosse investito della decisione finale, di tal ché il grado di

concludenza probatoria cui deve attingere l'ipotesi accusatoria contenuta nell'addebito provvisorio è analogo a quello richiesto, per la pronuncia di condanna, dal combinato disposto degli artt. 530 comma 2 e 533 comma 1 c.p.p.”; in altre parole, “l'art. 273 comma 1 c.p.p. implica un giudizio ‘allo stato degli atti’ in cui si proiettano a ritroso tutti i requisiti necessari a condannare, senza alcuna esclusione”.

Da ultimo, un autentico gioiello, C 19867/2005, Rv. 232601: “i gravi indizi non sono altro che ‘una prova allo stato degli atti’, valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è ancora in itinere e non è ancora stato sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale ed è precisamente questo aspetto dinamico e non la loro differente capacità dimostrativa a contraddistinguerli rispetto alla prova idonea a giustificare la pronuncia di condanna”.

### *Lo standard finalmente conquistato*

L'al di là di ogni ragionevole dubbio fa il suo ingresso ufficiale nel nostro ordinamento con la l. 46/2006, legge Pecorella, la quale prefigurava - per onestà intellettuale si deve insistere su questo profilo - un disegno organico, in cui si inseriva anche l'inappellabilità delle sentenze di assoluzione.

Il pensiero di fondo era che per il pubblico ministero il ricorso per cassazione – unico rimedio assicurato dalla Costituzione contro tutte le sentenze – costituiva un presidio sufficiente, perché se un giudice riesce ad assolvere senza errori di diritto e con una motivazione non contraddittoria e non manifestamente illogica, cioè mantenendosi nell'ambito della ragionevolezza legale, un altro giudice, pensandola diversamente, potrà anche condannare, ma il ragionevole dubbio non sarà mai eliminato.

La Corte costituzionale, con la notissima sentenza 26/2006, non è di questo avviso, e per sindacare la scelta legislativa si serve – suscitando le riserve di non pochi costituzionalisti – di uno strumento elastico come il vaglio di ragionevolezza, andando alla ricerca di una giustificazione della disparità di poteri creata fra le parti, e non trovandola.

Per quanto più ci riguarda, al punto 7.1 del Considerato in diritto la Corte si pone il problema del rapporto fra appello del pubblico ministero e ragionevole dubbio, e osserva che l'appello mira a “una verifica piena delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell'istituto dell'appello”.

Questo, sia detto con il più profondo rispetto, è il gioco delle tre carte, carta vince e carta perde: non ha senso, certamente, presupporre *esatte* le valutazioni che del giudice di primo grado, ma ha senso presupporre *ragionevoli*, perché, se sono irragionevoli, c'è il ricorso per cassazione che consente di rimuoverle.

Il paradosso, su cui in più luoghi insiste Paolo Ferrua, è poi che la tutela del ricorso per cassazione, che non garantisce abbastanza il pubblico ministero a fronte dell'imputato assolto in primo grado, deve bastare all'imputato condannato per la prima volta in appello, con buona pace della parità fra le parti e in palese violazione dell'art. 14 co. 5 del Patto sui diritti civili e politici, che non demanda a un giudice di seconda istanza un mero controllo di legittimità della condanna, ma il pieno riesame dell'accertamento della colpevolezza.

E' vero che, come rileva sempre Corte cost. 26/2007 al punto 7.2 del Considerato in diritto, l'art. 2 co. 2 del protocollo addizionale n. 7 della CEDU, successivo al patto, contempla, come eccezione al diritto del condannato di fare esaminare la sua condanna da un giudice superiore, il caso che la condanna stessa consegua ad “un ricorso avverso il suo proscioglimento”.

*Lex posterior derogat priori*, dunque?

No, perché l'art. 53 CEDU vieta nel modo più assoluto che la convenzione nella sua interezza sia usata per diminuire, anziché per aumentare, le garanzie esistenti.

