

ORIENTAMENTI

FABIANA FALATO

Principio del ragionevole dubbio e libero convincimento del giudice cautelare

Il progetto coltivato è ripensare ai *detti* che stabiliscono connessioni tra giudizio cautelare e art. 533, co. 1, c.p.p. attraverso un approccio che riconosce alla proposizione al di là di ogni ragionevole dubbio *forma* e *forza* di *principio assiomatico*, valido *in e per* ogni tipo di apprezzamento del fatto - interlocutorio o definitivo, per le cautele come per la pena - e che, nella qualità, va oltre la naturale selettività della regola del giudizio di merito, figurando un parametro di comportamento generale per il giudice.

Principle of reasonable doubt and free belief of the precautionary judge

The project being cultivated is to rethink the sayings that establish connections between precautionary judgment and art. 533, co. 1, c.p.p. through an approach that recognizes the proposition beyond any reasonable doubt in the form and strength of an axiomatic principle, valid in and for every type of appreciation of the fact - interlocutory or definitive, for precautions as well as punishment - and which, in quality, goes beyond the natural selectivity of the art. 533, co. 1, c.p.p., appearing as a general behavioral parameter for the judge.

SOMMARIO: 1. Rilevazioni di metodo e profili di analisi generale della vicenda cautelare. - 2. L'opera politica della giurisprudenza in continuità con la dottrina. - 3. Cognitivismo cautelare e principio del ragionevole dubbio. - 3.1. (segue) il *principio* del al di là di ogni ragionevole dubbio: le ricadute nel sistema di valutazione del *fatto cautelare*.

1. *Rilevazioni di metodo e profili di analisi generale della vicenda cautelare.* Potrebbe sembrare inutile esercitazione riproporre i temi del sintagma al di là di ogni ragionevole dubbio: è normativa assestata nel codice¹, compiutamente definita dalla giurisprudenza² e dalla dottrina³, scrive indirizzi consolidati e permanenti della scienza giuridica del processo penale.

¹ L'art. 51. 20 febbraio 2006, n. 46 (in *Gazz.Uff., Serie Generale*, n. 44 del 22 febbraio 2006), ha previsto espressamente nell'art. 533, co. 1 c.p.p. il criterio al di là di ogni ragionevole dubbio.

² Cass., VI, 24 aprile 2023, n. 45506 (nei termini di cui si dirà).

³ «Il senso dell'espressione si può cogliere nella volontà di specificare se la prova della colpevolezza, essendo sempre di natura induttiva, non può raggiungere quel livello di implicazione necessaria che nel settore deduttivo connota il rapporto tra premessa e conclusione»: DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Riv. Arch. pen.* 2013, n. 3, 41

Sui tentativi di precisare lo standard del ragionevole dubbio, CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 1 ss., SHAPIRO, MUTH, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: le giurie non lo capiscono*, in *Criminalia*, 2021, 54-69 e TUZET, *La prova ragionata*, Milano, 2023, 237-242.

Cfr., FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, 2021, 208 ss.

Eppure, non lo è, se si consideri la sua peculiarità rispetto a settori diversi dal giudizio di merito, a cui è solitamente riservato lo studio; in particolare, non è come sembra, se si osservi il contesto del procedimento incidentale *de libertate* - oggetto della ricerca - ove risulta più complessa l'interazione, già in linea di principio, tra *dubbio ragionevole* - che rimanda a situazioni di *certezza* del merito dell'imputazione - e libero convincimento del giudice della cautela - orientato secondo la probabile fondatezza dell'ipotesi accusatoria (*notitia criminis*) -.

L'opportunità della ricerca, inoltre, è testimoniata dalla circostanza che l'applicazione di una misura cautelare personale presuppone la ricognizione di un fatto penalmente rilevante il quale, a sua volta, racchiude una relazione: ci si domanda a chi si accolla il fatto-reato (art. 292, co. 1 lett. a), c.p.p.) e come e perché si attribuisce ad un soggetto (art. 292, co. 1 lett. c) e *c-bis*) c.p.p.). Dunque, alla ricerca dei principi che regolano il sistema cautelare si aggiunge quella degli elementi che intervengono nell'apprezzamento della colpevolezza dell'indagato/imputato; tema, l'ultimo, che innesta la proposizione *BARD*'.

In mancanza di espressa codificazione, le linee di attuazione di tale rapporto sono dettate da una consolidata giurisprudenza *costruttiva* che offre l'abbrivo per sperimentare esegesi *altre* da quelle proposte; ad ogni modo, si apprezza lo scopo garantista dell'intervento, siccome compensa l'immobilismo e l'inadeguatezza della legge sul punto.

Sullo sfondo del versante legislativo, infatti, restano l'opera di acculturamento su principi e diritti iniziata dal legislatore a partire dal 1955⁵ e la funzione dogmatica della Corte costituzionale svolta prima del 1988⁶; soprattutto, si trascura lo scopo di quelle azioni che hanno scandito le tappe fondamentali del passaggio dalla *carcerazione preventiva* alle *cautele personali*. Capitoli scritti per realizzare la definitiva giurisdizionalità - e politicità⁷ - delle decisioni coercitive della libertà personale emesse in corso di processo e attuare, in tal modo, la

⁴ Acronimo di *Beyond any Reasonable Doubt*.

⁵ Il riferimento è alla legge 18 giugno 1955, n. 517, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 148 del 30 giugno 1955, Supplemento ordinario.

⁶ Si segnalano, specialmente, Corte cost., 14 maggio 1966, n. 43; Id., 4 maggio 1970, n. 64; Id., 23 gennaio 1974, n. 17; Id., 27 novembre 1974, n. 42; Id., 11 giugno 1980, n. 80.

⁷ Intesa come la definitiva descrizione dello statuto cautelare come assetto ordinato di garanzie fondato su legalità e uguaglianza.

rinnovata gerarchia dei valori interna al rapporto autorità-cittadino voluta dai Costituenti.

Ripercorrerne i tratti primitivi, perciò, è operazione necessaria a svelare le idee di fondo della filosofia cautelare, messe su faticosamente per rimuovere un'ideologia che, attraverso la strumentalità della custodia in carcere rispetto allo scopo giuridico del processo, ne esaltava il valore deterrente e l'efficacia emarginante.

Tale idealità si conferma nella lenta e travagliata opera di persuasione sulla necessità del raccordo tra gli artt. 13 e 27, co. 2 - 25, co. 2, 101 e 111 Cost. che mostra l'approdo a uno statuto cautelare favorevole ad una tipologia combinata con l'*extrema ratio* e ad una struttura legata ai bisogni di giurisdizionalità delle misure.

È questione risalente, certo, ma rievocarla è irresistibile metodo per cogliere come il *divenire* del diritto abbia provocato il profondo mutamento dei rapporti tra Stato e persona, capovolti a favore della supremazia dell'individuo e quanto, all'opposto, l'attuale assenza di valide iniziative politiche produca uno svilimento delle garanzie del giusto procedimento cautelare, favorendo il rischio dell'arbitrio punitivo *ante iudicium*, nonché il declino della cultura garantista.

Procediamo per gradi, selezionando gli interventi legislativi maggiormente esemplificativi per il discorso che si vuole coltivare.

La custodia preventiva - nella sua versione originaria - apparteneva all'ambito delle materie che più apertamente dichiaravano la natura autoritaria del codice Rocco: lo rivelano le disposizioni che affidavano la gestione della controversia al giudice istruttore (art. 299 c.p.p. 1930) e, ancor di più, quelle che investivano il pubblico ministero (artt. 391 e 235, 231 e 232 c.p.p. 1930); i precetti che, stabilendo il dominio di fatto dell'accusa sull'istruzione, riflettevano il rapporto diretto fra potere politico e processo penale (artt. 74 e 298 c.p.p. 1930, artt. 69 e 73 ord. giud.) e la generale, consequenziale, svalutazione dei diritti della difesa, differiti in tutti i casi al dibattimento.

Appare chiaro: la normativa che avrebbe dovuto assicurare la salvaguardia della libertà personale dell'imputato finiva per affidarla, senza alcun controllo (artt. 280, 269, co. 3, 263 c.p.p. 1930), agli organi inquirenti; la svincolava da

qualsiasi collegamento con le esigenze istruttorie, ponendola al servizio dell'interesse superiore dello Stato alla difesa sociale.

Dopo l'avvento della Costituzione, la legge n. 517 del 1955 inaugurò la stagione delle novelle garantiste⁸. Attestandosi sui tratti costituzionali espressi negli artt. 13 e 111, co. 2, e 24, co. 2 Cost., apportò innovazioni rilevanti⁹, soprattutto se si intenda l'intervento nel prisma del rapporto tra storia e politica.

Si rifletta. In un'epoca in cui - nonostante la Costituzione - il pubblico ministero, in qualità di portatore di interessi pubblici intrinsecamente connessi al rispetto della legge e alla repressione dei reati e di compartecipe all'area della giurisdizione, non poteva essere privato di facoltà direttamente incidenti sulle esigenze di tutela del processo e della collettività, appare fisiologica la scelta di consentirgli un'ampia discrezionalità sullo *status libertatis* dell'imputato. Al contrario, appaiono significative le novità concernenti l'obbligo di motivazione dei provvedimenti di cattura (art. 264 c.p.p. 1930) e la facoltà dell'imputato di impugnarli (art. 263 *bis* c.p.p. 1930), strumentali ad attuare il diritto di difesa (art. 24, co. 2 Cost.) attraverso il dettato degli artt. 13, 111, co. 2 Cost. e ad arginare il rischio di decisioni non strettamente necessarie. Ciascuna è il sintomo di una nuova sensibilità al tema della *cattura*; è il deciso, indiscutibile, sostanziale contegno garantista di un legislatore che, seppure ancora ispirato ai postulati ideologici tipici del codice del 1930, esprimeva il sentimento di custodia dei valori costituzionali, repubblicani e democratici di fronte ad una potestà statale notevolmente coercitiva.

La progressiva apertura verso un'ideologia costituzionalmente orientata rappresenta la costante delle leggi che seguirono, come riferiscono gli studi storiografici riguardanti i profili politici delle novelle del 1982, del 1984 e del 1988¹⁰,

⁸ Sul tema, in generale, GREVI., voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 315 ss.; RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in GREVI (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989, 17 ss. e RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 225-246.

⁹ È scettico RICCIO, *Principio di giurisdizionalità*, cit., 37.

¹⁰ Il riferimento è, rispettivamente, alle leggi: 12 agosto 1982 n. 532, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 223 del 14 agosto 1982; 28 luglio 1983, n. 398, *ivi*, n. 210 del 1° agosto 1984; 5 agosto 1988, n. 330, *ivi*, n. 187 del 10 agosto 1988, Suppl. Ordinario n. 72. Sono validi precedenti le leggi nn. 932 del 5 dicembre 1969 (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 317 del 17 dicembre 1969); 406 del 1° luglio 1970 (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 164 del 2 luglio 1970); 824 del 5 novembre 1970 (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 262

confermando gli effetti delle dinamiche politiche sulle tecniche di repressione e sui modi di renderle garantite.

Particolarmente in quelle leggi, nonostante le naturali criticità scaturite da una persistente stasi culturale in senso autoritario, le chiusure e le contraddizioni della Corte costituzionale, si creano gli embrioni degli assetti istituzionali successivi; si individuano strade garantiste per avviare, non solo sul piano istituzionale, ma pure su quello ordinamentale, la completa giurisdizionalità della custodia cautelare; si coglie – sebbene non fino in fondo, atteso il detto limite ideologico – l'evoluzione del significato delle linee costituzionali innanzi descritte. Lì – in una prospettiva ampia – si scrivono le premesse ordinanti l'idea stessa di processo penale, non più inteso alla stregua di strumento oppressivo, bensì in funzione di metodo di accertamento dialettico della responsabilità, garantito dalla giurisdizione.

