

Legittimità e merito. Un'ambiguità persistente.

Il *deducibile* dubbio

Giuliano Dominici

1. Tempo fa Archivio Penale ha ritenuto di pubblicare qualche mia paginetta molto “discorsiva” circa una possibile linea di demarcazione tra ambito di legittimità e ambito di merito nel giudizio di cassazione¹.

In buona sostanza, mi sembrava di poter rilevare come, nel nostro sistema processuale, raggiunta – nel giudizio di merito, sulla scorta di elementi organizzati e valutati secondo date regole – una determinata conclusione riguardo l’assunto d’accusa enunciato nell’imputazione, nell’eventuale fase di legittimità si passi ad un “livello” del tutto diverso, nel quale ormai non si tratta più di giungere a conclusioni, ma si esamina la spiegazione della conclusione raggiunta²; in altri termini, non si affronta più il *fatto* oggetto di giudizio, bensì il discorso giustificativo approntato dal giudice di merito per illustrare e far comprendere le conclusioni adottate “in nome del popolo”.

Con quel che ne consegue: al di fuori dei contesti strettamente formali, una “dimostrazione” non può esaurirsi in sé stessa, ma deve richiamare ed illustrare i dati sui quali si fonda; la sua verifica dovrà – dunque – utilizzare quegli stessi dati per confermare o negare la validità del percorso argomentativo adottato.

Da ciò prendevo le mosse per una critica al diffuso indirizzo per il quale, se vengono presi in esame i presupposti fattuali dell’argomentazione articolata dal giudice del merito, la verifica della sua tenuta finisce per risolversi in un’indebita incursione nella sfera di discrezionalità che ha condotto a certe conclusioni, ribadendo come – al contrario – non siano affatto queste ultime l’oggetto della verifica di legittimità, bensì soltanto l’apparato illustrativo e argomentativo che a posteriori le sorregge³; verifica che – infatti – non potrà

¹ Cassazione: un discorso sul discorso, in *Arch. pen.*, 2012, 911 ss.

² Nello scritto precedente utilizzavo il termine “dimostrazione” («la dimostrazione della conclusione raggiunta») non – ovviamente – nel senso proprio della logica deduttiva, bensì in quello, appunto “discorsivo” e comune, di illustrazione argomentata della validità di una certa conclusione (come infatti appena appresso veniva precisato).

³ I due piani non paiono affatto (come spesso si afferma) indistinguibili, bensì inconfondibili: Tizio viene condannato, all’esito dei due gradi di merito, sulla scorta di una testimonianza che lo indica quale autore materiale di un delitto avvenuto a Roma; testimone addotto dalla difesa aveva però attestato la

mai risolversi in una sostituzione con altro e diverso apparato giustificativo, e tanto meno approdare a diverse conclusioni.

2. Di recente, nel corso di un convegno particolarmente interessante e qualificato⁴, il Prof. Paolo Ferrua ha dichiarato che tale impostazione può essere accettata, così come la definizione del giudizio di cassazione quale “discorso sul discorso” mirato al controllo della correttezza logico-argomentativa della sentenza impugnata. A condizione però –ha aggiunto– che se ne accettino le dirette conseguenze: qualora il giudice di legittimità riconosca la correttezza dei passaggi e delle inferenze che hanno portato ad una data conclusione (quindi, la correttezza del discorso di merito), dovrebbe accreditare la stessa

presenza di Tizio, un'ora prima del delitto, in una località della Sardegna. La sentenza d'appello ribadisce le argomentazioni del primo giudice sulla maggiore affidabilità della testimonianza d'accusa, mentre a proposito di quella d'alibi viene evocata la possibilità di errore di persona, aggiungendosi che, in ogni caso, Tizio (pur non risultando nella lista passeggeri dei voli disponibili) avrebbe comunque potuto raggiungere Roma nel limitato tempo disponibile, trattandosi di soggetto assai facoltoso in grado di noleggiare del tutto riservatamente un aereo privato. Il ricorso dell'imputato denuncia l'illogicità del percorso argomentativo, da un lato perché la maggiore affidabilità del testimone d'accusa è stata unilateralmente fondata sul possibile errore di persona da parte del testimone d'alibi, mentre tale possibilità riguardava eventualmente entrambe le testimonianze, dall'altro perché l'ipotesi dell'utilizzo di un volo privato si risolve in mera congettura priva di ogni possibilità di conferma o di smentita. Nel che, nessuna invasione nel merito della vicenda, ma soltanto una “ricognizione” (e “bonifica”, in caso di annullamento) dei passaggi inferenziali che hanno condotto alla conclusione adottata, eventualmente reiterabile – in sede di eventuale rinvio – sulla scorta di più rigorose argomentazioni: *«Il giudice di rinvio è investito di pieni poteri di cognizione e può – salvi i limiti nascenti da eventuale giudicato interno – rivisitare il fatto con pieno apprezzamento ed autonomia di giudizio ed in esito alla compiuta rivisitazione addvenire a soluzioni diverse da quelle del precedente giudice di merito o condividerne le conclusioni purché motivi il proprio convincimento sulla base di argomentazioni diverse da quelle ritenute illogiche o carenti in sede di legittimità. Ne deriva che eventuali elementi di fatto e valutazioni contenute nella pronuncia di annullamento non sono vincolanti per il giudice del rinvio, ma rilevano esclusivamente come punti di riferimento al fine della individuazione del vizio o dei vizi segnalati e non, quindi, come dati che si impongono per la decisione demandatagli»* (Cass., Sez. V, 22 giugno 2010, Gambino, in *Mass. Uff.*, n. 248413).

