

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

L'argomentazione nel processo penale: paralogismi e fallacie

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/120927> since

Publisher:

Aracne

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Paolo Ferrua

L'ARGOMENTAZIONE NEL PROCESSO PENALE: PARALOGISMI E FALLACIE

Sommario: 1. Modelli deduttivi e non deduttivi - 2. Fatto e diritto: la ricostruzione del passato - 3. Tipologia delle fallacie - 4. Il contrasto tra atti processuali e premesse probatorie - 5. Inversione tra regola ed eccezione: il giudice e le domande suggestive - 5. 1. La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: metamorfosi delle eccezioni in regola - 6. Fallacie di ambiguità: prove, proposizione da provare e atto del provare - 6.1. Prove e indizi - 6.2. Prova oltre ogni ragionevole dubbio e provvedimenti cautelari - 7. *L'argumentum ad hominem* - 8. La fallacia genetica - 9. *L'ignoratio elenchi* - 10. La confusione tra negazione passiva e negazione attiva: effetti delle contestazioni al testimone - 11. L'affermazione del conseguente - 12. La negazione dell'antecedente: contraddittorio nella formazione della prova e sottrazione per libera scelta al controesame - 13. La violazione della legge di Hume: prova della colpevolezza e patteggiamento - 13. Petizioni di principio: la pretesa vincolatività delle interpretazioni della Corte di Strasburgo - 13. 1. Ripensamento o autoconfutazione? - 14. Il controllo della Cassazione sulla 'manifesta illogicità'

1. Modelli deduttivi e non deduttivi

L'argomentazione è un discorso 'giustificativo' che muovendo da determinate premesse giunge ad una certa conclusione. Il procedimento probatorio può considerarsi una particolare forma di argomentazione, in cui la conclusione è suffragata da argomenti tali da potersi dire per l'appunto 'provata'. La struttura del procedimento probatorio è dunque triadica, dovendosi distinguere: a) le premesse o *proposizioni probatorie* (o, più semplicemente, le prove); b) la *proposizione da provare*; c) *l'atto del provare*, ossia il criterio per effetto del quale si passa dalle proposizioni probatorie a quella da provare.

Esistono due possibili modelli di prova. Il primo è quello *deduttivo*, tipico delle scienze formali o analitiche, come la matematica, la geometria, la logica, nelle quali, muovendo da assiomi e postulati, si arriva necessariamente a certe conclusioni secondo lo schema dell'implicazione 'Se A, allora B'. Qui la verità delle premesse si trasmette invariata alle conclusioni e non è logicamente possibile che, essendo vere le prime, siano false le seconde; le premesse provano indubitabilmente - al di là di ogni

dubbio logico – le conclusioni. La prova assume la veste di una *dimostrazione*, nel senso matematico della parola.

Il secondo modello è quello *non deduttivo*, tipico delle scienze empiriche o reali - a loro volta distinte in scienze della natura (fisica, chimica, biologia, ecc) e in scienze umane (psicologia, antropologia, sociologia, storiografia, ecc) – dove non esistono metodi o tecniche argomentative in grado di garantire l'assoluta certezza o verità delle conclusioni, le quali restano soltanto più o meno probabili (anche se convenzionalmente sono presentate come certe). In altri termini, dal punto di vista puramente logico, è sempre possibile che le premesse siano vere e la conclusione falsa; come si dice in linguaggio tecnico, le premesse *sotto-determinano* la conclusione, dove il prefisso 'sotto' sta per l'appunto a significare l'impossibilità di ottenere risultati di assoluta certezza. La fallibilità è la contropartita per l'accrescimento di conoscenza che le conclusioni producono rispetto alle premesse, a differenza dei sistemi formalizzati dove le dimostrazioni sono trasformazioni sintattiche e le conclusioni sono già logicamente contenute negli assiomi di partenza.

2. Fatto e diritto: la ricostruzione del passato

E' evidente che nel processo penale l'argomentazione sia in fatto sia in diritto, non corrisponde al modello deduttivo della dimostrazione matematica. Quanto al diritto, esiste senza dubbio un limite oltre il quale l'interpretazione si converte in travisamento o violazione del senso della legge. Ma, all'interno di quel limite, è ormai acquisito che ogni disposizione sia suscettibile di una pluralità di interpretazioni, con la conseguenza che il giudice si trova investito di una notevole discrezionalità nella scelta fra l'una e l'altra. Il giudice, naturalmente, non sceglie a caso, dovendo impegnarsi ad individuare l'interpretazione migliore, come se questa fosse *l'unica risposta giusta*. Ma sarebbe ingenuo negare che altri giudici, egualmente dotati dal punto di vista cognitivo, possano legittimamente seguire una diversa interpretazione.

Quanto al fatto, è evidente che la ricostruzione storica effettuata dal giudice non discende deduttivamente dalle prove. Il fatto di cui si discute nel processo appartiene al passato e come tale non è suscettibile in alcun modo di verifica diretta: come per lo storico, anche per il giudice, l'oggetto della sua ricerca 'fu', ma non 'è' più reale. Ricostruzione' e non 'scoperta' è l'espressione che scolpisce il lavoro del giudice e dello storico nell'accertamento dei fatti, con la differenza che la metodologia del primo è codificata dalla legge: si 'scopre' ciò che *esiste*, si 'ri-costruisce' ciò che è *esistito*. Il radicale 'costruzione' indica che l'esito della ricerca è un'elaborazione concettuale e non l'apprensione diretta di qualcosa di esistente; ma, al tempo stesso, il prefisso 'ri' collega questa elaborazione ad un passato che fu 'reale', vincolando il discorso ad una pretesa di verità che sarebbe assurda per un racconto di finzione; se si trattasse solo di una 'costruzione', senza riferimento ad una realtà, non avrebbe senso

parlare di vero e falso¹. Le proposizioni relative al passato sono vere o false, perché nessuno intende proporre la tesi, logicamente sostenibile, ma priva di qualsiasi interesse², per cui il passato potrebbe anche non essere esistito: e, nondimeno, sono insuscettibili di qualsiasi confronto con l'oggetto su cui vertono.

Ora, mentre sono i fatti del passato a determinare quelli del presente, il giudice, invertendo i termini del rapporto di causalità, muove dai fatti del presente, ossia dalle prove, per ricostruire quelli del passato. Il meccanismo è, quindi, di tipo *abduittivo*: data una legge o un'implicazione del tipo 'se A (causa), allora B (effetto)', si ragiona dicendo 'se B allora A'. Il ragionamento, dal punto di vista della logica deduttiva, è invalido perché affetto dalla fallacia dell'affermazione del conseguente (B, infatti, potrebbe derivare da una causa diversa da A)³; ma risulta di grande utilità, anzi è il solo metodo di cui disponiamo quando si tratta di ricostruire fatti del passato. Importante è avere consapevolezza, da un lato, dell'inevitabile fallibilità delle conclusioni raggiunte in via abduittiva; dall'altro, che queste risultano tanto più attendibili quanto più siano i dati (le prove, per l'appunto) che convergono nella stessa direzione.

Si spiega così perché nel processo non si parli di prova 'oltre ogni dubbio', formula iperbolica che costringerebbe a sistematiche assoluzioni, dato che un dubbio, in via puramente logica, è sempre prospettabile, quali che siano le prove a carico; ma, più modestamente, di prova 'oltre ogni ragionevole dubbio'. Come in una supplica, l'aggettivo 'ragionevole', nella sua preziosa vaghezza, tempera e modera le pretese di verità che deriverebbero dal considerare la prova alla stregua di una dimostrazione matematica; in sostanza, vuol significare che, quando le prove a carico sono forti e convergenti, ad impedire la condanna non basta un qualsiasi dubbio astrattamente ipotizzato dalla difesa, ma occorre che quel dubbio sia 'ragionevole'. Per riprendere una bella immagine di Wittgenstein, 'colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio' indica che si è giunti a un punto, indeterminabile *a priori*, in cui la vanga del dubbio, che deve sempre armare il giudice, ha incontrato lo strato duro della roccia, rappresentata dalle prove, e si è piegata, risultando non plausibile ogni spiegazione diversa dalla colpevolezza⁴.

Naturalmente, un'espressione come 'ragionevole' presenta ai margini un alone di indeterminatezza, una zona grigia dalla quale possono scaturire opposte soluzioni, tutte legittime. Agli estremi la distinzione è chiara, nel senso che si possono immaginare quadri probatori – i c.d. casi facili – in cui ogni persona razionale concorderebbe nell'assolvere o nel condannare. Ma, per quanta resistenza vi sia ad ammetterlo, esistono particolari contesti – i c.d. casi difficili –

¹ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3 ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 31 s.

