

GLI STANDARD DI PROVA PER LA CONDANNA PENALE TRA STORIA E ATTUALITÀ

di Jacopo Della Torre

(Ricercatore di diritto processuale penale, Università di Genova)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Chiarimenti concettuali e terminologici. – 3. Il sogno (infranto) dei sistemi premoderni romano-germanici: la razionalizzazione degli *standard* attraverso le prove legali. – 4. La genesi della certezza morale e dell'oltre ogni ragionevole dubbio. – 5. La critica degli illuministi nei confronti del sistema delle prove legali e la nascita dell'“*intime conviction*”. – 6. L'esperienza americana e la deviazione inglese. – 7. Lo sviluppo globale del *BARD*. – 8. Conclusioni: quali *standard* per il futuro della giustizia penale?

1. Negli ultimi anni, il tema degli *standard* di prova ha ricevuto un'attenzione crescente, tanto negli ordinamenti giuridici di *common law*, quanto in quelli di tradizione romano-canonica¹.

Le ragioni di questo interesse trasversale sono molteplici. In alcuni Paesi, il fenomeno è stato favorito dai tentativi della giurisprudenza di meglio perimetrare le regole da applicare, onde poter ritenere provata un'ipotesi su un fatto². In altri casi, è

¹ In prima battuta, si vedano, da diverse prospettive, R.J. Allen, *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, in *Estándares de prueba y prueba científica*, a cura di C. Vázquez, Madrid 2013, 43 ss.; K. Ambos, «Intime conviction» in Germany. *Conceptual foundations, historical development and current meaning*, in *Quaestio facti* 2023, 167 ss.; J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid 2021; Id., *Verso una teoria degli standard di prova*, in *CP* 2021, 2214 ss.; F. Caprioli, voce *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *ED*, *Annali* II, t. 1, Milano 2008, 102 ss.; E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano 2016; K.M. Clermont, *Standard of Decision in Law*, Durham 2013; M. Daniele, voce *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *ED*, *Annali* II, t. 1, Milano 2008, 899 ss.; P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I. *Struttura e procedimento*, Torino 2017, 87 ss.; L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge 2006; X.A. Lluch, *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*, in *Doxa* 2012, 173 ss.; J. Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, 85 ss.; F. Picinali, *The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt*, in *The international Journal of Evidence & Proof* 2015, 139 ss.; F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003³, 116 ss.; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, 218 ss.; F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013, 307 ss.; L. Tichý (a cura di), *Standard of Proof in Europe*, Tübingen 2019; G. Tuzet, *La prova ragionata*, Milano 2023, 226-247 e 264-274. Si ricordino ancora i commenti di G. Canzio, M. Taruffo e G. Ubertis, dal titolo *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia* 2009, 305-329.

² È questo il caso della Spagna, dove il dibattito, particolarmente fiorente, in tema di *standard* probatori (di cui si può trovare una sintesi in J. Ferrer Beltrán, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, in *Cuadernos*

stato direttamente il legislatore a codificare, in norme giuridiche espresse, “traguardi probatori” prima solo impliciti e/o a crearne di nuovi, al fine di assicurare un funzionamento più efficiente della giustizia³. Infine, pure alcune istituzioni sovranazionali – come la Corte europea dei diritti dell’uomo – hanno giocato un ruolo rilevante al riguardo⁴. Tenuto conto di ciò, non può stupire che dell’argomento abbiano iniziato a occuparsi studiosi delle più disparate discipline giuridiche e non solo.

Tuttavia, a fronte dell’ampiezza del dibattito oramai sviluppatosi in materia, va rilevato come i risultati raggiunti dalla letteratura siano finora alquanto eterogenei e non privi di punti oscuri. A riprova di ciò, basti pensare che non vi è unanimità di vedute neppure su alcuni aspetti di base, come la definizione da attribuire al concetto di *standard* di prova, oppure in merito alla loro effettiva capacità di contribuire al corretto funzionamento degli ordinamenti giuridici. Se vi è chi sostiene il rilievo primario della categoria⁵, vi è anche chi ritiene che queste norme rappresentino una reliquia del passato, di cui ben si potrebbe fare a meno⁶.

Il presente lavoro si propone di rendere meno frastagliato questo quadro di fondo, attraverso uno studio diacronico e comparato, dedicato a una categoria particolarmente problematica di criteri decisori: quelli volti a stabilire il *quantum* di prova da raggiungere per condannare un imputato in sede penale. Onde rendersi conto di quanto si tratti di un argomento delicato, basti pensare che, qualche decennio fa, una delle più autorevoli studiose continentali ammise apertamente che «*la degré de certitude qui conditionne la décision de culpabilité est une des questions les plus obscures du droit pénal*»⁷.

electrónicos de filosofía del derecho 2007, 15) è stato favorito dall’utilizzo da parte, tanto del *Tribunal Constitucional* (v., ad esempio, *TC, Sala Primera*, 16.6.1998, n. 129), quanto del *Tribunal Supremo* (v., da ultimo, *TS, Sala de lo Penal*, 21.9.2023, n. 2254, in www.poderjudicial.es) dello *standard*, non codificato, del *más allá de toda duda razonable*.

³ Come vedremo, *sub par.* 7, ciò vale non solo per l’Italia, dove, come noto, il legislatore è, negli ultimi vent’anni, intervenuto da molteplici prospettive (per una sintesi sul punto, si consenta il rinvio, anche alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150, a J. Della Torre, *Standard probatori, efficienza e giustizia penale*, in corso di pubblicazione in *PD* 2023, 327 ss.), ma pure per molti altri Paesi europei ed extraeuropei.

⁴ Si veda, sul punto, *sub par.* 7.

⁵ Al riguardo, cfr., ad esempio, la posizione espressa da J. Ferrer Beltrán e G. Tuzet, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Dir. e questioni pubbliche* 2018, 455 ss., sviluppata poi *amplius* da J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., *passim*.

⁶ In questo senso, v. J. Nieva Fenoll, *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*, in *Estudios de Derecho* 2020, 119 ss.

⁷ Sono parole di M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, in *Droits* 1996, 59.

La struttura del saggio è la seguente: dopo aver fornito alcuni chiarimenti introduttivi sul concetto di *standard* di prova (par. 2), la prima parte si concentrerà sui sistemi giuridici premoderni di matrice romano-canonica (par. 3). Tale analisi ha uno scopo specifico: essa intende focalizzare l'attenzione sul tentativo storicamente più ambizioso di "oggettivizzare" questa categoria normativa, onde renderla meno soggetta all'arbitrio dei giudici, perpetuato mediante la creazione, a monte, di una complessa rete di prove legali⁸. Si tratta di un'esperienza che, a lungo andare, si è dimostrata fallimentare, ma non per questo incapace di fornire insegnamenti preziosi anche per il giurista contemporaneo.

La parte centrale (parr. 4-7) racchiude, invece, un'analisi diacronica concernente le origini e lo sviluppo avuto dai principali *standard* di prova per irrogare una pena ancora oggi utilizzati nei sistemi giuridici occidentali: la certezza morale, il *beyond any reasonable doubt* (d'ora in avanti *BARD*) e, infine, l'*intime conviction*. Si avrà così modo di dimostrare come queste regole non abbiano solo origini molto lontane nel tempo, ma risultino, del pari, strettamente connesse tra loro. Ed è anche perché tali norme rappresentano il frutto di mutamenti culturali e giuridici avvenuti oramai diversi secoli or sono che – come vedremo – gli interpreti faticano oggi così tanto a individuarne un significato minimo condiviso. La consapevolezza di tale fondamentale dato storico costituirà lo spunto per le conclusioni (par. 8), nelle quali si volgerà lo sguardo al futuro e ci si chiederà se, nelle società attuali, sia opportuno continuare a mantenere in vita i criteri decisori tradizionali, oppure se, come affermato da una parte autorevole della dottrina, sia preferibile sostituirli con nuove norme, fondate sui principi dell'epistemologia contemporanea.

⁸ Per un quadro di sintesi del sistema delle prove legali, v., *ex multis*, G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo Medio e Moderno*, Napoli 1971; F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1981, 555 ss.; M. Damaška, *Evaluation of Evidence. Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge 2019; M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino 2009, 71 ss.; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, Parigi 1882, 260 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 114 ss.; L. Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del Tribunale di Brescia (1831-1851)*, Milano 2008, 119 ss.; M.F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Parigi 1866, vol. I, 418 ss.; J.P. Levy, *La Hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age, depuis la Renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*, Parigi 1939; P. Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994, 27 ss.; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 105 ss.; P. Rondini, *Ex sententia animi tui: la prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano 2012; I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età moderna medievale e moderna*, Milano 1995, 73 ss.; G. Salvioi, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di P. Del Giudice, vol. III, parte II, Milano 1927, 472 ss.

2. Come noto, le affermazioni relative ai fatti, sostenute dalle parti nell'ambito di un procedimento giudiziario, rappresentano delle mere ipotesi, che possono essere vere o false⁹. Alle prove giuridiche spetta il delicato compito di ridurre tale situazione di incertezza di fondo: esse, supportando «*the factual claims made by the parties and the findings of fact made by the decision-makers*»¹⁰, fanno sì che la verità rimanga comunque «il Nord ossia il punto di riferimento che orienta la direzione»¹¹, a cui deve tendere il procedimento giudiziario¹².

Ma quando può dirsi che un'ipotesi su un fatto abbia raggiunto un livello di conferma tale da poter essere considerata provata a sufficienza e, dunque, posta alla base di una decisione da cui discendano effetti giuridici? Onde fornire una risposta, allo stesso tempo uniforme e prevedibile, a tale complesso quesito molti ordinamenti hanno ideato una tipologia specifica di regole: gli *standard* di prova¹³. Quanto appena osservato ci permette di fornire una prima definizione – necessariamente ampia, perché volta a coniugare opinioni tra loro eterogenee – del concetto in campo processuale: si tratta di norme, a seconda dei casi espresse o implicite, che indicano delle soglie minime di supporto da raggiungere, affinché un'ipotesi su un fatto possa essere accettata come provata a sufficienza da un soggetto del procedimento¹⁴.

Pur a fronte della genericità della definizione appena suggerita, essa risulta

⁹ In proposito, v. M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 218.

¹⁰ La citazione è tratta da G. Tuzet, *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*, in *Artificial Intelligence and Law* 2020, 91.

¹¹ Sono parole di M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 317.

¹² Per una forte valorizzazione del concetto di verità, in ambito processuale, cfr., di recente, F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.* 2017, 317 ss., nonché J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, Bologna 2004, 63 ss.; G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano 2015, 2, il quale ricorda che la ricerca della verità non rappresenta, di per sé, il fine ultimo del rito, ma un «fondamento indefettibile per l'emanazione di una *decisione giusta*».

¹³ Vale la pena di precisare che espressioni analoghe a quella oggi maggioritaria di “*standard di prova*” si sono, nel tempo, diffuse, tanto negli ordinamenti di stampo angloamericano, quanto in quelli di *civil law*. A riprova di ciò, basti pensare che, nell'ambito dei sistemi romano-canonici medievali e degli Antichi Regimi, è stata lungo utilizzata la locuzione latina “*gradus probationis*”, la quale si ritrova già in Bartolo da Sassoferrato, *In Ius Universum Civile, Commentaria: Digestum veterum*, libro XII, tit. II *De iureiurando sive voluntario, sine necessario, sine iudiciali, lex XXXI*, Basilea 1557, 564, § 20 e ss.

¹⁴ Da questa prospettiva, gli *standard*, indicando quando una determinata pronuncia può essere presa, forniscono «*a decision rule to the triers of fact*» (così L. Laudan, *Is it Finally Time to Put ‘Proof Beyond a Reasonable Doubt’ Out to Pasture?*, in *The University of Texas School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 194, 1). Ed è proprio per questo motivo che le locuzioni “*standard di prova*” e “*standard di decisione*”, pur cogliendo, a rigore, profili diversi della stessa categoria di norme, sono spesso impiegate come sinonimiche, esattamente come avverrà nel corso del presente lavoro.

comunque utile per comprendere quali siano le principali funzioni a cui queste previsioni sono preposte.

La prima è quella di fungere da scudo avverso limitazioni arbitrarie dei diritti dell'individuo da parte dell'autorità¹⁵. In presenza di uno *standard* da rispettare, gli organi giudicanti non sono, infatti, liberi di assumere la loro decisione a piacimento o in modo meramente intuitivo, ma sono tenuti a muoversi nel perimetro di una "discrezionalità vincolata", dovendo verificare, prima di intaccare la sfera giuridica della persona, se sia stato soddisfatto il livello di conferma specificato dalla singola norma di riferimento. Da questa prospettiva, tali regole costituiscono, evidentemente, una garanzia significativa, sia per l'individuo, sia per l'intera collettività, in quanto solo il loro superamento fa sorgere in capo agli apparati statali il potere di punire¹⁶.

Gli *standard* non servono, tuttavia, solo da presidio contro l'arbitrio, ma anche da importante mezzo di giustificazione delle scelte degli organi giurisdizionali. Grazie a queste norme, i decisori dovrebbero, infatti, essere messi nelle condizioni di scegliere logicamente *ex ante* e, se del caso, di giustificare *ex post*, il perché, tra le ipotesi sostenibili a partire dal compendio probatorio, ne vada accolta una anziché un'altra. Non è dunque un caso che la dottrina abbia posto l'accento sul rapporto privilegiato esistente tra *standard* e motivazione in fatto delle sentenze¹⁷.

Il contributo di siffatta categoria normativa non si esaurisce, tuttavia, qui: se adeguatamente formulati, i criteri decisori assumono, del pari, una funzione "euristica" di primaria importanza, di stimolo nei confronti dei singoli soggetti del procedimento, pubblici o privati, a ricercare e a produrre elementi sufficienti a soddisfare i singoli "traguardi probatori" previsti per le diverse fasi del rito. Si tratta di un effetto "pungolo"¹⁸, che assume, in ambito penale, un rilievo peculiare per gli organi titolari del potere di investigare: tali norme sono, infatti, in grado di favorire lo svolgimento di indagini complete¹⁹, tanto a livello quantitativo, quanto qualitativo. Ma non va

¹⁵ Cfr. L. Laudan, *op. ult. cit.*, 1, nonché J. Ferrer Beltrán e G. Tuzet, *op. cit.*, 462.

¹⁶ Sul ruolo di garanzia degli *standard* di prova, v., in particolare, J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 112 s.

¹⁷ Nella letteratura di *common-law*, v., in particolare, M. Damaska, *op. cit.*, 143, in quella di *civil law*, v., diffusamente, J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 109 ss.

¹⁸ In merito al c.d. "effetto *nudge*", cfr., *mutatis mutandis*, R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Milano 2014.

¹⁹ Sul principio di completezza delle indagini, valorizzato sin da C. cost. 15.2.1991 n. 88, v. E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in www.sistemapenale.it, 14.5.2020; F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005; C. Valentini, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *AP web* 2019, n. 3.

tralasciato come queste previsioni assumano un ruolo significativo pure da una prospettiva più strettamente legata alla difesa dei prevenuti: difatti, conoscere quante prove dovrà portare l'accusa per ottenere una decisione a sé favorevole rappresenta un'informazione essenziale per decidere, razionalmente, se articolare, in modo passivo o attivo, la strategia difensiva, manifestando, ad esempio, il consenso a essere giudicati sulla base di un rito alternativo premiale²⁰.

Quanto osservato rende chiaro come gli *standard* si riconnettano, a doppio filo, con le norme che ripartiscono tra le parti il c.d. rischio per la mancata prova dei fatti allegati²¹. Più in particolare, essi consentono all'individuo e all'autorità di sapere quando gli oneri probatori possono considerarsi soddisfatti²². Il che fa ben comprendere il perché nella letteratura anglosassone, accanto al concetto di *burden of production* (onere di produzione delle prove) si utilizzi pure quello di *burden of persuasion*: espressione, quest'ultima, con la quale si indica l'onere attribuito alle parti di convincere il giudice al livello imposto da uno *standard*²³. Al contempo, gli *standard* fissano le condizioni materiali di operatività delle c.d. "regole di giudizio in senso stretto"²⁴; ovvero di quelle norme che risolvono l'incertezza processuale – e cioè la mancata prova secondo il *quantum* richiesto – in modo favorevole a una o a un'altra parte del procedimento²⁵. Da questo angolo visuale, si può, insomma, ben dire che la corretta determinazione delle soglie di sufficienza probatoria rappresenta un presupposto per il buon funzionamento delle previsioni che distribuiscono tra le parti gli oneri probatori.

Detto ciò, è opportuno chiarire che, come vedremo meglio in seguito, nulla impone la presenza di un unico *standard* di prova all'interno di un determinato ordinamento o nell'ambito di un medesimo procedimento giudiziario²⁶. A questo proposito, merita,

²⁰ In questo senso, v. anche J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 113.

²¹ Sul rapporto tra oneri e *standard* di prova, cfr. R.J. Allen, *Burdens of proof*, in *Law, Probability and Risk* 2014, 195 ss., nonché A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford 2005, 118 ss.

²² Per una recente analisi di tale concetto in ambito processualpenalistico, cfr. L. Tavassi, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano 2020.

²³ A questo riguardo, v., per tutti, R.J. Allen, *op. cit.*, 195 ss.

²⁴ Per un approfondimento sul concetto di regola di giudizio, v. P. Ferrua, voce *Regole di giudizio*, in *ED*, Ann. X, Milano 2017, 725 ss., nonché F.R. Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *DP*, Agg. VIII, Torino 2014, 644 s.; P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009², 179 ss.

²⁵ Come ricorda P. Ferrua, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9.12.2021, 2 «la regola di giudizio è la regola che riguarda il rapporto tra i due termini di un'alternativa decisoria e dice quale sia il provvedimento da adottare in caso di dubbi».

²⁶ Al riguardo, v., nella letteratura italiana, tra i molti, F. Caprioli, voce *Condanna (diritto processuale penale)*, *cit.*, 112; G. Garofalo, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*,

infatti, precisare che tale tipologia di regole non opera solo nel momento in cui va presa la decisione giudiziaria finale sui fatti controversi, ma in tutte le fasi in cui sia necessario verificare, anche provvisoriamente, se sia stato raggiunto un livello minimo di supporto per compiere un determinato atto del procedimento. L'esperienza insegna, più in particolare, che, se osservati da questa prospettiva, gli *standard* possono essere suddivisi in almeno tre macrocategorie. Esistono, infatti: a) *standard* propulsivi, che hanno il compito di indicare i requisiti da soddisfare per iniziare o per far proseguire il procedimento/processo²⁷; b) *standard* incidentali, che servono per decidere se accogliere o meno come provata una tesi nel corso di una determinata sottofase del rito²⁸; e, infine, c) *standard* di decisione in senso stretto, volti a guidare i giudicanti nello stabilire se sussistano elementi sufficienti perché sia emanata una condanna²⁹.

Comunque sia, la presa d'atto della possibile esistenza di plurimi *standard* porta a domandarsi a quale livello sia opportuno collocarne uno. La risposta che viene, tradizionalmente, data a questa domanda è che la natura più o meno esigente di queste regole dipende dalla gravità degli effetti giuridici conseguenti all'assunzione di una

CP 2020, 3891 ss.; F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 307 ss.; A. Nappi, *Processo penale e accertamento della causalità agli effetti civili*, in www.giustiziainsieme.it 8.9.2021; G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 226 ss.; D. Vigoni, *Giudizi prognostici e ragionevole dubbio*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Incampo e A. Scalfati, Bari 2017, 378 ss. Per un'autorevole opinione contraria, v., però, P. Ferrua, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in CP 2020, 2639 ss., a detta del quale l'unico *standard* di prova sarebbe quello dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, posto che al di sotto di tale soglia salterebbe il concetto stesso di provare. Come avremo modo di vedere, tale tesi da una prospettiva storica non convince: difatti, i giuristi, sin dall'epoca medievale, hanno sempre concepito l'esistenza di diversi *standard* di prova, più o meno esigenti, a seconda della fase del procedimento in cui ci si trovava, nonché del *thema decidendum*.

²⁷ Si pensi, ad esempio, allo *standard* della "ragionevole previsione di condanna" (per un'analisi del quale cfr. M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in www.sistemapenale.it, 16.1.2023, 7 ss., a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti dottrinali ivi contenuti), codificato dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150 per dirimere la scelta tra esercizio dell'azione o archiviazione (art. 408 Cpp), nonché tra attivazione del giudizio e sentenza di non luogo a procedere (artt. 425 e 554-ter Cpp), il quale trova referenti simili pure in altri ordinamenti, come quello del Canada (cfr., in proposito, il documento del *Public Prosecution Service of Canada, Decision to Prosecute*, in www.ppsc-sppc.gc.ca, § 4.1), oppure il sistema della Corte penale internazionale (cfr. ICC, *Policy paper on case selection and prioritisation*, in icc-cpi.int, 15.9.2016, 9), dove vige il criterio della *reasonable prospect of conviction*.

²⁸ L'esempio paradigmatico è costituito dallo *standard* dei gravi indizi di colpevolezza per l'applicazione di una misura cautelare, previsto dall'art. 273 Cpp. Per un interessante parallelo linguistico tra tale criterio e quelli impiegati in altri ordinamenti giuridici, v. R. Orlandi, *Introduction. The protection of the right to liberty and security in the field of pre-trial precautionary measures in criminal matters*, in *Liberty and Security in Europe: A Comparative Analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di S. Ruggeri, Göttingen 2012, 12.

²⁹ Si pensi proprio al *BARD*, alla certezza morale o all'*intime conviction*, che saranno oggetto della presente analisi, oppure agli *standard* civilistici della *preponderance of evidence* o della *clear and convincing evidence*. Per una distinzione tra criteri decisorii penalistici e civilistici, cfr. la recente sintesi di G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 230 ss.

determinata scelta processuale e, in particolare, dal valore sociale dei beni giuridici che sarebbero sacrificati nel caso in cui la stessa venisse presa³⁰. Ed è proprio perché in ambito penale rischiano di essere compromessi diritti e interessi di rilievo essenziale dei prevenuti che gli *standard* da raggiungere per condannare all'esito di un procedimento penale sono, storicamente, concepiti come i più esigenti rispetto a quelli impiegati in altri rami del diritto e, in particolare, rispetto a quelli utilizzati in campo civile³¹.

Ciò ci permette di focalizzare l'attenzione su una delle ulteriori funzioni cruciali svolte da siffatte norme: quella di distribuire il rischio dell'assunzione di decisioni giudiziarie errate³². Onde approcciarsi alla tematica, è utile compiere una notazione preliminare. Possiamo chiamare: a) "falso negativo", una pronuncia che consideri non provata un'ipotesi vera; b) "falso positivo", una che consideri provata un'ipotesi falsa. Ebbene, è facile rendersi conto di come, man mano che si decida di alzare l'asticella di uno *standard* diventerà fisiologicamente più difficile raggiungerlo in concreto. Il che ha una duplice conseguenza logica: ciò, da un lato, aumenterà il pericolo del verificarsi di un "falso negativo" (ovvero di non riuscire a provare a sufficienza un'ipotesi in realtà vera) e, da un altro lato, ridurrà quello del concretizzarsi di un "falso positivo" (ossia di ritenere provata un'ipotesi falsa).

Avere a mente tale proprietà è utile per comprendere, da un ulteriore angolo di visuale, il perché gli *standard* previsti per la decisione finale nell'ambito del procedimento penale siano configurati come i più esigenti. Ciò si deve al fatto che, mediante questa tipologia di norme, gli ordinamenti non cercano tanto di minimizzare il numero totale degli errori nella ricostruzione dei fatti³³, quanto piuttosto di limitare il rischio del verificarsi della categoria ritenuta più grave: la condanna di un innocente (falso positivo)³⁴. Non è, del resto, difficile rendersi conto di come, laddove si verifichi un esito di questo tipo, le conseguenze siano peggiori rispetto a quando un colpevole venga assolto. In tale evenienza, oltre a determinarsi un palese spreco delle risorse a disposizione della giustizia per perseguire i fatti di reato (ipotesi che si

³⁰ Cfr., in proposito, per tutti, J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova*, Milano 2012, 145.

³¹ V., al riguardo, il par. seguente.

³² Per una diffusa analisi del tema cfr. J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 115 ss.; L. Laudan, *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes 2016, 103 ss.; A. Stein, *op. cit.*, 118 ss.

³³ Cfr. G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 226, il quale giustamente precisa che lo scopo di ridurre il numero totale di errori dovrebbe essere perseguito non tanto tramite gli *standard* di prova, ma soprattutto mediante le regole che presiedono l'ammissione, l'acquisizione e la valutazione delle prove.

³⁴ Si veda, sul punto, G. Ubertis, *Fatto, prova e verità*, cit., 317.

concretizzerebbe anche in caso di falso negativo), si verifica pure la limitazione indebita da parte dello Stato di diritti e libertà fondamentali dell'individuo; il che finisce per frustrare alla radice il raggiungimento di svariati scopi super-primari degli ordinamenti penali, connessi tanto alla presunzione d'innocenza³⁵, quanto, in tempi moderni, all'attribuzione delle pene di obiettivi tendenzialmente rieducativi, posto che le sanzioni si troverebbero a essere irrogate nei confronti di soggetti non meritevoli delle medesime.

Se un tanto è vero, il passo successivo è quello di chiedersi quanti esiti liberatori falsi sia disposto a sopportare un ordinamento al fine di evitare una condanna erronea. Si tratta di una domanda, che ha avuto, nei secoli, risposte eterogenee³⁶. Una delle posizioni più note assunte in proposito è quella di William Blackstone, il quale affermò: «*the law holds [...] that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*»³⁷. Ma altri si sono spinti ancora oltre, sostenendo sia preferibile assolvere un numero più elevato di colpevoli (finanche svariate centinaia), pur di evitare la condanna di un innocente³⁸. Al di là della retorica, è evidente che, al fondo di queste difformità, vi siano visioni, più o meno garantiste, circa la soglia in cui collocare l'ombrello di sufficienza probatoria per pronunciare una condanna.

Sul punto è, peraltro, opportuno precisare che, laddove si tenesse a mente il solo raggiungimento di obiettivi di protezione dell'innocente, si sarebbe portati a fissare uno *standard* pari alla certezza assoluta, onde irrogare una pena. Tuttavia, è bene chiarire fin da subito che fissare una regola di questo tipo produrrebbe gravi problemi di funzionalità per gli ordinamenti penali³⁹. Il principale è costituito dalla circostanza per cui, vista la natura logicamente non deduttiva, ma induttiva e abduttiva e, dunque, soggetta a margini di errore, del ragionamento probatorio⁴⁰, un tale criterio decisivo sarebbe, a rigore, irraggiungibile⁴¹. Ne consegue, pertanto, che tale opzione di politica

³⁵ Come giustamente rilevano J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 457, «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».

³⁶ Per un'analisi diacronica in proposito, cfr. la nota sentenza della Corte suprema degli USA *Coffin et al. v. United States*, 4.3.1895, 156 U.S. 432.

³⁷ La citazione testuale è tratta da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, Oxford 1770, 352.

³⁸ Per ulteriori riferimenti sul punto, v. J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 126.

³⁹ V., in proposito, J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 460.

⁴⁰ Sulla natura probabilistica, in quanto fondata su una catena di inferenze induttive e abduttive, del ragionamento probatorio, v., per tutti, F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 106; P. Ferrua, *La prova*, cit., 84 ss.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 166 ss.; G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 80 ss.

⁴¹ Come ricorda P. Ferrua, *op. ult. cit.*, 86, «le prove, per solide che siano, non determinano mai la colpevolezza,

normativa non farebbe altro che aumentare, in modo esponenziale, il numero delle false assoluzioni, impedendo ai sistemi penali di perseguire due ulteriori loro obiettivi irrinunciabili: cioè, quello di assicurare una repressione effettiva dei fatti di reato e, conseguentemente, una protezione adeguata della collettività e delle vittime dai comportamenti criminali. Non è dunque un caso che, per mettere in guardia da una scelta del genere, Gaetano Filangieri arrivò ad affermare, già alla fine del Settecento, che «cinque gradi di più di sicurezza nei giudizj costerebbero cento gradi di meno di sicurezza nella società»⁴².

Ma non va tralasciato che fissare delle soglie di sufficienza probatoria eccessivamente elevate rischia di dimostrarsi un paradossale *boomerang* anche da una prospettiva garantista. Come si avrà modo di osservare nel prossimo paragrafo, l'esperienza storica dei Paesi continentali dimostra che, pur di non far precipitare la capacità repressiva degli apparati penali, a causa di *standard* di prova difficilmente raggiungibili, i sistemi giuridici europei hanno tollerato la presenza di scorciatoie, tanto processuali, quanto sostanziali, lesive dei più basilari diritti fondamentali dell'individuo. Ne consegue che l'ideazione di tali norme costituisce un'attività estremamente delicata, anche perché ciò impone di raggiungere un complesso equilibrio tra esigenze di sicurezza sociale e di protezione dell'innocente.

Comunque sia, la presa d'atto delle funzioni di rilievo primario, a cui sono preposti gli *standard*, fa comprendere quanto sia importante che essi siano formulati nel modo più preciso possibile, così da poter essere utilizzati agevolmente dagli operatori giuridici. È evidente, infatti, che i compiti affidati ai criteri decisori potranno essere svolti tanto meglio quanto più le parti e il giudice saranno capaci di identificare, senza incertezze di sorta, quando la singola soglia di sufficienza probatoria sia raggiunta o meno. In caso contrario, infatti, tali previsioni rischiano di risultare incapaci di guidare, in modo adeguato, i soggetti del procedimento.

Se ciò è vero, va, peraltro, rilevato come esista al riguardo una grave *impasse*: si allude al fatto che non vi è un'unanimità di vedute circa la strategia migliore da seguire, onde creare degli *standard* di prova davvero "efficienti", cioè capaci di adempiere, in

possono esclusivamente sotto-determinarla; nel linguaggio della scienza, le prove sotto-determinano le teorie, nel senso che, mentre una teoria implica certe conseguenze, queste ultime sono compatibili con una pluralità di teorie concorrenti. Altrettanto accade nel processo: quali che siano le prove, in linea puramente logica, è sempre possibile ipotizzare una spiegazione diversa della colpevolezza dell'imputato».

⁴² Cfr. G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, t. I, Venezia 1806, 157. Nello stesso senso, v. anche F. Foramiti, *Della forza legale delle prove ne giudizj criminali. Secondo il codice penale di S.M. Francesco II*, Venezia 1814, 4.

modo economicamente appropriato, le finalità loro assegnate⁴³. In proposito, è, infatti, riscontrabile una grande divisione, non priva di sfumature, tra concezioni “soggettive” e “oggettive” dei criteri decisori⁴⁴.

In estrema sintesi, ai sostenitori della prima categoria appartengono coloro che ritengono che il modo più adeguato, onde concepire gli *standard*, sarebbe quello di intenderli come norme che indichino delle soglie di persuasione o di convincimento, che le prove devono produrre nella mente del giudice, affinché lo stesso possa considerare provata un’ipotesi sul fatto⁴⁵. In buona sostanza, secondo i fautori di questa interpretazione, che, come vedremo, è risultata negli ultimi secoli dominante, essi andrebbero costruiti facendo riferimento a una scala graduata di convinzioni dell’individuo, che dai livelli inferiori – la piena incertezza, il sospetto e il dubbio – sale, progressivamente, fino al massimo grado di persuasione, mai effettivamente raggiungibile: la certezza assoluta circa la verità di un’ipotesi.

Senonché, diversi autori, sia nell’ambito dei sistemi di *common law*, sia di tradizione continentale, hanno negli ultimi decenni sottoposto a dura critica siffatta concezione “soggettiva”⁴⁶. Al riguardo, si è, in particolare, osservato che, se così concepite, queste norme sarebbero incapaci, sia di limitare in modo adeguato la discrezionalità dei giudicanti, sia di mettere nelle condizioni le parti di prevedere *ex ante*, con una sufficiente dose di affidabilità, quando le stesse potranno essere soddisfatte onde ottenere una decisione loro favorevole. E ciò in particolare perché, fondandosi su un determinato livello di “credenza” interna da raggiungere, gli *standard* finirebbero per dipendere da un dato spesso imprevedibile: l’idoneità del singolo decisore a essere persuaso, più o meno facilmente, dalle prove. Il che finirebbe per provocare il rischio di una moltiplicazione esponenziale del novero dei criteri applicati in concreto, dipendendo gli stessi dalla sensibilità, più o meno marcata, del giudice.

Come si vedrà meglio in seguito, al fine di risolvere l’*impasse* sono state percorse strade eterogenee. Per un verso, vi è chi ha cercato di interpretare in chiave

⁴³ In merito al concetto di “efficienza”, v. l’ampia analisi semantica di G. Tuzet, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *MSCG* 2016, 217 ss.

⁴⁴ Cfr., in proposito, J. Della Torre, *Standard di prova e condanna penale: una ricostruzione metateorica e metagiurisprudenziale*, in *MSCG* 2015, 387 ss.

⁴⁵ In questo senso, v., ad esempio, K.M. Clermont, *op. cit.*, 4, il quale parla di *standard of persuasion*, definendoli come «*this particular measure of persuasion, of degree of belief, specifies the sureness required of a factfinder to decide that a contested fact exists*».

⁴⁶ Tra i molti, v. J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 456; S. Haack, *Evidence Matters, Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge 2014, 48 ss.; L. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, in *Doxa* 2005, 95 ss.; Id., *Truth, Error and Criminal Law*, cit., *passim*; M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 310.

maggiormente “oggettiva” *standard* tradizionali, legando i medesimi a parametri di matrice epistemica e non al convincimento, più o meno fermo, del decisore⁴⁷. Una via ancora più netta è stata, invece, quella di proporre la loro totale sostituzione, con nuove norme depurate a livello linguistico da riferimenti alle credenze soggettive⁴⁸. Qualunque di queste opzioni sia stata prescelta, l’effetto comune è stato quello di porre l’accento su un’impostazione “oggettiva” nei confronti degli *standard*, tesa a concepirli quali norme che si fondano sul grado di conferma o di giustificazione razionale che le prove debbono fornire a un’ipotesi su un fatto, affinché la stessa possa essere accettata come provata⁴⁹.

Giunti a questo punto, è, a ogni modo, il caso di rilevare che lo scontro tra concezioni “soggettive” e “oggettive” di tali norme non rappresenta una novità dell’epoca contemporanea, quanto piuttosto una questione storicamente irrisolta. Nel corso del tempo, si sono, infatti, susseguiti periodi in cui ha prevalso l’una o l’altra tra queste impostazioni. Onde rendersi conto di ciò, è, tuttavia, indispensabile adottare un approccio diacronico-descrittivo, volto a indagare più da vicino l’evoluzione avuta dai principali *standard* utilizzati negli ordinamenti giuridici occidentali, quale presupposto per emanare una condanna penale.