Pur nella loro eterogeneità, infine, ciascuna legge stabilisce un definito punto metodologico per superare l'*ibridismo* interpretativo delle riserve dell'art. 13 Cost¹¹; ognuna si mostra consapevole che, solo restituendo il pubblico ministero al ruolo di parte e legittimando unicamente il giudice a disporre la misura cautelare – secondo una discrezionalità guidata dalla specificità delle condizioni e dei presupposti di applicabilità, nonché dei relativi criteri di selezione – si sarebbe garantita l'effettività al diritto fondamentale dell'individuo, senza compromettere l'efficacia dell'intervento repressivo.

In questa dottrina si inseriscono a pieno titolo, innanzitutto, il codice del 1988 che, seguendo la linea politica dell'*extrema ratio*, sceglie la strada della tipicità della misura per determinare le coordinate del comportamento del giudice, al quale, di conseguenza, riserva l'apprezzamento; e, non da ultima, la legislazione successiva¹² che rivisita in senso garantista alcuni aspetti del potere cautelare disciplinato nel libro IV.

del 15 ottobre 1971); 773 del 15 dicembre 1972 (in *Gazz. Uff.* n. 326 del 18 dicembre 1972), i cui effetti garantisti furono mortificati dalla *legislazione dell'emergenza*, in particolare, dalle leggi nn. 152 del 22 maggio 1975 (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 136 del 24 maggio 1975); 296 del 7 giugno 1977 (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 160 del 14 giugno 1977); 15 del 6 febbraio 1980 (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 37 del 7 febbraio 1980).

¹¹ Tra le altre, Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11; Id., 15 luglio 1959, n. 49; Id., 29 aprile 1975, n. 96.

¹² Dalla Legge 8 agosto 1995, n. 332, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 198 del 25 agosto 1995, Supplemento Ordinario n. 106, alla legge 16 aprile 2015, n. 47, *ivi*, n. 94 del 23 aprile 2015.

In particolare, cambia il modo di intendere il rapporto tra l'art. 13 Cost e l'art. 27, co. 2 Cost.¹³: tecnica probatoria e metodo di valutazione convivono nell'art.

Sulle singole legislazioni, rispettivamente, GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996, *passim* e LA ROCCA, voce *Misure cautelari (profili innovativi)*, in *Dig. Pen.*, IX Agg., Milano, 2016, 462-499.

Cfr., SPANGHER, SANTORIELLO (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, *passim*.

Per uno sguardo d'insieme, DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Padova, 2023, 49-84.

¹³ Nel nostro sistema la presunzione dell'art. 27, co. 2 Cost., mediata dai ricorrenti confronti con le Carte internazionali, razionalmente si orienta sul doppio fronte - di non colpevolezza quanto al trattamento dell'imputato e di innocenza in relazione al giudizio - spostando il rischio del processo fallito sulla collettività. Si aggiunga - lo afferma RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in GREVI (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989, 17 ss.; RICCIO, *La libertà personale*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali*, cit., 225 ss. - che proprio sul piano razionale, il nesso tra trattamento e giudizio è abbastanza esplicito, in quanto qualificare colpevole l'imputato significa sia che la sanzione deve eseguire la condanna sia che la colpevolezza deve essere dimostrata.

Sul principio, in generale, la letteratura è ampia. Senza pretesa di esaustività, già JOVANE, *La presunzione di innocenza: nella giurisprudenza, nella Costituzione e nel Vangelo: 3. Congresso dell'Associazione Forense Italiana, Napoli, 29, 30 sett., 1 ott. 1956*, Firenze, 1957; LONGHI, *Il principio della presunzione d'innocenza nella organizzazione del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914; PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro it.*, 1965, 1 e VITALI, *Sul principio della presunzione di innocenza dell'imputato*, Città di Castello, 1916.

Cfr. le posizioni contrastanti di CARRARA, *Il diritto e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella Regia Università di Pisa), in *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia*, Lucca, 1874, 1 ss. e GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuole positiva*, 1892, II, 199 ss.

Successivamente, senza pretesa di esaustività, CHIAVARIO, *Assoluzione con formula dubitativa e presunzione di non colpevolezza al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 1325; DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 427-447; DOMINIONI, *La presunzione di innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 200 ss.; FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, in *Pol. dir.*, 1991, 514; FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 119 ss.; GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1192; ID., *Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, Cost. alla regola dell'«oltre il ragionevole dubbio»*, in FILIPPONIO, GAROFOLI (a cura di), *In ricordo di Franco Cipriani*, Milano, 2010, 15 ss.; GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni (Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1988)*, Milano, 2000, 21; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979; ID., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, 1 ss.; MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2 Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 319 ss.; NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'art. 27 comma 2 Cost.*, in *Il Tommaso Natale*, II, 1978, 832 ss.; ID., *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna, 1976, 240 ss.; PASTA, *La dichiarazione di*

273, co. 1-*bis* c.p.p. – introdotto dal legislatore del 2001¹⁴ – per stabilire l'ambito delle conoscenze del giudice della cautela; antecedentemente, con differente modulazione, aveva provveduto la dottrina¹⁵.

L'esperienza, tuttavia, in punto di sistema, si rivela (in parte) incauta. Infatti, è innegabile che l'impiego delle regole di accertamento della *prova cumulativa* prescritte dall'art. 192, co. 3 e 4 c.p.p., alla stregua di parametri della gravità indiziaria cautelare, determini la precognizione e prevalutazione della *res iudicanda* in tutte le situazioni non garantite dal presidio dell'incompatibilità, vale a dire, nei casi in cui il procedimento cautelare innesta i giudizi di merito, generando l'identità tra giudice della *misura* e giudice della *pena* e la sovrapposizione di *metodi* per il suo libero convincimento.

Diversamente, per quanto riguarda l'estensione degli artt. 195, co. 7, 203 e 271, co. 1 c.p.p. – letto in combinazione con l'art. 191 c.p.p.¹⁶ –: la natura, di tono generale, di criteri di esclusione probatoria, quindi, di *forme* di tutela della conoscenza giudiziale, elevate a livello costituzionale dall'art. 111, co. 4 e 5 Cost., autorizza un inquadramento sistematico diffuso, privo di criticità dommatiche, essendo motivato dall'intima relazione tra comportamenti processuali legali e saperi legali del giudice.

Ad ogni modo, di questa *privilegiata* impostazione politica si apprezzano l'innegabile contributo sistematico al tema del cognitivismo cautelare e la volontà del legislatore – e la sua consapevolezza circa la necessità – di ritoccare i *modi* di strutturare i rapporti tra presupposti e forme di garanzia della libertà

colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse, Padova, 2016; PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1995, 671 ss.; ID., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008; RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali*, cit., 75 ss.

Di recente, ORLANDI, *La duplice radice della presunzione di innocenza*, in BOLDRIN, BOLOGNARI, DANIELE, PAULESU, SIGNORATO (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Torino, 2022, 3 ss. e UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, V ed., 2023, 189-200.

¹⁴ Legge 1° marzo 2001, n. 63, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 68 del 22 marzo 2001 (art. 11).

¹⁵ Diffusamente, GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni di libertà*, in Gaito (a cura di), *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 162 ss.

¹⁶ Considerata (pure) nell'accezione moderna di sanzione che «impedisca di ammettere prove intese a riprodurre in altra forma il contenuto di una precedente prova assunta in difformità alla relativa disciplina»: SANTORIELLO, *L'inutilizzabilità presa sul serio*, in *Riv. Arch. pen.*, 2024, n. 3, *passim*.

Cfr., DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove considerazioni*, in CATALANO, FERRUA (a cura di), *Corderiana cit.*, 311-337, spec. 319.

personale, pure attraverso la compiuta definizione della valutazione indiziaria, indispensabile per garantire la giustezza del giudizio.

L'effettivo nervo scoperto, invece, è la sua irragionevolezza: mentre il legislatore ha previsto e ha scritto (attraverso la tecnica del *richiamo*) le norme per il procedimento cautelare cumulativo, non ha previsto né scritto la regola giuridica di decisione, e nemmeno ha codificato un metodo legale di accertamento del fatto (*notitia criminis* o imputazione) che avrebbe obbligato il giudice, nell'apprezzamento delle condizioni generali di applicabilità delle misure (art. 273, co. 1 e 2 c.p.p.) e delle esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.), a sottoporre le ragioni della richiesta del pubblico ministero (art. 291, co. 1 c.p.p.) alle smentite rappresentate dalla difesa, come avrebbe richiesto (e richiederebbe) la regola del giudizio della presunzione di innocenza.

La politica successiva manifesta scarso interesse - o esigua incidenza - a entrare in questo circuito con indirizzi evolutivi.

Il legislatore del 2015¹⁷ ipotizza un assetto in cui ad una maggiore responsabilizzazione del giudice nell'accertamento delle esigenze cautelari anche ai fini della scelta delle misure, si accompagna il rafforzamento dell'obbligo di motivazione e della procedura di controllo in sede di impugnazione¹⁸; epperò, non prescrive specifici canoni per *guidarne* la discrezionalità e renderlo concretamente responsabile della decisione. Eppure, la modifica della lett. *c-bis*) del co. 2 dell'art. 292 c.p.p.¹⁹ avrebbe dovuto presupporre la normazione del dubbio ragionevole, per non lasciare sprovvista di effettività la garanzia del *controllo* e, quindi, la valutazione della verità o della falsità della proposizione accusatoria (artt. 291, co. 1, 292, c.p.p.).

Nel contesto *depressivo* si inseriscono anche i pacchetti di innovazioni proposti dai guardasigilli Orlando²⁰ e Nordio²¹ che, pur intervenendo nel settore delle

¹⁷ Legge 16 aprile 2015, n. 47, cit.

GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari*, Torino, 2015, *passim*.

¹⁸ ILLUMINATI, *Introduzione*, in GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari*, cit., XXI.

¹⁹ In argomento, diffusamente, CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari*, cit., 179-186.

²⁰ Legge 23 giugno 2017, n. 103, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 154 del 4 luglio 2017.

²¹ Legge 9 agosto 2024, n. 114, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 187 del 10 agosto 2024.

Posta l'alterità dell'oggetto rispetto al tema di ricerca, non si prendono in considerazione le altre due riforme Nordio: la legge 8 agosto 2024, n. 112 di conversione del decreto carceri (4 luglio 2024, n. 92),

misure coercitive personali, difettano in punto di *organizzazione* della *cognizione* cautelare, nel mezzo, il diffuso e discutibile silenzio della Cartabia²².

Eppure, particolarmente in questa materia, il dibattito dovrebbe essere vivace, siccome qui, prima che altrove, è in discussione il paradigma della democrazia costituzionale; è attuale il rischio che le misure cautelari siano utilizzate alla stregua di altrettanti strumenti di difesa sociale.

Nel primo intervento – si sottolinea in sintesi, esulando la traccia dal perimetro della ricerca – il vizio è genetico, in quanto la carenza ferisce gli stessi obiettivi della riforma²³.

Il secondo, invece, pur mostrando maggiore attenzione al rapporto tra struttura e garanzie, lo indirizza – sull'esempio, tra gli altri, del progetto Riccio del 2006²⁴ – esclusivamente verso l'interrogatorio anticipato e la decisione collegiale²⁵.