² Così la definiva Bertrand Russell; cfr. A. J. AYER, *Statements about the Past*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 52, 1951-1952, p. I-XX.

³ *Infra* par. 11.

⁴ A scanso di equivoci, dato che alcuni studiosi, riprendendo il passo di cui sopra, hanno attribuito a Wittgenstein la definizione del ragionevole dubbio, tengo a precisare che il filosofo austriaco con la sua splendida metafora non si riferiva minimamente alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, di cui, credo, non si sia mai occupato, ma alla circostanza che si esaurissero le spiegazioni nel tentativo di giustificare un'azione svolta seguendo certe regole (*Ricerche filosofiche* [1945], Einaudi, Torino, 1999, § 217).

dove il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l'una e l'altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che quella sia la decisione migliore, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità. Un diverso giudice, altrettanto lucido cognitivamente, potrebbe assumere e motivare l'opposta conclusione nel pieno rispetto della legalità: il dubbio che all'uno appare 'ragionevole', può risultare per l'altro 'irragionevole'. Discrezionalità significa, appunto, scelta tra più opzioni, ciascuna legittima⁵.

Nessun giudice, ovviamente, dirà in questi casi al condannato che con pari legittimità si poteva pronunciare una sentenza di assoluzione; ma sarebbe un'ipocrisia negare la presenza di casi limite che nessun criterio legale di valutazione può riuscire ad eliminare. La linea che separa il colpevole dall'innocente è netta dal punto di vista *ontologico*; vaga da quello epistemico o conoscitivo, perché il confine tra condanna e assoluzione dipende dal giudizio sulla 'ragionevolezza' o no del dubbio; e a dividere il ragionevole dall'irragionevole non è un taglio netto, ma un confine incerto, *fuzzy*⁶, che ricorda il paradosso del sorite dove si discute a quali condizioni una persona possa dirsi calva o quanti granelli siano necessari a costituire un mucchio.

Né sarebbe corretto troncane la questione, affermando che nei casi 'difficili' occorre assolvere per il fatto stesso che si profila uno stato d'incertezza, quindi, di 'dubbio'. La legge impone l'assoluzione in presenza di un dubbio ragionevole. Ma vi sono casi in cui si può dubitare se ... il dubbio sia 'ragionevole', e così via, con un regresso all'infinito. Nessun aiuto qui deriva dalla legge, ma tocca al giudice frenare quel regresso, decidendo se il dubbio sia o no 'ragionevole' con una scelta tipicamente discrezionale, nel senso appena specificato. E – sia detto di sfuggita – è proprio in questo spazio nebuloso che più intensamente si esercita l'attività retorico-argomentativa dell'accusa e della difesa. La discrezionalità del giudice va circoscritta; ma nell'ambito in cui si esercita, cresce potenzialmente anche l'influenza delle parti, che viceversa tenderebbe a zero nel sistema di una prova intesa come dimostrazione matematica.

3. Tipologia delle fallacie

Se le prove *sotto-determinano* la colpevolezza, è chiaro che la motivazione di una condanna non può essere considerata illogica solo perché le conclusioni raggiunte dal giudice non discendono deduttivamente, ossia necessariamente, dalle premesse probatorie; altrimenti, tutte le sentenze di condanna sarebbero affette da quel vizio dato che della colpevolezza in via puramente logica si può sempre dubitare. Questo, tuttavia, non significa che non si possa proporre una sorta di "catalogo" di patologie dell'argomentazione, sapendo naturalmente che non si tratta di un elenco chiuso ma

⁵ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice penale* [1989], Milano, 1995, 16 s.

⁶ I cui confini, naturalmente, sono a loro volta nebulosi.

provvisorio ed incompleto, sempre suscettibile di integrazioni. Importante è iniziare a nominarle, perché questo è il primo passo per individuarle; come per le malattie, anche per le patologie nell'argomentazione la *diagnosi* esige la *nominazione*.

La prima distinzione, al riguardo, è quella tradizionale tra due grandi categorie, a seconda che le fallacie attengano alle *premesse* del discorso o al passaggio da queste alle *conclusioni*; chiameremo le prime *fallacie di osservazione* e le seconde *fallacie di inferenza*. Tra i due gruppi ne inserirei un terzo, rappresentato dalle *fallacie del linguaggio* (o fallacie semantiche o di ambiguità). Vediamo alcuni esempi.

4. Il contrasto tra atti processuali e premesse probatorie

Una tipica fallacia di osservazione si realizza quando la sentenza si fonda su premesse probatorie non conformi al contenuto degli atti processuali. Ad esempio, il testimone ha dichiarato di aver visto nel tal luogo la sagoma dell'imputato in penombra e il giudice nella sentenza assume che l'imputato sia stato visto in piena luce. Qui il vizio non attiene alla valutazione della prova, vale a dire a ciò che essa può significare in ordine alla proposizione da provare, ma all'individuazione stessa della prova, il cui contenuto viene falsamente identificato.

L'aspetto stupefacente è che un vizio di tale gravità – sicuramente non inferiore a quella degli errori inferenziali – fosse, prima della c.d. legge Pecorella (l. 20 febbraio 2006 n. 46), insindacabile in sede di ricorso per cassazione. Nella sua originaria formulazione l'art. 606 lettera e) c.p.p. attribuiva rilevanza al vizio di motivazione solo in quanto risultasse «dal testo del provvedimento impugnato»; con la conseguenza che, mentre alla Cassazione non era vietato il controllo sulle inferenze giudiziali (ossia sul passaggio dalle premesse probatorie alla proposizione da provare), le era invece precluso il controllo sulla corrispondenza delle premesse agli atti del procedimento. Disparità irragionevole a cui ha giustamente posto fine la legge appena menzionata, estendendo il vizio di motivazione anche al rapporto con gli atti del processo.

5. Inversione tra regola ed eccezione: il giudice e le domande suggestive

Altra fallacia attinente alle premesse riguarda *l'inversione del rapporto tra regola ed eccezione*. Ne costituisce un ottimo esempio la sentenza della Corte di cassazione secondo cui «in tema di esame testimoniale, il divieto di porre domande suggestive riguarda l'esame condotto dalla parte che ha un interesse comune al testimone e non invece il controesame o l'esame condotto direttamente dal giudice per il quale non vi è rischio di un precedente accordo tra testimone ed esaminato»⁷. Il discorso della Cassazione muove dalla premessa che il divieto di rivolgere domande suggestive

⁷ Sez. III 12 dicembre 2007, Muselli, in *Cass pen*, 2009, p. 1555, n. 459 con nota di P. SILVESTRI, *Il diritto al controesame nella prova testimoniale*.

nell'esame diretto riposi sul rapporto di amicizia, di 'simpatia' che sussiste tra il testimone e la parte interrogante. Il giudice non ha nessun rapporto del genere con il testimone e, quindi, - conclude la Cassazione - il divieto di rivolgere domande suggestive non può riguardarlo. La conclusione è stata severamente criticata da più parti, a causa dell'effetto di forte condizionamento che in tal modo il giudice viene ad esercitare sul testimone. Ma, come si sa, *adducere inconueniens non est solvere argumentum*; e, nel ragionamento della Cassazione, il passaggio dalle premesse (la *ratio* del divieto di domande suggestive sta nel rapporto di amicizia tra interrogante e interrogato) alla conclusione (il giudice, in quanto estraneo ad ogni rapporto empatico col testimone, può rivolgere domande suggestive) si mostra all'apparenza ineccepibile. Dove sta dunque la fallacia?

Evidentemente nelle premesse, dove si registra un'inversione del rapporto tra regola ed eccezione. La sentenza riposa sul presupposto che in via generale siano consentite le domande suggestive e che tale possibilità venga eccezionalmente meno in presenza di un rapporto di simpatia con l'interrogato. Il discorso va, invece, capovolto. Il divieto di rivolgere domande suggestive è espressione di un principio generale, in base al quale il teste non va suggestionato se si vogliono ottenere risposte genuine. Questo generale divieto cade, in via eccezionale, nel controesame, dove la parte, trovandosi in un rapporto di ostilità col teste, ha interesse ad attaccarlo e a porre in dubbio la sua credibilità; qui si giustificano le domande suggestive. Ma questo caso non riguarda certo il giudice che, proprio per la sua estraneità agli interessi di parte, non può avere alcun rapporto di ostilità col teste; e non vi è dunque alcuna ragione per derogare al generale divieto di porre domande suggestive.

