

Francesco Mauro Iacoviello

LA CASSAZIONE PENALE

Fatto, diritto e motivazione

Seconda edizione

PREFAZIONE

1. Il tempo non passa invano. Dopo dieci anni dalla prima edizione tante cose sono cambiate. Una rivoluzione silenziosa è in atto.

La Cassazione tradizionale rimane una meravigliosa cattedrale gotica, ma tra le sue navate sono cambiati riti e credenze.

Ecco, la metafora della cattedrale ci ricorda la sacralità della giustizia: un'idea che ci ha accompagnato — sarebbe meglio dire: ci ha perseguitato — lungo i secoli.

La sacralità della giustizia implica valori assoluti come la certezza del diritto (e dunque prevedibilità e uniformità), la verità materiale, l'intoccabile distinzione tra fatto e norma.

Cosa c'è di meglio della *sacralità* della giustizia?

Risposta: la *laicità* della giustizia.

Il che implica tante cose.

La prima, da cui derivano tutte le altre: alla certezza del diritto subentra la prevedibilità del diritto. E questo significa introdurre categorie blasfeme. Il *dubbio* e l'*errore*.

Prevedibilità del diritto è formula fascinosa che va approfondita.

A noi certo interessa che il diritto sia prevedibile. Ma ci interessa ancor di più che siano prevedibili le decisioni giudiziarie.

E non sono la stessa cosa.

Prevedere una decisione giudiziaria significa non solo prevedere come i giudici interpreteranno il diritto. Significa anche prevedere come lo applicheranno al fatto. E significa anche prevedere come accerteranno il fatto.

Occorre dunque che legge e giurisprudenza elaborino protocolli logici (cioè una sequenza legale di operazioni logiche) nell'interpretare il diritto e nell'accertare il fatto.

Non basta una *nomofilachia delle norme*.

Occorre anche una *nomofilachia dei casi*.

Le cose si complicano. Tradizionalmente noi ci siamo sempre occupati del mutamento normativo (la successione di leggi).

Ma accanto al mutamento normativo c'è il mutamento giurispru-

denziale. Fenomeno deliberatamente ignorato dal positivismo giuridico di cui era imbevuta la Cassazione tradizionale.

Se il nostro fine è la prevedibilità delle decisioni giudiziarie — ci piaccia o no — dobbiamo fare i conti con l'evoluzione della giurisprudenza. Cioè con il passaggio dal *diritto vissuto* al *diritto vivente*.

Perché il diritto non è solo la *lex*. È il testo normativo più la giurisprudenza che lo interpreta e lo applica.

E allora la prevedibilità delle decisioni giudiziarie non può fare a meno di una *logica del precedente*.

2. Non basta che le decisioni siano prevedibili. È necessario che siano assunte dopo un giusto processo.

Dunque, *un giusto processo che culmina in decisioni prevedibili*.

La riforma del processo penale ha inciso molto più profondamente di quanto appaia.

Partiamo da una idea: prima del processo c'è una indagine. Sarebbe singolare che la Costituzione garantisse un giusto processo e tollerasse una ingiusta indagine. Una giustizia a metà.

Non ci può esserci giusto processo senza una giusta indagine preliminare.

E non è giusta quella indagine preliminare che non doveva neppure iniziare.

Di qui la necessità di porre un argine a quella *terribile misura cautelare occulta* che è l'*informazione di garanzia*.

E ci sono solo due modi per farlo: una notizia di reato che non sia solo una scheggia della fattispecie incriminatrice ma che ne rifletta l'intera figura e uno spessore probatorio come requisito per l'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Dunque, la necessità di distinguere le figure del *sospettato* e dell'*indiziato*.

Una categoria ancora più distorsiva della giusta indagine preliminare e del giusto processo è l'*imputazione*.

L'imputazione è il *tema* del processo. E la Cassazione non può sottrarsi al compito di valutarla perché la vaghezza dell'imputazione e la sua mancata corrispondenza agli atti feriscono il diritto di difesa e fanno perdere al giudizio il suo centro di gravità.

La clamorosa novità è che l'imputazione — storico dominio esclusivo del pubblico ministero — ora è controllata in profondità dal giudice.

È scritta sempre dal pubblico ministero. Ma spesso sotto dettatura del giudice...

La riforma eleva gli standards probatori per l'esercizio dell'azione penale e per il rinvio a giudizio.

Impostazione pregevole che comporta una revisione profonda dell'azione e del dibattimento.

Più archiviazioni, meno assoluzioni.

E così siamo passati dalla *non superfluità del dibattimento* alla *necessità del dibattimento*.

Il dibattimento non è più la meta del processo.

È chiaro che tutto rischia di rimanere un esercizio linguistico se al mutamento delle parole non corrisponde un mutamento sostanziale degli standards.

Ma c'è un rischio ancora maggiore ed è il rischio mortale di ogni sistema processuale: *sostituire i giudizi attuali con le previsioni di giudizi futuri*.

Il giudice dell'udienza preliminare non deve fare previsioni su cosa farebbe un domani un altro giudice. Non deve fare *le previsioni del tempo* del processo.

Deve dirci cosa farebbe lui con le prove che si ritrova. *Qui e ora*.

Anche perché — diversamente dai veri giudizi prognostici (pensiamo alla pericolosità) — il giudice qui non ha categorie predittive.

Le predizioni nel processo non sono controllabili. Sono dunque *arbitrium iudicis*.

Non è *giusto* il processo che non abbia una *ragionevole durata*.

Giusto processo e ragionevole durata non sono categorie antitetiche ma coesenziali: non è giusto il processo che abbia una durata irragionevole ed è ragionevole solo quella durata che assicuri la giustizia del processo.

Di qui la necessità di elaborare una potente *teoria pratica dell'inammissibilità della impugnazione*.

L'impugnazione dovrebbe essere *l'eventualità*, non *la normalità*.

E in fondo non è neppure così balzana l'idea di prevedere due tipi di prescrizione: quella sostanziale e quella processuale.

È coerente con la spaccatura — concettuale e funzionale — del processo tra giudizio di primo grado e impugnazioni. Tra un tempo prima della sentenza e un tempo dopo di essa.

3. In questo scenario dove — per usare una immagine di Kant — spirava molto vento, deve operare la nuova Cassazione.

Che deve reinventare il suo ruolo.

Non è più la Cassazione nata dalla Rivoluzione francese. Ma è

inimmaginabile il ritorno ai cinquecenteschi Tribunali Supremi di Terza istanza.

Ma non ci si può neppure nascondere dietro la toga della Cassazione tradizionale che predicava male (“*ci occupiamo solo del diritto e non del fatto, ci interessa la correttezza della motivazione non la giustizia della decisione*”) e agiva bene (“*entrare nel fatto per vedere se la decisione è giusta*”).

La Cassazione non è più il vertice solitario che ha solo il cielo sopra di sé.

La nuova Cassazione è una Cassazione a sovranità affievolita, perché è un organo di ultima istanza che però diventa una forma inedita di giudice di rinvio rispetto alle sentenze della Corte EDU.

Una Cassazione che certo non acquisisce prove. Ma che certamente valuta le prove.

Perché non è distinguibile il giudizio sulla logicità della motivazione dal giudizio sulla logicità del ragionamento probatorio.

Come può essere logico il ragionamento sull’attendibilità della prova se è illogica la motivazione che riflette tale ragionamento?

Il discorso è perfino improponibile per la prova scientifica.

Qui la Cassazione deve valutare se una legge è scientifica e che spazio deve avere il dissenso scientifico, se una procedura è scientifica e quali sono i suoi margini di errore, infine se nel caso concreto è stata corretta l’applicazione del metodo scientifico basato sulla legge scientifica.

Dunque, nessun dubbio che qui la Cassazione valuta direttamente la prova.

4. Nel passaggio dal processo inquisitorio al processo di parti si è verificato — quasi sincronicamente — un altro passaggio: l’abbandono del sillogismo come schema logico della sentenza e l’adozione del ragionamento induttivo.

Qui contano le probabilità e vanno pesate le ipotesi alternative. Capisaldi della Cassazione tradizionale franano silenziosamente...

Ma c’è di più. La Cassazione tradizionale era abituata a ragionare su fattispecie tipiche, cioè normativamente definite (ecco perché in cassazione il principio di lesività non ha mai avuto molta fortuna).

Ma ora, non solo le fattispecie sostanziali ma anche quelle processuali includono nella loro struttura giudizi di valore: pensiamo alle fattispecie fondate su *standards*.

Qui la tipicità è la fattispecie, bensì è il

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 1

**PERCHÉ NASCE LA CASSAZIONE.
IL PROCESSO INVENTA IL SUO GIUDICE**

SOMMARIO: 1. La Cassazione: ovvero il sogno dell'illuminismo giuridico. — 2. I materiali della realtà: la scoperta della "legge". — 3. Il potere terribile dei giudici e il suo antidoto: la divisione dei poteri. — 4. Un micidiale strumento logico: il sillogismo. — 5. Il silenzio che occulta il potere: la mancanza di motivazione delle sentenze. — 6. Teoria della prova e logica del giudizio nell'illuminismo: legalismo sul diritto, antilegalismo sul fatto. — 7. Le impugnazioni nella visione illuministica. *L'illogicità* dell'appello e la sua mal tollerata coesistenza con la *Cassation*. — 8. Nasce la *Cassation*. Ma il prototipo ha vizi strutturali. — 9. La rivoluzione silenziosa della Cassazione tra sogni impossibili e ritorni al passato. Dal divieto di interpretazione all'obbligo di interpretazione. — 10. Si approfondisce la funzione di nomofilachia: dall'*esistenza* al *significato* della legge. — 11. Dalla *fausse interpretation* alla *fausse application de la loi*. — 12. Dalla falsa applicazione della legge al vizio di motivazione: il c.d. *défaut de base légale* e la motivazione insufficiente o contraddittoria. Un confine non attraversabile: la motivazione illogica. — 13. Cinquant'anni di braccio di ferro tra giudice di merito e Cassazione. — 14. I moniti che ci vengono dall'evoluzione storica del "modello puro" di Cassazione. Gli *opposti* inseparabili: *jus constitutionis* e *jus litigatoris*. — 15. Cassazione e Terza Istanza: un dilemma storico e concettuale.

