

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zaccà, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

C. IASEVOLI, <i>Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista</i>	5
A. CAPONE, <i>Uno sguardo alla prassi: processi di mafia e teste di p.g.</i>	21
G. CARLIZZI, <i>L'obbligo di motivazione rafforzata nel processo penale. Un contributo teorico-generale</i>	39

IL GIUDIZIO E LA CRISI DEL METODO EPISTEMOLOGICO GARANTISTA

di Clelia Iasevoli

L'efficienza, declinata sul paradigma del mero contenimento dei tempi processuali, non può postulare una riduzione a qualunque costo, ma deve iscriversi nell'alveo del giusto processo (art. 111 Cost.), che è principio per e sulla giurisdizione. Il contraddittorio è il metodo di acquisizione connaturale all'oggetto della funzione di accertamento e, per questa ragione, esige come regola di decisione l'immediatezza/partecipazione. È, dunque, il principio di stretta giurisdizionalità a richiedere nel dibattimento una progressiva interazione tra il giudice e la prova. Ciò nonostante, talune innovazioni introdotte dalla Riforma Cartabia segnano la crisi del metodo epistemologico garantista.

SOMMARIO: 1. La tecnica di derivazione *del* dover essere *dall'*essere. – 2. La non effettività del principio di concentrazione. – 3. L'attività illustrativa delle richieste probatorie e le valutazioni prognostiche. – 4. La videoregistrazione da modalità di documentazione ad atto con efficacia surrogatoria. – 5. L'immediatezza "partecipazione" come regola di decisione. – 5.1. La funzione di accertamento secondo i canoni del *giusto processo*. – 6. La rinnovazione probatoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole all'imputato. – 7. La despazializzazione dell'istruttoria.

1. La tecnica di derivazione *del* dover essere *dall'*essere.

Nell'esperienza giuridica postmoderna la fuga dalla cognizione è imposta dalle disfunzioni organizzative e dalla lentezza disumana dei processi, che hanno degradato la persona ad oggetto.

Tuttavia, la tecnica di derivazione *del* dover essere *dall'*essere per ottenere un risultato "pratico", stabilendo, secondo criteri di opportunità, in cosa debba risolversi questa conformazione, non coincide con l'aspirazione alla migliore tutela possibile dei diritti fondamentali dell'imputato, proprio perché il metodo dovrebbe essere inverso a quello applicato.

L'affermazione è chiarita dall'esemplificazione offerta da una recente pronuncia della Corte costituzionale¹ che ha considerato inefficaci talune garanzie a causa dell'inadeguatezza concreta del sistema ad assicurarne la funzionalità. L'esito frequente della «mera conferma» delle dichiarazioni rese nel primo dibattimento, da parte del

¹ Corte cost., sent., 29 maggio 2019, n. 132, in www.giurcost.org.

testimone riconvocato nel secondo a giudice mutato, dimostrerebbe la superfluità del diritto alla rinnovazione probatoria, rispetto a quanto già emerge dalle trascrizioni, acquisibili al fascicolo dibattimentale, *ex art.* 511 co. 2 c.p.p. La pronuncia ha dato adito ad accese critiche in dottrina², anche per le sollecitazioni che il giudice delle leggi ha rivolto al legislatore, auspicando l'adozione di rimedi strutturali per favorire la concentrazione del dibattimento e la previsione di ragionevoli deroghe alla regola dell'immutabilità del giudice.

Le Sezioni unite Bajrami³ vanno oltre: scrivono un meccanismo *preater legem* per contenere l'effetto espansivo dei guasti sistemici. Il raggio di azione del diritto alla rinnovazione è circoscritto alla parte che ne abbia chiesto l'ammissione; al giudice è attribuito il potere-dovere di rigettare la richiesta, ai sensi degli artt. 495 co. 1 c.p.p. e 190 co. 1 c.p.p., per la manifesta superfluità della reiterazione degli esami già svolti; la parte deve indicare le specifiche circostanze, che rendono necessaria la rinnovazione.

La rinnovazione probatoria è, dunque, un mero formalismo, un'attività antieconomica, un intralcio al ritmo del procedere, trattandosi di conoscenze che già esistono. Eppure, il mutamento del giudice è determinato da cause che l'imputato è costretto a subire⁴.

Siamo di fronte ad una visione efficientista e/o sostanziale della giustizia, che si iscrive nel percorso di quel formante giurisprudenziale⁵, che ha inciso sulle forme e sullo scopo del processo, con l'effetto della permeabilità del diritto processuale penale ad influssi, poco compatibili con tradizioni ordinamentali da Stato di diritto.

Il riscontro si rinviene pure con riferimento a talune procedure, che, così come innovate dalla Riforma Cartabia, non sembrano costituire spazi di impronta accusatoria.

² P. FERRUA, [Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore](#), in Arch. pen., 11 giugno 2019; O. MAZZA, [Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale](#), in Arch. pen., 2019, 404; D. NEGRI, [La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti](#), in Arch. pen., 2019, 409; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in Giur. cost., 2019, 1551; G. SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in [www.ilpenalista.it](#), 11 giugno 2019; C. SCACCIANOCCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in Proc. pen. giust., 2020, 1.

³ Cass. pen., sez.un., 30 maggio 2019, P.G. in proc. Bajrami, in Cass. pen., 2020, 1030. In dottrina, B. GALGANI, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e ... smaterializzazione del processo penale*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, E. Marzaduri, Torino, 2019, 213; M. BARGIS [Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo](#), in questa Rivista, 2020, 4, 41 ss; A. CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in Cass. pen., 2020, 1062 ss; A. MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in Proc. pen. giust., 2020, 1, 151.

⁴ In argomento, P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2011, *passim*.

⁵ G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino, 2017, 32; C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, *passim*; O. MAZZA, [Tradimenti di un codice](#), in Arch. pen., 12 novembre 2019; A. GAITO, E.N. LA ROCCA, [Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel \(poco\) che rimane...](#), in Arch. pen., 28 ottobre 2019.

Mi soffermerò su alcune modifiche che, a mio avviso, indeboliscono lo scopo cognitivo del giudizio e che sono il risultato della funzione di mediazione sociale e politica⁶, svolta dalla magistratura nella gestione delle troppe inefficienze della macchina processuale.

Una funzione che per il passato ha generato altre, non meno importanti, involuzioni. Il riferimento è alle tre sentenze del '92 (nn. 24, 254, 255), con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità delle regole di esclusione probatoria di cui agli artt. 195, 500 e 513 c.p.p., ritenendo che ostacolassero l'accertamento della verità⁷. Si agì in nome del principio di non dispersione della prova, anch'esso manifestazione peculiare dell'efficiente amministrazione della giustizia. Se il vizio, ieri, era di tipo culturale, oggi, è di metodo; ma ad essere a rischio è, ancora una volta, la struttura/filtro della giustizia procedurale minima⁸: il contraddittorio come metodo epistemologico garantista.

2. La non effettività del principio di concentrazione.

Ora, siamo tutti d'accordo che il cortocircuito del giudizio è da rinvenirsi nell'eccessiva lunghezza dei dibattimenti, cioè, nell'estinzione del principio di concentrazione, presupposto dell'immediatezza. E la riforma Cartabia, muovendosi nell'ottica della concentrazione, estende al processo penale la calendarizzazione delle udienze, già prevista per il processo civile⁹. L'art. 30 co. 1 lett. a) del decreto legislativo n. 150 del 2022 colloca questo rimedio organizzativo in un contesto normativo, da cui scompare la logica dell'*extrema ratio*, che, invece, si rinveniva alla base della locuzione originaria: «quando non è assolutamente possibile». Sicché la modifica del comma 1 dell'art. 477 c.p.p. descrive una situazione non più eccezionale, ma ordinaria «quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza», rispetto alla quale il presidente stabilisce il calendario delle udienze, sentite le parti, «assicurando celerità e concentrazione, indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere».

Sicuramente il rimedio razionalizza lo svolgimento delle udienze, grazie anche alla dialetticità del meccanismo, ma esso è insufficiente ad imporre che il dibattimento si svolga a ciclo continuato, senza pause prolungate. La mancanza di termini perentori e di una sanzione processuale non restituiscono effettività al principio di concentrazione,

⁶ L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e democrazia. Una critica dell'ermeneutica giuridica*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. Iasevoli, Napoli 2020, 97; C. IASEVOLI, *La crisi della politica e la funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, a cura di C. Iasevoli, Napoli, 2018, 409.

⁷ P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1455.

⁸ S. VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Riv. fil.*, 2001, 221.

⁹ P. BRONZO, *La riforma Cartabia e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 10 marzo 2022, 12; M. MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell'immediatezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 135.

essendo state queste le lacune, che hanno legittimato la celebrazione dei processi per mesi o per anni, non soltanto a causa della loro complessità.

La riforma avrebbe dovuto spingersi oltre, prevedendo uno spazio temporale di udienze ravvicinate, scandito da un termine finale perentorio, utile ad evitare i rallentamenti, non dovuti all'esercizio di fondamentali garanzie.

3. L'attività illustrativa delle richieste probatorie e le valutazioni prognostiche.

Se tutte le regole processuali – nessuna esclusa! – incidono sulla fisionomia del giudizio, va anche detto che esse incidono *sul giudizio*, a seconda delle finalità che perseguono. L'osservazione vale anche per l'innovazione apportata al primo comma dell'art. 493 c.p.p., in linea con quanto suggerito dalla Relazione di accompagnamento alla legge delega e in attuazione del criterio di delega, enunciato dall'art.1, comma 11, lett. b). Si è intervenuti prevedendo l'onere di articolare le richieste illustrandone, esclusivamente, l'ammissibilità, ai sensi degli artt. 189 e 190, co. 1 c.p.p.

Un primo dato emerge con chiarezza: non compare più il riferimento alla relazione illustrativa, che si rinveniva sia nel d.d.l. A.C. 2435, sia nell'emendamento proposto dalla Commissione Lattanzi. Come è noto l'istituto, per il passato, è stato usato per forzare l'area cognitiva del giudice con il travaso di parte del contenuto delle indagini preliminari, mediante lettura o, addirittura, mediante proiezione di videocassette.

L'attenzione sulle richieste di prova si spiega nel chiaro intento di rafforzare il filtro di ammissibilità del giudice nell'ottica dell'economia processuale. Si perviene così al compromesso di un'attività illustrativa, il cui scopo non esclude l'efficacia persuasiva, non prevista dal criterio dell'art. 190 co.1 c.p.p., ma implicata dall'art. 189 c.p.p., come idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti. Da qui il pretesto per elevare il criterio di idoneità probatoria a requisito di carattere generale, contribuendo in tal modo ad ispessire il filtro di ammissibilità e, conseguentemente, ad accelerare lo svolgimento del dibattimento.

Se così fosse, però, ad essere negata sarebbe la presunzione *iuris tantum* di ammissibilità della prova, essendo il giudice chiamato ad esercitare un potere meramente ricognitivo, controllando la manifesta irrilevanza e superfluità della stessa rispetto all'indicazione dei fatti da provare ad opera delle parti. L'avverbio "manifestamente" rafforza la regola, posta a presidio del diritto alla prova, secondo cui l'incertezza in ordine all'utilità di un mezzo dovrebbe sempre risolversi con un suo provvedimento ammissivo¹⁰.

¹⁰ Vi è chi accortamente osserva che il *favor* per l'ammissione delle prove, sotteso all'avverbio manifestamente è in sintonia con il principio costituzionale secondo cui ciascuna parte ha la facoltà di ottenere l'acquisizione di ogni mezzo di prova a suo favore (art. 111 co. 3 Cost.); «d'altronde, il pericolo che il massiccio ingresso dei mezzi di prova nel dibattimento possa compromettere il rapido svolgimento di questa fase può essere evitato proprio attraverso il ricorso all'istituto della revoca dei provvedimenti ammissivi, che consente di espungere una prova inutile prima che questa venga assunta». Così P.P. PAULESU,

Mi rasserenano la connotazione derogatoria dell'art. 189 c.p.p., essa non è suscettibile di alcuna estensione analogica, essendo la sua efficacia circoscritta alle "prove non disciplinate dalla legge", che in quanto tali richiedono un criterio di ammissibilità a maglie più strette.

Tuttavia, vi è chi sostiene che sia proprio la valutazione di rilevanza della richiesta di prova a comportare il vaglio sulla sua capacità persuasiva¹¹. Il che significa che i contenuti illustrativi dell'ammissibilità delle istanze potrebbero essere strumentalizzati ai fini di un giudizio prognostico che si risolverebbe – senza dubbio – in un'anticipazione del risultato di prova. Gli effetti sarebbero dirompenti, con riverberi sull'esercizio del diritto alla controprova, che risulterebbe ridimensionato da uno spazio di discrezionalità critica rispetto ad una garanzia funzionale all'effettività del contraddittorio.

Mi preoccupano, dunque, le insidie sottese all'attività illustrativa e l'uso improprio dei criteri generali di ammissione della prova. Né può considerarsi dirimente l'obiezione secondo cui il giudice dibattimentale, avendo una limitata conoscenza della causa, non sia in grado di valutare la prova prima che essa sia assunta, perché l'innesto di un'attività illustrativa nella fase di ammissione, non solo estende l'ambito cognitivo giudiziale, ma si presta a consentire valutazioni prognostiche circa gli esiti dell'accertamento.

La linea è, veramente, molto sottile! Né credo che il compito di impedire ogni divagazione, ripetizione e interruzione, affidato al presidente dall'art. 493 co. 4 c.p.p., possa considerarsi un rimedio adeguato ad evitare il riemergere di prassi devianti, come il tentativo delle parti di immettere dati spuri nell'area cognitiva del giudice.

L'efficienza, declinata sul piano di ammissibilità della prova, non può postulare una riduzione a qualunque costo: ogni arbitraria limitazione va ad incidere sulla qualità del risultato conoscitivo.

Ragionare diversamente significa svalutare il contraddittorio nel cognitivismo processuale.

4. La videoregistrazione da modalità di documentazione ad atto con efficacia surrogatoria.

Ed alquanto significativa è la lett. f) del comma 1 dell'art. 30 del decreto legislativo n. 150 che va ad innestare il comma 4 *ter* all'interno dell'art. 495 c.p.p., rubricato "provvedimenti del giudice in ordine alla prova", secondo cui «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante

Giudice e parti nella "dialettica della prova testimoniale", Torino, 2002, 112.

¹¹ G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 61-62; P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 26.

mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze».

La prima parte della disposizione riconosce il diritto alla rinnovazione probatoria, ritenendo poi l'immediatezza in senso «sostanziale» derogabile dalla riproduzione audiovisiva del precedente esame. Quest'ultima andrebbe a compensare l'esigenza che quel giudice che *partecipa* alla deliberazione abbia assistito, in prima persona, alla formazione delle prove utilizzabili ai fini della condanna o del proscioglimento dell'imputato. È stato accolto, quindi, il suggerimento del giudice delle leggi che nella declaratoria di inammissibilità della questione inerente all'illegittimità dell'art. 525 co. 2 c.p.p., aveva prospettato il ricorso a garanzie compensative, in linea con quelle indicate dalla giurisprudenza europea¹².

La modifica è anche il risultato della commistione tra il piano dell'interpretazione convenzionalmente orientata e il piano della logica del pregiudizio effettivo¹³: se il primo rende doverosa l'interpretazione convenzionalmente orientata soltanto nell'ottica dell'incremento di garanzie (art. 53 Cedu); il secondo, sostanzandosi in un giudizio *ex post* – compiuto in modo casistico – si muove su standard minimi di tutela.

Da qui si spiega la connotazione residuale del rapporto diretto tra giudice e prova a fronte dell'espansione della riproduzione audiovisiva, prevista dall'innovato art. 510 co. 2 *bis* c.p.p., secondo cui «l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell'articolo 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto, sono documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva».

L'eccezione è, dunque, destinata a diventare la regola con una incisiva contrazione della *facoltà dell'imputato di interrogare o di far interrogare, davanti al giudice, le persone che rendono dichiarazioni a suo carico* (art. 111 co. 3 Cost.). L'ampliamento della *vis* dei diritti è considerato un costo troppo alto in termini di efficienza, laddove, il livellamento verso il basso – tollerato dalla giurisprudenza europea – è considerato un'opportunità in termini di efficientismo.

Eppure la modifica incide sensibilmente sul diritto alla prova, riproponendo l'idea di un libero convincimento del giudice, caratterizzato subiettivisticamente e, pertanto, poco aperto a confutazioni, sebbene gli sia attribuito il potere di disporre la rinnovazione della prova *ex officio*, qualora lo ritenga necessario di fronte a specifiche esigenze. Si tratta, però, di un potere non orientato da canoni normativi, che si traduce nell'esercizio di una discrezionalità libera, foriera di sperequazioni trattamentali. Qui si annida il *vulnus* all'art. 3 co. 2 Cost., cioè, in un contesto di emarginazione delle parti e

¹² Ad esempio, la Corte di Strasburgo ha indicato quale “misura compensativa” adeguata la possibilità, per il nuovo giudice, di disporre la rinnovazione della deposizione dei (soli) testimoni la cui deposizione sia ritenuta importante (Corte eur. dir. uomo, sentenze 2 dicembre 2014, Cătean contro Romania, paragrafo 61, e 6 dicembre 2016, Skaro contro Croazia, paragrafo 24); e ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU, in un caso in cui non era stata rinnovata l'escussione dei testimoni nonostante la sostituzione di un membro del collegio giudicante, sottolineando come i verbali delle deposizioni in precedenza raccolte fossero a disposizione del nuovo componente del collegio, e l'imputato non avesse chiarito quali elementi nuovi e pertinenti la rinnovazione avrebbe potuto apportare (Corte eur. dir. uomo, sentenza 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia, paragrafi 39-40; in senso analogo, decisione 9 luglio 2002, P. K. c. Finlandia).

¹³ O. MAZZA, [Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2017.

di disconoscimento, caso per caso, della regola “obbligatoria” della *partecipazione* del giudice della decisione al contraddittorio per la prova.

A mio avviso, la misura compensativa individuata dall’art. 495 co. 4 *ter* c.p.p., come funzionale all’obiettivo prefissato, non comporta il minor sacrificio possibile di altri diritti, anzi. Si ricorda che pure la proposta di estendere la disposizione di cui all’art. 190-*bis* c.p.p. ai casi di mutamento del giudice, rinvenibile nell’art. 5 d.d.l. A.C. 2435, si risolveva nella contrazione del diritto alla prova e, quindi, nella contrazione della verifica confutativa dell’esame e del controesame, esercitando il giudice – di fatto – una discrezionalità libera, mentre le parti erano tenute ad una *probatio diabolica*. Quando a mancare è l’uguaglianza tra le parti, la giurisdizione finisce con l’assumere una caratterizzazione in termini di autoritarismo e il processo perde la sua anima democratica.

5. L’immediatezza “partecipazione” come regola di decisione.

La Commissione Lattanzi è intervenuta sul punto, proponendo l’emendamento che è stato recepito dalla legge delega, alla lett. *d*) dell’art. 1, comma 11, l. n. 134/2021. Il problema è che, nella strutturazione dell’art. 495 co. 4 *ter* c.p.p., la videoregistrazione da mera modalità di documentazione è divenuta un atto del procedimento *stricto sensu con efficacia surrogatoria rispetto all’immediatezza*. La riproduzione del video in dibattimento realizza un’oralità attenuata¹⁴, ma inverte il metodo di acquisizione richiesto dall’immediatezza/partecipazione, sostituisce, cioè, il contraddittorio *per* la prova con il contraddittorio *sulla* prova.

Mi spiego.

L’opzione semantica “immediatezza della deliberazione”, rinvenibile nella rubrica dell’art. 525 co.2 c.p.p., eleva l’immediatezza, nel primo grado di giudizio, a regola di decisione, indipendentemente dall’orientamento del convincimento del giudice, come presupposto oggettivo della legalità della sentenza di proscioglimento e della sentenza di condanna. E il carattere vincolato del comportamento richiesto al giudice – la partecipazione al dibattimento – si desume dalla previsione della nullità assoluta. In buona sostanza, la locuzione normativa «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento» (art. 525 co. 2 c.p.p.) non rimette alla discrezionalità del giudice la partecipazione alla formazione della prova: si tratta di un comportamento obbligato, la cui inosservanza è espressamente sanzionata.

La partecipazione ininterrotta al dibattimento assorbe il concetto di immediatezza sostanziale – come rapporto tra giudice e prova – sul piano della competenza funzionale¹⁵, essendo volta a garantire che chi decide si formi il proprio convincimento in presenza delle parti, avvalendosi di fonti conoscitive qualificate. Il che

¹⁴ R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 815.

¹⁵ G. RICCIO, voce *Competenza funzionale*, (dir. proc. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 2003.

significa che l'ambito di efficacia della nullità assoluta non è circoscritto alla violazione della sola immediatezza formale, che include il canone di immutabilità del giudice, ma impedisce il ricorso ad altra forma di cognizione secondo il criterio di una sanatoria per raggiungimento dello scopo.

Da un punto di vista di teoria generale del processo, in presenza di un atto difforme dal proprio schema legale è possibile controllare se la finalità attribuita all'atto sia stata altrimenti conseguita, in quanto la medesima – configurando un dato, per quel tipo di atto, costante e, quindi, estrinseco rispetto all'atto posto in essere – rappresenta un sicuro termine di raffronto alla cui stregua commisurare l'avvenuto conseguimento dello scopo, in origine connaturato all'atto, tramite un diverso accadimento; altrettanto, invece, non può ritenersi per le modalità tipiche della funzione.

Sicché a non consentire la sanatoria non è soltanto il regime assoluto della nullità, ma anche il diverso piano in cui si collocano le forme che si risolvono in modalità di esercizio della funzione, trattandosi non più del risultato di una funzione, bensì del modo di essere della stessa, predeterminato dal legislatore: l'immediatezza/partecipazione valutata *ex ante* come essenziale alla protezione dei valori/principi, ritenuti degni di tutela. Ed essendo un elemento intrinseco, legislativamente, prescritto per contrassegnare l'esercizio della funzione, la sua carenza impedisce *in re ipsa* la verifica dell'equivalente idoneità di altre forme al conseguimento dello scopo, che caratterizza le modalità mancanti, stante la non reperibilità di uno specifico effetto, riconducibile separatamente alle modalità previste, da assumere *a priori* quale parametro di raffronto.

In altri termini, è l'esercizio della funzione giurisdizionale a costituire il titolo di legittimazione soggettiva per l'imputazione giuridica della pronuncia e, quindi, il presupposto per la diretta riferibilità allo Stato dell'atto sentenza. Il giudizio inteso quale modo di essere dell'attività conoscitiva – esplicita dal giudice nel dibattimento – assume il ruolo di elemento identificatore dell'esercizio della funzione. Da qui il nesso tra la partecipazione a tale fase ed il realizzarsi dei principi che presiedono all'acquisizione delle risultanze dibattimentali; nel senso cioè dell'esistenza di una relazione diretta tra la presenza del giudice al dibattimento ed il peculiare modo di essere dell'attività conoscitiva, che – in questa fase – diviene tratto connotativo della funzione giurisdizionale, non essendo scindibile la percezione del dato probatorio dalla sua valutazione. La mancata partecipazione a tale fase comporta, attraverso la mutata acquisizione dei dati dibattimentali, la sostituzione, con una diversa forma di conoscenza dell'attività conoscitiva del giudice rispetto a come la stessa sia configurata nella disciplina del dibattimento; sostituzione che implica l'alterazione, non reversibile, delle forme che connotano l'esercizio della funzione del giudice nel giudizio di primo grado.

In buona sostanza, se il giudice della decisione non prende parte alla formazione della prova, non si realizza il metodo di acquisizione imposto dall'immediatezza/partecipazione', che è ritenuta dalla legge la regola epistemica del dibattimento, essenziale all'attuazione dei contenuti costituzionali della giurisdizione di accertamento, che, ai sensi dell'art. 111 co. 4 Cost., richiede il contraddittorio tra le parti come il metodo di acquisizione connaturale all'oggetto della funzione di accertamento.

È, dunque, il principio di stretta giurisdizionalità a richiedere una progressiva interazione tra il giudice e la prova¹⁶.

La sostituzione di questa regola epistemica, in chiave efficientista, con un atto che impedisce l'interazione fra giudice, parti e dichiarante, ferma restando la *littera legis* dell'art. 525 co. 2 c.p.p., comporta per quel giudice, relativamente a quel processo, la perdita del titolo di legittimazione soggettiva nei confronti dell'atto/sentenza da emanare: essendo incompetente funzionalmente a valutare una prova alla cui formazione non abbia assistito. Il concetto dinamico di partecipazione è altra cosa, rispetto ad una mera attività di osservazione: le due attività non possono ritenersi equipollenti.

La percezione-valutazione delle risultanze dibattimentali all'interno di una determinata successione, cronologica e teleologica, delle deduzioni e controdeduzioni delle parti, si fonda sulla presenza ininterrotta del giudice al dibattimento, prescritta dall'art. 525 co. 2 c.p.p., norma che tipizza la competenza funzionale del giudice nel giudizio di primo grado. Essa è norma di comportamento e non soltanto una garanzia per l'imputato, la cui disattesa mette in pericolo la stessa funzione di accertamento della giurisdizione secondo i canoni del *giusto processo*. E, un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme a Costituzione, quale che sia la sua durata.

È vero il diritto vivente va in direzione opposta, distaccandosi però dal dato testuale. La Cassazione penale modula, regola, crea, segnando rotture, talvolta, evidenti, ma è sfornita di una legittimazione in senso creatrice¹⁷. I principi di legalità e di separazione dei poteri impongono che le decisioni si giustificino in ragione della loro conformità ad un sistema di valori e, dunque, di principi normativi, sistema precostituito dal legislatore. La Corte non può ridefinire il contenuto delle proposizioni normative alla luce delle esigenze applicative, presentando le proprie conclusioni come soggettivistiche derivazioni di un *dover essere* dall'*essere*, né come creative forme di produzione normativa, come è accaduto in molte occasioni, non da ultimo, con la sentenza Bajrami. Una cosa, poi, è l'allontanamento dal testo volto ad assicurare una maggiore tutela dei diritti fondamentali; altra e, ben diversa, è la situazione in cui la fuga dalla *littera legis* si risolve nella negazione delle garanzie.

5.1. La funzione di accertamento secondo i canoni del giusto processo.

La vocazione triadica del processo si desume dai connotati assiologici della funzione di accertamento, vale a dire, dagli artt. 111; 24 co. 2 e 27 co. 2; nonché dell'art. 101 co. 2 Cost. In particolare, il giudizio è *giusto* ed è legale nel senso dell'art. 111 Cost.,

¹⁶ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, 2016, Napoli, 66 e ss.

¹⁷ F. CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 967; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 421 ss.; C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, 2018, *passim*.

se la sequenza dei comportamenti necessitati corrisponde alle norme processuali. L'*iter* della conoscenza presuppone la terzietà e l'imparzialità del giudice nell'analisi del substrato storico e delle relative congetture; un intransigente atteggiamento critico nel continuo confronto con le prove disponibili; dovendosi individuare, tra le diverse ricostruzioni, la più accreditata oltre ogni ragionevole dubbio per giustificare una decisione di condanna. Ed è proprio qui che emerge la *vis* dei contenuti di garanzia della motivazione come trasparenza del percorso logico-giuridico, svelando la sua *ratio* che va oltre i diretti destinatari del provvedimento, come strumento di controllo diffuso sull'operato del giudice¹⁸, a riprova della soggezione di quest'ultimo alla legge¹⁹ (art. 101 co. 2 Cost.).