5. 1. La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: metamorfosi delle eccezioni in regola

Un altro esempio di palese inversione del rapporto tra regola ed eccezione è offerto dalla sentenza costituzionale n. 255 del 1992 che dichiarò illegittimo il 3 comma dell'art. 500 c.p.p. nella parte in cui vietava di usare in chiave probatoria le precedenti dichiarazioni contestate al testimone nel corso dell'esame dibattimentale.

Ciò che appare singolare in quella sentenza è lo sviluppo del discorso volto a sindacare il rapporto tra regole ed eccezioni nel nuovo processo accusatorio. Analizzandolo, si nota un doppio movimento, ascendente, poi discendente, per effetto del quale le eccezioni, convertendosi in principi, infrangono le regole. Dapprima, la Corte costituzionale elenca con acribia tutte le deroghe che nella versione originaria del codice incontra l'oralità del dibattimento, non poche per la verità né sempre giustificate: i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, di cui l'art. 431 dispone l'allegazione al fascicolo dibattimentale; gli atti assunti negli incidenti probatori (art. 392); gli atti assunti dal pubblico ministero o dal giudice nell'udienza preliminare, quando per fatti o circostanze imprevedibili ne è divenuta impossibile la ripetizione (art. 512); le dichiarazioni rese dall'imputato (o dall'imputato in un procedimento connesso o collegato) qualora sia

contumace, assente, ovvero si rifiuti di rispondere (art. 513); le dichiarazioni rese dai testi (nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto) o dall'imputato (alle quali il difensore aveva il diritto di assistere), che sono acquisite al fascicolo per il dibattimento, se utilizzate per le contestazioni (artt. 500 comma 4° e 503 comma 5°).

Dalle deroghe la Corte estrae, per amplificazione, un generalissimo principio, che battezza della "non dispersione dei mezzi di prova". E con quest'arma, un poco arrugginita ma ideale per liquidare i divieti probatori, la Corte scende, polverizzandola, sulla regola del 3° comma dell'art. 500 c.p.p.; la quale consentiva di 'disperdere' le dichiarazioni segretamente assunte nelle indagini preliminari.

C'è una frase significativa nella motivazione della sentenza: "le uniche eccezioni al divieto di utilizzabilità, poste dal quarto comma dell'art. 500 in favore delle dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto ..., si basano evidentemente su di una presunzione di genuinità di detti atti *che diventa irragionevole* in raffronto a tutte le altre possibili dichiarazioni pre-dibattimentali che per le loro caratteristiche (precisione, ricchezza di particolari, concordanza con dichiarazioni rese da altri testi) possono essere ritenute, ed a ragione, non meno veritiere". In altri termini: a fronte della regola, sono irragionevoli le eccezioni.

Si direbbe, leggendo isolatamente questa frase, che la Corte abbia intravisto la via giusta, e si accinga a dichiarare incostituzionali le eccezioni, in effetti poco ragionevoli; quelle informazioni, raccolte nel clima febbrile delle primissime indagini o nella fretta concitata delle perquisizioni, non sono certo più affidabili delle altre informazioni assunte dal pubblico ministero. Niente affatto; è un *lapsus*, perché subito dopo essa distrugge la regola di esclusione probatoria, generalizzando le eccezioni, che altrimenti sarebbero irragionevoli.

6. Fallacie di ambiguità: prove, proposizione da provare e atto del provare

Passiamo alle fallacie di ambiguità. Molto frequente è l'uso ambiguo delle espressioni 'prova' e 'provare'. Le ambiguità nascono in gran parte dalla mancata distinzione dei tre termini che compongono l'operazione probatoria⁸: a) le *prove*, intese come premesse probatorie, ossia i dati legittimamente acquisiti al processo che formano oggetto di valutazione da parte del giudice; b) la *proposizione da provare*, ossia l'oggetto della prova che in via principale è rappresentato dalla colpevolezza, ma in via incidentale può essere costituito anche da diversi temi: ad esempio, il *fumus boni iuris* o il *periculum libertatis* nei provvedimenti cautelari, la condotta illecita nella fattispecie contemplata dall'art. 111 comma 5 Cost.

Prove e proposizioni da provare sono i termini variabili del meccanismo probatorio, o meglio le prime variano in funzione delle seconde. L'atto del provare è, invece, la componente invariabile della terna, perché, come vedremo, in qualsiasi

⁸ Sui quali, FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 52 s.

contesto processuale è sempre connotato dal medesimo criterio: quali che siano le prove e quale che sia il tema probatorio, una proposizione può dirsi ‘provata’ solo in quanto lo sia ‘oltre ogni ragionevole dubbio’.

Assumiamo come esempi tre ricorrenti affermazioni: *a)* il dato *x* non è una prova; *b)* gli ‘indizi’ *ex art.* 192 c.p.p. non sono prove; *c)* esistono due livelli di prova: la prova *oltre ogni ragionevole dubbio* e la prova del *più probabile che non*.

Il primo enunciato, nel senso corretto, significa che *x* non costituisce una valida premessa probatoria, e quindi non è valutabile dal giudice sul tema *y* (ad esempio, perché raccolto senza l’osservanza delle regole del contraddittorio o perché si tratta di uno scritto anonimo). Ma, nel senso improprio in cui talora è usato, significa che *x*, pur costituendo una valida premessa, è inidoneo nel caso concreto a ‘provare’ *y* (ad esempio, una testimonianza ritenuta inattendibile o irrilevante): così accade ad esempio, quando si sente dire che in quel tale processo non c’era uno straccio di prova. Nel primo senso si nega una potenzialità probatoria (*x* non è prova *sul* tema *y*, ossia è *tamquam non esset*); nel secondo si nega un risultato concreto (*x* non è prova *di* *y*, pur essendo valutabile). Naturalmente la medesima ambiguità si registra nell’enunciato ‘*x* è una prova’, dove prova può significare sia premessa probatoria, sia, meno correttamente, esito probatorio positivo.

6.1. Prove e indizi

Il secondo enunciato (‘gli indizi *ex art.* 192 c.p.p. non sono prove’), che si ritrova testualmente anche nella relazione al progetto preliminare del vigente codice, nasce da una confusione concettuale. Se gli indizi non costituissero ‘prove’ nel senso proprio della parola, non potrebbero neppure essere valutati; resterebbero dati del tutto irrilevanti, capaci tutt’al più di integrare una *notizia criminis*, ma giuridicamente inesistenti in chiave probatoria; e fossero anche mille, precisi e concordanti, varrebbero sempre zero. In realtà, quando si parla di ‘indizi’, non ci si riferisce a dati privi di qualsiasi valore sul piano probatorio. Ci si riferisce, invece, ad un particolare tipo di prova, ad una specie del genere prova. Ma a quale?

Purtroppo esistono almeno due sensi dell’espressione ‘indizi’. Uno è quello di origine dottrinale, che ricorre in Carnelutti e Cordero, quando dividono l’universo delle prove nelle due grandi categorie della prova dichiarativa (o narrativa) e della prova critico-indiziaria⁹: in questo senso prova critico-indiziaria è tutto ciò che non ha contenuto narrativo o dichiarativo (come le cose pertinenti al reato, le fotografie, le videoregistrazioni, ecc.). L’altro senso è quello dell’art. 192 comma 2 c.p.p. dove con indizi ci si riferisce ad elementi dotati di ridotta efficacia persuasiva, che in tanto possono condurre ad un esito positivo in quanto siano gravi, precisi e concordanti. Ma affermare che non costituiscano prove equivale a confondere la prova come potenzialità, come premessa valutabile dal giudice, con la prova come risultato positivo dell’operazione probatoria; o, se si preferisce, a confondere le *regole di*

⁹ Sulla distinzione v. soprattutto F. CARNELUTTI, *La prova civile* [1915], Milano, 1955, 92 s.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 577 s.; ma cfr. anche F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prove penali*, Torino, 2000, 298 s.; P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, 53 s.; ID, ‘*Il giusto processo*’, cit., 60 s.

esclusione che vietano a certi dati l'ingresso nel quadro decisorio con le *regole di valutazione* che disciplinano il passaggio dalle prove alla proposizione da provare e che riguardano il loro valore persuasivo. L'art. 192 c.p.p. non nega lo statuto di premesse probatorie agli indizi, si limita a stabilire a quali condizioni possano provare i fatti su cui verte il processo.