1. La Cassazione: ovvero il sogno dell'illuminismo giuridico.

La Cassazione nasce da un sogno che ha attraversato i secoli: che sia la legge e non il giudice a fare giustizia.

È sorprendente come legge e giudice storicamente non siano forze sinergiche, ma antagoniste.

Si sa, sono i sogni che cambiano la realtà e gli illuministi erano sognatori irriducibili.

La realtà di quel tempo andava rasa al suolo per costruirne una nuova, pezzo dopo pezzo.

Quel sistema giudiziario non poteva sopravvivere, perché era lo specchio di una società che non esisteva più.

Un sistema per sudditi e non per cittadini. Produceva privilegi e non giustizia, non dava certezza ma arbitrio.

Il diritto era molto più che la legge.

Non c'era solo il diritto scritto, ma anche quello consuetudinario. Non c'erano solo le ordinanze del re, ma anche gli *arrêts de règlement* con efficacia generale dei *Parlements*, organi giudiziari potentissimi.

C'era una reciproca invasione di campo: il potere sovrano era il giudice supremo e, quando voleva, invadeva il campo del potere giudiziario. Per contro il potere giudiziario del *Parlement* sconfinava nei territori del legislativo.

Alla frantumazione del diritto (il c.d. "*particularismo giuridico*") si sommava quella del processo: competenze e procedure variavano a seconda dello *status* delle persone, i reati erano indeterminati, lo sgretolamento del sistema delle prove legali apriva spazi sconfinati allo strapotere dei giudici.

Gli illuministi intuiscono che occorre rompere l'unità indistinta tra diritto e processo penale. Questa promiscuità aveva portato al primato del processo sul diritto sostanziale.

Primato del processo voleva dire sovranità del giudice: proprio di quei giudici professionali, che avevano infestato come una pestilenza la vita giudiziaria del Settecento.

La diffidenza verso il giudice divenne diffidenza verso il processo.

La strada era obbligata: ridurre il processo a mera esecuzione della legge sostanziale.

Questo spostamento *dal processo alla legge* richiedeva varie condizioni.

La prima riguardava il diritto: tutto il diritto andava ridotto alla legge e le leggi dovevano essere poche e chiare.

Di qui l'urgenza della codificazione penale.

La seconda condizione aveva a che fare con il processo. Il processo non è solo diritto, è anche fatto. Allora occorre separare il diritto dal fatto.

Su questa separazione si giocava il destino del sogno illuministico: affidare l'accertamento del fatto alla giuria popolare, affidare il diritto alla legge.

Ridurre il giudice ad essere inanimato, anzi automatico, che applica un *diritto non interpretato* ad un *fatto da lui non accertato*.

La terza condizione investiva direttamente l'organizzazione giudiziaria: occorreva smontare la verticalizzazione del sistema, che creava giudici di terza istanza troppo potenti e fatalmente indocili al morso della legge.

Fu per questo che la *Cassation* si chiamò all'origine *tribunal*:

doveva essere chiaro che non era un organo di vertice, ma sullo stesso piano degli altri organi giudiziari.

Come il tempo avrebbe dimostrato, la forza delle parole non è forte abbastanza per modificare da sola la realtà.

L'illuminismo giuridico nasce dall'odio contro il giudice e si nutre della paura che il giudice possa ribellarsi alla legge. Bisognava dunque tutelare la legge dalle insidie del giudice.

È qui che nasce la Cassazione, "*guard du corp de la loi*". La Cassazione doveva essere l'arma della legge puntata contro il giudice.

Però una Cassazione che serve a proteggere la legge dal giudice, in verità, non promette nulla di buono.

2. I materiali della realtà: la scoperta della "legge".

A spazzar via un sistema che implode da solo, ci vuol poco. La vera impresa è costruire un nuovo sistema. Ci vogliono nuovi materiali concettuali e idee forti che li aggregano.

La materia prima è un nuovo concetto di *legge*.

Esiste la legge di Hobbes ed esiste la legge di Rousseau.

Fino ad allora la legge era lo strumento di uno Stato dispotico. La legge era la forma paludata della volontà del sovrano: *quod principi placuit legis habet vigorem*.

Nello Stato assoluto la legge non aveva più prestigio del giudice, perché entrambi erano le forze premeditate del potere.

Con questo concetto di legge non si poteva abbattere il vecchio sistema e creare un nuovo ordine.

Come dice Montesquieu, ci sono due tipi di corruzione: uno, quando il popolo non osserva le leggi; l'altro, quando è corrotto dalle leggi, male incurabile, poiché ha le sue radici nel rimedio stesso ⁽¹⁾.

Ci voleva un nuovo concetto di legge.

Ed è qui l'idea possente di Rousseau: dal contratto sociale nasce la legge come espressione della *volonté générale*.

Questa legge non è frutto di oppressione, ma di libertà; non discende per i rami del potere, ma sale dal consenso della collettività. Non è privilegio o *ius singulare*, ma previsione generale e astratta.

Nascendo dalla collettività, la legge ne porta la fondamentale natura: il principio di eguaglianza.

(1) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Libro VI, 173.

La diversa legittimazione della legge le attribuisce una più potente autorevolezza.

Il *prestigio* della legge comporta la riduzione del *diritto* alla *legge*: al di fuori della legge non c'è diritto.

Se tutto è legge, la forma tecnica perfetta di legge è il codice, perché esso garantisce la completezza e la coerenza del sistema giuridico.

Dove il diritto è legge codificata, per principio sono da escludere lacune o antinomie. La legge tutto prevede e tutto regola ed è inconcepibile un conflitto tra norme giuridiche.

Nel Seicento si verifica una rivoluzione scientifica.

La legge giuridica recepisce i caratteri della legge scientifica. La vocazione alla generalità di quest'ultima si trasmette alla prima.

Questa esigenza si sintonizza con un altro fenomeno storico: la lenta emersione di figure *tipiche* di reato.

Prima di allora — per esempio — non esisteva il reato di furto, ma esistevano tanti tipi di furto che differivano l'uno dall'altro per lo *status* del soggetto, le qualità dell'oggetto, le modalità dell'azione e così via.

Questo spiega il primato del processo penale sul diritto penale.

Il diritto penale si costruisce nel processo penale. Prima del processo non c'è la norma incriminatrice, perché non c'è il *tipo di reato*, ma solo il *corpus delicti*.

È fatale allora che nel processo si cerchi tanto il reo quanto il reato e che il giudice dia spazio all'analogia.

Invece l'ottimismo epistemologico degli illuministi li porta a credere che — con l'ausilio della Dea Ragione — fosse possibile semplificare la fenomenologia dei comportamenti criminali, condensandola in poche e chiare norme incriminatrici.

Come la rivoluzione scientifica portava alla elaborazione di teorie della realtà naturale, così la rivoluzione francese portò alla codificazione della realtà criminale.

3. Il potere terribile dei giudici e il suo antidoto: la divisione dei poteri.

Alle radici della Cassazione non c'è solo l'idea di Rousseau della legge come volontà del popolo sovrano. C'è anche l'idea di Montesquieu sulla divisione dei poteri.

La teoria Termine estratto capitolo La teoria di Monte-

CAPITOLO 2

LA NUOVA CASSAZIONE E LA STRUTTURA DEL RAGIONAMENTO GIURIDICO: DAL SILLOGISMO ALL'INDUZIONE. L'UTOPIA DELLA CERTEZZA È SOPPIANTATA DAL REALISMO DELLA PROBABILITÀ

SOMMARIO: SEZIONE I - *Mai più sillogismo. La Cassazione tradizionale e l'illusione della verità.* — 1. La sentenza come sillogismo. — 2. Un atto di fede alla base della struttura sillogistica della sentenza: la distinzione tra fatto e diritto. — 3. L'irresistibile fascino del sillogismo. Verità e certezza. — 4. La struttura del sillogismo giudiziario. — 5. La Cassazione: ovvero la logica senza morale. — 6. Il dubbio nella mente e le confessioni silenziose. Come Calamandrei descrive le operazioni logiche del giudice. — 7. Un autoinganno storico della giurisprudenza: il ragionamento giudiziale come razionalità dimostrativa. — 7.1. Il sillogismo come metodo per scoprire la verità? Falso. — 7.2. Il sillogismo come test di rilevanza dei fatti da accertare? Dubbio. — 7.3. Il sillogismo come metodo per decidere? Improbabile. — 7.4. Il sillogismo come metodo di giustificazione? Impossibile. — 7.5. Il sillogismo come stile espositivo della sentenza? Incubo. 8. Il codice processuale prende congedo dal sillogismo giudiziario, perché il sillogismo è estraneo alla logica del contraddittorio. — SEZIONE II - *Induzione e probabilità logica. Come cambia la Cassazione: da giudice di legittimità ad organo di giustizia.* — 9. La fine del sillogismo: *après moi le deluge?* — 10. La stagione del disincanto: dalla *verità* alla *probabilità*. — 11. La struttura del ragionamento giuridico: il ragionamento induttivo. — 12. La probabilità logica. — 12.1. La formula della probabilità logica va integrata, perché deve tener conto delle regole del processo. Norme processuali, norme sostanziali e norme logiche. — 13. L'ipotesi. Ovvero: il filo d'Arianna nel labirinto del processo penale. — 14. Logica del processo e logica del giudizio. L'artificioso dualismo tra un processo senza logica e una sentenza senza tempo. — 15. Senza contraddittorio il ragionamento induttivo non funziona. La razionalità argomentativa ha bisogno di un *giusto processo*. — 16. Il ragionamento induttivo è un metodo per decidere. — 16.1. Il ragionamento induttivo è un metodo di giustificazione. — 16.2. Il ragionamento induttivo è un metodo di motivazione. — 17. Essenziale al ragionamento induttivo è la fissazione di *standards* probatori. — 18. Dalla Cassazione tradizionale alla Cassazione moderna. Un'abiura tacita: dal sillogismo all'induzione, dalla certezza alla probabilità, dal *puro* diritto all'*impuro* fatto. La *correttezza della motivazione* non è scindibile dalla *fondatezza della decisione*. Non c'è *legittimità* senza *giustizia*.

SEZIONE I - *Mai più sillogismo.*
La Cassazione tradizionale e l'illusione della verità

1. La sentenza come sillogismo.

La Cassazione ha sotto gli occhi una sentenza: c'è una imputazione, una motivazione e un dispositivo.

È l'approdo di una navigazione attraverso i secoli.