Infine, la carenza di progettualità e la scarsa convinzione dell'urgenza di ampliare le garanzie per l'individuo nei segmenti incidentali informano la più recente iniziativa parlamentare: lo Schema di decreto legislativo, attualmente sottoposto a scrutinio, difatti, interviene in ipotesi solo sull'art. 114 c.p.p., introducendo il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo

in *Gazz. Uff.*, Serie Generale n. 186 del 9 agosto 2024 e la legge 28 giugno 2024, n. 90 in materia di reati informatici, *ivi*, Serie Generale n. 153 del 2 luglio 2024.

²² VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in GAITO (a cura di), *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, Pisa, 2023, 13-29.

²³ In generale, PARODI (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità*, Milano, 2017, *passim*.

Per le note critiche, si rinvia a GAITO, MANNA, *Premesse introduttive allo studio delle recenti riforme in tema di giustizia penale*, in *Arch. pen. web*, n. 3, 2017, e a RICCIO, *La "giustizia" al tempo di Orlando*, in *Riv. Arch. pen.*, LXX, 1, Supplemento, 2018, 25-30; ID., *La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne*, in *Arch. pen. web*, n. 3, 2017.

²⁴ Commissione Riccio per la riforma del Codice di procedura penale (27 luglio 2006), Relazione, 53-55.

Sui precedenti, NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 260.

²⁵ ACAMPORA, *Riforme in materia di misure cautelari personali: l'interrogatorio preventivo e la decisione collegiale per l'applicazione della custodia in carcere*, in ACAMPORA, CASCONI, DE ROSA, GRASSO, LOMBARDI, MASTROMATTEO, RIPEPI, SALERNO, Dossier, *Le riforme Nordio 2024*, Roma, 2024, 66-69; DI GIOIA, GRASSI, *Le riforme Nordio. Commento alle modifiche al Codice penale e al Codice di procedura penale*, Milano, 2024, 74 ss.; GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sist. Pen.*, 22 luglio 2024; ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2023, 895 ss.

dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare²⁶.

2. *L'opera politica della giurisprudenza in continuità con la dottrina.* La visione parcellizzata e parziale della questione e il difetto di risultati per la ricostruzione delle regole per la decisione cautelare sono stati superati in via ermeneutica dalla Cassazione, che ha finito per assumere – se legittimamente si dirà – un sostanziale ruolo di legislatore.

Sui confini concettuali ed applicativi del precetto *BARD* nel *fatto cautelare*, la giurisprudenza pone numerosi punti fermi – che, a volte (poche), trovano sintesi nei principi di diritto ricavati dalla decisione e riprodotti nelle massime, altre volte (la maggior parte) si ricavano dalla parte della motivazione – nei quali si individua l'impegno di ridimensionare gli effetti della stasi legislativa, offrendo una lettura del sistema adeguata all'ideologia garantista del modello processuale contemporaneo.

Le premesse – pure delle alternative ermeneutiche che si offriranno – si rintracciano nella motivazione della sentenza definitiva sulla Trattativa Stato-Mafia²⁷: gli elementi ontologici e i principi dogmatici utilizzati per definire la dimensione contenutistica del ragionevole dubbio e le ricadute nell'ambito del libero convincimento – anche del giudice cautelare – hanno efficacia diffusa, prescindendo dalla collocazione logica del *precetto* nell'art. 533, co. 1 c.p.p.²⁸ in qualità di *regola* del giudizio di merito.

L'arresto ha un evidente valore metodologico, essendo dotato di una pregnante capacità esplicativa del ruolo decisorio della giurisdizione di garanzia: il giudice risolve qualunque *tipo* di controversia sulla base della verifica dei presupposti di fatto e di diritto, accettando come vera o rigettando come falsa la tesi

²⁶ Schema di decreto legislativo A.G. 196 recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, pubblicato in *Dal Parlamento*, a cura di Andreuccioli, in *questa Rivista (Web)*.

Sulla proposta, in generale, GIOSTRA, *Vietare la pubblicazione dell'ordinanza di custodia cautelare: una proposta funzionalmente e sistematicamente in difficoltà di senso*, in *Sist. Pen.*, 7 ottobre 2024.

²⁷ Cass., VI, 24 aprile 2023, n. 45506, cit.

²⁸ Prima della sua codificazione, la regola aveva natura pretoria: in particolare, Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Mass. Uff.*, 222138-222139 e Id., Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276, *ivi*, 226101.

dell'accusa (imputazione o notizia di reato). E offre un *modello normativo limite*, i cui punti fermi, adattabili a tutti i *tipi* di convincimento giudiziale, si rinvengono in tre tracce.

La prima: «l'oltre ogni ragionevole dubbio, come regola giuridica di decisione alla cui stregua deve essere risolto il problema delle prove insufficienti e delle prove contraddittorie, rappresenta il limite della libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi, confinanti con l'arbitrio».

La seconda: «la regola dell'oltre il ragionevole dubbio fonda anche un metodo legale di accertamento del fatto, che obbliga il giudice, a sottoporre, nella valutazione delle prove, l'ipotesi accusatoria alle confutazioni costituite dalle ipotesi ricostruttive antagoniste prospettate dalla difesa. La regola BARD, quale metodo probatorio, impone, dunque, al giudice di adottare un metodo di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio della “dialettica del dubbio” e, in particolare, di accertare l'eventuale esistenza di spiegazioni alternative di un determinato fatto compatibili con le prove assunte, esplicitando razionalmente i motivi per i quali tali ipotesi ricostruttive del fatto non siano ritenute ragionevoli».

La terza: «nella sua complessa valenza, dunque, il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio impone un modello di argomentazione sul fatto che non ammette nella motivazione la sussistenza di dubbi interni (ovvero la autocontraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (ovvero l'esistenza di un'ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)».

In sintesi: se l'ipotesi dell'accusa è supportata dalle prove, mentre le ipotesi alternative non hanno riscontri probatori di alcun tipo e sono solo metafisicamente possibili, allora non vi sono ragioni per coltivare un dubbio favorevole alla difesa. L'*indeterminatezza* puramente speculativa è naturale, è sempre possibile; se bastasse a generare un *dubbio ragionevole*, tutte le vicende penali dovrebbero risolversi in assoluzioni.

A ben vedere, la formulazione della proposizione è *qualitativa* e richiama le prospettive storiche a cui è, di solito, ricondotta²⁹.

²⁹ I filoni storici sono due: quello delle origini nel diritto canonico e nelle preoccupazioni di carattere religioso che animavano i decisori (WHITMAN, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the Criminal trial*, New Haven-London, 2008 spec. 52 ss.) e quello dell'influenza dell'illuminismo e della filosofia moderna (LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in *Legal Theory*, 2003, 295 ss. e SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-*

Con queste premesse si analizza il rapporto tra dinamiche legislative e pratiche corrive.

Gli arresti del diritto vivente condividono l'affermazione secondo la quale il legislatore, nel prevedere all'art. 273 c.p.p. che nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono «gravi indizi di colpevolezza», non ha utilizzato il termine *indizio* nel suo tradizionale significato di elemento di prova critico o indiretto, riferendolo, al contrario, «ai contenuti della prognosi (indizi di colpevolezza) creando un doveroso rapporto tra la valutazione in materia di libertà ed il prevedibile esito finale del giudizio (la colpevolezza intesa come affermazione di penale responsabilità) in termini di qualificata probabilità di condanna, sia pure valutata allo stato degli atti»³⁰.

Ebbene – scrive la Cassazione – «la loro obbligatoria connotazione in termini di gravità, al fine di rendere possibile l'applicazione della misura, sta a significare che l'esito di tale valutazione incidentale deve essere tale da far ragionevolmente prevedere, anche in rapporto alle regole di giudizio tipiche della futura decisione finale, la qualificata probabilità di condanna del soggetto destinatario

American Law of Evidence, Berkeley, 1991, *passim*; ID., *The Beyond Reasonable Doubt Doctrine: 'Moral Comfort' or Standard of Proof?*, in *Law and Humanities*, vol. II, 2008, 149 ss.). Per il primo filone, spesso i giurati si chiedevano a che destino sarebbe andata incontro la loro anima qualora avessero condannato a morte un innocente. La risposta intesa a tranquillizzarli era che l'errore sarebbe stato scusabile qualora l'innocenza dell'accusato fosse apparsa un'ipotesi ragionevole. Ossia, l'anima del decisore sarebbe stata salva con una convinzione oltre ogni ragionevole dubbio, pur se non si fosse salvata la vita di un innocente. Per il secondo filone, invece, lo standard nasce con il progresso scientifico, la filosofia moderna e la rivalutazione della ragione umana da parte dei pensatori illuministi secolarizzati, i quali, pur confidando nella ragione, sapevano che nelle vicende umane (a differenza che nella logica o nella matematica) la certezza assoluta è inattuabile.

Sulle origini, CARLIZZI, *Liberò convincimento e ragionevole dubbio processo penale. Storia prassi teoria*, Bologna, 2018, 49 ss.; RUGGIERI, *Beyond any reasonable doubt: una matrice di common law*, in INCAMPO, SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari, 2017, 307-323; TUZET, *La prova ragionata*, cit., 236 ss.

³⁰ Cass., I, 24 aprile 2024, n. 31751.

«In tema di libertà l'indizio indica un dato significativo, nella fase iniziale della procedura, per la riconducibilità di un illecito penale a un soggetto determinato: insomma, l'elemento caratterizzante l'indizio consiste essenzialmente nella provvisorietà del risultato cui consente di pervenire. E ancora, la circostanza assume rilevanza indiziaria soltanto laddove essa risulti certa nella sua storia resistenza virgola non potendosi parlare di indizio in riferimento a un dato non verificato. In sintesi, sembra possibile dedurre che l'adozione di misure cautelari poggi su dati effettivamente verificatisi, ma precari e non definitivi, cioè sulle conoscenze ottenute isolando il risultato raggiunto nell'accertamento del fatto fino ad un certo momento»: GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 748.

della misura». Di conseguenza – conclude – il giudice chiamato a pronunciarsi in sede cautelare personale, per garantire la «corretta attuazione ai contenuti del giudizio prognostico» deve confrontarsi, tra le altre, «con le regole di giudizio previste in sede di decisione finale del procedimento di primo grado, ivi compresa quella espressa dall'art. 533 co. 1 c.p.p.», le quali sono applicabili «in via mediata posto che un serio giudizio prognostico di elevata probabilità di condanna non può prescindere dalla necessità di proiettare il valore degli elementi di prova acquisiti sulla futura decisione e sulle sue regole normative tipizzate in tal sede»³¹.

Il metodo dà continuità alla dottrina impegnata – con osservazioni che, quando sono remote, conservano attualità – a presentare il fumus *commissi delicti* alla stregua di categoria connessa ai criteri di epistemologia giudiziale tipici del giudizio di responsabilità, a recuperare le cautele nella dinamica probatoria e ad estendervi l'art. 533, co. 1 c.p.p.³².

L'approccio, inoltre, si orienta secondo la giurisprudenza europea che ha esteso alla vicenda cautelare le garanzie dell'equo processo³³.