La motivazione è *servente* alla dimostrazione che il giudice 'padroneggia' il fatto, così come accertato, che non ha trascurato alcunchè, che ha ricostruito tutti gli elementi probatori nell'unità del contesto, privilegiandone taluni ai fini della decisione e ritenendone, invece, altri non attendibili. L'affidabilità di un assunto deriva dalle conferme che esso riceve, presupponendo la ricerca disinteressata e strenua di fatti che lo mettano in crisi, cioè, che lo falsifichino. La contrapposizione dialettica tra *tesi* e *antitesi* si riflette nel ragionamento, essendone il fondamento, e su di essa si incentra la lett. e) di cui all'art. 546 c.p.p., che riconosce l'effettività del diritto alla controprova come interrelazione tra *prova*, legittimamente acquisita, e *giudizio*²⁰.

Spiegare le ragioni che hanno determinato il convincimento, significa dimostrare di aver tenuto presente ogni fatto rilevante, argomentando la non attendibilità delle deduzioni difensive²¹, il giudice deve prendere in considerazione tutti e ciascuno degli elementi processualmente emersi, verificando se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una costruzione logica, armonica e consonante, tale da attingere la verità processuale, cioè, la verità del caso concreto.

L'operazione è complessa, per l'impianto ipotetico del ragionamento giudiziale, implicante il confronto, in chiave critica, tra ciascuna ipotesi e contingenze concrete del fatto storico che, in alcuni casi, potranno verificarla, risolvendo il dubbio, o falsificarla, alimentando un'alternativa plausibile. Per queste ragioni il giudice è il destinatario della sola metodologia epistemologica riconosciuta dalla nostra Costituzione: il contraddittorio per la prova. D'altra parte, l'art. 111 Cost. è principio *per* e *sulla* giurisdizione, sancendo i canoni del *giusto processo* come luogo di esercizio della

¹⁸ E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181.

¹⁹ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 319.

²⁰ M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976, 284 ed anche 293, 294; secondo l'Autore «la naturale formazione del giudizio sulla prova e, quindi, per il legame della prova con il giudizio, la naturale formazione dello stesso giudizio, che per essere un giudizio di verità deve conseguire ad un rapporto immediato tra il giudice ed il dato, senza che nessun elemento estraneo si frapponga in questo rapporto sono, così, alterate dalle valutazioni implicite nell'accertamento istruttorio, che si inseriscono tra i dati per il giudizio condizionando il procedimento mentale attraverso il quale esso si forma».

²¹ M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, Napoli, 2000, *passim*; A. BARGI, *I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, in *Giur. it.*, 2009, 2285.

funzione da parte di un giudice terzo ed imparziale nel rispetto della legalità, davanti alle parti in condizioni di parità e attraverso il metodo cognitivo dell'immediatezza/partecipazione. Ne discende che essa può cedere soltanto nei casi espressamente previsti dal legislatore per la tutela di un valore/principio, identificabile con chiarezza e suscettibile di una precisa collocazione nella Costituzione.

Volendo esemplificare, si pensi alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 190 *bis* c.p.p. E, con peculiare riferimento, al comma 2, non è un caso, che la modalità di documentazione delle dichiarazioni dei minori vittima di reati a sfondo sessuale, o della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, sia la videoregistrazione (art. 398, co. 5-*bis* c.p.p.), trattandosi di fonti di prova esposte, più di altre, ad influenze e a condizionamenti esterni, e meno in grado di controllare situazioni, che possono trasformarsi in avvenimenti fortemente traumatizzanti e lesivi della personalità. Qui la modalità di documentazione è servente alla tutela della persona che rende la dichiarazione e, contestualmente, alla tutela della genuinità della stessa, al fine di consentirne successivamente il controllo di credibilità e di attendibilità della fonte. La forma diventa *pre-condizione* della verifica inerente alla non contaminazione dei contenuti dell'atto, come strumento volto a prevenire le manifestazioni di 'crisi' della prova dichiarativa, con la conseguenza dell'inquadramento della videoregistrazione nella categoria degli atti. Addirittura, in questo caso, è atto qualificato dallo scopo funzionalmente proiettato sul giudizio, pur non consentendo l'interazione tra giudice e prova, anzi ad essa sostituendosi.

Generalizzare, *sic et simpliciter*, la portata di questi effetti, significa rompere la circolarità del rapporto tra giudice e prova, cioè, tra prova e giudizio: ed è questo il risultato del combinato disposto del comma 2 *bis* dell'art. 510 c.p.p. con l'art. 495 co. 4 *ter* c.p.p., in quanto esso si risolve nel disconoscimento dell'immediatezza come regola di decisione e come metodo di cognizione. Per questa via fanno capolino nostalgie inquisitorie che privilegiano il concetto di verità materiale.

Né possiamo ritenere che, essendo il patrimonio mnestico deteriorabile a causa del decorso del tempo, dei condizionamenti endoprocessuali, delle suggestioni mediatiche, della ripetizione degli interrogatori, la videoregistrazione sia la soluzione univoca perché il pericolo di un'alterazione del giudizio e della perdita di autenticità dello stesso è troppo alto, come troppo alto è il rischio di errori giudiziari.

Usando le parole di Giuseppe Riccio²² «il giudizio si forma nel contesto storico della complessiva esperienza processuale in cui si sviluppa; in esso l'intersoggettività diviene lo sfondo logico e il contesto cognitivo entro cui i "fatti" risultano sottraibili alla potenziale incontrollabilità di chi è chiamato a decidere. La legittimazione del potere punitivo sta nella natura "cognitiva" del giudizio, ma anche nelle garanzie che gli sono funzionali, tra le quali l'immediatezza svolge il ruolo di principio epistemologico fondamentale per la decisione». In questa prospettiva, il Maestro supera il dibattito sui dubbi di un riconoscimento costituzionale del principio, alla luce dell'interrelazione tra

²² G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 288.

contraddittorio e immediatezza²³. Essa è «parte del circuito interno alla monade-contraddittorio, indipendentemente dalla dimostrazione della sua inscindibilità con il principio di oralità con cui converge; *condicio* ontologica per l'attuazione di un rapporto corretto tra giudice e prove, la cui formazione è garanzia di imparzialità»²⁴.

Da qui l'immediatezza come valore intrinseco al contraddittorio; ciò significa che il *vulnus* alla stessa, in determinate situazioni processuali, si risolve nella violazione del principio, che ne costituisce la sintesi (art. 111 Cost.), tutte le volte che le eccezioni non siano ipotesi tipiche, determinate, tassativamente applicabili (art. 111 co. 5 Cost.).

6. La rinnovazione probatoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole all'imputato.

Il paradigma garantista della cognizione in secondo grado è azionato dal diritto di accesso al giudizio di appello, che è manifestazione peculiare del diritto al *giusto processo* (artt. 24 e 27, co. 2, Cost.), come momento determinante, in quanto funzionale alla rimozione dell'errore nella ricostruzione del fatto²⁵.

Vi è, però, una stridente antinomia tra gli esiti interpretativi a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in tema di conformazione della regola dell'immediatezza nell'ipotesi di mutamento del giudice in primo grado²⁶ e le ricostruzioni esegetiche a cui sono giunte la Corte europea e la stessa Cassazione con riferimento al giudizio di secondo grado²⁷.

Ora l'appello, nel codice di rito, non ha mai assunto la configurazione di gravame puro, giacché introduce un procedimento nel quale i poteri cognitivi del giudice, all'infuori delle questioni rilevabili d'ufficio, sono circoscritti dall'iniziativa di parte. Pertanto è connaturale al contesto una contrazione della regola epistemica immediatezza/partecipazione, non più come presupposto oggettivo di tutte le decisioni, ma come meccanismo richiesto dalle parti e/o rimesso alla discrezionalità del giudice (art. 603 comma 1 e 3 co. c.p.p.) o, ancora, come norma di comportamento in situazioni tassativamente predeterminate, basti pensare alla sopravvenienza o alla scoperta di nuove prove dopo il giudizio di primo grado (art. 603 co. 2 c.p.p.) oppure

²³ In tal senso già, C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 334.

²⁴ G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 287.

²⁵ Inoltre, l'art. 111, comma 7, Cost., quale norma di chiusura del sistema delle impugnazioni, tutelando l'incondizionata ricorribilità di qualsiasi "sentenza", per "violazione di legge", implicitamente, riconosce la garanzia di un controllo nel merito della decisione davanti ad altro giudice, connessa anche all'esigenza per l'amministrazione della giustizia di apparire giusta ai soggetti dell'ordinamento e, quindi, di estendere la sua sfera di influenza al di là della sola garanzia prevista per le parti.

²⁶ Corte cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132; Cass. pen., sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, in *Cass. pen.*, 2020, 1030.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33-34; Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203 ss., Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2017, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, 2666 ss.

al caso di *overturning* sfavorevole all'imputato, per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa (art. 603 co. 3 *bis* c.p.p.). Con riferimento a quest'ultima ipotesi, la rinnovazione istruttoria si sostanzia nel comportamento obbligato del giudice di acquisire di nuovo la prova decisiva, assunta in primo grado, per soddisfare il bisogno di certezza della responsabilità, come rimedio volto a prevenire l'errore logico nell'uso del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, prescritto per una decisione di condanna (art. 533 co.1 c.p.p. e art. 27 co. 2 Cost.)²⁸. Il giudice ha necessità di apprendere i fatti dalla viva voce della fonte dichiarativa, di fronte all'insinuarsi del dubbio, la cui ragionevolezza o irragionevolezza può trovare soluzione soltanto nella diretta percezione della comunicazione, in maniera incondizionata, rispetto ad un risultato probatorio, precedentemente acquisito. La giurisprudenza, prima, e la legge, dopo, hanno riconosciuto che la legalità della *reformatio in peius* nel giudizio di secondo grado impone il rispetto della regola epistemica dell'immediatezza/partecipazione, come presupposto oggettivo della 'giusta' sentenza, (artt. 111 e 27 co.2 Cost.).

Per la verità, l'art. 603 co. 3 *bis* ha subito un giro di vite ad opera della riforma Cartabia che ha circoscritto l'obbligo dell'istruzione dibattimentale ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, co. 5, e 441, co. 5.». Dall'ambito operativo della disposizione è esclusa la sentenza di assoluzione emessa in abbreviato allo stato degli atti²⁹, in linea con i più recenti orientamenti della Corte europea secondo cui l'obbligo di rinnovazione presuppone, in quanto tale, che la prova posta alla base della decisione sia stata assunta dal giudice di primo grado³⁰. La *ratio* della preclusione è da rinvenirsi nella scelta dell'imputato di accettare un giudizio emesso allo stato degli atti, rinunciando alla formazione della prova in contraddittorio; si configura la deroga al metodo cognitivo contemplata dalla nostra Costituzione (art. 111 co. 5 Cost.). Sicchè legittimamente la volontà dell'imputato determina la piattaforma cognitiva delle valutazioni del giudice, sostanziandosi in una peculiare manifestazione dell'esercizio del diritto di difesa materiale (art. 24 Cost.).

Questa limitazione non mette in discussione il fondamento epistemologico dell'immediatezza, che torna a riespandersi nelle ipotesi in cui la sentenza di proscioglimento sia stata emessa in abbreviato come epilogo dei meccanismi di

²⁸ E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 Cedu\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016; H. BELLUTA, L. LUPÀRIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 151 ss; A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2018, 56; H. BELLUTA, L. LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi ... e non*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di G. Canzio-R. Bricchetti, Milano, 2019, 345; H. BELLUTA, [Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle Sezioni unite](#), in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 38; A. GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, 30 dicembre 2020.

²⁹ A. FAMIGLIETTI, *La rivisitazione del giudizio di appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, p. 169 ss.

³⁰ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 25 marzo 2021, *Di Martino e Molinari c. Italia*.

integrazione probatoria di cui agli artt. 438 co.5 e 441 co. 5. c.p.p. Se consideriamo la posizione dell'imputato assolto in primo grado, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa, precedentemente assunta, nega la possibilità di confutare le argomentazioni a fondamento dell'appello del pubblico ministero, possibilità che per essere effettiva necessita di trarre argomenti dall'interlocuzione diretta con la fonte, le cui affermazioni siano state poste a sostegno della tesi di accusa. Per questa ragione l'art. 603 co. 3 *bis* c.p.p. identifica *ex ante* come obbligatorio il metodo epistemologico garantista a presidio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 co.2 Cost.), qualora il convincimento del giudice si orienti in termini di colpevolezza, nonostante l'imputato sia stato precedentemente assolto.

7. La despazializzazione dell'istruttoria.

In altra direzione va la despazializzazione dell'istruttoria³¹ attraverso la modalità a distanza, riconosciuta dall'art. 30 co. 1 lett. g) del decreto legislativo n. 150, che inserisce il comma 2 *bis* all'interno dell'art. 496 c.p.p. secondo cui «salvo che una particolare disposizione di legge preveda diversamente, il giudice può disporre, con il consenso delle parti, che l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'articolo 210 e delle parti private si svolga a distanza».

È chiaro che la possibilità di districare il groviglio del processo per mezzo delle tecniche del digitale suscita molte speranze: accelerazione delle procedure, riduzione dei costi, dello stress delle vittime e degli imputati chiamati a comparire. Tutto ciò non è, comunque, senza danni. Il contraddittorio necessita di forme rituali; la preconditione su cui si fonda è che la verità si manifesti, anzi si 'tradisca', contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto tra tesi ed antitesi, in un rapporto di immediatezza con il giudice, che esclude l'intermediazione di uno schermo. Non è un caso che il legislatore abbia previsto il consenso delle parti come presupposto applicativo dell'esame a distanza, salvando la norma da dubbi di incostituzionalità.

L'invito è a riflettere su una modalità che priva la relazione giudiziaria del linguaggio del corpo e di tutto quello che suscita la compresenza, indebolendo o, addirittura, annullando l'efficacia maieutica dell'esame incrociato, che necessita della fisicità: la sola capace di consentire le interrelazioni dirette tra le parti e il dichiarante, funzionali ad avvalorare la deposizione nell'esame diretto o a screditarla nel controesame³². Il diaframma tecnologico, costituito dallo schermo, si riverbera negativamente sul procedimento di formazione della prova, non consentendo ai difensori, al pubblico ministero, al giudice di cogliere tutte le informazioni ulteriori

³¹ A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021, 101 e ss.

³² «Allo stato attuale delle nostre conoscenze scientifiche, non sembra poter essere messo seriamente in discussione che il metodo dialettico *de praesenti* integri il c.d. "golden standard" dell'epistemologia giudiziaria, ossia il miglior espediente per conseguire una conoscenza giudiziale genuina e affidabile». Così efficacemente, B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022, p. 243-244.

ricavabili dagli aspetti paralinguistici della comunicazione. L'uditorio si realizza in una combinazione panottica ovvero 'per il fatto di vedere'³³. Di conseguenza, la qualità ed affidabilità dell'esame risultano, sensibilmente, attenuate.

Né mi rasserena la previsione di cui all'art. 133 *ter* co. 3 c.p.p., rubricata "modalità e garanzie della partecipazione a distanza". Essa richiede, a pena di nullità, modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto. La locuzione "modalità idonee" indica una categoria del tutto indeterminata, introducendo la tecnica del bilanciamento caso per caso e la logica della lesività sostanziale, che svuotano di significato l'espressa previsione del rimedio sanzionatorio.

Anche il libero convincimento ha bisogno della materialità dell'udienza, formandosi attraverso la partecipazione alla verificabilità e alla falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo; mediante la partecipazione alla loro prova empirica in forza non di qualsiasi procedura, bensì di quelle procedure, che si prestino a consentirne la verifica e la confutazione. Soltanto per questa via si può assicurare il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio.

Il contraddittorio esige l'incontro fisico in uno spazio giudiziario. L'aula giudiziaria assegna a ciascuno il proprio posto in un luogo fortemente simbolico, ponendolo a debita distanza dagli altri, con ciò riproducendo il modo di agire del diritto nella società³⁴. Secondo Massimo Nobili, «il rito probatorio non rappresenta un inutile formalismo, ma si tramuta esso stesso in uno scopo da perseguire, in un'esigenza etica da rispettare. Non si tratta di tutelare il singolo contro l'interesse della società, ma di riconoscere che la società ha un interesse alla *dignità* e alla *civiltà* dello strumento scelto e usato nella repressione della criminalità»³⁵.

Si sta affermando, invece, una giustizia procedurale, che vale per ciò che evita, a seconda del nucleo di valori politici che fissano il criterio indipendente *ex ante*, essenziale

³³ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, 114 e ss. «La tele-giustizia apre la strada alla fluidificazione, all'immissione nel flusso, alla decorporeizzazione, in altre parole alla funzionalizzazione del lavoro della giustizia a detrimento della sua costituzione in un tempo e in un luogo (i due termini stanno e cadono insieme) elemento quest'ultimo indispensabile alla riflessività della politica. L'udienza rischia di essere risucchiata nell'immensa circolazione dei simboli, in flussi che finiscono per autoalimentarsi. La despaializzazione altera l'idea di un diritto che, come tutti i sistemi a caratterizzazione simbolica, traspone una realtà e la converte in un'altra; pur continuando il diritto a operare in questo senso, la tele-giustizia segna un passo supplementare verso una funzionalizzazione della giustizia. Quest'ultima si vede surrettiziamente assorbita dalla ritrascrizione, grazie alla codifica digitale, di tutta la sua materia – comprese le immagini dell'udienza – in una forma che la rende malleabile, rimaneggiabile da terzi e sottomessa a utilizzi diversi da quelli suoi propri».

³⁴ Più specificamente «il rituale giudiziario non è altro che la figurazione tangibile dell'opera di rappresentazione messa in atto dal diritto. L'efficacia di quest'ultimo, come quella del rituale, risiede nei meccanismi di rappresentazione e classificazione di oggetti ed esseri, dunque nella produzione di una forma sociale che diviene governabile, in quanto interamente ricreata. Ecco dove risiede l'efficacia simbolica del processo: nell'agire sul reale, per il tramite della rappresentazione dello stesso. [...] Senza il soccorso del simbolo e del rituale, il diritto resterebbe un'idea irrealistica o illusoria: esso necessita del simbolo per trasformarsi in un'esperienza concreta. Ciò che il rituale esprime è il diritto nella sua interezza, è il diritto prima del suo smembramento in una moltitudine di regole». A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, 53.

³⁵ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 28.

al raggiungimento del fine, in questo caso, l'efficienza, non quella cognitiva, ma come valore in sè. Il criterio indipendente *ex ante* sarebbe dato non *dalla* teoria, né dal dover essere, ma *alla* teoria da un'interpretazione del senso di giustizia³⁶. E, purtroppo, a prevalere è un esasperato dogmatismo di tipo tecnicistico sui principi/valori alla base del patto sociale in democrazia, i cui riflessi si percepiscono chiaramente quanto al rapporto tra individuo ed autorità. Difatti, la responsabilità di un processo dalla durata 'irragionevole' è addebitata alle sole parti, divenute il punto di convergenza di tutte le inefficienze.

³⁶ S. VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, cit., 221.

UNO SGUARDO ALLA PRASSI: PROCESSI DI MAFIA E TESTE DI P.G.

di Arturo Capone

La maggior parte dei processi di mafia si apre ormai con la deposizione dell'ufficiale di p.g. che ha coordinato le indagini sul contenuto dell'informativa a suo tempo trasmessa al p.m. Essa mira non solo alla fisiologica descrizione di singole attività compiute dagli operatori, ma alla complessiva illustrazione dello sviluppo delle indagini e dei suoi risultati conoscitivi, specialmente grazie alla lettura delle intercettazioni più significative nella prospettiva dell'accusa. È lecito dubitare della riconducibilità alla testimonianza di tale deposizione, che tuttavia svolge obliquamente una funzione cognitiva importante, attualmente imprescindibile. L'origine della prassi va probabilmente individuata nella necessità di "compensare" l'ormai risalente eliminazione dell'esposizione introduttiva del pubblico ministero, che invece, sia pure in una forma riveduta e corretta, andrebbe forse ripristinata.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il diritto processuale penale e la prassi. – 2. La deposizione del teste di p.g. nei processi di mafia. – 3. La c.d. "informativa". – 4 Testimonianza? – 5. Teste di p.g. e intercettazioni. – 6 Informativa e atti non ripetibili. – 7. Le ragioni di una prassi. – 8. I processi di mafia nel primo binario. – 9. Torniamo all'esposizione introduttiva.

1. Introduzione. Il diritto processuale e la prassi.

Il problema del rapporto tra diritto processuale penale e la prassi dei tribunali viene generalmente avvertito dagli operatori come assai spinoso; forse a volte viene persino un po' ingigantito, visto che – com'è noto – il piano del diritto è quello del dover essere, non dell'essere: se non ci fosse uno scarto, smarrirebbe la sua funzione; può comunque essere utile indagare sulle particolari forme che prende quello scarto.

Infatti, in riferimento alle norme che regolano lo svolgimento del processo, con 'prassi' talvolta ci si riferisce all'interpretazione giurisprudenziale consolidata in sede di legittimità che costituisce diritto vivente; talvolta all'orientamento di questo o quell'ufficio, rispetto a più interpretazioni parimenti plausibili che si contendono il campo e non sempre hanno un rilievo tale da finire in Cassazione; talvolta alla resistenza dei giudici ad adeguarsi ad alcune prescrizioni normative; talvolta alla messa a punto di schemi procedurali operativi utili, nel silenzio del legislatore, a favorire l'ordinato disbrigo delle udienze; talvolta infine ai comportamenti e agli atteggiamenti assunti in

concreto dagli operatori che tradiscono il ruolo assegnato dal legislatore a ciascuno dei soggetti del processo¹.

In questo scritto s'intende mettere in luce una prassi di tipo leggermente diverso, che si colloca in un ambito intermedio tra quelle *praeter* e quelle *contra legem*, contraddistinta dal fatto che, quando si manifesta con regolarità una certa necessità processuale che non trova adeguata risposta nel codice, per soddisfarla si adattano in modo talvolta piuttosto forzato, cioè in assenza della minima parvenza di *eadem ratio*, alcune norme predisposte per regolare situazioni diverse. Per definire questo tipo di prassi si potrebbe dire che essa si traduce in un "uso obliquo delle norme".

La prassi "obliqua" oggetto di questo scritto è la testimonianza degli operatori di polizia giudiziaria, che – potremmo anticipare in via approssimativa – nei processi di mafia, ed in genere nei maxi-processi, in dibattimento danno conto in modo assai dettagliato, spesso nel corso di molte udienze, dello svolgimento delle indagini.

Studiare la prassi pone problemi di metodo, anzi, più precisamente, di individuazione delle fonti. Ai fini di questo scritto, dopo aver raccolto le plurime e convergenti dichiarazioni di avvocati, giudici, pubblici ministeri e operatori di polizia giudiziaria, mi sono basato principalmente sui verbali di udienza dibattimentale relativi a uno specifico procedimento, selezionato per la sua idoneità a costituire un esempio significativo².

2. La deposizione del teste di p.g. nei processi di mafia.

Nella maggior parte dei processi di mafia che si celebrano nei Tribunali del Mezzogiorno, la fase dell'istruzione dibattimentale si apre con la deposizione del c.d. "teste di p.g.", regolarmente indicato in lista dal pubblico ministero, a sostegno dell'accusa.

All'origine di questo tipo di processi ci sono sempre indagini molto lunghe e complesse; è fisiologico perciò che, per le più svariate attività da compiersi (ascolto e trascrizione sommaria delle intercettazioni, osservazioni e pedinamenti, assunzione di sommarie informazioni, etc.), si avvicendino diversi operatori. Il teste di p.g. che viene chiamato a comparire, perciò, di regola non è colui che ha compiuto questo o quell'atto, ma il responsabile dell'ufficio che, in sinergia con la procura, ha disposto e coordinato le indagini relative. Se più procedimenti sono stati riuniti in un'unica richiesta di rinvio a giudizio, verranno ascoltati in qualità di testi di p.g. tutti coloro che hanno coordinato un singolo filone investigativo.

¹ In questa prospettiva vedi E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, che passa in rassegna l'insieme delle deviazioni più o meno palesi che si registrano nella prassi dei tribunali e che deformano la fisiologica «estetica» del processo.

² Si tratta in particolare dei verbali di undici udienze dibattimentali del Tribunale di Palmi, sez. pen., pres. Bandiera, R.G. n. 313/18, a carico di 24 imputati, tenutesi tra il 26 ottobre 2018 e il 26 novembre 2019, occupate dalla testimonianza dell'ufficiale di polizia giudiziaria che aveva coordinato le indagini.

L'oggetto della testimonianza è l'insieme delle indagini svolte³. Nella maggior parte dei casi si evita un mero elenco degli atti compiuti; come in un racconto poliziesco, si predilige una narrazione. A partire dall'iniziale spunto investigativo, si illustrano così le intuizioni che hanno portato alle successive attività di accertamento, ci si sofferma minuziosamente sui risultati ottenuti, si indicano le "piste" che perciò sono state tralasciate e quelle seguite, nonché, infine, si tratteggia la complessiva ricostruzione del fatto che la p.g. ritiene di poter fornire come esito dell'indagine.

Poiché il teste di p.g., anche se ha coordinato le indagini, non è quello che ha compiuto materialmente gli atti, e comunque da quegli atti in genere è trascorso molto tempo (nel quale probabilmente ha dovuto coordinare tante altre indagini), è difficile che riesca davvero a ricordare granché⁴. A rendere ancora più difficile il compito, c'è anche il fatto che i processi di mafia, da un punto di vista probatorio, si fondano in larghissima misura sulle intercettazioni, quindi sarebbe davvero arduo riferire con accuratezza di ciascuna conversazione. Di regola, perciò, il teste di p.g. si avvale della possibilità, offerta dall'art. 499, comma 5, c.p.p., di essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto alla memoria, documenti da lui redatti⁵.

Il documento che il teste di p.g. viene autorizzato a consultare è chiamato in gergo "informativa", ed è effettivamente da lui redatto e sottoscritto, da solo o insieme ad altri colleghi. Normalmente consta di centinaia di pagine, a volte più di mille, e contiene appunto il resoconto delle indagini svolte.

3. La c.d. "informativa".

Nel codice di procedura penale il termine 'informativa' è impiegato solo nell'art. 73, con riferimento alla comunicazione all'autorità competente della necessità di un trattamento sanitario per l'indagato infermo di mente. In dottrina si indica con il medesimo termine anche la tempestiva comunicazione della polizia giudiziaria al pubblico ministero della ricezione di una notizia di reato, disciplinata dall'art. 347 c.p.p.⁶.

³ La giurisprudenza ha chiarito che l'operatore di p.g. non può essere considerato un «ausiliario» del giudice ai sensi dell'art. 197, comma 1, lett. d) c.p.p., e che un'incompatibilità può eventualmente sussistere solo in relazione all'attività svolta nella redazione degli atti di cui all'art. 373 c.p.p., ma non anche in relazione a quella posta in essere nello svolgimento delle funzioni istituzionali; così Cass., sez. V, 16 novembre 2015, Branchi, in *C.e.d. Cass.*, n. 266476 (in motivazione pp. 55-56).

⁴ Cfr. G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, Milano, 2005, p. 21.

⁵ Sulla consultazione in aiuto alla memoria vedi R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, IX, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2011, pp. 456-457; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, pp. 214-218.

⁶ Per l'uso del termine vedi R. APRATI, *Notizia di reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, 3 – *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Assago, 2009, p. 23; A. MARANDOLA, *La notizia di reato, l'iscrizione e l'avvio del procedimento*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, II – *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Assago, 2015, p. 480. Sulla comunicazione della notizia di reato vedi F. ALONZI, *Le indagini di polizia giudiziaria nell'ambito dell'accertamento penale*, *ivi*, pp. 543-547.