3. Una norma del Codice di Giustiniano invitava a non proporre un’accusa pubblica che non fosse fondata «su idonee testimonianze, chiarissimi documenti o indizi indubitati e più chiari della luce stessa»⁵⁰. Questa fonte ha rappresentato un punto di

⁴⁷ Come vedremo *infra*, par. 7, un percorso analogo è stato intrapreso sia in Italia, sia in altri Paesi appartenenti alla tradizione di *civil law* e di *common law*.

⁴⁸ Il rinvio va, ad esempio, alle proposte di J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 208 ss. e di L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, cit., 82 s.

⁴⁹ Non va, peraltro, tralasciato che alcuni autori hanno messo in dubbio la possibilità di formulare *standard* di prova davvero oggettivi: cfr., in proposito, le acute considerazioni espresse da D. Dei Vecchi, *Prueba sin convicción en su justa medida. The Objectivist Conception of Standards of Proof: Problems and Projects*, in *Doxa* 2022, 337 ss. e da D. González Lagier, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 2020, 79 ss. Per un’accurata difesa delle posizioni “oggettiviste”, v., invece, oltre a J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 203 ss., E.R. Aguilera, *Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos*, in *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, a cura di C. Vázquez Rojas, Città del Messico 2021, 403 ss.

⁵⁰ Il riferimento va a C. 4.19.25, ove, più precisamente, si affermava: «*sciunt cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*». Una versione precedente della medesima regola, sviluppata a partire da una costituzione degli imperatori Graziano, Teodosio e Valentiniano, era inserita nel Codice Teodosiano (C. Th. 9.37.3).

riferimento primario per la dottrina tardomedievale, la quale l'ha utilizzata come modello per stabilire il *gradus probationis* da raggiungere per emanare una condanna all'esito di un processo penale romano-canonico⁵¹. La regola generale, ribadita dai criminalisti dei maggiori Paesi europei sino all'epoca delle codificazioni⁵², era quella per cui, per accertare la responsabilità dell'inquisito, la sua colpevolezza doveva emergere in modo "più chiaro della luce di mezzogiorno" («*luce meridiana clariores*»)⁵³. Attraverso questa formula si intendeva indicare una situazione di particolare evidenza, che poteva dirsi soddisfatta solo se, all'esito del procedimento, la prova del crimine risultasse, a seconda della terminologia impiegata dai singoli autori, "plena", "indubitata", "apertissima" o "liquidissima"⁵⁴.

Un altro importante punto di riferimento, tratto dal diritto romano, a sostegno della necessità di raggiungere una particolare pienezza della prova, era costituito da un rescritto dell'imperatore Traiano, raccolto all'interno del Digesto⁵⁵. Ci si riferisce alla cosiddetta *lex absentem*, all'interno della quale compariva il principio garantista secondo cui «*satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*»⁵⁶. La valorizzazione di questa massima – che, secondo alcuni,

⁵¹ Cfr., ad esempio, il *Tractatus Universi Iuris, Duce, et Auspice Gregorius XIII, in unum congesti*, Venezia 1554, t. XI, parte I, 264, § 10, ove si afferma che «*alius gradus probationis, quando procedendum est ad sententiam, & condemnationem, nam tunc luce meridiana clariores requiruntur*». Nella letteratura contemporanea, v. G. Alessi, *op. cit.*, 3-6; L. Garlati, *Il diabolico intreccio. Reo convinto e indizi indubitati nel commento di Bartolomeo da Saliceto (C. 4.19.25): alle radici di un problema*, in "Panta rei". Studi dedicati a Manlio Bellomo, t. II, Roma, 2004, 395 s.; I. Rosoni, *op. cit.*, 70 s.

⁵² Si vedano, tra i tanti, E. Bossi, *Tractatus varii*, tit. de *Oppositionibus contra testes*, Lugduni 1566, 449, § 90; G. Claro, *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis, Liber V, quae. LXVI*, Lugduni 1575, 455, § 3; A. Conciolo, *Resolutiones criminales, resolutio III*, Macerata 1688, 514, § 1; B. Carpzov, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium, pars. III, quae. CXIV*, Francoforte 1658, 128, § 5; T. Deciani, *Tractatus criminalis*, tit. de *probationibus*, Francoforte 1613, 358; A.-M. Poullain-Duparc, *Principe du droit français, suivant les maximes de Bretagne*, Rennes 1771, t. XI, 112, § 41; P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis, pars. III, quae. 86*, Lugduni 1616, § 78 ss.; C. Le Brun de La Rochette, *Le Procès criminel divisé en deux livres*, Lione 1683, vol. II, § 141; G. Mascardi, *De probationibus*, vol. I, conclusio 459, Francoforte 1585, 284, § 2 e 14; I. Menochio, *Consiliorum sive Responsorum, Liber V, Consilium CDXXXI*, Francoforte 1625, 71, § 41; A. Merenda, *Controversiarum Juris*, t. IV, p. II, Bruxelles 1746, 489, § 17; Baldo degli Ubaldi, *In Quartum et Quintum Codicis Libr.*, tit. de *Probation.*, Lex XXV, *Sciant cuncti*, Lugduni 1585, § 1.

⁵³ Il concetto desumibile dalla costituzione *sciant cuncti* è stato enfatizzato dai glossatori, mediante l'interpolazione dell'aggettivo "meridiana": su questo aspetto, v. G. Alessi, *op. cit.*, 5, nonché Garlati, *op. ult. cit.*, 397, nt. 25.

⁵⁴ Cfr., al riguardo, A. Allard, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Gand e Parigi 1868, 244.

⁵⁵ Il rinvio va a D 48.19.5, sul quale v. G. Alessi, *op. cit.*, 5, nt. 5.

⁵⁶ Tale massima è stata costantemente ribadita dalla dottrina del diritto comune: cfr., per tutti, Azzone, *Lectura sive Commentarius in Codicem iustinianum*, Parigi 1611, t. I, 286; G. Durante, *Speculum II.2*, tit. de *presumptionibus*, Lugduni 1547, 150. Il principio in questione ha avuto talmente successo, da trovarsi codificato anche in alcuni testi della prima età moderna, come l'Ordinanza di Bamberg del 1507 (art. 13). Sul punto, v. E.

rappresenterebbe la prima proclamazione ufficiale della regola di giudizio della presunzione d'innocenza, cioè l'*in dubio pro reo*⁵⁷ – consente di comprendere come anche gli ordinamenti romano-canonici avvertissero chiaramente l'esigenza, sopra menzionata, di strutturare gli *standard* penalistici, in modo da favorire le false assoluzioni rispetto alle erronee condanne⁵⁸.

Le analogie non si fermano però qui. I criminalisti continentali si giovarono dell'inciso "*luce clarioribus*" anche al fine di sottolineare il maggior rigore probatorio richiesto per condannare un soggetto in ambito penale rispetto a quello civile⁵⁹. Prendiamo, in proposito, quale esempio uno dei più noti giuristi italiani del Trecento: Baldo degli Ubaldi. Ebbene, non è un caso che egli sentisse la necessità di dedicare ampio spazio a questa tematica all'interno del proprio commento alla costituzione *sciunt cuncti*, arrivando alla conclusione per cui le prove penali dovesse superare quelle civili, non solo per quanto concerne il metodo attraverso cui venivano formate, ma anche per la loro più elevata capacità dimostrativa⁶⁰. Così facendo, Baldo sviluppò una linea di pensiero che, tanto prima⁶¹, quanto dopo di lui⁶², rappresentò una costante per i giuristi europei, i quali erano fermi nel ritenere che «*maius est periculum ibi cautius est providendum*»⁶³. Il che fa comprendere come gli ordinamenti romano-canonici avessero già instaurato un ben definito legame proporzionale tra valore dei beni giuridici in gioco in un determinato procedimento e natura più o meno esigente degli

Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia 2013, 41 s. Come ricorda Id., «Sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare». *I dubbi del giudice e le risposte del giurista nel consilium I, 133 di Giasone del Maino*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia 2020*, 123 s. anche tale formula giustiniana fu enfatizzata ulteriormente nell'ambito del diritto comune, venendo trasformata in «*sanctius est impunitum relinqui*».

⁵⁷ Si allude all'opinione di F. Fasolino, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino 2016, 45 ss. Più in generale, in merito alla regola di giudizio della presunzione d'innocenza, v., per tutti, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, *passim* e P.P. Paulesu, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁸ Cfr., al riguardo, l'autorevole opinione di J. de Coras, *In aliquot titulos & capita legum Secundi ac tertii tomii Pandectarum*, Lugduni 1568, 373, § 11 e di A. von Gail, *Practicarum observationum*, Coloniae Agrippinae 1678, 45, § 7, ove si legge che «*in dubio melius est nocentem absolvere, quam innocentem codemnare*».

⁵⁹ Si veda, in proposito, G. Alessi, *op. cit.*, 4, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

⁶⁰ Baldo degli Ubaldi, *op. cit.*, § 8, il quale più precisamente affermava che le prove penali dovevano superare quelle civili per la loro «*qualitate demonstrativa*».

⁶¹ V., ad esempio, Alberto da Gandino, *Tractatus de Maleficiis*, tit. *De Praesump. et indiciis*, in *Tractatus diversi super maleficiis*, Lugduni 1555, 67.

⁶² Cfr., tra i molti, B. Carpov, *op. cit.*, 128 e P. Farinacci, *Tractatus integer de testibus*, Norimberga 1677, 129, § 31.

⁶³ In argomento, v. Bartolomeo da Saliceto, *In Tertium & Quartum Codicis Libros, De probationibus, lex XXV*, Francoforte 1615, 654. A detta di A. Allard, *op. cit.*, 244 sarebbe stata, infatti, già diffusa a quel tempo l'idea per cui «*quo gravior poena imminet, eo fortiolem probationem desiderari*».

standard probatori. Nel penale, specie allorquando doveva essere emanata la “pena ordinaria”, cioè quella determinata dalla normativa o dalla consuetudine, di norma costituita da gravi pene corporali o dalla pena di morte⁶⁴, la regola generale era quella per cui il livello probatorio da raggiungere dovesse essere il più alto possibile.

La natura assai esigente dei criteri decisori da rispettare si coglie anche esaminando le classificazioni più marcatamente “soggettive” del fenomeno probatorio, sviluppate da alcuni importanti giuristi. Assumiamo, questa volta, come punto di riferimento il più celebre dei postglossatori: Bartolo da Sassoferrato. Impiegando i raffinati metodi di classificazione della logica aristotelico-tomistica e della scolastica, egli costruì una scala progressiva dei “gradi della prova”, la quale partiva dal “dubbio” e, passando per il “sospetto” e l’“opinione”, trovava il suo culmine nella “*perfecta credulitas*”; locuzione, questa, ritenuta sinonimica rispetto a quella di “*perfecta probatio*”⁶⁵. Tale soglia era, a suo dire, soddisfatta solo nel caso in cui le prove fossero in grado di far sì che il decisore non avesse più alcun dubbio circa il fatto che le cose fossero potute andare diversamente⁶⁶. Quanto appena osservato permette di comprendere come, già in questo periodo, fosse iniziata la prassi, che sta alla base dei cosiddetti *standard* “soggettivi”, di rapportare la tipologia e la quantità delle prove raccolte a diversi livelli di convincimento del giudice.

In proposito, va inoltre precisato che Bartolo collocava la *perfecta probatio* a un livello inferiore rispetto alla *scientia vera*, cioè alla piena certezza circa la verità di un’ipotesi⁶⁷. E ciò in quanto egli era ben conscio di come, vista la fallibilità del

⁶⁴ Cfr., al riguardo, in modo particolarmente chiaro, A. Borghi, *Istituzioni criminali*, tit. *Delle Pene*, Pisa 1768, in www.idr.unipi.it, 162, il quale alla metà del Settecento affermava ancora che «secondo l’uso del foro la pena ordinaria s’intende la pena della morte».

⁶⁵ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in Secundum Digesti Veteris Partem*, ad D. 12.2.31, Basilea 1562, 564, 23. In merito a tale definizione di Bartolo, cfr. M. Damaška, *op. cit.*, 33 e R.M. Fraher, *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists’ Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, in *Law and History Review* 1989, 51 s.

⁶⁶ Bartolo da Sassoferrato, *op. cit.*, 564, § 23, ove si afferma testualmente che «*si iudici appareat tantu, & firmiter adhererat uni parti, abseque aliquo dubio alicuius contrarii, tunc dicitur perfecta credulitas seu perfecta probatio, nec est tunc causa dubia*». Nello stesso senso, v., tra i molti, S. Bertrandi, *Consiliorum Sive Responsorum, Consilium CXLII*, Francoforte 1603, 159; L. de Molina, *De Iustitia et Iure*, t. III, parte I, Moguntiae 1659, 1249. Vale la pena di precisare che una spiegazione di questo tipo non può stupire, dal momento che essa rispecchia appieno una diffusa linea di tendenza tra i giuristi romano-canonici, improntata a ricollegare la definizione stessa del concetto di prova a un *quid* che consente di fare luce su una situazione dubbia. Si vedano, ad esempio, le molteplici definizioni (come «*probatio est rei dubiae per argumenta obstensio*», oppure «*rei dubiae certa fides & indubitabilis demonstratio*») riportate da F. Pacciani, *De Probationibus. Libri duo*, Francoforte e Lipsia 1709, 6, § 1-12.

⁶⁷ Bartolo da Sassoferrato, *op. cit.*, 563, § 16-18.

ragionamento probatorio, un tale criterio non sarebbe stato concretamente raggiungibile nell'ambito di un procedimento giudiziario. Così facendo, si pose in una linea di continuità con quanto affermato, pochi decenni prima, dal più celebre teologo del tempo: Tommaso d'Aquino, il quale era giunto alla conclusione per cui, per quanto riguarda le vicende umane, non si potesse raggiungere una certezza "dimostrativa", ma fosse necessario accontentarsi di una «*probabilis certitudo, quae ut in pluribus veritatem attingat, etsi in paucioribus a veritate deficiat*»⁶⁸. Come vedremo nel prossimo paragrafo, teorie analoghe a questa costituirono il punto di partenza da cui, con il passare dei secoli, si sviluppò il movimento di pensiero che diede vita agli *standard* di prova utilizzati negli ordinamenti penali contemporanei.

Poste queste premesse, si può ora concentrare l'attenzione su quella che, per la presente analisi, risulta essere la peculiarità principale dell'esperienza degli ordinamenti romano-canonici: l'aver cercato di "oggettivizzare" il ragionamento probatorio in generale e gli *standard* di prova in particolare, tramite la fissazione di una serie di criteri di valutazione "positivi" della prova⁶⁹, ovvero norme la cui specificità più evidente è quella di indicare *ex ante* quale valore conoscitivo sia necessario attribuire a una dato elemento probatorio, nel caso in cui esso presenti determinate caratteristiche⁷⁰. Il riferimento va allo sviluppo del più generale "sistema delle prove legali"⁷¹, concepito inizialmente a livello dottrinale a partire dall'epoca tardomedievale⁷², cristallizzato, in seguito, in alcuni importanti testi normativi cinquecenteschi⁷³, e poi rimasto in vigore nei principali sistemi giuridici europei sino all'epoca delle codificazioni⁷⁴, il quale si articolò nella minuziosa predeterminazione

⁶⁸ Tommaso D'Aquino, *Summa Theologiae*, II, II, 70, art. 2, n. 1. In argomento, cfr. M. Pifferi, *Le insanabili antinomie della tortura. Modelli di verità e significato del dolore nella quaestio per tormenta medievale*, in *questa Rivista*, 9.9.2019, 12.

⁶⁹ Per la distinzione tra criteri di valutazione positivi e negativi, cfr., per tutti, M. Daniele, *Regole di esclusione*, cit., 65 ss. e 119 ss.

⁷⁰ Si veda, in proposito, ancora M. Daniele, *op. ult. cit.*, 66.

⁷¹ Come ricordato da M. Damaška, *op. cit.*, 92 ss. non va tralasciato come il sistema delle prove legali non ricomprendesse al suo interno solo regole di valutazione, ma anche norme riguardanti l'ammissibilità delle prove. Cfr., in proposito, nella letteratura italiana, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 66.

⁷² Sul ruolo giocato in particolare dalla dottrina canonistica a questo riguardo, v. G. Alessi, *op. cit.*, 8 e, in particolare, la nt. 8. Per un'accurata ricostruzione delle diverse teorie esistenti sulle origini del sistema delle prove legali, cfr. il recente studio di M. Damaška, *op. cit.*, 10-26.

⁷³ L'articolato *corpus* delle regole di valutazione romano-canoniche si trovano, ad esempio, cristallizzate nella *Constitutio criminalis Carolina* del 1532, di cui si può ritrovare una traduzione in lingua inglese in J. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge (MA) 1974, 259 ss.

⁷⁴ Si veda, sul punto, M. Damaška, *op. cit.*, 7, il quale ricorda come in alcuni Paesi continentali la teorica delle prove legali è durata fino al ventesimo secolo. A ben vedere, si può in proposito osservare che in certi Stati del

dei caratteri e del valore di ogni prova o indizio e nella loro classificazione in un complicato modello gerarchico⁷⁵. Come noto, tale modello probatorio fu istituito onde perseguire un duplice scopo: da un lato, «esso si pose come una sorta di contrappeso al potere del giudice, costituendo, in tal senso, “un rispettabile tentativo di sradicare l’arbitrio dal giudizio di fatto”»; da un altro lato, questo sistema «mirava a razionalizzare le tecniche del conoscere giudiziale, attraverso un metodo forgiato sulla base di una secolare esperienza»⁷⁶.

Al riguardo, è, anzitutto, utile notare come le regole di valutazione della prova di stampo romano-canonico presentassero, a livello strutturale, uno schema ricorrente, essendo formate da due elementi distinti, pur tra loro collegati⁷⁷. Più in particolare, queste norme indicavano, per un verso, le proprietà numeriche e/o qualitative che un determinato mezzo di prova doveva possedere e, per un altro, il valore probatorio da attribuire allo stesso, nel caso in cui il giudice ritenesse in concreto soddisfatte le condizioni prestabilite dalla singola norma. Il ponte tra questi due elementi era costituito da un’inferenza predeterminata a livello legale, fondata sulla generalizzazione di elementi ritenuti, secondo la logica del tempo, un valido fondamento gnoseologico per il conoscere giudiziale, quali principi religiosi, frammenti romanistici oppure, ancora, massime di esperienza ritenute consolidate.

Prendiamo ad esempio una delle più classiche regole di prova legale: cioè, quella per cui la deposizione di due testimoni diretti, concordi e degni di fede era idonea a provare una determinata affermazione su un fatto⁷⁸. Ebbene, una regola di questo tipo era scomponibile in due parti: la prima indicava il numero e la qualità che i testimoni dovevano possedere (ad esempio essere più di uno, aver visto direttamente l’inquisito commettere l’azione, non trovarsi in una delle numerose situazioni di incapacità a testimoniare stabilire dalle fonti del tempo, risultare pienamente concordi nella narrazione) e la seconda predefiniva il valore da attribuire alle loro dichiarazioni, laddove tutti i requisiti fissati nella prima parte della fattispecie fossero accertati in

Sud America le reliquie del vecchio modello sono ancora osservabili: cfr., ad esempio, l’esperienza dell’Uruguay dove l’antica categoria della “prova semipiena” compare finanche all’art. 15 della Carta costituzionale.

⁷⁵ Cfr., sul punto, J.P. Levy, *op. cit.*, 7, il quale precisa che il termine “gerarchia” in questo contesto «signifie évidemment que toutes les preuves n’ont pas une autorité égale: les unes suffisent pour décider du procès, les autres doivent être complétées, ou encore certaines l’emportent sur les autres».

⁷⁶ Entrambe le citazioni testuali sono tratte da M. Nobili, *op. cit.*, 108-110.

⁷⁷ Si veda, al riguardo, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 72.

⁷⁸ Cfr. l’art. 67 della *Constitutio criminalis Carolina*. Per una compiuta analisi di tale regola: cfr. M. Damaška, *op. cit.*, 59-65, nonché il classico studio di A. Padoa-Schioppa, «Unus testis nullus testis», *note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia ghisleriana*, Pavia 1967, vol. IV, 334 ss.

concreto dal decisore (ovvero il fatto che esse costituissero congiuntamente una “prova piena”⁷⁹). Infine, va notato come al fondo dell’inferenza normativa, che collegava tali elementi, stessero, sia una massima contenuta nella Bibbia⁸⁰, sia indicazioni contenute in fonti romanistiche⁸¹.

Ciò posto, è possibile ora concentrare l’attenzione sulla stretta correlazione, che esisteva tra il criterio della *luce meridiana clariores* e le norme di prova legale. In proposito, va, anzitutto, rilevato che tale *standard* si limitava, per parte sua, a fissare una soglia da raggiungere all’esito del procedimento probatorio, onde condannare, mentre non indicava le caratteristiche che le singole prove dovessero possedere, al fine di addivenire a un tale risultato. Ebbene, uno degli scopi principali per cui molti criteri di valutazione vennero elaborati fu proprio quello di creare un regime di «certezza legale»⁸² sul punto: mediante queste norme si cercò, infatti, di stabilire *ex ante* quali e quanti elementi probatori fossero in grado di dar vita alla situazione di evidenza richiesta dalla costituzione *sciunt cuncti*⁸³. L’obiettivo dei criteri positivi di valutazione della prova fu, in altre parole, quello di risolvere il problema dell’indeterminatezza della soglia da raggiungere per condannare «col compasso della legge»⁸⁴ e, cioè, attraverso la predeterminazione normativa del valore probatorio da attribuire agli elementi conoscitivi, che potessero giungere all’attenzione del decisore. Si pensi, ancora una volta, alla tradizionale “regola dei due testimoni”: si trattava di una norma sulla qualità e sulla quantità delle testimonianze e, allo stesso tempo, fissava una soglia, ritenuta in grado di soddisfare il relativo *standard* della *luce meridiana clariores*. Il che è utile, in definitiva, per comprendere, da una prospettiva concreta, come, nel sistema in questione, *standard* di prova e criteri di valutazione positivi, pur costituendo, a rigore, istituti diversi, fossero inscindibilmente connessi a livello

⁷⁹ In merito a tale categoria, cfr. più avanti nel testo.

⁸⁰ *Deuteronomio*, 19:15-17 e il *Vangelo secondo Giovanni* 8: 17-18.

⁸¹ Il riferimento va alla Costituzione di Costantino, contenuta in C Th. 11.39.3.1 e ripresa in C. 4.20.9.

⁸² Circa questa nozione, diffusa soprattutto nella trattatistica Ottocentesca, v. C.J.A. Mittermaier, *Trattato della pruova in materia penale*, Napoli 1850, 100 s., nonché, nella dottrina italiana, F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. II, Firenze 1897, 404 s. e G. Salvioli, *op. cit.*, 473.

⁸³ In proposito, cfr., ad esempio, J. de Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, cap. XLIX, Antwerp 15546, § 6; A. von Gail, *op. cit.*, 45, § 5 ss.; D. Toschi, *Practicarum conclusionum iuris*, *Concl.* DCCLXXXIX, Roma 1606, 616, § 4 ss. Nella letteratura contemporanea, v., in proposito, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 72.

⁸⁴ L’espressione è mutuata da F. Arrivabene, *Della certezza morale nei giudicj penali*, Brescia 1814, 24, il quale definisce il sistema delle prove legali come «quel criterio, che misura le prove col compasso della legge, che va in traccia della verità colla fiaccola della giurisprudenza, che nega l’esistenza di quanto non sia giudizialmente allegato e provato».

funzionale⁸⁵, dal momento che i secondi servivano per capire quando fossero soddisfatti i primi.

Quanto appena osservato non deve, tuttavia, far pensare che il regime probatorio romano-canonico «abbia funzionato – anche nel momento della sua più compiuta formulazione – in virtù di un rigido automatismo»⁸⁶. Al riguardo, autorevole dottrina⁸⁷ ha, infatti, messo in dubbio l'idea tradizionale, frutto delle idee dei riformatori settecenteschi⁸⁸, per cui le regole di prova legale avrebbero obbligato il giudice a condannare in modo del tutto indipendente dal proprio convincimento⁸⁹. Questi studi hanno, più in particolare, sostenuto che l'inferenza normativa, sottostante ai singoli criteri di valutazione, scattasse solo nel caso in cui il giudice ritenesse che il singolo mezzo di prova acquisito rispettasse, in concreto, una serie di requisiti, tanto formali, quanto sostanziali, i quali finivano per lasciare al medesimo non trascurabili margini di autonomia di giudizio⁹⁰. Ecco perché alcuni autori hanno relativizzato la distanza

⁸⁵ In merito alla connessione funzionale esistente tra *standard* di prova e criteri di valutazione, cfr. G. Tuzet, *Assessment criteria*, cit., 105, il quale osserva che «*criteria indicate how to assess evidence and standards indicate how to make a decision once the evidence at disposal has been assessed*».

⁸⁶ Sono parole di M. Nobili, *op. cit.*, 113.

⁸⁷ Si allude, in particolare, all'ampio studio di M. Damaška, *op. cit.*, 113, il quale sostiene che il sistema probatorio romano-canonico avrebbe prodotto al massimo l'effetto "negativo" di vietare al giudice di condannare alla pena ordinaria, se la propria convinzione interna non fosse sostenuta dall'acquisizione di una prova legale idonea a sostenere un tale esito. In termini ancora più netti, cfr. R.M. Fraher, *op. cit.*, 23 ss. e J. Franklin, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability Before Pascal*, Baltimora 2001, 19. Anche nella dottrina italiana è stata sostenuta la necessità di rigettare «la lettura del regime di prove legali effettuata dai riformatori del Settecento, che per criticarlo lo ingabbiano in una struttura [...] artificiale [...] non sempre corrispondente a quella che emerge da una più libera analisi». Cfr., in questo senso, L. Garlati, *op. ult. cit.*, 391, la quale ritiene che «ciò che non è consentito al giudice dal meccanismo di prove legali è di pronunciarsi se la certezza morale da lui raggiunta non è al contempo corredata da prove rituali e necessarie per dare spessore alla convinzione acquisita "in coscienza"». Circa la necessità di interpretare in modo più flessibile il modello probatorio romano-canonico, in precedenza, v. già G. Alessi, *op. cit.*, 7, nt. 7 e I. Rosoni, *op. cit.*, 40.

⁸⁸ Si legga, ad esempio, il discorso di J.G. Thouret, pronunciato l'11.1.1791, in seno all'Assemblea costituente francese, nell'ambito dei lavori preparatori del *Décret* sull'istituzione delle giurie e sull'introduzione dell'*intime conviction* (sul punto, v. *sub par.* 5), in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Recueil Complet des Débats Législatifs and Politiques des Chambres Françaises*, diretti da M.J. Mavidal e da M.E. Laurent, *Première Série*, t. XXII, Parigi 1885, 132, il quale riporta un caso, deciso dal *Tournelle* di Parigi, in cui un giudice era stato rimproverato dal presidente del collegio perché, invocando la propria convinzione morale, si rifiutava di condannare dei prevenuti.

⁸⁹ A questo proposito è rimasta celebre l'immagine di A. Esmein, *op. cit.*, 260, a detta del quale il giudice nel sistema romano-canonico sarebbe stato trasformato in «*un clavier, qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches*». L'opinione tradizionale si può ritrovare ben espressa in G. Salvioi, *op. cit.*, 473, secondo cui in tale sistema il giudice sarebbe stato tenuto ad «applicare la pena a colui che la legge in tal guisa dichiarava *autore cognito di un misfatto*, anche quando la convinzione del giudice fosse diversa». Cfr., nello stesso senso, F. Carrara, *op. cit.*, 404 e C.J.A. Mittermaier, *Teoria della prova nel processo penale*, Milano 1859, 109, nonché, più di recente, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 72.

⁹⁰ Cfr., in proposito, l'analisi di M. Damaška, *op. cit.*, 59-81. Nella dottrina italiana, cfr., per considerazioni simili,

che separa gli ordinamenti continentali attuali, ispirati al principio generale della libera valutazione delle prove, da quelli del passato, fondati sulle prove legali, giungendo alla conclusione per cui i secondi non avrebbero davvero trasformato del tutto il giudice in un automa, ma realizzato una certa sintesi tra libertà del decisore e rispetto delle regole astratte⁹¹.

Per quanto qui rileva, va, in ogni caso, osservato che vi è un aspetto con riferimento al quale i sistemi romano-canonici furono caratterizzati da una notevole dose di rigidità: ci si riferisce, in particolare, al tentativo di stabilire *ex ante* quali e quante prove fossero necessarie per condannare l'inquisito alla "pena ordinaria". A questo proposito, viene in rilievo la celebre sotto-classificazione⁹², anch'essa oggetto di feroci polemiche da parte degli illuministi⁹³, tra lo *standard* della "prova piena"⁹⁴, ossia quella che «*tantam fidem facit, quantam ad finiendum controversiam sufficit*»⁹⁵, e della "prova semipiena", cioè incompleta⁹⁶. Da siffatta distinzione derivavano conseguenze di rilievo primario sul piano giuridico: solo le prime erano, infatti, ritenute sicuramente capaci di soddisfare l'ideale della *luce meridiana clariores*, giustificando così l'applicazione delle sanzioni penali più gravi⁹⁷.

Al riguardo, va, tuttavia, precisato che i sistemi romano-canonici manifestarono la tendenza a circoscrivere la qualifica di "*plena probatio*", mediante un novero di criteri

F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997, 29 e G. Ubertis, *Principi*, cit., 39.

⁹¹ Si leggano, al riguardo, nella dottrina italiana le considerazioni di L. Garlati, *op. ult. cit.*, 391, secondo la quale in tale modello probatorio «il giurista indica al giudice il valore vincolante dei differenti strumenti di prova e gli effetti che ne derivano, ma senza ridurlo ad un automa, mero esecutore delle indicazioni dottrinali. Nella concreta dinamica processuale il giudice continua a godere di margini più o meno ampi di libertà e sono quelli a garantire, alla fine, il buon funzionamento del sistema». A sostegno di questa tesi, si possono portare le parole di P. Farinacci, *Consilia sive responsa atque decisiones causarum criminalium*, Colonia 1649, vol. I, 430, *concl.* 70, § 63, a detta del quale «*probationes omnes sunt iudici arbitrariae, potesque iudex ex variis & diversis animi motibus ad perfectam probatione, & credulitatem induci*».

⁹² Sulla quale v., ampiamente, nella letteratura contemporanea, I. Rosoni, *op. cit.*, 73 ss.

⁹³ Cfr., ad esempio, Voltaire, *Oeuvres complètes*, t. XIX, Parigi 1860, 488, che critica la categoria delle "prove semipiene", affermando che le stesse «*ne sont que des doutes; car on sait qu'il n'y a point de demi-vérités*».

⁹⁴ Circa la classificazione di tale categoria come *standard* di prova, cfr., condivisibilmente, J.N. Fenoll, *op. cit.*, 129, il quale ricorda come alcuni autori (tra cui, ad esempio, Azzone) utilizzassero anche la categoria della "*probatio plenissima*".

⁹⁵ Sono parole di G. Mascardi, *op. cit.*, *quae.* IV, 4, § 16. Nello stesso senso, v., autorevolmente, P. Farinacci, *Praxis et theoria criminalis, pars. primae*, t. II, *quaest.* XXXVI, Venezia 1609, 103, § 20.

⁹⁶ In proposito, v. G. Mascardi, *op. cit.*, 4, § 17, secondo cui la prova semipiena sarebbe stata quella che «*per quam rei gestae fides aliqua fit iudici, non tamen tanta, ut iure eam debeat sequi in sententia dicenda*». In termini analoghi, v. pure P. Farinacci, *op. ult. cit.*, 103, § 21.

⁹⁷ Si veda, al riguardo, con particolare chiarezza, G. Alessi, *op. cit.*, 43, secondo cui «la massima pena richiedeva una massima colpevolezza ed una piena prova».

di valutazione positivi, a una ristretta cerchia di tipologie di prove⁹⁸, idonee a rappresentare direttamente il fatto di reato – come la già menzionata ipotesi della duplice testimonianza, ovvero, ancora, i documenti sottoscritti o comunque autenticati dall'inquisito⁹⁹ – oppure, in ogni caso, riconducibili a una categoria dell'evidenza – e qui il riferimento primario va alla confessione che in origine veniva fatta rientrare nella categoria del *notorium*¹⁰⁰. Per contro, le prove rappresentative mancanti di qualche requisito, o, semplicemente, quelle indiziarie vennero classificate come “minori”¹⁰¹: per tale motivo, esse vennero collocate tra le “prove semipiene”¹⁰², oppure persino in categorie inferiori¹⁰³, e furono ritenute, di regola, inadeguate a costituire il fondamento per l'applicazione delle più gravi sanzioni corporali o capitali¹⁰⁴. Dalle opere dottrinali, questa classificazione trovò poi eco in alcuni importanti testi normativi dell'età moderna. Non è, ad esempio, un caso che l'art. 22 della *Constitutio criminalis Carolina* vietasse, per parte sua, la possibilità di condannare sulla base di indizi¹⁰⁵. Così facendo, infatti, tale testo non fece altro che recepire, estremizzandola, la sfiducia già manifestata dai giuristi medievali nei confronti delle *probationes artificiales*.

Ciò posto, non è difficile rendersi conto di come questa costruzione gerarchica potesse produrre non trascurabili problemi di ordine pratico. Difatti, non essendo sempre facile acquisire delle prove caratterizzate da tutti i requisiti per essere considerate “piene”, un regime di questo tipo, se inteso rigidamente, rischiava di impedire, in un numero significativo di casi, la punizione dei colpevoli, pur in presenza di gravi evidenze della loro colpevolezza¹⁰⁶; con tutto ciò che ne sarebbe conseguito in termini di perdita di capacità repressiva dei sistemi penali e di incremento del rischio, sempre presente, del propagarsi di spirali di vendetta da parte delle vittime. Ed è stata

⁹⁸ Sul punto v. l'autorevole opinione di J. de Damhouder, *op. cit.*, 128, il quale faceva rientrare in tale categoria solo le fattispecie della duplice testimonianza, della confessione giudiziale e dell'*evidentia facti*.

⁹⁹ In merito a tale categoria, v. M. Daniele, *op. ult. cit.*, 75.

¹⁰⁰ Cfr., a questo proposito, J.P. Levy, *op. cit.*, 53 ss., nonché P. Marchetti, *op. cit.*, 27 s. e I. Rosoni, *op. cit.*, 75.