Di qui una conclusione tanto ovvia quanto spesso trascurata. Ovunque vi sia una proposizione da provare, necessariamente devono esservi prove, non essendo possibile 'provare' se non attraverso 'prove': l'ipotesi che qualcosa possa essere provato da entità diverse dalle prove è una contraddizione in termini. Per converso, non tutte le 'prove' sortiscono l'effetto di 'provare': vi sono prove, ossia dati valutabili dal giudice, che in concreto, a causa della loro irrilevanza, intrinseca debolezza o falsità, risultano ininfluenti sulla proposizione da provare o addirittura contribuiscono a darne la prova negativa.

6.2. Prova oltre ogni ragionevole dubbio e provvedimenti cautelari

Da analogo fallacia è viziata la ricorrente affermazione secondo cui esisterebbero due livelli di prova: uno connotato dalla *regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio*, l'altro dalla *regola del più probabile che non*. Qui il vizio nasce dalla mancata distinzione delle tre componenti dell'operazione probatoria: prove, proposizione da provare e atto del provare. Come si già illustrato, esistono, in effetti, due modi di provare: quello *deduttivo* delle scienze formali, dove si prova 'oltre ogni dubbio logico'; e quello *abduttivo*, tipico delle scienze empiriche e in particolare del processo penale, dove si prova 'oltre ogni ragionevole dubbio'. Ma non esiste un livello di prova ancora inferiore, compatibile con la presenza di ragionevoli dubbi; se vi fosse, si cadrebbe inevitabilmente nella zona delle ipotesi, delle illazioni e dei sospetti. Affermare che è provato x (in ipotesi, la colpevolezza) e, al tempo stesso, ammettere che sussistano ragionevoli dubbi su x , è una vera e propria contraddizione in termini; parafrasando il Poeta, 'provare' e 'ragionevolmente dubitare' insieme non «puossi per la contraddizion che nol consente».

Ma - si obietta - è pur vero che nei provvedimenti cautelari non si prova la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma ci si limita a provarla in termini probabilistici. Sì, ma la distinzione è mal posta, perché la differenza tra provvedimenti cautelari e sentenza di condanna non attiene al significato di 'provare' e quindi all'atto del provare, ma alla proposizione da provare. Anziché provare la *colpevolezza*, nei provvedimenti cautelari si prova la *probabile colpevolezza*; ma in entrambi i casi l'espressione 'provare' reca sempre implicita la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, in assenza della quale - si ripete - non c'è spazio per un risultato positivo della prova. L'equivoco sta nel supporre che la formula dell' 'oltre ogni ragionevole dubbio' e quella del 'più probabile che non' siano regole simmetriche e alternative, entrambe concernenti l'atto del provare; in realtà solo la prima riguarda l'atto del provare, la seconda introduce una variante sulla proposizione da provare.

Analogo discorso vale sul fronte dei *pericula libertatis*. Con quale forza vanno provati i pericoli *ex art. 274 c.p.p.*? Al di là di ‘ogni ragionevole dubbio’ o anche sotto questa soglia? La risposta è nel primo senso perché, se si ammette come possibile la permanenza di ‘ragionevoli’ dubbi, salta il concetto stesso di ‘prova’ e di ‘provare’. Naturalmente, oggetto della prova non è la fuga, l’inquinamento delle prove o la commissione di gravi delitti, ma soltanto il ‘pericolo’ di questi eventi (il che agevola notevolmente l’esito positivo della prova).

Risulta così perfettamente identificabile, anche sul terreno delle misure cautelari la terna in cui consiste l’operazione probatoria: *a)* le prove rappresentate dagli elementi che il p.m. produce al giudice; *b)* le proposizioni da provare, costituite dal *fumus boni iuris* (la probabile colpevolezza) e dai *pericula libertatis*; *c)* il passaggio dalle une alle altre, ossia l’atto del provare regolato dal canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio.

Si spiega a questo punto l’equivoco in cui talora è caduta la Corte costituzionale – e, sulla sua scia, la giurisprudenza della Cassazione – quando ha affermato che il giudizio prognostico nei provvedimenti cautelari sarebbe «condotto ... non su prove ma su indizi» (sentenza n. 131 del 1996). Se fosse vero che in sede cautelare non occorrono prove, bisognerebbe concludere che in quella sede non vi sia nulla da provare, essendo impossibile provare alcunché se non attraverso prove; conclusione inaccettabile, perché tanto il *fumus boni iuris* quanto i *pericula libertatis* devono essere provati. Come va allora interpretata l’espressione ‘gravi indizi di colpevolezza’, posto che non possiamo considerarla equivalente a ‘gravi prove di colpevolezza’? La risposta è molto semplice, se tiene conto della struttura ternaria del procedimento probatorio (premesse probatorie, proposizione da provare, atto del provare). Con i ‘gravi indizi’ non si allude alle prove, ossia alle premesse probatorie, ma alla proposizione da provare. L’espressione ‘gravi indizi di colpevolezza’ può essere tradotta in *probabile colpevolezza* dell’imputato: ed è propriamente questa la proposizione da provare nei provvedimenti cautelari.

7. L’argumentum ad hominem

Una fallacia d’inferenza è il *c. argumentum ad hominem*, che consiste nella pretesa di confutare una tesi, screditando chi la sostiene. Cadrebbe in questa fallacia la parte che nel controesame, anziché confutare quanto sostiene il testimone, si limitasse ad attaccarlo sotto il profilo delle sue qualità morali; e altrettanto, se in questi termini fosse motivata in sentenza l’inattendibilità di una testimonianza.

Analoga e simmetrica è la fallacia dell’*argumentum ad auctoritatem* in cui si sostiene o si confuta una tesi richiamandosi a quanto sostenuto da una qualsiasi autorità. Cadrei in questa fallacia se confutassi l’opinione espressa da uno studente solo perché non conforme a quanto affermato da Franco Cordero. Può essere una buona ragione per indurlo a riflettere prima di sfidare l’Olimpo, ma il diverso orientamento di Cordero non è di per sé un’obiezione. *Quandoque bonus dormitat Homerus*. E così pure non è una buona ragione per approvare o respingere una

riforma, la circostanza che la auspicasse o la avversasse Giovanni Falcone; come, all'opposto, non basta a screditare un'opinione il fatto che la condividesse Licio Gelli.

Nella stessa fallacia cadrebbe, a mio avviso, il giudice che respingesse una tesi bene argomentata dalla difesa solo perché in contrasto con l'indirizzo della Cassazione. Naturalmente il giudice dovrà tenere nel debito conto quell'indirizzo; ma della bontà di un'interpretazione si discute davanti al Tribunale della Ragione che non è necessariamente impersonato dalla giurisprudenza degli organi di vertice.

8. La fallacia genetica

La fallacia genetica è un paralogismo in cui qualcosa (un fenomeno, una legge, un'opinione) è erroneamente identificata con le sue origini. Ad esempio, una legge o una tesi vengono scredate per il solo fatto di essere indirizzate a favorire qualcuno, di essere *ad personam*: si confonde il contenuto con la sua genesi.

In questa fallacia incorrono quanti pretendono di screditare la riforma del giusto processo, iscrivendola in un disegno di 'rivincita' del potere politico sulla giurisdizione, esordito con i lavori della Bicamerale e animato da intenti punitivi verso l'azione della magistratura. Può ben darsi che sulla riforma dell'art. 111 Cost. abbia esercitato notevole influenza, anche accelerandone i tempi, l'*esprit de ressentiment* del mondo politico, insofferente verso il progressivo estendersi dei controlli di legalità dopo la caduta dei privilegi parlamentari. Ma questo non vale certo ad escludere che quella riforma abbia riaffermato basilari principi di civiltà processuale, smarriti nella svolta inquisitoria del 1992.

9. L'ignoratio elenchi

E' una fallacia di irrilevanza che si manifesta quando le premesse sostengono una conclusione diversa da quella che si voleva dimostrare; in sostanza, consiste nell'addurre argomenti fuori tema.