Nella prassi di cui ci occupiamo, 'informativa' indica un atto ancora diverso, cioè quello che documenta le indagini su cui il teste di p.g. viene chiamato a testimoniare. Tali indagini sono quelle indicate dall'art. 348 c.p.p., rubricato "assicurazione delle fonti di prova", il cui comma 3 stabilisce che «dopo l'intervento del pubblico ministero, la polizia giudiziaria compie gli atti ad essa specificamente delegati a norma dell'articolo 370, esegue le direttive del pubblico ministero ed inoltre svolge di propria iniziativa, informandone prontamente il pubblico ministero, tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi e assicura le nuove fonti di prova»⁷. L'informativa è perciò il resoconto finale che la polizia giudiziaria fornisce al pubblico ministero relativo alle indagini delegate, ed eventualmente anche a quelle compiute di propria iniziativa la cui necessità sia sopravvenuta.

Sottoscritta dall'ufficiale che ha ricevuto la delega, o comunque dal capo dell'ufficio, è composta dall'assemblaggio ragionato di tutte le relazioni di servizio riferibili alla medesima delega che i singoli operatori di p.g. consegnano al proprio superiore dopo aver effettuato gli atti da costui richiesti⁸.

Dal punto di vista dell'uso processuale, perciò, l'informativa va assoggettata alle regole previste per le relazioni di servizio, messe a punto dalle Sezioni unite nel 2006⁹. Trattandosi di materiale investigativo, non può essere acquisita al fascicolo per il dibattimento; gli operatori di p.g. che hanno compiuto gli atti possono semmai essere chiamati a testimoniare, esponendosi al contraddittorio, su ciò che hanno fatto, visto o udito. Se però la relazione contiene una documentazione tecnica (fotografica, audio o video), che cristallizza un dato obiettivo, va considerata non ripetibile e può entrare a far parte degli atti acquisibili *ex art.* 431 c.p.p.

4. Testimonianza?

È ora il momento di incominciare a indicare le ragioni per cui la deposizione del teste di p.g. fin qui descritta, che pure apparentemente si snoda secondo le regole codicistiche, va invece inquadrata tra le prassi oblique.

⁷ In tema vedi F. CASSIBBA, *Investigazioni e indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, agg. II, Torino, 2004, pp. 518-519; cfr. altresì L. IANDOLO PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1161 ss.

⁸ Sulla possibilità di classificare le "relazioni di servizio", previste dall'art. 28 del DPR n. 782 del 1985, Regolamento dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza, tra le "annotazioni" di cui all'art. 357, comma 1, c.p.p., vedi T. BAGLIONE – R. CANTONE, *La documentazione degli atti di polizia giudiziaria*, in R. CANTONE – T. BAGLIONE – U. NANNUCCI – M. ANCILLOTTI, *Manuale pratico della polizia giudiziaria*, Roma, 2019, pp. 170-171. Sul punto vedi C. FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali sul «giusto processo»*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1731-1733, secondo cui la relazione di servizio resta un atto a rilevanza meramente interna, in quanto diretta al capo dell'ufficio, mentre l'annotazione, accanto al verbale, ha rilevanza esterna, in quanto diretta all'autorità giudiziaria. In questo senso si potrebbe dire che dall'assemblaggio ragionato di tutte le relazioni di servizio che riceve in ordine alle attività d'indagine compiute dai suoi uomini nell'ambito di un medesimo procedimento, il capo dell'ufficio redige un'annotazione destinata al pubblico ministero. Sui requisiti delle annotazioni vedi F. ALONZI, *Le indagini di polizia giudiziaria*, cit., p. 607.

⁹ Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952 ss. con nota di M. VESSICHELLI.

Il primo e più rilevante aspetto, molto spesso oggetto di aspra controversia nelle aule dei tribunali, riguarda la stessa possibilità di attribuire a tale deposizione la natura giuridica di vera e propria testimonianza. I dubbi nascono in relazione ad almeno tre profili.

In primo luogo – come abbiamo già anticipato – la deposizione del teste di p.g. nella grande maggioranza dei casi non ha ad oggetto solo la descrizione dell’attività d’indagine compiuta e dei frammenti di realtà direttamente percepiti dall’operatore; fin qui si resta nella fisiologia della testimonianza. Il problema nasce dal fatto che questa “testimonianza” ha ambizioni ben maggiori, perché mira a illustrare al giudice gli esiti conoscitivi dell’indagine nel suo complesso: il significato investigativo dei singoli elementi di prova raccolti, le loro intricate connessioni sul piano logico e storico, l’ipotesi di ricostruzione del fatto che via via ha preso corpo. Com’è noto, però, ai sensi dell’art. 194 c.p.p., la testimonianza non può avere ad oggetto valutazioni, ma solo fatti¹⁰.

In secondo luogo si ha una testimonianza (diretta) quando il soggetto che narra ha vissuto in prima persona l’esperienza di cui riferisce in dibattimento¹¹. Il teste di p.g. invece, fatta eccezione per le attività che eventualmente lo abbiano visto come protagonista, ha coordinato l’indagine, senza dubbio conosce gli atti che sono stati compiuti, ma non racconta fatti che abbia direttamente percepito¹². Dal punto di vista del metodo di acquisizione della prova la differenza è cruciale perché, se le difese intendono mettere in crisi l’affidabilità dell’accertamento o prospettare una discrasia tra il contenuto della relazione e quanto è stato realmente fatto, viene meno l’utilità pratica del controesame: il teste di p.g. non può rispondere perché non c’era; può solo limitarsi

¹⁰ Sul divieto di esprimere apprezzamenti personali vedi E. VALENTINI, sub art. 195, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, Assago, 2020, pp. 813-814. In senso contrario a quanto sostenuto nel testo vedi M. MENNA, *Prove dichiarative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, 2.1 – *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Assago, 2009, 118, secondo cui le inferenze induttive o abduttive che conducono dal fatto percepito a un fatto ignoto non avrebbero natura valutativa, in quanto, a differenza dei giudizi di valore, sono empiricamente verificabili. Mi pare tuttavia dubbio che la *ratio* del divieto vada ravvisata nella necessità di circoscrivere la testimonianza alle asserzioni empiricamente verificabili; il testimone deve limitarsi a riferire dei fatti di cui ha esperienza diretta perché diversamente rischia di alterare la correttezza dei dati empirici a partire dai quali deve svilupparsi il ragionamento del giudice.

¹¹ M.T. STURLA, *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 407. Su struttura e funzioni della prova testimoniale vedi V. GAROFOLI, *Prova testimoniale* b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1988, pp. 760-762; cr. altresì E. VALENTINI, sub art. 195, cit., p. 810.

¹² La giurisprudenza ha avallato questo tipo di consultazione; vedi Cass., sez. V, 5 dicembre 2014, Geronzi, in *C.e.d. Cass.*, n. 263800, che ha ritenuto legittimo «l’utilizzo di prospetti formati dal teste che riassumevano il contenuto di documenti acquisiti nel corso delle indagini dall’articolazione di polizia giudiziaria di cui il medesimo faceva parte»; nel medesimo senso Cass., sez. III, 25 febbraio 2009, Gallo, in *C.e.d. Cass.*, n. 243406; altre volte la giurisprudenza ha ritenuto legittima la consultazione in aiuto alla memoria di documenti non formati e sottoscritti dal teste, purché «abbia partecipato alle operazioni, agli scambi o ai rapporti cui gli stessi si riferiscono» (Cass., se. V, 22 marzo 2022, Graziano, in *C.e.d. Cass.*, n. 283438; Cass., sez. I, 8 novembre 2011, Soccio, in *C.e.d. cass.*, n. 251667; Cass., sez. II, 26 novembre 2010, Guzzo, in *C.e.d. Cass.*, n. 249039; vedi P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, Torino, 2002, pp. 215-216; L. SURACI, *L’istruzione dibattimentale*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, II – *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Assago, 2015, p. 1195.

a dar conto di quanto trova scritto. Il valore euristico del contraddittorio, evidentemente, viene meno.

Forse, in questi casi, la deposizione del teste di p.g. andrebbe semmai considerata una testimonianza indiretta, considerando il capo dell'ufficio come destinatario del resoconto dei suoi uomini¹³; alle difese, a questo punto, se nutrissero dei dubbi, andrebbe però riconosciuto il diritto garantito dall'art. 195 c.p.p. di ascoltare il testimone diretto. In effetti l'ascolto del testimone diretto è possibile quando il pubblico ministero, come accade spesso, oltre al teste di p.g. indica in lista testi anche ciascuno degli operatori che hanno compiuto i singoli atti di indagine e a suo tempo avevano provveduto alla stesura della relativa relazione di servizio. In verità, dopo l'escussione del teste di p.g., il pubblico ministero nella maggior parte dei casi rinuncia a tutti questi testimoni; le difese però, abituate a questa strategia, di solito indicano i loro nomi anche nella propria lista testi; così, se ritengono necessario un approfondimento su un dettaglio di cui chi ha coordinato le indagini non potrebbe dar conto, possono chiedere l'ascolto di chi ha effettivamente compiuto l'atto.

In terzo luogo, la testimonianza, diretta o indiretta che sia, è un mezzo di prova che perde ogni utilità cognitiva nel momento in cui il narrante abbia ormai perduto l'ultimo scampolo di memoria del fatto narrato¹⁴. Spesso il teste di p.g., a distanza di anni dallo svolgimento dell'indagine, non è più in grado di rievocarla, se non genericamente, fatta eccezione per questo o quel dato particolarmente significativo. Così, se è particolarmente diligente, "studia" l'informativa prima di venire a deporre¹⁵; ma non è facile, visto che si tratta almeno di centinaia di pagine; più spesso conta di avvalersi della possibilità di essere autorizzato a consultare l'informativa in aiuto alla memoria¹⁶. Così accade che in pratica, per udienze e udienze, il teste di p.g., per rispondere alle domande che gli vengono formulate dalle parti, non fa altro che leggere più o meno dettagliatamente l'informativa¹⁷. Uno svolgimento del processo talmente snervante che,

¹³ In senso contrario vedi G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., p. 153, che, poco persuasivamente, adombrano la possibilità che si tratti di una testimonianza diretta su fatti noti nell'ufficio.

¹⁴ Vedi A. TRINCI, *L'attuazione del contraddittorio tra storture della prassi e insostenibilità del sistema*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri e R. Orlandi, Torino, 2017, p. 228. Su distorsione della memoria e oblio nella testimonianza vedi L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Padova, 2000, p. 46 ss.

¹⁵ Cfr. G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., pp. 33-34.

¹⁶ Secondo una ormai datata sentenza delle Sezioni unite se il testimone rende dichiarazioni su un fatto storico che si è svolto in «fasi che restano vive nella memoria, ad es. una rapina, la consultazione (legittima) consisterà in un più o meno rapido esame degli atti compilati, tanto essendo sufficiente a richiamare alla memoria quel "fatto" [...]; se pur dopo la consultazione il teste non è in grado di "ricordare", verrà meno il mezzo di prova non avendo il teste possibilità di riferire nulla che effettivamente ricordi e non essendo d'altra parte consentita la lettura del documento, che trasformerebbe la "consultazione" legittima in lettura vietata di atti» (Cass., sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2899; in senso adesivo vedi P.P. PAULESU, *Giudice e parti*, cit., p. 217). In successive decisioni, tuttavia, la distinzione tra "rapida consultazione" e "lettura", e quindi tra «aiuto totale» e «aiuto parziale» alla memoria non viene confermata (Cass., sez. VI, 1 marzo 2006, Capuano, in *C.e.d. Cass.*, n. 233735); anche nel secondo caso, infatti, la cosa importante è che le informazioni in tal modo riferite siano passate al vaglio dell'esame e del controesame (così Cass., sez. I, 14 gennaio 2009, Carpino, in *C.e.d. Cass.*, n. 243542).

¹⁷ Sui rischi, anche per le strategie della pubblica accusa, di un eccessivo affidamento alla possibilità di

se le difese non hanno specifiche strategie dilatorie, spesso, previa espunzione delle parti che documentano atti ripetibili, prestano il consenso all'acquisizione: tanto le parti già la conoscono e il giudice potrebbe orientarsi meglio leggendo l'informativa in prima persona¹⁸.

5. Teste di p.g. e intercettazioni.

Se sono state chieste e autorizzate delle intercettazioni, tra gli atti il cui compimento il pubblico ministero delega alla polizia giudiziaria c'è anche l'ascolto. Uno o più operatori, in diretta o "in differita", provvedono dunque ad ascoltare le conversazioni occultamente captate e a redigere quel verbale in cui, ai sensi dell'art. 268, comma 2, c.p.p., va dato conto, sia pure sommariamente, del contenuto delle intercettazioni¹⁹.

In genere la polizia giudiziaria si avvale *in itinere* degli esiti delle intercettazioni per tutte le attività di propria iniziativa, nonché per documentare eventuali richieste di adozione di provvedimenti di competenza del pubblico ministero. Le trascrizioni sommarie delle conversazioni compaiono così via via anche nelle annotazioni che vengono inviate in procura²⁰.

Al termine delle indagini, se si tratta di maxiprocessi, e in particolare di processi di mafia, nei quali le prove a sostegno dell'accusa sono costituite in misura preponderante proprio dalle intercettazioni, le singole comunicazioni intercettate, ciascuna progressivamente numerata, sono innumerevoli, le ore di conversazione coprono giorni e le trascrizioni sommarie riempiono centinaia di pagine. Si tratta di un materiale sterminato il cui uso probatorio è assai complesso perché, da un lato, ciascuna conversazione documentata in un singolo progressivo contiene inevitabilmente moltissime parti insignificanti; dall'altro, nelle parti in cui si affrontano temi rilevanti, gli interlocutori usano spesso un linguaggio allusivo o criptico e comunque (a parte rarissimi casi particolarmente fortunati dal punto di vista investigativo) di solito discorrono di fatti che hanno un mero valore indiziario.

Nella deposizione resa in apertura del processo, il teste di p.g., ancora prima del deposito della perizia trascrittiva, si sofferma molto a lungo, se non quasi esclusivamente, sul contenuto delle conversazioni intercettate, la cui sommaria trascrizione, che risulta dai c.d. "brogliacci di ascolto", viene riportata nell'informativa;

consultazione in aiuto alla memoria vedi G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., pp. 28-29.

¹⁸ Tali considerazioni in passato avevano indotto a considerare *tout court* non ripetibile la relazione di servizio, perché la curva dell'oblio intaccherebbe la genuinità della prova (vedi Cass., sez. VI, 22 settembre 2002, Castellano, in *C.e.d. Cass.*, n. 223073).

¹⁹ Sul nuovo disegno normativo relativo alla stesura del c.d. "brogliaccio d'ascolto", vedi C. GABRIELLI, *Dall'ascolto all'acquisizione: un collage normativo malriuscito, all'insegna del protagonismo del pubblico ministero*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, 2021, pp. 6-11.

²⁰ Vedi G. CASCINI, *Il punto di vista degli operatori – 2. Il pubblico ministero*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit., p. 198.

per ciascuna di esse cerca di inquadrarne il valore conoscitivo, cioè di spiegare il collegamento tra personaggi e condotte, tempi e luoghi, in modo da farne emergere un quadro complessivo intellegibile²¹. A supporto di questo compito ricostruttivo il teste di p.g. svolge una funzione pratica preziosa perché, per ogni conversazione di cui illustra la rilevanza, indica il “progressivo” che consentirà al giudice, se lo riterrà necessario, di rintracciare nei supporti informatici che gli vengono forniti la registrazione.

È ora appena il caso di rilevare che in dibattimento, a meno che non vi sia il consenso delle parti *ex art.* 268, comma 7, c.p.p., possono essere usate solo le trascrizioni delle intercettazioni che costituiscono l’esito della perizia regolarmente disposta, non certo i brogliacci di ascolto²². La giurisprudenza ritiene tuttavia che il contenuto delle intercettazioni possa essere provato anche mediante deposizione testimoniale, indipendentemente dalla trascrizione delle conversazioni ad opera del perito²³. I giudici del merito per lo più cercano di evitare forzature e perciò concordano con le difese, o comunque stabiliscono, una serie di cautele operative: anche se il perito sta ancora lavorando sulle intercettazioni, intanto il teste di p.g. può riferire sul contenuto delle conversazioni, quale risulta dall’informativa; ma non perché le sue dichiarazioni possano sostituirsi alla perizia trascrittiva, ma solo per far comprendere come e perché, nell’indagine di cui si dà conto, quelle conversazioni siano state considerate a conferma degli originari spunti investigativi e/o abbiano esse stesse costituito un ulteriore spunto investigativo. Talvolta, per garantire ancora meglio l’inutilizzabilità probatoria della testimonianza sulle intercettazioni, si ricorre a un *escamotage*, vale a dire il divieto per il teste di p.g. di leggere pedissequamente dall’informativa i brogliacci d’ascolto, limitandosi all’esposizione del loro riassunto, quel tanto che basta per far comprendere il significato investigativo di ciascuna conversazione. Se poi le parti concordano l’acquisizione al fascicolo per il dibattimento dell’intera informativa, si potrà eventualmente provvedere, a tutela della verginità conoscitiva del giudice, ad apporre gli opportuni *omissis*.

²¹ Cfr. G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., p. 144. Secondo la giurisprudenza «non è causa di nullità della sentenza l’aver proceduto all’esame dei testimoni di polizia giudiziaria sulle indagini effettuate prima del deposito delle trascrizioni delle intercettazioni, disposte in forma peritale, essendo il diritto di difesa comunque garantito dalla possibilità per gli imputati e i loro difensori di accedere, sin dalla ostensione degli atti in sede di indagini preliminari, al contenuto originale delle conversazioni registrate sui supporti informatici»; così Cass., sez. V, 17 febbraio 2020, Cotugno, in *C.e.d. Cass.*, n. 278863. Nel medesimo senso vedi Cass., sez. VI, 6 luglio 2018, D’Ambrosca, in *C.e.d. Cass.*, n. 274280, secondo cui non vi sono preclusioni temporali con riguardo allo svolgimento delle operazioni peritali, né l’imputato può lamentare alcuna lesione del diritto di difesa nel caso in cui l’istruttoria dibattimentale prosegua nelle more del deposito della relazione. Nella prassi dei Tribunali di alcune regioni settentrionali, meno gravati dall’accumularsi nei ruoli di maxi-processi di criminalità organizzata, e dunque meno preoccupati dall’incombere della scadenza dei termini cautelari (che spesso finisce per essere l’unico acceleratore della macchina processuale), talvolta si attende comunque la consegna delle trascrizioni da parte del perito prima di incominciare l’esame del teste di p.g.

²² Cfr. C. GABRIELLI, *Dall’ascolto all’acquisizione*, cit., pp. 27-28.

²³ Vedi Cass., sez. III, 28 ottobre 2021, Schiariti, in *C.e.d. Cass.*, n. 282696; Cass., sez. I, 3 maggio 2019, Chan Wantong, in *C.e.d. Cass.*, n. 277139.

Sia pure con questa vocazione narrativa e non strettamente probatoria, nei processi di mafia le intercettazioni entrano così nel patrimonio di conoscenza del giudice fin dalle prime udienze grazie al teste di p.g. Perciò, tendenzialmente, le trascrizioni del perito, quando saranno pronte, diventeranno oggetto di specifica richiesta di lettura e/o ascolto solo qualora le parti ritengano che ci siano delle incongruenze con il contenuto già riferito²⁴.

6. Informativa e atti non ripetibili.

Come già accennato, la giurisprudenza ha dovuto prendere posizione sulla controversa possibilità di acquisire le relazioni di servizio alla stregua di atti non ripetibili²⁵. Le Sezioni unite hanno giustamente concluso che la relazione di servizio, di per sé, non è che la documentazione di una serie di attività; quello che conta è la natura dell'atto di cui si fornisce il resoconto. In questa prospettiva le operazioni compiute dalla polizia giudiziaria, ad es. osservazioni o pedinamenti, costituiscono un *facere* che, alla stessa stregua di ciò di cui si fa esperienza percettiva, può ben essere oggetto di una narrazione, utilmente assunta in forma orale davanti al giudice con l'esame incrociato. Se invece nel corso dell'indagine si compiono operazioni tecniche, quali ad esempio una misurazione di distanze o una ripresa audiovisiva, si tratta di rilievi o accertamenti che integrano atti autonomi: qualora abbiano ad oggetto luoghi, cose o persone il cui stato è soggetto a modificazione, la relativa documentazione, allegata alla relazione di servizio, in quanto non ripetibile può essere inserita *ab origine* nel fascicolo per il dibattimento²⁶.

Il teste di p.g., impegnato nel resoconto sulle indagini, naturalmente fa riferimento anche a tale ultimo tipo di atti, i cui esiti sono comunque sintetizzati nell'informativa. Se le parti non hanno un particolare interesse, anche se nel fascicolo per il dibattimento sono stati inseriti i verbali o le annotazioni, invece di richiederne la lettura *ex art.* 511 c.p.p., si accontentano di quanto ha riferito l'operatore. Così, curiosamente, la prova viene fornita dalla testimonianza sull'atto non ripetibile.

Diversamente, se una delle parti ha interesse a fornire al giudice una specifica dimostrazione di un certo dato obiettivo, senza dubbio può ricorrere all'atto originario. Anche in questi casi, però, si registrano prassi singolari. Capita spesso, ad esempio, che

²⁴ Talvolta probabilmente capita che si attribuisca un rilievo maggiore alla deposizione del teste di p.g. sulle intercettazioni rispetto alla trascrizione del perito; è quanto sembra emergere da Cass., sez. VI, 9 giugno 2003, D'Zakaria, in *C.e.d. Cass.*, n. 226256, secondo cui è viziata la motivazione della sentenza «che fonda l'affermazione di colpevolezza dell'imputato esclusivamente sulle deposizioni testimoniali di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate, prescindendo totalmente dalla valutazione di quest'ultime [...]». (Nella specie le conversazioni intercettate risultavano di difficile decifrabilità ed incerta attribuzione)».

²⁵ Vedi C. FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio*, cit., p. 1729. Per il dibattito antecedente sulla nozione di non ripetibilità vedi C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, pp. 17-105 e A. IACOVIELLO, *Contro la teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3001 ss.

²⁶ Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit.; in tema vedi L. SURACI, *L'atto irripetibile*, Padova, 2012, pp. 223-229.

se l'identità dei protagonisti di conversazioni oggetto di intercettazioni ambientali è stata ricostruita grazie ad attività di «appostamento»²⁷, quando il teste di p.g. si sofferma sul contenuto di tali conversazioni, il pubblico ministero, dopo averli estrapolati dal video in atti, “produce” i fotogrammi delle riprese visive che ritraggono i conversanti, come se si trattasse di una prova documentale (e non un atto d'indagine non ripetibile), indipendentemente dalla circostanza che esse fossero o meno già confluite nel fascicolo per il dibattimento. Un uso efficace dal punto di vista cognitivo, giuridicamente piuttosto anomalo²⁸.

7. Le ragioni di una prassi.

Come mai i processi di mafia sono oramai quasi stabilmente contraddistinti dalla deposizione del teste di p.g. sull'informativa con le caratteristiche che abbiamo fin qui descritto?

Senza dubbio, a monte, ci sono alcune “cause” di tipo organizzativo, che riguardano i complessi rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria²⁹. Se la polizia giudiziaria ha lavorato sostanzialmente in autonomia, al pubblico ministero, per quanto riguarda i dettagli della ricostruzione del fatto posta a base dell'imputazione, non resta che affidarsi all'operatore. Se il pubblico ministero è riuscito effettivamente a conservare la direzione delle indagini e quindi, anche con riferimento a quelle delegate, ha suggerito e concordato ogni passo successivo, è in grado di usare i diversi strumenti processuali che la legge gli mette a disposizione per illustrare al meglio tutti i profili dell'accusa. In sede di deposizione del teste di p.g., può concentrare le domande solo sulle circostanze di fatto davvero rilevanti per la sua strategia, sollecitando risposte sintetiche, senza consentire all'operatore di “adagiarsi” sulla pedissequa e defatigante consultazione/lettura dell'informativa³⁰. Ma gli impressionanti carichi di lavoro delle procure più in trincea sul fronte della lotta alla mafia, uniti ai frequenti spostamenti di sede e di funzioni, non consentono sempre un'ottimale organizzazione degli uffici. Così,

²⁷ LUPÀRIA, L., *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, 3 – *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Assago, 2009, p. 180.

²⁸ La possibilità di qualificare come documenti gli esiti di rilievi condotti con strumentazione fotografica o audiovisiva, a lungo discussa in dottrina e giurisprudenza con particolare riferimento alle riprese visive (vedi *ex multis* A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1192 ss.), è stata infine risolta in senso negativo dalle Sezioni unite che, sulla base del criterio della formazione extra o endoprocessuale, hanno correttamente inquadrato tali materiali come documentazione di attività investigativa atipica (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *C.e.d. Cass.*, n. 234267, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347, con commento di C. CONTI, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi “riservati”*).

²⁹ In tema vedi F. ALONZI, *Le indagini di polizia giudiziaria nell'ambito dell'accertamento penale*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, II – *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Assago, 2015, pp. 532-539 e A. ANDRONIO, *Pubblico ministero e direzione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, 3 – *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Assago, 2009, pp. 270-279.

³⁰ Cfr. G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., pp. 50-52.

anche se le indagini furono svolte sotto la vigile guida della procura, molto spesso il p.m. che sostiene l'accusa in udienza non è quello che a suo tempo condusse le indagini e perciò anche lui, in sostanza, conosce la vicenda oggetto del processo per aver "studiato", talvolta qualche anno dopo, l'informativa³¹. Rispetto all'operatore, insomma, resta in deficit conoscitivo.

In secondo luogo esiste una specifica esigenza che riguarda le intercettazioni. Come si è già anticipato, nei processi di mafia le intercettazioni quasi sempre raggiungono una mole e una complessità interpretativa di difficilissima gestione. Idealmente, di ogni conversazione acquisita servirebbe sia l'illustrazione della sua rilevanza sia l'indicazione del numero progressivo del file audio, in modo che il giudice diligente possa rintracciarla e ascoltarla. L'istituto a ciò designato sarebbe l'udienza stralcio di cui all'art. 268, comma 6, c.p.p., che prevede appunto l'indicazione delle conversazioni di cui le parti chiedono l'acquisizione e un vaglio sulla non irrilevanza. Spesso però nelle indagini preliminari l'udienza stralcio, anche quando si dovrebbe, non viene effettivamente celebrata³²; se poi viene richiesta una misura restrittiva della libertà personale (il che, dato il sistema di presunzioni cautelari che governa i procedimenti di mafia, accade nella quasi totalità dei casi) l'udienza stralcio *non deve* essere celebrata ed è sostituita dalla selezione affidata al pubblico ministero *ex art.* 291, comma 1, c.p.p.³³. Peraltro, nemmeno in dibattimento illustrazione della rilevanza e indicazione del progressivo di ogni conversazione trovano un loro spazio dedicato: depositati i *files* audio, la perizia trascrittiva può essere disposta d'ufficio dal giudice per tutte le intercettazioni; ma anche se ci fosse una specifica richiesta di parte, non è comunque previsto un vaglio di rilevanza *ex art.* 190 c.p.p.³⁴. In conclusione la "testimonianza" sull'informativa, che passa analiticamente in rassegna le conversazioni più utili dal punto di vista probatorio, è l'unico atto, prima delle conclusioni del pubblico ministero, che consenta al giudice di orientarsi; se non ci fosse, le intercettazioni (cioè i CD audio e le trascrizioni del perito) sarebbero come una gigantesca banca dati priva di motore di ricerca.