La situazione è in evoluzione: nel pieno dell'estate del 2024, senza nessuna pubblicità e senza suscitare nessuna polemica, il legislatore ha soppresso l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento per i reati a citazione diretta: ma è ragionevole (aggettivo abusato, ma non ne abbiamo altri) che le garanzie per l'imputato diminuiscano con l'aumentare della gravità del reato di cui è accusato e con l'entità della possibile condanna?

Nel 2006, dunque, l'al di là di ogni ragionevole dubbio entra nel diritto positivo italiano. Benché molti studi rintraccino l'elaborazione di standard molto simili nella nostra tradizione, all'indietro nei codici preunitari e persino nel diritto romano-canonico, la fonte di ispirazione del legislatore del 2006 è stata l'esperienza giuridica del mondo di lingua inglese, e in particolare degli Stati Uniti, come veicolata – per limitarci ai punti di riferimento essenziali – dalla sentenza Franzese e dalla monografia di Federico Stella, *Giustizia e modernità*, dall'eloquente sottotitolo *La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*. Possiamo allora ricordare, a volo d'uccello, che l'al di là di ogni ragionevole dubbio nasce nell'Inghilterra del XVII-XVIII con un significato molto diverso da quello che tendiamo ad attribuirgli oggi, e nasce nell'ambito di un dibattito squisitamente teologico, non giuridico. La pena più comune era la morte, e l'angosciante domanda era se non si dannasse l'anima il giurato che votava per la colpevolezza dell'imputato avendo il dubbio che potesse essere innocente: no, era la risposta dei teologi, se il dubbio non era ragionevole; della risposta dei teologi si sono appropriati i giuristi. Pare che, se non il contenuto, almeno la veste verbale dello standard sia un po' passata di moda nel paese d'origine, dove adesso si preferisce dire che il giurato deve essere *sure*, sicuro, della colpevolezza dell'imputato se vuole votare per la condanna; tutt'ora vivo e attualissimo, invece, l'al di là di ogni ragionevole dubbio negli Stati Uniti. La Corte Suprema (oltre ad ammetterne il carattere probabilistico, vedi sopra), con *In re Winship* afferma nettamente, citando un precedente con cui concorda, che lo standard “provides concrete substance for the presumption of innocence” e, ancora più rilevante, afferma che trova fondamento costituzionale nel XIV emendamento, quello della Due Process Clause. La problematica si trasferisce tale e quale di qua dall'Atlantico, perché anche noi ci chiediamo se l'al di là di ogni ragionevole dubbio abbia rango costituzionale; oltre a questo, però, la comparazione perde di interesse, data la lettura marcatamente soggettivistica che della probabilità e dello standard probatorio tende a dare la giurisprudenza americana: si pensi a formulazioni come quella di *Victor v. Nebraska* e *Sandoval v. California*, “a doubt that would cause a reasonable person to hesitate to act”, che bene si adattano al verdetto immotivato della giuria, che si limita a sciogliere l'alternativa *guilty/not guilty*, ma non si concilierebbero con la nostra sentenza motivata, come risulta configurata già dall'art. 111 Cost.

C'è chi esclude senza mezzi termini che lo standard sia imposto dalla Costituzione, come Francesco Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale al di là di ogni ragionevole dubbio*, pag. 1, e c'è che chi con altrettanta energia lo fa derivare direttamente dall'art. 27 co. 2 Cost., come Federico Stella, *Giustizia e modernità*, pagg. 211 e ss. Posizione mediana è quella di Mauro Iacoviello, il quale sostiene, in *Lo standard del ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, cit., che la presunzione di non colpevolezza si accontenta del più probabile che non.

Qui bisogna distinguere, sulla scorta di Ferrua, la presunzione di non colpevolezza dalla presunzione di innocenza: l'una è negazione passiva, l'altra negazione attiva (non so se sei colpevole, so che non sei colpevole).