Ad esempio, il potere del giudice di modificare la qualifica del fatto, senza obbligo di previa contestazione, viene solitamente giustificato con il principio del *iura novit curia*; ma è una spiegazione inconsistente, anche se nessuno dubita della validità di quel principio. Che il giudice conosca il diritto è una buona ragione per esonerare le parti dal provare le qualifiche giuridiche che stanno a base delle loro richieste; ma non per restringere il diritto alla conoscenza dell'accusa alla sola componente fattuale. Il contraddittorio riguarda sia il tema del fatto sia il tema del diritto; e, perché possa efficacemente esercitarsi, occorre che ogni mutamento di qualifica giuridica sia portato a conoscenza della difesa¹⁰.

¹⁰ Come ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Una sequela di simili fallacie si può osservare nella sentenza costituzionale n. 29 del 2009 sull'art. 238-*bis* c.p.p. Il giudice di merito eccepiva l'illegittimità dell'art. 238-*bis* c.p.p. a fronte della regola del contraddittorio nella formazione della prova, osservando come l'acquisizione della sentenza irrevocabile pronunciata in un diverso processo si risolvesse indirettamente nella valutazione di atti a cui era rimasta estranea la difesa del processo *ad quem*. La Corte costituzionale risponde con una serie di argomenti che, di per sé ineccepibili, ma del tutto irrilevanti rispetto al tema in discussione. Riepiloghiamo:

a) un *excursus storico-sistematico* sulla genesi dell'art. 238-*bis* c.p.p. e sull'ordinanza n. 159 del 1996, con cui la stessa Corte aveva già dichiarato manifestamente infondata analoga questione di legittimità. Discorso tanto interessante quanto ininfluenza, essendosi modificato il quadro costituzionale con la riforma dell'art. 111 Cost.;

b) la circostanza «che, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto di acquisizione (...) ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione». Che rispetto all'acquisizione di una sentenza non abbia senso il contraddittorio nella formazione della prova è senz'altro vero, ma proprio per questo se ne deve vietare l'acquisizione quando si fondi su atti dai quali è rimasta esclusa la difesa del processo in corso;

c) la «scelta del legislatore di consentire al giudice di apprezzare liberamente l'apporto probatorio scaturente dagli esiti di altro processo e di permettere correlativamente alle parti di utilizzare, come elementi di prova, i risultati che da quella sentenza sono emersi»; la libertà delle parti, una volta acquisita la sentenza, «di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze; e, infine, la necessità, in virtù del rinvio all'art. 192 comma 3 c.p.p., che la sentenza sia valutata unitamente «agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità». Considerazioni ineccepibili, ma estranee al quesito di legittimità. Il dubbio non verteva sulla libertà di convincimento del giudice, ma sulla lesione del contraddittorio che deriva dall'acquisizione della sentenza pronunciata in altro processo e dalla sua valutazione in chiave probatoria; lesione sicuramente non sanabile né con il richiamo ai criteri di valutazione fissati dall'art. 192 c.p.p., facilmente aggirabili perché evanescenti come il senno di Orlando paladino; né, tanto meno, con il diritto di critica della difesa, il quale non è espressione del contraddittorio nella formazione della prova, ma del contraddittorio su prove già formate.

10. La confusione tra negazione passiva e negazione attiva: effetti delle contestazioni al testimone

Una distinzione tanto importante quanto trascurata è quella tra *negazione attiva* e *negazione passiva*. C'è un netto divario tra dire che l'imputato 'è considerato non colpevole' (negazione attiva) o che 'non è considerato colpevole' (negazione

passiva): in un caso la negazione (il 'non') è riferita al sostantivo (il 'colpevole'), nell'altro al verbo ('considerato'). Nel primo caso si predica un giudizio di 'non colpevolezza' del tutto equivalente a quello di innocenza (il 'non colpevole' è l' 'innocente' e viceversa); nel secondo si predica l'astensione dal giudizio di colpevolezza, il che non equivale affatto a predicare l'innocenza. Analogamente, dire 'credo che fuori non piova' è ben diverso dal dire 'non credo che fuori piova'. In un caso affermo di avere una credenza sul fatto che non piova, nel secondo caso nego di averla sul fatto che piova, e solo arbitrariamente si potrebbe convertire una 'non credenza su x' in una 'credenza su non-x'. Che poi nella *vulgata* si ignorino queste varianti e si tenda, invece a convertire la negazione passiva in attiva - con il risultato, forse benefico, di equiparare la *non considerazione di colpevolezza* alla *considerazione di non colpevolezza* (e quindi di innocenza) - è un dato di fatto che non scalfisce minimamente il discorso appena svolto.

La distinzione assume rilevanza in tema di alibi fallito e di falso allibi: in un caso, non vi è la prova che l'imputato fosse dove affermava di essere (negazione passiva), nell'altro, vi è la prova che l'imputato non fosse in quel luogo (negazione attiva). Ma la massima importanza si registra sul terreno delle contestazioni *ex art. 500 c.p.p.* Come noto, la dichiarazione, raccolta nell'indagine preliminare e contestata al testimone, non può essere utilizzata in chiave probatoria, ma solo al fine del controllo sulla credibilità della dichiarazione dibattimentale. Pertanto, se il teste ha originariamente dichiarato 'nero' a pubblico ministero e in sede dibattimentale dichiara 'bianco', il dilemma per il giudice è tra credere a 'bianco' o non credere a 'bianco', restando esclusa la possibilità di credere a 'nero'; o meglio, tra ritenere 'provato bianco' o ritenere 'non provato bianco' (negazione passiva). Ma ritenere 'non provato bianco' non autorizza a ritenere 'provato nero', neppure se l'alternativa fosse solo tra 'bianco' e 'nero'.

Diverso naturalmente sarebbe il discorso se il giudice fosse autorizzato a ritenere 'provato non bianco' (negazione attiva); in tal caso dalla prova di 'non bianco' discenderebbe deduttivamente quella di 'nero', quando l'alternativa fosse tra 'bianco' o 'nero'. Ed è appunto in questo senso che hanno arbitrariamente concluso alcuni autori e alcune isolate sentenze, confondendo negazione attiva e passiva, col risultato di vanificare la regola che vieta l'uso probatorio delle dichiarazioni raccolte unilateralmente.

11. L'affermazione del conseguente

E' la fallacia che consiste nell'invertire i termini di un'implicazione. Supponendo che 'se A, allora B', la sola conseguenza che si può deduttivamente trarre è che 'se non B, allora non A'; ma sarebbe erroneo affermare che 'se B, allora A' (affermazione del conseguente) o che 'se non A, allora non B' (negazione dell'antecedente). Ipotizzando una regola causale del tipo 'se c'è polmonite c'è febbre', si può concludere che 'se non c'è febbre non c'è polmonite'; ma sarebbe fallace affermare che 'se c'è febbre c'è polmonite' o che 'se non c'è polmonite non c'è febbre' (la febbre infatti potrebbe avere una causa diversa dalla polmonite).

Nel processo penale, come si è visto, il giudice ricostruisce i fatti del passato sulla base di quelli del presente, ossia risale dagli effetti alle cause, secondo il metodo 'abduittivo'. E' dunque inevitabile che si inverta il rapporto di causalità e si incorra in quella che, dal punto di vista della logica deduttiva, costituirebbe per l'appunto la fallacia dell'affermazione del conseguente. Le stesse leggi scientifiche nel processo, come nell'esperienza quotidiana, sono spesso applicate in questa forma capovolta che dall'effetto va verso la causa: dalla traccia di frenata si ricava la velocità, da due pezzi di carta combacianti che provengono dallo stesso foglio, dall'agitarsi delle foglie che c'è vento, e via dicendo. Lo stesso accade, d'altronde, nell'esperienza medica dove la diagnosi si svolge con un metodo che dai sintomi (gli effetti) risale alla malattia (la causa).

A questo punto come conciliare la necessità che la colpevolezza sia provata e l'inevitabile fallibilità delle ricostruzioni del passato? La risposta sta nella congiunzione di due fondamentali regole. La prima è la regola del contraddittorio che diminuisce sensibilmente il rischio dell'errore. Può darsi che i metodi unilaterali, tipici del processo inquisitorio, funzionino quando si tratta di 'scoprire' qualcosa di esistente il cui rinvenimento documenterà il buon esito della ricerca; ma sicuramente sono fallimentari quando occorre 'ri-costruire' fatti insuscettibili di verifica diretta, perché ormai scomparsi. Qui il contraddittorio nella formazione della prova è senza il metodo migliore, per la semplice ragione che la verità delle conclusioni raggiunte non potrà mai avere riscontro diretto e definitivo. La seconda è la già illustrata regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio: la colpevolezza deve avere trovato solido fondamento nelle prove d'accusa e nessuna significativa smentita in quelle della difesa. E' il massimo grado di certezza che si possa raggiungere fuori dal settore deduttivo; ma è, al tempo stesso, il minimo da pretendere nel processo penale per evitare il rischio di condanne fondate su sospetti ed illazioni.