Infine, via più generale, la prassi della testimonianza sull'informativa è motivata anche da ragioni, un poco più sfumate ma non meno importanti, che riguardano nel loro complesso la necessità di garantire al giudice una partecipazione consapevole all'istruttoria dibattimentale: si tratta infatti di consentirgli di apprezzare *in itinere* il significato degli elementi conoscitivi che via via scaturiscono dall'acquisizione delle prove.

Per giustificare questa affermazione occorre partire dal riconoscimento che, per quanto il pubblico ministero e il giudice dell'udienza preliminare possano impegnarsi

³¹ Cfr. G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., p. 64.

³² Cfr. L. FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, I – Soggetti. Atti. Prove, a cura di G. Spangher, Assago, 2015, p. 1062, secondo cui l'udienza stralcio viene «raramente attuata nella prassi giudiziaria».

³³ Vedi L. GIULIANI, *L'uso delle intercettazioni nelle indagini preliminari tra dinamiche cautelari e tutela della riservatezza*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit., pp. 46-53.

³⁴ Sul punto vedi l'approfondita disamina di P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento*, cit., pp. 144-170.

nella «enunciazione in forma chiara e precisa del fatto», i diversi capi di imputazione sono inevitabilmente sintetici e devono limitarsi a descrivere le condotte che integrano in ipotesi il fatto tipico, non certo tutte le circostanze che in via indiretta si assume che possano provarne l'esistenza³⁵.

Inoltre dal 1999 in apertura del dibattimento non è più prevista l'esposizione introduttiva del pubblico ministero sui fatti oggetto dell'imputazione, che l'art. 493, comma 1, c.p.p. faceva precedere alle richieste di prova. Per il timore che un'illustrazione approfondita potesse condizionare il giudice, alterando la necessaria parità tra le parti, l'esposizione introduttiva è stata abolita³⁶.

Oggi il pubblico ministero, per ciascuna delle prove di cui si chiede l'ammissione, deve limitarsi esclusivamente all'indicazione dei fatti che si intendono provare³⁷. Anche tale indicazione, comunque, per lo più viene effettuata in modo assai sintetico, circoscritta di solito all'individuazione del tema della prova, non certo ai risultati attesi dalla sua acquisizione, né, tantomeno, a come tali risultati attesi si possano intrecciare con le altre risultanze dibattimentali.

La tutela estrema di questa verginità conoscitiva del giudice, non solo – com'è giusto – rispetto agli atti di indagine, ma persino rispetto all'esatta definizione del *thema probandum*, può andar bene quando si tratta di processi semplici, con pochi imputati, nei quali si discute di condotte descritte da fattispecie rispettose del principio di determinatezza, la cui prova non appare troppo ardua. In questi casi si può attendere senza alcun danno che in dibattimento via via emergano, offrendosi all'ingenua percezione del giudice, tutti i fatti che dovranno essere poi adeguatamente valutati ai fini della verifica empirica dell'accusa.

Nei maxiprocessi, e in particolare nei processi di mafia, le cose sono diverse: ci sono molti imputati e molte imputazioni, le fattispecie sono poco determinate e l'accertamento riposa spesso sull'interpretazione di frammenti di conversazioni su fatti che, rispetto a quelli appartenenti al *thema decidendum*, sono meramente indiziari³⁸; soprattutto, si tratta di fatti il cui apprezzamento dipende dalla contemporanea conoscenza di tutti gli altri fatti da provare, anch'essi meramente indiziari, che, incastrandosi l'uno con l'altro come gli elementi di un *puzzle*, dovrebbero andare a comporre un'immagine coerente.

³⁵ Cfr. G. CANESCHI, *L'imputato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti e G.P. Voena, VI, Milano, 2021, p. 224.

³⁶ Vedi R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, 4.2 – Giudizio. *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher, Assago, 2009, pp. 142-143; D. CHINNICI, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, II – *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Assago, 2015, p. 1115; G. CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, p. 575-576; P.P. PAULESU, *Giudice e parti*, cit., pp. 157-167.

³⁷ M.G. COPPETTA, sub art. 493, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, Assago, 2020, pp. 438-2439.

³⁸ Cfr. L. MARAFIOTI – G. FIORELLI – M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in *Il «doppio binario»*, cit., p. 653 ss.; *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di G. Tinebra, R. Alfonso e A. Centonze, Milano, 2011.

Se al giudice manca questa visione di insieme, non solo non è in grado di valutare la rilevanza delle prove di cui le parti gli chiedono l'ammissione³⁹, ma non è nemmeno in grado di comprendere appieno, nel corso dell'istruzione dibattimentale, l'esatto significato di ciò che accade davanti a lui. Ad esempio potrebbe assistere a un accanito scontro tra accusa e difesa, in sede di esame e controesame di un collaboratore di giustizia, su fatti di cui ignora la specifica rilevanza; oppure apprendere di un frammento di conversazione in cui si menziona un soggetto non imputato, a cui accusa e difesa attribuiscono grande importanza, e di cui però il giudice ignora completamente il ruolo, che dovrebbe invece emergere dalla successiva acquisizione di altre prove⁴⁰.

Senza dubbio il giudice, prima in sede di conclusioni delle parti e poi rileggendo in camera di consiglio il fascicolo del dibattimento, avrà modo di ricostruire in modo complessivo i fatti e comprendere meglio, sia pure *ex post*, le strategie dell'accusa e della difesa. Alla fine, insomma, tutto ciò che è accaduto durante il processo riacquista una sua logica. Ma, evidentemente, è a rischio l'effettività del principio di immediatezza, inteso anche a garantire che il convincimento del giudice si formi progressivamente, mentre assiste alla dialettica dibattimentale⁴¹.

In conclusione, ai fini dell'accertamento dei fatti serve che il giudice conosca in modo dettagliato, prima dell'ammissione e dell'acquisizione dei mezzi di prova, il disegno complessivo dell'accusa nonché la rilevanza e il collegamento reciproco tra i fatti che si intendono provare⁴². Il giudice «ha bisogno, in altre parole, di inquadrare quei fatti nella 'storia' o, se si preferisce, nel 'racconto' che ciascuna parte propone»⁴³.

³⁹ In questo senso vedi A. AVANZINI, *I limiti dell'esposizione introduttiva*, cit., pp. 363-364; D. SIRACUSANO, in D. SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 1995, p. 338; B. NACAR, *Sui poteri del pubblico ministero in sede di esposizione introduttiva*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 1686; TONNARELLI, *Esposizione introduttiva e rispetto dell'integrità gnoseologica del giudice dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 729.

Si badi a questo aspetto. Visto che in sostanza si affida al teste di p.g. il compito di esporre tutti i fatti che appartengono al *thema probandum*, qual è l'oggetto della prova che, ai sensi dell'art. 493, comma 1, c.p.p., il p.m. indica quando richiede la sua testimonianza? Ebbene, la prassi, con una sorta di corto circuito logico e giuridico (a cui però bisogna riconoscere un certo grado di virtuosismo), è nel senso di chiedere la deposizione «sul contenuto dell'informativa». Il giudice però non conosce l'informativa, e quindi l'ammissione della prova sostanzialmente è al buio, così come inevitabilmente anche quella delle controprove richieste dalle difese.

⁴⁰ Vedi P.P. PAULESU, *Giudice e parti*, pp. 164-166, secondo cui il giudice rischia di trovarsi «in presenza di una sequela di fatti storici, i quali, senza il sostegno esplicativo delle parti, potrebbero apparirgli oscuri e privi di connessioni logiche».

⁴¹ In questo senso vedi D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, pp. 11-15; F.M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p. 752-753 e G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, pp. 58-59.

⁴² Peraltro, spostandosi solo per un attimo sul piano dell'epistemologia giudiziaria, il falsificazionismo, inteso come criterio di verità, presuppone necessariamente l'esatta e specifica esplicitazione dell'ipotesi che la verifica sperimentale dovrebbe confermare o smentire; diversamente non si saprebbe come interpretare i risultati (cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, pp. 120-126).

⁴³ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, *la prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 37.

Come si diceva, a tale scopo era stata prevista l'esposizione introduttiva del pubblico ministero. Ritenuta troppo sbilanciata a favore della pubblica accusa, è stata abolita. Siccome però la necessità è rimasta⁴⁴, nei processi di mafia la prassi l'ha sostituita, in sostanza, con l'esposizione introduttiva della polizia giudiziaria.

8. I processi di mafia nel primo binario.

Il fenomeno appena descritto, con le sue luci e le sue ombre, non costituisce un caso isolato; esso anzi ci offre una chiave di lettura di una pluralità di fenomeni, tutti legati ai processi di mafia, anch'essi caratterizzati dall'affermarsi di prassi che presentano un discreto grado di scostamento dalla previsione astratta. L'insieme di questi fenomeni potrebbe essere definito sinteticamente con il riferimento alle peculiarità dei "processi di mafia nel primo binario".

È noto infatti che i procedimenti nei confronti della criminalità organizzata sono disciplinati da una vasta pluralità di norme derogatorie rispetto al regime comune, che riguardano in larga misura le indagini, i mezzi di ricerca della prova, le misure cautelari e, in parte, il dibattimento⁴⁵; si parla perciò correntemente di un "doppio binario" processuale⁴⁶.

Per il resto, cioè al di fuori di quei segmenti procedurali contraddistinti dall'applicazione delle disposizioni differenziate, anche i processi di mafia viaggiano, come tutti gli altri, sul primo binario; fuor di metafora ferroviaria, insomma, laddove non sono previste deroghe, si applicano le norme processuali comuni.

Il problema nasce dal fatto che anche in questo ambito i processi di mafia hanno comunque significativi tratti differenziali di difficile gestione. Ci riferiamo non solo al macroscopico dato del numero degli imputati e delle imputazioni; vi sono molti altri aspetti parimenti significativi: ad es. la difficoltà "sostanziale" di predeterminare con esattezza le condotte che integrano la partecipazione all'associazione mafiosa; la natura permanente del reato, non solo dal punto di vista della dogmatica penalistica ma anche sul piano criminologico; la sostanziale arbitrarietà nel selezionare, nel *mare magnum* delle attività associative, le condotte oggetto di una singola indagine; il grande

⁴⁴ Vedi in questo senso R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., pp. 144-147; D. CHINNICI, *Gli atti introduttivi*, cit., p. 1115; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Milano, 2020, p. 678.

⁴⁵ La letteratura sulla disciplina differenziata è molto vasta; senza pretesa di esaustività si veda, da ultimo, *La legislazione antimafia*, a cura di E. Mezzetti e L. Lupària Donati, Bologna, 2020, nonché *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013; A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p. 501 ss.; G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, 7 – *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, Assago, 2011, p. 264 ss.; *Scenari di mafia*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2010; *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Assago, 2015; A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Assago, 2016.

⁴⁶ Vedi in senso critico G. GIOSTRA, *I limiti di una «strategia processuale differenziata» per i delitti di mafia*, in *Gazz. giur.*, 1997, 32, p. 1 ss.

condizionamento che l'associazione può esercitare sul processo e sui testimoni; il ruolo chiave della chiamata in correità; il "peso" cognitivo dei precedenti giudiziari che riguardano il medesimo gruppo mafioso⁴⁷.

Ne nascono, sul piano dello svolgimento del processo, problemi specifici, che spesso non trovano risposta. Rispetto a quelli che viaggiano *solo* sul primo binario, i processi di mafia, insomma, hanno specialissimi caratteri che spesso mal si prestano a essere disciplinati dalle norme comuni. Di qui la tendenza all'affermarsi di prassi dirette ad adattare l'interpretazione delle norme a tali caratteri⁴⁸.

9. Torniamo all'esposizione introduttiva.

Si diceva prima, forse un po' rudemente, che di fatto nei processi di maggiore complessità l'esposizione introduttiva del pubblico ministero è stata sostituita dall'esposizione introduttiva della polizia giudiziaria. Dal punto di vista degli equilibri del processo, evidentemente, non si tratta di un gran guadagno.

Non si può escludere, peraltro, che la prassi muova inesorabilmente in futuro verso la diretta acquisizione dell'informativa, perché anche dal punto di vista della speditezza del processo la deposizione del teste di p.g. lascia molto a desiderare. Senza perdere mesi di tempo per leggerla o parafrasarla, tanto varrebbe depositare l'informativa in atti, in modo che il giudice possa studiarla con calma, valutare punti di forza e criticità dell'ipotesi investigativa alla base del processo e confrontare con accuratezza l'eventuale discrasia tra atti d'indagine e risultanze dibattimentali. Se si dovesse andare in questa direzione, il rischio, evidentemente, sarebbe quello di tornare ai tempi dell'uso processuale del c.d. "rapporto di polizia"⁴⁹.

Beninteso, il quadro costituzionale e codicistico dovrebbe essere in grado di scongiurare la possibilità di un recupero abusivo dei contenuti di atti d'indagine ripetibili, grazie al congegno giuridico dell'inutilizzabilità parziale e della fisica apposizione di opportuni *omissis*. Ciò nondimeno l'istruzione dibattimentale, con buona pace della verginità conoscitiva del giudice e del principio di immediatezza,

⁴⁷ Cfr. ORLANDI, R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al «grande processo»*, in *Pol. dir.*, XXV, 1994, 3, pp. 389-394,

⁴⁸ Basti pensare, solo per fare alcuni tra molti possibili esempi, a come la scarsa determinatezza delle condotte individuali e le cangianti strutture associative incidono sull'individuazione della competenza per territorio, sul divieto di contestazioni a catena, sull'emersione di un fatto diverso o in tema di *ne bis in idem*, oppure a come le dinamiche operative dell'associazione incidono sull'accertamento della provata condotta illecita o sul concetto di "notorio".

⁴⁹ Previsto dall'art. 2 del codice del 1930 inizialmente con le funzioni oggi riconducibili a quelle della comunicazione della notizia di reato, il rapporto di polizia aveva via via mutato pelle per effetto dell'accresciuta autonomia investigativa della p.g. e della progressiva "liberalizzazione" del suo uso dibattimentale; per un'accurata ricostruzione vedi S. CAMPANELLA, *Il documento dichiarativo nella logica della prova penale*, Torino, 2021, pp. 156-168.

assumerebbe la principale funzione di una verifica di contenuti probatori in larga parte già appresi dal giudice grazie all'informativa⁵⁰.

Quando ci si trova di fronte a prassi di questo tipo, tuttavia, non basta deprecarle. A differenza di altre, che hanno cause meno meritevoli di tutela, occorre tenere conto delle necessità da cui hanno origine, altrimenti il richiamo all'ortodossia si risolve in pura accademia. Piuttosto bisogna provare a immaginare una soluzione diversa. In questa prospettiva forse occorre partire dalla separazione metodologica tra ipotesi ed esperimento, ossia, in ambiente processuale, tra imputazione e prova.

L'enunciazione dell'ipotesi investigativa *attraverso* l'illustrazione dei risultati degli atti di indagine, infatti, confonde questi due piani.

Al pubblico ministero compete la definizione dell'accusa, cioè la prospettazione in forma ipotetica non solo delle condotte che, laddove accertate, integrerebbero il fatto tipico (*thema decidendum*), ma anche di tutti gli altri fatti secondari che si intendono provare perché a livello indiziario potrebbero corroborarne l'esistenza (*thema probandum*). Si tratta di un compito che nei processi di mafia è senza dubbio molto impegnativo, ma un dettagliato disegno complessivo dei fatti rilevanti oggetto dell'ipotesi accusatoria è necessario e non può essere delegato alla polizia giudiziaria⁵¹. A mio avviso, a tale scopo andrebbe reintrodotta l'esposizione introduttiva del pubblico ministero, che, se non altro, certamente è preferibile rispetto a quella della polizia giudiziaria camuffata da testimonianza⁵².

L'esposizione del pubblico ministero sui fatti oggetto dell'imputazione ha una storia istruttiva che vale la pena richiamare brevemente alla memoria. Prevista fin dalla

⁵⁰ Per una ricostruzione tanto sintetica quanto efficace della genesi del sistema del doppio fascicolo vedi BRONZO, P., *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Padova, 2017, pp. 1-15.

⁵¹ Dal punto di vista pratico, un eccesso di confidenza da parte del pubblico ministero nel lavoro svolto dalla polizia giudiziaria rischia di pregiudicare anche le *chances* di successo dell'accusa. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'informativa viene consegnata in procura quando gli elementi raccolti sono tali da poter essere posti a sostegno delle domande cautelari (cfr. Cass., sez. II, 26 febbraio 2014, Sciolto, in *C.e.d. Cass.*, n. 259844, secondo cui, quando è proposto un riesame, «il pubblico ministero non ha l'obbligo di trasmettere, ai sensi del comma quinto dell'art. 309 c.p.p., i brogliacci relativi alle conversazioni intercettate e i tabulati telefonici, quando il G.i.p., ai fini dell'applicazione della misura, abbia avuto la disponibilità delle sole informative di Polizia giudiziaria nelle quali si fa riferimento a tali atti e queste siano state tempestivamente inviate al tribunale della libertà»). Ma lo *standard* probatorio richiesto in dibattimento è diverso; se il pubblico ministero, in vista del processo, non riprogetta la complessiva articolazione della strategia accusatoria, le difese potrebbero avere buon gioco a individuare tutte le condotte per le quali sussistono gravi indizi di colpevolezza, che però non consentono di considerare accertata la responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio. Sull'esigenza di orientare il lavoro della polizia giudiziaria non ai provvedimenti restrittivi della libertà personale, ma all'accertamento della responsabilità in dibattimento vedi G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza*, cit., pp. 1-3.

⁵² Il d. lgs. n. 150 del 2022, la c.d. riforma Cartabia, ha ritoccato l'art. 493, comma 1, c.p.p., prevedendo che in sede di richiesta di prove le parti, oltre a indicare i fatti che intendono provare, ne illustrino l'ammissibilità *ex art. 189 e 190 c.p.p.*, dunque anche la loro non manifesta irrilevanza. Si tratta di un passo in avanti, che potrebbe almeno stroncare l'uso di richiedere la testimonianza della p.g. «sul contenuto dell'informativa». Resta però comunque difficile immaginare una discussione sulla rilevanza dei fatti oggetto delle prove richieste, se prima non si è dato spazio a una dettagliata esposizione dell'ipotesi dell'accusa.

prima stesura del codice del 1988, era considerata «congeniale allo stile accusatorio»⁵³, in quanto correlata all'onere della prova che grava sul pubblico ministero; si considerava insomma fisiologico che in apertura del dibattimento si enunciassero i fatti che poi nell'istruzione dibattimentale si aveva il compito di provare⁵⁴. Dopo il 1992, in epoca di riflusso inquisitorio, si era tuttavia affermata una prassi – da includere nel novero di quelle *contra legem* – che consentiva al pubblico ministero di suffragare l'esposizione dell'ipotesi dell'accusa con l'anticipazione, talvolta con l'ausilio di strumentazione audiovisiva, degli elementi di prova raccolti, nella maggior parte dei casi tratti dal fascicolo del pubblico ministero⁵⁵. Come si ebbe modo di rilevare, intesa in questo senso l'esposizione introduttiva finiva per costituire il «cavallo di Troia» per far abbattere le mura poste a protezione della verginità conoscitiva del giudice⁵⁶. Tale prassi tuttavia era stata avallata dalla giurisprudenza, con la sola pudica precisazione che di per sé gli elementi investigativi illustrati al giudice prima ancora di effettuare le richieste di prova servivano solo a delineare l'ipotesi dell'accusa, ma di per sé dovevano ritenersi inutilizzabili⁵⁷. A questo punto il legislatore nel 1999, negli anni della riaffermazione del sistema accusatorio, non trovò di meglio che tagliare la testa al toro e abolire *tout court* l'esposizione introduttiva⁵⁸.

Oggi per fortuna il clima è diverso, ma alla luce di questa fallimentare esperienza, non bisogna confidare troppo negli anticorpi accusatori nel frattempo maturati. Andrebbe perciò espressamente chiarito che questa rinnovata esposizione introduttiva va circoscritta all'*allegazione dei fatti* la cui realtà storica viene affermata in via ipotetica dalla pubblica accusa, i quali andranno successivamente accertati nell'istruzione dibattimentale attraverso l'acquisizione degli opportuni mezzi di prova.

Non dovrebbe essere invece consentita l'*illustrazione dei risultati delle indagini* che hanno condotto la pubblica accusa a ritenere sussistenti quei fatti, nemmeno quelli su cui gli operatori potranno in seguito legittimamente rendere testimonianza⁵⁹.

⁵³ F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Torino, 1990, p. 562. In senso parzialmente critico vedi G. AMBROSINI, sub art. 493, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, a cura di M. Chiavario, Torino, 1991, p. 181.

⁵⁴ A. AVANZINI, *I limiti dell'esposizione introduttiva e il controllo del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 360-361; G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 363; A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di procedura Penale*, Milano, 1991, pp. 265-266; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., p. 33.

⁵⁵ G. CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di E. Amodio e N. Galantini, Milano, 2001, p. 191.

⁵⁶ Vedi A. AVANZINI, *I limiti dell'esposizione introduttiva*, cit., pp. 361-362; B. NACAR, *Sui poteri del pubblico ministero*, cit., pp. 1684, secondo cui la «la surrettizia introduzione nel patrimonio conoscitivo del giudice delle dichiarazioni acquisite nel corso delle indagini preliminari, operata attraverso una esposizione introduttiva abnorme, rappresenta un modo per aggirare quelle regole, poste dal legislatore per l'acquisizione di tali dichiarazioni».

⁵⁷ Vedi Ass. Caltanissetta, sez. II, 12 giugno 1995, Aglieri, in *Cass. pen.*, 1997, p. 566 ss.; Trib. Palermo, sez. V, 18 ottobre 1995, Andreotti, in *Giur. merito*, 1996, p. 127, con nota adesiva di C. RAIMONDI, *Contenuto e limiti dell'esposizione introduttiva*; Cass., sez. IV, 26 gennaio 1996, Noto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1680;

⁵⁸ Vedi G. CASARTELLI, *Le innovazioni*, cit., 192; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 34.

⁵⁹ Vedi R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 146: «La parte, nell'indicare i fatti da provare ordinandoli secondo precisi nessi inferenziali, può attingere agli esiti conoscitivi degli atti di indagine, ma non spingersi fino a darne lettura, sia pure parziale, o a esporne il contenuto; diversamente anticiperebbe un adempimento

Infine, per venire anche alle ragioni tecniche da cui ha origine la prassi, non serve davvero una testimonianza per consentire al giudice di orientarsi nel *mare magnum* delle intercettazioni. Nel momento in cui il perito deposita in dibattimento le trascrizioni, nulla osta alla produzione di una memoria scritta da parte del pubblico ministero in cui, per ciascuno dei fatti rilevanti enunciati nell'esposizione introduttiva, si indichino specificamente i progressivi che contengono le conversazioni utili ai fini della prova. Si tratta certamente di un compito che richiede molto tempo e tanta pazienza, ma un aiuto nella redazione di tale memoria da parte degli operatori di polizia giudiziaria non urterebbe contro alcun principio di carattere generale⁶⁰.

riservato alla fase dell'istruzione dibattimentale»; nel medesimo senso vedi già A. AVANZINI, *I limiti dell'esposizione introduttiva*, cit., p. 364, secondo cui «ciò che deve essere fornito al giudice non è la conoscenza di quanto è stato compiuto in precedenza, ma la prospettazione di quel che le parti si propongono di verificare in giudizio. Il capovolgimento di tali premesse gnoseologiche sposterebbe la valutazione giudiziale verso una dimensione di mera conferma (di dati conoscitivi provenienti dalle fasi precedenti) da reputarsi estranea alle ordinarie dinamiche che presiedono all'ammissione probatoria secondo il sistema delineato con la riforma del 1988». In senso leggermente difforme vedi R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., p. 39, secondo cui, fermo il divieto di "lettura" di atti delle indagini preliminari, andrebbero considerati fisiologici «eventuali cenni al contenuto di atti processuali o di documenti, che potrebbero in effetti essere richiesti dalle esigenze narrative connesse con l'*incipit* argomentativo delle parti».

⁶⁰ Sulla possibilità per il pubblico ministero di accompagnare l'esposizione introduttiva con memorie scritte vedi G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 678.

L'OBLIGO DI MOTIVAZIONE RAFFORZATA NEL PROCESSO PENALE. UN CONTRIBUTO TEORICO-GENERALE (*)

di Gaetano Carlizzi

L'obbligo di motivazione rafforzata costituisce una delle principali garanzie epistemologiche del giudizio penale di appello, gravando sul giudice di seconde cure che riformi la sentenza di primo grado per dissenso probatorio, in particolare trasformando l'assoluzione in condanna o viceversa. Esso è di origine pretoria e consiste nel dovere di non limitarsi a sostituire gli argomenti della sentenza impugnata con quelli proposti dalla parte vittoriosa in secondo grado, bensì di criticarli previamente, tanto da soddisfare lo standard probatorio valevole nel processo penale. D'altro canto, sebbene non sempre in maniera appropriata, di "obbligo di motivazione rafforzata" si è parlato anche in riferimento a ulteriori momenti o contesti, alcuni interni, altri esterni al processo penale. Nel seguente studio ci si propone di esaminare l'istituto da molteplici punti di vista. Innanzitutto, svolgendo un'analisi concettuale, per mostrare la diversità esistente tra gli autentici obblighi di motivazione rafforzata e obblighi consimili, qui chiamati "obblighi di motivazione vincolata". In secondo luogo, individuando i diversi valori e fini che gli obblighi di motivazione rafforzata mirano a realizzare. Inoltre, mostrando che tali obblighi non hanno un unico contenuto, bensì due, uno di mezzi e uno di risultato, da approfondire confrontando i modelli della valutazione probatoria (sempre narratologico-inferenziale) del giudice di primo grado e, rispettivamente, del giudice di appello. Infine, chiedendosi se e come questi due diversi contenuti impongono di sanzionare nel giudizio di Cassazione il loro inadempimento.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Genealogia. – 2.1. Nel settore penale. – 2.2. Nel settore amministrativo. – 3. Teleologia. – 3.1. Finalità e tipi. – 3.2. Obblighi di motivazione vincolata. – 4. Deontologia. – 4.1. Principali ipotesi nel processo penale. – 4.2. Aspetti metodologico-formali. – 5. Morfologia. – 5.1. Inadempimento nel caso di riforma peggiorativa basata su un dissenso probatorio. – 5.2. Inadempimento nel caso di riforma migliorativa basata su un dissenso probatorio.

(*) Il presente saggio è destinato, con alcune modifiche, al volume collettaneo *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*, a cura di Francesco Ferraro e Silvia Zorzetto, Giappichelli, in corso di pubblicazione. È la versione ampiamente rielaborata e integrata di una relazione tenuta l'8 novembre 2021 in un ciclo di incontri organizzati all'Università di Milano. Ringrazio Francesco Ferraro, Francesca Poggi, Vito Velluzzi e Silvia Zorzetto per l'invito. Ringrazio, inoltre, Valerio Aiuti, le cui critiche mi hanno spinto a rielaborare alcune parti cruciali del presente saggio, nonché Marco Cecchi, per gli stimoli ricevuti discutendo dei temi in esso trattati. Di tutte le tesi qui proposte sono ovviamente l'unico responsabile.

1. Premessa.

Nella sua versione più nota, costituente l'oggetto di questo studio, l'obbligo di motivazione rafforzata grava sul giudice penale di appello che riformi la sentenza di primo grado per dissenso probatorio, in particolare trasformando l'assoluzione in condanna o viceversa. Esso è di origine pretoria e consiste nel dovere di non limitarsi a sostituire gli argomenti della sentenza impugnata con quelli proposti dalla parte vittoriosa in secondo grado, bensì di criticarli previamente, tanto da soddisfare lo standard probatorio valevole nel processo penale.