Se la presunzione di non colpevolezza si accontenta del più probabile che non, la presunzione di innocenza, che è molto di più, non può che imporre l'al di là di ogni ragionevole dubbio. L'art. 6 CEDU, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sanciscono tutti, senz'altro, la presunzione di innocenza. Dopo le sentenze gemelle 348 e 349/2007 della Corte costituzionale, sappiamo che le norme pattizie sono sottratte alle disponibilità del legislatore: la presunzione di innocenza ha tutela costituzionale indiretta, attraverso l'art. 117 Cost., e la trasmette all'al di là di ogni ragionevole dubbio (senza contare l'impossibilità politico-culturale di un ritorno al passato con la sua abrogazione).

Molto si è dissertato sul carattere innovativo, o non innovativo, della riscrittura dell'art. 533 co. 1 c.p.p.

Per alcuni anni, una parte della dottrina e tutta, o quasi, la giurisprudenza hanno sostenuto che nulla abbia aggiunto, l'art. 533 co. 1 c.p.p. vigente, a quanto già ricavabile dagli artt. 529 co. 2 c.p.p., 530 co. 2 e 3 c.p.p. e 531 co. 2 c.p.p., i quali si riferiscono – va da sé – solo al dubbio ragionevole.

Le novità introdotte dal legislatore del 1989 sono, conviene non dimenticarlo, di per sé notevoli: col vecchio codice, il dubbio sull'esistenza di una causa di procedibilità o di una causa di giustificazione o di una causa di estinzione andava a danno dell'imputato (e sorprende non poco leggere, come capita ancora adesso, che sarebbe onere della difesa dimostrare la tardività della querela).

Tuttavia, fermo restando che la prova insufficiente comporta l'assoluzione, bisogna dire rispetto a che cosa, rispetto a quale standard è insufficiente, l'insufficienza essendo – al pari della sufficienza – un concetto di relazione: insufficiente rispetto al più probabile che non o rispetto al di là di ogni ragionevole dubbio?

Statuendo che l'insufficienza va valutata rispetto al al di là di ogni ragionevole dubbio anche il legislatore del 2006 ha innovato; parlare di “rivoluzione copernicana del sistema delle prove”, sulla scorta di Federico Stella, Giustizia e modernità, 98 e ss, Carlo Paliero, Il ragionevole dubbio diventa criterio, in Guida dir., n. 10. 2006, forse è eccessivo, ma l'innovazione c'è, è profonda e non possiamo ignorarla.

Al di là di ogni ragionevole dubbio, allora.

Dal momento che la locuzione ne entra nell'ordinamento italiano dall'inglese, dobbiamo notare che il nostro legislatore si fa un po' prendere la mano dall'entusiasmo nella traduzione: gli americani dicono – In re Winship, Victor v. Nebraska e Sandoval v. California - “beyond a reasonable doubt”; beyond *any* reasonable doubt alle loro orecchie suonerebbe come un'iperbole, in grado di abbracciare qualsiasi dubbio, anche il più remoto, e di portata tale da rendere impossibile qualunque condanna.

L'individuazione del contenuto dello standard è difficile – e la difficoltà è stata molto sottolineata dalla giurisprudenza americana, pur dalla prospettiva soggettivistica che la caratterizza – ma non impossibile; naturalmente, il massimo a cui si può aspirare è un'individuazione imperfetta, lontanissima da qualunque precisione matematica e che lascia zone d'ombra.

Del resto, che si diano casi difficili, dove “il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione”, è onestamente ammesso da Paolo Ferrua, cit., pag. 113, il quale molto opportunamente osserva che l'al di là di ogni ragionevole dubbio, benché iscritto nel codice di procedura penale come una regola, tende ad operare come un principio (le regole sono norme giuridiche a fattispecie chiusa, applicabili nella forma del *tutto o niente*, che possono avere, se mai, eccezioni; i principi sono, invece, norme giuridiche a fattispecie aperta, applicabili nella forma del *più o meno*, norme per le quali non ha senso ragionare in termini di eccezioni ma che possono essere soggette a bilanciamento).