Prima dell'illuminismo la sentenza si riduceva ad una formula stereotipata: "*visò processu Condemnamus, vel Absolvimus*" ⁽¹⁾. Non diversa era la soluzione nelle terre francesi: "*pour les cas résultant du procès*".

Imputazione e motivazione erano tutte racchiuse in queste formule.

Altre volte il giudice si limitava, in caso di condanna, a dichiarare l'accusato "*atteinte et convaincu d'avoir commis tel crime*" e pronunciava la pena.

Tre erano gli aspetti, secondo Baldo, che occorreva considerare nella sentenza: l'*ordo* (cioè le norme processuali che hanno portato alla sentenza), la *substantia* (cioè la decisione) e la *solemnitas* (cioè le forme della sentenza e le modalità della sua pronuncia).

Del ragionamento del giudice neppure una parola.

Il centro di gravità nel diritto comune non era la sentenza, ma il processo. Non era l'imputazione, ma il *processus informativus* (cioè l'insieme dell'attività probatoria compiuta dal giudice).

I rapporti tra processo e sentenza sono cruciali: finché non si emancipa la sentenza dal processo, potrà concepirsi la Terza istanza, mai la Cassazione.

Perché la Terza istanza ha per oggetto il processo mentre la Cassazione ha per oggetto la sentenza.

Questa emancipazione avviene con l'illuminismo.

La sentenza acquista una struttura e una funzione: è la sentenza che spiega le ragioni della decisione. Parla la sentenza, non il processo.

La sentenza, nata dall'illuminismo, mostra il DNA delle sue origini.

Infatti, lo stile di motivazione — nel tradizionale modello francese — è caratterizzato da una serie di "*attendu que...*".

Questi "*attendu*" non fanno che introdurre una serie di premesse in fatto e in diritto, da cui poi scaturisce la decisione.

⁽¹⁾ Come riferisce GIULIO CLARO, che aggiunge: "*...et sententia valet, et tenet*".

Tale stile è frutto di quell'*esprit de géométrie*, tipico della cultura cartesiana.

La motivazione assume la forma della dimostrazione: da una serie di premesse in fatto e in diritto trae l'ineluttabile conclusione.

2. Un atto di fede alla base della struttura sillogistica della sentenza: la distinzione tra fatto e diritto.

In ogni diritto primitivo — pensiamo al diritto romano arcaico o all'originario diritto germanico — il processo ha per oggetto il solo diritto.

La decisione della controversia è affidata all'intervento della divinità nel processo attraverso ordaie e segni di Dio.

In questo tipo di processo, l'attore avanza una pretesa e non deve neppure indicare i fatti che la giustificano. Il giudice dà la regola di diritto.

Poi c'è il rito (ordalia, duello e simili) che non hanno alcun riferimento alla prova del fatto, servono solo a decidere chi ha ragione.

Sono giudizi, non prove.

Quando dalla prova mistica e irrazionale si passa alla prova razionale e umana, nel processo entra la *prova del fatto*.

Non basta formulare una pretesa giuridica, bisogna indicare i fatti e provarli.

In questo senso è la prova che fa nascere il fatto e non viceversa ⁽²⁾.

Il processo del diritto comune serve ad accertare il fatto e il diritto: anzi è dal fatto che nasce il diritto.

Il processo penale illuministico serve ad accertare il fatto e non anche il diritto.

Il diritto non si accerta, perché è già nella legge. È solo il fatto che va accertato.

Il processo penale si riduce a *regolamento di esecuzione del diritto penale*.

La ragione illuministica impone la ferrea distinzione tra fatto e diritto. Ma c'è molta *fede* in quella *ragione*.

(2) Non è chiaro se la distinzione diritto-fatto sia da ricollegarsi al processo formulare e alla distinzione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*. Certo è che queste due fasi — se non storicamente, certo logicamente — esprimono il rapporto tra diritto e fatto: prima c'è una pretesa che viene qualificata giuridicamente; poi si passa a provare il fatto. Prima c'è un giudizio di rilevanza giuridica, poi un giudizio di fondatezza.

3. L'irresistibile fascino del sillogismo. Verità e certezza.

La verità e la certezza sono il sogno perenne del processo penale. Il sillogismo è parso lo strumento per realizzare il sogno.

Nel linguaggio comune i termini *verità* e *certezza* sono spesso usati promiscuamente.

Purtroppo, l'esperienza di tutti i giorni ci dice che verità e certezza sono cose diverse: io sono certo di una cosa che invece è falsa e posso essere incerto di una cosa che invece è vera.

Noi non vediamo mai al di là delle nostre certezze.

Verità e certezza sono distinte, perché il processo non è un congegno infallibile: non sempre la certezza del giudice è la verità del fatto.

Il più moderno scrittore di processo penale — e cioè il Carrara — scriveva oltre un secolo e mezzo fa che “*la verità è nelle cose, la certezza in noi*” (3).

Il Carrara non era né il solo, né il primo a dir questo, perché già il Filangieri (4) aveva sottolineato che la certezza o il dubbio sono nell'animo, mentre la verità o la falsità sono nella proposizione.

Affermazione più precisa di quella del Carrara, perché i fatti sono reali o immaginari, ma non veri o falsi. Vera o falsa è l'affermazione su un fatto (5).

C'è però un filo impercettibile che stringe certezza e verità.

La certezza è una credenza giustificata. La certezza non è — come vorrebbe il Filangieri — una passione dell'animo.

Piuttosto è — se è consentito l'ossimoro — una *passione della ragione*.

Un giudice non è certo, perché così gli dice il cuore. È certo perché ha buone ragioni per esserlo.

Non basta dire: io credo. Devo spiegare i motivi per cui credo.

Il vincolo tra certezza e verità sta in questo: che i criteri che fondano la certezza sono gli stessi criteri che dovrebbero consentire di raggiungere la verità (6).

Ci vuole uno strumento — un *organon* — che unisca in un ferreo legame la verità del fatto, la certezza del giudice, la convinzione della collettività.

(3) CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, parte generale (1859), par. 900, 205.

(4) FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1760), ed. 1984, tomo I, 456.

(5) CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, parte generale (1859), par. 900, 205.

CAPITOLO 3

LA NUOVA CASSAZIONE E LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO.
INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE

SOMMARIO: SEZIONE I - *La realtà più forte del sogno: dal divieto di interpretazione alla necessità dell'interpretazione.* — 1. I nemici inseparabili: legge e interpretazione. — 2. Un male necessario: la giurisprudenza. — 3. E la Cassazione? Cambia il clima ma la pianta resiste. — 4. Al centro di una tempesta perfetta la Cassazione. Dalla *lex clara* alla *lex obscura*. — 5. La Cassazione e la sua missione impossibile: l'“esatta osservanza” della legge. — SEZIONE II - *Dalla libertà interpretativa al metodo legale di interpretazione.* — 6. Dall'“esatta osservanza all'anarchia interpretativa”? — 7. La necessità di un *metodo legale di interpretazione*. — 8. La meno applicata di tutte le norme: l'art. 12 preleggi. Eppure è una norma giuridica... — 9. L'art. 12 preleggi. Poche parole, tanti problemi, ma anche molte soluzioni. — 10. Gli altri criteri ermeneutici legali che discendono dal principio costituzionale della *razionalità della legge*. — 11. *Iura novit curia?* Il diritto — come il fatto — va provato. — 12. I canoni interpretativi: *indizi* per provare il diritto. — 13. L'*indizio del testo*, ovvero il criterio ermeneutico letterale. *Indizio grave* ma *non univoco*. — 14. L'*indizio della volontà del legislatore* ovvero il criterio ermeneutico storico. — 14.1. Una visione meno antropomorfa e più realistica della *intenzione* del legislatore. — 15. L'*indizio della coerenza razionale*, ovvero il criterio dell'interpretazione logico-sistematica. — 16. L'*indizio della razionalità degli effetti* della legge. La tecnica di bilanciamento dei valori. — 17. Il metodo legale di controllo di una ipotesi interpretativa. *La probabilità logica* di una ipotesi interpretativa. Il conflitto degli indizi interpretativi. *In dubio pro reo* per il diritto? — 18. La *legge obscura* e il conflitto tra testo della legge e intenzione del legislatore. — 18.1. In pratica, come interpretare la *legge incerta*? Un protocollo logico. — 19. Fare i conti con la realtà: dal *diritto certo* al *diritto probabile*. *La prevedibilità del diritto* e la *qualità* della legge. — 20. Dall'“esatta osservanza all'interpretazione più convincente”. La Cassazione modifica il suo genoma culturale.

SEZIONE I - *La realtà più forte del sogno:
dal divieto di interpretazione alla necessità dell'interpretazione*

1. I nemici inseparabili: legge e interpretazione.

La storia dell'interpretazione è la storia di una lotta di potere tra legislatore e giudice.

Più è forte il giudice, più debole è la legge. Perché una legge che ha bisogno di interpretazione non è autosufficiente e dunque non è sovrana: è una legge che ha bisogno di un giudice.

Lo aveva ben capito Giustiniano, che aveva vietato l'interpretazione ⁽¹⁾. Lo avevano capito gli Statuti comunali. Lo avevano ben presente le monarchie degli Stati nazionali che si andavano formando nel XVI e XVII secolo.

Questa idea tenace attraversa i secoli raggiungendo il suo apogeo nella metafora illuministica del giudice "*bouche de la lois*".

Il divieto di interpretazione è una tentazione che — di tanto in tanto — affascina il legislatore contemporaneo.

Che vuole essere illuminista.

Ma è soltanto poco illuminato.

Il fatto è che non si può imporre un divieto che urta contro l'esperienza ⁽²⁾. Sarebbe come stabilire per decreto che la forza di gravità agisca verso l'alto.

È un luogo comune che l'imprevedibilità del diritto dipende dal giudice e non dalla legge.

Dipende anche dalla legge.

Ogni legge, infatti, nasce con due vizi congeniti: l'oscurità e la lacuna.

Anziché di *legge*, parliamo di *casi*: il *caso dubbio* e il *caso non previsto*.

C'è il *caso dubbio*, frutto di una legge ambigua. E c'è il *caso non previsto*, perché le capacità di previsione di un legislatore umano sono limitate.

E se i *casi* non sono decidibili secondo previsioni attendibili, la *legge applicata ai casi* diventa incerta ⁽³⁾.