12. La negazione dell'antecedente: contraddittorio nella formazione della prova e sottrazione per libera scelta al controesame

Analoga alla precedente è la fallacia in cui negando la premessa di un'implicazione si pretende di negare la conclusione.

Un ottimo esempio è offerto dall'esegesi che alcuni autori e alcuni giudici di merito hanno praticato in ordine alla regola contenuta nella seconda parte dell'art. 111 comma 4 Cost.: «La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Da questo esplicito divieto si ricaverebbe *a contrario* l'implicita ammissibilità di un uso probatorio delle dichiarazioni rese da chiunque accetta il controesame¹¹. Se il teste

¹¹ In tal senso, ad esempio, V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale 'giusto'*, Giuffrè, Milano, 2000, XVII s.; ID., *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio «per» la prova e limiti del diritto al silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001, 95 s. («In queste ipotesi, infatti, non essendosi il dichiarante 'sottratto' al vaglio dell'interrogatorio, viene a mancare lo stesso presupposto di operatività della regola dettata nella seconda parte dell'art. 111 comma 4 Cost., che sanziona come inutilizzabili soltanto le suddette dichiarazioni; e, del resto (argomentando *a contrario*), non si vede come potrebbe ricavarsi dalla prima parte del

non si sottrae al controesame, è inapplicabile il divieto probatorio e le precedenti dichiarazioni possono provare la colpevolezza dell'imputato. Muovendo da questo assunto si è sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 500 c.p.p., correttamente poi respinta dalla Corte costituzionale.

È un discorso viziato alla radice. Data una disposizione che in presenza di *S* (nella specie, la sottrazione per libera scelta al controesame...) vieta *P* (la prova della colpevolezza sulla base...), è una grave fallacia – chiamata, per l'appunto, 'negazione dell'antecedente' – dedurre che, dove sia assente *S*, sia consentito *P*. Dalla regola 'se *S* allora non *P*' la sola conseguenza che si può logicamente trarre è 'se *P* allora non *S*' (ossia, se si può provare la colpevolezza ... allora non c'è stata sottrazione per libera scelta).

Per giungere alla conclusione della tesi qui criticata bisognerebbe, infatti, dimostrare che *P* (*id est*, la prova della colpevolezza) non è vietato da nessun'altra disposizione. Ma qui ad opporsi all'uso probatorio delle dichiarazioni raccolte segretamente sta la prima parte dell'art. 111, 4° co., Cost. che esige il «contraddittorio nella formazione della prova». Come si potrebbe considerare rispettata questa direttiva se tutto quanto è stato dichiarato nell'indagine si trasformasse in prova per il solo fatto d'essere contestato a chi depone nel giudizio? Dire che, salvo le eccezioni previste dalla legge, le prove si formano in contraddittorio non equivale forse a dire che ciò che non si è formato in contraddittorio non è prova? Il secondo enunciato non è altro che la puntuale traduzione in negativo del primo, nel quale resta implicito il divieto di usare a fini decisori le dichiarazioni raccolte segretamente, come sono quelle contestate al testimone.

Non solo. Se il richiamo al principio del contraddittorio non valesse anche in negativo, come regola di esclusione, lo stesso 5° co. dell'art. 111 Cost. risulterebbe in larga parte privo di significato. Che senso avrebbe, infatti, prevedere deroghe al contraddittorio per la 'provata condotta illecita' o per l'irripetibilità di 'natura oggettiva', se un divieto probatorio operasse soltanto nel caso della libera sottrazione al controesame, contemplata dalla seconda parte dell'art. 111, 4° co., Cost.? Nessuno, perché entrambe le deroghe starebbero già al di fuori del divieto, mancando il presupposto della 'libera scelta'.

13. La violazione della legge di Hume: prova della colpevolezza e patteggiamento

E' la fallacia in cui si incorre quando si passa dal *dover essere all'essere*, dal mondo dei *valori* a quello dei *fatti* o viceversa. Illustriamola con un aneddoto. Constato la scomparsa dell'auto dal luogo in cui l'avevo posteggiata; ma, anziché recarmi a denunciare il furto, vado dall'oculista, sul presupposto che, essendo il furto vietato

medesimo art. 111 comma 4 Cost. una più ampia regola di inutilizzabilità, tale da investire tutte le dichiarazioni anteriormente acquisite in difetto di contraddittorio, prescindendo dalla circostanza del successivo rifiuto del dichiarante di confrontarsi con l'accusato»); P. TONINI, *Necessario garantire spazi per un vero contraddittorio*, in *Il Sole 24 ore*, 22 novembre 2008, 28; analogamente, con riguardo all'art. 526, 1° co. bis, c.p.p., D. CARCANO e D. MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1 marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001, 55 s.

dalla legge, l'auto *deve* essere dove l'ho lasciata e *non può* essere scomparsa. Ignaro della separazione tra fatti e valori, converto il 'deve essere' in 'è'.

Cadono, a mio avviso, in questo genere di fallacia quanti sostengono che la sentenza di patteggiamento contenga l'accertamento di responsabilità dell'imputato. Muovendo da un ideale sistema di valori nel quale nessuna pena può essere applicata se non a seguito di un pieno accertamento della colpevolezza, ma non volendo al tempo stesso rinunciare ai vantaggi che offre il patteggiamento, costoro ne alterano la natura con un'operazione di cosmesi processuale. Nel patteggiamento – affermano – l'imputato non rinuncerebbe all'accertamento di responsabilità, ma solo all'esercizio del diritto di difesa, acconsentendo ad essere giudicato sulla base degli atti di indagine preliminare. Tesi insostenibile perché, a differenza di quanto accade nell'abbreviato, l'imputato qui non chiede di essere giudicato allo stato degli atti. Chiede molto di più, o di meno, secondo l'angolo visuale: d'accordo con la controparte, chiede direttamente la pena, con una riduzione che null'altro è se non il corrispettivo per il mancato accertamento della responsabilità (a differenza dell'abbreviato, dove lo sconto di un terzo è il prezzo della rinuncia all'oralità e al contraddittorio).

D'altronde, se per il patteggiamento occorresse la prova della colpevolezza al di là ogni ragionevole dubbio – come impone la regola di giudizio dell'art. 533 c.p.p., significativamente richiamato solo in sede di abbreviato – il pubblico ministero sarebbe più che mai riluttante a concedere il proprio assenso nel corso dell'indagine preliminare, per il forte rischio che, con gran sgomento della vittima del reato, l'imputato sia prosciolto, pur avendo già concordato la pena da applicare (come si sa, la legge non consente al giudice di respingere la richiesta delle parti 'per incompletezza' delle indagini); e ne uscirebbero così sensibilmente compromesse le finalità deflazionistiche del rito.

Beninteso, è difficile negare che nel sistema costituzionale sia implicita una regola che subordina l'applicazione di una pena alla prova della colpevolezza. Ma quali conclusioni se ne devono trarre? Le possibilità sono due. O si considera indefettibile la regola e, allora, occorre anche il coraggio del passo successivo che è l'illegittimità del patteggiamento e non la trasfigurazione della sua struttura. O si ritiene la regola moderatamente disponibile, tale da ammettere che, con l'accordo delle parti sulla pena, il giudice possa limitarsi ad una verifica essenzialmente negativa sull'assenza di cause di non punibilità; e in tal caso la legittimità costituzionale del patteggiamento è salva. Dato che la regola sull'accertamento di responsabilità non è espressamente formalizzata nel testo costituzionale, ma va estratta in via interpretativa dai principi che la implicano, nulla impone di formularla in modo rigido, intollerante di attenuazioni. Si può benissimo considerare l'accertamento della responsabilità come una regola destinata ad incontrare un limite nella volontà dell'imputato che concordi con la controparte l'applicazione della pena. Ma non è tollerabile che, per mantenere rigido ed integro un principio, si 'costruiscano' realtà che non esistono, come la prova della colpevolezza nel patteggiamento.

13. Petizioni di principio: la pretesa vincolatività delle interpretazioni della Corte di Strasburgo

E' il paralogismo che dà luogo ad argomenti circolari, in cui si assume come premessa la stessa conclusione da provare, ciò che dovrebbe formare oggetto di prova.