D'altro canto, nella stessa giurisprudenza, sono emerse *ulteriori forme* di obbligo di motivazione rafforzata, valevoli: nel giudizio *penale* di *primo grado*, di *prevenzione* o di *revisione*; rispetto alle decisioni delle *Sezioni Unite* o della *Corte costituzionale*; nel processo *civile*, *amministrativo* e *tributario*; nel *procedimento amministrativo*.

Nel presente saggio mi propongo di approfondire l'obbligo di motivazione rafforzata nel giudizio penale di appello, dopo aver offerto una panoramica dell'istituto. Innanzitutto, darò conto della sua emersione in alcuni settori (penale e amministrativo) grazie all'opera degli organi giudiziari, i quali sembrano aver operato in maniera relativamente indipendente, ma obbedendo a esigenze comuni (§ 2). In secondo luogo, mi concentrerò su queste esigenze, ossia sui valori generali che l'obbligo di motivazione rafforzata è in grado di soddisfare e giustificano la sua vigenza, nonostante il silenzio serbato di regola dal legislatore (§ 3). Inoltre, concentrandomi sul processo penale, metterò in evidenza che, nonostante la giurisprudenza gli attribuisca un unico tipo di contenuto, in realtà tale obbligo è duplice, consistendo non solo nel dovere di fare qualcosa (che propongo di chiamare "obbligo di mezzi"), ma anche nel dovere di ottenere qualcosa (che propongo di chiamare "obbligo di risultato") (§ 4). Infine, mettendo a profitto la distinzione appena tracciata, mi interrogherò sulla natura dell'obbligo di motivazione rafforzata, in particolare chiedendomi se e in che misura sia un obbligo perfetto, il cui inadempimento è sanzionabile nei modi previsti dal codice di rito (§ 5).

2. Genealogia.

Prima di tentare un'analisi e una sistematizzazione teorico-generale delle varie forme di obbligo di motivazione rafforzata, può essere utile dar conto del modo in cui esse sono emerse nel nostro sistema. A tal fine mi concentrerò sul settore penale¹ e su

¹ In tema, cfr.: V. AIUTI, *Corte Europea e "motivazione rafforzata" nel caso Lorefice*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 682-690; ID., *Appello*, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, coord. di P. Bronzo-E. Gallucci, vol. V, *Impugnazioni. Esecuzione. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere. Libri IX-XI. Artt. 568-746-quater*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 383-385; H. BELLUTA-L. LUPARIA, [La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2019, p. 6-8, 13-14; L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione "rafforzata"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 388-396; M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*, Wolters Kluwer-Cedam, 2021, spec. p. 335-503; ID., *La*

quello amministrativo², dove esso ha trovato ampio spazio. In altri settori³ l'obbligo non ha avuto la stessa diffusione: poco valorizzato in quello civile, è stato talvolta richiamato nel settore tributario, ma in casi che sembrano adattarsi meglio all'idea di "motivazione vincolata" (cfr. § 3.2).

2.1. Nel settore penale.

L'obbligo di motivazione rafforzata della *sentenza penale* è stato affermato dalla Cassazione soprattutto con riguardo al *giudizio di appello*. L'affermazione si è diffusa dopo alcune importanti sentenze per reati di mafia dei primi anni 2000⁴, ma era già presente *in nuce* nella giurisprudenza di legittimità degli anni 90⁵ e in dottrina vi è chi ne ha scovato l'embrione in epoca ancor più risalente, a cavallo tra gli anni 70 e 80⁶. I

"motivazione rafforzata" del provvedimento ovvero la "forza persuasiva superiore", in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1123-1145; M. DANIELE, [Rinnovazione orale delle prove dichiarative e motivazione rafforzata: un binomio epistemico](#), in *disCrimen*, 3 febbraio 2021, p. 1-7; A. FALLONE, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 820-841.

² In tema, cfr. G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione 'rafforzata' e 'analitica'*, in *Foro amm.*, 2020, p. 1313-1338.

³ Per spunti sulla giurisprudenza extrapenale, v. M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata" del provvedimento*, cit., p. 1124.

⁴ Mi riferisco, in particolare, a Cass., Sez. II, 3 aprile 2003, n. 15756, Contrada: "la decisione del giudice di appello, che comporti totale riforma della sentenza di primo grado, impone la dimostrazione dell'incompletezza o della non correttezza ovvero dell'incoerenza delle relative argomentazioni con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente dimostrazione che, sovrapponendosi 'in toto' a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati [...]", nonché a Cass., Sez. Un., 29 settembre 2005, n. 33748, Mannino: "il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato".

⁵ Cass., Sez. Un., 4 giugno 1992, n. 6682, Musumeci (celeberrima anche per aver fissato la distinzione tra prova e indizio e aver chiarito il metodo di valutazione degli indizi): "nel caso in cui [...], per diversità di apprezzamenti, per l'apporto critico delle parti e o per le nuove eventuali acquisizioni probatorie, il giudice di appello ritenga di pervenire a conclusioni diverse da quelle accolte dal giudice di primo grado, non può allora egli risolvere il problema della motivazione della sua decisione inserendo nella struttura argomentativa di quella di primo grado - genericamente richiamata - delle notazioni critiche di dissenso, in una sorta di ideale montaggio di valutazioni ed argomentazioni fra loro dissonanti, essendo invece necessario che egli riesamini, sia pure in sintesi, il materiale probatorio vagliato dal giudice di primo grado, consideri quello eventualmente sfuggito alla sua deliberazione e quello ulteriormente acquisito, per dare, riguardo alle parti della prima sentenza non condivise, una nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni". Per ulteriori pronunce di questo decennio in materia, v. A. Fallone, *Appello dell'assoluzione*, cit., p. 821.

⁶ Cfr. V. AIUTI, *Il ribaltamento della condanna in appello*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4063, il quale menziona, tra le altre, Cass., sez. VI, 6 agosto 1982, n. 7716: "la sentenza di appello, che riformi quella di primo grado, è nulla per mancanza di motivazione se il giudice non soddisfi l'obbligo di una adeguata esposizione delle ragioni che lo inducono a modificare la prima decisione o si limiti ad affermazioni apodittiche".

principi espressi in queste pronunce sono stati precisati con riguardo a fattispecie particolari, dando luogo a massime che talora sembrano averli confermati, talaltra trasformati. Sotto il primo profilo, spiccano le numerose sentenze che hanno affermato l'obbligo di motivazione rafforzata del *ribaltamento della condanna* per le stesse esigenze di rigore epistemologico fatte valere dalle pronunce del passato⁷.

Sotto il secondo profilo, che sembra aver preso il sopravvento, vanno considerate le recenti pronunce delle Sezioni Unite in materia di rinnovazione istruttoria in appello. Instaurando uno stretto collegamento tra obbligo di motivazione rafforzata e canone del ragionevole dubbio nei casi di riforma peggiorativa⁸, esse hanno finito⁹ per far ritenere che l'obbligo valga solo nel caso di ribaltamento dell'assoluzione¹⁰ e negli altri casi di appello con esito sfavorevole all'imputato per dissenso probatorio¹¹, ma non in quelli

⁷ V., da ultimo, Cass., Sez. IV, 22 giugno 2021, n. 24439.

⁸ Un'attenta comparazione testuale rivela una certa mancanza di uniformità. Infatti, delle sentenze in esame: alcune collegano il suddetto obbligo di motivazione rafforzata al canone del ragionevole dubbio in via non esclusiva (a cominciare dalla sentenza apripista Cass., Sez. Un., 6 luglio 2016, n. 27620, Dasgupta, la quale, dopo aver rilevato che "dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice della impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, canone 'al di là di ogni ragionevole dubbio', dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale e limiti alla *reformatio in pejus* si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale", non pare negare che "in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio il giudice di appello [abbia] un dovere di 'motivazione rafforzata'"); altre sembrano invece stabilire il suddetto collegamento in termini esclusivi (Cass., Sez. Un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano: "risulta chiara la stretta correlazione tra il dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice della impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, il canone 'al di là di ogni ragionevole dubbio', il dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale e i limiti della *reformatio in pejus*" – primi due corsivi aggiunti; Cass., Sez. Un., 4 giugno 2021, n. 22065, Cremonini, che, peraltro, duplica le serie di espressioni, in quanto, richiamandosi a Sez. Un. Andreotti, parla di "obbligo di motivazione rinforzata in caso di riforma in appello della sentenza di proscioglimento di primo grado" e, richiamandosi a Sez. Un. Mannino, di "dovere di confutazione specifica dei più rilevanti argomenti valorizzati nella motivazione della sentenza da parte del giudice d'appello che la riformi totalmente", facendo leva in entrambi i casi sul "rilievo centrale [de]l canone 'al di là di ogni ragionevole dubbio'" – corsivi aggiunti; ma soprattutto Cass., Sez. Un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise, la quale si accontenta di una "adeguata e puntuale motivazione", dopo aver evidenziato che "[non] è possibile far confluire all'interno dell'indistinta locuzione 'motivazione rafforzata' ogni ipotesi di ribaltamento della prima decisione, accomunandovi obblighi dimostrativi che hanno origine e finalità sostanzialmente differenti, perché derivanti da una insuperabile asimmetria di statuti probatori [...]"); altre ancora non toccano l'alternativa tra ribaltamento della condanna e dell'assoluzione (Cass., Sez. Un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan; Cass., Sez., Un., 30 marzo 2022, n. 11586, Dine: "il ribaltamento dell'esito assolutorio può avvenire, ma solo in presenza di idonee e rafforzate garanzie procedurali. Innanzitutto, rafforzata deve essere la motivazione [...]").

⁹ In realtà, la tendenza a instaurare tra obbligo di motivazione rafforzata e canone del ragionevole dubbio un nesso così stretto da indurre a ritenere che il primo valga solo nel caso di riforma peggiorativa della sentenza di primo grado era emersa già qualche anno dopo l'introduzione del canone nell'art. 533, comma 1, c.p.p., avvenuta nel 2006: cfr., tra le prime, Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2012, n. 4996; Cass., Sez. VI, 10 settembre 2012, n. 34487; Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 1266; Cass., Sez. VI, 8 novembre 2013, n. 45203. Sulle pronunce di questo periodo, cfr. A. FALLONE, *Appello dell'assoluzione*, cit., p. 823 ss.

¹⁰ Ma, per l'insussistenza di un obbligo di motivazione rafforzata nel caso in cui la motivazione di primo grado "abbia un contenuto motivazionale generico e meramente assertivo", v. Cass., Sez. V, 16 marzo 2017, n. 12783.

¹¹ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2020, n. 5769: "il giudice di appello, che riqualifichi 'in peius' il fatto contestato all'imputato in base ad una differente valutazione della prova dichiarativa, non è tenuto a

contrari¹².

Coerenti con questa logica¹³ sono inoltre le decisioni che *escludono* l'obbligo di motivazione rafforzata quando *non* viene in gioco la regola di decisione del *ragionevole dubbio* (nel subprocedimento *cautelare*, in particolare se il tribunale della libertà accoglie l'appello del pubblico ministero avverso la decisione di rigetto della sua richiesta di misura cautelare¹⁴; nel procedimento di *prevenzione*, se il giudice di seconde cure opera una riforma peggiorativa della decisione di rigetto della proposta¹⁵; nel giudizio di secondo grado, se la riforma della precedente sentenza si basa soltanto su un *dissenso qualificatorio*, ossia su una diversa interpretazione giuridica *lato sensu*¹⁶), e quelli che, all'opposto, lo *affermano* anche fuori dal giudizio di appello, quando la suddetta regola è applicabile (nel giudizio di revisione, se la relativa richiesta è rigettata¹⁷). Chiaramente

procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, essendo, invece, sufficiente una motivazione rafforzata che, tenendo conto delle valutazioni del primo giudice, sia in grado di superarle persuasivamente"; conforme Cass., Sez. II, 20 settembre 2019, n. 38823.

¹² Dopo l'avvio del filone delle Sezioni Unite in materia di rinnovazione istruttoria in appello, cfr. Cass., Sez. V, 1 aprile 2020, n. 10995, secondo la quale la motivazione rafforzata sarebbe necessaria "solo in sede di giudizio, quando viene riformata una sentenza assolutoria". Ancora più esplicita Cass., Sez. III, 10 ottobre 2017, n. 46455: "il giudice d'appello, in caso di riforma in senso assolutorio della sentenza di condanna di primo grado, sulla base di una diversa valutazione del compendio probatorio, non è obbligato alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, né è tenuto a strutturare la motivazione della propria decisione in maniera rafforzata, non venendo in rilievo – in tal caso – il principio del superamento del 'ragionevole dubbio', potendo l'assoluzione intervenire anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova"; conforme: Cass., sez. V, 13 giugno 2017, n. 29261.

¹³ Per una critica della quale v. anche M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., p. 1124 nt. 5.

¹⁴ Dopo l'avvio del filone indicato nella nt. 12, cfr.: Cass., Sez. V, 14 ottobre 2020, n. 28580; Cass. Sez. VI, 4 novembre 2019, n. 44713; Cass. Sez. VI, 9 marzo 2017, n. 11550; Cass., Sez. II, 12 ottobre 2016, n. 43146; difformi: Cass., Sez. VI, 6 aprile 2017, n. 17581; a metà strada: Cass., Sez. V, 1° aprile 2020, n. 10995: "in tema di appello cautelare, il tribunale della libertà, che accoglie l'appello del pubblico ministero avverso decisione di rigetto della misura cautelare del giudice per le indagini preliminari, seppure non è tenuto ad una motivazione rafforzata, [...] deve comunque procedere ad una verifica, sia pure implicita, degli argomenti a sostegno della decisione impugnata, se interferenti con i presupposti della divergente valutazione adottata in sede di appello, configurandosi altrimenti un vizio della motivazione". In precedenza, a favore dell'obbligo di motivazione rafforzata: Cass., Sez. I, 19 aprile 2016, n. 16029.

¹⁵ Cass., Sez. VI, 29 settembre 2017, n. 45111; a favore dell'obbligo di motivazione rafforzata, ma in un caso diverso (applicazione di misura di prevenzione sulla base di una sentenza di merito già annullata) e prima del filone indicato nella nt. 12, si è pronunciata, invece, Cass., Sez. I, 18 febbraio 2014, n. 7585.

¹⁶ Cass., Sez. II, 17 settembre 2019, n. 38277: "la necessità, per il giudice di appello, di redigere una motivazione 'rafforzata' sussiste soltanto nel caso in cui la riforma della decisione di primo grado si fondi su una mutata valutazione delle prove acquisite e non anche quando essa sia legittimata da una diversa valutazione in diritto, operata sul presupposto dell'erroneità di quella formulata del primo giudice; in tale ipotesi, alla Corte di cassazione spetta il compito di verificare se la questione giuridica difformemente decisa dai giudici del merito sia stata correttamente esaminata e risolta dall'uno o dall'altro, ed il vizio a tal fine denunciabile è solo quello di violazione di legge, penale o processuale". Conformi: Cass., Sez. III, 10 gennaio 2019, n. 973; Cass., Sez. VI, 8 marzo 2018, n. 10584; Cass., Sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 6514; Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 19036.

¹⁷ Cass., Sez. III, 20 ottobre 2017, n. 48344: "il giudice della revisione deve [...] osservare uno stringente onere motivazionale, essendo tenuto a strutturare la motivazione della propria decisione in maniera rafforzata al fine di spiegare compiutamente le ragioni per le quali, pur in presenza di fatti tra loro inconciliabili contenuti in diverse sentenze irrevocabili, ritenga di ribadire la sostenibilità della soluzione adottata dalla sentenza

sui generis sono, infine, le pronunce che hanno preteso la motivazione rafforzata del superamento di un orientamento delle Sezioni Unite da parte di una Sezione semplice¹⁸ e, rispettivamente, del discostamento da una sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale da parte della Cassazione¹⁹.

Il quadro che ne risulta è ricco di luci, per la sua ispirazione garantista e capacità razionalizzante, ma presenta anche qualche ombra. A quest'ultimo riguardo, a parte la segnalata oscillazione sull'effettivo fondamento dell'obbligo di motivazione rafforzata (rigore epistemologico in ogni caso o solo quando torna a vantaggio dell'imputato?), nonché la segnalata controversia sulla decisione di limitarlo all'operazione probatoria (dunque di non estenderlo a quella qualificatoria), mi pare che gli aspetti più problematici siano tre. Innanzitutto, quali contenuti ha l'obbligo di motivazione rafforzata, dato che la giurisprudenza li individua attraverso formule ampie e poco schematiche, spesso fitte di espressioni non sufficientemente determinate²⁰? In secondo luogo, quale forza probatoria caratterizza il suo adempimento, dato che in giurisprudenza si tende a usare la locuzione "forza persuasiva superiore" indistintamente, ossia per i diversi casi di riforma in esame²¹? Infine, può essere fatta valere la sua violazione e come, dato che la giurisprudenza dà per scontata la soluzione positiva e la presenta richiamandosi a

attinta dalla istanza di revisione, cosicché egli è tenuto a confezionare una motivazione che abbia una forza persuasiva tale da confermare, oltre ogni ragionevole dubbio, la responsabilità penale, nonostante l'eccepiteo e diverso giudicato ritenuto contrastante con quello di condanna". Prima del filone citato nella nt. 12, dunque in assenza di collegamento esplicito al canone del ragionevole dubbio, ma pur sempre in funzione di garanzia dell'imputato o di terzi, l'obbligo di motivazione rafforzata era stato affermato: per la valutazione di attendibilità, da parte del giudice di primo grado, del minore presunta vittima di reati sessuali non sentito in incidente probatorio, bensì a notevole distanza di tempo dal fatto (Cass., Sez., III, 16 luglio 2015, n. 30865), nonché per il sequestro probatorio avente ad oggetto un bene legato al reato da un nesso soltanto indiretto (Cass., Sez. II, 18 marzo 2015, n. 11325).

¹⁸ Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 7697.

¹⁹ Cass., Sez. I, 21 giugno 2019, n. 27696. Per ulteriori obblighi di motivazione rafforzata stabiliti in via giurisprudenziale nel processo penale, cfr. M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., p. 1126-1128.

²⁰ Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2019, n. 51898: si impone la "compiuta indicazione delle ragioni per cui una determinata prova assume una valenza dimostrativa completamente diversa rispetto a quella ritenuta dal giudice di primo grado, nonché [...] un apparato giustificativo che dia conto degli specifici passaggi logici relativi alla disamina degli istituti di diritto sostanziale o processuale" (in ogni caso di riforma); Cass., Sez. IV, 30 gennaio 2017, n. 4222: "[dare] puntuale ragione delle difformi conclusioni assunte" (in caso di ribaltamento della condanna); Cass., Sez. II, 3 dicembre 2014, n. 50643: occorre, "sulla base di uno sviluppo argomentativo che si confronti con le ragioni addotte a sostegno del 'decisum' impugnato, metterne in luce le carenze o le aporie, che ne giustificano l'integrale riforma" (in caso di ribaltamento della condanna); Cass., Sez. VI, 22 novembre 2013, n. 46742: "non [...] limitarsi a prospettare notazioni critiche di dissenso alla pronuncia impugnata, [...] piuttosto esaminare, sia pure in sintesi, il materiale probatorio vagliato dal primo giudice e quello eventualmente acquisito in seguito per offrire una nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni assunte" (in caso di ribaltamento della condanna); Cass., Sez. IV, 29 luglio 2004, n. 32970: "[tenere] nel debito conto, sia pure per disattenderle, le argomentazioni [...] esposte [nella sentenza di primo grado]" (in caso di ribaltamento sia della condanna sia dell'assoluzione).

²¹ Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2019, n. 51898 (in ogni caso di riforma). Cass., Sez. V, 1° dicembre 2017, n. 54300 (in caso di ribaltamento dell'assoluzione); conformi: Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 6817; Cass., Sez. I, 14 marzo 2014, n. 12273. Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2020, n. 5769 (in caso di riforma peggiorativa della condanna); conforme: Cass., Sez. II, 20 settembre 2019, n. 38823.

motivi di ricorso mutevoli e talvolta atipici, o addirittura senza richiamarne alcuno²²? Su questi punti tornerò nella seconda parte del saggio (§§ 4 e 5).

2.2. Nel settore amministrativo.

In quest'ambito ha preso piede l'obbligo di motivazione rafforzata di alcuni *provvedimenti amministrativi*. I relativi casi, anch'essi in genere di origine giurisprudenziale, rientrano in gruppi omogenei, che qui possono essere considerati solo in maniera selettiva. Un *primo* gruppo comprende i casi di adozione di un provvedimento sanzionatorio a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'illecito. Si pensi all'ordine di demolizione emanato molti anni dopo la costruzione di un immobile abusivo. Al riguardo, alcune sentenze hanno ritenuto doverosa la illustrazione, da parte dell'autorità amministrativa competente, “[del]l’interesse pubblico, evidentemente diverso da quello al mero ripristino della legalità violata, idoneo a giustificare il sacrificio dell’interesse privato contrapposto”²³. Un *secondo* gruppo include i casi di diniego di rinnovo di un precedente provvedimento favorevole. Ad esempio, se il titolare di una licenza di porto d’armi ne chiede il rinnovo, l’autorità competente “non può esimersi dall’indicare, nella motivazione dell’eventuale diniego, il mutamento delle circostanze, di fatto e soggettive, che l’avevano già indotta a rilasciare, negli anni antecedenti, il suddetto titolo”²⁴. Un *ultimo* gruppo è composto dai casi nei quali un’autorità è chiamata a esprimere una valutazione comparativa in settori in cui certe qualità sono generalmente ritenute preferenziali. Paradigmatico è l’apprezzamento funzionale alla scelta tra due aspiranti ricercatori universitari, dei quali solo uno ha conseguito il titolo di dottore di ricerca. Il giudice amministrativo ha rilevato che tale titolo “assume [...] una particolare pregnanza, che impone all’organo valutativo di prenderlo espressamente in considerazione” e di redigere “una motivazione ‘rafforzata’ che renda compiutamente conto delle ragioni sottese alla scelta” a favore del candidato

²² Tra le sentenze che più apertamente rivelano la tendenza della Suprema Corte a concepire l’obbligo di motivazione rafforzata come un obbligo *ad hoc*, vi è Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 1514, la quale parla di “[inadempimento di] un obbligo peculiare, che si aggiunge a quello generale della non manifesta illogicità e non contraddittorietà, evincibile dalla lettera E) dell’art. 606.1 c.p.p. (si è in proposito parlato anche di ‘obbligo rafforzato’) [...] la motivazione che si limiti a dare una lettura alternativa [...] viola [la] regola di giudizio [del ragionevole dubbio]”; conforme: Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 8705. Per altri inquadramenti, cfr.: Cass., Sez. V, 2 settembre 2021, n. 32736: “violazione di legge”; Cass., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 10131: “vizio di motivazione”; Cass., Sez. IV, 29 luglio 2004, n. 32970: “manifesta illogicità della motivazione”. In molti casi, tuttavia, come detto, la giurisprudenza non specifica quale dei vizi *ex art. 606*, comma 1, lett. e), c.p.p. sia integrato dall’inadempimento dell’obbligo di motivazione rafforzata.

²³ Sul punto, cfr. G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali*, cit., p. 1314 ss., che, però, sostiene la tesi dell’assenza di autonomia del concetto di “motivazione rafforzata”, “perché un termine di paragone *certo* non esiste”: ivi, p. 1318, 1333. D’altro canto, come riferisce lo stesso autore (ivi, p. 1315 nt. 3), l’orientamento è stato superato da Cons. St., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 9, per la quale la demolizione è doverosa anche se ordinata a notevole distanza di tempo dalla costruzione dell’immobile abusivo.

²⁴ Cons. St., 28 aprile 2020, n. 2722.

che ne è privo²⁵. L'enumerazione di gruppi e casi potrebbe continuare, ma il materiale raccolto è sufficiente per i propositi teorico-generalisti del presente saggio²⁶.

3. Teleologia.

3.1. Finalità e tipi.

Dopo aver esposto i principali orientamenti giurisprudenziali sull'obbligo di motivazione rafforzata quale istituto di creazione pretoria, ci si deve interrogare sulle sue finalità. Esse, infatti, servono non solo a illuminare retrospettivamente quei dati, ma anche e soprattutto a promuovere il suo adempimento ottimale. Qui, come in ogni indagine teleologica, si tratta di far uso dell'immaginazione, cioè dell'intuito teorico-giuridico, in modo da stabilire un'ipotesi ragionevole e da sottoporla a vaglio critico.

L'ipotesi che propongo è questa. L'obbligo di motivazione rafforzata stabilito dalla giurisprudenza in tutti i suddetti settori mira a tutelare *aspettative generali di considerazione* prodotte da *specifiche circostanze* e legittimate da *determinati valori*. Gli obblighi di questo tipo incombono, cioè, sulle autorità che intendono adottare giudizi difformi da quelli che i consociati (non solo le parti del processo) hanno motivo di aspettarsi nelle suddette circostanze, e sono imposti, a seconda dei casi, da esigenze di giustizia, di utilità e/o di certezza giuridica²⁷.

Per comprendere e vagliare l'ipotesi, bisogna considerare che i giudizi da motivare in maniera rafforzata possono essere suddivisi a seconda che siano difformi:

A) da *precedenti giudizi* sul punto della *stessa autorità*. In tali casi, esemplificati dalla decisione dell'autorità destinataria dall'istanza di rinnovo di una licenza di porto d'armi, vengono in gioco soprattutto esigenze di *giustizia* e di *certezza*. Se tale autorità ha originariamente riconosciuto la sussistenza dei requisiti per il rilascio della licenza e non ha provveduto in seguito alla sua revoca, essi devono ritenersi sufficienti in linea di principio per la protrazione dell'effetto vantaggioso. Ma se è così, il rinnovo della licenza non può essere negato, a meno che non sopraggiungano circostanze capaci di determinare il superamento del quadro fattuale sottostante al provvedimento autorizzativo: superamento del quale occorre dar conto, appunto, con apposita motivazione. In effetti, in assenza di tali circostanze, negare il rinnovo significherebbe, da un lato, trattare in maniera diversa la stessa situazione, ossia violare la *giustizia* quale pretesa di parità di trattamento dei fatti uguali (e di disparità dei fatti diseguali); dall'altro lato, contraddire una determinazione che l'ha riguardata e conserva la propria attualità, ossia violare la *certezza* quale pretesa che le decisioni prese dall'autorità competente e non toccate da cambiamenti siano rispettate persino da essa.

²⁵ T.A.R. Bari, 3 maggio 2013, n. 668.

²⁶ Per ampliamenti, cfr. il ricco elenco di M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., p. 1124, nt. 4.

²⁷ Sul ruolo svolto da questi tre valori, cui corrispondono le tre componenti fondamentali dell'idea del diritto, illuminante è G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto* (1932), tr. it. di G. Carlizzi-V. Omaggio, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

B) da *precedenti giudizi* sul punto di un'altra autorità, sottoposta al controllo della prima. Valorizzando le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza penale, qui deve operarsi un'ulteriore suddistinzione²⁸. Di regola, l'obbligo di motivazione rafforzata si impone soprattutto per esigenze di *utilità*, nel senso di funzionalità dell'ordinamento giuridico. Un sistema che assegna a un organo il compito di prendere una decisione in certe materie e a un altro organo il compito di controllarla e di determinarsi di conseguenza non può consentire che la seconda decisione sia presa ignorando le ragioni addotte a sostegno della prima. In caso contrario, si finirebbe per decretare la pratica inutilità della precedente autorità e per produrre un grave deficit di funzionalità.