I dubbi ragionevoli possono dividersi, secondo il suggerimento di Iacoviello, cit., 3876, in interni ed esterni.

Si ha dubbio interno quando l'ipotesi di accusa è autocontraddittoria o non spiega tutti i fatti che è necessario siano spiegati perché si arrivi ad un giudizio finale di colpevolezza: l'esempio più banale è quello del teste, principale fonte di prova a carico, che non ha, per quanto si sappia, particolari motivi per mentire, si presenta pacato e sicuro nell'esame, risponde a tono nel controesame della difesa, ma fornisce due versioni diverse del fatto.

Non è raro sentir dire che la forza demolitiva è diversa se la contraddizione cade sul nucleo centrale del racconto o su un dettaglio marginale.

Il concetto di nucleo centrale, o essenziale, del racconto, contrapposto ai dettagli marginali, non ha, come strumento valutativo, nessuna legittimazione epistemologica né, più ampiamente, culturale.

Sul piano epistemologico, è facile comprendere che, se il racconto non corrisponde – per mendacio intenzionale o per qualunque altra ragione - ad un'esperienza vissuta, è più facile che il locutore non ne memorizzi adeguatamente, o prima ancora nemmeno ne elabori, proprio gli aspetti marginali o di

dettaglio, e su questi si confonda, piuttosto che confondersi sui contenuti centrali, sui quali la sua attenzione e la sua fantasia – volontariamente o involontariamente più si sono soffermate.

Sul piano della tradizione culturale, possiamo ricordare che il congresso carnale nel giardino fra Susanna, che ha appena licenziato le ancelle, e il giovane costituisce il solido nucleo essenziale del racconto dei due vecchioni: i quali si tradiscono, al contrario, invece, quando devono indicare il dettaglio marginale dell'albero sotto il quale il congresso sarebbe avvenuto, leccio o lentisco?

(Daniele, 13).

I dubbi esterni sono dati dalla presenza di ipotesi alternative - prospettate dalla difesa ma anche scoperte dal giudice nell'esercizio di quello che, in omaggio alla consuetudine, chiameremo il suo libero convincimento - dotate di un certo grado di plausibilità, e qui arriva uno dei passaggi più delicati.

Non sono plausibili le ipotesi *ad hoc*, cioè quelle che, pur non ponendosi in contrasto con i dati noti, non sono sensibili all'esperienza, in linguaggio popperiano non sono falsificabili: ipotesi, cioè, configurate in modo che non si può immaginare una previsione la cui realizzazione o non realizzazione possa confutarla (l'imputato, che è stato sorpreso con un quantitativo abbastanza consistente di droga, allega l'uso di gruppo, ma rifiuta di fare i nomi dei dieci amici insieme ai quali ha messo insieme la discreta somma che occorreva per l'acquisto comune: Jordi Ferrer Beltran, Prova senza convincimento, 212).

Inutile sottolineare che, fra le ipotesi *ad hoc*, la più *ad hoc* di tutte è quella di un complotto ordito contro l'imputato: ipotesi che non consiglieri a nessun difensore di avanzare (a meno che non abbia in mano carte fortissime).

Una singolare simmetria – che parrebbe essere addirittura identità di struttura – si registra fra ipotesi *ad hoc* e ipotesi ausiliarie; usiamo termini differenti solo per distribuirle fra le parti, le prime come strumenti della difesa, le seconde come strumenti dell'accusa.

L'ipotesi ausiliaria risolve una contraddizione o colma una lacuna dell'ipotesi principale, per noi dell'ipotesi a carico dell'imputato, ma è un grave errore epistemologico scambiare per una conferma dell'ipotesi principale; tutto al contrario, deve essere confermata anche lei, per di più secondo lo stesso standard probatorio dell'ipotesi principale, che per noi è l'al di là di ogni ragionevole dubbio (perché la vittima della supposta aggressione chiama i carabinieri con tre ore di ritardo? forse perché aveva il cellulare scarico ...).