¹⁰¹ Cfr. ancora J. de Damhouder, *op. cit.*, 128, § 4-7.

¹⁰² Sul punto, v. I. Rosoni, *op. cit.*, 81.

¹⁰³ Vedi, ad esempio, G. Claro, *op. cit.*, 298, § 1 «*et hoc credo proprie in hac materia appellari posse indicium, quod silicet sit plus quam simplex preasumptio, et minus quam semiplena probatio*». In senso critico rispetto alla svalutazione della categoria dell'indizio, cfr., seppur in epoca più tarda, T. Nani, *De indiciis, eorumque usu in cognoscendis criminibus*, Ticini Regii 1781, 9 s. Nella letteratura contemporanea, con riguardo a tale opera, v., in particolare, E. Dezza, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano 1992.

¹⁰⁴ Al riguardo, v. G. Alessi, *op. cit.*, 14; E. Dezza, *op. ult. cit.*, 63; I. Rosoni, *op. cit.*, 124 ss.

¹⁰⁵ Cfr. J. Langbein, *op. cit.*, 273.

¹⁰⁶ Si leggano, in proposito, le considerazioni di G. Alessi, *op. cit.*, 55 e di I. Rosoni, *op. cit.*, 81.

anche la volontà di limitare questi rischi – sommata ad altri elementi, quale la progressiva diffusione di un modello processuale generale di stampo inquisitorio, prevalentemente scritto e segreto¹⁰⁷ – ad aver portato i sistemi romano-canonici a focalizzare sempre più l'attenzione su una categoria di prove piene, considerata più facilmente reperibile rispetto alle altre: la confessione giudiziale, la quale, con il tempo, è stata posta a tal punto al centro dei sistemi continentali da assurgere al ruolo di *regina probationis*¹⁰⁸. Come è risaputo, la volontà di ottenere un alto numero di confessioni ha prodotto, poi, a cascata, “frutti avvelenati”. Ciò ha, in particolare, contribuito alla diffusione di quel metodo, eticamente inaccettabile, di “estorsione” delle dichiarazioni *contra se*, impiegato, con alterne fortune, dai sistemi romano-canonici fino all'Illuminismo: la tortura giudiziale¹⁰⁹. Il che fa comprendere, da una prospettiva concreta, quanto la scelta di porre *standard* probatori troppo elevati rispetto alle capacità effettive del sistema giuridico si sia, in questo caso, trasformata in un pericoloso *boomerang* per i diritti fondamentali dei prevenuti: essa ha rappresentato, infatti, uno dei motori che hanno favorito lo sviluppo di alcuni degli strumenti più terribili della macchina inquisitoria.

A questi problemi si andavano poi a sommare delicate questioni teoriche, derivanti dalla difficoltà di conciliare la svalutazione della prova indiziaria, a cui si è fatto cenno, con le indicazioni di segno opposto, provenienti dal diritto romano¹¹⁰. In proposito, anche a tacere di altre fonti, basti rammentare la già citata costituzione *sciunt cuncti*, la quale, come si è visto, oltre ad attribuire anche agli indizi, purché fossero “indubitati”, la qualifica di prove “*luce clarioribus*”, li parificava a due categorie di prove piene, cioè le testimonianze e la prova scritta. Il che rendeva, evidentemente, difficile giustificare la tendenza a negare un peso, anche decisivo, a questa categoria, dal momento che la stessa fonte, da cui era derivato il principale *standard* penalistico, la valorizzava.

¹⁰⁷ In merito alla connessione tra criteri di valutazione positivi e sviluppo della procedura romano-canonica, cfr., per tutti, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 67-71.

¹⁰⁸ Per uno studio analitico della parabola avuta dalla confessione nei sistemi continentali, cfr. P. Marchetti, *op. cit.*, *passim*. Nella letteratura processualpenalistica, cfr. A. Giarda, *Persistendo l'reo nella negativa*, Milano 1980 e L. Lupária, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano 2006, 2 s.

¹⁰⁹ Cfr. C.J.A. Mittermaier, *op. ult. cit.*, 291, il quale ricorda che «quanto più si diffondeva l'uso della tortura, tanto più s'accresceva il valore della confessione». In merito alle eterogenee cause che hanno portato prima a uno sviluppo e poi a un progressivo declino della tortura giudiziaria nel diritto comune, cfr. l'insuperato lavoro di P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, voll. I e II, Milano 1953-1954. Nella letteratura anglosassone, v. J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago 1976.

¹¹⁰ In proposito, v. G. Alessi, *op. cit.*, 55.

Tenuto conto di ciò, non stupirà che il quesito circa il ruolo da attribuire agli “indizi indubitati”, all’interno del processo penale romano-canonico, abbia rappresentato una delle tematiche più dibattute della letteratura europea sino all’epoca delle codificazioni¹¹¹.

Un primo profilo problematico riguardò già, a monte, la definizione da attribuire a questo concetto. Si trattò di una questione tanto cruciale, quanto di difficile soluzione¹¹², anche in ragione del fatto che il tentativo, pur compiuto, di risolverla attraverso un’enumerazione analitica di tutte le ipotesi tipiche di indizi indubitati, non riuscì, come prevedibile, a fornire delle risposte davvero soddisfacenti¹¹³. A tale quesito, molti criminalisti cercarono, pertanto, di rispondere in via teorica, ricollegando la nozione in esame al grado di convincimento che gli indizi dovevano produrre nella mente del giudice, onde assumere la qualifica di indubitati. Così, ad esempio, in questa prospettiva può essere letta la nota definizione di Baldo, a detta della quale gli “indizi indubitati” sarebbero stati quelli capaci di indurre nell’animo del giudice uno stato di acquiescenza così perfetta, da portarlo a smettere di investigare oltre¹¹⁴. Nella stessa scia, si pose Farinacci, secondo cui potevano dirsi “indubitati” solo quegli indizi capaci di portare il giudice a credere totalmente alla fondatezza dell’ipotesi accusatoria, «*nec possit in contrarium inclinare*»¹¹⁵. Per parte sua, Ippolito de Marsili si spinse ancora oltre, sostenendo che il giudice che riscontrasse contro l’inquisito degli indizi indubitati «*dicitur habere certitudinem*»¹¹⁶. Come avremo modo di osservare nel prossimo paragrafo, la discussione sul punto si arricchì di nuove posizioni nei secoli

¹¹¹ Per un’ampia ricostruzione, anche dottrinale, dell’argomento, v. I. Grassetti, *Anatome necis proditoriae, continens accuratam inspectionem eorum omnium, quae ad homicidii proditorii fabricam spectant, sectio II, § XXIX*, Lugduni 1660, 403, § 210 ss. e D. Raynaldi, *Obsevationum criminalium, civilium, & mixtarum, Liber II, Observ. cap. XXI, § IV & V*, Venezia 1735, 259, § 27 ss. Nella letteratura contemporanea, v., in proposito, I. Rosoni, *op. cit.*, 135 ss.

¹¹² Non a caso, D. Raynaldi, *op. cit.*, 260, § 32 osservava che tale questione «*diversimode a Doctoribus definiuntur*».

¹¹³ A questo riguardo, cfr. G. Alessi, *op. cit.*, 56 s.

¹¹⁴ Cfr. Baldo degli Ubaldi, *In VII, VIII, IX, X, et XI Codicis libros commentaria*, tit. *De accusationibus & inscript.*, Venezia 1577, 213, § 8, il quale più precisamente affermava che «*indicium vero est duplex, semiplenum seu dubitatum et plenum seu indubitatum. Indicium semiplenum est preasumptio fortiter movens animum ad aliquid credendum vel discredendum [...] Indicium vero plenum est demonstratio rei per signa sufficientia, per quae animus in aliquo tanquam in existente quiescit, et plus investigare non curat*». Nello stesso senso, v., in epoca più tarda, tra i molti, I. Menochio, *Consiliorum sive Responsorum, Liber VI, Consilium DLXXVI*, Francoforte 1676, 224, § 9. A detta di un ulteriore filone di pensiero, risalente a N. da Matarelli, avrebbero raggiunto una tale qualità gli indizi in grado di indicare «*veritas oculis mentis iudicis: sicut clara lux offendit veritate oculis corporis*» (Baldo degli Ubaldi, *In Quartum et Quintum*, *cit.*, 4).

¹¹⁵ P. Farinacci, *op. ult. cit.*, *quaest. XXVI*, 103, § 36, ove si afferma che «*indicium indubitatum illud est quod arctat mentem iudicis, ita ut ominino credit, nec possit in contrarium inclinare*».

¹¹⁶ Cfr. I. de Marsili, *Repetitio, Rubr. De Probationibus*, Lugduni 1551, 69, § 256.

XVII e XVIII, allorché si cercò di risolvere il problema impiegando i concetti – importanti dalla riflessione filosofica e teologica tardo-medievale e moderna – di certezza morale e di ragionevole dubbio. Indipendentemente da ciò, un dato emerge con chiarezza: come riconosciuto dai *doctores* del tempo, la decisione circa la possibilità di qualificare o meno gli indizi come “indubitati” non poteva che dipendere, in ultima analisi, da una scelta presa in concreto dal singolo magistrato¹¹⁷. Il che, evidentemente, finiva per attribuire allo stesso un ulteriore (e ancor più importante) spazio di discrezionalità nella valutazione probatoria, idoneo a rendere il sistema romano-canonico complessivamente ben più flessibile di quanto potesse apparire in astratto.

La considerazione appena esposta risulterà ancora più evidente, non solo tenuto conto del fatto che, secondo la dottrina maggioritaria, il giudice avrebbe potuto considerare raggiunto lo *standard* degli indizi indubitati anche attraverso un’operazione logico-creativa, tesa a sommare una serie di segni di minore gravità¹¹⁸, ma soprattutto dopo aver preso in esame il secondo nodo chiave della tematica: cioè, quello che prende in considerazione tale categoria in rapporto alla sua capacità di produrre questa o quella conseguenza giuridica. La domanda cruciale era, in particolare, la seguente: poteva o meno pronunciarsi una condanna penale allorché fosse raggiunta la soglia degli “indizi indubitati”?¹¹⁹

Un quadro rappresentativo delle eterogenee risposte, fornite nel tempo a tale quesito, può essere tratto da un autore appartenente alla stagione matura della criminalistica europea: Giulio Claro. Il senatore milanese, dopo aver ammesso che «*in hoc articulo Doctores multum varie loquuntur*»¹²⁰, riassunse le principali posizioni, diffuse in materia fino al Cinquecento.

Un primo filone esegetico, ricorda Claro, si dimostrò particolarmente garantista. Portando alle estreme conseguenze la sopra descritta svalutazione generale della prova *per argumentis*, esso arrivò alla conclusione per cui, neppure laddove si fosse in presenza di veri e propri indizi indubitati, si sarebbe potuti arrivare a pronunciare una condanna in materia criminale¹²¹.

¹¹⁷ In proposito, v. H. Basilio, *Decisiones Criminales*, Firenze 1691, 2, § 2 il quale affermava che «*quae sint indicia indubitata melius arbitrio iudicis relinquendum*». Più in generale, B. Carpov, *op. cit.*, 176, affermava che quella degli indizi era una «*materia arbitraria*».

¹¹⁸ Cfr., al riguardo, P. Fiorelli, *op. cit.*, vol. II, 28.

¹¹⁹ Al riguardo, v. I. Rosoni, *op. cit.*, 138 ss.

¹²⁰ Cfr. G. Claro, *op. cit.*, *quaest.* XX, 300, § 6.

¹²¹ G. Claro, *op. cit.*, *quaest.* XX, 300, § 6, ove si afferma che «*aliqui dicunt, quod regulariter ex praesumptionibus*

Un secondo gruppo di autori si attestò, invece, su un'opinione del tutto antitetica. Facendo leva sulla parificazione, compiuta tra costituzione *sciunt cuncti*, tra *indicia indubitata* e il criterio della *luce meridiana*, gli esponenti di questa corrente di pensiero ritennero che tale categoria potesse giustificare l'irrogazione della sanzione edittale, anche se capitale¹²². È opportuno precisare che un'opinione di questo tipo riscosse successo soprattutto laddove si procedesse per particolari tipologie di reati, tra cui quelli ritenuti "atroci", "occulti", o di "prova difficile"¹²³.

Non è però tutto. L'opera di Claro è utile anche perché permette di cogliere bene il fatto che, tra le opinioni estreme finora descritte, siano sorte e abbiano via via preso il sopravvento altre posizioni, mediane, atte a individuare soluzioni più flessibili. La consapevolezza circa il fatto che, onde trovare un migliore equilibrio tra esigenze di tutela del singolo e di salvaguardia della collettività, il sistema penale romano-canonico non avrebbe potuto permettersi di rinunciare a condannare anche sulla base di prove circostanziali portò, infatti, a cercare una via d'uscita dalla stretta dicotomia tra l'esito assolutorio, da un lato, e applicazione della pena ordinaria, da un altro lato. A tal fine, venne ideata una strategia basata sull'idea seguente: laddove il materiale raccolto nel corso della regiudicanda non consentisse di raggiungere lo *standard* della "prova piena", ma fossero comunque stati raccolti elementi idonei a raggiungere la soglia degli "indizi indubitati" si sarebbe potuto applicare, in luogo della pena di morte, un castigo inferiore, scelto dal giudice¹²⁴. Questa soluzione compromissoria prende il nome di "*poena extraordinaria*": essa mosse i suoi primi passi in epoca medioevale e si cristallizzò nei secoli successivi, fino ad assumere, nel suo periodo di massima

violentis, vel indicis quatumcunque indubitatis non debet aliquis in causa criminali condemnari».

¹²² Così, ancora, G. Claro, *op. cit.*, *quaest.* XX, 300, § 6: «*alij dicunt totum contrarium, quod scilicet etiam ex praesumptionibus reus est condemnandus poena ordinaria delicti, neque propterea est aliquo modo poena mitiganda*».

¹²³ Cfr. I. Rosoni, *op. cit.*, 140. Si coglie qui, da un angolo visuale privilegiato, una caratteristica tipica dei sistemi inquisitori romano-canonici: quella di contemplare diversi "binari" di regole, più o meno restrittive, a seconda, sia della fattispecie per cui si procedeva, sia, del pari, del singolo giudice chiamato a prendere la decisione. Difatti, per una vasta serie di reati, specie laddove la competenza spettasse ai tribunali superiori (cfr., in proposito, M. Damaska, *op. cit.*, 84, il quale ricorda che «*the prevailing opinion was that [...] "major magistrates" were authorized to disregard evidence law*»), si ammetteva la possibilità di impiegare forme procedurali meno garantite, che si riflettevano finanche in un abbassamento dello *standard* di prova rispetto alle regole generali.

¹²⁴ G. Claro, *op. cit.*, *quaest.* XX, 300, 6, ove si legge che «*alij dicunt, quod ubi ex praesumptionibus proceditur multum debet iudex temperare suam sententiam, & maxime ne condemnet nisi raro, & modice ad poenam*». Come ricorda lo stesso Claro, tale ragionamento trovava un'autorevole giustificazione in seno a una massima tralatizia, risalente finanche a Innocenzo IV: in merito alla c.d. *doctrina Innocentii*, cfr. G. Alessi, *op. cit.*, 51 s., nonché M.R. Doria, "Ubi proceditur ex praesumptionibus minuitur poena". *Qualità della prova e quantità della pena secondo la doctrina Innocentii*, in *Italian Review of Legal History* 2021, 1, 1-29.

diffusione, scala europea¹²⁵.

Ciò posto, va precisato che, anche all'interno di tale filone interpretativo "intermedio", facente capo alla teorica della pena straordinaria, le posizioni finirono per divergere su un aspetto per nulla secondario: la gravità della sanzione irrogabile nei confronti dell'inquisito¹²⁶. In proposito, è opportuno osservare che, a detta di una corrente di pensiero, presunzioni e indizi avrebbero potuto giustificare l'irrogazione soltanto di sanzioni pecuniarie¹²⁷. Con il tempo, a seguito del crescente bisogno di esemplarità e di forza repressiva degli Stati moderni assoluti, si fecero, peraltro, strada opinioni via via più repressive, secondo le quali, in presenza di indizi indubitati, pur non potendosi applicare la pena ordinaria, si sarebbe potuto condannare a espiare anche gravi sanzioni di matrice corporale. Nel Cinquecento, spiegava ancora Claro, così operavano diverse supreme magistrature di Stati italiani, tra cui il Senato di Milano¹²⁸.

A ogni modo, quanto appena osservato consente di rendersi conto di come alle difficoltà di ordine pratico, determinate dalla rigidità del sistema probatorio romano-canonico, i giuristi del diritto comune risposero, non solo ricercando, in modo ossessivo, la confessione, ma anche costruendo una relazione proporzionale tra gradi della prova e pena da irrogare¹²⁹, la quale finì per determinare una sostanziale duplicazione dello *standard* decisivo per condannare. Se è vero, infatti, che il criterio

¹²⁵ Per comprendere l'importanza del meccanismo, è sufficiente ricordare come un grande difensore del modello tradizionale come Carmignani individuò nella "pena straordinaria" uno dei cardini dei sistemi inquisitori, tanto che, a suo parere, venendo meno tale anello della catena tutto ne sarebbe uscito «alterato, e sconvolto» (cfr. G. Carmignani, *Scritti inediti*, vol. VI, Lucca 1852, 335, CCCLXXXVII e s.). Nella letteratura contemporanea, un ampio studio dedicato all'istituto si può trovare in G. Alessi, *op. cit.*, 19 ss., a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti alla trattatistica del Cinquecento e del Seicento (in particolare v. la pagina 19, nt. 20), nonché, più di recente, M. Damaška, *op. cit.*, 106-111.

¹²⁶ A questo riguardo, v. la spiegazione riportata da G.B. De Luca, *Il dottor volgare. Ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, e municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, vol. XV, parte II, *Delli giudizi criminali*, Roma 1673, 82 s., § 17, ove si legge che «secondo un'opinione più probabile, e più comune, con la sola prova, la quale risulta dagli indizj indubitati; si può ben venire alla condanna d'una pena straordinaria, mà non all'ordinaria; Restando il dubbio se si possa venire à pena afflittiva del corpo, nel che si scorge qualche varietà d'opinioni, e forse la più comune è la negativa; Tuttavia pare sopra di ciò non si possa dare una regola certa, convenendo governarsi secondo che portano le circostanze de' casi».

¹²⁷ Cfr., al riguardo, E. Bossi, *op. cit.*, tit. *de convictis*, 139 s., § 34-36, il quale qualificava tale opinione «*communis*».

¹²⁸ Così, ancora, G. Claro, *op. cit.*, *quaest.* XX, 300, 6. Si trattò di una prassi che, in tale area territoriale, rimase radicata ancora per molti secoli, se è vero che di essa rimase traccia, più o meno esplicita, tanto nella *Norma interinale del processo criminale per la Lombardia Austriaca* del 1786, quanto – e più in generale – nelle codificazioni asburgiche di inizio Ottocento: cfr., in proposito, L. Garlati, *Il volto umano*, cit., 140 ss.

¹²⁹ L'idea di fondo dello schema della pena straordinaria era, infatti, quella per cui «quando la prova fosse di un solo grado inferiore alla prova piena, ad essa potesse corrispondere una pena di un grado inferiore all'ordinaria»: in questo senso, v. efficacemente, G. Alessi, *op. cit.*, 21.

generale rimase formalmente quello della *luce meridiana clariores*, è anche vero che esso venne, di fatto, suddiviso in due soglie quantitativamente e qualitativamente distinte, da cui, a parità di reato commesso, conseguivano esiti diversi sul piano sanzionatorio. La soglia ottimale poteva dirsi raggiunta solo laddove fossero acquisite delle “prove piene”; e dal momento che si riteneva che tali prove fossero capaci di determinare una situazione di “certezza legale”, circa la colpevolezza del prevenuto, in questo caso l’irrogazione delle pene più gravi, e, in particolare, di quella di morte, era considerata giustificata. Lo *standard* inferiore era, invece, costituito dagli “*indicia indubitata*”: questa categoria, presupponendo, come si è visto, la convinzione del giudice circa la colpevolezza del prevenuto, ma non la sussistenza di prove classificabili come piene, era ritenuta meno affidabile, giustificando la condanna solo a pene diverse da quella capitale. È, peraltro, utile notare che, nel momento in cui gli ordinamenti romano-canonici cercarono di vietare di irrogare la *poena sanguinis* in assenza di prove piene, si dimostrarono, da quest’angolo visuale, più garantisti rispetto a quegli ordinamenti contemporanei, come alcuni Stati nordamericani, che permettono ancora di applicare la pena di morte sulla base del *BARD*¹³⁰; ossia un criterio che, come avremo modo di vedere a breve, si colloca a un livello paragonabile agli *indicia indubitata*.

Il problema è che lo *standard* della prova piena risultò, nella prassi, talmente esigente da essere spesso impossibile da soddisfare in concreto, favorendo così lo sviluppo di soluzioni creative, tra cui una delle principali fu proprio quella delle pene straordinarie¹³¹. Sebbene stratagemmi di questo tipo determinassero evidenti vantaggi, tanto di ordine pratico, quanto religioso¹³², essi non furono a “costo zero”: tale operazione aumentò, ancor di più, il peso giocato dalle magistrature professionali sia a livello procedimentale, sia per quanto concerne la valutazione complessiva delle prove, sia, e soprattutto, a livello sanzionatorio. Il che consente di comprendere come il tentativo dei sistemi romano-canonici di “oggettivizzare” lo *standard* probatorio per

¹³⁰ Lo nota M. Damaška, *op. cit.*, 108.

¹³¹ Per ulteriori esempi, cfr. M. Damaška, *op. cit.*, 111 ss., il quale fa rientrare in tale categoria anche i c.d. “giudizi intermedi”, di cui la formula di “assoluzione per insufficienza di prove” rappresentava un antenato. Per un ampio studio di tale tipologia decisoria, cfr. il recente lavoro monografico di F. Picinali, *Justice in Between. A Study of Intermediate Criminal Verdicts*, Oxford 2022.

¹³² Mediante tale *escamotage* i giudici erano, infatti, messi al riparo dal dover assumersi la responsabilità etico-religiosa di pronunciare una sentenza di morte, sulla base di una scelta dipendente *in toto* dal loro convincimento interno. Si trattava di un vantaggio assai significativo, dal momento che togliere la vita a un uomo innocente correva il rischio di trasformarsi in un peccato mortale. Per più ampie riflessioni in proposito, v. M. Damaška, *op. cit.*, 91, nonché J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven e Londra 2008, 3.

pronunciare una condanna, attraverso la fissazione di una serie di criteri di valutazione della prova, si sia dimostrato fallimentare ben prima della sua definitiva entrata in crisi in epoca illuminista. Con il passare del tempo, il sofisticato meccanismo delle prove legali non riuscì, infatti, più a soddisfare quell'esigenza di "certezza", che ne rappresentava la più profonda ragion d'essere, uscendone, pertanto, confermato l'antico rescritto dell'Imperatore Adriano per cui «*quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest*»¹³³. Non è difficile rendersi conto di come la progressiva presa di coscienza di ciò finì per favorire l'implosione del sistema, dal punto di vista gnoseologico, prima che da quello morale¹³⁴.

Comunque sia, va osservato che, con il crescere delle esigenze di esemplarità e di repressività tipiche degli Stati assoluti, alcuni ordinamenti non si arresero alla prassi delle pene straordinarie e cercarono di trovare dei modi per limitarle. Ed è proprio nell'ambito di queste "reazioni" securitarie che, quantomeno per alcuni sistemi di *civil law*, iniziarono a muovere i loro primi passi in campo giuridico i concetti della certezza morale e del *BARD*¹³⁵. Sennonché, al posto di rivitalizzare il regime delle prove tradizionale, questi esperimenti contribuirono a farlo collassare definitivamente. Vediamo come ciò sia potuto accadere.

4. Nel corso delle pagine precedenti, si è avuto modo di osservare come in epoca medievale fosse già diffusa l'idea per cui, nelle vicende umane, a differenza che in logica o matematica, la certezza assoluta circa la verità di una proposizione fosse irraggiungibile. Sulla scia di questa consapevolezza, i pensatori del tempo concepirono tale nozione come una scala graduata: una delle classificazioni più diffuse «*was a sequence of three steps [...] that led down from mathematical (or metaphysical) over physical to practical certainty*»¹³⁶.

¹³³ Il passo è confluito in D. 22.5.3.2. La prassi dimostra, insomma, che le prove legali hanno fallito in quanto – per riprendere le parole di K. Ambos, *op. cit.* 177 s. – «*the complex process of forming a persuasion with regard to a certain fact is informed by a mixture of rules of human experience, nature and logic, and depends on so many elements, not least the circumstances of the individual case, that it cannot be captured by general and abstract rules*».

¹³⁴ Cfr., in proposito, le acute osservazioni di M. Nobili, *op. cit.*, 112.

¹³⁵ Si veda, al riguardo, il par. seguente.

¹³⁶ La citazione testuale è tratta da R. Shüssler, *Jean Gerson, Moral Certainty and the Renaissance of Ancient Scepticism*, in *Renaissance Studies* 2009, 453. Dello stesso autore, cfr., *amplius*, Id., *The Debate on Probable Opinions in the Scholastic Tradition*, Leiden 2019, 335 ss. Una versione aggiornata di tale tripartizione, compare ancora oggi in R. Baron, voce *Certainty*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* ed. 2022, reperibile in www.plato.stanford.edu.

Per quanto rileva in questa sede, va osservato che siffatta tripartizione della certezza ha avuto un'influenza determinante sullo sviluppo degli *standard* della certezza morale e dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, di cui in questo paragrafo verranno esaminate le origini.

Il primo elemento da chiarire è costituito dal fatto che questi criteri non sono originari del mondo del diritto, ma sono nati in campo teologico-morale cristiano. Onde rendersi conto di ciò, è utile ricordare che la paternità dell'espressione "certezza morale" – da cui poi, con il passare dei secoli, è derivato il *BARD* – viene attribuita al teologo francese Jean Gerson¹³⁷, vissuto all'epoca del grande scisma d'Occidente della fine del XIV secolo¹³⁸. Egli ideò questa nozione al fine di perseguire un obiettivo di rilievo primario per le società cristiane del tempo, particolarmente tormentate da dubbi morali a causa dello scontro tra papato romano e avignonese: quello di stabilire quando una persona potesse dirsi sufficientemente sicura di agire senza commettere un peccato¹³⁹. Da un punto di vista contenutistico, già nella costruzione originaria del filosofo francese, la certezza morale avrebbe indicato solo un'elevata probabilità¹⁴⁰ circa la verità di un'ipotesi. Di conseguenza, tale criterio avrebbe ammesso la possibilità teorica del contrario e sarebbe stato raggiungibile anche se nell'animo umano permanesse qualche (non meglio precisato) residuo scrupolo di insicurezza¹⁴¹. Nondimeno, tale *standard* avrebbe comunque indicato una convinzione sufficientemente ferma da mettere al sicuro l'individuo dal peccato¹⁴², consentendo di agire senza temere per la propria anima. Non è difficile rendersi conto che, avendo scelto di indicare mediante siffatta regola «*a very high but not complete degree of persuasion*»¹⁴³, Gerson abbia cercato di bilanciare «*the widespread scrupulosity in moral*

¹³⁷ Si vedano, a questo riguardo, J. Franklin, *op. cit.*, 69 e R. Shüssler, *Jean Gerson*, cit., 453.

¹³⁸ Per un profilo biografico di Gerson, v. B.P. McGuire, *In Search of Jean Gerson: Chronology of His Life and Works*, in *A Companion to Jean Gerson*, a cura di B.P. McGuire, Leiden-Boston 2006, 1 ss.

¹³⁹ Insiste su questo aspetto R. Shüssler, *op. ult. cit.*, 453.

¹⁴⁰ Si veda, in particolare, sul punto J. Gerson, *De consolatione theologiae*, lib. IV, *prosa secunda*, in *Joannis Gersoni Opera Omnia*, t. I, Antwerp 1706, 171-172.

¹⁴¹ Cfr., al riguardo, G. Biel, *Commentarius in Quartum Librum Sententiarum*, *distinctio XVI, quaest. III*, Brixiae 1574, 515, il quale riporta così il pensiero di Gerson: «*certitudo moralis est, quae habetur ex probabilis conjectura, grossis & figuralibus, magis ad unam parte, quam aliam inducentibus, seu persuadentibus. Illa certitudo non removet in una parte omnem probabilitatem, vel opinionem alterius partis: licet magis declinet ad istam, quam ad aliam. Admittit etiam formidinem de opposito, & scrupolos non tamen advertendos, sed contemnendos*».

¹⁴² Sul punto, v. J. Gerson, *Gersoniana*, lib. IV, *cap. III De Morum Disciplina*, in *Joannis Gersoni Opera Omnia*, t. I, cit., CXLIX, ove egli testualmente affermò: «*Vis igitur quicquam securus agere? Certus sis illud esse bonum, neque virtuti contrarium. Sed refert qua certitudine, sufficit nempe certitudo moralis qualem notavimus ut vel non sis in peccato, dum facis quod in te est, aut saltem peccatum non incurris novum, per temeritatem*».

¹⁴³ Sono parole di J. Franklin, *op. cit.*, 69.

matters on the one side, and 'vigorous action' on the other side»¹⁴⁴.

Anche grazie alla sua flessibilità, la nozione di certezza morale riscosse un successo immediato. Uno dei primi estimatori del concetto fu Sant'Antonino da Firenze, il quale nella sua *Summa theologica* riprese la definizione gersoniana e giunse, a sua volta, alla conclusione per cui, per evitare il pericolo di peccare, «*sufficit talis certitudo*»¹⁴⁵. Essendo stata impiegata da due dei più autorevoli pensatori tardomedievali, questa costruzione teorica ebbe la possibilità di diffondersi già nel corso del XV secolo, diventando, nel corso dell'età moderna, un punto di riferimento imprescindibile per tutti coloro che si trovassero a rispondere al quesito circa quale credenza fosse necessario raggiungere nelle vicende umane, onde non rischiare di assumere una decisione sbagliata¹⁴⁶.

Se, dunque, nell'epoca degli Antichi Regimi, lo *standard* in esame si era oramai consolidato, a seguito della spaccatura nel mondo cristiano determinata dalla riforma luterana vennero incrementati gli sforzi per meglio chiarirne il significato¹⁴⁷. Da questa prospettiva, un contributo importante derivò dallo scontro tra teologi "casuisti", verificatosi nel corso dei secoli XVI e XVIII¹⁴⁸. È proprio in tale contesto, infatti, che si iniziò a qualificare come "ragionevole" o "razionale" l'esitazione capace di impedire di pervenire a una certezza morale. Il che consente di comprendere come, in origine, lo *standard* – marcatamente soggettivo, perché riferito a uno stato mentale – da raggiungere per risolvere casi di coscienza fosse quello della certezza morale, il quale poteva dirsi soddisfatto solo se un soggetto riuscisse a escludere ogni dubbio ragionevole circa la bontà di una soluzione¹⁴⁹. Da questo momento in poi, teorie di questo tipo vennero utilizzate costantemente¹⁵⁰, fino a essere approvate anche dai

¹⁴⁴ La citazione è tratta da J. Hahn, *Moral Certitude: Merits and Demerits of the Standard of Proof Applied in Roman Catholic Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion* 2019, 304.

¹⁴⁵ Sant'Antonino da Firenze, *Summa theologica, pars I, titulus III, cap. X*, Verona 1740, 204.

¹⁴⁶ Cfr., al riguardo, R. Shüssler, *op. ult. cit.*, 453.

¹⁴⁷ Si legga, ad esempio, l'autorevole opinione di F. Suarez, *De Divina Gratia*, t. VIII, Venezia 1741, 319, a detta del quale «*certitudo moralis omnem propriam dubitationem excludit*».

¹⁴⁸ Sul punto, v. la ricostruzione di B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, Berkley 1991, 13 ss. e Ead., *Changing Language, Unchanging Standard: From "Satisfied Conscience" to "Moral Certainty" and "Beyond Reasonable Doubt"*, in *Cardozo J. Int'l & Comp.* 2009, 264. Più in generale, cfr. R. Shüssler, *The Debate on Probable*, cit., 60 ss.

¹⁴⁹ Cfr., a questo riguardo, in particolare B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt*, cit., 21.

¹⁵⁰ Tra i molti, v. J. Angles, *Flores theologicarum quaestionum in secundum librum Sententiarum, pars I*, Madrid 1586, *concl.V*, 73; D. Concina, *Della storia del probabilismo e del rigorismo*, t. II, Lucca 1761, 25; J. Caramuel de Lobkowitz, *Theologiae moralis fundamentalis, lib. IV*, Lugduni 1675, 255; G. Herincx, *Summa theologiae scholasticae et moralis*, 447, pars. I, Antwerp 1660; J. de Lugo, *Disputationes Scholasticae et morales*, Lugduni 1696, 72; J. Martinon, *Disputationes theologiae*, t. II, Parigi 1663, 263; FB. Medina, *Expositio in prima secundae*

vertici della Chiesa cattolica¹⁵¹.

Il concetto della certezza morale, inteso come la credenza più elevata effettivamente raggiungibile riguardo a eventi passati, non rimase, tuttavia, circoscritto all'ambito teologico, ma si diffuse rapidamente pure in molti altri campi del sapere¹⁵², tra cui quello del diritto¹⁵³. Ciò non può stupire, trattandosi di un criterio assai prezioso per un contesto in cui i giudici e i giurati si trovavano a prendere decisioni su fatti del passato, estremamente delicate, tanto da una prospettiva giuridica, quanto etico-religiosa. Alla luce di ciò, ben si comprendono le ragioni per cui si è deciso di importare il criterio in esame all'interno del diritto processuale penale. Così facendo, si è, infatti, da un lato, colta l'occasione di sfruttare quale regola di decisione uno *standard* capace sì di proteggere l'individuo dal rischio di una condanna ingiusta, in conformità all'antico adagio dell'*in dubio pro reo*, ma, vista la sua natura probabilistica, comunque collocato su un livello non così elevato da sacrificare la repressione della criminalità. Da un altro lato, si è importato uno strumento – avallato dai più autorevoli teologici come il miglior criterio per risolvere casi di coscienza – idoneo a tranquillizzare i giudici e i giurati dal timore di commettere un peccato mortale, visto il rischio sempre immanente di condannare un innocente¹⁵⁴.

Ciò posto, è il caso di precisare che questo processo di introduzione della certezza morale e del ragionevole dubbio in campo giuridico ha preso piede nella tarda età moderna, sia all'interno dei sistemi giuridici accusatori di *common-law*, sia nella galassia degli ordinamenti inquisitori di tradizione romano-canonica.