È l'incertezza del *caso* che rende incerto il diritto.

⁽¹⁾ Nella storia del diritto c'è un rimedio che a cadenze puntuali ricorre: attribuire al sovrano e non al giudice il potere di interpretare. È il vecchio principio "*ejus est interpretari legem cujus est condere*".

⁽²⁾ Questo divieto già in epoca medievale si dimostrò assurdo. Come diceva Bartolo, l'*interpretatio* in sé e per sé non può essere abolita dalle leggi positive, essendo *naturaliter* necessaria. Solo la *frivola interpretatio* (cioè l'interpretazione assolutamente campata in aria, assurda e fuori dai "*dicta verba*") può essere bandita. A conti fatti, il *divieto* di interpretazione altro non era che un *obbligo*: l'obbligo di interpretazione letterale.

⁽³⁾ Nell'epoca preilluministica il problema interpretativo ruotava intorno al "caso previsto dalla legge": questa era l'isola del legislatore, oltre i confini di questa isola c'era il mare procelloso dell'*interpretatio*.

È l'*applicazione* (cioè applicare la *legge al caso*) che rende incerta l'*interpretazione* (dare un significato alla legge in generale).

Rassegnamoci: finché esisterà la legge e ci sarà un giudice, esisterà l'interpretazione.

2. Un male necessario: la giurisprudenza.

“... *Bisogna rendere sovrano il meno possibile il giudice ...*” diceva Aristotele ⁽⁴⁾.

Questo monito è rimbalzato di epoca in epoca fino ai giorni nostri.

Il legislatore ha da sempre sfiducia nel giudice. Il giudice vuole essere un padrone. Il legislatore vuole renderlo servo.

Ma non c'è nessun servo peggiore del giudice. Né peggior padrone...

Fu un obiettivo mancato dell'illuminismo giuridico l'eliminazione della giurisprudenza.

Montesquieu, Beccarla, Filangieri muovevano tutti in questa direzione.

La *codificazione* diventò la risposta all'anarchia della giurisprudenza. Fu lo strumento letale con il quale si voleva uccidere la giurisprudenza.

Ecco dunque la complessa operazione concettuale dell'illuminismo: ridurre il diritto alla legge e racchiudere la legge in codice.

Eliminata l'esigenza dell'interpretazione, si eliminava la necessità della giurisprudenza.

Nella terra assoluta e deserta, dove non pioveva neppure una goccia di *quaestio iuris*, non poteva attecchire la foresta tropicale della giurisprudenza.

Le cose evidentemente non stavano così.

Allora — più realisticamente — si è cercato di far convivere legislazione e giurisprudenza

Per salvare, ad un tempo, la sovranità della legge e la legittimità dell'interpretazione, è stata escogitata la teoria della interpretazione come *scoperta del significato della legge*.

Ma è una teoria che è un falso storico e concettuale, perché postula tre idee forti e screditate: *a*) che esiste un significato unico e oggettivo della legge (*verità oggettiva*); *b*) che il giudice abbia un metodo infal-

(4) ARISTOTELE, *Retorica*, I, 1, 1354 b, 4.

libile per raggiungerlo (*conoscibilità oggettiva*); c) che il giudice abbia argomenti inconfutabili per dimostrarlo (*dimostrabilità oggettiva*).

Dopo qualche migliaio di anni ritornano gli argomenti di Gorgia.

Il rischio — allora come ora — è che la legge venga inghiottita dalla giurisprudenza.

È una costante dei secoli diciassettesimo e diciottesimo la critica alla degenerazione della giurisprudenza che rende il diritto una variabile impazzita (5).

L'interpretazione della legge aveva preso il sopravvento sulla legge. Da ogni parola della legge scaturivano imprevedibili *opiniones* sapienziali che portavano a conclusioni opposte.

Bastava dare una legge in pasto alla giurisprudenza ed ecco che la legge veniva ferocemente morsicata e sminuzzata.

Segni inquietanti fanno pensare che stiamo vivendo una riedizione di quei tempi.

3. E la Cassazione? Cambia il clima ma la pianta resiste.

La Cassazione non era nata per interpretare.

Dopo poco più di un decennio — dalla rivoluzione alla restaurazione napoleonica — la Cassazione ha dovuto attrezzarsi per affrontare una ben diversa realtà: una norma penale che andava interpretata ed un'applicazione che oscillava dal *chiaroscuro della norma* al *chiaroscuro dei fatti* (6).

Agli inizi la Cassazione fu aiutata da una corrente dottrinarina (*l'Ecole de l'exégèse*), che era l'immediato prodotto della codificazione.

La principale caratteristica di questa corrente era il feticismo del testo della legge (7).

Quindi, predominio dell'interpretazione letterale.

Quindi valorizzazione dell'*argumentum a contrario*, esprimentesi nella massima tradizionale "*ubi lex dicit voluti, ubi lex tacuit noluit*".

Questa corrente interpretativa si confaceva meravigliosamente alla

(5) Pensiamo al *Dottor volgare* del Cardinale De Luca o al *Dei Difetti della giurisprudenza* del Muratori.

(6) Lo aveva ben capito Napoleone il quale — secondo un aneddoto — quando venne a sapere che era comparso un primo commento al Code, disse: "*Mon Code est perdu!*".

(7) Come affermò uno dei suoi principali fautori — il Demolombe — "*i testi prima di tutto*".

CAPITOLO 4

LA VIOLAZIONE DELLA NORMA PROCESSUALE

SOMMARIO: SEZIONE I - *La dialettica potere-garanzie e la dialettica conoscenza-errore.* —

1. Le situazioni soggettive nel processo penale. Se il diritto penale è la *Magna Charta del reo*, il processo penale è la *Magna Charta del potere.* — 1.1. Le trame incrociate del processo: *garanzie di diritti*, ma anche *garanzie dall'errore.* — 2. La nullità come *trappola* o come *terapia?* — SEZIONE II - *Le nullità tradizionali e la funzione della Cassazione.* — 3. Le nullità tramandateci dal passato, ancora a noi tanto care. *Tassatività, formalismo e oggettività.* — 4. Le nullità *odiate* dal processo inquisitorio: le nullità assolute. — 5. Perché le nullità tradizionali piacciono così tanto alla difesa? — SEZIONE III - *Molto è cambiato. L'impatto sistematico dell'art. 111 della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.* — 6. Le nullità nel braccio di ferro tra giusto processo e ragionevole durata. — 7. Quando un processo può dirsi giusto? *La teoria del nucleo minimo* o la *teoria dell'espansione illimitata?* — 8. Nullità e ragionevole durata. Il processo funziona male proprio perché funziona bene il formalismo delle nullità. — 9. Il sistema delle nullità visto con gli occhi della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il processo come *diritto.* La *dignità* dell'imputato nel processo. — 10. Il processo cambia il suo *software:* dalla *nullità tradizionale* alla *nullità moderna.* — SEZIONE IV - *Il principio di lesività delle nullità.* — 11. L'emersione del principio di lesività delle nullità. Due esempi. Un *protocollo logico.* — 12. Cosa si intende per lesività delle nullità? — 13. Inoffensività e raggiungimento dello scopo. Non sono la stessa cosa. — 14. I limiti del principio di lesività. La lesività *in re ipsa.* — 14.1. Le nullità assolute. — 14.2. L'incompetenza. — 14.3. Gli atti di impulso processuale. — 14.4. Gli atti per i quali c'è già una intrinseca valutazione legislativa di lesività. Termini e avvisi. La nullità delle prove. — 15. L'area della nullità lesiva è principalmente quella degli atti processuali finalizzati ad informare o attribuire facoltà. — 15.1. Inoffensività originaria e inoffensività sopravvenuta. — 16. La *nullità parziale* degli atti processuali complessi. La *teoria del firewall.* — 17. La prova della lesività della nullità. — 18. Il principio di lesività è già nelle norme. L'art. 6 CEDU e la relativa giurisprudenza. — 18.1. L'invalidità derivata è basata sul principio di lesività. — 18.2. La deducibilità delle nullità implica una valutazione del giudice sulla lesività in concreto della nullità. — 18.3. Le sanatorie implicano valutazioni in ordine all'attuale lesività dell'atto invalido. — 19. Le obiezioni al principio di lesività delle nullità. — 19.1. Prima obiezione: introducendo il criterio di lesività non si dà troppo potere al giudice, accrescendo (anziché diminuire) l'incertezza del processo? — 19.2. Seconda obiezione: la *lesività* delle nullità violerebbe il principio di tassatività delle nullità. — SEZIONE V - *Oltre la tassatività: l'atto abnorme e l'abuso dell'atto processuale.* — 20. *L'abnor-*