A queste ragioni altre si aggiungono in un particolare sottordine di casi, nei quali il nuovo giudizio è difforme dal precedente perché ritiene per la prima volta che la colpevolezza sia confermata al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533, comma 1, c.p.p.). Qui, infatti, le aspettative generali di considerazione delle ragioni addotte dal giudice di primo grado che ha negato la responsabilità, alle quali si correla l'obbligo di motivazione rafforzata del giudice di secondo grado che l'afferma, si impongono *anche* e soprattutto per ragioni di *giustizia*. Quest'arricchimento riflette il punto di vista consolidato delle Sezioni Unite, le quali si sono occupate dell'obbligo di motivazione rafforzata principalmente con riguardo alla possibilità di ribaltamento dell'assoluzione.

Prima di chiarire l'arricchimento, è dunque opportuno riassumere il punto di vista da cui dipende. Così, l'assoluzione dell'imputato, in quanto pronunciata da un organo terzo, all'esito di un processo svoltosi in contraddittorio tra le parti, sulla base del più severo standard probatorio concepibile, vale di per sé a fondare un ragionevole dubbio sulla sua colpevolezza. Per superare questo ragionevole dubbio, il giudice di appello intenzionato a condannare (dopo aver letto i verbali di primo grado) deve dunque poggiare su basi più solide di quelle sottostanti al giudizio di primo grado. Di qui una serie di obblighi integrativi²⁹, in particolare quelli di rinnovazione delle prove dichiarative decisive (valevole a certe condizioni, poi rifluite nell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p.) e di motivazione rafforzata.

La plausibilità di questo punto di vista potrebbe essere discussa sotto più profili. In particolare, si potrebbe replicare che esso: attribuisce una virtù accreditante alla sentenza di primo grado, la cui normale appellabilità sembra evocare l'idea opposta della sua controvertibilità in linea di principio³⁰; aggancia la presunzione di ragionevole dubbio alla presunzione fondamentale di non colpevolezza (art. 27, comma 2 Cost.), trascurando che, se così fosse, la prima presunzione dovrebbe sussistere e perdurare anche a seguito di condanna in primo grado³¹.

²⁸ Per una diversa impostazione (che suddistingue i casi di trasformazione dell'assoluzione in condanna, di trasformazione della condanna in assoluzione e di riforma parziale della sentenza di primo grado), cfr. M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., p. 1133-1145.

²⁹ Sul punto, cfr. V. AIUTI, *Corte europea e "motivazione rafforzata"*, cit., p. 684-688; Id., *Appello*, cit., p. 353-365, 383-385; H. BELLUTA-L. LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, cit., p. 1-22.

³⁰ Tale controvertibilità costituisce uno degli aspetti che contraddistinguono i sistemi di *civil law* da quelli di *common law* secondo M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. di A. Giussani-F. Rota, il Mulino, 1991, spec. p. 98-101, 114-117.

³¹ Per ulteriori ragioni che depongono contro la fondazione del principio del ragionevole dubbio sulla

Sennonché, allo stato, l'orientamento consolidato delle Sezioni Unite va considerato come *ius receptum*, sicché importa soprattutto chiarire in che senso esso spinge a ritenere che l'obbligo di motivazione rafforzata nei casi in esame si imponga soprattutto per esigenze di *giustizia*. In effetti, posto che anche in secondo grado vale la regola decisoria che subordina la condanna alla prova di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, tale regola costituisce espressione di un principio desumibile da quello del giusto processo (art. 111, comma 1, Cost.). La disciplina del processo, infatti, può dirsi giusta a condizione che stabilisca, tra l'altro, uno standard probatorio rispettoso dei rapporti di proporzione tra i vari interessi in gioco. Nel caso del processo penale, l'unico standard idoneo è quello della prova ogni oltre ragionevole dubbio. Ciò in quanto esso soddisfa tutti i requisiti valevoli a tal fine, in particolare comportando per gli interessi dell'imputato vantaggi che non sono semplicemente pari, ma addirittura superiori agli svantaggi arrecati agli interessi della collettività e dell'eventuale vittima del reato. In effetti, tale standard è ambivalente. Da un lato, minimizzando i rischi di condanne ingiuste, salvaguarda gli interessi dell'accusato innocente, ma, dall'altro lato, massimizzando i rischi di assoluzioni ingiuste, penalizza gli interessi dei consociati e della persona offesa. Sennonché, i vantaggi per l'uno sopravanzano gli svantaggi per gli altri. Infatti, mentre i danni subiti da un innocente ingiustamente condannato sono sempre enormi e irreversibili (tra i tanti: limitazione della libertà personale, stigma sociale, licenziamento dal posto di lavoro, perdita della serenità familiare e così via³²), la stessa conclusione non vale per gli svantaggi che un'assoluzione ingiusta arreca alla collettività (senso di impunità criminogena, che tuttavia opera perlopiù nelle persone già inclini a delinquere) e alla vittima (i cui interessi sono solo in parte frustrati, in quanto possono essere fatti valere come pretese risarcitorie in sede civile, dove opera uno standard probatorio meno esigente)³³.

C) dai giudizi ancora da adottare e che la collettività ritiene *plausibili* in presenza di determinate circostanze. A differenza di quelli esaminati nelle due lettere precedenti, tutti i giudizi in esame esulano dall'ambito processuale e rientrano in quello procedimentale. Paradigmatico è il giudizio con cui un organo chiamato a scegliere tra più candidati a un posto di ricercatore universitario preferisca quello privo del titolo di dottore di ricerca. In tal caso l'obbligo di motivazione rafforzata si impone per esigenze di *utilità* (sempre nel senso di funzionalità) e di *giustizia*. Sotto il primo profilo, affinché un sistema giuridico funzioni, non basta che le decisioni prese al suo interno siano coerenti con le sue regole generali, ma occorre altresì che siano congruenti con le attese dei consociati³⁴. Un sistema che operasse abitualmente in modo corretto dal punto di vista tecnico, ma

presunzione di non colpevolezza e a favore della sua fondazione sul principio del giusto processo, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia teoria prassi*, Bonomo, 2018, p. 92-96.

³² Storica e decisiva, al riguardo, la sentenza Winship della Corte Suprema americana: 397 U.S. 358 (1970).

³³ Sul punto, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, [I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi](#), in *Dir. & quest. pubbl.*, 2019, p. 295-298 (anche per una panoramica dei contenuti impliciti del principio del giusto processo).

³⁴ Fondamentale sul punto J ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, tr. it. di S. Patti-G. Zaccaria, ESI, 1983, spec. p. 138-172.

scorretto dal punto di vista sociale finirebbe infatti per fallire, cioè per risultare *disutile*. Nel nostro caso, quando è richiesta una decisione e ricorrono elementi valutabili discrezionalmente, che per l'opinione diffusa spingono in una precisa direzione (es.: il possesso del titolo di dottore di ricerca, in quanto indice dell'esperienza maturata e del riconoscimento ricevuto in ambito accademico, è considerato una qualità significativa), l'organo competente può anche seguire la direzione opposta. Tuttavia, per farlo, deve dar conto non solo delle ragioni che depongono in tal senso, ma anche di quelle che annullano o sminuiscono la rilevanza dei suddetti elementi (es.: il candidato in possesso del titolo di dottore di ricerca non ha più prodotto lavori dopo il suo conseguimento, mentre quello che ne è privo ha pubblicato diversi articoli in riviste di fascia A, raccogliendo sempre il plauso degli specialisti). D'altro canto, se l'attesa di una certa decisione in presenza di tali elementi proviene dalla collettività, è naturale che la sua adozione finisca per diventare una consuetudine. È naturale, cioè, che si tenda a decidere nel senso in cui spingono i suddetti elementi (es.: a favore del candidato in possesso del titolo di dottore di ricerca). Se è così, ecco che ogni nuova decisione potrà, sì, discostarsi da questa tendenza, ma solo chiarendo le ragioni per cui ritiene insufficienti gli elementi che la sorreggono. Diversamente creerebbe una disparità di trattamento, dunque un'*ingiustizia*, rispetto ai casi decisi in precedenza. Ciò in quanto quelle ragioni non sono in grado di neutralizzare questi elementi di per sé, ma solo attraverso il loro confronto reciproco.

3.2. *Obblighi di motivazione vincolata.*

Dopo aver illustrato la tripartizione dei giudizi cui si collega un obbligo di motivazione rafforzata, si impone una precisazione concettuale. In tutti questi casi, l'organo tenuto a giustificare le proprie decisioni (amministrative o giudiziarie) è innanzitutto chiamato a confrontarsi criticamente con le ragioni addotte a sostegno di un provvedimento precedente o adducibili a sostegno di uno futuro.

Allo stesso schema non sembrano invece riconducibili altri doveri motivazionali che la giurisprudenza di legittimità o la legge pongono a carico del giudice³⁵. In questi casi, che propongo di accomunare sotto l'etichetta "*obbligo di motivazione vincolata*", dal giudice si esige che *chiarisca*, tra l'altro:

A) *perché non adotta* un provvedimento di un certo tipo.

B) le proprie ragioni *in una certa forma* (concreta, specifica, analitica ecc. – ma, come si vede, alcuni dei termini usati per indicarla sono equivoci e hanno, pertanto, un valore più esortativo che direttivo).

C) *perché non considera rilevanti* elementi di un certo tipo.

D) *se ricorrono* elementi di un certo tipo e, in caso positivo, *quale significato attribuisce* a essi.

³⁵ Altri studiosi ritengono, invece, che anche nei casi di seguito esaminati e in casi analoghi sarebbe richiesta una "motivazione rafforzata" (M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., p. 1127 ss.) e/o una "motivazione analitica" (G. IUDICA, *Profili, ricostruttivi e differenziali*, cit., p. 1317, 1321-1324).

Obblighi del genere sono emersi nei principali settori dell'ordinamento, sia pure sotto le diverse insegne dell'"obbligo di motivazione rafforzata", dell'"obbligo di motivazione analitica" e simili. Nel settore *penale*, un esempio in cui si combinano il *primo* e il *secondo* tipo è offerto dall'art. 292, comma 2, lett. c-bis), II parte, c.p.p., che impone al giudice che applichi la misura della custodia cautelare in carcere "l'esposizione delle *concrete e specifiche ragioni per le quali* le esigenze [cautelari] *non* possono essere soddisfatte con *altre misure*". Un esempio del *terzo* tipo si ricava dall'art. 292, comma 2, lett. c-bis), I parte, c.p.p., che esige dal giudice che accolga la richiesta di (qualunque) misura cautelare "l'esposizione e l'autonoma valutazione dei *motivi per i quali* sono stati ritenuti *non* rilevanti gli *elementi* forniti dalla difesa"; oppure dall'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., che impone al giudice che segua una certa ricostruzione del fatto in giudizio (si noti: anche quella della difesa), non solo l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri probatori adottati, ma anche "l'enunciazione delle *ragioni per le quali* [...] ritiene *non* attendibili le *prove contrarie*"³⁶. Un esempio del *quarto* tipo emerge dalla tendenza della giurisprudenza recente a stilare liste di "*indicatori*" di certi profili di responsabilità oppure di certe qualità rilevanti sul piano probatorio, per guidare gli accertamenti sul punto del giudice di merito³⁷. Tali indicatori riguardano, in particolare, la prova: del dolo eventuale³⁸, della colpa grave³⁹ e dell'attendibilità delle informazioni

³⁶ Sui problemi della motivazione cautelare, cfr. F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Giappichelli, 2015, p. 179-209; M. BONTEMPELLI, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 756-790; M.L. DI BITONTO, *La tutela cautelare*, in A. Camon et al., *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 822-832.

³⁷ In dottrina, sugli indicatori (o "indici") del dolo eventuale, v. M. DONINI, [Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, spec. p. 100-103. Su quelli della colpa grave, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 352 ss. Su quelli dell'attendibilità delle informazioni esperte, cfr. C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 849-851; nonché, volendo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 98-113.

³⁸ Cass., Sez. Un., 18 settembre 2018, n. 38343, Espenhahn: "per la configurabilità del dolo eventuale, anche ai fini della distinzione rispetto alla colpa cosciente, occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta aderendo psicologicamente ad essa e a tal fine l'indagine giudiziaria, volta a ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale, può fondarsi su una serie di indicatori quali: a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verifica dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verifica; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento (cosiddetta prima formula di Frank)".

³⁹ Cass., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, Cantore, che chiede di considerare "[il] distacco dal modello di comportamento richiesto [, la riconoscibilità dei] concomitanti fattori di rischio o [delle] contingenze che giustificano la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine [,] la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di tipicità o novità della situazione data [,] l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati".

scientifiche raccolte in giudizio⁴⁰.

In effetti, in nessuno di questi casi vi è l'attesa di una precisa decisione. Non nel primo (in cui si combinano i primi due tipi suddetti), dato che, in astratto, non vi è ragione di sperare, ma neppure di disperare, che misure meno afflittive della custodia in carcere soddisfino le esigenze cautelari emerse. Non nel secondo, dato che gli elementi forniti dalla difesa non giustificano in quanto tali un'aspettativa di assoluzione. E neppure nell'ultimo caso, in quanto ciascun indicatore di per sé è neutro (es.: distanza della condotta tenuta da quella richiesta all'agente modello, ai fini della graduazione della colpa) e, soprattutto, accidentale, nel senso che può presentarsi come non presentarsi.

I principali aspetti di *identità* e di *differenza* tra l'obbligo di motivazione rafforzata e l'obbligo di motivazione vincolata possono riassumersi come segue. Entrambi rivestono una funzione di garanzia epistemologica, richiedendo al giudice uno sforzo giustificativo particolarmente rigoroso. Tuttavia, posta la suddivisione degli obblighi di motivazione vincolata in legali e giurisprudenziali, nel primo ordine di casi la sanzione del loro inadempimento va ricavata dalla legge, anziché ricorrendo a complesse operazioni ermeneutiche, come quelle richieste nel secondo ordine di casi, nonché nei casi di inadempimento dell'obbligo di motivazione rafforzata quale istituto di creazione pretoria (sul punto tornerò nel § 5).

Obblighi di motivazione vincolata si trovano anche nel settore *amministrativo*, dove pure sono stati etichettati in vari modi⁴¹. Particolarmente interessante è la delibera 22 novembre 2018, n. 1208, con cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nell'approvare l'aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione, ha fissato un preciso obbligo a carico degli Atenei che intendano reclutare professori I o di II fascia. Più precisamente, posto che la l. 240/2010 (contenente, in particolare, "Norme in materia di organizzazione delle Università, di personale accademico e reclutamento") consente di scegliere se conferire il ruolo a professori esterni (art. 18, comma 2) oppure interni (art. 24, comma 6), l'ANAC, "al fine di ridurre al minimo pressioni indebite", ha disposto che "ogniqualevolta l'ateneo [...] faccia ricorso al reclutamento interno, debba essere prevista

⁴⁰ Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini: "per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove".

⁴¹ Tuttavia, anche chi ha fatto ricorso a queste diverse etichette ha finito per riconoscere che, in alcuni dei casi in esame, nei quali si prevede un obbligo di "motivazione analitica", "sembra trattarsi di un provvedimento *vincolato* nel *quomodo* della motivazione": cfr. G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali*, cit., p. 1329 (primo corsivo aggiunto). Peraltro, tale studioso, come aveva negato l'autonomia dell'obbligo di motivazione rafforzata, così fa con l'obbligo di motivazione analitica, la quale riguarderebbe "più che la motivazione *tout court*, la direzione dell'istruttoria che viene predeterminata normativamente per interessi ritenuti particolarmente rilevanti" (ivi, p. 1333).

una *motivazione rafforzata*". Un altro esempio interessante riguarda sempre l'ambito universitario, in particolare l'Abilitazione Scientifica Nazionale attualmente richiesta per poter essere reclutati come professori dai singoli Atenei: l'art. 16, comma 3, lett. a), della citata l. 240/2010 prevede che quest'ultima possa essere attribuita o negata solo sulla base di un "motivato giudizio fondato sulla valutazione *analitica* dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche, previa *sintetica* descrizione del contributo individuale alle attività di ricerca e sviluppo svolte [...]".

Infine, obblighi di motivazione vincolata sono emersi nel settore *tributario*, pur sempre sotto insegne mutevoli. Innanzitutto, secondo la dottrina, un obbligo del genere, chiamato "di *motivazione rafforzata*", è imposto in generale dall'art. 12, comma 7, II parte, l. 212/2000 (cd. Statuto del contribuente). In base a esso, quando l'imposizione tributaria discende da una verifica fiscale, "l'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del [...] termine" di sessanta giorni, entro il quale il contribuente "può comunicare osservazioni e richieste, che sono valutate dagli uffici impositori"⁴². Significativo è inoltre l'intervento della Direzione centrale dell'Agenzia delle Entrate, cioè del vertice del principale ufficio impositivo della nostra amministrazione finanziaria. Mi riferisco alla Circolare n. 17/E del 22 giugno 2020, che contiene un paragrafo dedicato all'obbligo stabilito dall'art. 5-ter, comma 3, d.lgs. 218/1997 e intitolato "obbligo di '*motivazione rafforzata*'". In sostanza, quando procede a verifiche fiscali a insaputa del contribuente, e adempie al conseguente obbligo di invitarlo al contraddittorio, l'Agenzia delle Entrate, se questi non aderisce alla sua pretesa impositiva, deve emettere un "avviso di accertamento [...] *specificamente motivato* in relazione ai chiarimenti forniti e ai documenti prodotti" in quella sede. Già dalla formulazione della disposizione emerge chiaramente il tipo della motivazione *vincolata*, anziché *rinforzata*. Essa, infatti, non chiede all'ufficio impositore di confutare ragioni che di per sé deporrebbero per l'adozione di un certo provvedimento, bensì di chiarire perché non ritiene rilevanti i chiarimenti e i documenti provenienti dal contribuente. In mancanza di tale obbligo, infatti, la funzione garantista del contraddittorio endoprocedimentale verrebbe vanificata, con conseguente perdita di senso dell'istituto. Sennonché, a conferma della immane complessità dei temi legati alla motivazione, bisogna riconoscere che le direttive fornite sul punto costituiscono poco più che mere clausole di stile. Esortare gli uffici territoriali a "descrivere[re] le giustificazioni [...] offerte [dal contribuente] e argomenta[re] sulla relativa fondatezza, in modo da rendere intellegibile l'*iter* seguito per addivenire alla determinazione della pretesa tributaria" e a "dare specifico conto [...] della fondatezza o meno di quanto chiarito e prodotto dal contribuente in sede di contraddittorio" – tutto ciò quasi nulla aggiunge a quanto già si ricava dal citato art. 5-ter, comma 3. Per andare oltre, ancora una volta, non vi è altra strada che l'analisi tenace delle forme degli obblighi motivazionali e delle strutture logiche attraverso le quali essi vengono adempiuti. È in questa direzione che intendo muovermi nella parte centrale del presente saggio⁴³.

⁴² D. CONTE, *Il nuovo modello di attuazione dei tributi nella delega fiscale: l'occasione per legittimare il diritto al contraddittorio nel giusto procedimento di accertamento tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, § 3.

⁴³ Per quanto detto finora, sembra invece inappropriata la scelta della locuzione "*motivazione rafforzata*"

4. Deontologia.

4.1. Principali ipotesi nel processo penale.

Alla luce dell'analisi teleologica svolta nel paragrafo precedente, l'obbligo di motivazione rafforzata stabilito in via giurisprudenziale nei vari ambiti processuali e in alcuni ambiti procedimentali va inteso propriamente come dovere dell'organo che decide di non isolarsi nel riesame ovvero nell'esame di una certa questione, bensì di aprirsi al dialogo con i motivi già adottati ovvero ragionevolmente adducibili a sostegno di decisioni contrarie. Ma se è così, ecco che la sua aura di mistero si dissolve. Ora, infatti, non vi è più motivo di porsi domande del tipo: "com'è possibile esigere dal suddetto organo di raggiungere con la motivazione rafforzata il livello massimo di perfezione giustificativa, se questa pretesa già vale di regola?". Scrivere una motivazione rafforzata non significa fare l'impossibile, ma solo ciò che si può e si deve fare per le ragioni esposte: confrontarsi in maniera diretta ed efficace con altri punti di vista argomentativi.

D'altro canto, quanto detto non significa che i risultati ottenuti dalla giurisprudenza nell'affermazione dell'obbligo di motivazione rafforzata siano pienamente soddisfacenti. Se va a suo merito di essersi fatta carico di esigenze tuttora prive di tutela esplicita nei testi di legge, nondimeno ciò è avvenuto facendo uso *anche* di espressioni ambigue (es.: "rigorosa e penetrante analisi critica"), nozioni vaghe (es.: "linee portanti del proprio, alternativo ragionamento probatorio") e sovrapposizioni concettuali (la "forza persuasiva superiore" non può essere una nota definitoria della motivazione rafforzata, ma tutt'al più un suo effetto). Pertanto, si impone un ulteriore sforzo di razionalizzazione e sistematizzazione, per garantire l'uso consapevole e

(ma lo stesso varrebbe per locuzioni analoghe), fatta da D. MENDOLA, *La prova liberatoria del contribuente nel corso del procedimento redditometrico: la rilevanza del nucleo familiare*, in *iltributario.it*, 10 marzo 2022, nel commentare la sentenza Cass. civ., Sez. trib., 12 gennaio 2022, n. 692. Vale la pena evidenziarlo solo per mettere in guardia dai rischi di un'accezione troppo lata dei concetti di "motivazione rafforzata" e simili. La suddetta sentenza ha annullato con rinvio la decisione di una Commissione Tributaria Regionale, la quale aveva ritenuto fondato un avviso di accertamento in materia di Irpef. La Suprema Corte rileva, innanzitutto, che l'accertamento contenuto nell'avviso era stato fatto con metodo sintetico (art. 38, commi 4 e 5 d.p.r. 600/1973), ossia valorizzando le spese sostenute e i beni posseduti dal contribuente, considerati indici di capacità contributiva. D'altro canto, prosegue la Corte, la norma che prevede la possibilità di far uso di tale metodo concede al contribuente la "prova che il relativo finanziamento è avvenuto con redditi diversi da quelli posseduti nello stesso periodo d'imposta, o con redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o, comunque, legalmente esclusi dalla formazione della base imponibile". Sennonché, conclude la Corte, il contribuente in giudizio aveva addotto elementi probatori di questo tipo, in particolare evidenziando la presenza nel nucleo familiare di persone percettrici di redditi, ma la CTR non li aveva presi in considerazione. Tornando al commento alla sentenza, a parte il fatto che l'espressione "motivazione rafforzata" manca in quest'ultima, ciò che conta soprattutto è che la motivazione della CTR censurata in Cassazione (e, prima di essa, la motivazione dell'ente impositore condivisa dalla stessa Commissione) semplicemente non aveva tenuto conto della prova contraria proposta dal contribuente, dunque aveva dato luogo a un semplice e classico caso di "mancanza di motivazione" ex art. 360, comma 1, c.p.c., come la stessa Cassazione riconosce nel corso della sua argomentazione.

controllabile di tale pregevole strumento.

Date le mie limitate competenze e la centralità dell'obbligo in esame nel processo penale, di seguito mi concentrerò su quest'ultimo ambito. Come visto nei §§ 2 e 3, le ipotesi ivi individuate dalla giurisprudenza sono diverse. Di queste: alcune sono pacifiche, altre controverse; alcune soggiacciono allo stesso regime di motivazione rafforzata, altre ne hanno uno esclusivo; alcune riguardano il giudice di secondo grado, altre quello di legittimità.

In particolare, nel presente paragrafo mi propongo di approfondire il sottoambito nel quale l'obbligo di motivazione rafforzata è emerso con maggior decisione, vale a dire il giudizio di secondo grado. La pluralità di esiti che esso può avere in rapporto a quello di primo grado è dominabile come segue. La sentenza di appello, oltre che di annullamento o di conferma, può essere di *riforma*. In questo terzo caso, essa, considerata dal punto di vista dell'imputato, può:

A) *peggiore* l'esito del *primo grado*. I casi immaginabili al riguardo sono numerosi. Tuttavia, per semplicità, ci si può limitare a menzionare i più significativi, vale a dire la trasformazione dell'assoluzione in condanna e la condanna per un reato più grave. Tali peggioramenti possono dipendere, a seconda dei casi, da:

a1) *dissensi qualificatori*. Si pensi al caso in cui Tizio, pubblico ufficiale, accusato di concussione per aver ricevuto da un commerciante un orologio del valore di 50 euro prospettandogli ingiustamente il sequestro del negozio, sia assolto dal giudice di primo grado, secondo il quale il concetto di "altra utilità" ex art. 317 c.p. non ricomprende i regali di *modico valore*, e condannato dal giudice di appello, secondo il quale da tale concetto esulano *soltanto* i regali *d'uso di modico valore*⁴⁴. Oppure al caso in cui Tizio, accusato di violenza privata (art. 610 c.p.) a danno del dipendente dell'Enel addetto al controllo e all'eventuale distacco del suo contatore, dopo essere stato condannato per tale reato dal giudice di primo grado, secondo cui i compiti dell'addetto rientrano nel concetto di "*mansioni di ordine*" cui fa riferimento l'art. 358 c.p., sia invece condannato per violenza o minaccia a p.u. (art. 336 c.p.) dal giudice di appello, per il quale tali compiti, comportando un'attività intellettuale di valutazione e di scelta, esulano dal suddetto concetto⁴⁵.

Sennonché, come visto nel § 2, in tutti questi casi la Suprema Corte tende a escludere un obbligo di motivazione rafforzata nel senso definito in precedenza. Può condividersi questa esclusione? Come si concilia con la pretesa di motivazione rafforzata avanzata dalle Sezioni Unite nei confronti della Sezione semplice che intenda dissentire da una loro interpretazione normativa? A ben vedere entrambe le conclusioni sono per certi versi plausibili⁴⁶. La prima lo è per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché, nel

⁴⁴ In termini analoghi, con riguardo alla fattispecie limitrofa di corruzione, Cass., Sez. VI, 27 ottobre 2017, n. 49524, valorizzando anche la normativa secondaria: "sia il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al D.M. Funzione Pubblica 28 novembre 2000, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 84 del 10 aprile 2001, vigente all'epoca dei fatti, sia il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, ritengono, nel contesto di una disciplina di evidente sfavore per tale comportamento, ammissibile l'accettazione di 'regali o altre utilità' solo con riferimento a 'quelli d'uso di modico valore'".

⁴⁵ Caso formulato a partire da Cass., Sez. IV, 26 febbraio 2020, n. 7566.