Angelici Doctoris d. Thomae Aquinatis, Venezia 1580, 624; G.V. Patuzzi, *Ethica christiana sive theologia moralis*, t. I, Venezia 1790, 291; T. Sanchez, *Operis moralis in praecepta decalogi*, t. II, lib. VII, cap. XIX, Antwerp 1622, 405; A.M. Verricelli, *Quaestiones morales, & legales*, Venezia 1653, 66.

¹⁵¹ Onde rendersi conto di ciò, basti pensare che in un trattato sulla confessione, commissionato per iniziativa diretta di Papa Benedetto XIV, la certezza morale era espressamente definita come quello stato mentale «*quae quidem dubium rationabile excludit, determinando intellectum ob motivum grave in assensum*» (cfr. *Dissertatio theologica de officio confessarii prudenter et fructuose obeundo*, Augustae Vindelicorum 1767, 343).

¹⁵² Il concetto di certezza morale fu, ad esempio, impiegato da alcuni dei padri del pensiero scientifico moderno, come Cartesio, il quale la definiva come quella certezza «*suffisante pour régler nos mœurs, ou aussi grande que celle des choses dont nous n'avons point coutume de douter touchant la conduite de la vie, bien que nous sachions qu'il se peut faire, absolument parlant, qu'elles soient fausses*» (R. Descartes, *Les Principes de la Philosophie*, Parigi 1651, 483), B. Pascal, *Litterae provinciales*, t. II, Colonia 1700, 610), oppure, ancora, in area anglosassone, R. Boyle, *The Works of the honourable Robert Boyle in Six Volumes*, vol. IV, Londra 1777, 42. Per ulteriori riferimenti, v. B. Shapiro, 'Beyond Reasonable Doubt': *The Neglected Eighteenth-Century Context*, in *Law and Humanities* 2014, 19 ss.

¹⁵³ Cfr., in proposito, B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 268 s.; Ead., 'Beyond Reasonable Doubt': *The Neglected Eighteenth-Century Context*, cit., 19 ss. e C. Cogrossi, *La Criminalistica italiana del XVIII secolo sulla «certezza morale» antesignana del libero convincimento del giudice: note*, in *RSDI* 2000, 122.

¹⁵⁴ Insiste su questo punto J.Q. Whitman, *op. cit.*, *passim*.

Per quanto concerne i primi, tale passaggio storico è stato oggetto di ampi studi¹⁵⁵, di cui è utile ricordare in questa sede i principali risultati. A tal proposito, la letteratura di *common law* ha messo in luce come, fino al XV secolo, i giurati ricevevano delle indicazioni sommarie, nelle quali ci si limitava a mettere in rilievo la necessità di decidere «*according to the evidence and your conscience*»¹⁵⁶. È, invece, solo a partire dai secoli XVI e XVII che si è iniziata a sentire la necessità di specificare più nel dettaglio la soglia da raggiungere per considerare provato un fatto di reato¹⁵⁷. In questa scia, si pose, ad esempio, il grande giurista inglese Matthew Hale, le cui opere contribuirono a radicare concetti già diffusi nel dibattito teologico, come le idee per cui nei casi dubbi bisognasse evitare di agire, prendendo la decisione più favorevole ai prevenuti¹⁵⁸. Ed è proprio in tale contesto che, attraverso un percorso di progressivo affinamento linguistico, che non intaccò la sostanza dello *standard*, si iniziò ad affermare che i *fact-finders* avrebbero potuto condannare solo una volta ottenuta una “*satisfied conscience*”, “*a satisfied understanding*”, oppure, ancora, una “*moral certainty*” circa la colpevolezza del prevenuto¹⁵⁹.

Ciò detto, va aggiunto che gli studiosi sono concordi nell'affermare che l'ultima formula a fare la sua comparsa nelle aule di giustizia sarebbe stata quella del *BARD*, la quale venne importata in campo processuale solo nel XVIII secolo¹⁶⁰. A riprova di ciò, basti pensare che il primo utilizzo pratico documentato del ragionevole dubbio in

¹⁵⁵ Si allude, in particolare, ai lavori di B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt*, cit., *passim*; Ead., *Beyond Reasonable Doubt: The Evolution of a Concept*, in *Fictions of Knowledge*, a cura di Y. Batsaki, S. Mukherji, J.-M. Schramm, New York 2012, 19 ss. e di J.Q. Whitman, *op. cit.*, *passim*. In precedenza, cfr. anche A.A. Morano, *Re-examination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, in *Boston Univ. L. Rev.* 1975, 507 ss. e T. Waldman, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, in *Journ. of the History of Ideas* 1959, 299 ss.

¹⁵⁶ Si veda, in proposito, B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 262.

¹⁵⁷ Al riguardo, va segnalato che gli autori anglosassoni sono divisi circa le funzioni che tali concetti avrebbero avuto in origine in campo giuridico. Sul punto, cfr. la polemica tra B. Shapiro, *The Beyond Reasonable Doubt Doctrine: “Moral Comfort” or Standard of Proof?*, in *Law & Humanities* 2008, 149 ss., secondo cui il *BARD* sarebbe stato già dal principio uno *standard* di prova, e J.Q. Whitman, *Response to Shapiro*, *ivi* 175 ss., a detta del quale, in origine, tale concetto sarebbe servito, piuttosto, da regola di “*moral comfort*”, volta a rassicurare i giurati dal timore di commettere un peccato mortale, nel momento in cui avessero condannato un innocente. Infine, va segnalata l'opinione di chi (J.H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford 2003, 261-266) ha insistito, in particolar modo, sull'importanza chiave che per l'importazione delle nozioni in esame avrebbe avuto il ruolo che la difesa degli imputati ha acquisito nella procedura penale inglese nel corso del Settecento.

¹⁵⁸ Si veda M. Hale, *History of the Pleas of the Crown*, vol. I, Londra 1778, 300, ove si legge «*quod dubitas ne feceris*».

¹⁵⁹ Cfr. B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 261 ss. Nella dottrina italiana, v. F. Ruggieri, *Beyond any reasonable doubt: una matrice di common law*, in *Giudizio penale*, cit., 317 e G. Carlizzi, *Liberio convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, San Lazzaro di Savena 2018, 56.

¹⁶⁰ In proposito, v. J.H. Langbein, *op. ult. cit.*, 261 ss.; B. Shapiro, *op. ult. cit.*, 274 s.; J.Q. Whitman, *op. cit.*, 192 ss.

ambito angloamericano viene, tradizionalmente, fatto risalire al processo per il “massacro di Boston” del 1770¹⁶¹, celebrato a carico di alcuni soldati inglesi per l’uccisione di una serie di civili locali. In tale processo, l’accusatore si rivolse ai giurati con le seguenti parole: «*if therefor in the examination of this Cause the Evidence is not sufficient to Convince you beyond reasonable Doubt of the Guilt of all or of any of the Prisoners by the Benignity and Reason of the Law you will acquit them. But if the Evidence be sufficient to convince you of the Guilt of all or of any of the Prisoners by the Benignity and Reason of the Law will require you to declare them Guilty*»¹⁶². Sul punto, va precisato che nulla nella relazione dei Boston cases fa percepire che queste affermazioni fossero state intese dalle parti come una particolare novità; il che non può stupire, proprio perché l’impiego di frasi simili a questa «*was consistent with the notions of “belief”, “satisfied conscience” and “moral certainty” employed in and outside the courtroom*»¹⁶³.

Comunque sia, va, in proposito, aggiunto che, come ha dimostrato autorevole dottrina, alla fine del Settecento, lo standard del BARD «*had not [yet] become a rule of law, in the sense of being invariably applied, hence we still find different judges formulating the standard of proof differently*»¹⁶⁴. Difatti, analizzando la giurisprudenza del tempo, ci si è resi conto di come vi fossero casi in cui l’istruzione su tale regola di decisione non venisse ancora data, oppure nei quali si fece comunque riferimento a criteri incapaci di soddisfare l’al di là di ogni ragionevole dubbio¹⁶⁵. Lo si vedrà: è solo in un periodo successivo – grazie, in particolare, alla trattatistica e alla giurisprudenza ottocentesca – che la regola del BARD si radicò definitivamente nella teoria e nella prassi anglosassone.

Per quanto concerne, invece, i sistemi inquisitori continentali, va precisato che gli standard moderni ricevettero una diffusione teorica trasversale grazie, non solo ai

¹⁶¹ Cfr., al riguardo, A. Morano, *op. cit.*, 507 ss.; B. Shapiro, *‘Beyond Reasonable Doubt’: The Neglected*, cit., 23; J.Q. Whitman, *op. cit.*, 193.

¹⁶² La citazione è tratta dal volume *The trial of the British Soldiers*, Boston 1824, 118. La dottrina risulta divisa circa il quesito se l’utilizzo del BARD in questa fattispecie avesse determinato un abbassamento dello standard rispetto alla prassi precedente, oppure no: nel primo senso, cfr. A.A. Morano, *op. cit.*, 514, contra, invece, B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt*, cit., 20-22. Per una sintesi, S. Sheppard, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence*, in *Notre Dame Law Review* 2003, 1192, a detta del quale «*the instruction both accords with the new language of the times and contrasts with the language of the defense, to the benefit of the state in jury deliberations*».

¹⁶³ Cfr. B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 22.

¹⁶⁴ La citazione è tratta da J. H. Langbein, *op. ult. cit.*, 264.

¹⁶⁵ Si vedano, ancora, gli esempi portati da J. H. Langbein, *op. ult. cit.*, 264 s.

numerosi studi giuridici redatti da esponenti del clero¹⁶⁶, ma anche alle opere di alcuni grandi filosofi, tra cui spiccano i fondatori della scuola del diritto naturale Ugo Grozio¹⁶⁷ e, soprattutto, il giurista tedesco Samuel Pufendorf. Questi, ad esempio, nel suo *De Jure Naturae et Gentium*, adattò al contesto giuridico la nozione di *certitudo moralis*, definendola come una «*firma [...] presumptio, valde probabilibus rationibus subnixa, & quae nisi rarissime fallere possit*»¹⁶⁸.

Non si dovette, peraltro, attendere molto affinché, dal piano teorico, tali concetti venissero impiegati pure nella prassi, per risolvere alcuni complessi problemi della procedura penale romano-canonica, tra cui, in particolare, quello del ruolo e del significato da attribuire alla categoria degli “indizi indubitati”¹⁶⁹. A tal proposito, risulta particolarmente istruttiva l’esperienza di alcuni ordinamenti italiani, che, nel corso del Seicento e nella prima metà del Settecento, dovendo fronteggiare delle gravi ondate di criminalità, decisero di abbassare il *gradus probationis* da raggiungere per pronunciare una condanna alla pena ordinaria, rispetto a quella tradizionale della prova piena. A tal fine, essi emanarono una serie di regole giuridiche eccezionali, volte ad attribuire ai giudici il potere di irrogare la *poena sanguinis* anche sulla base del criterio degli “indizi indubitati”. Ed è esattamente per compensare questo abbassamento di *quantum probatorio* che si iniziò a fare riferimento, con sempre maggiore frequenza, non solo all’espressione certezza morale, ma anche a criteri molto simili, se non del tutto analoghi, al *BARD*.

Uno degli esempi più risalenti di questa linea di tendenza è fornito dalla legislazione seicentesca del Regno di Napoli, a quel tempo soggetto alla dominazione spagnola. Il 20 settembre 1621 il Viceré Zapata emanò la *Pragmatica XII*, all’interno della quale non ordinò solo ai tribunali di «seguire l’opinione di dare per indizi indubitati la pena ordinaria», ma stabilì espressamente che, con tale concetto, dovessero intendersi quelle prove in grado di indurre «la mente del Giudice à credere fermamente, il delitto esser commesso dall’inquisito, quietando il suo intelletto in questa ferma credenza»¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Cfr., ad esempio, I. Grassetti, *op. cit.*, 405, § 220 s. e P.M. Passerini, *Regulare tribunal seu Praxis formandi processus, quae*. XVIII, Roma 1677, 261.

¹⁶⁷ U. Grozio, *De jure belli ac pacis, lib. II, cap. XXVI*, Amsterdam 1680, 462, ove, esattamente come nelle opere inglesi, compare il brocardo del «*quod dubites ne feceris*».

¹⁶⁸ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium, lib. I, cap. II*, Francoforte 1684, 37, § 11.

¹⁶⁹ V., ad esempio, I. Grassetti, *op. cit.*, 403, § 211.

¹⁷⁰ Cfr. *Pragmatica XII*, in *Pragmaticae, edicta, decreta regiaeque sanctiones regni Neapolitani*, t. II, Napoli 1682, 836, ove si legge espressamente che tale misura era stata disposta in quanto «essendo multiplicati i delitti in tanto numero, e per lo più commettendosi con cautela tale, che non se ne può haver cognitione, sebene vi sono inditii indubitati, di maniera, che si viene quasi à deludere, e burlar la Giustitia». In merito al contesto in cui tale

Senonché, questo intervento fece sorgere un nuovo problema: quello di capire quale significato attribuire all'espressione "credere fermamente". Come ricorda il criminalista Tommaso Briganti¹⁷¹, a siffatto quesito vennero fornite molteplici risposte, più o meno garantiste, tra le quali due di estremo interesse per la presente analisi.

In primo luogo, va segnalata l'opinione di coloro che, sviluppando le definizioni più tradizionali sopra esaminate del concetto di *indicia indubitata*, ritennero che lo *standard* potesse essere raggiunto solo se il giudice fosse capace di escludere ogni dubbio "attuale" (cioè, derivante dal materiale probatorio acquisito *ex actis*) e, in alcuni casi, pure "virtuale" (cioè, anche solo meramente teorico) circa l'innocenza del prevenuto¹⁷². Un'esegesi di questo tipo fu avallata, poco dopo l'approvazione della *Pragmatica*, dal criminalista Scipione Rovito¹⁷³, il quale individuò un sofisticato metodo per distinguere tra le due ipotesi. A suo dire, infatti, per i delitti "occulti", avrebbe dovuto ritenersi sufficiente per irrogare la *poena sanguinis* l'eliminazione dei soli dubbi attuali; per quanto concerne quelli ordinari, il decisore avrebbe dovuto, invece, negare ogni possibilità di dubbio che le cose fossero andate diversamente¹⁷⁴. Non sfuggirà come, nella parte in cui attribuiva un rilievo anche a dubbi solo "teorici", l'interpretazione di Rovito finisse per dar vita a uno *standard* più esigente di quello del *BARD*, posto che esso non si accontentava dell'esclusione dei soli dubbi "ragionevoli", ma anche di quelli meramente possibili. Nondimeno, siffatta lettura ebbe un non trascurabile successo, non solo nella giurisprudenza del Regno di Napoli¹⁷⁵, ma anche in quella di altri Stati italiani, se è vero che, ancora alla fine del Settecento, i giudici dei Tribunali superiori toscani si confrontavano con classificazioni simili¹⁷⁶.

Ciò posto, va osservato che un secondo gruppo di autori, capitanati da Carlo Antonio de Rosa, facendo proprie le posizioni espresse da una serie di teologi del tempo, trasse dalla *Pragmatica* uno *standard* meno esigente, sostenendo che il concetto di "ferma credenza", ivi contenuto, dovesse essere inteso proprio come un sinonimo di "certezza

provvedimento napoletano è maturato, cfr. G. Alessi, *op. cit.*, 192 ss.

¹⁷¹ Si allude a T. Briganti, *Pratica criminale*, vol. I, §IV degli indizi, Napoli 1842, 152 s.

¹⁷² Cfr. T. Briganti, *op. cit.*, 152, 4.

¹⁷³ Si allude a S. Rovito, *Decisiones Supremorum Tribunalium Regni Neapolitani*, dec. LXIII, Napoli 1634, 312, § 9 s.

¹⁷⁴ Cfr. S. Rovito, *op. cit.*, 312, § 10. In argomento, cfr. anche, tra i molti, D. Raynaldi, *op. cit.*, 45-49 e F. Maradei, *Practicae observationes civile, criminales et mixtae, obs. XXXIV*, Napoli 1704, 170, § 11.

¹⁷⁵ Si veda, in proposito, G. Alessi, *op. cit.*, 201.

¹⁷⁶ Cfr. *Sommario del processo compilato a termini di ragione nel Supremo Tribunale di giustizia di Firenze contro O. Dattellis Napolitano per tentata sollevazione e contro L. Micheli e G.B. Salucci per il delitto di lesa Maestà*, Firenze 1798, 214, 262.

morale”¹⁷⁷. A questo filone di pensiero aderì pure Tommaso Briganti, il quale, dopo aver richiamato la tradizionale divisione tra certezza metafisica, fisica e morale, non mancò, di rilevare che quest’ultima, pur producendo una piena persuasione del decisore ed essendo fondata su una “somma probabilità”, avrebbe comunque sempre ammesso la possibilità teorica del contrario¹⁷⁸. Ed è sempre sulla stessa scia che, proprio con riferimento alla Pragmatica, si pose, più tardi, Nicola Nicolini, nel momento in cui, riprendendo le parole di Giovan Battista Vico, ricollegò la “certezza morale” all’assenza di dubbi circa la falsità di un’ipotesi¹⁷⁹.

Il dibattito così iniziato non rimase confinato alle sole aree di influenza spagnola¹⁸⁰, ma si diffuse anche in altre parti della Penisola italiana. Ciò vale, ad esempio, per lo Stato della Chiesa, nel quale il Pontefice Benedetto XIV, preso atto, a sua volta, di una situazione di recrudescenza di determinate tipologie di delitti, emanò il 2 gennaio 1743 un chirografo, mediante il quale egli, oltre ad autorizzare per alcune fattispecie di reato i suoi tribunali a procedere alla condanna alla pena ordinaria anche sulla base di indizi indubitati, identificò con tale categoria quelle prove circostanziali che togliessero «dall’animo del Giudice ogni ragionevole esitazione, che la cosa possa essere diversamente accaduta»¹⁸¹. Alla luce delle menzionate origini teologico-morali del criterio del ragionevole dubbio, il fatto che Papa Benedetto XIV avesse esplicitamente codificato nella sua legislazione penale questo *standard* non può stupire. Così facendo, infatti, il Pontefice si dimostrò coerente con quanto ribadito da alcuni dei più autorevoli pensatori della cristianità nelle loro opere. Lo si è, del resto, visto: secondo il dibattito religioso, l’assenza di ragionevoli esitazioni nel soggetto chiamato a prendere una decisione avrebbe costituito la migliore regola di coscienza da seguire per valutare la bontà di una scelta, ponendo al sicuro l’anima dal rischio di sbagliare.

Ma vi è di più. Alla luce dello stretto collegamento da sempre esistente tra il *BARD* e la *certitudo moralis*, non stupirà sapere che, ben presto, anche tale espressione venne utilizzata per interpretare il chirografo benedettino. Al riguardo, può, ad esempio,

¹⁷⁷ C.A. De Rosa, *Decretorum M.C. Praxis Criminalis*, Napoli 1680, 18, § 32.

¹⁷⁸ Cfr. T. Briganti, *op. cit.*, 153, 8 s.

¹⁷⁹ Si veda N. Nicolini, *Le quistioni di diritto*, parte II, Napoli 1870, 747, § 15 s.

¹⁸⁰ Per quanto riguarda la Catalogna, v. M. De Caldero, *Sacri regii criminalis Concilii Cathaloniae decisiones*, pars I, dec. XLI, Venezia 1724, 219 dove si dice «*moralis certitudo sufficiens ad movendum animum Judicis ad ita firmiter credendum*».

¹⁸¹ Cfr. Benedetto XIV, *Opera omnia*, t. I *Bullarium*, LXXI, Prato 1845, 260-262, il quale testualmente recitava «*an contra Convictum indicii indubitatis concludentibus pernecesse taliter, ut adimant ab animo Judicis omnem rationabilem haesitationem, quod res aliter se habere potuerit*». In merito a tale provvedimento, cfr. R. Ala, *Pratica criminale*, vol. II, Roma 1829, 214-221.

giovare riferirsi al pensiero del criminalista Giovan Battista Gallucci, il quale, pochi anni dopo, oltre a soffermarsi sul concetto da certezza morale, sostenne che tale stato mentale sarebbe stato raggiunto solo laddove il giudice fosse capace di escludere *omnem rationabilem haesitationem* circa la colpevolezza¹⁸². Non va, inoltre, dimenticato che, in seguito, furono le stesse autorità dello Stato della Chiesa a riunire le due locuzioni in un'unica disposizione. Ciò, ad esempio, avvenne, tanto in un editto del 1805, in cui si equiparò espressamente l'assenza di ogni ragionevole esitazione alla «certezza morale sulla reità dell'inquisito»¹⁸³, quanto, successivamente, nel Regolamento di procedura criminale del 5 novembre 1831 di Papa Gregorio XVI, che avremo modo di menzionare in seguito¹⁸⁴.

L'anno successivo all'emanazione del chirografo anche il Granducato di Toscana sentì la necessità di emanare una norma dal tenore simile. Il riferimento va all'art. II della legge del 15 gennaio del 1744, il quale stabilì espressamente che «nelle cause criminali la prova risultante da indizj indubitati, benché di genere tra loro diverso, da quali nasca una certezza morale contro all'imputato, sia, e si abbia per prova piena, e bastante per la pena ancora di morte esasperata, come se fosse il reo convinto per testimoni, o per la sua propria confessione»¹⁸⁵. Vale la pena di precisare che questa regola riscosse un successo tanto ampio nella giurisprudenza toscana, da far sì che essa cercò di ribadire la vigenza anche dopo l'approvazione della celebre riforma garantista del sistema penale, adottata dal Granduca Pietro Leopoldo nel 1786, il cui articolo 110 sembrava aver nuovamente ammesso la possibilità di emanare sulla base di indizi solo pene inferiori a quella di morte¹⁸⁶. Come ben si desume da una sentenza della fine del Settecento, in quel periodo il Tribunale supremo di giustizia di Firenze continuava, infatti, proprio sulla base della legge del 1744, a condannare alla pena

¹⁸² L.M. Sinistrari, *Formularium criminale*, con osservazioni di J.B. Gallucci, *pars II, obs. XXIII, sec. II De Convicto per Indicia Indubitata*, Roma 1754, 506 s., § 42 ss.

¹⁸³ Cfr. *Diario ordinario*, Roma 1805, n. 80, 3.

¹⁸⁴ Si veda *sub* il par. seguente.

¹⁸⁵ Cfr. *Ordini diversi da osservarsi nelle cause criminali. Pubblicati sotto di 15 Genn. 1744*, Firenze 1745. Vale la pena di precisare che anche tale provvedimento venne giustificato in ragione della «frequenza de' gravi disordini, e delitti, che si vanno commettendo ne' Nostri Stati». A detta di G. Carmignani, *op. cit.*, 293, nt. 4, tale norma fu adottata come risposta a quella napoletana e romana «per non richiamare [...] i malviventi da fuori».

¹⁸⁶ Il riferimento va all'art. 110 della cd. "Leopoldina", il quale stabiliva che «onde mancasse la prova piena, e perfetta della [...] reità», ma il prevenuto «fosse [...] aggravato da sufficienti indizj poteva il Giudice condannarlo in qualche pena straordinaria, purché questa non passasse l'esilio, o il confino, e solo nel concorso d'inizj urgentissimi». In merito a tale disposizione cfr. G. Carmignani, *op. cit.*, 354 ss., il quale afferma che la giurisprudenza, togliendo all'art. 110 la sua portata innovativa, finiva per alterare tutto il sistema (cfr. *ibidem*, CCCXCV).

ordinaria «i rei negativi»¹⁸⁷.

Giunti a questo punto, è arrivato il momento di rilevare che, se è vero che la precoce codificazione della certezza morale o dell'al di là di ogni ragionevole esitazione, in alcuni Stati italiani, ha contribuito a favorire una generale circolazione di questi concetti nella letteratura processuale continentale del tempo, fino a farne, come si vedrà a breve, uno dei cavalli di battaglia dei pensatori illuministi, è altrettanto indiscutibile che questo fenomeno ha determinato, quantomeno dalla peculiare prospettiva degli *standard* di prova, un arretramento rispetto alle garanzie classiche dei sistemi probatori romano-canonici. Come si è visto, infatti, nella struttura teorica continentale la soglia degli indizi indubitati era considerata inferiore a quella della prova piena e, proprio per questo motivo, non era, di norma, ritenuta idonea a giustificare l'irrogazione delle sanzioni penali più gravi. Nondimeno, la difficoltà nell'ottenere delle prove legali, resa ancora più impellente a causa delle critiche man mano sollevate nei confronti dello strumento della tortura¹⁸⁸, fu tale da imporre, onde soddisfare le maggiori esigenze repressive proprie dei regimi assoluti moderni, un aggiustamento verso il basso dei criteri decisori per condannare. Ed è così che gli stessi vennero collocati sul livello, sì inferiore, ma più realistico, in cui ancora oggi si trovano. Alla luce di ciò, si può, insomma, ben dire che regole come quelle napoletane, romane o toscane hanno costituito una tappa importante, che ha aiutato i sistemi penali romano-canonici a compiere un definitivo passaggio da un regime probatorio fondato sulla "certezza legale", al cui centro era posta, in particolare, la confessione, a uno basato sulla "certezza morale" del decisore, fondato su una valutazione delle prove da parte del giudice libera da lacci legali¹⁸⁹.

Per concludere, va osservato che gli esempi fin qui forniti permettono di smentire l'idea tradizionale, che vede nel *BARD* un criterio tipico dei sistemi accusatori di

¹⁸⁷ Cfr. *Sommario del processo compilato a termini di ragione nel Supremo Tribunale di giustizia di Firenze contro O. Dattellis Napolitano*, cit., 211, ove, accanto a numerosi riferimenti giurisprudenziali, si afferma anche che «dai Pubblici Professori del Gius Patrio s'insegna anche adesso in Firenze, che *si indicia illius sint quantitatis, qualitatisque, ut inducant moralem illam certitudinem, quam lex exigit diei 15. Ianuar. 1744, plena, & indubitata appellatur, & ad ordinariam criminis poenam decretandam judicem impellunt*».

¹⁸⁸ Come ricorda I. Rosoni, *op. cit.*, 77, «a partire dal XVI secolo, cominciano a sorgere dubbi sulla efficacia strumentale della tortura come tecnica di indagine della verità, si affaccia alla coscienza dei giuristi, ma soprattutto dei pratici del diritto, la consapevolezza della sua scarsa efficacia come strumento di indagine». Per un esempio concreto di tali difficoltà, cfr. G.B. De Luca, *op. cit.*, 88 ove si evidenzia la capacità di molti inquisiti, grazie a una serie di stratagemmi, di resistere alla tortura, provocando con ciò la c.d. "purgazione" degli indizi a loro carico.

¹⁸⁹ In proposito, v. M. Nobili, *op. cit.*, 117-119.

*common law*¹⁹⁰. Lo si è visto: esso costituisce, da una prospettiva storica, una norma teologica, concepita per meglio spiegare il concetto di certezza morale, che ha fatto il suo ingresso in campo giuridico, su entrambe le sponde della Manica, nella tarda età moderna. E poco importa che, a rigore, lo *standard* dell’“oltre ogni ragionevole esitazione” fosse stato codificato in un chirografo papale diversi decenni prima delle più antiche ricorrenze finora individuate del *BARD* nella giurisprudenza angloamericana; elemento che, di per sé, finirebbe per attribuire al diritto continentale e non a quello inglese il primato a questo riguardo. Ciò che più interessa rilevare è che, nel Settecento, nonostante la residua sopravvivenza sul continente europeo del sistema generale delle prove legali e le innumerevoli differenze esistenti tra il modello accusatorio anglosassone e quelli inquisitori continentali, i problemi affrontati in tema di *standard* di prova su entrambe le sponde della Manica erano, per molti versi, gli stessi, così come il lessico utilizzato, le posizioni e le soluzioni. Ne esce, pertanto, rafforzata l’idea per cui la certezza morale e il *BARD*, ben lungi da appartenere alla sola tradizione *adversary* o inquisitoria, rappresentino, piuttosto, dei concetti che hanno radici trasversali e profonde nell’ambito di tutta la cultura – teologica, filosofica e, più tardi, anche giuridica – occidentale¹⁹¹.

5. Come noto, nella seconda metà del XVIII secolo, la riforma della procedura penale divenne una delle preoccupazioni centrali dei pensatori illuministi¹⁹². Essi identificarono nella “macchina inquisitoria” uno strumento incompatibile con la nuova concezione del rapporto tra individuo e Stato e, soprattutto, con l’elaborazione della teoria dei diritti naturali dell’individuo, sviluppatasi nel corso del Seicento. Assai esplicito sul punto si dimostrò, tra gli altri, Voltaire, il quale accusò i sistemi continentali di obbligare i magistrati «à se conduire envers l’accusé plutôt en ennemi qu’en juge»¹⁹³.

Da ciò ne derivò una critica serrata, proveniente in particolar modo dall’Illuminismo italiano e francese¹⁹⁴, a tutti gli istituti chiave del sistema penale romano-canonico. La

¹⁹⁰ In questo senso, invece, E.M. Catalano, *I confini operativi della regola di giudizio incarnata dal paradigma bard*, in *PPG* 2017, 973; F. Ruggieri, *op. cit.*, 308. Anche F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012⁹, 995, definitiva il criterio un «banale americanismo».

¹⁹¹ Da questa prospettiva, ha dunque ragione J.Q. Whitman, *op. cit.*, 5, nel momento in cui ha affermato che «*the history of reasonable doubt is really just an English episode in a much larger Christian history. Doctrines closely akin to it were applied [...] in every part of western Christendom*».

¹⁹² In proposito, cfr., per tutti, M. Nobili, *op. cit.*, 122 ss.

¹⁹³ Cfr. Voltaire, *Commentaire sur le libre des délits et des peines*, s.l. 1766, 99.

¹⁹⁴ Circa il percorso eterogeneo seguito dall’Illuminismo tedesco in proposito, v. M. Nobili, *op. cit.*, 135 ss.

procedura scritta e segreta, la presenza di giudici professionali, caratterizzati da ampi poteri di iniziativa d'ufficio (sia a livello propulsivo, che probatorio), la tortura, le pene atroci e straordinarie e, infine, le prove legali, vennero visti come dei ruderi, espressione di un'epoca oscura, da superare grazie alle luci della ragione. Al contrario, il sistema processuale accusatorio inglese, fondato sugli opposti principi dell'oralità, contraddittorio, pubblicità, libera valutazione delle prove e, soprattutto, presenza di giudici popolari, fu identificato come un modello da prendere a riferimento.

Per quanto qui interessa, va rilevato che, in questo contesto, il criterio della certezza morale fece anche sul continente un salto di qualità e da regola eccezionale, che assumeva rilievo soprattutto in tema di prova indiziaria, venne assunta dai pensatori illuministi come criterio generale «*nécessaire et suffisant pour émettre la décision judiciaire*»¹⁹⁵, in grado di indicare quando le prove fossero idonee a raggiungere l'ideale, ancora non dimenticato, della *luce meridiana clariores*. Ciò posto, è opportuno precisare fin da subito che, a favorire l'ascesa del "criterio morale" e lo sgretolamento progressivo dello *standard* della prova piena, connesso alle prove legali, furono, in particolare, due fattori: da un lato, la rinnovata fiducia degli illuministi nel "senso comune" e nella ragione umana, e, da un altro lato, il grande favore manifestato dagli stessi nei confronti dell'istituto della giuria popolare, intesa come il "palladio della libertà"¹⁹⁶. Al posto di magistrati professionali appartenenti al potere centrale, che decidevano applicando la complessa rete di criteri di valutazione romano-canonici, si volevano porre dei comuni cittadini, chiamati a valutare, secondo il loro buon senso, se le prove fossero sufficienti a determinare nel loro animo una piena "certezza morale" circa la colpevolezza del prevenuto.

Il manifesto di questo programma di riforma si può ritrovare nel *Dei Delitti e delle Pene* di Cesare Beccaria. In tale volume, infatti, oltre a una critica generale nei confronti dei caposaldi del processo inquisitorio, è dedicato ampio spazio anche alla certezza morale, la quale non viene solo qualificata come un'elevata probabilità, ma anche paragonata a quella tipologia di convincimento «che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti nella vita»¹⁹⁷. Si tratta, è evidente, di espressioni analoghe a quelle impiegate, per secoli, nel linguaggio dei teologi cristiani o da filosofi come

¹⁹⁵ La citazione è tratta da A. Padoa-Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune*, in *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, dir. da J.-M. Carbasse e L. Depambour-Tarride, Parigi 1999, 122.

¹⁹⁶ Cfr., a questo riguardo, M. Nobili, *op. cit.*, 131 ss.

¹⁹⁷ La citazione è tratta da C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Harlem 1766, 61. Al riguardo, v. F. Caprioli, *Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano*, in *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi e L. Garlati, Torino 2015, 31 ss., nonché, *amplius*, C. Cogrossi, *op. cit.*, 129 ss.

Cartesio¹⁹⁸, le cui tracce, anche grazie al successo globale avuto dall'opera del giurista milanese, si sono propagate in alcuni ordinamenti fino a oggi¹⁹⁹.

Beccaria non si fermò, tuttavia, qui e creò un collegamento tra certezza morale e istituto della giuria: dopo aver ammesso che «questa morale certezza di prove è più facile il sentirla che l'esattamente definirla», qualificò come ottima quella legge che contempla il giudizio dei pari, perché «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione»²⁰⁰. A suo dire, per valutare le prove, non sarebbe stato necessario che «un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi»²⁰¹. È chiaro che, mediante queste espressioni, l'autore del *Dei delitti e delle pene* non fece altro che portare alle estreme conseguenze la fiducia nella ragione e nella capacità di discernimento umana, tipica dell'Illuminismo.

Nonostante le brecce – tutt'altro che ristrette – che la certezza morale e il ragionevole dubbio avevano aperto nei confronti della struttura tradizionale del modello probatorio romano-canonico, il rovesciamento di prospettiva così teorizzato era comunque netto. La sfiducia nei confronti del sistema tradizionale fu tale da portare a preconizzare la necessità di abbandonare, una volta per tutte, il regime della “certezza legale”, in favore di uno basato sulla “certezza morale” dell'uomo. Così facendo, si intese compiere una netta virata da un sistema fondato prevalentemente su *standard* probatori “oggettivi”, perché connessi a una rete di criteri di valutazione della prova, a uno interamente basato su *standard* di matrice “soggettiva”, in quando legati alla stabilità delle credenze dei decisori.