mità e la sua *abnorme* espansione. Abnormalità *genetica, strutturale e funzionale*. — 21. Esistono atti processuali atipici e validi? La *realtà sotto-processuale*. — 22. Il sistema delle invalidità richiede una nuova categoria: l'*abuso dell'atto processuale*. — 23. Una nozione processuale a contenuto indeterminato: l'*abuso del processo*. — 23.1. Un caso di abuso processuale: le nullità assolute occulte. Non rilevate perché non rilevabili dal giudice. 24. Come sanzionare l'abuso dell'atto processuale? — SEZIONE VI - *L'infelicità delle norme: a proposito di deducibilità e sanatoria. L'interesse a dedurre la nullità*. — 25. Deducibilità e sanatoria. Non sono la stessa cosa? — 26. Cosa significa *aver concorso a dar causa alla nullità*? — 27. L'interesse a dedurre la nullità. Cosa significa "persona interessata"? — 27.1. E se non ci fosse nessuna parte interessata? — 28. Le vicende dell'interesse ad eccepire la nullità. *C'è, scompare, riappare*. — 29. Interesse ad eccepire la nullità ed interesse ad impugnare. Non ogni nullità diventa automaticamente motivo di impugnazione. — 30. L'altra faccia della luna (quella che non si vede): l'art. 129 c.p.p. e le nullità. — 31. Nullità processuale e decisione giusta. È ammissibile l'eccezione di nullità della difesa quando l'accusa è fondata e prima o poi sarò condannato? — 32. Il discorso cambia per le prove: non c'è interesse ad eccepire la nullità (o inutilizzabilità) di una prova se essa è irrilevante per la decisione finale. — 33. L'omessa motivazione su richieste infondate. — 34. La *prova omessa* e la *nullità virtuale*. Il caso dei verbali non trasmessi. — SEZIONE VII - *Un punto oscuro: la rilevabilità di ufficio delle nullità*. — 35. Hanno senso in un processo di parti le nullità generali non assolute (c.d. a regime intermedio)? La *teoria dell'aiuto caritatevole del giudice alla parte debole*. — 36. Rilevabilità di ufficio e deducibilità di parte: come coordinare questi due poteri? La regola del "*chi arriva prima*"? — 37. La funzione obliqua delle nullità generali non assolute: da *aiuto caritatevole* del giudice alla parte debole a *ricatto* della parte debole sul processo. — 38. "*Rilevabilità di ufficio*". Cosa significa? Un giudice *cane da guardia* o un giudice *cane da caccia* delle nullità? — 39. Questioni rilevabili di ufficio e contraddittorio. Le suggestioni della *Drassich*. — 40. La rilevabilità di ufficio in cassazione. *Rilevare* ed *accertare* una nullità non sono la stessa cosa. Ricorso straordinario? — 41. La Cassazione e la c.d. *perpetuatio nullitatis*. Vige nel processo penale il principio che l'eccezione di nullità si converte in motivo di impugnazione? — 41.1. Casi in cui la nullità non sia stata dedotta o rilevata nel giudizio di primo grado. — 41.2. Casi in cui la nullità sia stata dedotta o rilevata nel giudizio di primo o di secondo grado. — SEZIONE VIII - *L'inutilizzabilità della prova*. — 42. La ricerca della verità tra nullità processuali e inutilizzabilità. — 43. Il trapianto della *inutilizzabilità* in un processo a verdetto motivato. — 44. L'inutilizzabilità: territorio della legge o del giudice? — 45. La nullità della prova si distingue dalla nullità di tutti gli altri atti processuali. In essa conta *l'utilizzabilità*. — 46. L'inutilizzabilità: divieto di acquisizione o divieto di uso probatorio? — 47. I divieti probatori: come individuarli? — 47.1. La prova incostituzionale. Ovvero: l'equivoco delle parole. — 47.2. La prova illecita. Ovvero l'intramontabile visione etica del processo penale. — 48. *La inutilizzabilità e le inutilizzabilità*. — 49. È ammessa una *inutilizzabilità contra reum*? I guasti della rilevabilità di ufficio. — 50. *Le scelte senza ritorno* dell'inutilizzabilità: al fondo c'è sempre un conflitto di principi e di interessi. — 50.1. Dichiarare inutilizzabili le intercettazioni? Etica dei principi ed etica della responsabilità. — 51. È sanabile l'inutilizzabilità? *I due paradigmi* delle inutilizzabilità: casi in cui il

consenso è rilevante e casi in cui è irrilevante. — 52. Inutilizzabilità e *ius superveniens*. La logica non ammette norme transitorie. — 53. L'*inutilizzabilità derivata*. Come dire: inutilizzabilità sì, ma senza esagerazioni! — 54. Dalla perquisizione al sequestro. Come la *teoria dei frutti dell'albero avvelenato* diventa la *teoria dei frutti dell'albero selvatico*. — 55. La *nullità derivata* dall'*inutilizzabilità*. — SEZIONE IX - *Oneri delle parti nel sistema delle nullità. Protocolli processuali e codici deontologici*. — 56. Processo di parti e ragionevole durata: un congegno sofisticato. — 57. *Soft law* nel processo penale: i *protocolli processuali*. — 58. Dai protocolli processuali alle norme deontologiche. — 59. Esiste nel processo un dovere di collaborazione delle parti? — 60. Puntare alla prescrizione? "*Fallo pure, se ci riesci.*" — 61. Collaborare no, ma almeno essere leali! — 62. Il dovere — o meglio, l'onere — di diligenza. — 63. Onere di diligenza, nullità e decadenze. — 64. Il *giusto* costo di un *giusto* processo. L'*effettività* della difesa. — SEZIONE X - *La prova delle nullità. Onere probatorio e standards probatori*. — 65. La nullità tradizionale e la nullità moderna. L'erosione del *principio di constatazione*. Due esempi. — 66. Nel processo moderno muta il *fatto processuale* e conseguentemente si espande l'*obbligo di motivazione*. — 67. Cambiando la struttura delle norme processuali, nascono problemi nuovi. — 68. Le *carte processuali* non bastano più a provare il fatto processuale. — 69. Quando deve essere provato il fatto processuale? La *teoria del fatto processuale controverso* e la *teoria del giudice garante dell'ordine pubblico processuale*. — 70. Da chi deve essere provato il fatto processuale? Obbligo di controllo del giudice e onere della prova a carico della parte. — 71. "*Chi deve provare cosa?*". Non è solo la legge, ma è anche il giudice a distribuire l'onere della prova dei fatti processuali. — 71.1. La prova degli atti del giudice. Non esiste una presunzione di legittimità degli atti del giudice. — 71.2. La prova della volontà degli atti processuali. La *teoria dell'agente razionale informato*. — 72. Come provare i fatti processuali? Il caso dell'ora mancante nei decreti di convalida. — 73. Lo standard probatorio del fatto processuale. Vale l'*in dubio pro reo* per il fatto processuale? — SEZIONE XI - *La Cassazione è ancora giudice del fatto processuale? Error in procedendo e vizio di motivazione*. — 74. *Errore di diritto* ed *errore di fatto* nella violazione di norme processuali. — 75. Il principio "*Cassazione giudice del fatto processuale*" fa acqua da molte parti. — 76. La Cassazione è giudice del fatto di fronte ad un provvedimento motivato? — 77. Quando la Cassazione controlla il fatto processuale e quando si limita a controllare la motivazione del giudice sul fatto processuale? — 78. Può la Cassazione annullare con rinvio per vizio di motivazione su un fatto processuale? 79. Intercettazioni e Cassazione. La Cassazione giudica i *decreti* o giudica i *fatti processuali*? — 79.1. I paradossi della *Cassazione giudice di fatto* in materia di intercettazioni. — 79.2. L'interpretazione vigente non viola il diritto di difesa? — 79.3. Cambiare prospettiva: i decreti di intercettazione sono validi perché ci sono le condizioni per emetterli. Un *protocollo processuale* per la validità delle intercettazioni. — 79.4. Omessa motivazione dei decreti. Vizio insuperabile? — 80. La motivazione come requisito di validità del provvedimento e la motivazione come indizio della validità del provvedimento. — 81. Declino silente di una distinzione antica: la distinzione tra *error in procedendo* ed *error in iudicando*. — 81.1. Si è accorciata la distanza tra *error in procedendo* ed *error in iudicando*. Validità del processo e giustizia della decisione. — 82. La conversione della nullità in vizio di motivazione. *La teoria della seconda chance*. — 83. I limiti della conversione della

nullità in vizio di motivazione. — 84. Le nuove coordinate del sistema: ordine pubblico processuale, principio di lesività delle nullità non assolute prova e motivazione del fatto processuale. Dal *principio di tipicità* al *principio di proporzionalità*.

SEZIONE I - *La dialettica potere-garanzie e la dialettica conoscenza-errore*

1. **Le situazioni soggettive nel processo penale. Se il diritto penale è la *Magna Charta del reo*, il processo penale è la *Magna Charta del potere*.**

Il diritto penale tutela l'accusato: i reati sono quelli, non si può punire per un fatto che non è reato.

Anche il processo penale dovrebbe tutelare l'accusato: il potere statale può invade la sfera dell'individuo solo in certi casi e in certi limiti, oltre non deve andare.

In realtà, storicamente il processo penale ha tutelato non l'accusato ma il potere, dando una legalità senza limiti alla sua azione.

Cioè garantendogli — ad un tempo — immunità e spazi di azione. Come?

Il potere giudiziario è una minaccia sia per lo Stato che per il cittadino.

La minaccia verso lo Stato si manifesta in vari modi: processare il potere, invadere il potere altrui, disobbedire al potere.

Di qui il doppio meccanismo di autotutela dello Stato:

1) *limitare il potere giudiziario* nei confronti degli altri poteri (es. fissando condizioni di procedibilità, estendendo l'area del segreto ecc.);

2) *collegare il potere al dovere* (caso tipico, l'azione penale: è un potere-dovere esercitarla).

Il pm o il giudice *dove non deve, non può*.

E *dove può, deve*. Non esiste un *potere facoltativo* in capo agli organi pubblici ⁽¹⁾.

Neutralizzata così la minaccia allo Stato del potere giudiziario, si tratta ora di assicurargli libertà d'azione nei confronti degli altri soggetti processuali.

⁽¹⁾ *Discrezionale e facoltativo* significano cose diverse. L'atto discrezionale è un atto doveroso, i cui presupposti e condizioni sono parzialmente determinati. Per esempio, il pm può non esercitare l'azione penale. Dove ne allora non è

CAPITOLO 5

UNA CATEGORIA ANTICA DAL GRANDE FUTURO:
LA PRECLUSIONE

SOMMARIO: 1. Dal cielo della metafisica giuridica al traffico infernale dei processi penali. — 1.1. L'incomunicabilità tra procedimento incidentale e procedimento principale provoca distorsioni in quest'ultimo. Il *principio di minima interferenza*. — 2. Un altro mondo processuale possibile. — 3. La metamorfosi dei procedimenti incidentali: è rimasto lo stesso nome, ma la sostanza è cambiata. — 4. Un equivoco: la cognizione *sommaria* nel processo incidentale e *piena* nel processo principale. — 5. Il processo penale postmoderno. La sfida della sua complessità crescente. — 5.1. Gli ottimi, ma insufficienti, servigi resi al processo dal *principio di assorbimento* e dal c.d. *giudicato cautelare*. — 6. Sulle orme di una entità misteriosa: l'*incidentalità*. — 7. La faticosa emersione del principio di preclusione dalle acque profonde del processo penale. — 8. Il principio di preclusione tra *giusto processo* e sua *ragionevole durata*. — 8.1. Il principio di preclusione giova alla prevedibilità delle sentenze. — 9. I limiti operativi della preclusione del procedimento incidentale sul procedimento principale. — 10. *De quaestionibus*. Alcune obiezioni al principio di preclusione da procedimento incidentale a procedimento principale. — 10.1. Prima *quaestio*: perché la preclusione dovrebbe scattare a seguito della sequenza *ordinanza-impugnazione-decisione della Cassazione*? Non basta l'ordinanza irrevocabile, in quanto non impugnata? — 10.2. Seconda *quaestio*: la preclusione che cade su un'eccezione di nullità assoluta o di inutilizzabilità non infrangerebbe la regola della rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento? — 10.3. Terza *quaestio*: chi deve provare la preclusione? — 11. La regola nascosta del codice: *preclusione* e *principio di razionalità processuale*. — 12. La preclusione all'interno dei procedimenti incidentali. L'evoluzione del giudicato cautelare: da categoria *pro reo* a categoria *contra reum*. — 13. Quando si realizza il giudicato cautelare? — 14. Quale è l'ampiezza dell'effetto preclusivo: il *dedotto* o anche il *deducibile*? La *teoria del vuotare il sacco*. — 15. La *preclusione logica*. Può la preclusione logica rendere vincolante il precedente?