In questa fallacia è, a mio avviso, di fatto incappata la Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 1996, quando ha affermato l'obbligo di applicare le disposizioni della CEDU «come interpretate dalla Corte europea». A sostegno di questa conclusione la Consulta ha richiamato l'art. 32 della CEDU, secondo cui «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione»; ed ha parlato di «una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea».

Ora nessuno pone in dubbio l'eminente funzione interpretativa della Corte europea a cui spetta l'ultima parola. Ma che ne derivi il carattere vincolante delle sue interpretazioni è una palese petizione di principio. L'assunto, infatti, vale né più né meno quanto quello contenuto nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, dove si precisa che «la Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge». Le interpretazioni della Cassazione sono autorevolissimi precedenti che ogni buon giudice tiene nel debito conto; e, nondimeno, non hanno alcuna efficacia giuridica vincolante (s'intende, fuori dall'ambito del giudizio di rinvio). Persino le sentenze della Corte costituzionale, interprete e garante della Costituzione, vincolano *solo* nella parte in cui dichiarano l'illegittimità delle singole disposizioni di legge; ma l'interpretazione della disposizione costituzionale, che traspare dalla motivazione della sentenza, non è giuridicamente vincolante.

Ridotto all'osso, il discorso della Consulta finisce per suonare in modo circolare. La Convenzione va applicata come la interpreta la Corte di Strasburgo. Perché? Perché l'interpretazione di Strasburgo è vincolante. Ma perché è vincolante? Perché la Convenzione va applicata come la interpreta Strasburgo.

Petizioni di principio a parte, vi sono ottime ragioni per confutare una simile conclusione. La Corte europea accerta se in un determinato processo vi sia stata o no violazione della normativa convenzionale e solo in quel contesto i suoi assunti decisori sono costringenti. Naturalmente, le interpretazioni della Corte rappresentano autorevolissimi precedenti, sulla cui base si può facilmente pronosticare la sorte di analoghi casi; e tocca allo Stato interessato prendere ogni misura necessaria ad evitare nuove condanne, inclusa la revisione della legge da cui fosse derivata la violazione della Convenzione.

Ma in sé quelle interpretazioni – che potrebbero anche essere erranee o comunque suscettibili di ripensamento in futuro – non dovrebbero costituire vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa. La lettura della Convenzione svolta dai giudici europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge; ed è estremamente rischioso proiettarla fuori dal

contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa (tale l'esito del richiamo alla CEDU come interpretata dalla Corte europea). Nelle decisioni della Corte europea, come di ogni altro giudice, vincolante è solo il *dictum*, il comando contenuto nel dispositivo, che accerta la violazione della Convenzione nel singolo processo; è questo l'oggetto del giudizio, non l'interpretazione delle norme convenzionali che affiora dalla motivazione in forma spesso implicita o vaga nei contorni¹².

Assumere come vincolante l'interpretazione delle disposizioni convenzionali in un ambito diverso da quello relativo alla controversia decisa è, a nostro avviso, una grave forzatura dei principi generali in tema di legge, giurisdizione e giudicato. La Convenzione va interpretata dai nostri giudici, inclusi quelli costituzionali, per ciò che dice e non per la lettura che in rapporto a singoli processi ne abbia dato la Corte europea; grande attenzione per le decisioni di quest'ultima, auspicabile convergenza interpretativa, ma nessun vincolo giuridico. Nell'interpretare la Convenzione europea, Corte costituzionale e giudici comuni non devono avere altri limiti che il testo della legge e la ragionevolezza. Nessun dubbio che assumano massima importanza gli orientamenti della Corte europea, anche perché sarà questa ad avere l'ultima parola; ma non c'è motivo per negare che, qualora appaiano erronei o comunque censurabili, il giudice se ne possa affrancare motivando il suo diverso convincimento. Il parametro sulla cui base si valuta la correttezza dell'atto interpretativo è quello della Ragione e non della conformità all'indirizzo di un organo di vertice¹³.

Riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo equivale a dire che qualunque contenuto i giudici europei ascrivano alla Convenzione, foss'anche il più eversivo, quel contenuto è legge. Fenomeno ben diverso e assai più rigido rispetto a quello del 'precedente vincolante' o dello *stare decisis*, che, peraltro, è estraneo al nostro sistema giuridico; il precedente vincolante, infatti, postula casi identici o analoghi, al di fuori dei quali il vincolo non vale, con la conseguenza che il giudice può sempre sottrarsi al vincolo, invocando elementi peculiari della fattispecie che la rendono diversa da quella già decisa¹⁴.

Qui invece il vincolo riguarda non il 'caso', ma il significato, il senso della disposizione convenzionale qualunque sia la fattispecie a cui è applicata. Di fatto, il testo legislativo diventa irrilevante; alla Consulta e ai giudici comuni non resta che interpretare le 'interpretazioni' della Corte europea. Si abbatte così la frontiera tra la legge e la sua interpretazione, tra potere legislativo e giurisdizionale; e lo stesso contraddittorio rischia di vanificarsi, perché il diritto delle parti di interloquire e argomentare su ogni questione di diritto si riduce sensibilmente se il giudice del loro processo è comunque vincolato all'interpretazione altrove formalizzata dalla Corte

¹² In termini critici v., più ampiamente, di chi scrive, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, n. 4, 116 s.

¹³ Saggiamente l'*Human Rights Act 1998* si guarda bene dal riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo, limitandosi a stabilire che «A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, [...]».

¹⁴ S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 125 s.

europea. Alla supremazia della Convenzione europea subentra la supremazia dei giudici europei, esito non altrettanto democratico che ricorda la logica del *quia nominor leo*. La Convenzione europea è l'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo. Sarà una buona interpretazione, migliore forse della stessa Convenzione; ma, come nella monarchia assoluta, la legge si eclissa e le garanzie si riassumono nella bontà del sovrano.

Perché la Corte costituzionale ha ritenuto di consegnare alla Corte di Strasburgo il monopolio interpretativo delle norme convenzionali, imponendo ai giudici ordinari e a se stessa un vincolo che, senza trovare alcun riscontro nella legge, appare in pieno contrasto col precetto dell'art. 101 comma 2 Cost.? Forse, come in una sorta di negoziazione, dopo aver rivendicato il primato della Costituzione sulla Convenzione europea, ha voluto controbilanciarlo con una concessione che le è sembrata doverosa. Ma è un grave errore, a cui è auspicabile che presto o tardi voglia rimediare, quanto meno attenuando la rigidità del suo originario assunto: ogni giudice, nell'interpretare le disposizioni della Convenzione, deve attenersi agli indirizzi della Corte di Strasburgo, a meno che non indichi, con specifica motivazione, le ragioni per una diversa e più corretta lettura delle normativa convenzionale.

13. 1. Autoconfutazione o ripensamento?

Fortunatamente nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale si nota un significativo ripensamento. Alludo in particolare alla sentenza n. 236 del 2011 dove, per un verso la Corte ribadisce «di non poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della CEDU devono, quindi, essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»; ma, per altro verso, rivendica il potere «di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»¹⁵.

Chi leggesse queste frasi senza conoscere la 'storia' delle precedenti decisioni (sentenze nn. 348 e 349 del 2007), sarebbe sicuramente indotto a chiedersi perché la Corte costituzionale, invece di rivendicare la libertà di apprezzamento della giurisprudenza europea, abbia svolto un discorso così contraddittorio; anzi autoconfutante per citare la fallacia in cui si incappa quando la conclusione entra in contraddizione con le premesse del discorso. Se l'interpretazione dei giudici di Strasburgo fosse davvero vincolante e le disposizioni della Convenzione applicabili soltanto nel significato attribuito dalla Corte europea, nessun margine di apprezzamento e di adeguamento potrebbe spettare ad altri giudici. Affermare il carattere vincolante delle interpretazioni della Corte europea ma riconoscere al tempo stesso margini di apprezzamento ai giudici, è come dire quelle interpretazioni sono ...

¹⁵ La stessa conclusione è ribadita nella sentenza n. 303 del 2011.

un *poco* vincolanti! Si sarebbe maliziosamente tentati di concludere che persino nella logica c'è da essere pessimisti.