Senonché, va rilevato che gli stessi illuministi si resero ben conto degli effetti collaterali che un tale completo ribaltamento di prospettiva avrebbe portato con sé. A questo proposito, merita, ancora una volta, riportare il pensiero di Voltaire, il quale, pur avendo manifestato forti critiche nei confronti del regime delle prove legali, giunse alla seguente conclusione: «*on serait tenté de souhaiter que toute loi fût abolie, et qu'il n'y en eût d'autres que le conscience et le bon sens des magistrats. Mais qui nous*

¹⁹⁸ A ben vedere, le idee cartesiane erano confluite anche nella voce *Probabilité*, della *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, dir. da D. Diderot, t. XIII, Naufchastel 1765, 393, ove si legge che «*l'évidence morale n'est donc proprement qu'une probabilité si grande, qu'il est d'un homme sage de penser & d'agir, dans les cas où l'on a cette certitude, comme l'on devrait penser & agir*».

¹⁹⁹ Cfr., al riguardo, il par. seguente.

²⁰⁰ Così, testualmente, C. Beccaria, *op. cit.*, 62.

²⁰¹ V., ancora, C. Beccaria, *op. cit.*, 62.

*répondra que cette conscience et ce bon sens ne s'égareront pas?»*²⁰². Queste parole permettono di comprendere come i pensatori del tempo fossero ben consci del fatto che, nel momento in cui la magistratura fosse stata sciolta del tutto dalle catene dalla gerarchia delle prove romano-canonica, questa libertà sarebbe potuta degenerare in arbitrio²⁰³. Si trattava di un'eventualità tutt'altro che remota: come si è visto, tra gli obiettivi principali che avevano portato all'istituzione delle prove legali, vi era proprio quello di limitare il rischio che i giudici, se lasciati del tutto privi di linee guida normative in fase di valutazione delle prove, abusassero dei poteri loro attribuiti. Ed è inevitabile che, una volta abbattuti i criteri di valutazione tradizionali, questo problema si riproponesse immutato.

Per di più, alcuni avvertirono il rischio che la certezza morale, più che una salvaguardia a tutela dei diritti degli accusati, si dimostrasse un «mezzo “giustizialista”»²⁰⁴, il quale consentisse di addivenire alla condanna anche alle pene più gravi, in ipotesi – come quella in cui vi fossero unicamente indizi, un solo testimone, oppure una confessione extragiudiziale – che, in passato, non avrebbero ammesso tale eventualità. Da questo angolo visuale, possono, ad esempio, essere lette le parole di coloro che arrivarono a criticare il sistema della certezza morale, perché avrebbe esposto «l'innocenza ai più manifesti pericoli», dando un «arbitrio funesto e dispotico nelle mani de' giudici»²⁰⁵. Come è stato rilevato da autorevole dottrina, considerazioni del genere si basarono sulla consapevolezza «che il sistema della prova legale, quando venga privato del contorno di istituti che poco hanno a che fare con la civiltà giuridica quali la tortura e la pena straordinaria [...] cessa di essere quella efficiente e impressionante macchina produttrice di condanne a catena che la storiografia giudiziaria ci ha fatto conoscere», diventando invece, «uno strumento talora assai efficace di salvaguardia per l'imputato»²⁰⁶.

Preso atto di ciò, non stupirà sapere che, sulla scia di questi timori, una corrente dell'Illuminismo caldeggiò l'adozione di riforme meno radicali²⁰⁷. In questa

²⁰² In questo senso, v. Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, in *Ouvres complètes de Voltaire*, t. III, Parigi 1827, 368.

²⁰³ Cfr., sul punto, M. Nobili, *op. cit.*, 125.

²⁰⁴ La citazione è tratta da L. Garlati, *Il volto umano*, cit., 146.

²⁰⁵ Sono parole di F.V. Barbacovi, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, Milano 1820, 44.

²⁰⁶ In questo senso, cfr. E. Dezza, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in Id., *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova 2001, 164.

²⁰⁷ Così, ad esempio, T. Nani, *op. cit.*, 147, il quale, come ricorda E. Dezza, *Tommaso Nani*, cit., 146, decise «non solo di non rinunciare a taluni tradizionali principi tipici della prova legale, quale quello dell'“*unus testis*”, ma anche di proporre una propria versione di natura metodologica [...] di quelli che Filangieri avrebbe chiamato

prospettiva, nacque, ad esempio, l'idea di creare un sistema misto tra prove legali e libera valutazione delle prove da parte del giudice. Uno dei primi sostenitori di un'idea di questo tipo fu Gaetano Filangieri, il quale, negli ultimi anni del Settecento, suggerì di dar vita a un modello probatorio in cui il giudice non avrebbe potuto condannare senza l'esistenza di una serie di prove predeterminate dalla legge, mentre avrebbe dovuto comunque assolvere laddove le stesse non fossero in grado di produrre nella sua mente una certezza morale circa la colpevolezza dell'inquisito²⁰⁸. È chiaro come un sistema di questo tipo fosse mosso da una logica chiara: esso era volto, infatti, a sfruttare i punti di forza, tanto dell'antico regime probatorio romano-canonico²⁰⁹, tanto delle teorie degli illuministi, nella parte in cui esse spingevano ad attribuire una maggiore libertà valutativa al decisore da una prospettiva probatoria.

Detto ciò, va ricordato che l'idea di costruire sistemi interamente basati su una sintesi tra "certezza legale" e "certezza morale" riscosse, effettivamente, notevole successo, specie nella prima metà dell'Ottocento, in determinate aree del centro Europa²¹⁰. Il riferimento va all'Olanda e a certi Stati di lingua tedesca, nei quali questa impostazione – anche nota come teoria delle prove legali negative («*negative Beweisregeln*») – trovò effettivamente sbocco in importanti testi normativi²¹¹. Uno degli esempi principali di tale modello è costituito dalle codificazioni austriache ottocentesche²¹², dove, tra l'altro, in linea di continuità con la prassi delle pene straordinarie dello *ius commune*, si continuò a vietare di pronunciare la pena di morte sulla base di prove indiziarie²¹³. Nonostante la sua natura compromissoria, l'esperienza

“canoni di giurisdizione”».

²⁰⁸ Cfr. G. Filangieri, *op. cit.*, 149 s., ove si afferma: «il temperamento che io propongo, mi pare il più semplice; questo sarebbe il combinare la certezza morale del giudice colla norma prescritta del legislatore cioè a dire, col criterio legale». Nella stessa scia, cfr. F.M. Pagano, *Logica de' probabili*, in *Principj del codice penale e logica de' probabili*, Napoli 1824, 79 ss., nonché, in epoca più recente, P. Ellero, *Della critica criminale*, Venezia 1860, 23.

²⁰⁹ Come noto, esso non mancò di avere ancora alcuni illustri e convinti sostenitori, tra cui spicca G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1863, 182, a detta del quale «la irrogazione della pena dee dipendere dalla disposizione della legge, non dalla opinione dell'uomo».

²¹⁰ Sul punto, cfr. J. Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Bewies im Strafprozess*, Lipsia 1883, 10 ss. Nella dottrina italiana v. M. Nobili, *op. cit.*, 189 ss., nonché, più di recente, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 121-123 e, soprattutto, P. Rondini, *op. cit.*, *passim*.

²¹¹ Il riferimento va, ad esempio, all'ordinanza criminale olandese del 1830, al regolamento di Baden del 1845, nonché al regolamento di procedura penale per il Cantone di Berna del 1842: sul punto, cfr. C.G.A. Mittermaier, *op. ult. cit.*, 94 s.

²¹² Si allude, in particolare, al codice penale austriaco del 1803 e al regolamento generale di procedura penale del 29.7.1853. In merito all'esperienza austriaca, cfr., ampiamente, L. Garlati, *op. ult. cit.*, 119 ss.

²¹³ Cfr., in proposito, il § 430 del codice penale universale del 1803, il quale, sulla scia della tradizione “classica”, stabiliva che «la sentenza allora soltanto si può estendere fino alla pena di morte, quando il delitto, che la legge punisce con tal pena, è legalmente provato contro il reo colla sua confessione, o con giurate testimonianze, ed

di questi sistemi probatori “misti” non ebbe vita lunga, finendo per essere abbandonata, sia a livello dogmatico, sia a livello codicistico, verso la metà del XIX secolo o, comunque, nei decenni successivi²¹⁴.

A ben vedere, voci favorevoli nei confronti di un sistema di questo tipo si udirono pure in seno all'Assemblea costituente francese, allorché essa si trovò a discutere del *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurées*, cioè il provvedimento che, subentrando alla vecchia *Ordonnance criminelle* del 1670, segnò una svolta storica della procedura penale continentale, dando vita a un «singolare punto di incontro tra la procedura anglosassone e gli ideali della rivoluzione francese»²¹⁵. Nel corso dei lavori preparatori di tale provvedimento, la tematica del mantenimento delle prove legali o una loro sostituzione con il criterio dell'*intime conviction* dei giurati costituì uno dei principali punti di scontro tra le idee progressiste degli illuministi e le resistenze di una parte reazionaria dell'Assemblea²¹⁶. In tale contesto, un'opinione favorevole alla teoria delle “prove legali negative” venne sostenuta da uno dei volti principali della rivoluzione: Maximilien de Robespierre. Difatti, la diffidenza, che egli provava nei confronti dell'ordinamento giudiziario tradizionale, fu tale da portarlo ad affermare che fosse necessario «*réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge*», facendo sì che l'accusato non potesse essere condannato sulla base delle prime, «*si elles sont contraires à la connaissance et à la conviction intime des juges*»²¹⁷.

In Francia, così come in Italia, tale proposta intermedia non ebbe, tuttavia, successo, venendo rigettata già nel corso della stessa seduta in cui la medesima fu formulata, dal relatore del progetto normativo: Adrien Duport²¹⁸. Sulla scia degli insegnamenti degli

in oltre l'esistenza del fatto con tutte le importanti sue circostanze è in modo legale pienamente verificata. Se in tal guisa non può più esser verificata l'esistenza del fatto, o se l'imputato è legalmente convinto solo col mezzo dei correi, o per concorso delle circostanze, la sua condanna non può estendersi ad oltre vent'anni di carcere». Sul punto, v. L. Garlati, *op. ult. cit.*, 140 s.

²¹⁴ Cfr., al riguardo, M. Nobili, *op. cit.*, 196 ss. Come giustamente ricorda attenta dottrina, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 122, il paradigma delle regole di valutazione negative si è, invece, fatto strada, con il tempo, seppur con riguardo ad alcune ipotesi eccezionali, all'interno dei sistemi giuridici angloamericani. In argomento cfr. P. Roberts, A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford 2022³, 752 ss. e M. Wittlin, *Theorizing corroboration*, in *Cornell Law Review* 2023, 912 ss., nonché, nella dottrina italiana, V. Fanchiotti, voce *Corroboration*, in *EG*, vol. IX, Roma 1991, 1.

²¹⁵ Sono parole di M. Nobili, *op. cit.*, 151.

²¹⁶ Sul punto, cfr., per tutti, A. Padoa-Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai «Philosophes» alla Costituente*, Milano 1994, 102 ss.

²¹⁷ Le citazioni testuali sono riprese dal discorso pronunciato da M. Robespierre, il 4.1.1791, pubblicato in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, cit., 11.

²¹⁸ Cfr. A. Duport, discorso del 4.1.1791, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, cit., 11-13.

illuministi, egli pronunciò una critica radicale nei confronti del sistema delle prove legali, sostenendo che le stesse sarebbero state nocive, sia per la società, sia per gli accusati, dal momento che avrebbero costretto il giudice a condannare anche contro la propria coscienza. Un'opinione questa – è bene precisarlo – che venne a sua volta contrastata apertamente dall'ala più conservatrice dell'Assemblea, secondo cui la vecchia gerarchia delle prove romano-canonica avrebbe operato, in realtà, in favore dell'imputato, non obbligando i giudici dell'*Ancien Régime* ad agire contro le proprie convinzioni²¹⁹. A ogni modo, a far propendere i proponenti del progetto per la necessità di rigettare anche l'impostazione "attenuata" di Robespierre, fu l'opinione per cui essa sarebbe stata incompatibile con l'istituto della giuria, cioè – come si è visto – un pilastro dell'ideale illuminista del processo penale. A dire di Duport, anche un sistema come quello delle prove legali negative avrebbe finito, infatti, per creare «*de très mauvais juges au lieu d'excellents jurés*»²²⁰, impedendo, pertanto, sin dal principio, il buon funzionamento del nuovo sistema.

L'opinione dei critici delle prove legali, pur non riuscendo a ridurre al silenzio nell'immediato le voci contrarie, ebbe, alla fine, successo. Con il menzionato *Décret* del 16-29 settembre 1791, il vecchio regime probatorio romano-canonico venne, dunque, abrogato e sostituito con il criterio dell'"*intime conviction*" dei giurati²²¹, consacrato nella formula di giuramento della nuova legge («*vous jurez [...] de vous décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction*»), nonché nell'istruzione esplicativa dei loro doveri ai giudici popolari, emanata nelle settimane successive²²². In tal modo, dopo secoli di vigenza, la

²¹⁹ Si allude alle parole pronunciate nel discorso del 5.1.1791 da G.F.C. Goupil de Préfeln, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, cit., 25, a detta del quale le prove legali «*n'étaient que des règles sans lesquelles il n'était pas permis aux juges de condamner; mais jamais la loi n'a rendu le juge tellement esclave de ces règles, qu'il fût forcé de condamner contre sa conscience. Le système des preuves légales s'était établi tout entier en faveur de l'accusé. Il ne pouvait être condamné sans les preuves légales, il pouvait être absous sur la seule condition du juge*».

²²⁰ Cfr. A. Duport, discorso del 4.1.1791, cit., 12.

²²¹ Su tale fondamentale passaggio, cfr., per tutti, M. Nobili, *op. cit.*, 151-155.

²²² Si allude all'*Instruction sur la procédure criminelle, en annexe de la séance du 29 septembre 1791*, pubblicata in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Recueil Complet des Débats Législatifs and Politiques des Chambres Françaises*, diretti da M.J. Mavidal e da M.E. Laurent, *Première Série*, Parigi 1885, t. XXXI, 642 ss., la quale, per quanto qui rileva, stabiliva: «*la loi ne Leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont formé une conviction. Elle ne leur prescrit point de règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: vous tiendrez pour vrai, tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; ou: vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins, ou de tant d'indices. Elle ne leur fait que celle seule question, qui renferme toute la*

divisione tra prove “piene” e “semipiene” finì per cadere nel cuore dell’Europa, portando a effettivo compimento i disegni riformatori della corrente più progressista dell’Illuminismo. Da qui, queste idee, venendo trapiantate, pur con alcuni adattamenti e differenze, anche all’interno del modello misto del *Code d’instruction criminelle* del 1808²²³, si sono propagate per tutto il continente.

Ciò chiarito, è opportuno ora soffermarsi più nel dettaglio sulla duplice funzione che la formula dell’“intimo convincimento”²²⁴ assunse per l’Assemblea costituente francese del 1791²²⁵.

Da una prima prospettiva, essa costituiva lo *standard* di prova soggettivo, che indicava il livello di convincimento che i giurati dovevano raggiungere, all’esito del procedimento penale, per emanare un verdetto di condanna²²⁶. A questo proposito, risultava particolarmente esplicita l’istruzione esplicativa dei doveri dei giurati, collegata dal *Décret* del 1791, al cui interno si domandava agli stessi, in modo solenne, se l’«*impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l’accusé et les moyens de la défense*» fosse tale da determinare, nel loro animo, «*une intime conviction*» circa la colpevolezza dei prevenuti. Ciò detto, è bene precisare che tale *standard*, nel linguaggio del tempo, era strettamente legato al concetto di certezza morale: in siffatto contesto queste espressioni, così come altre ibride, tra cui quella di “*conviction morale*”, o “*preuve morale*” vennero impiegate, in modo sostanzialmente

mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction?».

²²³ Cfr. l’art. 342 del *Code d’instruction criminelle*, nel quale è traslata testualmente l’istruzione del 1791.

²²⁴ Come ricorda J.N. Fenoll, *op. cit.*, 131, tale locuzione era già stata impiegata prima della Rivoluzione da alcuni autori francesi.

²²⁵ In merito alla natura di “giano bifronte” dell’*intime conviction*, cfr. M. Delmas-Marty, *op. cit.*, 59, a detta della quale «*cette notion, apparemment très différente de celle du doute raisonnable, a en réalité une double signification qui l’en rapproche : d’une part elle substitue la liberté du juge dans l’appréciation des preuves au système du tarif, dit de la preuve légale [...] ; d’autre part, elle implique la conviction, par opposition au doute qui doit, comme en Angleterre, profiter à l’accusé et conduire à l’acquiescement*». Nella dottrina, italiana, cfr., in senso problematico, G. Tuzet, *Evidence assessment and standards of proof: a messy issue*, in *Quaestio Facti* 2021, 98 s.

²²⁶ Concordano sulla natura di *standard* di prova dell’*intime conviction*, tra gli altri, J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 19; K.M. Clermont, *Standards of Proof Revisited*, in *Vermont Law Review* 2009, 472; C. Esnard, M.-J. Grihom, L. Leturmy, *L’intime conviction : incidences sur le jugement des jurés et magistrats. Rapport Final. 8 Juillet 2015*, in www.gip.recherche.justice.fr, 133; M. Damaška, *The future of free proof in criminal cases*, in *Liber Amicorum Karoly Bard*, vol. II, Budapest 2022, 197 s.; P. Poncela, *L’intime conviction dans le jugement pénal*, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 1983, 2, 10 ; J. Pradel, *Le déroulement du procès pénal français (aperçus comparatifs avec le droit canadien)*, in *Revue générale de droit* 1985, 579; J.-F. Renucci, *Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable*, in *Receuil Dalloz* 2009, 1058 ss.; J.R. Spencer, *Prove alla ribalta*, in *Procedura penale d’Europa. Belgio-Francia-Germania-Inghilterra-Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche coordinate sotto la direzione di Mireille Delmas-Marty*, Padova 2001², 575; S.C. Thaman, *Ensuring the factual reliability of criminal convictions: reasoned judgments or a return to formal rules of evidence?*, in *Comparative Criminal Procedure*, a cura di J.E. Ross e S.C. Thaman, Cheltenham 2016, 82.

sinonimico²²⁷.

Senonché, va notato come la scelta di preferire, a livello terminologico, alla locuzione “classica” della “certezza morale” quella dell’“intimo convincimento” abbia determinato un problema non secondario. Ci si riferisce al fatto che, mentre la prima regola assumeva, soprattutto grazie al suo secolare *background* teologico-cristiano, una portata più facilmente definibile, la seconda, specie se letta in modo isolato, finiva per essere affetta da una dose maggiore di indeterminatezza. E ciò in quanto la formula dell’intimo convincimento, a differenza di altri *standard* soggettivi, non contiene vocaboli – come il termine certezza – volti a chiarire, a livello estensionale, quanto ferma debba essere la credenza da raggiungere per poter considerare sufficientemente provata l’ipotesi accusatoria. Essa si limita, al contrario, a concentrare l’attenzione sul foro interno dell’individuo, tramite l’aggettivo “intimo”. Per quanto qui rileva, queste considerazioni sono utili per comprendere come, tra i diversi *standard* soggettivi qui esaminati, l’intimo convincimento sia quello affetto dalla dose maggiore di genericità linguistica, proprio perché non contiene termini volti a specificare direttamente il grado di solidità che deve assumere il convincimento per ritenere provato un enunciato fattuale. Alla luce di ciò, non stupisce che questo criterio decisorio sia oggi fortemente criticato dai sostenitori della teoria “oggettiva” degli *standard* di prova²²⁸.

Una seconda funzione che l’*intime conviction* veniva ad assumere nel contesto originario era quella di criterio generale di valutazione delle prove, secondo il comune buon senso dei giurati, concepito in contrapposizione con il “convincimento vincolato”, tipico delle prove legali. Da questa prospettiva, la regola simboleggiava, insomma, la libertà dei decisori da parametri normativi di predeterminazione del valore probatorio. Per rendersi conto di ciò, risulta, anche in questo caso, preziosa la sopra citata istruzione, dove i costituenti francesi chiarirono che la legge «*ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d’une preuve*». Nondimeno, è utile notare come, nella tradizione giuridica di alcuni Paesi, per riferirsi a tale seconda funzione dell’*intime conviction* si siano sviluppate, nel corso del tempo, espressioni autonome: ciò vale, ad esempio, per

²²⁷ Cfr., ad esempio, A. Duport, discorso del 4.1.1791, cit., 12; M. Robespierre, discorso del 2.2.1791, *ivi*, 718; J.G. Thouret, discorso dell’11.1.1791, *ivi*, 132; F.D. Tronchet, discorso del 5.1.1791, *ivi*, 34. D’altra parte, anche nella letteratura successiva l’*intime conviction* e la certezza morale furono da molti considerati come sinonimi, cfr., per tutti, F. Hélie, *Traité de l’instruction criminelle*, vol. VIII, Parigi 1867, 14. Nella dottrina italiana, cfr. G. Brugnoli, *Della certezza e prova criminale col confronto di varie legislazioni d’Europa ed in specie d’Italia*, Modena 1846, 24; L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, 167. Di recente, v. C. Cogrossi, *op. cit.*, 235.

²²⁸ Cfr., ad esempio, J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 19; L. Laudan, *Por qué un estándar*, cit., 98 ss.

l'Italia, l'Austria o la Germania, dove sono oramai dominanti in proposito le locuzioni “libero convincimento”, “*freie Beweiswürdigung*” o, ancora, “*freien Überzeugung*”.

Se un tanto è vero, va precisato che, una volta staccata dal suo contesto originario, la regola dell'intimo convincimento ha prodotto, anche in ragione della sua «polivalenza semantica»²²⁹, significativi problemi esegetici²³⁰. Difatti, la formula in esame ha dato adito, sia a interpretazioni restrittive – venendo, ad esempio, letta da autorevole dottrina solo come un criterio di valutazione delle prove e non quale *standard* di prova²³¹ – sia a ben più pericolose esegesi espansive. Ciò, è, ad esempio, avvenuto in Italia, dove il “libero convincimento” è stato, per lungo tempo, utilizzato dalla giurisprudenza come *caveat* per superare pure alcuni limiti posti dal legislatore nella fase dell'ammissione delle prove e non in quella della valutazione delle stesse²³². Evidentemente, in ipotesi come queste, la norma si è trasformato da regola nata per chiudere le porte alle sole prove legali, in una formula “onnivora”, dotata di una «vorace potenza superlogica»²³³, tramite cui si è cercato di affrancare i decisori da ogni tipologia di limite normativo posto al fine di perimetrarne la discrezionalità con riguardo all'accertamento del fatto²³⁴.

Comunque sia, tenuto conto di tali problemi interpretativi, ben si comprenderà il perché anche uno dei più grandi giuristi continentali dell'Ottocento, Carl Joseph Anton Mittermaier, fosse arrivato a sostenere che «la così detta *intime conviction*, alla

²²⁹ La citazione è tratta da G. De Luca, *Profilo storico del libero convincimento del giudice*, in *Il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale*, Quaderni del C.S.M., n. 50, Roma 1992, 16 s.

²³⁰ Ne danno giustamente conto G. Carlizzi, *op. cit.*, 35-37 e G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 98.

²³¹ In quest'ottica v. già L. Lucchini, *op. cit.*, 167, a detta del quale, «il libero convincimento o certezza morale vuol dire una cosa sola, l'esclusione della certezza o prova legale, cioè l'esclusione di un sistema di criteri artificiali, con apprezzamenti prestabili dalla legge», nonché, più di recente, K. Ambos, *op. cit.*, 182; M. Taruffo, *Rethinking the Standards of Proof*, in *The American Journal of Comparative Law* 2003, 666 e G. Ubertis, *Razionalismo processuale e verità*, in *Il giusto processo civile* 2013, 332.

²³² In merito a tale approccio della giurisprudenza, sviluppatosi soprattutto nel periodo di vigenza del codice abrogato, cfr. M. Nobili, *op. cit.*, 270 ss. A ben vedere, tale linea di tendenza non si può dire del tutto estinta neppure al giorno d'oggi, come è dimostrato, tra l'altro, dai cospicui filoni giurisprudenziali che utilizzano il libero convincimento come *caveat* per forzare le regole del codice: cfr., ad es., Cass. 8.8.2019 n. 43285, in *DeJure*; Cass. 27.4.2017 n. 28391, *ivi*; Cass. 13.5.2014 n. 37497, *ivi*; Cass. 10.2.2009 n. 22612, *ivi*, in materia di riconoscimenti informali.

²³³ L'espressione, come noto, è di F. Cordero, *Diatribes sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 229 s.

²³⁴ Non a caso, M. Nobili, in un saggio risalente all'inizio del nuovo Millennio, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano 2004, 59, giunse alla seguente conclusione: «penso [...] che il “convincimento libero” del giudice, quanto di benefico doveva partorire, già lo diede negli anni tra Voltaire e Carrara. Da allora, è stato solo un calvario, una tribolazione di storpiature, equivoci, concetti e categorie manipolate [...] sarebbe tempo di abbandonarlo, nel senso di parlarne, ammirati, come – ammirati – parliamo di Leopardi o del Rinascimento».

quale sono rimessi i giurati francese, è cosa sì indeterminata e confusa, che sopra non vi si può far capitale»²³⁵. Un giudizio di questo tipo si doveva proprio alla circostanza per cui questo criterio, anche a causa del riferimento esplicito al foro interno dell'individuo, finì per essere percepito da una corrente di pensiero come una regola "oracolare", che attribuiva ai *fact-finders* talmente tanti margini di autonomia da poter decidere fondandosi sulle loro intuizioni e sui loro sentimenti²³⁶. Come è stato rilevato da autorevole dottrina, questa lettura "irrazionalistica" del criterio dell'*intime conviction* è, a ben vedere, antistorica: dalle stesse espressioni usate nell'*instruction* del 1791, si capisce, infatti, come l'Assemblea costituente francese avesse, per parte sua, legato a doppio filo l'intima convinzione del giudice alle impressioni lasciate sulla ragione dal giudice dal materiale probatorio²³⁷, attribuendo, dunque, alla stessa comunque un ancoraggio oggettivo²³⁸.

Nondimeno, all'interpretazione oracolare della formula se ne è ben presto contrapposta una antitetica, oggi dominante sul continente europeo. Il riferimento va alla lettura "razionalistica" dell'intimo convincimento (c.d. "*conviction raisonnée*"), il cui radicarsi è stato favorito della progressiva ondata di reflusso che l'istituto della giuria, dopo i fasti della fine del Settecento e dell'Ottocento, ha avuto in molti Paesi europei²³⁹, tra cui anche la Francia²⁴⁰. Una volta spezzato il legame originario tra *intime conviction* e giudici popolari, in favore di sistemi basati su giudici professionali o su

²³⁵ Cfr. C.J.A. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni*, Reggio-Modena 1851, 480.

²³⁶ Ne danno atto, M. Damaska, *op. ult. cit.*, 197; J. Glaser, *op. cit.*, 18 e M. Nobili, *Il principio*, 185.

²³⁷ Come ricordato da M. Nobili, *op. ult. cit.*, 97 e ss., il criterio dell'*intime conviction* non va confuso con il *iudicium secundum conscientiam*. L'intimo convincimento presuppone, infatti, risolta a monte la diatriba tra *iudicium secundum alligata et probata* e *iudicium secundum conscientiam* in favore della prima delle alternative, trattandosi di uno *standard* di cui va valutato il raggiungimento solo sulla base delle prove raccolte e acquisite nel corso della regudicanda.

²³⁸ Cfr. M. Delmas-Marty, *op. cit.*, 60. In questa prospettiva, è particolarmente calzante la definizione di G.D. Romagnosi, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizi*, in *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, parte II, Milano 1842, 963, a detta del quale la convinzione intima «è l'impressione riguardante la credibilità d'un fatto risultante dai mezzi di prova raccolti secondo la legge».

²³⁹ Sul punto, cfr. la recente analisi di K. Ambos, *op. cit.*, 176; R. Bloembergen, *The Development of the Criminal Law of Evidence in the Netherlands, France and Germany between 1750 and 1870*, Leiden-Boston 2020, 109 ss.; M. Damaska, *Evaluation of Evidence*, cit., 121 ss. e di S. Thaman, *op. cit.*, 82 s. Nella letteratura italiana, cfr. M. Nobili, *op. ult. cit.*, 53, il quale attribuisce a G.D. Romagnosi, *op. ult. cit.*, 963 la paternità di questa lettura. Per un recente tentativo, di strutturare una teoria razionale del libero convincimento, cfr. G. Carlizzi, *op. cit.*, 37 ss.

²⁴⁰ Come noto, anche in Francia, a partire dalla Seconda guerra mondiale, la giuria è stata trasformata in un giudice misto, cioè la Corte d'assise: per un cenno a tale trasformazione, compiuta dalla Francia di Vichy e poi mantenuta dopo la fine del conflitto, cfr., al riguardo J.M. Donovan, *Magistrates and Juries in France*, in *French Historical Studies* 199, 411 e J. Pradel, *Le jury en France. Une histoire jamais terminée*, in *Revue internationale de droit pénal* 2001, 177.

corti miste²⁴¹, si è man mano sentita la necessità di strutturare una teoria della valutazione delle prove, sì libera da prove legali, ma comunque solidamente basata sulla logica, sulla scienza e sulla ragione. Come noto, a livello processuale, l'istituto principale che è stato ideato onde perseguire un tale risultato è quello della motivazione in fatto delle sentenze²⁴². È chiaro che la presenza dell'obbligo di motivare, diventato poi un pilastro generale della giustizia penale europea, fa sì che i giudici debbano sempre essere in grado di spiegare, in modo inter-soggettivamente comprensibile e controllabile, sia all'interno, sia all'esterno del processo, il perché un'ipotesi sul fatto venga o meno posta alla base della decisione. Tale istituto, favorendo l'impiego di criteri di inferenza solidi, aggiornati rispetto alle conoscenze scientifiche del tempo, nonché, al contempo, conformi alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della corti superiori, a cui, nell'esperienza di *civil law*, sono affidati ampi poteri di controllo su come sono stati ricostruiti i fatti, rappresenta, evidentemente, un presidio chiave per evitare atteggiamenti "irrazionalistici" dei magistrati nei confronti del materiale probatorio²⁴³,

A ben vedere, nella legislazione italiana del periodo della restaurazione si trovano esempi precoci di come già alcuni sistemi giuridici ottocenteschi fecero un ulteriore passo avanti, creando un *mix* di regole in tema di *standard* di prova e di obbligo di motivazione²⁴⁴. Giunti a questo punto, non stupirà sapere come il principale esponente di questa linea di tendenza sia rappresentato dal regolamento di procedura criminale del 5 novembre 1831, dettato da Papa Gregorio XVI. Sebbene fosse caratterizzato da notevoli incrostazioni inquisitorie ed autoritarie²⁴⁵, da un punto di vista dei criteri decisori, questo testo non può che apparire agli occhi dei contemporanei piuttosto

²⁴¹ In proposito, è utile ricordare come uno dei primi sistemi giuridici che inaugurò tale scissione tra giuria e *intime conviction* fu quello del codice di procedura penale per il Regno d'Italia del 1807 (c.d. "codice Romagnosi"), il quale affidava il giudizio sul fatto a giudici professionali, pur senza stabilire un obbligo di motivazione in senso tecnico. In proposito, v. M. Nobili, *op. ult. cit.*, 201 ss.

²⁴² Cfr. S. Thaman, *op. cit.*, 94 ss.

²⁴³ Cfr., a questo riguardo, C. eur. GC., 16.11.2010, *Taxquet c. Belgio*, per un cenno sulla quale v. le conclusioni.

²⁴⁴ Accanto all'esempio riportato nel testo, si pensi anche al Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, il quale, oltre a stabilire la regola per cui i giudici avrebbero dovuto risolvere «tutte le questioni di fatto secondo il loro criterio morale» (art. 292), contemplava anche l'obbligo di motivazione (art. 293).

²⁴⁵ Per un ampio commento al testo, cfr. N. Contigiani, *Il processo penale pontificio. Tra ancoraggi inquisitori e spettro riformista (1831-1858)*, in *RSDI* 2007, 189 ss. A riprova di ciò, basti pensare che tale rito, oltre a restringere radicalmente il ruolo della difesa, equiparava le prove raccolte nell'istruttoria a quelle acquisite in dibattimento, non contemplando, dunque, una separazione tra le fasi. Per di più gli artt. 446 e 447 prevedevano due forme diverse di assoluzione per insufficienza di prove, che consentivano all'autorità di continuare a perseguire il prevenuto anche dopo il suo proscioglimento dubitativo.

moderno. Esso non si limitò, infatti, a prevedere la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali²⁴⁶, ma all'art. 442 stabilì del pari che, all'esito del procedimento, i giudici (professionali) fossero tenuti a decidere «secondo l'intima convinzione della propria coscienza, e secondo l'impressione ricevuta sulla sua ragione presso le prove o gl'indizj [...], dalla riunione dei quali deve [...] dipendere la pienezza della certezza morale che rimuove dal di lui animo ogni ragionevole esitazione»²⁴⁷. È evidente come, mediante queste norme si cercò di conciliare, sia la principale novità proveniente dal modello francese di procedura penale – cioè, l'*intime conviction* –, sia le istanze razionaliste, volte a prevenire derive oracolari di questo criterio, sia, infine, la volontà di non rinunciare alle tradizionali regole “cristiane” della “certezza morale” e del *BARD*. Si trattò, insomma, di un embrionale tentativo di “oggettivizzare”, tramite alcuni presidi processuali, *standard* che, a livello linguistico, apparivano fortemente “soggettivi”.

Se è vero che, nel mondo del diritto canonico, regole come queste sono perdurate fino a oggi²⁴⁸, va rilevato che, nella storia della procedura penale italiana, è dovuto passare oltre un secolo e mezzo affinché si ritornasse a codificare una norma paragonabile all'art. 442 del regolamento gregoriano. Come noto, infatti, a seguito dell'unificazione del Paese, i codici di procedura penale italiani sono stati, per lungo tempo, fortemente ispirati al modello francese del *Code d'instruction criminelle*; il che, se ha favorito una definitiva cristallizzazione del criterio dell'intimo convincimento²⁴⁹, ha, per converso, fatto sparire per molto tempo dalle fonti normative ufficiali gli ulteriori riferimenti alla certezza morale o al ragionevole dubbio. Ciò nondimeno, in particolare la formula della certezza morale, anche grazie al collegamento storico con l'*intime conviction* di stampo francese, è riuscita a sopravvivere per lungo tempo, tanto

²⁴⁶ Si vedano gli artt. 450, 452 e 465 del regolamento.