³¹ Cass., I, 24 aprile 2024, n. 31751, cit.; Id., I, 26 marzo 2024, n. 26597; Id., III, 20 marzo 2024, n. 17839; Id., III, 21 febbraio 2024, n. 18053; Id., III, 6 febbraio 2024, n. 14309; Id., I, 6 ottobre 2023, n. 3718; Id., I, 31 maggio 2023, n. 41819; Id., I, 19 aprile 2023, n. 35589; Id., III, 5 marzo 2024, n. 18057; Id., I, 7 marzo 2023, n. 26043; Id., I, 30 marzo 2023, n. 23561; Id., I, 21 marzo 2023, n. 23077; Id., I, 10 febbraio 2023, n. 21508; Id., I, 22 giugno 2022, n. 42538; Id., I, 16 dicembre 2021, n. 16330; Id., I, 17 dicembre 2021, n. 15599; Id., I, 24 novembre 2021, n. 12913; Id., I, 10 novembre 2021, n. 12905, n. 12904, n. 12745; Id., I, 16 dicembre 2020, n. 10947; Id., I, 4 novembre 2020, n. 1744; Id., I, 18 giugno 2020, n. 20291; Id., I, 28 gennaio 2020, n. 13060; Id., II, 18 febbraio 2020, n. 8949; Id., I, 28 maggio 2019, n. 33860; Id., II, 15 maggio 2019, n. 23111, n. 23110; Id., I, 16 novembre 2018, n. 12485, n. 12483. Conformi, Cass., II, 7 dicembre 2017, n. 12851, in *Mass. Uff.*, 272687; Cass., VI, 15 febbraio 2017, n. 11550, *ivi*, 269138; Id. II, 28 giugno 2016, n. 43146, *ivi*, 268370. Già Cass., SS. UU., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.

³² DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale, vol. II, Le misure cautelari*, a cura di Scalfati, Milano, 2008, 50; FERRAIOLI, *Le misure di cautela personale*, in GAITO (a cura di), *Le nuove disposizioni nel processo penale*, Padova, 1989, 229; Id., voce *Misure cautelari*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 8; FERRUA, *La prova nel processo penale*, volume I, *Struttura e procedimento*, Torino, II ed., 2017, 92; MAGI, *Chiamata di correo e procedimento cautelare*, in *Foro nap.*, I, anno I, 1995, 47 ss.; MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 10 (dell'estratto); Id., *Giusto processo e misure cautelari*, in KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 261; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., *passim*, spec., pp. 266, 263-264, 269-270; RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, 242-243.

³³ Da ultima, Corte eur., 4 aprile 2023, Radonjić e Romić c. Serbia.

In sintesi, le tracce argomentative: intanto – si fa notare – «codificando la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio la legge Pecorella non ha aggiunto nulla di quanto non fosse già implicito nel concetto di provare fuori dal settore deduttivo»; difatti, «quando si afferma che una proposizione è provata, aggiungere che lo è oltre ogni ragionevole dubbio, assume solo un valore esplicativo»³⁴. Entrando nel merito della questione, si scrive: «nella deliberazione sul *fumus commissi delicti* assumono il ruolo di modello normativo i criteri di valutazione della prova e le regole di giudizio applicate a chiusura del dibattimento»³⁵, dal momento che «la fase del dibattimento rimane il riferimento obbligato quando occorre stabilire il livello di convincimento sull'ipotesi d'accusa adeguato a produrre conseguenze sullo status personale equiparabili agli effetti giuridici della sentenza di condanna». Specificamente: «il percorso logico interno alla decisione sul presupposto di cui all'art. 273 si può suddividere in due momenti, l'uno retrospettivo, l'altro prognostico (...) il primo, non diversamente dal giudizio storico finale, attiene al grado di conferma probatoria ottenuto sino a quel momento dell'*iter* processuale dalla ricostruzione del fatto di reato che si assume accaduto, e del suo collegamento, secondo il criterio sostanziale di colpevolezza, con chi ne appare l'autore; il secondo consiste nella prognosi attuale che il soggetto privato della libertà personale sarà condannato al termine del processo e subirà gli effetti giuridici penali dell'affermazione di responsabilità, da intendersi come prospettiva di addivenire in seguito all'accertamento dei requisiti necessari alla punibilità dell'imputato». Ora, è «quasi ovvio, che il dubbio accompagni in maniera indefettibile un giudizio di natura prognostica, qual è richiesto nella decisione relativa al *fumus commissi delicti*», tuttavia, «non

In argomento, diffusamente, TRAPPELLA, *Brevi note sull'equo processo cautelare*, in *Riv. Arch. Pen.*, 2021, n. 1, *passim*.

³⁴ FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 92. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 78-79.

Cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2006, 1001

³⁵ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 266.

Allo stesso modo, MAGI, *Chiamata di correo*, cit., 48.

MARZADURI, voce *Misure cautelari personali*, cit., 9 (dell'estratto) inserisce nel contesto dell'attività ricognitiva del giudice *ex art. 273, co. 1 c.p.p.* le regole di valutazione della prova indiziaria stabilite dall'art. 192, co. 2 c.p.p.

Per VIGONI, *Giudizi prognostici e ragionevole dubbio*, in INCAMPO, SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale*, cit., 388 l'indagine deve spingersi fino al punto di considerare – è così per le misure maggiormente afflittive – anche l'entità della pena concretamente applicabile.

bisogna confondere l'incertezza circa il fatto della valutazione anticipata di responsabilità riceva o meno conferma al termine del processo, con il grado di attendibilità dell'ipotesi accusatoria allo stato insufficiente ad escludere soluzioni concorrenti (...) ferma restando la necessità di ridurre anche i margini di errore insiti nella prima operazione, nel compiere la seconda, che abbiamo definito retrospettiva, il giudice deve comportarsi come se fosse al momento investito della decisione finale, e dunque controllare se taluni elementi specifici a disposizione possono ragionevolmente avvalorare una conclusione alternativa o, piuttosto, se le prove a carico fino ad allora acquisite siano idonee a confinare le ipotesi antagoniste in un ambito tanto esiguo da poter essere convenzionalmente accettato»³⁶. Di conseguenza, «il gip è obbligato, sin dall'emissione del provvedimento, a proiettare l'efficacia dimostrativa degli elementi raccolti - e sottoposti a valutazione incidentale - sul possibile esito del giudizio finale, presumendo (...) quantomeno l'equivalenza dei risultati conoscitivi»³⁷.

Pur in un contesto di contiguità prospettica, in dottrina si registrano *varianti* che evidenziano i rischi di tali teorie. In particolare, speculando - per un verso - sulla *ratio* dell'introduzione dell'art. 273, co. 1 *bis* c.p.p. e - per altro verso - a proposito delle relazioni tra la seconda parte del co. 1 dell'art. 273 c.p.p. e l'art. 275, co. 2 c.p.p.³⁸, si fa notare - rispettivamente - che «la modifica legislativa (...) pare aver determinato un'anticipazione, sul terreno cautelare, dell'operatività di regole in tema sia di inutilizzabilità probatoria sia di valutazione della prova ai fini della decisione, provocando non solo un irrigidimento del criterio di apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza, ma anche, conseguentemente, un pregiudizio circa la sorte processuale del soggetto sottoposto a cautela», e che il principio di proporzionalità «vietando inutili sacrifici della libertà nel nome di un rapporto di proporzionalità tra misura da applicare, entità del fatto e sanzione da irrogare, impone di non sottoporre a misura coercitiva una persona che non sarebbe condannata o che, anche se lo fosse, non dovrebbe in concreto scontare alcuna pena». Circostanza che «nella pratica (...) si

³⁶ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., pp. 263-264, 269-270.

³⁷ MAGI, *Chiamata di correo*, cit., 48.

³⁸ «L'art. 273 c.p.p. richiede, quale condizione per l'applicabilità di una misura, anche la mancanza di cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena (...) la disposizione in esame rappresenti una realizzazione del cosiddetto principio di proporzionalità previsto dall'art. 275 co. 2 c.p.p.»: GARUTI, voce *Misure coercitive*, cit., 748.

presenta piuttosto delicata, essendo di fatto richiesta al giudice una valutazione prognostica sulle risultanze di merito del processo, necessariamente caratterizzata da una notevole componente di discrezionalità»³⁹.

Ulteriori pronunce e dottrine offrono l'occasione per riflettere, in via essenziale (il tema è *extravagante* rispetto all'oggetto della ricerca) sul rapporto tra l'art. 533, co. 1 c.p.p. e l'art. 530, co. 2 c.p.p.

La Cassazione consolidata – in continuità con la dottrina⁴⁰ – attribuisce al sintagma **BARD** natura meramente ricognitiva, ritenendolo la pedissequa ripetizione dell'art. 530, co. 2 c.p.p., non invece un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova⁴¹.

La considerazione pone il problema della *qualità* delle disposizioni richiamate (art. 533, co. 1 e 530, co. 2 c.p.p.) e quello, conseguente, della relazione tra formule dubitative e regole di giudizio; prima ancora, la questione è sintattica e riguarda la ritenuta sinonimia tra proscioglimento e assoluzione.

A schema. Intanto, il *proscioglimento* è un *modo* per risolvere l'accertamento del fatto e della responsabilità, inclusivo dell'*assoluzione* (che riguarda il merito: fatto e responsabilità) e della declaratoria di *non doversi procedere* (relativa

³⁹ GARUTI, voce *Misure coercitive*, cit., 747 e 748.

⁴⁰ Con diversità di argomentazioni, CANZIO, *L'“oltre il ragionevole dubbio”: come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 306-307; CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 118-120; CHINNICI, *L'“oltre ogni ragionevole dubbio”: un nuovo criterio del giudizio di condanna?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12, 2006, 1553-1558; DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 173-174; IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3872-3873; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 231 ss.; TRIGGIANI, *Lo standard dimostrativo nella decisione di colpevolezza*, in INCAMPO, SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale*, cit., 327-330; UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2021, 175; VIGONI, *Giudizi prognostici*, cit., 389-390.

In senso critico, DINACCI, *Regole di giudizio*, cit., 44-45 e GIUNCHEDI, *I dubbi nel processo penale*, in TESTAGUZZA (a cura di), *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, Milano, 2018, 44.

⁴¹ Cass., II, 17 marzo 2023, n. 22039, cit., che richiama Cass., Sez. un., 21 aprile 2006, n. 19575, in *Mass. Uff.* n. 233785 e Id., II, 2 aprile 2008, n. 16357, *ivi*, n. 239795.

Conformi, Cass., II, 28 febbraio 2023, n. 10989; Id., II, 3 febbraio 2023, n. 11288; Id., II, 25 gennaio 2023, n. 10536; Id., II, 6 dicembre 2022, n. 4832; Id., II, 23 settembre 2022, n. 43199; Id., II, 31 marzo 2022, n. 23970; Id., II, 16 dicembre 2021, n. 7249; Id., II, 18 novembre 2021, n. 2134; Id., II, 15 ottobre 2021 n. 46385; Id., II, 10 giugno 2021, n. 26802; Id., II, 24 novembre 2020, n. 9102; Id., II, 28 ottobre 2020, n. 9858; Id., II, 6 ottobre 2020, n. 37877; Id., II, 18 aprile 2019, n. 25221; Id., II, 27 settembre 2018, n. 2713.

all'azione e/o al reato)⁴²; è *formula* - quando si esemplifica nell'assoluzione - che risolve l'esito del processo in termini di innocenza.

Con tale approccio, l'*insufficienza* delle prove considerata nel co. 2 dell'art. 530 c.p.p., rapportata al co. 1, descrive i diversi *gradi* della ricognizione di merito direttamente connessi all'evento probatorio, sui quali il legislatore costruisce le (più o meno incisive) formule assolutorie in fatto, di cui il giudice si avvale per identificare le *manifestazioni sintattiche* del (proprio) libero convincimento e selezionare quella meno pregiudizievole all'imputato (artt. 27, co. 2 e 111, co. 6 Cost.).