La sintesi migliore è forse, ancora una volta, quella di Paolo Ferrua, Il giusto processo, 72: “il giudice può condannare solo quando la colpevolezza abbia trovato piena conferma nelle prove di accusa e nessuna significativa smentita in quelle a favore (altrimenti è doverosa l'assoluzione)”.

E' qui che emerge il distacco fra lo standard penalistico dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e quello civilistico del più probabile che non, il quale assegna la vittoria all'ipotesi assistita dal più alto grado di probabilità logica, ma non pretende che tutte le ipotesi alternative siano state confutate (Jordi Ferrer Beltran, 213) ovvero “è compatibile con la possibilità e l'esistenza di ipotesi alternative ragionevoli sugli stessi fatti”, Michele Taruffo, in Fatto, prova e verità, a cura di Giovanni Canzio, Criminalia 2009.

Che, applicando l'uno o l'altro standard, si possa arrivare a risultati diversi, è riconosciuto pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità: C 20670/2026 annulla perché il giudice di appello ha confermato la sentenza di primo grado, appellata solo dalla parte civile, e rigettato la domanda risarcitoria, calibrandosi sull'al di là di ogni ragionevole dubbio, che è standard riservato al processo penale, anziché il più probabile che non, deputato a governare le cause civili.

Abbiamo già detto che l'al di là di ogni ragionevole dubbio, in quanto standard probatorio, ha la forma di una regola ma la sostanza di un principio: quand'è che una smentita è significativa? quand'è, come si esprimono certi scettici, che il ragionevole dubbio è ragionevole?

Forse, si può azzardare, la smentita dell'ipotesi dell'accusa nella sola parte che riguarda il movente non compromette, di per sé, la possibilità della condanna, se il quadro probatorio residuo è molto

persuasivo; una prova d'alibi che il pubblico ministero non riesce a smontare travolge l'intera ipotesi di accusa, per quanto forte sia il sostegno che riceve da altre prove.

Sul tema la giurisprudenza italiana ha ottenuto risultati che, obiettivamente, le fanno onore (diversamente da quanto accade quando affronta altri temi, si potrebbe commentare con una punta di polemica).

Basti qui ricordare C 7329/2025, fra i cui molteplici pregi possiamo mettere nel dovuto risalto che: A) saldando il suo percorso argomentativo con quello di CSU 14800/2018, al punto 6 del Considerato in diritto, dichiara di annullare la sentenza impugnata per “violazione della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio” (pag. 23), così rispondendo alla provocazione lanciata da Mauro Iacoviello;

B) fa testuale riferimento allo “standard probatorio” (pag. 22);

C) riconosce che “la mera plausibilità processuale” dell'ipotesi alternativa a quella dell'accusa porta all'assoluzione (pag. 22);

D) asserisce che le ipotesi alternative che non suscitano il ragionevole dubbio sono solo quelle “la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risult[a] priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana”, che è solo un modo un po' più contorto per indicare quelle che abbiamo chiamato ipotesi *ad hoc*.

Forse, l'unica critica che si può muovere sta proprio nell'ampliamento eccessivo dell'area del ragionevole dubbio che C 7329/2025 fa quando pretende che l'ipotesi alternativa possa essere scartata solo quando, *oltre* a non trovare riscontro nelle emergenze processuali, si pone *anche* fuori dell'ordine naturale delle cose: se l'ipotesi non si pone per nulla fuori dell'ordine naturale delle cose ma non ha nessuna base nelle carte del processo, come i dieci amici anonimi che hanno commissionato all'imputato l'acquisto della droga per l'uso di gruppo, che cosa facciamo?

Comunque, è ormai generale consenso che l'aforisma di Sherlock Holmes – “una volta eliminato l'impossibile, ciò che resta, per quanto improbabile, deve essere la verità”, dal Segno dei Quattro – può essere speso anche nel processo penale: solo per assolvere, però, mai per condannare.