²⁴⁷ Per un commento alla disposizione, cfr. R. Ala, *Criminalis juris et praxis instituta usi etiam forensi accommodata*, t. I, Roma 1839, 254 s.; C. Contoli, *Considerazioni sul processo e giudizio criminale nei due sistemi del processo scritto ed orale*, Bologna 1855, 117 ss. e G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*, Macerata 1840, 541 s.

²⁴⁸ Cfr., sul punto, J. Hahn, *op. cit.*, 300 ss., nonché, in lingua italiana, M.J. Arroba Conde, *Convincimento, certezza e motivazione: l'esperienza canonica*, in *Criminalia* 2012, 168 ss.

²⁴⁹ Per i codici del 1865 e del 1913, i quali prevedevano la giuria, cfr., rispettivamente, gli artt. 487/498 e 440 Cpp, modellati sulla base della vecchia disciplina francese del 1791. Da ultimo, la formula dell'intimo convincimento è rimasta immutata, venendo ancora oggi richiamata dall'art. 30 della l. 30.4.1951 n. 287, concernente la corte d'assise.

nelle opere dottrinali²⁵⁰, quanto nella giurisprudenza²⁵¹, perdendo via via il suo *background* teologico-cristiano.

Dopo il secondo conflitto mondiale, tuttavia, anche i riferimenti a questo criterio si sono, progressivamente, ridotti, pur non essendo mai spariti del tutto²⁵². L'espressione certezza morale è stata, infatti, con il passare dei decenni, scalzata da un altro "fossile" dall'antico passato: l'al di là di ogni ragionevole dubbio, il quale è stato impiegato, sempre più di frequente, in modo autonomo, tanto a livello teorico²⁵³, quanto giurisprudenziale²⁵⁴, riuscendo a distaccarsi dal suo nucleo originario. Ha così avuto inizio un lungo cammino interpretativo²⁵⁵ che ha portato, nel 2006, il legislatore a cristallizzarlo definitivamente all'art. 533 Cpp, il quale prevede oggi che «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole [...] al di là di ogni ragionevole dubbio»²⁵⁶. Come avremo modo di vedere in seguito, questa nuova

²⁵⁰ L'espressione compare ciclicamente: cfr., ad esempio, le opere di P. Ellero, *op. cit.*, 23; L. Lucchini, *op. cit.*, 167; M. Pescatore, *La logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, vol. I, Torino 1863, 158 ss.; N. Framarino dei Malatesta, *La logica delle prove in criminale*, vol. I, Torino 1895, 30 ss.; oppure P. Saraceno, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova 1940, 9.

²⁵¹ Cfr., ad esempio, Cass. 6.10.1883 n. 1368, in *La Corte Suprema di Roma* 1883, 978, la quale riveste grande interesse in quanto afferma il principio per cui «nel sistema della certezza morale la convinzione del giudice di merito può essere determinata anche dal depono di un solo testimone». Il che costituisce, a ben vedere, una dimostrazione pratica di quanto, da questa prospettiva, l'abbandono del regime delle prove legali abbia determinato un abbassamento delle garanzie, rispetto al regime previgente.

²⁵² Si pensi, ad esempio, a quel filone giurisprudenziale che, ancora di recente, ha affermato che il ragionevole dubbio sarebbe «il dubbio che [...] lascia la mente dei giudici in una condizione tale per cui non possono affermare una convinzione incrollabile, prossima alla certezza morale (da intendersi come pratica certezza), sulla fondatezza dell'accusa» (cfr. Cass. 26.5.2016 n. 42056, in *DeJure*). In dottrina, cfr. A. Pagliaro, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2007, 181-182.

²⁵³ V. già F. Carnelutti, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli 1963, 33; A. Malinverni, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. III, Torino 1970, 559 ss.; M. Pisani, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.* 1965, 3.

²⁵⁴ Cfr., Cass. 22.10.1984 Mattia, in *CEDCass*, m. 167449; Cass. 24.2.1981 Pressi, in *RP* 1981, 697 s.

²⁵⁵ Come noto, due tappe fondamentali di tale percorso sono state, a livello dottrinale, la monografia di F. Stella, *op. cit.*, *passim* e, da una prospettiva giurisprudenziale, la sentenza Cass. S.U. 10.7.2002 Franzese, in *RIDPP* 2002, 1133 ss., la quale, a codice invariato, aveva stabilito il principio di diritto per cui «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino [...] non può che comportare [...] l'esito assolutorio». Nonostante questo progressivo cammino interpretativo, ancora alla fine degli anni Novanta negli Stati Uniti vi era chi affermava che «*the Italian standard is less protective than the Anglo-American presumption of innocence until prove guilty beyond reasonable doubt*» (così T. Mulrine, *Reasonable Doubt: How in the World is it Defined?*, in *American University International Law Review* 1997, 222). Per un'analisi dello sviluppo giurisprudenziale del criterio del ragionevole dubbio, cfr. J. Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.6.2014.

²⁵⁶ Per un primo commento alla riforma, v., tra gli altri, C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, in *Novità su impugnazioni e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, a cura di A. Scalfati, Milano 2006, 87 ss.; P. Ferrua, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra*

codificazione non può, tuttavia, stupire, in quanto si colloca in un contesto storico in cui il *BARD* – pur assumendo significati anche molto distanti tra loro (alcuni più vicini al nucleo originario della “certezza morale” e altri più “oggettivi”) – è progressivamente diventato lo *standard* di prova penalistico più riconosciuto a livello globale. Per comprendere come ciò sia potuto accadere, è, peraltro, opportuno concludere la nostra analisi diacronica, esaminando l’evoluzione che il criterio in questione ha avuto nei Paesi di *common law*.

6. Non dovendo abbattere un sistema secolare di prove legali, applicato da magistrati professionali, né subire la concorrenza dell’*intime conviction*, la certezza morale e il *BARD* hanno fatto meno fatica a radicarsi nell’ambito del modello di processo penale angloamericano con giuria, rispetto a quanto è accaduto sul continente europeo.

Ad assicurare un’ampia circolazione di questi concetti è stata, in particolare, la trattatistica ottocentesca in tema di *law of evidence*, a cui va riconosciuto il merito di averli “secolarizzati”²⁵⁷. Un ruolo di primo piano a questo riguardo va, ad esempio, riconosciuto a un’opera assai influente, sia in Inghilterra, sia negli Stati Uniti: il *Practical Treatise on the Law of Evidence* di Thomas Starkie. All’interno di questo volume, il celebre giurista inglese, dopo aver ricordato che «*what circumstances will amount to proof can never be matter of general definition*», riprese la tradizionale distinzione tra “certezza metafisica” e “certezza morale”, arrivando alla conclusione per cui, in ambito penale, le prove dovessero produrre nei *fact-finders* una «*moral certainty to the exclusion of every reasonable doubt*»²⁵⁸.

Ma Starkie non si fermò qui e fornì pure una definizione del criterio decisivo del tutto analoga a quella concepita, più di mezzo secolo prima, da Beccaria: anche per lui,

Corte costituzionale e Sezioni Unite, a cura di Filippi, Padova 2007, 137 ss.; F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *CP* 2006, 3869 ss.; E. Marzaduri, *Commento all’art. 5 l. n. 46/2006*, in *questa Rivista* 2007, 88 ss.; C.E. Paliero, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *GD* 2006, 10, 73 ss.; C. Piergallini, *La regola dell’“oltre ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino 2007, 361 ss.; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del “ragionevole dubbio”*, in *RIDPP* 2007, 1243 ss. A livello monografico, si vedano poi le opere di E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio*, cit., *passim*; G. Dalia, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Milano 2018; G. Pierro, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Roma 2011.

²⁵⁷ In argomento, cfr. B. Shapiro, *Beyond reasonable doubt*, cit., 36 ss., nonché S. Sheppard, *op. cit.*, 1195 ss.

²⁵⁸ Cfr. T. Starkie, *A Practical Treatise of the Law of Evidence, and Digest of Proofs, in Civil and Criminal Proceedings*, vol. I, Philadelphia 1834, 447 s. Nello stesso senso, v. W.M. Best, *The Principles of the Law of Evidence: With Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-Examination of Witness*, Londra 1893, 390.

infatti, i giurati non avrebbero potuto condannare «*unless [...] be so convinced by the evidence that he would venture to act upon that conviction in matters of the highest concerns and importance to his own interest*»²⁵⁹. Negli USA, dello stesso avviso fu Simon Greenleaf, a detta del quale «*the circumstances must be sufficient to satisfy the mind and conscience of a common man; and so convince him that he would venture to act upon that conviction in matters of the highest concern and importance to his own interests*»²⁶⁰.

Quanto appena osservato fornisce una precisa dimostrazione di come idee analoghe a quelle degli illuministi continentali influenzarono anche i giuristi d'oltre Manica e d'oltre Atlantico, finendo, grazie alla mediazione di opere come quella di Starkie e di Greenleaf, per diventare, con il tempo, tralatzie nella giurisprudenza angloamericana. Onde avere una precisa riprova di ciò, basti pensare che, sia negli USA, sia in Inghilterra, alcune delle spiegazioni dello *standard* per giungere a una condanna penale si pongono ancora sulla medesima scia della tradizione di Cartesio e Beccaria, descrivendolo come quello stato d'animo in cui una persona «*would act upon in their most important affairs*»²⁶¹.

Detto ciò, va precisato che alla trattatistica ottocentesca di *common law* va riconosciuto anche il merito di aver concepito la distinzione, che è stata a sua volta perpetuata fino al giorno d'oggi, tra lo *standard* per condannare in sede penale e quello civilistico. Già nell'opera di Starkie, si affermò, infatti, che, in ambito penale, «*the guilt of the accused must be fully proved; neither a mere preponderance of evidence, nor any weight of preponderant evidence, is sufficient for the purpose, unless it generate full belief of the fact, to the exclusion of all reasonable doubt*»²⁶². Non sfuggirà come pure queste classificazioni presentino notevoli affinità, anche da una prospettiva terminologica, con le categorie del diritto continentale: basti pensare all'utilizzo della locuzione “*fully proved*”, che riecheggia la categoria della prova piena.

²⁵⁹ V. T. Starkie, *op. cit.*, 448.

²⁶⁰ Cfr. S. Greenleaf, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, Boston-Londra 1842, 4 s., ove l'illustre autore aggiungeva, inoltre, che «*the circumstances, which will amount to this degree of proof, can never be previously defined*».

²⁶¹ Per quanto concerne l'Inghilterra, cfr., di recente, le sentenze *Mohammad* [2022] EWCA Crim 380, nonché *J.L.* [2017] EWCA Crim 621. In merito agli USA, cfr. *Supreme Court of Minnesota, State v. Mitchell*, 16.4.1998, 577 N.W.2d 481, 485 (Minn. 1998). Al contrario, istruzioni di questo tipo sono state scoraggiate in Nuova Zelanda (*Wanhalla* [2006] NZCA 229), così come in Canada (*Lifchus* [1997] 3 SCR 320).

²⁶² Cfr. T. Starkie, *op. cit.*, 420. Negli stessi termini, v. J.K. Delolme, *The Rise and Progress of the English Constitution*, vol. II, Londra 1838, 789 e S. Greenleaf, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. III, Boston 1883, 31. Tale principio è diventato talmente tralatzio da essere ancora di recente richiamato: cfr., ad esempio, *Court of Appeals of Georgia, 23.6.1994, Roura v. The State*, 214 Ga. App. 43 (1994).

Anche grazie a questi sforzi dogmatici, i criteri del ragionevole dubbio e della certezza morale vennero consolidati dalla giurisprudenza americana già intorno alla metà del XIX secolo²⁶³. Onde semplificarne l'utilizzo, alcuni giudici iniziarono a sviluppare già nell'Ottocento delle articolate definizioni di tali concetti, via via cristallizzate in *instruction* ufficiali, lette ai giurati prima della deliberazione. Una delle più celebri spiegazioni del *BARD*, create in tale periodo, si ritrova nel caso della Corte Suprema del Massachusetts *Commonwealth v. Webster* del 1850. In questo arresto, il *Chief Justice Shaw*, dopo aver ammesso che la regola, pur venendo oramai utilizzata in modo tralatizio, aveva una formulazione di difficile comprensione, cercò di chiarirne la portata, affermando che il dubbio ragionevole «non è un semplice dubbio possibile; perché ogni cosa che riguarda gli affari umani e che dipende da prove morali è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. È quello stato del caso che, dopo l'intero confronto e la considerazione di tutte le prove, lascia la mente dei giurati in una condizione tale da non poter dire di provare una convinzione incrollabile, una certezza morale, della verità dell'accusa»²⁶⁴.

Per quanto qui rileva, è utile osservare come già in questa definizione, la quale ha avuto a sua volta un successo tale negli USA da essere impiegata, con alcuni aggiustamenti, ancora oggi²⁶⁵, i rapporti tra certezza morale e ragionevole dubbio risultarono invertiti. Mentre nel contesto teologico-cristiano iniziale e, ancora, nell'opera di Starkie, lo stato mentale da raggiungere era quello della certezza morale, il quale veniva spiegato tramite l'espressione ragionevole dubbio, nell'istruzione di Shaw la situazione si era già ribaltata: lo *standard* era, oramai, diventato il ragionevole dubbio, che, a sua volta, veniva solo esplicitato tramite il riferimento alla certezza morale. Si tratta di un cambio, inizialmente linguistico, più che concettuale, che non è stato in seguito mai messo in discussione. Con il passare del tempo, il livello da raggiungere per condannare è, infatti, stato indicato con la formula del *BARD*, il quale, anche per ragioni terminologiche – non contenendo riferimenti diretti alla “morale”, ma alla “ragionevolezza” umana – è stata preferita rispetto al lessico teologico delle origini.

²⁶³ Si veda, al riguardo, L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., 33.

²⁶⁴ Cfr. *Commonwealth v. John W. Webster*, 59 Mass. 295, 320 (1850). La sentenza si può trovare pubblicata in L.S. Cushing, *Reports of Cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts*, Boston 1855, 320.

²⁶⁵ Cfr., ad esempio, *Supreme Court of Massachusetts, Commonwealth v. G. Russell*, 3.11.2014, 470 Mass. 464. In senso critico, peraltro, R.E. Welch, “Give Me That Old Time Religion”: *The Persistence of the Webster Reasonable Doubt Instruction and the Need to Abandon It*, in *New England Law Review* 2013, 31 ss.

A questo riguardo, è utile ricordare che la sentenza *Commonwealth v. Webster* riveste un'importanza peculiare, anche perché sancì un collegamento, rimasto immutato nel tempo, tra presunzione d'innocenza e *BARD*. A detta del giudice Shaw, infatti, proprio in ragione del fatto che ogni persona debba presumersi innocente fino a prova contraria, non sarebbe sufficiente «stabilire una probabilità, anche se forte [...] che il fatto addebitato sia più probabile del contrario, ma le prove devono stabilire la verità del fatto con una ragionevole e morale certezza»²⁶⁶.

Alla fine dell'Ottocento, questa opinione è stata poi accolta anche dalla Corte suprema degli Stati Uniti, nel celebre caso *Coffin v. United States*: all'esito di un lungo *excursus* storico, ricco di rimandi, sia della tradizione propria diritto romano-canonico, sia a quella di *common law*, tale pronuncia consacrò il legame tra lo *standard* del ragionevole dubbio e la presunzione d'innocenza, stabilendo che il primo derivasse giuridicamente dalla seconda²⁶⁷. Non sfuggirà come, in questo modo, il *BARD* sia riuscito a trovare un ancoraggio in un principio che «*lies at the foundation of the administration of [...] criminal law*»²⁶⁸; il che ha, evidentemente, favorito la sua consolidazione.

Ciò detto, vale la pena di precisare che – per un certo periodo di tempo – un legame analogo tra *standard* del ragionevole dubbio e presunzione di innocenza è stato sviluppato anche in Inghilterra, tanto a livello dottrinale, quanto giurisprudenziale. Così, ad esempio, nella *History of the Criminal Law of England* di James Fitzjames Stephen si legge, in modo analogo alle teorie statunitensi, che la regola del *BARD* si sarebbe ricavata proprio dalla *presumption of innocence*²⁶⁹. Sul punto, l'Autore – pur riconoscendo apertamente che «*the word "reasonable" is indefinite*» – non mancò di attribuire allo *standard* una funzione e un significato specifici. Egli affermò, infatti, da un lato, che «*its real meaning [...] is that it is an emphatic caution against haste in coming to a conclusion adverse to a prisoner*» e, da un altro lato, che lo stesso avrebbe potuto dirsi soddisfatto, giustificando la condanna di un uomo, solo quando «*every supposition not in itself improbable which is consistent with his innocence ought to be negated*»²⁷⁰. Come avremo modo di vedere, tale definizione presenta forti profili di

²⁶⁶ Cfr. L.S. Cushing, *op. cit.*, 320.

²⁶⁷ Si allude a *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895). A detta della Corte Suprema, infatti, la dottrina del ragionevole dubbio avrebbe costituito un risultato dell'«*evolution of the principle of the presumption of innocence*».

²⁶⁸ La citazione testuale è ancora tratta da *Coffin v. United States*, 156 U.S. 453 (1895).

²⁶⁹ Cfr. J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, Londra 1883, 438.

²⁷⁰ Le citazioni testuali sono ancora tratte da J.F. Stephen, *op. cit.*, 438. In termini analoghi, cfr. già S. Greenleaf,

analogia con una tipologia di spiegazioni dello *standard* che, ancora oggi, vengono fornite.

A livello giurisprudenziale, il più noto caso inglese, in cui si è valorizzato il legame tra la regola dell'onere della prova, ricavata dalla presunzione di innocenza, e il *BARD*, è costituito dalla sentenza della *House of Lords Woolmington v. DPP* del 1935. In tale *leading case*, il giudice Sankey pronunciò le seguenti parole, rimaste celebri. Nel «diritto penale inglese si nota sempre un filo d'oro: l'accusa ha il dovere di provare la colpevolezza [...]. Se, alla fine e nel complesso del caso, esiste un ragionevole dubbio, creato dalle prove fornite dall'accusa o dall'imputato, [...] l'accusa non ha dimostrato la propria colpevolezza e il detenuto ha diritto all'assoluzione»²⁷¹.

Per quanto concerne gli USA, va rilevato che, con il passare del tempo, il legame tra *standard* del ragionevole dubbio e principi fondamentali è stato ancora più valorizzato. A questo riguardo, viene in gioco la celebre sentenza *In re Winship*, nella quale la Corte suprema ha stabilito che la *due process clause*, ricavabile dagli Emendamenti V e XIV della Costituzione, «*protect the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged*»²⁷². In questo modo, la Corte suprema ha creato un collegamento diretto – e non più solo mediato – tra *BARD* e la Costituzione americana, decretando così l'ascesa dello *standard* al vertice delle fonti del diritto statunitense²⁷³.

Nei decenni successivi, è stata sempre la Corte suprema a favorire un ulteriore passo avanti nell'evoluzione dello *standard* decisorio per condannare, contribuendo a porre alcuni paletti circa l'utilizzo dell'antico concetto della “certezza morale”, la cui terminologia, nel corso del tempo, è stata da molti percepita come arcaica e, in certi casi, persino fuorviante²⁷⁴. A tal proposito, viene, in particolare, in gioco la sentenza *Cage v. Louisiana* del 1990, in cui è stato espresso un parere negativo riguardo all'utilizzo dell'espressione *moral certainty*, laddove essa venisse collegata a espressioni come “*grave uncertainty*” o “*actual and substantial doubt*”²⁷⁵. E se è vero che, con la successiva sentenza *Victor v. Nebraska*, la Corte suprema ha comunque

op. cit., 15.

²⁷¹ *Woolmington v D.P.P.* [1935] AC 462. Per un recente commento alla decisione, K. Crosby, ‘Well, the burden never shifts, but it does’: celebrity, property offences and judicial innovation in *Woolmington v DPP*, in *Legal Studies* 2023, 104 ss.

²⁷² Cfr. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

²⁷³ In argomento, cfr. D.A. Dripps, *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, in *California Law Review* 1987, 1665 ss.

²⁷⁴ In argomento, v. L. Laudan, *op. ult. cit.*, 34 s., nonché S. Sheppard, *op. cit.*, 1217 ss.

²⁷⁵ Cfr. *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990).

confermato la non incostituzionalità assoluta dell'impiego di istruzioni in cui venga fatto uso del concetto di certezza morale, è anche vero che nella stessa pronuncia essa ha comunque riconosciuto «*that “moral certainty” standing alone, might not be recognized by modern jurors as a synonym for proof beyond a reasonable doubt*»²⁷⁶. Queste critiche forniscono una chiara dimostrazione di come, se, nel sistema nordamericano, la certezza morale e il *BARD* rappresentavano in origine due formule linguistiche utilizzate per riferirsi a un unico criterio decisorio, con il tempo, il secondo concetto si è progressivamente distaccato rispetto al suo “nucleo originario”, assumendo, via via, una portata e dei significati autonomi.

Una precisa conferma di ciò si ha, tenuto conto di come, anche a causa della scelta della Corte Suprema di non avallare un'unica definizione dello *standard* del ragionevole dubbio²⁷⁷, si sia sviluppata una miriade di ulteriori definizioni ufficiali dello stesso, molte delle quali non rinviano più alla certezza morale, la quale, seppur non è stata abbandonata del tutto²⁷⁸, ha comunque subito un certo regresso²⁷⁹. A seconda del singolo Stato o Circuito federale, i giudici togati forniscono, infatti, alle giurie istruzioni anche molto eterogenee con riguardo al *BARD*: esso viene concepito ora come dubbio per cui può essere fornita una ragione; ora come alta probabilità; ora come convincimento fermo; ora come *standard* raggiungibile in assenza di ipotesi alternative alla colpevolezza del soggetto; ora come stato mentale legato alle decisioni importanti della propria vita; ora come stato mentale che porterebbe a esitare ad agire una persona prudente²⁸⁰.

Non sfuggirà che l'optare per una o per l'altra di queste definizioni non risulti indifferente: difatti, come ha riconosciuto anche la Corte Suprema, il modo in cui si

²⁷⁶ La citazione testuale è tratta da *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 14 (1994). Per parte sua, il giudice Harry Blackburn, nell'opinione dissenziente alla pronuncia, si spinse ancora oltre affermando che esisterebbe la concreta possibilità che tali nozioni portino i giurati a credere di poter basare la loro decisione di condanna su uno *standard* morale ed emotivo in aggiunta o al posto di uno basato sul materiale probatorio. Circa i dubbi sollevati nella prassi da tale decisione della Corte Suprema, cfr. S.J. Fortunato, *Instructing on Reasonable Doubt after Victor v. Nebraska: A Trial Judge's Certain Thoughts on Certainty*, in *Villanova Law Review* 1996, 365 ss.

²⁷⁷ La Corte Suprema, infatti, ha affermato che «*the Constitution neither prohibits trial courts from defining reasonable doubt nor requires them to do so as a matter of course*» e che «*the Constitution does not require that any particular form of words be used in advising the jury of the government's burden of proof*». Cfr., in proposito, *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 5 (1994).

²⁷⁸ Tanto che una parte della dottrina propone persino di ritornare alla formula della “certezza morale” per meglio spiegare il *BARD*: cfr., in questo senso, J.A. Shapiro, K.T. Muth, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: le giurie non lo capiscono*, in *Criminalia* 2021, 69.

²⁷⁹ Ne dà atto S. Sheppard, *op. cit.*, 1222 s.

²⁸⁰ Per un lungo elenco di *instruction* del *BARD*, cfr. L. Laudan, *op. ult. cit.*, 36-51; J.A. Shapiro, K.T. Muth, *op. cit.*, 57-59. V. anche S. Sheppard, *op. cit.*, 1231 ss.

spiega uno *standard* è in grado di renderlo, in concreto, più o meno esigente²⁸¹. Ed è proprio a causa del timore che, fornendo *instruction* inadeguate della regola, si finisca per provocare più danni che benefici²⁸², che alcune giurisdizioni americane hanno optato per un approccio particolarmente discutibile: esse preferiscono vietare di definire il *BARD* a livello ufficiale²⁸³. Ciò rappresenta, a ben vedere, un vero e proprio paradosso: una regola così complessa da aver assunto nei secoli una miriade di significati diversi non viene spiegata affatto, venendo trattata come un concetto “autoevidente”²⁸⁴, sebbene studi empirici dimostrino che i giurati facciano molta difficoltà a comprenderla²⁸⁵.

Giunti a questo punto, è arrivato il momento di precisare che è esattamente in ragione delle difficoltà nell’attribuire un significato univoco al *BARD* che l’Inghilterra ha, a partire dalla fine degli anni Quaranta del Novecento, compiuto un’importante deviazione rispetto all’esperienza nordamericana in materia di *standard* per condannare un imputato²⁸⁶. Si allude al fatto che, se, fino a questo periodo, il *BARD* era stato ratificato in molteplici occasioni dalla *House of Lords*²⁸⁷, in seguito si è sviluppato un movimento di pensiero, che ha cercato di sradicarlo, sostituendolo con una regola considerata di più semplice utilizzo: la “sicurezza” dei giurati circa la colpevolezza dei prevenuti. Un ruolo cruciale di questa svolta lo ha avuto il *Chief Justice* della *House of Lords* Goddard il quale, in alcune sentenze affermò di preferire l’impiego del termine “*sure*” al posto dell’antica formula del *beyond any reasonable*

²⁸¹ Cfr. *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 275 (1993) e *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990).

²⁸² Vale la pena di precisare che la stessa Corte Suprema deli USA ha affermato che i tentativi di definire il ragionevole dubbio generalmente non riescono a renderne più chiaro il significato per i giurati: cfr. *Holland v. United States*, 348 U.S. 140 (1954), nonché già *Miles v. United States*, 103 U. S. 312 (1880), dove si legge testualmente che «*attempts to explain the term “reasonable doubt” do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury*». A ben vedere, questa linea di pensiero ha trovato autorevoli sostenitori in giuristi del calibro di J. Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. IV, Boston 1904, 3542.

²⁸³ In questo senso, v., ad esempio, la Corte Suprema dell’Illinois, nella sentenza del 18.6.2015, *People v. Downs*, 2015 IL 117934, 32.

²⁸⁴ Cfr., ad esempio, quanto stabilito dalla *United States Court of Appeal* del *Fourth Circuit* nella sentenza *Murphy v. Holland*, 776 F.2d470, 28.10.1985, a detta della quale «*the term reasonable doubt itself has a self-evident meaning comprehensible to the lay juror*». Per una critica all’approccio testo a non definire il *BARD*, cfr. H.A. Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define*, in *Columbia Law Review* 1990, 1716 ss.

²⁸⁵ A questo riguardo, cfr., da ultimo, O.K.H. Smith, *The beyond a reasonable doubt standard of proof: Juror understanding and reform*, in *The International Journal of Evidence & Proof* 2022, 294 ss.

²⁸⁶ In argomento, cfr., estensivamente, A. Keane, P. McKeow, *Time to Abandon “Beyond Reasonable Doubt” and “Sure”: The Case for a New Direction on the Criminal Standard and how it should be used*, in *Criminal Law Review* 2019, 512 ss.; R. Glover, *Murphy on Evidence*, Oxford 2015¹⁴, 109 ss.; P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 275 ss.

²⁸⁷ Si veda, ad esempio, la sentenza *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372.

*doubt*²⁸⁸. E se è vero che tale proposta non è riuscita a eliminare del tutto il *BARD* dalla prassi giudiziaria²⁸⁹, va riconosciuto che, a partire da questa pronuncia, il criterio della “sicurezza” dei *fact-finders* è stato effettivamente avallato, sia da una parte maggioritaria della giurisprudenza²⁹⁰, sia dalla disciplina di *soft law*. Per parte sua, infatti, sin dalla fine degli anni Ottanta, il *Judicial Studies Board* (ora diventato *Judicial College*), nei suoi modelli di istruzioni ai giurati, si è schierato in questo senso²⁹¹. Non è un caso, dunque, che anche nell’ultima edizione del *Crown Court Compendium*, si inviti a utilizzare lo *standard* “*sure*” in luogo del *BARD*²⁹².

Se ciò è vero, va comunque segnalato che, nella stessa guida, si precisa che, nell’ipotesi in cui qualche avvocato faccia ancora riferimento al criterio del ragionevole dubbio, «*the jury should be told that this means the same thing as being sure*»²⁹³. Il che consente di capire come, con l’impiego di questo termine, non si sia inteso tanto mutare il livello di sufficienza probatoria rispetto al passato, quanto piuttosto impiegare una locuzione linguistica ritenuta di più immediata percezione da parte dei giurati²⁹⁴. Se le cose stanno effettivamente così, bisogna, a ogni modo, rilevare come la nuova formulazione non risulti affatto meno indeterminata delle precedenti²⁹⁵. D’altra parte, ciò è confermato non solo dagli studi empirici che hanno dimostrato che i giurati fanno fatica a comprendere anche tale espressione²⁹⁶, ma dalla stessa *Court of Appeal* dell’Inghilterra e del Galles, la quale ha finito per ammettere che «*to define what is meant by “reasonable doubt” or what is meant by “being sure” requires an answer difficult to articulate and likely to confuse*»²⁹⁷.

²⁸⁸ Cfr., la sentenza *Kritz* [1950] K.B. 82, 88-90, nonché *Summers* [1952] 36 Cr. App. R. 14, 15, da cui è tratta la citazione testuale.

²⁸⁹ V., al riguardo, l’articolo di M. Beckford, *Judges told to stop using “beyond reasonable doubt” because jurors don’t understand what it means and ask if they’re “satisfied that they are sure” instead*, in www.dailymail.co.uk, 26.4.2020, dal quale si coglie come, nonostante gli sforzi, la vecchia formula venga ancora impiegata. Cfr., più di recente, P. McKeown, *Dreaded questions, doubtful answers & the trouble with ‘sure’*, in *NLJ* 29.7.2022.

²⁹⁰ Cfr., tra le più recenti sentenze della *Court of Appeal* dell’Inghilterra e del Galles, *Desir* [2022] EWCA Crim 1071, 198; *Mohammad* [2022] EWCA Crim 380; *Bogdanovic* [2020] EWCA Crim 1229 e *Boaden* [2019] EWCA Crim 2284.

²⁹¹ In proposito, v. P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 275 ss.

²⁹² Cfr. *Judicial College, The Crown Court Compendium. Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, in www.judiciary.uk, ed. giugno 2023, § 5 ss.

²⁹³ *Judicial College, op. cit.*, § 5-1. In questo senso, in giurisprudenza, *Desir* [2022] EWCA Crim 1071.

²⁹⁴ Cfr., sul punto, P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 278.

²⁹⁵ In questo senso, cfr., in dottrina, A. Keane, *Not so sure about the criminal standard of proof*, in *NLJ*, 12.6.2020, 15; P. McKeown, *op. cit.*; A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 512 s.

²⁹⁶ Si vedano, a questo proposito, gli interessanti studi statistici di M. Zander, *The criminal standard of proof: how sure is sure? Pt 2*, in *NLJ* 29.5.2020, 18, nonché A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 512.

²⁹⁷ Così, testualmente, l’importante sentenza *Majid* [2009] EWCA Crim 2563.

Alla luce di ciò, non stupisce che una parte della dottrina inglese abbia suggerito di abbandonare sia il *BARD*, sia il riferimento al termine “*sure*”, sostituendoli con istruzioni del tutto nuove, volte a spiegare nel dettaglio alla giuria quando può addivenire a un verdetto di colpevolezza²⁹⁸. Questa posizione teorica si scontra, peraltro, con un significativo problema pratico: il fatto che in Inghilterra risulta ancora più radicata rispetto agli USA l’opinione per cui i giudici, onde evitare di confondere i giurati con definizioni mal formulate, dovrebbero spendere meno parole possibile con riguardo agli *standard* di prova²⁹⁹. Un approccio di questo tipo è confermato, anche in questo caso, a livello ufficiale dal *Crown Court Compendium*, dove si afferma che «*it is unwise to elaborate on the standard of proof*»³⁰⁰. Senonché, come ha giustamente rilevato autorevole dottrina, tale posizione non convince: essa finisce, infatti, per risolversi in una «*abdication of judicial responsibility*»³⁰¹, facendo pagare agli accusati le difficoltà, fino a oggi insormontabili, incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in questa materia.

7. Nelle pagine precedenti si è avuto modo di dimostrare come, nel corso del tempo, siano stati utilizzati diversi *standard* di prova per irrogare una pena. Se un tanto è vero, va rilevato che, a partire dalla seconda metà del Novecento, si è manifestata una linea di tendenza trasversale, che ha determinato un’espansione sempre più netta del *BARD* e, correlativamente, un regresso degli altri criteri decisori.

Sul piano europeo, onde avere una dimensione quantitativa del fenomeno, è utile fare riferimento a uno studio empirico, pubblicato nei primi anni Duemila, dalla *Law Society* dell’Inghilterra e del Galles, dal quale si ricava che, già all’epoca, ben quattordici ordinamenti giuridici³⁰², oltre a quello italiano, avessero iniziato a impiegare il *beyond a reasonable doubt* all’interno dei loro sistemi processuali penali, mentre nella maggior parte degli altri continuavano a esseri applicati *standard* legati

²⁹⁸ Si allude alla posizione espressa da A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 516 ss.

²⁹⁹ Anche questa opinione risale a Goddard: cfr. *Hepworth and Fearnley* [1955] 2 QB 600, 603. V. anche *Yap Chuan Ching* (1976) 63 Cr App Rep 7, 11, ove si è affermato che «*if judges stopped trying to define that which is almost impossible to define there would be fewer appeals*».

³⁰⁰ Così, testualmente, *Judicial College*, *op. cit.*, § 5-1.

³⁰¹ Sono parole di P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 279.

³⁰² Si allude allo studio pubblicato da *The Law Society, Study of The Laws of Evidence in Criminal Proceedings throughout the European Union, Summary Report*, 2004, 38 s., ove si afferma che il *BARD* sarebbe stato applicato già a Cipro, nella Repubblica Ceca, in Danimarca, in Ungheria, in Inghilterra e Galles, in Irlanda, in Irlanda del Nord, a Malta, in Olanda, in Polonia, in Scozia, in Slovacchia, in Slovenia e in Svezia.

al criterio dell'intimo convincimento³⁰³.