1. Dal cielo della metafisica giuridica al traffico infernale dei processi penali.

L'argomento ha qualcosa di metafisico, ma i problemi che tratta sono maledettamente pratici.

Una tradizione che si perde nel tempo ci dice: ciò che avviene nel cautelare non ha il minimo effetto sul processo principale.

Bene, ma quale è il risultato?

Facciamo degli esempi.

Le intercettazioni: la difesa ne eccepisce l'inutilizzabilità nel procedimento cautelare personale e poi nel cautelare reale e infine nel procedimento principale.

La questione è sempre la stessa e non si sposta di un millimetro, ma su di essa intervengono sette pronunce (tribunale di riesame e cassazione, tribunale di riesame e cassazione, primo grado, secondo grado e cassazione).

Il fatto sensazionale è che intervengono tre pronunce della Cassazione, cioè dell'organo supremo che avrebbe una funzione di nomofilachia!

Strano concetto questo di nomofilachia, tanto solenne quanto impotente.

Come può essere credibile una nomofilachia *erga omnes* quando essa non riesce ad imporsi neppure all'interno del processo in cui la sentenza di cassazione viene pronunciata?

E che dire delle questioni di diritto sostanziale?

Mettiamo che la ricostruzione del fatto non sia mutata di una virgola: nel cautelare giudice di riesame e Cassazione affermano che quella costruzione è abusiva e lasciano in piedi il sequestro. Ciò non impedisce che nel principale quella costruzione — per la Cassazione — non è più abusiva.

La cosa assume maggiore evidenza nel caso di ricorso *per saltum* nel cautelare: la Cassazione si esprime sulla sola violazione di legge. Sulla stessa questione si esprime nel processo principale.

E la prima sentenza non ha alcun effetto sulla seconda.

Evidentemente c'è una *Cassazione maggiore* e una *Cassazione minore*: quella emessa nel cautelare è una sentenza figlia di un dio minore...

Siamo oltre il garantismo.

Il garantismo vuole essere un rimedio all'errore.

Qui si cerca invece di provocare l'errore: se fai ripetere ad un calciatore sette calci di rigore, è probabile che qualcuno lo sbagli.

È un bene che più giudici si pronuncino sul fatto, ma che nello stesso processo sulla stessa questione di diritto ci vogliano sette pronunce per mettere la parola fine alla questione, è un'idea ossessiva che ricorda la patologia della coazione a ripetere.

Vengono in mente le parole di Pagano sugli “intrighi e laberinti” del processo.

Ci fossero in Italia mille processi penali l’anno, il sistema non sarebbe devastante ma soltanto ridicolo. Il fatto è che di processi ne abbiamo qualcuno in più.

1.1. *L’incomunicabilità tra procedimento incidentale e procedimento principale provoca distorsioni in quest’ultimo. Il principio di minima interferenza.*

Un sistema siffatto genera procedimenti incidentali e non invoglia la scelta di riti alternativi.

In fondo, che mi costa azionare un procedimento incidentale?

Per male che vada tutto rimane come prima e la stessa questione la posso riproporre nel procedimento principale.

E se sulla questione di diritto ho torto nell’incidentale, perché dovrei rifugiarmi nel patteggiamento o nell’abbreviato? Nulla è perduto e la stessa questione la ripropongo nel principale e non è detto che anche questa volta mi vada male.

E se mi va male, perlomeno ci ho provato.

Stando così le cose, è da sprovveduti non fare cautelari a ripetizione: sono azioni a costo zero.

Questa perversa incomunicabilità tra processo principale e procedimenti incidentali è frutto di quella che potremmo definire il *principio di minima interferenza*: i procedimenti incidentali — di norma — incidono solo sull’atto o situazione, che costituiscono il loro tema da decidere.

Uno scenario da incubo. Si incentivano i procedimenti incidentali e si disincentivano i riti differenziati.

Dei mondi processuali possibili questo non è certamente il peggiore, ma è certo il più surreale.

Il fatto è che a volte nel processo la follia non è rilevabile di ufficio e il buon senso è un vizio sanzionato con l’inutilizzabilità.

2. Un altro mondo processuale possibile.

Ma c’è un altro mondo possibile in cui le cose andrebbero diversamente.

In questo mondo processuale al *principio di minima interferenza* si sostituisce il *principio di preclusione*.

Che grosso modo funziona così: la pronuncia irrevocabile nel cautelare sulla questione di diritto o sulla questione di fatto (salva la clausola *rebus sic stantibus*) fa stato nel processo principale.

Ovviamente occorrono queste condizioni: *a*) le medesime parti; *b*) il medesimo processo in senso lato (cioè la medesima *notitia criminis* o la medesima imputazione); *c*) la medesima questione di diritto; *d*) l'immutabilità della situazione di fatto e delle prove rilevanti; *e*) un subprocedimento scandito da questi momenti: provvedimento cautelare-riesame-cassazione.

Non ci sarebbe un abbassamento delle garanzie, perché è assicurato il contraddittorio e il diritto di impugnazione.

Quello che non è assicurato è la ridondanza delle garanzie fornita dalla reiterazione dei procedimenti.

Perché la parte ha diritto ad una sola pronuncia in contraddittorio e ad un solo ricorso per cassazione.

È invece garantita la massimizzazione dell'efficienza.

Infatti, in un simile scenario processuale le conseguenze prevedibili sarebbero queste:

a) o *si riduce drasticamente il cautelare* o *si riduce drasticamente il principale*.

Comunque sia, si semplificano e si riducono i capi e i punti da decidere nel principale;

b) *si incrementano i riti alternativi*.

Prendiamo, la questione dell'inutilizzabilità delle intercettazioni.

O te la giochi nel cautelare o te la giochi nel principale.

Se decidi di puntare sul cautelare, il rischio è grosso.

Se ti va bene, costringi il pm all'archiviazione (se le intercettazioni sono decisive e vengono dichiarate inutilizzabili, nessun pm di buon senso arrischia il processo). Se ti va male, non ti resta che ripiegare su un rito alternativo.

Come si vede, cambia anche la filosofia della scelta del rito alternativo: non è più una *offerta*, ma una *costrizione logica*.

Non è solo la riduzione di pena ad *attrarre*, ma è la mancanza di credibili alternative nel procedimento principale a *spingere*.

Se il procedimento principale non è percorribile, il flusso del processo è costretto a deviare verso i riti alternativi.

Se nel cautelare la Cassazione ti ha detto che le intercettazioni sono utilizzabili, ha poco senso percorrere il rito ordinario, meglio limitare i danni e guadagnare un qualche rito alternativo.

Certo, il p

Termine estratto capitolo

la contro consolidati pre-

CAPITOLO 6

LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE
E STRUTTURA LEGALE DELLA MOTIVAZIONE

SOMMARIO: SEZIONE I - *Il giudizio: tra ipotesi e prove.* — 1. Come giudici razionali giungono a conclusioni opposte. È la *verità* che ci dà garanzie, non la *certezza*. — 2. La legittimazione del giudice. Ovvero: *il processo al giudice*. — 3. Due modi di giudicare: processo inquisitorio e processo accusatorio. — 4. Conoscere e decidere nel sistema a verdetto motivato di giudici professionali. — 5. Il libero convincimento nel sistema a verdetto motivato. Libero convincimento come certezza interiore? Libertà di autoconvincersi e obbligo di convincere. — 6. Legge e logica nella valutazione della prova. La *teoria del giardino proibito* non convince. Il codice invece accoglie la *teoria del libero convincimento legale*: il giudice — nel decidere — non è libero dalla legge, ma è libero nei limiti della legge. — 7. Il metodo legale di prova: *a)* regole di valutazione probatoria; *b)* regole di decisione; *c)* struttura legale della motivazione. — 7.1. Prova legale e regole di valutazione probatoria. Il *riscontro* alla chiamata di correo. — 7.2. Le regole del decidere: dalla gerarchia dei mezzi di prova agli *standards* probatori. — 7.3. Le regole legali dell'argomentazione. Il giudice non può motivare come gli pare. — 8. La struttura normativa della motivazione. *Ipotesi e prove*. — 9. La struttura dialettica e reticolare della motivazione. *Macrostruttura delle ipotesi e microstruttura delle prove*. — 9.1. Economie argomentative. Le sentenze non devono dire né troppo, né troppo poco: devono dire l'essenziale. — SEZIONE II - *Le vie invisibili dell'argomentazione: i criteri di inferenza.* — 10. Cosa significa *valutare una prova*? — 11. Cosa si intende per criterio di inferenza (le vecchie, care *massime di esperienza*)? — 12. I criteri del senso comune. Quanto è *comune* il senso comune? — 13. Perché i criteri di senso comune hanno tante eccezioni? Dalla *generalità* del criterio alla sua *genericità*. — 14. La determinazione della base empirica del criterio di senso comune. — 14.1. La formazione del criterio di senso comune e la sua formulazione. — 15. I criteri di senso comune creati dalla giurisprudenza. Un nuovo sistema di *prove legali giurisprudenziali*? 16. Il malessere del giudice. La "*sindrome da vuoto di criteri di inferenza*" e la "*sindrome da sovraffollamento di criteri di inferenza*". — 17. Quando il criterio di inferenza diventa così specifico da diventare il criterio applicabile solo al caso concreto. — 18. I criteri di senso comune: i pericoli processuali. — 19. Criteri di inferenza e *fatto notorio*. Quando il *notorio* non è *noto*. — 20. Criteri di inferenza e multiculturalismo. — 21. La patologia dell'argomentazione probatoria e l'*indeterminatezza della prova*. — 22. Il conflitto tra criteri di inferenza. Come risolverlo? — 23. Dall'*imputazione alla storia del caso* e alla *teoria del caso*.