In sintesi: le due proposizioni sono affatto diverse, nel ruolo e nei contenuti, giacché l'art. 530, co. 2 (e 3), c.p.p. è *formula assolutoria* che traduce in *espressioni verbali* gli effetti dell'applicazione dell'art. 533, co. 2 c.p.p.⁴³; viceversa, al di là di ogni ragionevole dubbio è *regola* dettata nell'art. 533, co. 2 c.p.p. per orientare preventivamente la ricostruzione dell'imputazione, è limite frenante della sentenza di condanna, è «criterio di giudizio della motivazione»⁴⁴.

3. *Cognitivismo cautelare e principio del ragionevole dubbio.* A questo punto dello studio, bisogna stabilire se per le vicende valutative cautelari ci si possa spingere - in assenza di un'espressa disposizione legislativa - a considerare operativa la preclusione generata dal ragionevole dubbio e, in caso affermativo, in quale senso; e se sia fruibile l'indirizzo giurisprudenziale di richiamare a tale scopo l'art. 533, co. 1 c.p.p.

Le osservazioni, quando si pongono in linea di *discontinuità* - è opportuno specificarlo - non abiurano la concezione illuministica di legalità né rinunciano all'ideale di un modello liberale di diritto e di processo penale⁴⁵ e nemmeno

⁴² Per approfondire la vicenda storica ed etimologica, si rinvia al nostro Immediata declaratoria e processo penale, Padova, 2010, 3-114.

⁴³ Diversamente, con varietà di argomentazioni, CHINNICI, *L' "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., 1555; SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la legge "Pecorella"*, Torino, 2006, 251; VIGONI, *Giudizi prognostici* cit., 375.

⁴⁴ DINACCI, *Regole di giudizio*, cit., 58.

In particolare, in riferimento ai reati ad alta complessità strutturale e di accertamento, DINACCI, *Il ragionevole dubbio tra l'obbligo di motivazione ed il controllo di una giustificazione razionale*, in PUCELLA, DE SANTIS, *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, Padova, 2007, 255.

⁴⁵ In tema, ORLANDI, *Alcune osservazioni sul Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in *Giust. Pen.*, 2024, 117-122.

negano vocazione pretoria alla procedura penale⁴⁶; al contrario, esse percepiscono gli spazi sempre più ampi occupati da una giurisprudenza debitamente vocata alla tutela dei diritti e la conseguente evoluzione in senso garantista del diritto.

Ciò, tuttavia, non impedisce osservazioni critiche nelle evenienze in cui la giurisprudenza *costruisce* diritto fondato su esegesi valoriali⁴⁷, spesso *eccentriche* rispetto all'entità, all'estensione e all'autorità della volontà del legislatore, rischiando di mettere in crisi la razionalità sistematica delle decisioni che vi si collegano⁴⁸.

Invero, mentre il *momento giurisprudenziale* del diritto rappresenta un fattore endemico nella sua dinamicità ed evoluzione storica e nel suo adeguarsi alla situazione contingente⁴⁹, l'opera creativa della giurisdizione, costituendo un esercizio di potere, è ammessa, purché si muova nell'ambito della stretta legalità, senza alterare postulati e regole né realizzare forme patologiche del circuito legge-interpretazione.

Ragionare diversamente – quindi, nel caso di specie, riferire l'art. 273 c.p.p. ad un'ipotesi non ascrivibile ad alcuno dei suoi possibili significati, come nel caso

Cfr., BARTOLI, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *Sist. Pen.*, 3 ottobre 2024.

⁴⁶ RICCIO, *Spunti metodologici e conflitti tra dottrina e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, n. 4, 1990, 657.

⁴⁷ WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974.

⁴⁸ In particolare, FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 15 e 22 (lo commenta, GUASTINI, *Creazionismo giudiziario*, in *Ragion pratica*, n. 55, 2020, 391-400) e VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *questa Rivista*, n. 2, 2018.

In argomento, in generale, DICIOTTI, *Le attività creative del giudice*, Modena, 2022, *passim*; PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021, 199-216, 333-350.

Cfr., KELSEN, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), trad. it. di Geraci, in GERACI, *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, 162-163 e GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di Vattimo, Milano, 1989, 370-382.

Meritano un particolare interesse i temi della filosofia giuridico-penale che, se contestualizzati (investendo precipuamente i problemi di fondo del diritto penale), svelano un carattere straordinariamente stimolante per la comprensione laica della legittimazione della scienza processual-penale: FORNASARI, MACILLO (a cura di), JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Napoli, 2015, *passim*.

⁴⁹ RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 87; ID., *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, Napoli, 2015, 14.

dell'art. 533, co. 1 c.p.p. - legittimerebbe il ricorso all'analogia⁵⁰; confine invalicabile del ragionamento giudiziale qualora la disposizione da estendere abbia contenuti di sostanza e non di mera forma, perciò, ogniqualvolta si tratti di criteri di condotta dettati in disposizioni attributive di potere ed esplicative del modo di esercitarlo.

Ora, non è in discussione il pregio culturale e scientifico dei prodotti intellettuali selezionati. Tuttavia, sia consentito proporre un percorso motivazionale differente dalle definizioni che uniformano il modello del *ragionamento* cautelare alle prescrizioni - strutturali e modali - dettate per l'accertamento compiuto dell'imputazione, al punto da *trasferire* l'art. 533, co. 1 c.p.p. nelle regole per l'esercizio della giurisdizione *de libertate*, finendo, di fatto, per aggiungere contenuti all'art. 273, co. 1 *bis* c.p.p. ed invadere, di fatto, spazi riservati al legislatore. E resistente alla teoria per la quale il giudizio sulla gravità indiziaria debba avere carattere prognostico e condurre ad un'alta probabilità di condanna della persona da sottoporre a cautela.

In particolare, si vuole dimostrare che il ragionevole dubbio è prerogativa non sottraibile al libero convincimento del giudice della cautela⁵¹, ma il metodo per adattarlo non è il richiamo alla regola per la condanna dettata dall'art. 533, co. 1 c.p.p. Siamo convinti, infatti, che la disposizione, definendo contenuto e funzione nel versante dell'imputazione, non può essere impiegata ai fini dell'apprezzamento dei gravi indizi di reità (art. 273, co. 1 c.p.p.) e di ogni altro elemento da cui dipenda l'*an* della cautela (art. 274 c.p.p.).

Dunque, il ragionamento.

L'innequivocabile raccordo dell'art. 533, co. 1 c.p.p. nel cono degli artt. 187, 192, co. 1, 526, co. 1 c.p.p. riconduce la regola *BARD* nelle dinamiche relative al *thema probandum* e negli itinerari del ragionamento giudiziale sull'insieme dei presupposti che consentono di ricondurre il fatto criminoso alla sfera della volontà dell'imputato o, comunque, al suo potere personale di controllarlo, così da potergli rivolgere un rimprovero per essersi reso responsabile di un fatto

⁵⁰ Sono pertinenti - contestualizzate - le *lezioni* della Corte costituzionale e delle Sezioni unite civili sui confini dell'interpretazione analogica: rispettivamente, Corte cost., 14 maggio 2021, n. 168 e Cass. civ., Sez. un, 28 gennaio 2021, n. 2061 e Id., 6 dicembre 2021, n. 38596.

In dottrina, TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma-Bari, 2020, *passim*, spec. 25-29.

⁵¹ In senso contrario, Cass., III, 28 giugno 2016, n. 43146, in *Mass. Uff.*, 268370; Id., V, 12 dicembre 2019, n. 10995; Id., IV, 7 marzo 2024, n. 28661.

oggetto di una propria deliberazione volontaria oppure che egli avrebbe potuto e dovuto evitare comportandosi in maniera più avveduta. La innesta in uno statuto che radica la giustezza del processo e del suo epilogo sull'intima compenetrazione tra contraddittorio³² e saperi del giudice, e pratica la condanna, solo quando la responsabilità sia provata oltre ogni ragionevole dubbio, e l'assoluzione, negli altri casi.

Non solo. In quella *sede* (nel Giudizio), l'art. 533, co. 1 c.p.p. risponde all'opzione di fornire alla giurisdizione un parametro valutativo per la *sentenza giusta*, rispondente, cioè, ad una nozione di verità³³ che riduca il rischio di condanne ingiuste e che ancori l'affermazione di responsabilità a criteri decisori quanto mai stringenti e ad una disamina di tipo logico³⁴. Traccia le coordinate funzionali a disciplinare le espressioni dei saperi disponibili e stabilisce relazioni necessitate tra imputazione, valutazione, decisione e pena³⁵, congeniali per fissare la dimensione dell'innocenza e, di conseguenza, per superare la preclusione contenuta nell'art. 27, co. 2 Cost., la quale, appunto, deve essere spinta fino al di là di ogni ragionevole dubbio. Legittima la pronuncia di condanna qualora il peso dimostrativo del patrimonio di conoscenze spendibili rispetto all'ipotesi introdotta dall'accusa escluda qualsiasi alternativa non implausibile³⁶. Richiede

³² In funzione di regola del processo per il giudizio a partire da RICCIO, *Diritto al contraddittorio e riforme costituzionali*, in *Pol. dir.*, 3, 1999, 494.

In tale direzione, pur nelle naturali differenze di approccio e prospettive, la giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha eletto il contraddittorio a carattere distintivo della prova. A partire da Corte eur., 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria, Id., 12 marzo 2024, Orgau Sahin c. Turchia.

In dottrina, VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Riv. Arch. pen.*, 2016, 2; ID., *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, 2016, 449 ss.

³³ GARAPON, *Processo penale e forme di verità*, Udine, 2024, *passim*.

³⁴ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 225 ss.

³⁵ In argomento, GAITO, *Imputazione e thema probandum*, in TESTAGUZZA (a cura di), *Esercitazioni penali*, cit., 85-98.

³⁶ In via esemplificativa, l'ultima Cass., IV, 26 giugno 2024, n. 28480 e n. 26959, cit.

In dottrina, GIUNCHEDI, *I dubbi nel processo penale*, in TESTAGUZZA (a cura di), *Esercitazioni penali*, cit., spec. 47 e di recente, DE CARO, *Premesse e criticità del procedimento probatorio e del segmento della valutazione della prova*, in CATALANO, FERRUA (a cura di), *Corderiana*, cit., 194-197.

che il giudizio controfattuale avvenga rispetto al singolo *comportamento* storico, alla singola *situazione* storica e alla singola *conseguenza* storica⁵⁷.

Ebbene, se in forza di tale approccio, l'accusa (art. 417, co. 1, lett. b) c.p.p.) è *fatto* sorretto da una presunzione legale di falsità e, pertanto, richiede di essere suffragata da conferme e non smentita da controprove, i presupposti di sistema su cui si fonda il *dubbio ragionevole* regolato nell'art. 533, co. 1 c.p.p. trovano sintesi nelle coordinate degli strumenti cognitivi del giudice (artt. 194 ss. e 496 ss.; 189 c.p.p.); specificamente, nelle *forme* di acquisizione (art. 111, co. 4 Cost.; 507 e 603 c.p.p.) e nei *vincoli* di impiego dei suoi *saperi* (artt. 191 e 526, co. 1 c.p.p.), nei *modi* delle inferenze probatorie (art. 192, co. 2-4, 526, co. 1 *bis* c.p.p.) e del controllo della decisione (artt. 546, co. 1, lett. e) e 606, lett. e) c.p.p.). Contesti, ciascuno, che non convergono affatto con il giudizio cautelare, al quale non possono essere estesi.