Senonché, negli ultimi vent'anni, il successo del *BARD* si è fatto più netto: al riguardo, va precisato che questo fenomeno espansivo si è verificato in due modi diversi. In un certo novero di Stati – tra cui il Belgio³⁰⁴ – è stato direttamente il legislatore a codificare il criterio all'interno della disciplina processuale penale. Nella maggior parte dei casi, il ragionevole dubbio si è, invece, fatto strada solo per via pretoria: ciò è – ad esempio – vale non solo per il già menzionato caso della Spagna³⁰⁵, ma anche per il Portogallo³⁰⁶ e per la Germania³⁰⁷, dove la giurisprudenza ha utilizzato espressamente la formula in una nutrita serie di decisioni. Quanto appena osservato è utile per comprendere come, ancora al giorno d'oggi, la materia degli *standard* di prova sia spesso scarsamente regolata a livello normativo. Senonché, la presa d'atto del ruolo giocato dalla categoria nel distribuire il rischio della commissione di errori giudiziari ci porta a manifestare un chiaro *favor* per i criteri decisorii espressi, rispetto a quelli impliciti, cioè ricavati dal sistema solo in via interpretativa. Difatti, tenuto conto dei significativi risvolti politico-giuridici, derivanti dalla scelta di utilizzarne uno in luogo di un altro, non vi sono dubbi nell'affermare che essa vada presa dal legislatore. Ne consegue che pure operazioni normative di positivizzazione di *standard* già in precedenza radicati negli indirizzi giurisprudenziali – quale quella operata in Italia dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46 – van sempre accolte con favore: così facendo,

³⁰³ A detta di tale ricerca, ciò valeva per il Belgio, l'Estonia, la Germania, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, il Portogallo e la Spagna, oltreché per la Francia (dove, peraltro, autorevole dottrina ha suggerito da tempo di interpretare l'*intime conviction* in modo sinonimico rispetto al *BARD*: in questo senso, v. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Parigi 2016⁴, 321. Se, a livello storico, questa tesi non è priva di fondamento, va, tuttavia, ribadito che l'intimo convincimento è, per parte sua, da una prospettiva linguistica, ancora più indeterminato del ragionevole dubbio).

³⁰⁴ Ciò è avvenuto in forza della l. 21.12.2009, *Loi relative à la réforme de la cour d'assises*, la quale, a valle della sentenza C. eur. 13.1.2009, *Taxquet c. Belgio*, ha eliminato i riferimenti alla nozione di "*intime conviction*" dal *code d'instruction criminelle*, sostituendoli con un duplice richiamo allo *standard* dell'*au-delà de tout doute raisonnable* (artt. 327 co. 2 e 326 co. 2). In argomento, cfr. M. Fernandez-Bertier, *La réforme de la cour d'assises: le législateur a encore raté la coche*, in *Annales de Droit de Louvain* 2010, 101 s. e D. Vandermeersch, *L'appréciation de la preuve et la motivation du verdict de culpabilité*, in *La réforme de la cour d'assises*, dir. da C. Guillain e A. Wustefeld, Limal 2011, 123 s.

³⁰⁵ Cfr., *supra*, nt. 2.

³⁰⁶ Al riguardo, v. *ex multis*, *Tribunal da Relação do Porto*, 09 settembre 2015, proc. n. 2/13.7GCETR.P; *Tribunal da Relação do Porto*, 23.10.2013, proc. n. 2020/10.8PBMTS.P1; *Tribunal da Relação de Lisboa*, 4.7.2012, proc. n. 679/06.oGDTV.L1-3; *Supremo Tribunal de Justiça*, 10.1.2008, n. doc. SJ200801100041985. Sul punto, v. J. Penim Pinheiro, *Princípio in dubio pro reo – considerações gerais*, in *Julgare Online* gennaio 2021, 15.

³⁰⁷ Si veda, in questo senso, la sentenza *Bundesgerichtshof* 16.2.2022, 2 StR 399/21. Cfr. anche *BGH* 12.7.2017, 1 StR 535/16; *BGH* 12.1.2017, 1 StR 360/16; *BGH* 11.5.2017, 4 StR 554/16; *BGH* 21.11.2017, 1 StR 261/17. In dottrina, cfr., da ultimo, K. Ambos, *op. cit.*, 184.

infatti, il legislatore finisce per assumersi, seppur *ex post*, la responsabilità politica di scelte di rilievo primario per il funzionamento della giustizia.

Comunque sia, l'espansione del *BARD* nei Paesi di tradizione romano-canonica ha prodotto un duplice effetto. Da un lato, ha contribuito a far perdere, in diversi Stati, all'intimo convincimento una delle sue funzioni originarie, cioè quella di criterio decisorio soggettivo. Da un altro lato, questo fenomeno ha contribuito a meglio perimetrare la portata della regola di giudizio della presunzione d'innocenza dell'*in dubio pro reo*. Come ha ben chiarito il *Bundesgerichtshof* tedesco, l'introduzione del *BARD* rende, infatti, esplicito il fatto che soltanto i "dubbi ragionevoli" e non ogni categoria di dubbio possano rilevare a favore del prevenuto³⁰⁸. Il che risulta coerente con la natura intrinsecamente fallibile del ragionamento probatorio.

Giunti a questo punto, va rilevato che siffatto sviluppo europeo dello *standard* è stato favorito da molteplici fattori, tra cui non solo l'influsso culturale che il modello processuale americano (di cui, come si è visto, questo *standard* costituisce un pilastro) ha avuto sul continente dopo la fine del secondo conflitto mondiale³⁰⁹, ma anche in ragione dell'operato di alcune istituzioni sovranazionali. Ci si riferisce, in particolare, alla posizione assunta in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha, negli ultimi anni, meglio perimetrato la propria giurisprudenza tradizionale concernente l'art. 6 par. 2 CEDU. I giudici convenzionali non si sono, infatti, più limitati a trarre da tale disposizione l'antica regola per cui il dubbio deve andare in favore del prevenuto³¹⁰, ma hanno ulteriormente specificato tale concetto facendo riferimento, in modo espresso, al *BARD*³¹¹. Tenuto conto di ciò, non stupirà sapere che alcuni Paesi, proprio sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo, abbiano deciso di

³⁰⁸ Si allude alla già citata sentenza *BGH*, 16.2.2022, 2 StR 399/21, la quale ha affermato che «*nur solche Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln in einer für den Schuldspruch relevanten Frage Anlass geben, einer Verurteilung entgegenstehen; nur dann ist „in dubio pro reo“ zu entscheiden*». Peraltro, va rilevato come in Italia vi sia stato chi ha qualificato il *BARD* come una regola più esigente dell'*in dubio pro reo* (così, per tutti, O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano 2005, 352): questa opinione non convince, dal momento che, a livello letterale, la seconda formula potrebbe ricomprendere al suo interno qualsiasi tipologia di dubbio, ragionevole o meno.

³⁰⁹ Sul punto, cfr., diffusamente, B. Schünemann, *¿Crisis del procedimiento penal?. ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, in Id., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid 2002, 288 ss., nonché M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham 2010, 3 ss.

³¹⁰ Cfr., a questo proposito, la storica sentenza Corte eur. 7.12.1988, *Barberà, Messegué And Jabardo v. Spain*, § 77.

³¹¹ Ci si riferisce C. eur. 6.12.2022, *Kerimoğlu v. Turchia*, § 67 e a C. eur., 13.12.2011, *Ajdarić v. Croazia*, § 51, le quali hanno qualificato la circostanza per cui «*the prosecution has to prove its case beyond any reasonable doubt*» come un «*basic requirement of criminal justice*».

abbandonare l'antico criterio dell'*intime conviction*, sostituendolo con quello dell'*au-delà de tout doute raisonnable*³¹².

Detto ciò, va precisato che un analogo *favor* nei confronti dello *standard* in questione è stato manifestato anche dall'Unione europea, sia nell'ambito del libro verde sulla presunzione di non colpevolezza³¹³, sia – e soprattutto – nella versione originaria della proposta di direttiva sulla presunzione d'innocenza. L'art. 5 par. 3 dell'iniziativa, avanzata dalla Commissione UE nel 2013, intendeva, infatti, cristallizzare il *beyond reasonable doubt* quale *standard* penalistico da applicare in tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione³¹⁴. Senonché, va rilevato che tale aspetto della proposta non è riuscito a essere recepito nella direttiva 2016/343/UE, all'interno della quale compare solo un più generico riferimento all'*in dubio pro reo*, a causa delle resistenze di alcune delegazioni nazionali, le quali l'hanno giudicata troppo "intrusiva"³¹⁵ e, soprattutto, contraria «*to the principle of free assessment of evidence by judges*»³¹⁶.

Questa posizione di chiusura, pur potendo forse spiegarsi alla luce di una certa linea di pensiero, diffusasi in diversi ordinamenti, tesa a far retroagire il *BARD* dalla fase propria della decisione giudiziale, a quella, logicamente antecedente, della valutazione probatoria³¹⁷, a rigore, non convince, per più ordini di motivi.

³¹² Questo è proprio il caso del Belgio.

³¹³ COM (2006) 174, § 2.3.

³¹⁴ COM (2013) 821 final. Sul punto, cfr. J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *RIDPP* 2016, 1861.

³¹⁵ Cfr. il doc. Consiglio UE 13538/14, 4 nt. 11.

³¹⁶ Si veda il doc. Consiglio UE 12196/1/14/REV I, 7.

³¹⁷ In argomento, cfr. G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 91, il quale mette in luce come la stessa Corte di Strasburgo abbia in alcuni casi utilizzato il *BARD* come criterio di valutazione delle prove e non quale *standard* decisorio (si pensi, ad esempio alla sentenza C. eur. GC, 1.6.2010, *Gäfgen v. Germany*, § 92). A ben vedere, un fenomeno di questo tipo è avvenuto anche in Italia dove una parte degli interpreti ha esteso l'ambito di operatività del "ragionevole dubbio", qualificandolo, ora come criterio di valutazione (così, P. Ferrua, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in *La prova scientifica nel processo penale*, Torino 2007, 13 e F. Stella, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in *Il libero convincimento*, cit., 90) e ora quale regola probatoria generale del procedimento penale (cfr. G. Canzio, *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *RIDPP* 2004, 303, nonché, in giurisprudenza, Cass. S.U. 14.4.2017 n. 18620, in *CEDCass*, m. 269785; Cass. S.U. 7.7.2016 n. 27620, *ivi*, m. 267492). In senso critico rispetto a questa esegesi, che si potrebbe definire "forte" della formula del "ragionevole dubbio", si vedano O. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia* 2012, 363 ss. (il quale, peraltro, qualifica le regole di decisione come criteri di valutazione complessivi del materiale probatorio) e G. Ubertis, *Principi*, cit., 176. Nondimeno, per quanto qui rileva, è interessante notare che, a seguito dello sviluppo di siffatto movimento di pensiero, anche per il *BARD* si è verificato un fenomeno simile rispetto a quello che, in origine, caratterizzava l'*intime conviction*. In tal modo, si è, infatti, finito per

In generale, va precisato che, se è vero che, in un sistema fondato sul libero convincimento, il giudicante non deve, in linea di principio, vedere ristretta la propria discrezionalità da una rete di norme volta a predeterminarne il valore del risultato probatorio da attribuire al materiale raccolto nel procedimento, questo, tuttavia, non implica affatto «che [egli] debba avere il potere [...] di determinare [in modo autonomo] la soglia di sufficienza probatoria»³¹⁸ da raggiungere. In caso contrario, infatti, sarebbe il decisore e non l'ordinamento a fissare, caso per caso, le condizioni da soddisfare affinché un'ipotesi sul fatto possa essere accettata come provata, con tutto ciò che ne consegue in termini di incremento esponenziale del rischio di violazione della regola di giudizio della presunzione d'innocenza e, a cascata, di limitazioni arbitrarie dei diritti fondamentali dell'individuo da parte dell'autorità.

Nello specifico, va poi aggiunto che, come si è avuto modo di dimostrare nella presente analisi, il *BARD*, a differenza di *standard* come quello della “prova piena”, è, a livello storico, sempre stato una “testa di ponte” del libero convincimento rispetto alle prove legali. La differenza rispetto a tali previsioni è, d'altra parte, netta: il criterio del ragionevole dubbio si limita, infatti, a stabilire una soglia da raggiungere, per poter considerare provata a sufficienza un'ipotesi su un fatto, senza fissare *ex ante* quali e quanti mezzi di prova siano in grado di soddisfarla. Né – è bene precisarlo – tale norma assume un connotato davvero simile a quello di una regola di valutazione negativa³¹⁹: essa, infatti, non vieta al giudice di condannare «se non in presenza di ulteriori elementi conoscitivi tali da confermare l'attendibilità» di una o più prove «stigmatizzat[e] dal legislatore»³²⁰. Di talché, si può, in definitiva, ben dire che il criterio in esame non limita il libero convincimento del giudice³²¹, quantomeno se lo si

accoppiare in una medesima formula linguistica quelle che, a ben vedere, sono due categorie probatorie diverse: cioè gli *standard* e i criteri di valutazione della prova. Pare utile precisare che tale fenomeno si è verificato a causa della difficoltà ataviche, che si incontrano nel definire una soglia probatoria in senso “statico”, ovvero senza fare riferimento anche a un metodo di valutazione delle prove (in questa prospettiva, v., ad esempio, C. Conti, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *DPP* 2020, 829 ss.; F.M. Iacoviello, *Lo standard*, cit., 3873 ss.), che già a monte va utilizzato per poi verificare se uno *standard* sia stato o meno raggiunto.

³¹⁸ Sono parole di J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 470.

³¹⁹ In questo senso, cfr. M. Daniele, *op. ult. cit.*, 174.

³²⁰ Sono ancora parole di M. Daniele, *op. ult. cit.*, 121.

³²¹ Così, v. M. Daniele, *op. ult. cit.*, 174. Come ben afferma G. Carlizzi, *op. cit.*, 105 «se intesi rettamente, in particolare valorizzando la correlazione moderna tra libertà e *autodeterminazione*, i principi del libero convincimento e del ragionevole dubbio possono costituire un binomio formidabile per l'affermazione di quella razionalità (*lato sensu*) giudiziaria da cui dipende, in ultima analisi, la stessa *giustizia del diritto*».

intenda come metodo razionale di valutazione delle prove (*conviction raisonnée*³²²), ma rappresenta, piuttosto, una barriera volta a evitare derive arbitrarie nel momento della decisione giudiziale.

Comunque sia, laddove si allarghi lo sguardo oltre il continente europeo, ci si renderà conto di come la diffusione del *BARD* abbia, oramai, raggiunto una scala globale. Si deve, infatti, riconoscere che siffatto criterio decisorio è stato, sia codificato nei codici di rito di sempre più ordinamenti interni³²³, sia avallato pure da plurime altre istituzioni sovranazionali, tanto di matrice regionale (come la Corte interamericana dei diritti dell'uomo³²⁴) quanto universale. A quest'ultimo riguardo, va, invero, ricordato che lo *standard*, oltre a essere stato proclamato, come logico corollario della presunzione d'innocenza, dall'*Human Rights Committee* dell'ONU nell'ambito del *General Comment* all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³²⁵, si trova cristallizzato all'art. 66 dello Statuto della Corte penale internazionale³²⁶. E non è difficile rendersi conto di come tutti questi riconoscimenti abbiano radicato l'idea per

³²² Il che, a parere di chi scrive, vale anche laddove si intenda il *BARD* "in senso forte," ovvero sia quella norma chiamata essere utilizzata già nella fase di valutazione delle prove e non solo in quella della decisione; e ciò in quanto gli interpreti che sostengono tale tesi affermano che, da questa prospettiva, la formula imporrebbe al giudice di utilizzare, già a monte, i criteri della logica induttiva, mentre essa non andrebbe a rappresentare una vera e propria fattispecie di prova legale, né positiva, né, per l'appunto, negativa.

³²³ Un esempio di tale linea di tendenza è costituito dalla Repubblica popolare cinese, dove una riforma del 2012 ha introdotto il *BARD* all'art. 53 del Codice di procedura penale (a seguito di un'ulteriore riforma avvenuta nel 2018 tale disposizione è tralasciata all'art. 55). In argomento, cfr. W. Hanqing, *The Integration and Practice of "Beyond Reasonable Doubt" in an Inquisitorial Legal System*, in *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, n. 68, nonché L. Zongzhi, *"Beyond Reasonable Doubt" in the Chinese Legal Context*, in *Peking University Law Journal* 2014, 339 ss. Un fenomeno di questo tipo è stato avvertito in modo particolarmente intenso anche per quanto concerne il continente americano: cfr., ad esempio, gli articoli 340 del codice di procedura penale cileno (D. Accatino, *Certezas, dudas y propuesta en torno al estándar de la prueba penal*, in *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 2011, 483 ss. e R. Carnevali Rodríguez, I. Castillo Val, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, in *Ius et Praxis* 2011, 77 ss.) e 359/402 del codice di procedura penale federale messicano (V. H. González Rodríguez, *Duda Razonable*, in *www.forojuridico.mx*, 5.9.2017), dove si trova cristallizzato il medesimo *standard*.

³²⁴ Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte interamericana del 2.11.2021, *Manuela et al. v. El Salvador*, § 149.

³²⁵ V. *Human Rights Committee*, doc. CCPR/C/GC/32 del 23.8.2007, 9, 30, ove si afferma che «*the presumption of innocence, which is fundamental to the protection of human rights, imposes on the prosecution the burden of proving the charge, guarantees that no guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt, ensures that the accused has the benefit of doubt*».

³²⁶ Cfr., peraltro, sul punto U. Krishna, *ICC's Struggle with the Evidentiary Standard of Proof Beyond Reasonable Doubt*, in *Cambridge International Law Journal*, 22.2.2021, la quale mette in luce le difficoltà pratiche che la Corte penale internazionale sta avendo nell'applicare tale criterio decisorio. Per rendersi conto di quanto tale *standard* abbia delle radici profonde nella giustizia penale internazionale, è sufficiente rilevare come lo stesso fosse già stato impiegato dal Tribunale di Norimberga, nella sentenza del 1° ottobre 1946, *Francia v. Göring*, in *www.crimeofaggression.info*, la quale ha assolto alcuni imputati proprio sulla base del mancato raggiungimento del medesimo (*ivi*, 127 e 142).

cui questo *standard* di sufficienza probatoria costituirebbe una garanzia “naturale” e “universale” dell’uomo, indipendentemente dal singolo ordinamento preso a riferimento.

Senonché, a fare da contraltare alla “marcia trionfale” del *BARD* nei sistemi giuridici contemporanei, sta la difficoltà che gli interpreti incontrano, trasversalmente, nell’attribuire un significato preciso a siffatta formula³²⁷. Lo *standard* in esame ha, infatti, ricevuto talmente tante definizioni da aver portato a evocare il sorriso enigmatico della Gioconda³²⁸, nonché la «battuta di Talleyrand per la quale ‘se andiamo avanti a spiegare, smetteremo di capirci’»³²⁹.

A ben vedere, le menzionate problematiche non possono stupire, tenuto conto dell’indeterminatezza semantica, che caratterizza i vocaboli che compongono la formula. Il termine “dubbio” è, infatti, ambiguo³³⁰, mentre “ragionevole” è persino “contestabile”³³¹, in quanto «*it is clear that it embodies a normative standard, but different users disagree about the detailed contents of that normative standard*»³³². Ed è facile intuire come associare a una locuzione ambigua una ancor più indeterminata non possa che rendere complesso attribuire un significato preciso a una proposizione.

Giunti a questo punto, ci si renderà ben conto del perché, come si è avuto modo di osservare all’inizio del presente lavoro, parallelamente alla diffusione del *BARD*, si sia sviluppato anche un movimento trasversale di pensiero che ha insistito sulla necessità

³²⁷ Non è un caso che la *Corte of Appeal* della Nuova Zelanda abbia, per parte sua, espressamente parlato di una «*frustratingly indeterminate nature of the concept of proof beyond reasonable doubt*» (Wanhalla [2006] NZCA 229), oppure che la dottrina abbia definito il criterio «talmente ambiguo ed evanescente da accreditare l’opinione che non esistano, di fatto, strumenti in grado di decodificarlo» (sono parole di F. Caprioli, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in RIDPP 2009, 55). Icasticamente, J.H. Wigmore, *op. cit.*, 3542 aveva parlato di un «*elusive and undefinable state of mind*».

³²⁸ Cfr. Z. Wang, E. Zhi, *Lifting The Veil of Mona Lisa: A Multifaceted Investigation of the “Beyond A Reasonable Doubt” Standard*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law* 2021, 119 ss. Nello stesso senso, nella dottrina italiana, P. Ferrua, *La prova*, cit., 91.

³²⁹ Sono parole di A. Dershowitz, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, Milano 2007, 63.

³³⁰ Difatti, con tale termine si può intendere: a) uno stato soggettivo d’incertezza, cioè una credenza o un’opinione non sufficientemente determinata o l’esitazione a scegliere tra un’asserzione e la sua negazione; b) l’insufficienza delle ragioni per credere in un certo fatto – unita a un’insufficienza delle ragioni per credere in un fatto incompatibile. In proposito, v. N. Abbagnano, voce *Dubbio*, in Id., *Dizionario di filosofia*, Torino 1998, 331.

³³¹ Per la definizione di “contestabile” cfr. J. Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *California Law Review* 1994, 513. Nella letteratura processuale, sottolineano l’indeterminatezza del termine, tra gli altri, O. Dominioni, *op. cit.*, 356 s., nonché R.E. Kostoris, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla cd. “Legge Pecorella”*, in RDP 2006, 642.

³³² Cfr., ancora, J. Waldron, *op. cit.*, 526 ss. Per un tentativo di ridefinizione di “ragionevole” cfr. S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano 2008, 221 ss.

di “oggettivizzare” tale regola: ciò è, infatti, avvenuto al fine di meglio chiarirne finalmente la portata e il significato, ovviando alla sua marcata indeterminatezza linguistica e concettuale.

Se un tanto è vero, va precisato che anche le strade percorse dagli interpreti per perseguire tale scopo sono eterogenee.

Come noto, alcuni cercano di risolvere l'*impasse*, trasladando sulla scena del processo metodi matematici, al fine di misurare «il grado di convincimento razionale di un soggetto in ordine alla circostanza che un evento si sia verificato o possa verificarsi»³³³. Si allude, in particolare, ai tentativi di applicare in ambito giudiziario il c.d. “teorema di Bayes”, quale ausilio per calcolare il grado di probabilità soggettiva (o pascaliana) di un’ipotesi, dato un compendio probatorio³³⁴. In quest’ottica, il *BARD* coinciderebbe con una soglia “quantitativa” matematica (ad es. il 95%), superata la quale dovrà ritenersi provata la tesi dell’accusa. Se i vantaggi in punto di verificabilità *ex ante* ed *ex post* di criteri di questo tipo sono chiari, va, tuttavia, posto in rilievo come tali teorie siano, a loro volta, oggetto di critiche convincenti³³⁵. Quella cruciale sta nel fatto che il calcolo bayesiano, per funzionare, richiede di fissare una probabilità positiva di colpevolezza *a priori*; un’eventualità, questa, problematica in ambito penale, in quanto difficilmente conciliabile proprio con il canone della presunzione d’innocenza, il quale, come si è visto, secondo le massime giurisdizioni nazionali e sovranazionali sarebbe strettamente legato al criterio decisorio in esame. Ed è proprio in quanto questa interpretazione è incapace di consentire al sistema di salvaguardare in concreto un canone di importanza primaria, che la stessa non pare la via adeguata da percorrere.

Preso atto di ciò, si comprende perché altri interpreti suggeriscano di sfruttare una diversa concezione della probabilità onde “oggettivizzare” il ragionamento probatorio: quella cosiddetta “logica” o “baconiana”³³⁶, intesa come «relazione intercorrente fra

³³³ La citazione è tratta da F. Caprioli, voce *Condanna (diritto processuale penale)*, cit., 104. In argomento, cfr. O.K.H. Smith, *op. cit.*, 296 ss.

³³⁴ In argomento cfr., ad esempio, P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Milano 2014, 98 ss.; Id., *A cosa serve il Teorema di Bayes? Replica a Michele Taruffo*, in *RDP* 2016, 1127 ss.; nonché, da ultimo, F. Taroni, A. Biedermann, C. Aitken, *Statistical Interpretation of Evidence: Bayesian Analysis*, in *Encyclopedia of Forensic Sciences*, a cura di M.M. Houck, Oxford 2023, 656 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla letteratura in argomento. Per un’applicazione giurisprudenziale del criterio in Italia, cfr. Trib. Milano sez. G.i.p. 18.6.2015, giud. Gennari, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.10.2015 con nota di J. Della Torre.

³³⁵ In proposito, v. J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale*, cit., 119 s.; F. Caprioli, *L’accertamento*, cit., 56 ss.; S. Haack, *op. cit.*, 56 ss.; L. Laudan, *op. ult. cit.*, 100 ss.; R.J. Allen, M.S. Pardo, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, in *Journal of Legal Studies* 2007, 107 ss.; M. Taruffo, *La prova*, cit., 168 ss.; G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 222 ss.

³³⁶ In argomento, cfr. J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 121 ss.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 61 ss.; M. Taruffo, *op. ult. cit.*,

un'ipotesi e gli elementi che ne confermano l'attendibilità»³³⁷. Tale nozione, diffusasi in campo processuale grazie ai lavori di Jonathan Cohen³³⁸ e, in Italia, di Taruffo³³⁹, ha come caratteristica fondamentale quella «di razionalizzare l'incertezza relativa all'ipotesi su un fatto riconducendone il grado di fondatezza nell'ambito degli elementi di conferma (o di prova) disponibili in relazione a quell'ipotesi»³⁴⁰. In sostanza, la probabilità baconiana non viene collegata al grado di convincimento soggettivo del giudice, «bensì al grado di conferma che le prove forniscono – oggettivamente – all'ipotesi»³⁴¹. Proprio per questa sua dimensione slegata dalle convinzioni del decisore³⁴² e connessa alle inferenze, più o meno giustificate, ricavabili dalle prove, la teoria della probabilità logica è considerata, da molti, tra quelle più indicate per descrivere il ragionamento probatorio³⁴³.

La probabilità baconiana e il *BARD*, intesi in tal modo, non vengono ritenuti numericamente quantificabili³⁴⁴. Peraltro, il fatto che non sia ammesso il calcolo matematico, non implica che non si possano comparare i livelli di supporto di cui dispone ogni ipotesi. In questo contesto, il criterio decisorio in esame viene inteso, più precisamente, come una soglia non “quantitativa”, ma “qualitativa”, la quale si lega all'idea dell'“induzione eliminativa”³⁴⁵, cioè dello scartare le ipotesi che non superino determinati test³⁴⁶. Si tratta di un aspetto fondamentale: quando le affermazioni su fatti del passato «non superano i test a cui sono sottoposte e non vengono pertanto corroborate, esse vengono [infatti] confutate o quantomeno indebolite»³⁴⁷.

199 ss.; G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 225 s.; M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 199 ss.; T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis of Evidence*, Cambridge 2005², 257 ss.

³³⁷ La citazione testuale è tratta da O. Mazza, *op. cit.*, 361.

³³⁸ Cfr. L.J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford 1977, *passim*.

³³⁹ Si veda M. Taruffo, *La prova*, cit., 199 ss.

³⁴⁰ Sono parole di M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 199.

³⁴¹ Così, efficacemente, F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 62.

³⁴² Cfr., in proposito, ancora F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 65, il quale afferma che «appaiono [...] inadeguati tutti i tentativi di interpretare l'art. 533 c.p.p. come se alludesse al grado personale di convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato».

³⁴³ Così, tra i tanti, J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 88 ss.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 66 ss.; M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 308; G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 225 ss.; W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Evanston 1994, 119 ss.

³⁴⁴ Sul punto, v. J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 89.

³⁴⁵ In merito a tale concetto, sviluppato a livello epistemologico a partire dalle idee di Bacone e, soprattutto, di John Stuart Mill, cfr. T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *op. cit.*, 257 s.

³⁴⁶ In proposito, v. G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 269. All'esito dell'analisi diacronica qui effettuata, ci si renderà conto di come approcci simili si siano sviluppati già in passato, sia con riguardo alla categoria degli “indizi indubitati”, sia in merito al criterio del ragionevole dubbio.

³⁴⁷ Così, ancora, testualmente, G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 269.

Ciò detto, va rilevato che, per quanto riguarda l'Italia³⁴⁸, l'esegesi "qualitativa" del *BARD*, fondata sulla probabilità baconiana e, per l'appunto, su una metodologia di controllo e di smentita delle ipotesi in competizione³⁴⁹, risulta oramai fortemente radicata, sia in dottrina³⁵⁰, sia in giurisprudenza³⁵¹. Ed è proprio in tal senso che va letta la diffusa opinione per cui lo *standard* di cui all'art. 533 Cpp potrebbe dirsi raggiunto solo laddove le prove acquisite consentano al giudice di escludere la ricorrenza di due categorie di dubbi: a) quelli "interni", cioè che rivelino l'autocontraddittorietà o l'incapacità esplicativa dell'ipotesi accusatoria; b) quelli "esterni", ovvero fondati sulla contrapposizione all'accusa di una tesi alternativa innocentista, che non abbia la mera caratteristica della possibilità speculativa, ma trovi effettivo riscontro *ex actis*³⁵².

³⁴⁸ Esegesi simili sono state negli ultimi anni proposte in diversi Paesi, sia di *common law* (cfr., ad esempio, per quanto concerne l'Inghilterra, F. Picinali, *The threshold lies in the method*, cit., 139 ss.; P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 281), quanto di *civil law* (D. Accatino, *op. cit.*, 507). Pare utile rilevare che anche negli Stati Uniti sta prendendo piede un approccio qualitativo, che si contrappone, tuttavia, a ogni tipologia di "probabilismo". Si allude alla c.d. teoria "plausibilista", sostenuta, in particolare, da R.J. Allen, M. Pardo, *Relative plausibility and its critics*, in *The International Journal of Evidence & Proof* 2019, 5 ss., nonché, in precedenza, v. già, M. Pardo, R.J. Allen, *Juridical Proof and the Best Explanaton*, in *Law and Philosophy* 2008, 223 ss.). In estrema sintesi, a detta di questa posizione, il *BARD* sarebbe soddisfatto unicamente se la spiegazione dell'accusa sia plausibile date le prove acquisite, mentre «*there is no plausible defense explanation*» (cfr. R.J. Allen, M. Pardo, *Relative plausibility*, cit., 16). Per una discussione critica di tale proposta, si veda l'intero numero 1-2 del 2019 della *Rivista The International Journal of Evidence & Proof*, di cui si segnalano in particolare le condivisibili considerazioni di G. Tuzet, *Abduction, IBE and standards of proof*, *ivi*, 118.

³⁴⁹ Nella letteratura italiana, spesso tale metodo viene definito "falsificazionista" (cfr., tra i molti, F. Callari, *Principio di falsificazione e accertamento della responsabilità penale*, in *RDP* 2017, 88 ss.; E.M. Catalano, *op. ult. cit.*, 4; C. Conti, *op. ult. cit.*, 829 ss.; O. Mazza, *op. cit.*, 371), cercando così di traslare sulla scena processuale il concetto di "falsificazione", sviluppato, come noto, in particolare dal filosofo tedesco K.R. Popper (cfr. Id. *Congetture e confutazioni*, Bologna 2009, *passim* e Id., *Logica della scoperta scientifica*, Torino 2010, *passim*).

³⁵⁰ Cfr., tra i molti, F. Callari, *op. cit.*, 88 ss.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 66 ss.; E.M. Catalano, *I confini operativi*, cit., 978; C. Conti, *op. ult. cit.*, 829 ss.; M. Daniele, *op. cit.*, 172; R.E. Kistoris, *op. cit.*, 642; F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, cit., 436 ss.; O. Mazza, *op. cit.*, 366 ss.; P.P. Paulesu, *op. cit.*, 224; M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 310 s.

³⁵¹ Cfr., per tutte, la già menzionata sentenza Cass. S.U. 10.7.2002 Franzese, cit.

³⁵² Tale lettura, sviluppata, in *primis*, da F.M. Iacoviello, *Lo standard*, cit., 3873 ss., è stata poi accolta dalla giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cass. 24.10.2011 n. 41110, *CEDCass.*, m. 251507, nonché, da ultimo, Cass. 2.10.2023 n. 39777, in *DeJure*). Anche a valle di tale reinterpretazione rimane complesso capire quando si sia di fronte a un'ipotesi alternativa sufficientemente fondata da comportare l'assoluzione. Al riguardo, va segnalata l'interpretazione di chi (F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 68) ha affermato che «ciò che conta [...] non è il livello di attendibilità raggiunto in termini assoluti dalla ricostruzione dei fatti che esclude la responsabilità dell'imputato, ma lo scarto esistente rispetto al livello di attendibilità della ricostruzione alternativa: se calata in un contesto indiziario di soverchiante caratura accusatoria, anche una circostanza di per sé idonea a mettere ragionevolmente in dubbio la colpevolezza dell'imputato (ad esempio, la totale assenza del movente, o l'esistenza di un alibi suffragato da una testimonianza apparentemente credibile) potrebbe rivelarsi inadatta allo scopo». In termini analoghi, cfr. anche O. Mazza, *op. cit.*, 371, il quale ritiene che «l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza [...] se non solo conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente inferiore all'ipotesi alternativa e antagonista». In giurisprudenza, si veda, in proposito, Cass. 24.3.2023 n. 12493, in *DeJure*, la quale ha escluso che

Giunti a questo punto della trattazione, è arrivato il momento di trarre le fila del discorso e di chiedersi se, per risolvere i problemi degli *standard* contemporanei, sia sufficiente optare per una tra le molteplici reinterpretazioni in chiave oggettiva degli stessi, oppure se sia, invece, necessario adottare approcci più articolati e ambiziosi.

8. Il presente lavoro ha avuto modo di dimostrare come, nel corso dei secoli, si siano sviluppati diversi approcci per cercare di strutturare in modo efficiente gli *standard* di prova per irrogare una pena.

All'impostazione "iper-oggettiva", propria dei sistemi romano-canonici continentali, fondata sulla fiducia in una serie di regole cristallizzate attraverso un secolare lavoro dottrinale, se ne è contrapposta, in tarda età moderna, una "iper-soggettiva", volta a valorizzare il comune buon senso dell'uomo. Ed è proprio nella fase di passaggio dalla prima alla seconda prospettiva che sono stati importati in campo giuridico tre degli *standard* ancora oggi più utilizzati in campo penale per pronunciare una condanna penale: la certezza morale, il *BARD* e l'*intime conviction*. Come si è visto, essi trovano un nucleo originario comune extragiuridico nella *certitudo moralis* di matrice teologico-cristiana, la quale rappresenta una norma ideata in epoca medievale per risolvere casi di coscienza. Da questa prospettiva, si può, insomma, ben dire che queste regole costituiscano dei "fossili" viventi di un antico passato³⁵³.