SEZIONE I - *Il giudizio: tra ipotesi e prove***1. Come giudici razionali giungono a conclusioni opposte. È la verità che ci dà garanzie, non la certezza.**

Un uomo è visto uscire con un coltello insanguinato da una casa — che non ha altre uscite — in cui viene trovato morto un altro uomo con ferite da taglio e notoriamente nemico del primo.

Nel processo accusatorio una giuria non avrebbe impiegato più di cinque minuti per condannare l'imputato.

Nel processo inquisitorio dell'epoca medioevale questo è un caso classico in cui c'erano solo indizi indubitati, sufficienti per la tortura ma non per condannare.

Ecco, si manifesta qui la clamorosa rottura logica tra il processo inquisitorio e il processo accusatorio.

Facciamo un esempio del recente passato: il caso di O.J. Simpson, che tanto scalpore fece negli Stati Uniti.

Nel processo penale una giuria lo ha assolto.

Da noi lo avrebbero condannato senza tanti patemi d'animo.

Facciamo un altro caso, ipotetico. Viene ammazzato il figlio del boss mafioso X. Dopo poco, viene assassinato Y, capo della cosca avversa. Gli assassini di Y vengono presi e condannati sotto prove schiaccianti. Fanno parte della cosca del boss X, che viene processato come mandante.

È probabile che una giuria americana condannerebbe X. È molto probabile che giudici italiani assolverebbero X.

Come è possibile che giudici razionali giungano a conclusioni opposte?

La risposta è che la verità dipende dalla prova.

Come disse Bentham, il campo della prova non è altro che il campo della conoscenza.

Un processo che ritiene utilizzabile una confessione estorta giunge ad una verità ben diversa da un processo che ritenga inutilizzabile quella prova.

Si può dire: tutto è prova. O si può dire: è prova solo l'informazione rilevante e attendibile.

Ma non è solo un problema di prove.

Negli esempi di prima le stesse prove portano a giudizi diversi.

Il fatto è che le stesse prove possono essere giudicate con tecniche di giudizio diverse.

Ci si può affidare ad una gerarchia legale di prove o al libero convincimento di giudici professionali.

O ci si può affidare alla giuria.

Come dire: facciamo giudicare alla legge (*prove legali*); mettiamoci nelle mani di giudici tecnici (*libero convincimento di giudici professionali*); oppure diamo piena libertà a persone comuni che ragionano col buon senso (*giuria*).

Il processo è sempre stato un modo di accertare la verità.

Ma spesso si è accontentato della certezza (soggettiva) piuttosto che della verità (oggettiva).

C'è un tipo di giudizio che privilegia la certezza rispetto alla verità: “*se sono certo di un fatto, questo fatto è vero*”.

Qui è la certezza che produce la verità.

E c'è un tipo di giudizio che privilegia la verità rispetto alla certezza: “*se seguendo un determinato procedimento conoscitivo sono giunto ad una conclusione, questa conclusione è vera e ogni possibile mio dubbio è un fatto psicologico irrilevante*”.

Qui è la verità che rende irrilevante la certezza.

Il fine cui tende il processo è *la certezza di aver raggiunto la verità*.

Ma non è stato ancora inventato un mezzo che ci garantisca il fine.

Il dramma è qui: che molte volte confondiamo la verità con la certezza.

La *certezza* è pericolosa perché ci mette in balia delle credenze private del giudice.

È la verità che ci garantisce.

Ma il fatto è che non saremo mai certi di aver raggiunto la verità ⁽¹⁾.

Il processo non può vivere senza la verità.

Ma il giudice non può vivere senza certezze.

Ed è qui che risuona il perenne monito di Manzoni: “*è men male l'agitarsi nel dubbio, che il riposar nell'errore*” ⁽²⁾.

Ma quale è il tipo di processo che più ci consente un avvicinamento alla verità?

(1) SENOFANE: “*Ma la certa verità nessun uomo l'ha mai conosciuta, né mai la conoscerà...Ché se anche per caso giungesse ad esprimere la perfetta verità, neppure lui lo saprebbe: poiché tutto non è altro che una tela intessuta di congetture*”.

(2) *Storia della Colonna infame* (cap. 2).

2. La legittimazione del giudice. Ovvero: *il processo al giudice*.

Se hai un metodo infallibile per raggiungere la verità, il problema della legittimazione del giudice neppure si pone: è la verità che legittima il giudice.

Ma noi questo metodo lo abbiamo sempre cercato e mai trovato.

E allora si apre il processo al giudice.

Nel sistema con la giuria il processo al giudice avviene prima, quando si prendono o si scartano i giurati.

Qui il problema della legittimazione è risolto.

Le parti credono alla giuria perché se la sono scelta: hanno accettato di essere giudicati da quei giurati.

La collettività crede alla giuria, perché la giuria è *il delegato della collettività*.

Nei sistemi ai giudici professionali, il processo al giudice avviene dopo: cioè dopo la sentenza.

Chi perde non ci sta e attacca.

In questo costume il nostro paese non ha rivali.

Ma al fondo il problema c'è: le parti non si sono scelte il loro giudice, ma lo hanno trovato già preconstituito.

Può essere la *precostituzione* la sola fonte della legittimazione? Può rappresentare la collettività un giudice che è un funzionario che ha vinto un concorso?

Il problema della legittimazione non va confuso con il problema dell'imparzialità del giudice. Lo *iudex suspectus* è di per sé privo di legittimazione.

Ma anche il giudice imparziale ha bisogno di legittimazione.

Infatti, non sempre il ragionamento di un giudice tecnico è lo stesso ragionamento che farebbe un uomo comune.

E allora perché la collettività dovrebbe accettare un verdetto raggiunto con una logica che non le appartiene?

D'altro canto, la legittimazione del giudice non sta nel decidere come vorrebbe la collettività *in quel momento su quel caso specifico*.

Ma come vorrebbe una collettività normale fatta di uomini ragionevoli.

L'*opinione pubblica* è un potere non meno temibile di quello politico.

La giustizia Termine estratto capitolo potere e libertà civili.

CAPITOLO 7

LA CASSAZIONE E L'ACCERTAMENTO DEL FATTO. IL VIZIO DI MOTIVAZIONE E LA CRISI DEL MODELLO DI GIUDICE DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: SEZIONE I - *I falsi problemi e i veri problemi del vizio di motivazione.* — 1. La fedeltà al passato e il tradimento del presente. — 2. Modelli storici e sfide dei tempi. Come progressivamente si espande il controllo della Cassazione sulla motivazione. — SEZIONE II - *Dispositivo e motivazione.* — 3. In genere, convivono felicemente. A volte sono separati in casa. — 3.1. Omessa decisione e omessa motivazione. Perché è importante distinguerle? — 3.2. Omessa decisione o omessa motivazione sulle richieste di parte. — 4. Il principio di completezza del dispositivo. Il dispositivo dice molto più di quello che è scritto. — 5. Omessa decisione o decisione implicita? Gli esempi della sospensione condizionale della pena, della recidiva, della continuazione. — 6. I rimedi in cassazione contro l'omessa pronuncia. Il destino delle richieste non decise, ma giuridicamente infondate. — 7. Andare oltre le richieste di parte. L'ultrapetizione del giudice. — SEZIONE III - *La mancanza di motivazione e i suoi antidoti.* — 8. Mancanza di motivazione e illogicità della motivazione non sono la stessa cosa. Le zone critiche: *mancanza parziale della motivazione ed errore di fatto.* — 9. Perché è importante distinguere la *mancanza* dalla *illogicità* della motivazione? Il rischio è la *specificità* del motivo di ricorso. — 10. È sempre necessaria la motivazione? Spiragli per una motivazione facoltativa. — 11. Mancanza di motivazione e *onere di confutazione* del ricorrente: il giudice deve motivare solo sui *punti controversi necessari* per la decisione. — 12. Come rendere innocua la mancanza di motivazione: trasformare la questione di fatto in questione di diritto. — 13. Il guscio vuoto: la *motivazione apparente* e le sue forme (*apodittica, generica, carente*). — 14. Il ricorso in cassazione per sola "violazione di legge". Attraverso la *motivazione apparente* il vizio di motivazione entra nella "violazione di legge". — 15. Come il giudice scrive i suoi testi: dalla motivazione *per relationem* alla motivazione "*copia e incolla*". — 16. La motivazione *per relationem* e la commedia degli equivoci tra giudice di merito e Cassazione. La teoria etica del "*copiare con moderazione*". — 17. La motivazione *per relationem* non è mai un vizio autonomo ma rientra — semmai — nel vizio di motivazione. — 18. Elogio della motivazione *per relationem*. È una necessità virtuosa in un sistema a verdetto motivato. — 19. I preconcetti di una *giustizia come forma*. Ordinanza cautelare e ordinanza del tribunale del riesame. È ammessa l'integrazione, ma non la motivazione *per relationem*: perché? — 20. È ammessa la motivazione *per relationem* ad un atto di parte? Perché l'ordinanza cautelare non è motivabile *per relationem* e invece i decreti di intercettazione sì?