Eppure, la circolarità delle prerogative soggettive interne al processo e la visione complessiva del sistema, per cui le cautele non risultano *neutre* nei confronti dell'avvenimento fattuale - salvo stabilire il corretto rapporto con la prova - assecondano riflessioni propositive che si muovono in linea di continuità rispetto al profilo ontologico delle teorie consolidate che - si ripete - investono sul trasferimento, nel piano delle misure cautelari personali, della regola codificata in punto di merito, mentre sono discontinue rispetto ad un inquadramento dogmatico che finisce per inserire implicitamente l'art. 533, co. 1 c.p.p. nell'ambito delle regole dettate dall'art. 273, co. 1 *bis* c.p.p.

Il progetto che si coltiva è ripensare a quei *detti* attraverso un approccio che riconosce alla proposizione al di là di ogni ragionevole dubbio *forma e forza di principio assiomatico*, valido *in e per* ogni tipo di apprezzamento del fatto - interlocutorio o definitivo, per le cautele come per la pena - e che, nella qualità, supera la naturale selettività dell'art. 533, co. 1 c.p.p., figurando un parametro di comportamento generale per il giudice. In tal modo, da un lato, *conserva* l'incontestabile (ed incontestata) dimensione soggettiva di clausola rivolta alla tutela dell'innocente, dall'altro, dichiara la natura oggettiva di connotazione naturalmente riconducibile alla giurisdizione.

Snodo essenziale è individuare il modo con cui adattare la *filosofia del dubbio*, codificata solo nel giudizio di merito, a vicende nelle quali è esclusa.

⁵⁷ Per tutte, Cass., VI, 27 aprile 2023, n. 45506, cit.

L'operazione è possibile se la questione si esamina nel cono della presunzione di innocenza, della quale ripete i caratteri, rappresentandone la forma di attuazione e consentendole, così, di essere operativa nel processo⁵⁸. Insomma, quel canone, definendo il *confine* da valicare per un giudizio (definitivo o incidentale) di colpevolezza, rappresenta la condizione del concreto realizzarsi della presunzione stessa.

A questo punto, bisogna intendersi sulla dimensione dell'*innocenza*⁵⁹, giacché su questa si misurano il *carattere ragionevole* del dubbio e le ragioni della sua diffusa applicabilità.

Ebbene, non può negarsi alla presunzione di non colpevolezza – in funzione di regola *della e per* la decisione – la natura di principio, la cui politicITÀ, se ieri rispondeva all'urgenza di rovesciare un impianto processuale autoritativo, frutto di una pratica di governo cancellata alla radice dalla Costituzione, oggi si mostra coerente alla rifondazione del garantismo penale che, in linea di continuità con il risalente atteggiamento, ne rafforza la concezione nel senso di innocenza, ne consolida la funzione di situazione giuridica soggettiva protetta⁶⁰, di garanzia individuale che orienta il modo di agire dei soggetti pubblici del processo, legittimando bilanciamenti di prerogative e/o interessi contrapposti. Nelle *qualità*, essa è *paradigma di sistema* – a nostro avviso, primario – nella cui orbita ruotano i poteri giudiziari, siccome funge da canone ermeneutico di tutte le norme che organizzano le fasi decisionali del processo⁶¹. È innegabile,

⁵⁸ Diversamente, CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 51 (già in voce *Condanna (diritto processuale penale)*, Annali II, tomo I, Milano 2008, 102), CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 44; COLAMUSSI, *"Oltre il ragionevole dubbio": il principio e la Costituzione*, in INCAMPO, SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, cit., 173; FERRUA, *Regole di giudizio e standard probatori*, cit., 81-82.

⁵⁹ In tema, si riportano le osservazioni – che conservano rilevanza nell'ottica del garantismo penale post-moderno – di GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d'indagine*, in *Giust. pen.*, 3, 1975, 520: «nel linguaggio usuale il termine innocente sta tradizionalmente a denotare la assoluta estraneità ad un fatto riprovevole, e, più specificamente, ad un fatto-reato», mentre sarebbe «di portata più ampia, la nozione di non colpevole, ricollegandosi il giudizio di non colpevolezza tanto alla riconosciuta estraneità dell'imputato al fatto-reato, quanto ad altre ragioni, quali, ad esempio, la presenza di scriminanti, l'incapacità psichica, la mancanza dell'elemento psicologico, che implicano addirittura la commissione del fatto-reato».

⁶⁰ Sulla definizione, VALENTINI, *Situazioni soggettive*, in CATALANO, FERRUA (a cura di), *Corderiana*, cit., 135 ss. (e in *Riv. Arch. pen.*, 2023, n. 2).

⁶¹ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 136, 138.

infatti, lo stretto legame tra presunzione di innocenza e giurisdizione⁶²: la prima è regola di comportamento per la seconda, insistendo entrambe in un sistema nel quale nessuna presunzione - o prova legale - può interferire con il libero convincimento del giudice e con il suo ragionamento motivazionale. Pertanto, il *peso* assiomatico dell'art. 27, co. 2 Cost. non va individuato nella mera salvaguardia della persona di fronte all'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato; piuttosto, va decifrato rispetto all'esercizio illegale di quella autorità. Se non fosse così, non sarebbe stata avvertita l'urgenza di fissare precetti rigidi per disciplinare il (pur) libero convincimento del giudice e la norma costituzionale non sarebbe stata posta a salvaguardia dei diritti *sussequenti* (artt. 24, co. 2°, 112, 111, Cost.), esprimendosi, al contrario, alla maniera di mero garantismo.

3.1. (*segue*) il principio *del al di là di ogni ragionevole dubbio: le ricadute nel sistema di valutazione del fatto* cautelare. In siffatta proiezione, il sintagma *BARD* si recepisce alla stregua di *principio*⁶³, in quanto il suo contenuto scaturisce dal diritto positivo (art. 27, co. 2 Cost.); di *assioma* che manifesta una forza intrinseca, un'essenza valoriale, una dimensione collettiva, un carattere *aprioristico* indipendenti dall'art. 533, co. 1 c.p.p., relazionandosi, invece, con l'insieme di garanzie procedurali rappresentato - per un verso - dagli artt. 24, co. 2, 112, 111 Cost. e - per altro verso - dal binomio degli artt. 27, co. 2 Cost. e 192, co. 1 c.p.p. Perciò, non richiede ulteriore dimostrazione ed esige rispetto assoluto da parte del legislatore, del giudice e del dogmatico; non per approssimazione o nella misura in cui sia possibile.

⁶² Sull'endiadi, BOBBIO, *Prefazione a Ferrajoli, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996, VIII.

⁶³ Sulla base di differenti, accorsate argomentazioni, inquadra il ragionevole dubbio tra i *principi* - nell'accezione e secondo le distinzioni (tra principi e regole) proposte da DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), edizione italiana, *I diritti presi sul serio*, a cura di Muffato, Bologna, 2010, spec. cap II, 37 ss. (cfr., le posizioni spesso contrapposte di HART, *The Concept of Law* (1961), edizione italiana, *Il concetto di diritto*, a cura di Cattaneo, Torino, 1965, 106 e di RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 81, 1972, 838 ss.) FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 94.

Cfr. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. a cura di Marino, Milano 2003, *passim*, spec. 10.

L'approccio sembrerebbe trovare conferma nel diritto dell'Unione europea; specificamente, nell'art. 6 della direttiva (UE) 2016/343⁶⁴. Infatti, se per un verso, è stabilita la competenza del legislatore nazionale a fissare il grado di convincimento del giudice cautelare circa l'autore del reato, le modalità di esame dei diversi elementi di prova e la portata della motivazione in risposta agli argomenti sottopostigli⁶⁵, per altro verso, nel par. 2, il legislatore europeo stabilisce che «ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato», facendo chiaramente intendere che la presunzione di innocenza informa ogni *tipo* di giudizio diretto a rapportare il reato all'indagato. Sono esclusi, per espressa previsione degli artt. 6, par. 2 e 4 dir., gli atti della pubblica accusa e le decisioni preliminari di natura procedurale, non anche il provvedimento dispositivo della misura cautelare, giacché è *atto del giudice*, non del pubblico ministero.

Si rifletta adesso sui segmenti normativi. L'uno (artt. 24, co. 2, 112, 111 Cost.) obbliga il giudice ad estromettere l'indagato/imputato dalla controversia – principale o incidentale e senza margini di discrezionalità⁶⁶ – nel caso in cui il quadro delle evidenze disponibili appaia irragionevole; impegno che, se la *destinazione* è il *merito* e l'oggetto è l'imputazione, si formalizza espressamente nell'art. 533, co. 1 c.p.p. che, a sua volta, *lega* il dubbio alle prove acquisite nel contraddittorio tra le parti e alle ipotesi ricostruttive alternative emerse nel corso nella dialettica processuale⁶⁷. E dimostra che il ragionevole dubbio non è una generalizzazione ottenuta dall'art. 533, co. 1 c.p.p., ma è il fondamento.

⁶⁴ Dalla direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, in *GUUE*, 11 marzo 2016, L65/1, recepita nell'ordinamento interno dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188, in *Gazz. Uff., Serie Generale* n. 284 del 29 novembre 2021, *Suppl. Ord.*

Cfr., Corte eur. GC, 12 luglio 2013, *Allen c. Regno Unito*.

In dottrina, in generale, le note critiche VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE*: per aspera ad astra, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2016.

⁶⁵ Corte giust., 29 novembre 2019, C-653/19; Id., 19 settembre 2018, C-310/18; Id., 12 febbraio 2019, C-8/19.

⁶⁶ *Contra*, CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 51 ss.; VIGONI, *Giudizi prognostoci*, cit., 378;

⁶⁷ Cass. VI, 24 aprile 2024, n. 45506, cit.: l'oltre ogni ragionevole dubbio «impone al giudice di condannare l'imputato alla sola condizione che le prove acquisite nel contraddittorio fra le parti lascino fuori soltanto eventualità remote pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili, ma la cui realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze probatorie, ponendosi in ultima analisi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»;

L'altro (artt. 27, co. 2 Cost. e 192, co. 1 c.p.p.) garantisce dal rischio di riportare l'*intelligere* giudiziale all'intimità del giudicante e di iscrivere i ragionamenti sul fatto-reato (*notitia criminis* o imputazione) in un una cornice etica, vietando al giudice un'*interpretazione traducente*⁶⁸ e obbligandolo a metodi codificati. Detto altrimenti, pur senza voler sfociare nel puro giuspositivismo, il giudice della cautela deve rimanere fedele al metodo positivo, ai criteri razionali, agli statuti epistemologici del ragionamento fattuale desumibili dalla logica, dalla scienza e dal senso comune, astenendosi da qualsiasi soggettivismo, pertanto, il giudizio sulla *probabile* colpevolezza dell'indagato/imputato deve basarsi sui criteri della coerenza, della compatibilità con le conoscenze di sfondo, della compiutezza del quadro probatorio, dell'attendibilità dei processi cognitivi rilevanti.

Entrambe le linee riconoscono al dubbio ragionevole un carattere centrale, *ideale* e un'efficacia *intersistemica*, siccome è legittimato in tutte le occasioni collegate alle valutazioni giudiziali (cautelari e di merito), garantendo il corretto funzionamento della regola costituzionale del giudizio espressa nell'art. 27, co. 2 Cost.; e si riassume in un apprezzamento di *certezza* (per il merito) o di *credibilità* (per la cautela) – consono alla sua natura qualitativa – per cui la pretesa del pubblico ministero è accolta se si basa sull'unica ipotesi spendibile, date le evidenze (probatorie o indiziarie)⁶⁹.