Il problema è che, se norme come queste, in un primo momento, anche grazie alla loro familiarità al linguaggio del tempo, riuscivano ad assumere una portata più facilmente percepibile, con il trascorrere dei secoli sono apparse sempre più barocche e difficili da concretizzare. Al riguardo, è in effetti opportuno osservare che una criticità comune che le caratterizza è quella di non riuscire a fissare, da una prospettiva linguistica, con un livello sufficiente di omogeneità e di precisione, le soglie da raggiungere per accettare come provata un'ipotesi su un fatto. Anche perché fondate su concetti *fuzzy*, come quelli di "certezza", "convincimento", "dubbio" o "morale" o meri richiami al foro interno dell'individuo, queste previsioni corrono il pericolo di

la tesi alternativa che riguardi elementi estranei a quelli essenziali, come il movente, possa determinare l'assoluzione. Per un'esegesi apparentemente più garantista, cfr., invece, Cass. 19.6.2018 n. 48541, in *CEDCass*, m. 274358-01, la quale ha affermato che «l'applicazione della regola di giudizio compendiata nella formula "al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 533 [...] consente di pronunciare condanna a condizione che, in base al dato probatorio acquisito, la realizzazione dell'ipotesi alternativa, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana».

³⁵³ Si mutuano così le parole utilizzate, per quanto concerne il *BARD*, da J.Q. Whitman, *op. cit.*, 203.

tramutarsi in norme caratterizzate da «un valore puramente connotativo-didascalico»³⁵⁴, finendo per essere intese quali meri inviti al giudice a essere particolarmente cauto, quando sia chiamato a decidere se un prevenuto sia o meno colpevole di un reato³⁵⁵.

Un esempio può chiarire il concetto. Pensiamo a una delle spiegazioni che si è visto essere più diffusa nel tempo dei concetti di certezza morale e di oltre ogni ragionevole dubbio, la quale li assimila allo stato d'animo in cui una persona «*would act upon in their most important affairs*». Ebbene, posto che ognuno è portato ad assumere le decisioni cruciali della propria vita sulla base di credenze più o meno ferme, è facile intuire come definizioni quali quelle menzionate finiscano per produrre una moltiplicazione del novero di criteri decisori applicati in concreto: il pericolo è che ve ne siano tanti quanti sono i giudici chiamati a utilizzarli³⁵⁶. Per non dire poi che si può anche essere «moralmente e profondamente certi di cose false, come mostra l'intera storia dei dogmi, delle leggende e delle credenze popolari»³⁵⁷; di modo che concezioni di questo tipo si dimostrano pure difficilmente conciliabili con gli scopi cognitivi e di protezione dell'innocente, fissati dalle fonti sovraordinate.

Come si è visto, onde cercare di rimediare a tale *impasse*, una linea di pensiero, radicata a partire della seconda metà del Novecento, sia nei Paesi di *common law*, sia in quelli di *civil law*, ha tentato di sviluppare un approccio più equilibrato agli *standard* di prova. In particolare, ciò è avvenuto cercando di ripensare gli stessi come norme che non concentrino l'attenzione tanto sul convincimento del decisore, quanto sul grado di conferma o di giustificazione razionale che le prove forniscono, oggettivamente, all'ipotesi accusatoria o a quella difensiva, affinché la stessa possa essere considerata come provata. Non sfuggirà come, se così concepiti, gli *standard* diventino più facilmente utilizzabili, sia dal giudice, sia dalle parti. In tal caso, non sarà, infatti, necessario compiere l'operazione, proibitiva, di ricostruire quanto è ferma (o avrebbe dovuto essere ferma) la credenza di un individuo, ma si concentrerà il *focus* su dati

³⁵⁴ Cfr. F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 56.

³⁵⁵ A un risultato simile arriva una parte della dottrina: cfr., ad esempio, H.L. Ho, *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford 2008, 185 ss. Nella letteratura italiana, v., ad esempio, M. Daniele, *op. cit.*, 168.

³⁵⁶ In proposito, v. P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 276. Del resto, anche il Chief Justice Goddard, nel caso *Hepworth and Fearnley* [1955] 2 QB 600 aveva notato che dire alla giuria «*that a reasonable doubt is such a doubt as would cause them to hesitate in their own affairs never seems to me to convey any particular standard; one member of the jury might say he would hesitate over something and another member might say that that same thing would not cause him to hesitate at all*».

³⁵⁷ Sono parole di M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 310. Nello stesso senso, cfr., nell'Ottocento, F. Arrivabene, *op. cit.*, 59.

esterni – e quindi meglio esaminabili – da cui desumere il peso del compendio probatorio complessivo, quali il livello di affidabilità delle massime di esperienza e delle leggi scientifiche utilizzate nel ragionamento probatorio, nonché la capacità esplicativa delle singole tesi ricavabili dalle prove.

Se ciò è vero, si è però osservato come gli interpreti risultino divisi sulla strada migliore per rimediare ai difetti che affliggono i criteri decisori tradizionali. A detta di una linea di pensiero, l'unica via possibile per perseguire lo scopo sarebbe quella di abbandonarli, in favore di *standard* strutturati a livello semantico in modo da non rinviare alle credenze dei soggetti del procedimento, ma al grado di conferma epistemico fornito dalle prove a un'ipotesi³⁵⁸. In quest'ottica, insomma, bisognerebbe definitivamente concludere l'epoca delle regole, fondate sul comune buon senso dell'Illuminismo, e iniziarne una nuova, segnata dalla creazione di norme del tutto nuove.

Senonché, anche questa soluzione presenta due problemi significativi. Essa si scontra, in prima battuta, con la vaghezza intrinseca, propria del linguaggio, nel riuscire a identificare una soglia oggettiva di sufficienza probatoria³⁵⁹. Il rischio – puntualmente denunciato da altra parte della dottrina – è, insomma, che anche i nuovi *standard* non siano, a livello letterale, tanto più determinati di quelli precedenti, provocando a cascata solo nuove problematiche teoriche e pratiche³⁶⁰. Ma a rendere

³⁵⁸ Il rinvio va alle già menzionate proposte di J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 208 ss., nonché, in lingua italiana, Id., *Verso una teoria*, cit., 2225 s. e di L. Laudan, *op. ult. cit.*, 82 s. Dal canto suo, il primo ha fornito un elenco di sette *standard* di prova, che potrebbero essere impiegati in vari settori del diritto, di cui quello concernente la materia penale dovrebbe avere la seguente formulazione: «per considerare provata un'ipotesi sui fatti, devono essere congiuntamente soddisfatte le seguenti condizioni: a) L'ipotesi deve essere in grado di spiegare i dati disponibili, integrandoli in modo coerente, e le previsioni di nuovi dati che l'ipotesi consente di formulare devono essere confermate e assunte come prove nel processo. b) Tutte le altre ipotesi plausibili esplicative degli stessi dati che sono compatibili con l'innocenza dell'imputato, o comunque più favorevole a quest'ultimo, devono essere confutate escluse le ipotesi *ad hoc*». Laudan ha, invece, avanzato tre alternative formulazioni di uno *standard* penalistico: a) se c'è una prova o una testimonianza credibile che incolpa l'accusato che sarebbe molto difficile da spiegare se lo stesso fosse innocente e non vi è alcuna prova o una testimonianza credibile a favore che sarebbe molto difficile da spiegare se l'imputato fosse colpevole, allora condannate. Altrimenti assolvete. b) Se la ricostruzione del crimine da parte del pubblico ministero è plausibile e non potete concepire nessuna ricostruzione plausibile in base alla quale l'imputato sia innocente, allora condannate. Altrimenti assolvete. c) Considerate se i fatti stabiliti dal pubblico ministero eliminano qualsiasi altra ragionevole ipotesi che voi possiate immaginare che lasci l'accusato innocente. Se la escludono, allora condannate.

³⁵⁹ Del resto, lo stesso J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 203 ammette che il problema dell'imprecisione linguistica degli *standard* non può essere eliminato completamente, ma solo marginalizzato.

³⁶⁰ In senso variamente critico su tali proposte, cfr. R.J. Allen, *Los estándares*, cit., 55; F. Stella, F.M. Galavotti, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *RIDPP* 2005, 924 ss.; P. Garbolino, *Probabilità e logica*, cit., 484 s.; G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 270 ss.; G. Ubertis, *Razionalismo processuale*, cit., 332 s.

assai difficile concretizzare una tale impostazione è soprattutto il successo che il *BARD*, nonostante la sua indeterminatezza, sta avendo a livello politico e giurisprudenziale³⁶¹; successo che, se può far preconizzare un ulteriore arretramento degli altri *standard* soggettivi, rende proibitivo pensare che anch'esso possa essere, almeno nel breve periodo, davvero abbandonato in favore di altri criteri³⁶².

Quanto appena osservato, ci porta a preferire un approccio meno ambizioso, ma più realistico, che passi per un mantenimento degli *standard* tradizionali, ma, allo stesso tempo, attraverso una loro razionalizzazione mediante un percorso, composto da più passaggi, tra loro concatenati.

Il primo *step*, comunque essenziale, rimane di matrice definitoria: esso impone di cercare, anzitutto, di ridurre la loro indeterminatezza linguistica, trasferendo nel processo penale concetti e metodi appartenenti all'epistemologia e alla filosofia della scienza contemporanei.

Come si è accennato, una strada di questo tipo si è realizzata, in modo particolarmente virtuoso, in Italia, con riguardo all'interpretazione che ha legato la regola del ragionevole dubbio alla teoria dell'induzione eliminativa e al concetto di probabilità logica. Pur non essendo questa la sede per una compiuta analisi dello sviluppo diacronico che tale *standard* ha avuto nel nostro Paese³⁶³, va segnalato che è sin dalla sua lenta "riscoperta", verificatasi nella seconda metà del Novecento, che si è iniziato ad attribuire alla norma un'esegesi più "oggettiva", in quanto tesa a focalizzare l'attenzione non sullo stato mentale del giudice, ma sulla completezza del quadro probatorio esistente, sulle leggi scientifiche o massime di esperienza utilizzate per interpretare le evidenze raccolte, nonché sulla possibilità di sostenere, in base alle medesime, ipotesi alternative a quella della colpevolezza³⁶⁴. Dopo la modifica dell'art.

³⁶¹ Vale la pena di precisare che anche in Italia si è sviluppata una linea di pensiero tesa a ricavare direttamente dalla presunzione d'innocenza lo *standard* del *BARD*: in questo senso, v., ad esempio, in dottrina, O. Dominioni, *op. cit.*, 354; D. Vigoni, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *PPG* 2023, 232, nonché già M. Pisani, *Sulla presunzione*, *cit.*, 1 ss. In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. S.U. 14.4.2017 n. 18620, *cit.*; Cass. S.U. 28.4.2016 n. 27620, *cit.*

³⁶² A queste considerazioni di natura letterale e politica, se ne potrebbe aggiungere anche una di stampo più prettamente giurido-epistemico. Si allude, in particolare, al fatto che, come ha ammesso lo stesso J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 211 e s., alcune delle proposte da lui formulate non distano molto dalle re-interpretazioni, in senso oggettivo, del ragionevole dubbio, utilizzate in Paesi come l'Italia o in Portogallo. Il che porta a chiedersi se davvero valga la pena di intraprendere il difficile percorso politico che porta alla rimozione di criteri decisori come il *BARD*, per adottarne altri a cui andrebbe attribuito grossomodo lo stesso significato.

³⁶³ Si consenta il rinvio in proposito a J. Della Torre, *Standard di prova*, *cit.* 382 ss.

³⁶⁴ Cfr., ad esempio, l'opinione di A. Malinverni, *op. cit.*, 593, il quale già affermava che il "dubbio", anche se rimane un fatto psichico proprio del giudice, deve avere fondamento oggettivo. La formula "*in dubio pro reo*"

533 Cpp del 2006, tale approccio si è ancora più consolidato, attraverso un lodevole sforzo congiunto della dottrina e della giurisprudenza³⁶⁵. Non sfuggirà come il punto forte dell'approccio "Italian style" al *BARD* sia proprio quello di aver fornito un criterio sufficientemente preciso per distinguere i dubbi "ragionevoli" da quelli "irragionevoli". Onde risolvere tale atavico quesito, si è, infatti, legato inscindibilmente il "dubbio" di cui all'art. 533 Cpp a un parametro oggettivo, cioè le prove o la loro mancanza: i dubbi non supportati da alcuna evidenza probatoria saranno meramente scettici e, in quanto tale, non ragionevoli³⁶⁶. D'altra parte, se le cose non stessero così, si ricadrebbe di nuovo nell'antica logica dei "dubbi virtuali", la quale, posto che anche la più attenta ricostruzione dei fatti può presentare zone d'ombra³⁶⁷, finirebbe per minare la capacità repressiva dell'ordinamento penale, rischiando di provocare così squilibri pericolosi per la tenuta del sistema.

Il secondo passaggio essenziale per migliorare il funzionamento degli *standard* è quello di circondarli da una serie di regole processuali, che siano in grado, per un verso, di aiutare a individuare con più facilità la soglia di sufficienza probatoria da raggiungere e, per l'altro, di renderne effettivo il rispetto nella prassi. Da questa prospettiva, come si è visto, nei sistemi di *civil law* con giudici professionali, il principale presidio in grado di consentire una razionalizzazione degli *standard* di prova è costituito dalla motivazione in fatto, specie laddove essa sia accompagnata da un sistema di impugnazioni, volte a consentire alle parti di censurare la mancata corretta applicazione delle regole in materia.

Anche in questo caso, l'esempio italiano risulta particolarmente utile: il radicarsi dell'esegesi oggettiva del *BARD*, sopra esaminata, è stato, infatti, favorito da quell'articolato sistema di giustificazione dei provvedimenti giurisdizionali, formato da un *mix* tra obbligo di motivazione dialogica, posto in capo al giudice (artt. 192 co. 1 e 546 Cpp)³⁶⁸, e da un complesso sistema di rimedi, di merito (l'appello ex art. 593 e ss. Cpp) e di legittimità (il ricorso per cassazione ex art. 606 e ss. Cpp), attivabili dalle parti. È chiaro, infatti, come la necessità di spiegare il perché lo *standard* sia stato o

deve essere integrata mediante la definizione oggettiva del dubbio stesso. La qualificazione di esso come "ragionevole" attribuisce [...] questo carattere oggettivo al dubbio».

³⁶⁵ Per una lodevole sintesi, cfr. N. Triggiani, *Lo standard dimostrativo nella decisione di colpevolezza*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, cit., 325 ss., a cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³⁶⁶ Cfr. F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 54.

³⁶⁷ In proposito, v. M. Daniele, *op. cit.*, 173.

³⁶⁸ Sul punto, v. C. Conti, *op. ult. cit.*, 830 ss., la quale mette giustamente in rilievo anche l'importanza che la riforma dell'art. 546 Cpp, operata dalla l. 103/2017, assume dalla prospettiva del metodo del ragionevole dubbio.

meno soddisfatto, sommata alla possibilità di censurare *ex post* il suo mancato raggiungimento e/o la scorretta motivazione sul punto, abbia portato tutti i formanti, nell'ambito delle rispettive posizioni, a sforzarsi per precisarne, via via, la portata. Tutto ciò rende evidente come il rapporto tra *standard* probatori e motivazione sia biunivoco. Da un lato, i criteri decisori sono essenziali affinché il giudice possa giustificare, in modo non arbitrario, le proprie pronunce. Da un altro lato, l'imposizione di specifici oneri motivazionali favorisce un percorso di chiarimento del significato degli *standard*; e ciò in quanto il raggiungimento delle soglie probatorie previste dovrà trovare adeguata esplicitazione nella parte giustificativa dei provvedimenti giudiziari³⁶⁹.

Correlativamente, è palese che negli ordinamenti di *common law* le maggiori difficoltà che si hanno nell'attribuire un significato comune al *BARD* si spiegano anche in virtù del fatto che il *jury* decide in segreto, senza la presenza del giudice, e il *verdict* non è motivato³⁷⁰. In un contesto siffatto, manca, invero, un fondamentale mezzo di riscontro esterno della maniera in cui le giurie interpretano il criterio. Ed è proprio per questo motivo che – come ha rilevato la Corte europea dei diritti dell'uomo nel celebre *Taxquet c. Belgio* – in siffatti ordinamenti risulta particolarmente importante valorizzare quantomeno l'elemento controbilanciante delle istruzioni date dal giudice professionale a quelli popolari³⁷¹. Sembra, infatti, difficile ritenere che una spiegazione puntuale sullo *standard* di prova da raggiungere non rientri proprio tra quegli elementi che necessariamente devono essere presentati alla giuria, onde tutelare il prevenuto dal rischio di decisioni arbitrarie e far sì che egli, pur a fronte di un verdetto immotivato, possa comunque comprendere «*les raisons de sa condamnation*»³⁷². Si deve, pertanto, condividere l'opinione di chi ha sostenuto la necessità di abbandonare l'approccio, diffuso sia in Inghilterra, sia negli USA, teso a concepire i criteri decisori come concetti autoevidenti, sui quali bisognerebbe spendere meno parole possibile.

³⁶⁹ V., al riguardo, M. Taruffo, *Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Laudan*, in *Doxa* 2005, 121 s.

³⁷⁰ Cfr., in proposito, M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 307, nonché S.C. Thaman, *op. cit.*, 75, il quale mette in correlazione l'interpretazione soggettiva del *BARD* nordamericana con l'alto numero di errori giudiziari, scoperto negli ultimi anni in tale Paese.

³⁷¹ Cfr. C. eur., G.C., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgio*, § 92. In merito a tale pronuncia, P. Roberts, *Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?*, in *Human Rights Law Review* 2011, 213 ss.; S.C. Thaman, *Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts?: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in Taxquet v. Belgium*, in *Chicago-Kent Law Review* 2011, 613 ss.

³⁷² La citazione testuale è tratta ancora da C. eur., G.C., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgio*, § 92.

Tutt'al contrario: onde evitare che si perpetui la situazione, denunciata da lungo tempo, per cui le giurie affrontano una cronica difficoltà nel comprendere a quali condizioni si può condannare, è importante introdurre un nuovo modello di istruzione che (i) definisca accuratamente lo *standard* da raggiungere e (ii) chiarisca ai giudici popolari in che modo essi debbano utilizzare tale criterio decisorio³⁷³.

Ma vi è di più. Non va tralasciato che l'effettività degli *standard* è influenzata, in modo determinante, pure da tutte quelle norme processuali, che, essendo in grado di consentire di individuare situazioni di insufficienza o di contraddittorietà probatoria, favoriscono l'emergere dell'innocenza dell'imputato. Da quest'angolo visuale, assumono, evidentemente, un ruolo cruciale, sia i canoni generali del contraddittorio, dell'oralità, dell'immediatezza, oltreché il diritto di difesa, i quali impongono di strutturare il procedimento penale, in modo tale da permettere al prevenuto di sottoporre a continui tentativi di falsificazione l'ipotesi accusatoria, sia regole specificamente concernenti la fase di assunzione della decisione giudiziale. Tra queste spiccano le norme – che, tuttavia, stanno venendo sempre più marginalizzate nel nostro Paese (e non solo), per motivi di economia processuale – che attribuiscono la competenza a decidere a organi collegiali³⁷⁴, specie laddove quest'ultimi siano tenuti a raggiungere un giudizio unanime. Non è, d'altra parte, difficile rendersi conto di come la necessità che sia non un singolo individuo, ma un intero collegio a ritenere raggiunta la soglia di sufficienza probatoria rappresenti, a sua volta, una tutela che rende più complesso soddisfare uno *standard*. Ed è proprio per questo motivo che, già ai tempi dell'Assemblea costituente francese, Maximilien de Rospierre aveva insistito sul fatto che solo la regola dell'unanimità dei giurati potesse fornire una garanzia adeguata del rispetto del criterio della certezza morale³⁷⁵.

Quanto osservato, consente di comprendere un dato troppo spesso sottovalutato: se è vero che la presunzione d'innocenza impone la fissazione di criteri decisori per

³⁷³ Per un'interessante proposta sul punto, concernente il processo penale inglese, cfr. A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 525 s.

³⁷⁴ Per comprendere quanto sia oramai marginale, da una prospettiva statistica, il numero delle cause attribuite al tribunale in composizione collegiale e alle corti d'assise, rispetto ai tribunali in composizione monocratica, cfr. i dati riportati in M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 60 ss.

³⁷⁵ Cfr. M. Robespierre, discorso del 2 febbraio 1791, *ivi*, 718. Non a caso, la Corte suprema degli USA nel celebre caso *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. (2020), ribaltando un proprio precedente, ha affermato che la regola di unanimità del verdetto per i *felony* si ricaverebbe, in via diretta, dal Sesto emendamento della Costituzione americana. Per un commento a tale importante decisione, cfr. *Ramos v. Louisiana. Comment on: 140 S. Ct. 1390* (2020), in *Harvard Law Review* 2020, 520 ss.

condannare in grado di favorire l'assoluzione del colpevole rispetto la condanna dell'innocente, è altrettanto indiscutibile che sono, in realtà, altre garanzie processuali a contribuire a rendere gli *standard* davvero concreti ed effettivi. Per questa ragione, si può ritenere che, anche a parità di formulazione testuale, queste regole siano, in realtà, in grado di tutelare, in modo più o meno efficace, i diritti fondamentali dei prevenuti, a seconda del sistema processuale in cui essi sono inseriti e finanche del singolo modulo procedimentale applicato in concreto. Così, ad esempio, da questa prospettiva ben si comprenderà come fosse, in linea di principio, assai più semplice soddisfare il criterio del *BARD* negli ordinamenti degli Antichi Regimi o della Restaurazione, che, relegando la difesa o il contraddittorio in un ruolo marginale, abbassavano drasticamente la probabilità di far emergere ipotesi alternative innocentiste o buchi logici nella prospettiva accusatoria, rispetto a quanto avviene oggi, dove tali salvaguardie sono, in genere, cristallizzate dal vertice delle fonti. Ciò nondimeno, anche i sistemi giuridici contemporanei occidentali devono essere sempre ben consci del fatto che, nel momento in cui, per ragioni di economia processuale, si dimostrino pronti a sacrificare garanzie importanti per falsificare la tesi dell'autorità (come il contraddittorio, il diritto di difendersi provando o il diritto a impugnare), finiscono per impattare indirettamente sul *BARD*, modificando il modo in cui esso è in grado di distribuire in concreto il rapporto tra falsi positivi (condanne di un innocente) e falsi negativi (assoluzione di un colpevole)³⁷⁶.

³⁷⁶ Non è difficile rendersi conto di come gli istituti più problematici da questa prospettiva siano quelli, a loro volta sempre più diffusi a livello globale, di giustizia consensuale (cfr., in proposito, M. Langer, *Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, in *Annual Review of Criminology* 2021, 377 ss.), dal momento che essi, di norma, si basano sulla logica dello scambio tra vantaggi premiali e la rinuncia del prevenuto a un fascio più o meno ampio di diritti processuali fondamentali. Non a caso, la dottrina, specie negli ordinamenti di *common law*, ha documentato il c.d. "*innocence problem*" dei moduli processuali contrattati, ossia il rischio che a concludere un'intesa con l'autorità siano soggetti in realtà innocenti (cfr., in proposito, per tutti, A.W. Alschuler, *A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent*, in *Albany Law Review* 2015-2016, 919, nonché la recente ricerca pubblicata dalla *National Association of Criminal Defense Lawyers*, *The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It*, in www.nacdl.org, 10.7.2018, 17; a livello europeo, cfr. la ricerca pubblicata da *Fair Trials*, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org, 27.4.2017. Per ulteriori riferimenti, cfr. J. Della Torre, *Riti consensuali ed errore giudiziario: un binomio ricco di criticità*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Lupária Donati, Milano 2021, 406 ss.). Alla luce di ciò, si può ben dire che la circostanza per cui gli istituti di giustizia negoziata siano in sempre più costante ascesa è in grado di depotenziare, in modo significativo, la menzionata espansione internazionale del criterio del ragionevole dubbio; e ciò in quanto, in una grande fetta di reg giudicande, tale *standard* di prova o viene del tutto abdicato, oppure, in ogni caso, fortemente depotenziato. Onde rimediare, in parte, a tale incoerenza di fondo dei sistemi giuridici attuali, sembra opportuno un cambio di prospettiva, teso a far sì che una serie di garanzie irrinunciabili sia sempre riconosciuta anche laddove il prevenuto scelga di essere giudicato sulla base di un procedimento accelerato consensuale: per alcuni suggerimenti al riguardo, si consenta

Va, infine, rilevato che nelle moderne “società algoritmiche”³⁷⁷ vi è un’ultima categoria di norme che potrebbe essere rivitalizzata, pure in sistemi giuridici con una lunga tradizione in materia di *standard* decisori e tendenzialmente ispirati al libero convincimento, come quello italiano: si allude all’inserimento di alcuni, ben meditati, nuovi criteri di valutazione della prova negativi, che vadano ad aggiungersi a quelli già presenti nel codice di rito³⁷⁸, al fine di ridurre il pericolo di sovrastima giudiziale di alcuni elementi di prova. A questo proposito, è bene precisare che, negli ultimi anni, una corrente di pensiero, sviluppatasi su entrambe le sponde dell’Atlantico, ha sostenuto che i tempi sarebbero oramai maturi per abbandonare l’impostazione “assolutistica” del libero convincimento, frutto dell’Illuminismo, coniando ulteriori regole probatorie, in grado di meglio definire i confini della discrezionalità giudiziale, specie laddove si abbia a che fare con elementi di prova a più forte rischio di errore giudiziario³⁷⁹. In questa scia, si è affermato che «*these rules should be treated as small steps in the direction of the true, though probably unattainable, ideal of the rule of law in the sphere of forensic fact-finding*»³⁸⁰. Si tratta, evidentemente, di un approccio antitetico rispetto all’opinione di chi ritiene, invece, che il terreno della valutazione delle prove dovrebbe rappresentare ancora «un giardino proibito»³⁸¹ per il legislatore.

A parere di chi scrive, i suggerimenti del “*new corroboration movement*” potrebbero essere utili da concretizzare da una prospettiva specifica: al fine di impedire che la fiducia, sempre maggiore, che l’essere umano ripone verso le nuove tecnologie porti gli organi giudicanti a condannare affidandosi, in modo esclusivo, a elementi raccolti tramite sistemi di intelligenza artificiale di ultima generazione, di cui verrà, in modo

il rinvio a J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Milano 2019, 595 ss.

³⁷⁷ L’espressione è ripresa da M. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal* 2017, 1219.

³⁷⁸ Si allude, com’è evidente, in particolare agli artt. 192 co. 2 e 3 Cpp, sui quali, cfr., per tutti, M. Daniele, *op. cit.*, 123 ss.

³⁷⁹ Cfr. sul punto S.C. Thaman, *op. cit.*, 108 ss., a detta del quale «*we should return to a modern equivalent of negative formal rules of evidence, which will at least prevent convictions for capital crimes and grave felonies based on weak [...] circumstantial evidence, uncorroborated eyewitness testimony, uncorroborated admissions or confessions of the defendant, or uncorroborated assertions of the complaining witness, for instance, in sexual assault cases*». In termini analoghi, seppur con riguardo alle prove scientifiche, cfr. M. Damaška, *op. ult. cit.*, 146-148, nonché Id., *The future*, cit., 202 ss. Nella stessa scia, nella letteratura italiana, cfr. L. Lupária, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in *Intelligenza artificiale, giurisdizione penale ed etica del giudizio*, Milano 2021, 119 ss., nonché, in precedenza, v. già O. Dominiononi, *op. cit.*, 347 s. e M. Nobili, *Esiti*, cit., 56.

³⁸⁰ Sono parole di M. Damaška, *Evaluation of Evidence*, cit., 148.

³⁸¹ In questo senso, cfr. P. Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *QuestG* 1998, 587 ss.

inevitabile, fatto un uso sempre più massiccio nel prossimo futuro³⁸². Fermo restando il divieto, già sancito dall'art. 11 della direttiva 2016/680/UE³⁸³, di attribuire del tutto alle macchine l'assunzione di decisioni in grado di impattare negativamente sui diritti dei singoli, si potrebbe, più in particolare, codificare delle regole di valutazione negativa, in forza delle quali l'agente umano sia sempre tenuto a verificare che l'*output* prodotto da strumenti investigativi e/o probatori fondati su algoritmi (si pensi, ad esempio, al *match* di un *software* di riconoscimento facciale³⁸⁴) sia riscontrato da altri elementi di prova³⁸⁵. L'idea è, insomma, quella di far sì, per utilizzare il lessico della Corte di Strasburgo, che le *AI evidence* non possano valere da sole quali "prove uniche e determinanti"³⁸⁶. È utile precisare che vi è una ragione precisa, che giustifica l'adozione di forme di *corroboration rules* di questo tipo: esse rappresenterebbero, infatti, un antidoto nei confronti del pericolo per cui, anche quando le macchine fungano da ausilio al decisore in carne ed ossa, questi finisca per seguirne le indicazioni in modo passivo, essendo complesso trovare ragioni per discostarsene³⁸⁷. Ed è proprio perché, di fronte a elementi così strutturati, pure la capacità razionalizzatrice dello strumento classico della motivazione ne esce inevitabilmente ridotta, che puntare su forme mirate di norme probatorie di tal genere potrebbe risultare prezioso.

Vale la pena di aggiungere che l'approccio "proattivo"³⁸⁸ così delineato dovrebbe

³⁸² Sull'impatto che gli algoritmi e l'IA stanno già avendo in ambito processuale penale, cfr., oltre al lavoro monografico di S. Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham 2020, il volume Aa.Vv., *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco, Napoli 2022, a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Per un approccio diverso da quello qui prospettato, teso a inserire dei criteri di valutazione negativi, al fine da imporre che l'IA venga utilizzata quale metodo di corroborazione nei confronti di "prove deboli", cfr. L. Lupária, *op. ult. cit.*, 119 ss.

³⁸³ Come noto, tale disposizione vieta le decisioni basate su trattamenti automatizzati, salvo che siano autorizzati dal diritto UE o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e a fronte della fissazione di garanzie adeguate, tra cui almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento. In argomento, cfr. S. Quattrocchio, *op. cit.*, 175 e S. Signorato, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *RDP* 2021, 101 ss.

³⁸⁴ In argomento, si consenta il rinvio a J. Della Torre, *Tecnologie di riconoscimento facciale e procedimento penale*, in *RIDPP* 2022, 1057 ss.

³⁸⁵ Vale la pena di precisare che in dottrina vi è chi ha già cercato di ricavare dall'art. 11 della direttiva 2016/680/UE una regola volta a vietare di fondare una decisione esclusivamente su *output* di meccanismi automatizzati: in questo senso, cfr., ad esempio, M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29.5.2019, 17.

³⁸⁶ In merito a tale categoria, cfr., per tutti, A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano 2019, 112 ss., nonché M. Daniele, *op. cit.*, 141 ss.

³⁸⁷ In merito a tale rischio, cfr. G. Tuzet, *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *mediaLaws* 2020, 45 ss.

³⁸⁸ Cfr. C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *RIDPP* 2020, 1748.

farsi ancora più netto nel caso in cui il singolo strumento di intelligenza artificiale presenti dei problemi di trasparenza³⁸⁹, comportandosi come una *black box*³⁹⁰, cioè come un sistema «in cui *input* e *output* sono osservabili, mentre il funzionamento interno [del sistema] rimane oscuro persino ai suoi stessi programmatori»³⁹¹. Come affermato da attenta dottrina, in un'evenienza di questo tipo, infatti, onde salvaguardare i pilastri del *fair trial*, nelle sue articolazioni del contraddittorio e della parità delle armi, sarebbe auspicabile agire a monte direttamente sul piano dell'ammissibilità probatoria, rispetto a quello della valutazione, prevedendo che «*the court should exclude the 'black box evidence' from the adjudication on the defendant's guilt*»³⁹².

Concludendo, è bene precisare come introdurre norme di questo tipo non significherebbe, né adottare un'impostazione reazionaria, volta a chiudere, per forza, sempre le porte a monte a tutti i nuovi strumenti computazionali, viste le loro potenzialità, né mettere in dubbio, quale criterio d'ispirazione generale del sistema probatorio, il canone del libero convincimento, tornando a un regime in cui sia sempre una rete di regole probatorie a stabilire quando possa o meno essere raggiunto lo *standard* di prova per condannare³⁹³. Si tratterebbe, al contrario, di limitare solo alcuni dei possibili eccessi che l'"illustre formula"³⁹⁴ è in grado di determinare, introducendo una meditata serie di eccezioni alla stessa, motivate, a ben vedere, dalla volontà di salvaguardarne la *ratio* più profonda: cioè, quella di far sì che la decisione giudiziaria continui a essere, anche in futuro, sempre basata, almeno in parte, sulla razionalità e

³⁸⁹ Come noto, il principio di trasparenza trova un esplicito riconoscimento nel quarto canone elencato nella Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale e negli altri ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel corso della sua XXXI riunione plenaria, Strasburgo, 3.12.2018 [CEPEJ (2018) 14]. Per un'analisi dell'atto, cfr. S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in questa Rivista, 18.12.2018.

³⁹⁰ Sul punto, v. A. Adensamer, L.D. Klausner, "Part Man, Part Machine, All Cop": *Automation in Policing*, in *Frontiers in Artificial Intelligence*, 23.6.2021, 4 e S. Quattrocolo, *op. cit.*, 93 s.

³⁹¹ La citazione è tratta da G. Contissa, G. Lasagni, G. Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di internet* 2019, 620.

³⁹² La citazione è tratta da S. Quattrocolo, *Artificial*, cit., 96. In termini analoghi, v. anche L. Lupária Donati, G. Fiorelli, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *DPC-RT*, 2022, 2, 43.

³⁹³ La prospettiva per cui, nel prossimo futuro, attraverso l'intelligenza artificiale e, in particolare, mediante lo strumento delle "reti bayesiane" (in argomento, per tutti, F. Taroni, C. Atiken, P. Garbolino, A. Biedermann, *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*, Chichester 2014²), si potrebbe verificare un passaggio a una visione "quantitativa" degli *standard* probatori e un sostanziale ritorno alla "prova legale" è stata, di recente, messa in luce da G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 244-246.

³⁹⁴ Si riprende il titolo del lavoro, più volte citato, di M. Nobili, *op. ult. cit.*, 33, a detta del quale «garanzie legali in materia di valutazione delle prove non sono proibite da alcunché e potrebbero, in taluni casi o aspetti, risultare opportune» (cfr. *ibidem*, 36).

sulla logica umana e non solo su quella, a volte a noi incomprensibile, delle macchine³⁹⁵.

³⁹⁵ Come ben afferma J.N. Fenoll, *op. cit.*, 142 «*el Imperio de la Razón fue una conquista social. Merecería la pena no perderlo*».