⁴⁶ Per la tesi della sussistenza dell'obbligo, perlomeno a certe condizioni, v. M. CECCHI, *La "motivazione*

caso di dissenso meramente *qualificatorio*, cioè basato su divergenze di interpretazione e/o di applicazione normativa, il fenomeno che giustifica l'obbligo di motivazione rafforzata del dissenso *probatorio* non sembra ricorrere di regola. Mi riferisco alla variabilità contestuale del grado di conferma dell'ipotesi accusatoria e di quella difensiva, inteso come misura di probabilità *logica*, cioè di credibilità razionale. In quanto legata alla comune esperienza di come vanno le cose, ogni informazione è in grado di aumentare o diminuire la nostra fiducia che, nel caso in giudizio, le cose sono andate proprio come assume la parte che la valorizza. Pertanto, nessuna informazione può ritenersi conclusiva, giacché la sua capacità di confermare o infirmare una certa ipotesi può essere modificata o, addirittura, neutralizzata (es.: un'ipotesi accusatoria apparentemente molto credibile, perché suffragata da diversi testi oculari insospettabili, può crollare sulla base di una videoregistrazione di provata genuinità). Ne deriva, in ultima analisi, che il giudice non può considerare solo le prove che confermano l'ipotesi che avverte come più plausibile, ma deve sempre confrontarle con tutti gli altri elementi emersi nel corso dell'istruttoria. Sul terreno *qualificatorio*, invece, i dissensi dipendono *in genere* da divergenze di visioni fondamentali: per il primo giudice il contenuto normativo deve riflettere la volontà del legislatore storico, per il secondo, invece, la volontà della legge; oppure per entrambi vale la volontà della legge espressa nei limiti delle sue (sempre equivoche) parole, ma l'uno ritiene preminente un significato letterale diverso da quello dell'altro (es.: "trova" ex art. 593, comma 1, c.p., è inteso da uno solo nel senso di "si imbatte in", dall'altro anche nel senso di "rinviene, in un soggetto di cui è già in compagnia/in presenza, una nuova caratteristica non emersa o non rilevata in precedenza"⁴⁷, cioè – in sostanza – "reputa")⁴⁸. In tutti questi casi, *in genere* non ha senso dire che la plausibilità di un'ipotesi ermeneutica prospettata da una parte può essere *superata* considerando anche gli argomenti addotti dall'altra. Non ha senso, semplicemente perché l'una non argomenta in riferimento a una comune esperienza del mondo, bensì facendo valere preferenze metodologiche di cui non si può *dimostrare* la scorrettezza, data la mancanza di un metacriterio utile a tal fine (es.: "trova" può significare sia "si imbatte in", sia "reputa", e a favore dell'una e dell'altra interpretazione possono addursi argomenti equiplausibili in linea di principio). L'altra ragione a favore dell'orientamento di legittimità che esclude un obbligo di motivazione rafforzata nel caso di dissenso interpretativo del giudice di appello può essere riassunta così. Anche ammesso che un obbligo siffatto possa emergere in via giurisprudenziale, resterebbe il fatto che il suo inadempimento non è sanzionabile in Cassazione, dato che la norma in

rafforzata", cit., p. 1124.

⁴⁷ L'esempio è modellato sul recente e noto caso Ciontoli-Vannini, nel quale era discusso, tra l'altro, se l'imputato, che aveva ridotto in fin di vita la vittima (successivamente deceduta) esplodendo accidentalmente un colpo di pistola, lo aveva "trovato" nel senso dell'art. 593 c.p. Sul caso la Suprema Corte si è dovuta pronunciare due volte, nella prima delle quali, sia pure a titolo di *obiter*, ha concluso in sostanza nel senso più ampio (Cass., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049, § 11). Sulla suddetta alternativa ermeneutica, cfr. F. BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso (art. 593 c.p.). Un reato in cerca d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 663, 675.

⁴⁸ Su alternative di questo tipo e sulla conseguente necessità dell'argomentazione, cfr. G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli, 2021, p. 271-314.

materia, l'art. 606, comma 1, c.p.p. non lo prevede tra i motivi di ricorso, in particolare sotto forma di "mancanza di motivazione". Quest'ultimo motivo, infatti, è limitato dalla lettera e) del suddetto comma alla motivazione in fatto. Ciò non toglie, come la stessa Suprema Corte rileva, che l'errore qualificatorio del giudice di appello è sindacabile da quello di legittimità in base alla lett. b) dello stesso comma, ossia sotto forma di "inosservanza o erronea applicazione della legge penale"⁴⁹.

D'altro canto, anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha le sue ragioni. E, sebbene esso non riguardi il contrasto interpretativo tra giudice di appello e giudice di primo grado, bensì quello tra Sezione semplice e Sezioni Unite, tali ragioni sembrano estensibili al primo caso. La verità è che, malgrado la prospettiva ermeneutica del primo giudice sia spesso equivalente a quella del secondo, nondimeno imporre a questi di fermarsi a ragionare sugli argomenti spesi da quello e di dar conto dei risultati del confronto potrebbe essere una regola di sana autocritica. Tutto sta allora, come sempre, nel trovare il giusto punto di equilibrio. In particolare bisogna chiedersi se l'impegno richiesto dall'obbligo di motivazione rafforzata sia proporzionato all'utilità che ne deriva anche nei casi di dissenso meramente qualificatorio del giudice di secondo grado.

a2) *dissensi probatori*. Si pensi al seguente caso paradigmatico. Tizio, accusato di omicidio per aver accoltellato Caio nella sua abitazione, viene assolto in primo grado, perché le dichiarazioni a carico dei testi escussi, vicini della vittima, vengono ritenute inattendibili dal giudice, in quanto tutti hanno riferito di aver sentito una discussione tra Tizio e Caio, ma ciascuno riporta frasi completamente diverse da quelle degli altri. Il giudice, dunque, si convince che i testi stanno inventando le loro versioni solo per far condannare Tizio. Nel giudizio di secondo grado (previa rinnovazione delle testimonianze, doverosa *ex art.* 603, comma 3-*bis*, c.p.p.⁵⁰), la Corte, sollecitata dall'appellante, si convince che i suddetti testi a carico non hanno mentito, perché la diversità delle loro versioni dipende soltanto dal fatto che l'abitazione di Caio è molto grande, gli appartamenti dei vicini confinano con essa in punti distinti e distanti e la discussione tra Tizio e Caio si è snodata in diverse stanze⁵¹. Questo ragionamento alternativo, per dar luogo a una motivazione rafforzata della condanna, deve essere completato, giacché ne costituisce la *pars destruens*, volta a screditare la tesi di inattendibilità delle dichiarazioni testimoniali a carico sostenuta dal giudice di primo grado, e solo una porzione della *pars construens*, finalizzata a dimostrare che l'aggressione attribuita a Tizio costituisce il naturale sbocco di un acceso diverbio. Il completamento potrà avvenire in uno degli infiniti modi in cui è possibile confermare un'ipotesi fattuale, ossia valorizzando le impronte digitali di Tizio sull'arma trovata a casa di Caio o sul corpo di quest'ultimo, pregressi motivi di astio dell'uno verso l'altro, tracce di sangue dell'uno sugli indumenti dell'altro o viceversa, e così via.

⁴⁹ Su questo motivo di ricorso, cfr. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, p. 68-118.

⁵⁰ Su tale operazione, cfr. H. BELLUTA-L. LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, cit., p. 10-19.

⁵¹ Sulla importanza del nesso esistente, nei casi di ribaltamento dell'assoluzione, tra obbligo di rinnovazione e obbligo di motivazione rafforzata, a partire dalla giurisprudenza europea, cfr. H. Belluta-L. Luparia, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, cit., p. 7-10.

Oppure si pensi al seguente caso. Tizia accusata di furto per aver preso, messo in borsa e portato a casa un collier di ingente valore custodito nella teca di una gioielleria, viene assolta dal giudice di primo grado perché il commesso che ha servito Tizia ha dichiarato di non aver assistito alla sottrazione e l'unica prova a carico prodotta, la videoregistrazione dell'impianto installato nel negozio, ha ripreso l'imputata sempre solo di spalle e non ha immortalato movimenti sospetti. Nel giudizio di appello (questa volta anche a prescindere dalla rinnovazione dell'istruzione⁵²), il giudice di seconde cure, sempre su sollecitazione dell'appellante, giunge a una diversa conclusione, sulla base di un ragionamento inquadrabile come motivazione rafforzata. In questo senso, che Tizia non compia movimenti sospetti nella videoregistrazione, è del tutto irrilevante, in quanto l'esperienza insegna che è ben possibile con un po' di accortezza far sparire un bene senza dare nell'occhio, tanto più se si danno le spalle agli osservatori, e in quanto, come mostra la videoregistrazione, che dura dall'ingresso di Tizia nella gioielleria fino all'arrivo dei Carabinieri chiamati dal commesso, solo lei ha maneggiato il collier e nessun altro si è avvicinato a lei o alla teca.

La principale differenza tra il caso appena esaminato e quello immediatamente precedente risiede in ciò: in entrambi si manifestano dissensi probatori, ma il primo opera sul piano della valutazione di *attendibilità*, relativa alla credibilità di certe informazioni (le frasi che i vicini dichiarano di aver udito), mentre il secondo opera sul piano della valutazione di *persuasività*, relativa alla capacità di altre informazioni (i movimenti riferiti dal commesso e quelli registrati nel video) di confermare l'ipotesi accusatoria (è proprio perciò che solo nel secondo caso la giurisprudenza non esige una rinnovazione dell'istruttoria *ex art. 603, comma 3-bis, c.p.p.*).

B) *migliorare l'esito del primo grado*. Anche qui le ipotesi immaginabili sono molteplici. La principale è il ribaltamento della condanna in assoluzione, il quale può di nuovo dipendere da dissensi *qualificatori* oppure *probatori*. Questa precisazione deve bastare, perché le diverse varianti dello schema in esame possono essere facilmente comprese adattando quanto detto *sub A*).

4.2. Aspetti metodologico-formali.

A questo punto mi preme soprattutto approfondire gli aspetti *metodologico-formali* dell'impegno richiesto dall'obbligo di motivazione rafforzata nei casi esaminati, i quali, stando alla giurisprudenza, si riducono a quelli di riforma basata su un dissenso probatorio⁵³. Il bisogno nasce dal fatto che, nelle pronunce in materia, è rimasta sottotraccia una distinzione cruciale, esprimibile con una coppia teorica tipica della responsabilità contrattuale: "obbligo di mezzi/obbligo di risultato". In effetti, mentre la

⁵² Contro l'idea che il plesso obbligo di rinnovazione istruttoria-obbligo di motivazione rafforzata sia funzionale solo ai diritti di difesa, cfr. M. DANIELE, *Rinnovazione orale delle prove dichiarative*, cit., p. 3 ss.

⁵³ Sui contenuti dell'obbligo di motivazione rafforzata, cfr., con varietà di accenti, V. AIUTI, *Corte Europea e "motivazione rafforzata"*, cit., p. 687 ss.; M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., p. 1125-1128; M. DANIELE, *Rinnovazione orale delle prove dichiarative*, cit., p. 2.

giurisprudenza sovrappone talora questi due aspetti, definendo l'obbligo di motivazione rafforzata come pretesa di una certa qualità del giudizio di riforma di secondo grado (in particolare: "forza persuasiva superiore"), essi vanno tenuti distinti. Ciò per ragioni non solo concettuali, ma anche pratiche. Mentre di queste ultime mi occuperò nel § 5, cercherò ora di chiarire in che senso l'obbligo di motivazione rafforzata nei casi suddetti è in realtà duplice, atteggiandosi sia come obbligo di mezzi, sia come obbligo di risultato. Più precisamente, esso si atteggia:

A) come *obbligo di mezzi*, valevole sia per la riforma migliorativa sia per la riforma peggiorativa in appello basata su un dissenso probatorio. Quali contenuti assume esattamente in questi due casi? Alla domanda non è possibile rispondere immediatamente, se non ricorrendo alle vaghe o, addirittura, vuote formule spesso proposte a tal fine. Per fornire una risposta adeguata, bisogna dunque procedere per gradi, in particolare confrontando la valutazione probatoria del giudice di primo grado con quella del giudice di appello⁵⁴.

La *valutazione probatoria in primo grado* deve essere compiuta principalmente per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria e delle ipotesi alternative eventualmente prospettate dalle parti o individuate per conto proprio dal giudice. A tal fine il giudice deve controllare due qualità degli elementi raccolti in dibattimento e addotti o adducibili a sostegno di tali ipotesi⁵⁵. Innanzitutto, la loro *attendibilità*, ossia se e in che misura possono essere prese per vere (es.: se e in che misura può ritenersi che Sempronio, vicino di Caio, gli abbia sentito urlare a un'ora compatibile con quella della sua uccisione "Tizio, che fai? Aiuto!"). In secondo luogo, la loro *persuasività*, ossia se e in che misura sono in grado di contribuire alla conferma di una certa ipotesi fattuale (es.: se e in che misura ciò che ha riferito Sempronio induce a ritenere che Tizio abbia accoltellato Caio, come sostiene la pubblica accusa). In entrambi i casi, la valutazione, sia che abbia esito positivo, sia che abbia esito negativo, fa leva su una struttura *tripartita*, consistente in un *criterio* probatorio (legge logica o scientifica oppure massima

⁵⁴ Il tema della prova è da sempre centrale nella dottrina processualpenalistica: cfr., per tutti, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Volume I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, 2017; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2012; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, 2015. D'altro canto, esso occupa ormai una posizione di rilievo anche nella filosofia del diritto: cfr., in generale, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, 2022; sugli standard di prova, J. FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, 2021; sugli errori logici (in senso lato), G. CARLIZZI, *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in L. Lupária Donati (a cura di), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, 2021, spec. p. 107-154; sui principali temi, i contributi raccolti in C. DAHLMAN-A. STEIN-G. TUZET (ed. by), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, 2021.

⁵⁵ Sulla differenza tra le due valutazioni e per un'analisi logica della prima, con particolare riguardo alla testimonianza, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, [L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza](#), in *Dir & quest. pubbl.* 2021, p. 217-242.

empirica⁵⁶), nella sua *applicazione* agli elementi raccolti e in una *conclusione* probatoria⁵⁷. Più precisamente, in caso di esito *positivo*: la valutazione di *attendibilità* si articola in un *criterio* che stabilisce un'implicazione probabilistica tra una certa qualità dell'elemento di prova (es.: dichiarazione testimoniale proveniente da un teste normovedente/ipovedente, indifferente/affezionato/animoso verso l'imputato; precisa/imprecisa, coerente/incoerente) e la sua corrispondenza o non corrispondenza alla realtà, nella sua *applicazione* a tale elemento e nella *conclusione* che è confermato o smentito in una certa misura che esso è veridico; la valutazione di *persuasività*, necessaria quando manca una prova diretta e definitiva dell'ipotesi in esame (es.: testimonianza oculare attendibile di un omicidio) e consentita quando l'attendibilità dell'elemento che ne forma oggetto si è rivelata sufficiente (es.: la suddetta testimonianza di Sempronio è stata ritenuta pienamente credibile), si articola⁵⁸ invece in un *criterio* che stabilisce un'implicazione probabilistica⁵⁹ tra un certo elemento (es.: fuga precipitosa dell'imputato dal luogo del delitto, geolocalizzazione del suo cellulare in un Comune diverso da quello dove abitava la vittima) e la realizzazione del fatto da provare o di un fatto con esso incompatibile (es.: accoltellamento di Caio da parte di Tizio), nella sua *applicazione* a tale elemento e nella *conclusione* che è confermato o smentito in una certa misura che il fatto da provare è occorso. Per contro, in caso di esito *negativo*, sia la valutazione di attendibilità, sia la valutazione di persuasività si traducono nel riconoscimento dell'indisponibilità di una delle due suddette premesse (criterio probatorio e sua applicazione), dunque dell'impossibilità di trarre la relativa conclusione positiva.

D'altro canto, questa rappresentazione in termini puramente *inferenziali* della valutazione probatoria di primo grado, per quanto corretta, è incompleta. Essa, infatti, ne raffigura soltanto il cuore, il quale funziona sotto la guida di una *narrazione*, il vero sistema nervoso centrale della prova. Il tradizionale modello inferenziale della valutazione probatoria deve pertanto essere concepito in termini più ampi, come modello *narratologico-inferenziale*⁶⁰. In base a quest'ultimo, i criteri probatori e relative

⁵⁶ Sui criteri probatori, in particolare sulle massime di esperienza, cfr. G. UBERTIS, *Il ragionamento indiziario nel processo penale*, in S. Patti-R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Giappichelli, 2022, p. 161-165, nonché M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, 2020, p. 249-261. Sui risvolti negativi delle massime di esperienza, cfr. A. FRANCESCHINI, *Massime d'esperienza: i rischi di abuso nell'utilizzo di un ineliminabile strumento conoscitivo*, in *Dir. di dif.*, 2021, p. 125-149.

⁵⁷ Per l'applicazione di tale modello alla valutazione relativa alle informazioni degli esperti in giudizio, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, cit., p. 7-47.

⁵⁸ Sull'articolazione della prova presuntiva, che costituisce l'omologo nel processo civile della prova indiziaria in quello penale, cfr. R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in S. Patti-R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit., p. 26-65 (al termine del quale è offerta un'utile sintesi diagrammatica).

⁵⁹ Sul tema della probabilità in ambito probatorio, cfr. G. TUZET, *Logica della prova per presunzioni*, in S. Patti-R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit., p. 191-203.

⁶⁰ Per alcuni modelli misti di valutazione probatoria cfr. F.J. BEX ET AL., *A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence*, in *Artif. Intell. Law*, 2010, p. 123-152; B. VERHEIJ ET AL., *Arguments, scenarios and probabilities: connections between three normative frameworks for evidential reasoning*, in *Law, Probabil. and Risk*, 2016, p. 35-70 (ringrazio Giovanni Tuzet per avermi segnalato questi due contributi dopo la conclusione del

applicazioni dell'inferenza valutativa funzionano solo se risultano congruenti con una storia, che rappresenta una delle tante versioni di ciò che l'imputato potrebbe aver fatto⁶¹. Per esigenze di sintesi faccio un unico esempio, relativo alla valutazione di persuasività, riservandomi di addurne in seguito un altro per quella di attendibilità. Poniamo che Tizio sia imputato di omicidio per aver ucciso Caio e che a suo carico siano emersi con certezza, tra gli altri, i seguenti elementi: ingresso nell'abitazione di Caio a un'ora compatibile con quella della sua uccisione, presenza delle impronte digitali dell'uno sul corpo dell'altro e rapido allontanamento di Tizio dall'abitazione della vittima. Il giudice di primo grado potrebbe accogliere l'ipotesi difensiva e assolvere l'imputato applicando ai suddetti elementi la massima di esperienza secondo cui chi si spaventa per la scoperta casuale di un cadavere probabilmente fuggirà a gambe levate, ossia interpretandoli nella prospettiva di una narrazione sensata di cui essi rappresentano i momenti principali (prologo, svolgimento ed epilogo).

Solo analoga a quella di primo grado è la *valutazione probatoria in appello*⁶². Infatti, l'impronta narratologico-inferenziale che anch'essa presenta in quanto ragionamento sensato e fondato sull'esperienza deve adattarsi al contesto nel quale si inserisce⁶³. È il contesto di un giudizio di gravame parzialmente devolutivo, dove si tratta di decidere il fatto imputato *nei limiti* delle doglianze formulate con i motivi di appello, *nel confronto*

presente lavoro).

⁶¹ La componente costruttivo-narratologica della prova giudiziaria è stata valorizzata innanzitutto in ambito angloamericano: cfr. N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in A. Peczenik-L. Lindall-B. van Roermud (ed. by), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, D. Reidel Publishing, 1984, p. 235-251; B.S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, D. Charles Publications, 1988; A.G. AMSTERDAM-J. BRUNER, *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000. Su questa scia, cfr., in Italia, F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, F. Angeli, 2008, spec. p. 81-105, ed EAD., *The Analysis of Legal Cases. A Narrative Approach*, Routledge, 2020, spec. p. 11-94, nonché, dopo un approccio soprattutto inferenziale, coltivato nell'eccellente M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992, spec. p. 217-299, Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, spec. p. 32-73. Da ultimo, con particolare riguardo al processo penale, cfr. F.H. PEDERSEN-E. INGEBRIGSTEN-W. GEPHART (Eds.), *Narratives in the Criminal Process*, V. Klostermann, 2021. Per una critica degli approcci puramente narratologici alla prova giudiziaria, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *Critica della responsabilità seriale. Un contributo alla logica e alla metodologia del ragionamento probatorio*, in D.M. Cananzi-R. Righi (a cura di), *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, Giuffrè, 2012, spec. p. 328-332. Analoga alla coppia narrazione/inferenza è la coppia canone olistico/canone atomistico della valutazione della prova, dato che considerare le prove nel loro complesso significa considerarle come parti di una narrazione, mentre considerare le prove una alla volta significa considerarle come parti di un'inferenza: sulla seconda coppia cfr. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., p. 261-272.

⁶² Sempre utile, sebbene basato sul c.p.p. previgente, M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Giuffrè, 1969, spec. p. 16-38, 223-255, che evidenzia sin dall'inizio un aspetto ancora spesso trascurato, soprattutto sul piano epistemologico-giuridico: "l'impossibilità di concepire l'appello penale come se esso fosse animato dagli stessi principi che sono alla base del giudizio di primo grado" (ivi, p. 16). In senso analogo, cfr. M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia \(profili processuali\)](#), in questa *Rivista*, 2 novembre 2022, p. 76 ss., il quale evidenzia che la cd. riforma Cartabia ha potenziato la funzione di controllo del giudizio propria dell'appello. Sulle peculiarità dell'attività probatoria in secondo grado, cfr. L. Iandolo (a cura di), *La prova nel giudizio di appello*, Giappichelli, 2014.

⁶³ Sul punto, V. AIUTI, *Appello*, cit., p. 265-269, 292-310.

così instaurato con le ragioni della motivazione di primo grado e pur sempre *nel rispetto* del canone garantistico del ragionevole dubbio. Pertanto, ogni riforma dell'esito di primo grado basata su un dissenso probatorio, sia essa migliorativa o peggiorativa, non può limitarsi a *sostituirne* la motivazione con gli argomenti eventualmente proposti dall'appellante, ma deve *innanzitutto criticarla* sulla base di questi stessi argomenti. Il giudice di seconde cure deve dunque tentare di *falsificare* le conclusioni raggiunte in primo grado (in tema di attendibilità e di persuasività), applicando agli elementi raccolti in giudizio criteri di esperienza e di buon senso congruenti con la storia in cui quelle conclusioni si inseriscono.

A tal fine, egli può fare due cose, in via alternativa o concorrente. Può valorizzare l'inspiegabile mancanza di elementi che dovrebbero presentarsi se queste conclusioni e quella storia corrispondessero alla realtà ("elementi di credito", ad esempio: "se qualcuno si presenta ed entra a casa di un'altra persona, lo fa perché la conosce e ha motivo di farlo"). Oppure può valorizzare l'inspiegabile presenza di elementi che dovrebbero mancare se la storia e le conclusioni suddette corrispondessero alla realtà ("elementi di discredito", ad esempio: "se qualcuno scappa dal luogo di un omicidio solo per paura di essere accusato ingiustamente, non porta via con sé beni di valore della vittima"). Così, tornando all'ultimo esempio addotto, se emergesse che Tizio non conosceva Caio e non aveva motivi per entrare nel suo appartamento (mancanza di elementi di credito), e che a casa di Tizio è stato trovato il cellulare di Caio (presenza di elementi di discredito), potrebbe ritenersi falsificata la versione difensiva e assolutoria della scoperta casuale del cadavere di Caio da parte di Tizio e della sua fuga precipitosa per sfuggire a un'accusa ingiusta. Come anticipato, questa è una critica che investe la valutazione di persuasività compiuta in primo grado.

D'altro canto, il giudice di appello può criticare, prima ancora, la valutazione di *attendibilità* probatoria contenuta nella sentenza impugnata, sempre seguendo lo schema falsificazionista illustrato. Un efficace esempio in tal senso è offerto dall'eccellente sentenza S.U. Dine⁶⁴. L'imputato era stato assolto in primo grado dall'accusa di omicidio, in quanto il giudice aveva ritenuto non credibili le dichiarazioni di una correa, valorizzando il presunto interesse di quest'ultima ad allontanare da sé e a far ricadere sullo stesso imputato la responsabilità del crimine. La Corte di assise di appello, dopo aver acquisito i verbali degli interrogatori resi dalla correa, nel frattempo deceduta, aveva ribaltato l'assoluzione, poggiandola su una motivazione rafforzata ottimamente riassunta e convalidata nella decisione delle Sezioni Unite (chiamate a pronunciarsi sulla questione della legittimità dell'acquisizione in appello dei verbali). In sostanza, per il giudice di seconde cure, solo inizialmente la correa non si era assunta la piena corresponsabilità del fatto, per soddisfare la richiesta di un altro dei partecipanti di

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 30 marzo 2022, n. 11586. La pronuncia è commentata da M.M. ALMA, [Le Sezioni Unite tornano sui propri passi in materia di overturning sfavorevole all'imputato nel caso di impossibilità di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa](#), in questa Rivista, 6 aprile 2022; M. BARGIS, [Brevi riflessioni sulla pronuncia delle Sezioni unite relativa all'art. 603 comma 3 bis c.p.p. nell'ipotesi in cui sia impossibile rinnovare la prova per decesso del dichiarante](#), in questa Rivista, 6 giugno 2022; R.A. RUGGIERO, *Condanna in appello e rinnovazione impossibile*, in Cass. pen., 2022, p. 2117-2126.

occuparsi dei suoi figli, mentre in seguito aveva reso dichiarazioni che non solo confermavano il coinvolgimento suo e di tutti nella preparazione e nell'esecuzione dell'omicidio, ma soprattutto rivelavano particolari fino allora taciuti dagli altri (acquisto di manette per immobilizzare la vittima, uso delle stesse nell'appartamento in cui era stata torturata e uccisa, trasporto e occultamento del suo cadavere in una cava), che non avrebbe avuto senso comunicare se davvero avesse avuto intenzione di discolarsi e calunniare l'imputato. Dall'altro lato, la stessa Corte di assise di appello aveva rimarcato che le dichiarazioni auto- ed eteroaccusatorie della correa avevano trovato pieno riscontro in altre risultanze istruttorie, che ora non interessa considerare. Per il momento, infatti, importa soprattutto evidenziare che la critica svolta nella motivazione di secondo grado riflette esattamente lo schema falsificazionista illustrato poco sopra. La Corte di assise di appello, infatti, non si è limitata a superare il giudizio di inattendibilità della correa con un giudizio di attendibilità basato su criteri probatori e relative applicazioni alternativi a quelli sottostanti al primo. Essa, cioè, non ha detto soltanto che la posizione di correa non era un motivo sufficiente per dubitare della sincerità delle affermazioni fatte da chi la rivestiva e che tale sincerità avrebbe potuto essere ricavata da altre qualità della dichiarante o della sua deposizione. Piuttosto, il giudice di seconde cure ha svolto una critica *interna* della motivazione di primo grado, mostrando che la storia della calunnia autoassolutoria perpetrata dalla correa non quadrava con la reale evoluzione del suo comportamento, così finendo per risultare priva di plausibilità, insieme alla motivazione di primo grado che l'aveva accolta.

D'altro canto, in virtù della regola di riparto dell'onere della prova vigente nel processo penale, se l'appellante chiede una *rimforma peggiorativa* (è il caso del p.m.), *non può limitarsi*, mentre, se *chiede* una riforma migliorativa (è il caso dell'imputato), *può non limitarsi*, a proporre argomenti puramente *critici*. Piuttosto, egli *deve* o, rispettivamente, *può* prospettare argomenti *costruttivi*, che si inseriscono in una storia diversa da quella seguita in primo grado. In ogni caso, il giudice di appello ha l'obbligo di prendere posizione sugli argomenti costruttivi proposti, attraverso una motivazione strutturalmente analoga a quella di primo grado e di cui la parte critica che ho illustrato costituisce propriamente il rafforzamento. Insomma, a questo punto risulta chiaro che *motivazione rafforzata* significa ragionamento duplice, ossia che non si limita a seguire un nuovo percorso narratologico-inferenziale (parte costruttiva, non sempre necessaria), ma si preoccupa innanzitutto di screditare quello attraversato dalla sentenza impugnata (parte critica, sempre necessaria).