In realtà, conoscendo i precedenti, il quadro si chiarisce. Ammettere il proprio errore è una scelta coraggiosa, ma alla quale sono in genere poco inclini gli organi di vertice, probabilmente nel timore di vedere scossa la loro autorità. Al punto che, seppure mutano parere, preferiscono sempre richiamare in premessa l'originario indirizzo. Pensano che in tal modo la nuova opinione apparirà, non come una smentita, ma come una specificazione, un perfezionamento di quella precedente che viene riproposta. Sbagliano, perché proprio quel richiamo, che mal si concilia con il séguito del discorso, contribuisce a rendere ancora più evidente l'errore, a cui si aggiunge la fallacia dell'autoconfutazione.

Così la Corte costituzionale, anziché riconoscere l'iperbole contenuta nelle sentenze che affermavano l'obbligo di assumere «le norme della CEDU come interpretate dalla Corte europea», ha preferito prima ribadire il principio e poi relativizzarlo, rivendicando un «margine di apprezzamento e di adeguamento» in ordine alla giurisprudenza europea. L'incoerenza del discorso è di tutta evidenza; ma poco importa. Interessante è invece che la Consulta non sia lontana dal convergere sulla ragionevole conclusione qui prospettata: le interpretazioni della Corte europea sono precedenti autorevolissimi da tenere nel massimo conto, ma non privano il giudice della sua libertà di valutazione, con la conseguenza che, qualora non le ritenga persuasive, può distaccarsene, motivando il proprio dissenso con solide ragioni.

Ragionevole dubbio e controllo della Cassazione

Ciò premesso, è evidente che la Cassazione non è solo giudice del diritto, ma anche del fatto, proprio per effetto del controllo che esercita sulla motivazione a norma dell'art. 606 lettera e) c.p.p. Nella motivazione il giudice di merito indica le premesse probatorie, ossia le prove legittimamente acquisite, e la proposizione da provare, rappresentata dal fatto di cui all'imputazione; dopodiché giustifica il passaggio dalle prime alla seconda in base a regole rappresentate, a seconda dei casi, da leggi scientifiche o da semplici massime di esperienza. La Cassazione, dal canto suo, verifica tanto la correttezza del tragitto dalle premesse probatorie alla proposizione da provare, quanto, dopo le modifiche introdotte dalla legge 'Pecorella', la corrispondenza delle premesse probatorie agli atti processuali; e, attraverso il primo controllo, che implica un sindacato sulle massime di esperienza e leggi scientifiche utilizzate dal giudice, entra a vele spiegate nel merito della ricostruzione dei fatti. Il tentativo di negare che attraverso il controllo sulla motivazione la Cassazione sia anche giudice di *come è stato ricostruito il fatto* si risolve in una sfida impossibile, votata all'insuccesso.

È a nostro avviso inconfutabile, specie dopo la legge Pecorella, che tra i motivi di ricorso possa legittimamente invocarsi la violazione della regola dell'oltre ogni

ragionevole dubbio; sia a causa dell'intrinseca contraddittorietà o illogicità della motivazione, sia a causa della mancata valutazione o del travisamento di una prova. Non si vede, d'altronde, perché alla Cassazione dovrebbe essere consentito sindacare la presenza dei riscontri 'individualizzanti' nelle chiamate in correità e negato, invece, il controllo sul rispetto del più generale criterio di giudizio, relativo alla colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

Ma ciò non significa che la Cassazione debba sostituirsi al giudice di merito, riformulando *ab imis* il giudizio da costui già espresso sulla colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Si è detto come la formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio abbia in sé un margine di indeterminatezza che, nei casi difficili, consegna una notevole discrezionalità al giudice di merito, che di fatto può legittimamente assolvere come condannare; un potere, come si diceva, è discrezionale quando implica la scelta tra una pluralità di decisioni, tutte legittime¹⁶. Questa stessa discrezionalità funge da limite al controllo della Cassazione, il cui giudizio non verte sulla colpevolezza dell'imputato, ma sui motivi di ricorso che, nel caso di specie, coinvolgono la motivazione della sentenza impugnata incluso il raffronto con gli atti del processo indicati dalla parte.

Compito del giudice di legittimità è di accertare, nell'ambito dei motivi adottati, se la valutazione del giudice di merito abbia o no travalicato la sfera di discrezionalità aperta dalla vaghezza dell'aggettivo 'ragionevole'; ed è solo in questa chiave che può acquistare un senso accettabile il richiamo, altrimenti infelice, alla 'manifesta' illogicità della motivazione (art. 606 lett. e c.p.p.). In sostanza, i giudici di Cassazione non devono chiedersi se, nelle vesti del giudice di merito, avrebbero assolto o condannato, ma se la sentenza impugnata abbia 'ragionevolmente' motivato, anche alla luce degli atti del processo, la colpevolezza dell'imputato 'oltre ogni ragionevole dubbio'; oggetto di controllo è una ragionevolezza di secondo grado o, se si preferisce, una meta-ragionevolezza che sconta e rispetta i margini di opinabilità connaturati alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Infine, proprio perché non si rinnova il giudizio sulla colpevolezza, l'onere della prova in ordine al vizio di motivazione è a carico del ricorrente.

È a nostro avviso inconfutabile che tra i motivi di ricorso possa legittimamente invocarsi la violazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Non si vede, d'altronde, perché alla Cassazione dovrebbe essere consentito sindacare la presenza dei riscontri 'individualizzanti' nelle chiamate in correità e negato, invece, il controllo sul rispetto del più generale criterio di giudizio, relativo alla colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

Ma ciò non significa che la Cassazione debba sostituirsi al giudice di merito, riformulando *ab imis* il giudizio da costui già espresso sulla colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio; come si diceva, esistono casi-limite in cui, per la vaghezza del

¹⁶ V. *retro*, Cap. 2, par. 25.

concetto di ragionevole dubbio, il giudice si trova di fatto investito del potere discrezionale di assolvere come di condannare. Questa stessa discrezionalità funge, sotto un diverso profilo, anche da limite al controllo della Cassazione, il cui giudizio non verte sulla colpevolezza dell'imputato, ma sui motivi di ricorso che, ai sensi dell'art. 606 lettera e) c.p.p., riguardano la motivazione della sentenza impugnata incluso il raffronto con gli atti del processo indicati dalla parte.

Compito del giudice di legittimità è di accertare, nell'ambito dei motivi adottati, se la valutazione del giudice di merito abbia o no travalicato la sfera di discrezionalità aperta dalla vaghezza dell'aggettivo 'ragionevole'; ed è solo in questa chiave che può acquistare un senso accettabile il richiamo, altrimenti infelice, alla 'manifesta' illogicità della motivazione (art. 606 lett. e c.p.p.). In sostanza, i giudici di Cassazione non devono chiedersi se, nelle vesti del giudice di merito, avrebbero assolto o condannato, ma se la sentenza impugnata abbia 'ragionevolmente' motivato, anche alla luce degli atti del processo, la colpevolezza dell'imputato 'oltre ogni ragionevole dubbio'; oggetto di controllo è una ragionevolezza di secondo grado o, se si preferisce, una meta-ragionevolezza che sconta e rispetta i margini di opinabilità connaturati alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Resta un problema: la condanna pronunciata per la prima volta dal giudice d'appello in riforma dell'assoluzione¹⁷. E' a mio avviso un'anomalia, poco conciliabile con l'art. 14, 5° co., del Patto internazionale sui diritti civili e politici (entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978) secondo cui «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge». Cosa significa «riesame» dell'«accertamento della colpevolezza» e della «condanna»? È sufficiente la previsione di un qualsiasi mezzo di impugnazione comunque strutturato, quindi anche per motivi circoscritti e previamente identificati dalla legge (come nel ricorso per cassazione), o dev'essere garantita la possibilità di denunciare ogni errore di fatto o di diritto contenuto nella condanna (esclusa ovviamente la violazione di norme processuali *minus quam perfectae*)? La risposta non può che essere nel secondo senso. Non pare, infatti, eccesso di garantismo riconoscere all'imputato il potere di contestare, *almeno una volta*, in fatto e in diritto la sentenza che lo condanna; con la conseguenza che il diritto al riesame non può ritenersi soddisfatto dal solo ricorso in cassazione. Sino a quando l'anomalia non sarà eliminata, ogni limite posto al controllo della Cassazione sulla condanna pronunciata per la prima volta dal giudice d'appello apparirà come arbitrario.

¹⁷ Sul tema e sulle vicende conclusesi con la dichiarazione di incostituzionalità della legge Pecorella che aveva soppresso l'appello avverso le sentenze di proscioglimento, cfr. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 233 s..