L'asserita circolarità tra *dubbio* e *cautele* passa attraverso argomentazioni progressive. Alcune hanno radice politica: se la sanzione segue legittimamente la dichiarazione di colpevolezza solo in ragione di un sistema di valori bilanciati rispetto alla libertà personale, a maggior ragione, la limitazione in via incidentale di un «diritto soggettivo perfetto»⁷⁰ – quale è la libertà personale, posto il

«preclude che la condanna dell'imputato sia fondata esclusivamente sulla 'consistente verosimiglianza' o sulla 'forte plausibilità' della ricostruzione adottata in quanto queste evenienze non confinano nell'ambito dell'irradiazione o le ipotesi ricostruttive alternative emerse nella dialettica processuale».

⁶⁸ Nel significato, contestualizzato, utilizzato da BETTI, *L'elogio dell'interpretazione traducente nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, MMXII, 21 ss., sulla scia del pensiero di Gadamer (*Verità e metodo*, cit., 361): «chi comprende comprendendo, già traduce per sé, nel proprio idioma il testo che sta interpretando».

⁶⁹ Per FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 90-91, il ragionevole dubbio dovrebbe funzionare come se fosse autoevidente.

⁷⁰ Considerando il valore e gli spazi attribuiti al diritto alla libertà da DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 383-391

carattere peculiare e primordiale dell'interesse che vi è sotteso e la sua rilevanza, pure internazionale e sovranazionale⁷¹ (artt. 5, § 1, 1^a al. CEDU, 9, § 1, 1^a al. Patto int. Dir. civ. pol., 6 CDFUE), in una società democratica – non può essere svincolato da eguale sistema di principi costituzionali (e non⁷²) che, soli, autorizzano il ricorso alla misura cautelare. Altre sono sistemiche: la concezione accusatoria del processo che, riferita all'innocenza dell'imputato, impone restrizioni alla custodia cautelare non confinati al suo impiego; la convinzione che *verificabilità* e *falsificabilità*⁷³ sono paradigmi generali della logica dell'inferenza e del *modo del giudicare* del giudice chiamato a pronunciarsi – in via principale o incidentale – rispettivamente, sull'imputazione o sulla descrizione sommaria dell'accusa; infine, l'idea di *giurisdizione* non proiettata esclusivamente alla valutazione delle prove, ma indirizzata soprattutto verso la protezione delle guarentigie e delle prerogative individuali coinvolte nella ricognizione del *fatto*, qualsiasi *fisionomia* assuma e qualunque sia la proposizione da esaminare (*notitia criminis*/descrizione sommaria del fatto o imputazione/enunciazione in forma chiara e precisa del fatto).

La sintesi esemplifica il ruolo svolto dal *principio* nel delimitare il perimetro del potere decisorio del giudice: da un lato, impone il divieto di considerare fatti sulla cui esistenza sia rimasto incerto e, di conseguenza, di fondare la colpevolezza – ai fini della condanna o della misura – su fatti di cui il pubblico ministero non abbia offerto la rappresentazione piena e convincente e, dall'altro, riconosce all'indagato/imputato lo speculare diritto di essere garantito dal pericolo di pene ingiuste o di restrizioni *anticipate* della libertà personale illegittime.

Allora, l'*incertezza* non plausibile di ogni *tipo* di ricognizione fattuale implica sempre la declaratoria di *estraneità* dell'indagato/imputato dal contesto dell'accusa che, a sua volta, si traduce in un onere sostanziale di *prova* posto in capo

⁷¹ CERESA-GASTALDO, LONATI, *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2023, 247-274.

⁷² Il riferimento è al principio di proporzionalità. In argomento, UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *questa Rivista*, fasc. 2, 2017, 389 ss.

⁷³ Il tentativo di falsificazione, nell'accezione di Popper (*Proscritto alla Logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza* (1956), (trad. a cura di Benzi e Mancini), Milano, 2009, 71 ss. e *Id.*, *Congetture e falsificazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* (1969), (trad. a cura di Pancaldi), Bologna, 1972, 61 ss.) è connotato di ogni ragionamento del giudice; a sua volta, il metodo avversativo della confutazione è legato a doppio filo con il ragionevole dubbio.

all'accusa (artt. 24, co. 1, 112, 27, co. 2, 24, co. 2, 111, Cost.). *Prova*, da intendersi - posta la «polisignificatività» del termine - alla stregua di «paradigma di una dimostrazione espletata all'interno di una fase»⁷⁴ o di un segmento della vicenda-processo che consente di acquisire conoscenze sul fatto reato e a sorreggere in fatto il provvedimento giudiziale⁷⁵.

Per questa via, l'analisi conduce ad un risultato intelligibile: se in qualunque occasione di riscontro del *fatto sostanziale* contestato all'indagato/imputato ha efficacia l'*etica del dubbio*⁷⁶ - che, esemplificando il portato della presunzione di innocenza costituzionalmente protetta, crea le coordinate strutturali e funzionali del relativo percorso accertativo - allora il principio BARD assume forza dirimente nella verifica di ciascuna fisionomia giuridica del *fatto processuale* (notizia di reato o imputazione) e, nello statuto delle cautele, diviene limite al libero apprezzamento dei presupposti fattuali della misura e del pregiudizio per la tutela della prova⁷⁷ (rispettivamente: artt. 273 e 274 c.p.p.), assegnando *legalità* alla pretesa cautelare.

⁷⁴ Il virgolettato appartiene a GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in GAITO (diretto da), *La prova penale*, volume I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, 97.

⁷⁵ O anche come «l'insieme degli elementi, delle procedure e dei ragionamenti per mezzo dei quali la ricostruzione del fatto viene elaborata, verificata e confermata come vera»: TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 63.

⁷⁶ Nel significato proposto da PULITANO, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, n. 2, 2020, 212: criterio epistemologico ed etico dell'affermazione di responsabilità, addirittura «non un principio meramente processuale bensì il risvolto processuale del principio sostanziale di legalità».

⁷⁷ E non la tutela *per* la prova. Contrasta con i principi di civiltà giuridica ogni strumentalità tra cautele e prova, oltre quella letteralmente espressa nel testo della lett. a) dell'art. 274 c.p.p. nonché ogni finalità di deterrenza rivolta a determinare il comportamento processuale dell'indagato o dell'imputato. Con questo limite si dichiara la confluenza tra cautela e prova, nel senso che è esigenza cautelare fondamentale e irrinunciabile del processo la tutela della prova, resa esplicita nella richiamata disposizione con una formula («specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova») tipica della necessità di elidere ogni altra strumentalizzazione delle stesse. La riflessione, di evidente spessore politico, potrebbe sembrare ridondante; non lo è, se si consideri la particolare stagione che da lungo tempo ormai vivono l'attività giudiziaria e la funzione di supplenza assunta dalla magistratura. Stagione e funzione che, insieme, costituiscono la fonte di prassi che collegano - ormai in molteplici forme dichiarate - le idealità delle cautele con i bisogni della prova e il pronto ripristino della libertà post-confessoria con più o meno palesi forme di premialità. È indubbio che, nonostante la storicità del fenomeno, la prassi rappresenta un arretramento della civiltà giuridica contemporanea. Sicché, anche per questa via si

Le correlazioni – arricchite con le prescrizioni degli artt. 292, co. 2, lett. a) e b) e co. 2 *ter* c.p.p. (si vedrà) – spingono il grado di conferma dell'addebito (posto a sostegno della richiesta del pubblico ministero) verso sponde di razionalità concreta, prescrivendo la coerenza con molteplici indizi e la tenuta rispetto agli elementi eventualmente forniti dalla difesa; e impediscono di anticipare restrizioni della libertà individuale tutte le volte in cui gli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) del reato non appaiono altamente probabili. Nel caso, la pronuncia di rigetto prende atto che le acquisizioni offerte dal pubblico ministero (art. 291, co. 1 c.p.p.) – confrontate eventualmente con la provvista conoscitiva acquisita dall'indagato durante l'interrogatorio *ex art.* 291, co. 1-*quater* c.p.p. e dalle deduzioni, memorie e verbali di indagini difensive (anche se già depositate e valutate dal pubblico ministero) – non superano le preclusioni decisorie imposte dalla presunzione di innocenza.

L'interpretazione offerta, tuttavia, non implica l'*identità dogmatiche* tra *indizi* (cautelari e probatori); non predica l'*uniformità* dei rispettivi metodi valutativi (art. 192, co. 2 e 273, co. 1-*bis* c.p.p.); e nemmeno concepisce una *graduazione* del convincimento proporzionato al *carattere prognostico* dell'analisi sottesa alla decisione incidentale.

Procediamo con ordine.

La prima asserzione condivide le pratiche corrive, nella parte in cui escludono la coincidenza tra i gravi indizi di cui all'art. 273 c.p.p. e quelli richiesti dall'art. 192, co. 2 c.p.p. a sostegno di un compiuto e motivato giudizio finale di responsabilità⁷⁸, «come si desume dall'art. 273 c.p.p., co. 1 *bis*, che richiama i co. terzo e quarto dell'art. 192 c.p.p., ma non il co. 2 dello stesso articolo che

(ri)scopre l'inconciliabilità ontologica tra i *gradi* di merito e la procedura incidentale cautelare, quando a questa si vuole attribuire un ruolo servente per la prova, e non il compito – istituzionale – di tutela del processo.

⁷⁸ Di recente, Cass., IV, 12 giugno 2024, n. 30822; Id., II, 20 giugno 2024, n. 29191 e n. 28569; Id., IV, 6 giugno 2024, n. 24616; Id., IV, 14 maggio 2024, n. 24605, n. 24604, 24601, 24600; Id., IV, 17 aprile 2024, n. 22991 e n. 22992; Id., IV, 17 aprile 2024, n. 19750 e n. 19751; Id., V, 22 marzo 2024, n. 26436; Id., III, 20 marzo 2024, n. 17830; Id., V, 15 marzo 2024, n. 18842; Id., II, 15 marzo 2024, n. 14976; Id., V, 27 febbraio 2024, n. 14446 e n. 14447; Id., III, 21 febbraio 2024, n. 24352; Id., IV, 21 febbraio 2024, n. 24103; Id., II, 13 febbraio 2024, n. 10227; Id., IV, 1° febbraio 2024, n. 21052; Id., V, 2 febbraio 2024, n. 23585 e n. 23586; Id., V, 16 gennaio 2024, n. 16425; Id., II, 15 gennaio 2024, n. 2613.

richiede una particolare qualificazione degli indizi (non solo gravi, ma precisi e concordanti)»⁷⁹.

A voler essere scrupolosi, il distinguo si riscontra già sotto il profilo logico: l'indizio probatorio rappresenta una circostanza certa che lascia prevedere altra non ancora accertata, quindi, è un *sapere* idoneo a risalire ad un avvenimento probabilmente accaduto. Ora, proprio in considerazione dell'ideale proiezione sull'evento (imputazione) da provare, il legislatore ricostruisce, con tecnica statutaria, la (s)valutazione di tali elementi, affermando che «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi»; preclusione superabile dalla combinazione in un *unicum* di pluralità, gravità, precisione e concordanza⁸⁰ e sempre che ciascun connotato converge in modo certo verso il *thema probandum*.

Di tali limiti v'è testimonianza nella Relazione al Codice di procedura penale che individua nell'art. 192, co. 2 c.p.p. l'indirizzo necessario a frenare gli «usi arbitrari ed indiscriminati di elementi ai quali sul piano logico non è riconosciuta la stessa efficacia pervasiva delle prove». Precetto che riceve ulteriore forza garantista nei successivi co. 3 e 4, laddove il legislatore obbliga ai riscontri le dichiarazioni accusatorie potenzialmente sospette o interessate.