Tanto premesso, è opportuno, da un lato, spiegare la differenza tra le due evenienze suddette, dall'altro, fornire un esempio di giustificazione costruttiva nel senso indicato. Sotto il primo profilo, concentrandoci sul fenomeno paradigmatico del *ribaltamento integrale*, va ribadito che mentre il p.m. appellante che chiede la riforma dell'assoluzione non può limitarsi a criticarne la motivazione, l'imputato appellante che chiede la riforma della condanna può sia limitarsi a svolgere tale critica, sia collegarla a un'ipotesi fattuale alternativa. In entrambi i casi, il giudice di appello quale giudice di gravame deve corrispondere ai motivi proposti. La differenza tra le due situazioni si spiega, come detto, in base alla regola di riparto dell'onere della prova vigente nel processo penale, secondo la quale è il p.m. che deve dimostrare la colpevolezza

dell'imputato, non quest'ultimo la propria innocenza. A tale stregua, per *trasformare* l'assoluzione in condanna, non basta la mera demolizione dell'ipotesi favorevole alla difesa seguita dal primo giudice. Infatti, a prescindere da come sia formulata quest'ultima, ossia come ipotesi *contraddittoria* (es.: "Tizio non ha dato uno schiaffo a Caio") oppure *contraria* (es.: Tizio ha dato una carezza a Caio") di quella accusatoria (es.: "Tizio ha dato uno schiaffo a Caio")⁶⁵, essa contiene sempre l'assunto che le cose *non* sono andate come ipotizza la pubblica accusa. Sennonché, dimostrare che questo assunto non ha sufficienti basi (es.: a causa dell'inattendibilità dell'unico teste oculare a discarico, il quale afferma di aver assistito all'incontro tra Tizio e Caio per l'intera durata e si limita ad aggiungere di non aver visto alcuno schiaffo, oppure precisa altresì di aver visto una carezza) non comporta che ne abbia l'ipotesi accusatoria. Infatti, dato che la mera demolizione dell'ipotesi favorevole alla difesa accolta in primo grado consiste nella dimostrazione che le sue basi sono inconsistenti, ma non che essa è falsa, tale mera demolizione non comporta dimostrazione della verità dell'ipotesi accusatoria⁶⁶. Piuttosto, quest'ultima deve essere sostenuta con appositi argomenti costruttivi, che, insieme alla parte critica, compongono la motivazione rafforzata.

Diverso è il discorso nell'evenienza opposta, in cui è la *condanna* a essere *trasformata* in *assoluzione*. Qui, infatti, l'imputato appellante può limitarsi a criticare l'ipotesi accusatoria accolta in primo grado, ma può anche criticarla e sostituirla con un'ipotesi alternativa. Infatti, da un lato, vale di nuovo che non è l'imputato a dover dimostrare la propria innocenza, bensì il p.m. la sua colpevolezza; dall'altro lato, ciò non impedisce all'imputato di alimentare le incertezze sulla sua colpevolezza o addirittura di provare la sua innocenza. Dunque, se l'ipotesi accusatoria è soltanto criticata nell'atto di appello, e il giudice di seconde cure condivide la critica, la conseguente delegittimazione di quell'ipotesi è sufficiente per l'assoluzione dell'imputato. Se, invece, l'ipotesi accusatoria è non solo criticata, ma anche sostituita con un'ipotesi alternativa nell'atto di appello, e il giudice di seconde cure condivide la critica, egli deve certamente assolvere, ma non può limitarsi a recepirla, bensì deve pronunciarsi anche sull'ipotesi alternativa prospettata dalla difesa. Là dove è chiaro che solo nel secondo caso può

⁶⁵ Aristotele (*Cat.* 10, 11 b 15 ss.) distingue quattro forme di opposizione: correlativa, contraria, di possesso/privazione e contraddittoria. Concentrandoci sulla seconda e sulla quarta forma, mentre le proposizioni *contraddittorie* non possono essere entrambe vere, né entrambe false (es.: "Tizio è vivo" v. "Tizio non è vivo"), le proposizioni *contrarie* non possono essere entrambe vere, ma possono essere entrambe false (es.: "questo è un cerchio" v. "questo è un triangolo", giacché può darsi anche "questo è un trapezio" è così via).

⁶⁶ Questo discorso vale anche per la prova d'alibi. Al riguardo si consideri che la giurisprudenza, pur distinguendo giustamente l'"*alibi costruito*" dall'"*alibi fallito*", nega che persino nel primo caso si dia un automatismo probatorio. Cfr. da ultimo, Cass., Sez. VI, 18 maggio 2020, n. 15255: "l'alibi 'fallito', in quanto fondato su circostanze non compiutamente dimostrate (presenza in un luogo ed orario incompatibili con la commissione del reato), non può essere valorizzato quale elemento indiziario a carico dell'imputato, in quanto ciò comporterebbe una non consentita inversione della regola sull'onere della prova. (In motivazione, la Corte ha precisato che, a differenza dell'alibi 'fallito', può avere una valenza indiziante l'alibi 'costruito', indicativo di una maliziosa preordinazione difensiva, *salvo restando che* lo stesso va pur sempre valutato in relazione alla situazione processuale concreta ed in correlazione con gli altri elementi indiziari)" (corsivi aggiunti).

propriamente parlarsi di “*motivazione rafforzata*”, mentre nel primo dovrebbe parlarsi di “*motivazione minima*” (e, in quello di mera esposizione delle ragioni a sostegno dell’ipotesi alternativa, di “*motivazione incompleta*”).

Resta da prospettare un esempio di *giustificazione costruttiva* che il giudice di appello deve fornire quando riforma l’assoluzione per dissenso probatorio. Essa può riguardare sia l’attendibilità, sia la persuasività degli elementi raccolti e, in quanto costruttiva, deve conformarsi al modello valevole in primo grado, illustrato poco sopra. Al riguardo, di nuovo paradigmatico è il discorso richiamato e condiviso nella citata sentenza S.U. Dine. La Corte di assise di appello, infatti, non ha soltanto censurato gli argomenti probatori di primo grado, ma li ha anche soppiantati con altri argomenti, che hanno valorizzato i riscontri della versione fornita dalla correa negli interrogatori resi durante le indagini. Così, l’omicidio era maturato dopo che l’imputato e un altro correo, zio e nipote, per osservare un loro codice d’onore, avevano utilizzato la vittima per organizzare un’imboscata a una donna, sicché si erano dovuti sbarazzare della prima per non far scoprire la successiva uccisione della seconda; i tabulati telefonici dell’imputato avevano agganciato celle vicine al negozio in cui, secondo la correa, tutti i compartecipi si erano recati per acquistare il materiale usato per l’esecuzione dell’omicidio; da varie intercettazioni, telefoniche, ambientali ed epistolari, era emersa l’intenzione del nipote di nascondere la corresponsabilità dello zio.

B) come *obbligo di risultato*. Nella lettera precedente si è visto che l’obbligo di motivazione rafforzata come *obbligo di mezzi* ha un contenuto variabile a seconda del tipo di riforma in appello per dissenso probatorio e di motivi di gravame. Se è *riformata un’assoluzione*, consiste sempre nel dovere di non limitarsi a esporre le ragioni a sostegno dell’ipotesi accusatoria recepita in appello, bensì di farla precedere dalla critica dell’ipotesi difensiva accolta in primo grado. Se è *riformata una condanna*, il contenuto dell’obbligo si modella sui motivi di gravame: se sono puramente critici, il giudice di seconde cure può limitarsi a giustificare l’adesione agli argomenti falsificatori prospettati dalla difesa, ancorché in tal caso, come detto poco sopra, non possa propriamente parlarsi di “*motivazione rafforzata*”, bensì di “*motivazione minima*”; se sono anche costruttivi, deve dar conto altresì delle ragioni per cui condivide l’ipotesi alternativa difensiva. In ogni caso, dal punto di vista concettuale, l’obbligo di motivazione rafforzata in appello per dissenso probatorio non implica di per sé il dovere di raggiungere un certo livello di conferma probatoria.

Sennonché, come anticipato, la giurisprudenza di legittimità, tende a sovrapporre i due precetti, chiamando “obbligo di motivazione rafforzata” anche il dovere di redigere un’argomentazione in fatto dotata di “forza persuasiva superiore”. La suddetta denominazione, dato il suo carattere convenzionale, non può ritenersi scorretta. Piuttosto, bisogna sottolineare due punti. Innanzitutto, la differenza che passa tra questa motivazione rafforzata, oggetto di un obbligo di risultato, e quella appena illustrata *sub A*), oggetto di un obbligo di mezzi. La differenza ha un rilievo non solo teorico, ma anche pratico, come cercherò di chiarire nel § 5.

In secondo luogo, va evidenziata l’inopportunità di usare la locuzione “forza

persuasiva superiore” indistintamente⁶⁷. In effetti, la regola di decisione dell’art. 533, comma 1, c.p.p. impone di condannare solo se la colpevolezza è provata oltre ogni ragionevole dubbio e di assolvere se ricorre un dubbio siffatto⁶⁸. Pertanto, una “forza persuasiva superiore” può essere pretesa solo nel caso di riforma peggiorativa, in particolare di ribaltamento dell’assoluzione, mentre, nei casi restanti, di riforma migliorativa, in particolare di ribaltamento della condanna, ci si deve accontentare di una “sia pur minima plausibilità”. Più precisamente, il giudice di appello che riformi in senso *peggiorativo* la sentenza di primo grado per dissenso probatorio ha l’obbligo non solo di criticare le ragioni addotte a sostegno di quest’ultima e di sostituirla con ragioni alternative (obbligo di mezzi), ma anche di produrre in tal modo una motivazione soverchiante su quella del giudice di primo grado (obbligo di risultato). Anzi, il modo più adeguato di esprimere questa esigenza non è “forza persuasiva superiore”, bensì “forza persuasiva massima”, ossia tale da corrispondere alle pretese di “certezza ottimale” avanzate dal principio del ragionevole dubbio⁶⁹.

Diversa è la situazione del giudice di appello che riformi in senso migliorativo la sentenza di primo grado per dissenso probatorio. La diversità costituisce il riflesso dello standard del ragionevole dubbio valevole anche in secondo grado. Esso fa sì che all’imputato giovi o la *critica demolitiva* del ragionamento probatorio sottostante alla condanna, oppure, *ad abundantiam*, tale critica in aggiunta a un’argomentazione capace di dare una certa *conferma* all’ipotesi fattuale alternativa della difesa. In entrambi i casi, nei quali l’obbligo di motivazione come *obbligo di mezzi* dovrà modellarsi sulla scelta fatta dall’imputato nell’atto di appello, l’obbligo di motivazione rafforzata come *obbligo di risultato* potrà ritenersi adempiuto grazie alla sia pur minima plausibilità dell’argomentazione, intesa come capacità di generare un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell’imputato⁷⁰.

⁶⁷ Sull’opportunità di graduare la forza probatoria esigibile dalla motivazione rafforzata a seconda del tipo di intervento che essa opera sull’esito di primo grado (ribaltamento dell’assoluzione/forza persuasiva superiore, ribaltamento della condanna/mera plausibilità, riforma parziale dell’assoluzione o della condanna/argomentazione progressiva) v. M. CECCHI, *La “motivazione rafforzata”*, cit., p. 1133-1145.

⁶⁸ Sul funzionamento di tale regola di decisione, cfr., con varietà di accenti G. CANZIO, *L’“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 306 ss.; F. CAPRIOLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 66-74; E.M. CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Giuffrè, 2016, p. 84-106; C. CONTI, *Ragionevole dubbio e “scienza delle prove”: la peculiarità dell’esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, in M. Montagna et al. (a cura di), *L’assassinio di Meredith Kercher*, Aracne, 2012, p. 244-249. Cfr., inoltre, volendo, G. CARLIZZI, *Liberio convincimento e ragionevole dubbio*, cit., spec. p. 88-91, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

⁶⁹ Su tale concetto, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Liberio convincimento e ragionevole dubbio*, cit., p. 82 ss.

⁷⁰ Al riguardo, merita senz’altro di essere condivisa la puntuale tesi di M. DANIELE, *Rinnovazione orale delle prove dichiarative*, cit., p. 4-7, secondo cui il rigore epistemico è un valore generale che va preservato non solo nel caso di ribaltamento dell’assoluzione, ma anche in quello di ribaltamento della condanna. Tuttavia, per quanto detto nel testo, bisogna pure precisare che da ciò non deriva un obbligo di motivazione rafforzata in ogni caso di ribaltamento dell’assoluzione. Infatti, se per “motivazione rafforzata” si intende la motivazione che, oltre a sostituire le ragioni della sentenza riformata con altre ragioni, si premura *anche* di criticarle efficacemente, e si ritiene che l’imputato appellante possa vincere *limitandosi* a svolgere questa critica efficace, allora occorre riconoscere che vi sono casi di *ribaltamento della condanna* nei quali *non* si dà un obbligo

5. Morfologia.

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto che, nel processo penale, l'obbligo di motivazione rafforzata sorge quando il giudice di secondo grado riforma l'esito del grado precedente per dissenso probatorio. Abbiamo visto altresì che tale obbligo si atteggia in due forme concorrenti: come obbligo di mezzi e come obbligo di risultato. Nel primo caso, consiste nel dovere di non limitarsi a sostituire gli argomenti della sentenza impugnata con quelli proposti dalla parte vittoriosa, bensì di criticarli previamente. Nel secondo caso, consiste nel dovere di soddisfare attraverso questa critica lo standard probatorio del processo penale: produrre una forza persuasiva superiore, se la riforma è peggiorativa, oppure risultare plausibile, se la riforma è migliorativa.

In questo paragrafo conclusivo dobbiamo chiederci qual è la natura di ciascuno dei due obblighi, in particolare se sono *obblighi perfetti*, muniti di sanzione per la sentenza che non li adempia. Più precisamente, dato che la pronuncia del giudice di appello può essere impugnata con ricorso per cassazione, dobbiamo chiederci se e quale motivo di ricorso può essere fatto valere dalla parte interessata contro gli inadempimenti in esame.

La questione è stata risolta dalla giurisprudenza in maniera abbastanza risoluta, talvolta dando per scontati inquadramenti che, a uno sguardo più attento, si presentano alquanto problematici⁷¹. Come visto nel § 2, essa ha fatto riferimento a diverse costruzioni: "vizio di motivazione", "violazione di legge", "manifesta illogicità della motivazione", "violazione della regola di giudizio del ragionevole dubbio" e così via⁷². Tale risolutezza è in una certa misura comprensibile. La giurisprudenza ha stabilito l'obbligo di motivazione rafforzata per tutelare i fondamentali valori e interessi di cui abbiamo parlato nel § 3. La tutela, per essere adeguata, doveva avvalersi del presidio di appositi motivi di impugnazione per il caso di inadempimento. Per il principio di tassatività delle invalidità processuali, questi motivi dovevano essere tratti dal tradizionale catalogo dell'art. 606, comma 1, c.p.p., il quale, tuttavia, non sembra adattarsi perfettamente ai casi in esame.

Per comprendere il giudizio appena espresso, è opportuno combinare le due coppie fondamentali proposte in precedenza, ossia la coppia "obbligo di motivazione rafforzata della riforma peggiorativa/migliorativa basata su un dissenso probatorio" e la coppia "obbligo di motivazione rafforzata come obbligo di mezzi/di risultato". Onde evitare equivoci, è bene sottolineare che di seguito farò riferimento agli inadempimenti

di motivazione rafforzata. Tutto ciò a tacer del fatto che vi sono casi in cui un obbligo siffatto neppure può essere adempiuto, dato che l'imputato non (solo non è tenuto, ma talvolta neppure) è in grado di fornire prove a sostegno di ipotesi fattuali alternative.

⁷¹ Per riserve analoghe, in particolare sulla possibilità di far valere un vizio, la violazione della regola di giudizio del ragionevole dubbio, che in quanto tale non rileva in Cassazione, cfr. R. CANTONE, *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 463; A. FALLONE, *L'appello dell'assoluzione*, cit., p. 825.

⁷² Cfr. *supra*, nt. 22.

del solo obbligo di motivazione rafforzata, che non si accompagnano, cioè, a inottemperanze a obblighi preliminari, in particolare quello di rinnovazione dell'istruttoria in appello (art. 603 c.p.p.).

5.1. Inadempimento nel caso di riforma peggiorativa basata su un dissenso probatorio.

Il giudice di appello ha l'obbligo di motivare in maniera rafforzata innanzitutto quando peggiora l'esito del giudizio di primo grado per dissenso probatorio. Cosa accade se non lo fa? In riferimento al caso paradigmatico della *trasformazione dell'assoluzione in condanna*, bisogna distinguere a seconda che si tratti di:

A) *inadempimento dell'obbligo di mezzi*. Si ha quando il giudice di appello, nei limiti fissati dal relativo gravame, non svolge la prevista critica degli argomenti addotti dal primo giudice per l'assoluzione e/o non li sostituisce con nuovi argomenti. Ad esempio, il giudice di seconde cure dissente dalla valutazione di inattendibilità di un teste oculare a carico fatta dal primo giudice, ma non critica i suoi criteri probatori e relative applicazioni, e/o non li sostituisce con nuovi criteri e applicazioni.

In entrambi i casi, a rigore, non è chiaro se vi sia un motivo di ricorso per far valere la manchevolezza e quale. Cominciamo dal caso più semplice, il secondo, nel quale il giudice di appello *non sostituisce* gli argomenti dell'assoluzione di primo grado *con nuovi argomenti* ricavabili dal gravame del p.m. Dato che l'affermazione di colpevolezza è motivata solo se vengono addotte ragioni a suo sostegno, tale omissione si traduce in assenza di motivazione. Il punto è che quest'ultima potrebbe essere fatta valere sia come *inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità* ai sensi del comb. disp. artt. 606, comma 1, lett. c)-125, comma 3-546, comma 3, c.p.p.⁷³, sia come *manca di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.*⁷⁴. Forse la soluzione più corretta, perché attributiva di una funzione autonoma a entrambe le norme indicate, consiste nel ritenere che la prima sanzioni l'*assenza formale*, ossia grafica, della motivazione, mentre la seconda la sua *assenza sostanziale*, che si dà quando la parte della sentenza così intitolata è priva dei requisiti strutturali e contenutistici minimi previsti per il discorso giustificativo. Pertanto, può concludersi che l'inadempimento dell'obbligo di mezzi in esame deve essere fatto valere sotto forma di mancanza di motivazione *ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.* Da escludere, invece, è la possibilità di far valere gli altri vizi indicati in tale lettera, cioè la *contraddittorietà* e la *manifesta illogicità*⁷⁵, i quali presuppongono che un discorso giustificativo, sia pure imperfetto, sia stato sostanzialmente svolto⁷⁶. Come pure è da escludere la possibilità di far valere la

⁷³ Su tale motivo di ricorso, cfr. F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 241.

⁷⁴ Su tale vizio, cfr. M.M. ALMA-D. CHINDEMI, *Ricorso penale per cassazione. Guida all'individuazione degli errores rilevabili*, Altalex, 2021, p. 37 ss.; A. CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 67-88; F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 357-389.

⁷⁵ Per una diversa opinione, cfr. A. FALLONE, *L'appello dell'assoluzione*, cit., p. 835.

⁷⁶ Sulle due figure, cfr. M.M. ALMA-D. CHINDEMI, *Ricorso penale per cassazione*, p. 38-44; A. CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, cit., p. 89-243; F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 416-483.

violazione della regola di giudizio del ragionevole dubbio, che può venire in gioco solo sul terreno dell'obbligo di motivazione rafforzata come obbligo di risultato.

Veniamo ora al primo caso, nel quale il giudice di appello *non critica* gli argomenti sottostanti all'*assoluzione* di primo grado nei termini già indicati. Esso è più complesso, perché, a rigore, tale critica, che costituisce il nucleo della motivazione rafforzata, forma oggetto non di un obbligo espresso di legge, bensì di un obbligo di origine giurisprudenziale. Dunque, l'inadempimento di tale obbligo non sembra riconducibile ad alcuno dei motivi di ricorso in Cassazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. In particolare, non sembra riconducibile alla mancanza di motivazione, dato che la critica, a differenza della sostituzione nel caso precedente, non è imposta da ragioni logiche (come conferma la mancanza di una previsione così severa per il giudizio di primo grado: cfr. art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., bensì politico-costituzionali. Pertanto, non vi sono ragioni che impongono di ritenere che l'obbligo di critica in esame sia un obbligo perfetto. Sennonché, nella misura in cui tale obbligo costituisce *ius receptum*, bisogna trattarlo come un obbligo compiuto, dunque munito di tutela in una delle forme legalmente previste. Pertanto, anche in tal caso può concludersi che il suo inadempimento è denunciabile in sede di legittimità solo sotto forma di *mancanza di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.*

B) *inadempimento dell'obbligo di risultato*. Si ha quando gli argomenti critici e/o costruttivi addotti dal giudice di appello per ribaltare l'assoluzione non posseggono una "forza persuasiva superiore", cioè tale da fugare ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato. Quando può dirsi realizzata quest'ultima situazione, è tuttora oggetto di controversia: specie se la "prova oltre ogni ragionevole dubbio" è intesa come uno stato mentale, anziché come l'esito di un preciso percorso metodologico, è difficile dire in quali circostanze ricorre⁷⁷. Dilungarsi sul punto in questa sede non è consentito, ma in fondo neppure è necessario. Quel che conta rilevare è che, comunque si intenda la prova oltre ogni ragionevole dubbio, per stabilire se una sentenza abbia raggiunto tale risultato, bisogna vagliare i contenuti del suo ragionamento probatorio (criteri e relative applicazioni), correndo il rischio di criticarli per la preferenza accordata a contenuti alternativi, dunque di compiere quell'esame di merito che è precluso alla Cassazione quale giudice di legittimità. Anzi, a ben vedere, è innanzitutto la Suprema Corte che intende sottrarsi a questo snaturamento della sua funzione, là dove afferma che la violazione della regola di decisione dell'art. 533, comma 1, c.p.p. è da essa sindacabile solo quando trasmoda nella *contraddittorietà* e nella *manifesta illogicità* previste dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.⁷⁸. Ciò significa, in sostanza, che la suddetta violazione non è mai sindacabile direttamente, ma solo indirettamente, in particolare

⁷⁷ Sull'alternativa tra l'assenza di ragionevoli dubbi come inaccessibile *status* epistemico (concezione prevalente negli Stati Uniti) e come risultato di un percorso metodologico modellabile (concezione affermata in Italia), sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio*, cit., p. 57 ss., 84 ss.

⁷⁸ Tra le tante sentenze in tal senso, cfr. Cass., Sez. II, 16 giugno 2020, n. 18313, in *Foro it.*, II, 2021, coll. 204-207, con osservazioni (coll. 207-209) e nota (coll. 209-214) di G. CARLIZZI, *La regola del ragionevole dubbio nel processo penale, con particolare riguardo al giudizio di cassazione*.

quando deriva da una motivazione le cui *proposizioni cruciali*, in modo più o meno esplicito, *si negano* a vicenda (es.: si spiega in premessa che l'omicidio in giudizio ha costituito un atto di antipatia, ma nello svolgimento della motivazione si rileva che l'antipatia non è una molla sufficiente per un'aggressione a freddo⁷⁹), oppure *non si legano tra loro* (es.: si premette che chi si allontana dal luogo in cui ha trovato una persona *in fin di vita* per un'aggressione lo fa per chiamare i soccorsi, altrimenti probabilmente ne è il responsabile, ma poi si evidenzia che l'imputato ha confessato di essere entrato a casa della vittima, di averla trovata già *cadavere* e di essere fuggito subito dopo), o sono *di per sé prive di qualunque riscontro empirico* (es.: poiché sfilare i jeans è complicato, se una donna ha un rapporto sessuale con i jeans abbassati, allora se li è sfilati da sola⁸⁰), dando luogo in tutti i casi a un discorso insensato. Ma se è così, l'inadempimento dell'obbligo di motivazione rafforzata come obbligo di risultato, nel caso di riforma peggiorativa basata su un dissenso probatorio risulta sanzionabile in Cassazione solo in casi eccezionali. Ciò in contrasto con quanto affermato talora dalla Suprema Corte, quando gli attribuisce la valenza di patologia ordinaria, inquadrandolo, in particolare, come *violazione del canone del ragionevole dubbio*.

5.2. Inadempimento nel caso di riforma migliorativa basata su un dissenso probatorio.

Il giudice di appello ha un obbligo di motivazione rafforzata anche quando migliora l'esito del giudizio di primo grado per dissenso probatorio. Ancora una volta bisogna chiedersi quali conseguenze scaturiscono dal suo inadempimento. Considerando il caso esemplare della *trasformazione della condanna in assoluzione*, si può nuovamente ricorrere alla distinzione tra:

A) *inadempimento dell'obbligo di mezzi*. Qui bisogna fare innanzitutto un po' di chiarezza, ricordando che l'obbligo di motivazione rafforzata consiste propriamente nel dovere del giudice di seconde cure che riformi la sentenza di primo grado per dissenso probatorio di non limitarsi a sostituire gli argomenti su cui essa poggia con argomenti alternativi, bensì di criticarli preliminarmente nei limiti dei motivi di appello. Possono dunque darsi tre casi:

a1) l'imputato appellante, come gli è consentito (cfr. § 4.2.A), tenta soltanto di demolire il ragionamento probatorio sottostante alla sua condanna e il giudice lo assolve senza svolgere alcuna critica di quest'ultima. Qui, a rigore, non si dà inadempimento dell'obbligo di motivazione rafforzata, bensì dell'obbligo di motivare *tout court*, rilevante, ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., come *manca* (sostanziale) della *motivazione*, nei termini chiariti nel § 5.1.A).

a2) l'imputato appellante, come gli è consentito in alternativa alla mera critica degli argomenti su cui poggia la condanna (cfr. di nuovo § 4.2.A), fa seguire a

⁷⁹ Sulla rilevanza del movente nella ricostruzione fattuale, cfr. A. FRANCESCHINI, *Il peso probatorio del movente a delinquere*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 1104-1130.

⁸⁰ In un celebre caso giudiziario, questa massima fu addirittura fatta valere dalla stessa Suprema Corte per annullare la condanna inflitta all'imputato ricorrente: cfr. *Cass.*, sez. III, 10 febbraio 1999, n. 1636.

quest'ultima la sostituzione degli argomenti criticati con nuovi argomenti e il giudice lo assolve senza far propria la stessa critica. Qui si dà inadempimento dell'obbligo di motivazione rafforzata, da trattare per analogia di situazione negli stessi termini illustrati nel § 5.1.A), dunque con gli stessi risultati visti *sub* a1).

a3) l'imputato appellante procede nel modo appena indicato e il giudice lo assolve facendo propria la sua critica, ma non la sostituzione degli argomenti criticati con nuovi argomenti. Qui, a rigore, non si dà inadempimento dell'obbligo di motivazione rafforzata, ma neppure dell'obbligo di motivazione *tout court*: non del primo, perché la critica quale suo nucleo è stata svolta, ma neppure del secondo, perché tale critica è astrattamente sufficiente per l'assoluzione. Tutto sta allora nel vedere se questa sufficienza si è realizzata in concreto, dunque nel controllare se la motivazione incompleta del giudice di seconde cure è dotata di una certa plausibilità. Sennonché, ancora una volta, bisogna fare i conti con la disciplina dei motivi di ricorso in Cassazione. Entrambi i problemi sono trattati nel punto immediatamente successivo.

B) inadempimento dell'obbligo di risultato. Si ha quando la critica svolta dal giudice di appello per ribaltare la condanna non possiede alcuna forza persuasiva, nel senso che non è in grado di far emergere un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato. Correlativamente a quanto visto nel § 5.1.B), non è chiaro quand'è che un'argomentazione produce tale effetto. Tuttavia, anche qui non importa approfondire il problema, bensì evidenziare che l'inadeguatezza della critica effettiva svolta dal giudice di appello non dovrebbe rilevare *sic et simpliciter*, ma solo quando trasmoda in contraddittorietà e manifesta illogicità *ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.* Ne deriva che, anche nel caso in esame, l'inadempimento dell'obbligo di motivazione rafforzata come obbligo di risultato non dovrebbe rilevare in quanto tale.