— 21. A volte la *relatio* non è neppure necessaria. I casi della *doppia conforme* e dell'ordinanza di riesame confermativa di quella cautelare. Una nuova categoria giuridica: la *validità derivata*. — 22. *L'esprit de géométrie* della motivazione: la *motivazione implicita*. — 23. La *motivazione estensibile*, cioè la motivazione implicita delle questioni comuni. È questione comune l'attendibilità del pentito? — 24. È possibile la *motivazione implicita* nella valutazione delle ipotesi e delle prove? — 25. La *motivazione derivata*. Può un reato essere la prova di un altro reato? — 26. Può la motivazione su un elemento del reato essere motivazione implicita di altro elemento dello stesso reato? Come il processo penale semplifica il diritto penale. — 27. La motivazione implicita perché ovvia. Sull'ovvio non si motiva. La *teoria del giudice razionale*. — SEZIONE IV - *La motivazione: informazione probatoria e argomentazione logica. I due vizi della motivazione: vizio di informazione e vizio di argomentazione* — 28. I vizi della motivazione. — 29. Vizio di *informazione* e vizio di *argomentazione*. — 30. La sentenza è un'argomentazione informata. Se è viziata l'informazione è viziata la motivazione. — 30.1. Vizio di informazione o vizio di argomentazione? La gran parte dei problemi è dovuta ad una carenza di informazioni, non ad una carenza di logicità. — 31. *L'errore nelle informazioni e l'illogicità degli argomenti*. — SEZIONE V - *Il vizio di informazione*. — 32. Il limite rimosso: il testo del provvedimento impugnato. È importante che la sentenza dica cose *logiche* o è anche importante che dica cose *vere*? — 33. Il vizio di informazione: il *fatto* penetra nella *motivazione*. — 34. Omessa valutazione di una prova decisiva. Quando la prova può dirsi decisiva? — 35. Che ragionamento fa la Cassazione per stabilire se la prova è decisiva? Conclusività e attendibilità della prova omessa. — 36. Il ramo secco dell'art. 606 c.p.p.: la mancata assunzione di controprova decisiva. — 37. La mancata assunzione di prova decisiva. — 38. Il problematico caso di una prova a difesa non acquisita e non più acquisibile. Abuso dell'atto processuale? — 39. Lo strano argomento della *perizia come prova neutra* e pertanto non decisiva. — 40. La mancata acquisizione della *prova migliore*. Perché non fare la prova del DNA? — 41. Mancata acquisizione di prova decisiva e nullità della sentenza. — 42. È ammissibile il motivo di ricorso che prospetta la necessità di acquisire una *nuova prova*? Il dilemma della Cassazione: *certificare un probabile errore giudiziario o prevenire l'errore*. — 43. La contraddittorietà delle informazioni. Il *contrasto con gli atti processuali*. — 44. *La contraddittorietà processuale* altro non è che il *travisamento della prova*. — 45. I rischi del travisamento della prova. È l'ago per iniettare il *fatto* in cassazione? Distinguere il *travisamento della prova* dal *contrasto tra prove*. — 46. Travisamento del fatto e travisamento della prova. — 47. L'informazione nascosta: il *fatto notorio*. Quanto deve essere noto il *notorio*? — 48. Il notorio giudiziario e il buon senso. — 49. La Cassazione sommersa dal fatto? — SEZIONE VI - *Il vizio di argomentazione: la contraddittorietà logica*. — 50. “*Datemi sei righe scritte dal più onesto degli uomini, e vi troverò una qualche cosa sufficiente a farlo impiccare*”. Ovvero, il terribile potere manipolatorio della logica. — 51. La *contraddittorietà* della motivazione e la sua distinzione dall'*illogicità*. — 52. *Contraddittorietà della prova e contraddittorietà logica*. — 53. *Contraddittorietà patente e contraddittorietà latente*. — 54. La *contraddittorietà irrilevante* e la *contraddittorietà apparente*. — 55. Come rilevare la contraddittorietà. La *struttura logica* della sentenza. — SEZIONE VII - *Il vizio di argomentazione: l'illogicità della motivazione. Il punto di vista della Cassazione tradizionale*. — 56. L'equazione

formidabile: come conciliare giudizio di legittimità e controllo sulla motivazione? — 57. La *logicità compressa*. Ad essere illogico qui è il legislatore. — 58. Il *fiore di plastica* del codice: l'art. 547 e la motivazione *insufficiente*. Può la Cassazione integrare la motivazione *insufficiente*? — SEZIONE VIII - *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*. — 59. Controllo diretto sulla fondatezza del dubbio o controllo indiretto sulla logicità della motivazione? — 60. Presunzione di innocenza e ragionevole dubbio. — 61. Il principio dell'al di là del ragionevole dubbio: una rivoluzione copernicana nella logica del giudizio? — 62. L'al di là di ogni ragionevole dubbio come *standard probatorio* (cioè come misura del peso della prova) o come *metodo probatorio* (cioè come procedura logica di valutazione delle prove e delle ipotesi)? — 63. Logica del giudizio e ragionevole dubbio. Il *dovere del dubbio*. — 64. L'*illogicità manifesta* è compatibile con il *ragionevole dubbio*? — 65. Implicazioni operative della *critica del ragionevole dubbio*: dalla manifesta infondatezza alle ipotesi alternative. — SEZIONE IX - *L'illogicità della motivazione e la distinzione tra legittimità e merito*. — 66. Un dialogo surreale in un'austera aula di cassazione. — 67. Un dogma (con molti dubbi e pochi credenti) del processo penale: la distinzione tra *legittimità* e *merito*. — 68. Il controllo della Cassazione sulla logicità dell'ipotesi. Il "ragionevole dubbio" non è merito? — 69. Il controllo della Cassazione sulla logicità delle prove. Il non senso di una formula celebre: "*la valutazione delle prove è apprezzamento di fatto, insindacabile in cassazione, se congruamente motivato*". — 70. La *manifesta illogicità*, ovvero il fascino di una formula barocca: la "*plausibile opinabilità di apprezzamento*". — 71. Gli equivoci di una formula: "*la rivalutazione del fatto è preclusa in sede di legittimità*". Può la Cassazione costruire ipotesi? — 72. L'ossessione di un giudice di legittimità: il *fatto è merito*. Quando il *fatto* diventa *logica* e quando il *fatto* rimane *fatto*. — 73. L'unico territorio in cui il giudice di *merito* è (quasi) sovrano: la commisurazione della pena. — SEZIONE X - *Il vizio di argomentazione: l'illogicità della motivazione secondo la nuova Cassazione*. — 74. Illogicità della motivazione derivante dalla illogicità dei criteri di inferenza adottati. — 75. Il dubbio sui criteri di inferenza. Il ragionevole dubbio va applicato alla singola prova o all'intero fatto? — 76. Illogicità della motivazione per *insufficienza* o *incoerenza* dell'ipotesi ricostruttiva del fatto. — 77. *Verità e verosimiglianza* nella ricostruzione del fatto. Arrendersi al dubbio? — 78. Costruire storie verosimili. La duplice funzione della *verosimiglianza* nel processo. — 79. Fino a che punto è corretto l'argomento "*il verosimile può essere falso e l'inverosimile può essere vero*"? — 80. Illogicità della motivazione per mancata valutazione delle ipotesi alternative. — 80.1. Le ipotesi alternative prospettate dal pm per neutralizzare la difesa. — 80.2. Buchi neri e ipotesi antagoniste. — 80.3. E se la difesa non avanza ipotesi antagoniste? — 81. La controversa logicità di alcuni argomenti usati nei processi. — 81.1. La prova *multiuso*. Il caso dell'associazione mafiosa e dell'associazione per il traffico degli stupefacenti. — 81.2. L'illogicità per comparazione: "*perché a lui sì e a me no?*". — 81.3. L'argomento della possibilità ("*...non può escludersi che...*"). — 81.4. L'argomento della compatibilità ("*...è compatibile con...*"). A proposito del c.d. *riscontro logico*. — 81.5. La *prova mancata* (gli esempi della perquisizione negativa e delle intercettazioni irrilevanti). La *teoria del colpevole fortunato*. — 81.6 La *wilfull blindness*: il voler non conoscere ciò che è conoscibile. — 81.7. L'argomento del *non potevi non volere*. La probabilità dell'evento e il dolo

diretto. — 81.8. Come salvare l'argomento "non poteva non sapere". — 81.9. La *prova difensiva mancata*: quella che solo la difesa ha e non produce. L'*alibi mancato* e l'*alibi falso*. — 82. Il silenzio come prova. Il *diritto di difendersi provando* e il *diritto di difendersi tacendo*. — 83. L'imputato che si sottrae alla prova del DNA: irrilevanza o grave indizio? La *teoria dell'agente razionale*. — SEZIONE XI - *Violazione di legge e vizio di motivazione. Come si distinguono e come si influenzano?* — 84. La motivazione in fatto è sempre meno *fatto* e sempre più *diritto*. — 85. Violazione di legge e vizio di motivazione. Quali connessioni intercorrono tra questi due vizi? — 85.1. Violazione di legge e motivazione in fatto. — 85.2. Quando la violazione di legge è sanata dalla motivazione e quando il vizio di motivazione è sanato da una diversa interpretazione del diritto. — 86. Quando le cose si complicano e diventa difficile distinguere tra violazione di legge e vizio di motivazione: la *selezione delle informazioni* è vizio di motivazione o violazione di legge? — 87. Lo *standard* probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio va applicato anche alla qualificazione giuridica del fatto? — 88. L'*error iuris* nel diritto sostanziale (art. 47 c.p.) e nel processo. Ovvero quando l'imputato viene sballottato tra errore di diritto e vizio di motivazione. — 89. Quando il fatto è aggrovigliato con il diritto: nozioni vaghe e *standards* culturali. — SEZIONE XII - *Il doppio grado di giudizio di merito e i suoi problemi. Doppia conforme e doppia difforme*. — 90. Vizio di motivazione e *doppia conforme*. E se fosse un doppio errore? — 90.1. La doppia conforme di condanna. — 90.2. La doppia conforme di assoluzione. — 90.3. Doppia conforme e motivazione semplificata. — 91. La doppia conforme *apparente*. — 92. La *doppia difforme*. La *legale ingiustizia* di una condanna per la prima volta in appello. Il nostro *giusto* processo prevede l'*assoluzione provvisoria*! — SEZIONE XIII - *La Cassazione giudice della motivazione*. — 93. La Cassazione e l'etica di Ponzio Pilato: *curiosità* per la motivazione e *indifferenza* per la giustizia della decisione. — 94. Se crolla la diga *legittimità-merito* sarà la Cassazione travolta dall'alluvione del fatto? — 95. Il vizio di motivazione tra Cassazione e Terza istanza? No, la vera alternativa è tra Cassazione *giudice di legittimità* e Cassazione *giudice di annullamento*.

SEZIONE I - *I falsi problemi e i veri problemi del vizio di motivazione*

1. **La fedeltà al passato e il tradimento del presente.**

Un tempo si discuteva di problemi veri. Ora si discute di falsi problemi.

Si allude alle tematiche classiche: *legittimità-merito, fatto-diritto, controllo sulla motivazione — controllo sulla decisione, Cassazione-Terza Istanza*.

Gli schemi **Termini estratto capitolo** vivere al mutamento del