Al contrario, l'indizio dell'art. 273, co. 1 c.p.p. non è proiettato alla verifica dell'imputazione, posto che la sua finalità è quella di creare le premesse – in una progressione di comportamenti (artt. 273, 274 e 275 c.p.p.) – del provvedimento *de libertate*; pertanto, non assume (non può) la fisionomia della prova logica.

La seconda affermazione, al contrario, coltiva un differente punto di vista a proposito della dichiarata correlazione tra la *cifra* della gravità indiziaria e la futuribile dichiarazione di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio

⁷⁹ Cass., II, 20 giugno 2024, n. 29141; Id., II, 12 giugno 2024, n. 30690; Id., II, 31 maggio 2024, n. 30580; Id., IV, 21 maggio 2024, n. 24610; Id., II, 9 maggio 2024, n. 23278; Id., II, 12 aprile 2024, n. 23463; Id., V, 28 marzo 2024, n. 20737, n. 16998; Id., II, 6 marzo 2024, n. 11814; Id., 1° marzo 2024, n. 25050, 25049, 21881; Id., V, 16 gennaio 2024, 16425.

In argomento, in dottrina, NEGRI, *Corte costituzionale, chiamata di correo e riscontri nel procedimento incidentale de libertate*, in *Cass. pen.*, 1997, 1266 ss.

⁸⁰ Cass., VI, 27 aprile 2023, n. 45506, cit.; Id., II 6 febbraio 2024, n. 13552; Id., II, 11 ottobre 2023, n. 49703; Id., VI, 3 ottobre 2023, n. 46783; Id., VI, 21 settembre 2023, n. 41135; Id., 3 luglio 2023, n. 41711.

dell'imputato, escludendo la proiezione dell'efficacia cognitiva degli elementi ex artt. 273 e 274 c.p.p. sul possibile esito del processo.

La chiave di lettura è rappresentata dalla linea normativa degli artt. 273, co. 1 c.p.p., 274, lett. a) e b), 292, lett. c) c *bis*) c.p.p. - interpretata nel cono dell'art. 27, co. 2, 13, 24 e 111, co. 1 Cost. - che configura le coordinate (pure valoriali) del libero convincimento del giudice della cautela. Da lì si desume che la libertà personale può subire limitazioni soltanto mediante un provvedimento giurisdizionale che, nel momento dell'emissione, radica la propria forza potestativa nella razionale sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e di *occasioni* da tutelare⁸¹. Soprattutto, si evince che, poiché gli indizi sono tracce epistemologiche - posta la necessaria interazione comunicativa con il tema d'accusa - la valutazione investe la loro concreta portata dimostrativa - allo stato delle cognizioni utilizzabili - rispetto al tema di indagine, la cui cifra è stabilita dalla capacità di resistere alle obiezioni e/o alle interpretazioni alternative avanzate dalla difesa. La disamina delle esigenze cautelari, a sua volta, si proietta sul pericolo che si verifichino gli *eventi* elencati nell'art. 274 c.p.p. connessi al processo, in particolare, all'acquisizione delle prove, senza per questo doverne anticipare l'esito. Sicché, l'approccio cognitivo del giudice è di tipo probabilistico (ma qualificato), giammai prognostico; deve condurre, allo stato dell'arte (normativo e temporale), ad un possibile risultato di attribuibilità del reato all'indagato, ma non richiede di predire futuri giudizi di responsabilità.

Ciò non legittima un giudizio di gravità indiziaria e di tutela del processo se gli indizi, pur rivelando un *fumus* di colpevolezza, si prestino a spiegazioni alternative, essendo irrilevante la possibilità di verificare le *circostanze incerte* nel prosieguo del processo, considerato che la valutazione sulla libertà deve esprimersi nell'attualità delle acquisizioni impiegabili.

⁸¹ Sull'inquinamento probatorio: Cass., V, 10 aprile 2024, n. 23605 e n. 23604; Id., I, 22 febbraio 2024, n. 15909; Id., IV, 17 maggio 2023, n. 25352; Id., VI, 18 settembre 2019, n. 44908; per la valutazione concernente il pericolo di fuga: Cass., IV, 7 febbraio 2024, n. 7230; Id., V, 14 marzo 2022, n. 22142 e n. 22143; Id., I, 6 dicembre 2021, n. 6525; Id., II, 21 dicembre 2020, n. 22985; Id., II, 5 marzo 2020, n. 16777; Id., V, 29 gennaio 2020, n. 13833; Id., V, 10 giugno 2019, n. 47289; Id., VI, 18 settembre 2019, n. 44908; Id., IV, 9 ottobre 2019, n. 42894; ai fini della reiterazione, tra le ultime, Cass., IV, 8 maggio 2024, n. 23760; Id., IV, 10 aprile 2024, n. 20346; Id., IV, 19 marzo 2024, n. 14094; Id., IV, 21 febbraio 2024, n. 11587; Id., VI, 20 dicembre 2023, n. 11728; Id., I, 31 maggio 2023, n. 41819; Id., IV, 30 maggio 2023, n. 37504.

La teoria – da ulteriore prospettiva – rifiuta (pure) che l’ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* debba possedere una *genetica* efficacia probatoria adeguata a prevedere la condanna del soggetto da sottoporre a cautela, come deduciamo dalla scelta del legislatore di non richiamare nell’art. 273, co. 1-*bis* c.p.p. la regola (di esclusione della prova) *sub* co. 2 dell’art. 192 c.p.p., pur avendolo fatto a proposito di quelle dettate per il procedimento cumulativo.

L’idea rompe risolutamente l’unità finalistica tra il grado di conferma della pretesa cautelare e il giudizio prognostico di ragionevole ed elevata *eventualità* di condanna, giacché – detto in altri termini – l’ordinanza (art. 292 c.p.p.) riguarda lo stato di definizione dell’ipotesi prospettata dal pubblico ministero (art. 291 c.p.p.), raggiunto fino al momento dell’ordinanza. *Grado* che, solo idealmente, potrebbe corrispondere a quello della (futura) sentenza di condanna, non potendosi scartare aprioristicamente, nello sviluppo della vicenda, ipotesi proscioglitive né l’attitudine degli elementi acquisiti di superare il vaglio dibattimentale. Per questo, la libertà personale dell’indagato/imputato non può essere limitata nel corso del procedimento, fuorché nel caso in cui il livello di ragionevolezza dell’affermazione accusatoria non sia raggiunto al di là di ogni ragionevole dubbio, ovvero, sia di tale probabilità da scongiurare provvedimenti che, allo stato dei saperi immediatamente utilizzabili – e non nel futuribile – si rivelino ingiusti. Ragionare altrimenti, significherebbe legittimare *presunzioni di verità* non tollerabili in un processo che orienta la condanna secondo le garanzie riconosciute – per quanto qui interessa – nell’art. 111, spec. co. 1 e 2 Cost.⁸², e

⁸² In una prospettiva più ampia, l’ostacolo scaturisce dalla natura del processo penale alla stregua di diritto costituzionale applicato. VASSALLI, *I diritti dell’uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1950, 29 ss.

Successivamente, ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, 522: il processo penale è «diritto costituzionale applicato» nel senso che «la sua funzione – anzi, la giustificazione stessa della sua esistenza – [è] quella di garantire i diritti individuali, che nella Costituzione trovano il loro riconoscimento».

Ne ripercorrono la storia, NEGRI, PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana, Materiali dell’Incontro di studi*, Ferrara, 12-13 novembre 2010, Milano, 2011, 3-81 e, di recente, NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2019, 553 ss.

La stessa Corte costituzionale rileva che le presunzioni assolute, quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza se sono arbitrarie o irrazionali.

accettare il pericolo che la motivazione dell'ordinanza cautelare finisca per costituire una (pre)valutazione non formale, ma di contenuto, sulla (ideale) fondatezza dell'imputazione.

L'esegesi proposta non muta se l'occasione è il giudizio di merito, in quanto, pure qui, l'apprezzamento si orienterebbe sulla ragionevole e, di conseguenza, oggettiva⁸³ probabilità della colpevolezza e non sulla prognosi di responsabilità, elidendo – in una visuale ampia – il pericolo di *contaminazioni cognitive*, non remoto alla luce dell'identità tra giudice della misura e del merito e, soprattutto, della sovrapponibilità del materiale utilizzabile, atteso che il *fumus commissi delicti* non sarebbe apprezzato sulla base del fascicolo del pubblico ministero, ma sull'attività istruttoria fino ad allora condotta.

Resta da analizzare l'ultimo fronte a sostegno della tesi offerta.

L'estensione del principio *BARD* allo statuto cautelare trova rispondenza nelle prescrizioni delle lett. c) e c-bis) del co. 1 dell'art. 292 c.p.p. – lette nel prisma dell'art. 111, co. 6 Cost. e in contiguità con il co. 2-ter (modello normativo della motivazione in fatto) – che codificano il metodo della falsificazione per l'uso delle inferenze e svelano l'epistemologia garantista del relativo apprezzamento, traducendo in sede cautelare il precetto costituzionale dell'art. 27, co. 2 Cost. Nel senso che, l'individuazione di una «soglia valutativa» del dubbio ragionevole motivata attraverso categorie logiche⁸⁴ e l'obbligato «andamento dialettico»⁸⁵ della motivazione rappresentano altrettante espressioni della «dialettica del dubbio»⁸⁶ – intesa in funzione gnoseologica, ovvero, in qualità di *strumento* di confronto costante con le tesi opposte e con il punto di vista della difesa – e,

Tra le altre, Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 268; 23 luglio 2015, n. 185; Id., 29 marzo 2013, n. 57; Id., 18 luglio 2013, n. 213; Id., 21 luglio 2013; Id., 8 ottobre 2010 n. 291; Id., 21 luglio 2010, n. 265; Id., 16 aprile 2010, n. 139; Id., 25 febbraio 1999, n. 41; Id., 27 luglio 1982, n. 139.

Cfr., DINACCI, *Introduzione. Verso un costituzionalismo dei valori*, in DINACCI, (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, cit., XII-XVII.

⁸³ DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, 43.

⁸⁴ «(...) al di sopra di tale soglia le gradazioni di intensità del dubbio vanno tutte verso la certezza dell'innocenza; viceversa, nel caso contrario, si è al cospetto di un dubbio non rilevante che lascia il campo alla certezza processuale di reità»: DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, 43.

⁸⁵ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit, 19.

Cfr. la particolare prospettiva offerta da MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 93-108.

⁸⁶ L'espressione è di Cass., VI, 27 aprile 2023, n. 45506, cit.

in senso lato, della razionalità induttiva che informa il modello di giurisdizione e ogni *tipo* di convincimento giudiziale.

Il rilievo attribuito alla falsificabilità dell'ipotesi accusatoria, vale a dire, al livello di attendibilità della ricostruzione alternativa fornita dalla difesa rispetto al quadro indiziario la cui gravità giustifica la domanda cautelare, sembrerebbe definitivamente confermare l'esegesi che riconosce – la postilla è conclusiva – per un verso, la validità metodologica del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e la forza frenante della presunzione di innocenza, per altro, la conseguenziale, diffusa riferibilità dello stesso a tutte le *occasioni decisorie* del processo, comprese quelle incidentali. Pertanto, l'obbligo del giudice della cautela di confrontarsi con il dubbio non scaturisce dall'art. 533, co. 1 c.p.p., bensì dalla natura di *principio* del sintagma *BARD*, quindi, dalla razionalità argomentativa di genere normativo, assunta alla maniera di criterio generale di validità dell'argomentazione giuridica⁸⁷; il solo che, consentendo la comprensione non contraddittoria della vicenda, è capace di generare conclusioni attendibili e, perciò, garantite.

⁸⁷ ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, *passim*.