Piuttosto, potrebbe sostenersi che ciò non rientri propriamente nello scrutinio di legittimità (inteso quale esplicazione della tipica funzione nomofilattica attribuita alla S.C. dall'art. 65, Ord. Giud.), ma cambia poco: dapprima la giurisprudenza della stessa S.C., poi l'art. 606, lett. e), del codice attuale, hanno attribuito alla Cassazione questa ulteriore funzione di controllo, espressamente ritagliata sul *discorso giustificativo*, limitandola dapprima al solo testo della motivazione del provvedimento impugnato, e più ragionevolmente estendendola – dal 2006 – agli atti processuali “di riferimento”. Sicché, ove pure non fosse del tutto appropriato definire tale scrutinio come “di legittimità”, neppure potrebbe dirsi che riguardi “il merito”, bensì – semmai – “il metodo”: *«la struttura del ragionamento che (il giudice del merito) è tenuto a seguire costituisce l'oggetto della cognizione ed anche il limite stesso della cognizione e del controllo che la Cassazione può esplicare»* (Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 3797 ss.).

⁴ *Incontro di studio sulla Cassazione*, Salerno, 31 maggio e 1 giugno 2013.

pur ove ne dissentisse ritenendola ingiusta (sperando di non aver travisato, nel brutale riassunto, il pensiero dell'illustre giurista)⁵.

In verità, e tanto registro per amor di cronaca – ma anche per sottolineare la vivacità del dibattito – l'osservazione ha provocato un breve intervento del Presidente Canzio, che ha serenamente ammesso come ciò corrisponda appunto a quanto normalmente accade nelle camere di consiglio della S.C., non potendo i giudici di legittimità metter mano all'incarto processuale per valutare eventuali soluzioni alternative a quella adottata dai giudici del merito⁶.

Il “siparietto” ha avuto poi un prosieguito a microfoni spenti, quando, alla mia obiezione che poteva trattarsi di un falso problema, alla luce della regola-principio⁷ dell' al di là di ogni ragionevole dubbio, che imporrebbe di ritenere non razionalmente motivata ovvero non adeguata al livello imposto dal legislatore, e quindi “legalmente illogica”, la conclusione *in malam partem* adottata sulla scorta di risultanze, illustrate nel ricorso, che lasciassero spazio a soluzione diversa e favorevole per l'imputato, il prof. Ferrua mi ha ammonito a non trascurare l'esistenza di una “zona grigia” nella quale talvolta – a fronte del medesimo materiale processuale – più soluzioni anche di segno opposto, tutte logicamente incensurabili, sono egualmente possibili.

3. Recuperando in studio gli scritti del prof. Ferrua, credo di aver individuato il nocciolo della questione: «*Espressioni come 'ragionevole', 'giusto', 'equo' presentano ai margini un alone di indeterminatezza, una zona grigia dalla quale possono scaturire opposte soluzioni, tutte legittime. Agli estremi la distinzione è chiara, nel senso che si possono immaginare quadri probatori – i c.d. casi facili – in cui ogni persona razionale concorderebbe nell'assolvere o nel condannare. Ma, per quanta resistenza vi sia ad ammetterlo, esistono altri contesti – i c.d. casi difficili – dove il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l'una e l'altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che quella sia la decisione migliore, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità. Un diverso giudice, altrettanto lucido cognitivamente, potrebbe assumere e motivare l'opposta conclusione nel pieno rispetto della legalità: il dubbio che all'uno*

⁵ La videoregistrazione integrale del convegno sarà presto disponibile in www.camerepenali.it.

⁶ Salva ovviamente, ma questa un'aggiunta di chi scrive, la deduzione nel ricorso di precisi “percorsi alternativi” prospettati nella sede del merito e rimasti ignorati in sentenza.

⁷ Sul punto, FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, pp. 384 ss.

appare 'ragionevole', può risultare per l'altro 'irragionevole'. Discrezionalità significa, appunto, scelta tra più opzioni, ciascuna legittima»⁸.

Ebbene, così prospettata la questione⁹, credo che l'eventualità di un "nulla osta", in sede di legittimità, alla sentenza correttamente motivata che tuttavia presenti margini di discrezionalità e – in pari misura – di possibile "dissenso", debba necessariamente essere accettata, nei limiti e per le ragioni che provo a riassumere.

Intanto, il margine di fisiologica (in un contesto non assiomatico) discrezionalità della decisione, posto nei termini che precedono, si riproporrebbe comunque all'infinito, anche laddove – in ipotesi – si desse pieno ingresso al merito in cassazione¹⁰: si tratta infatti soltanto di stabilire quanti giudici possa-

⁸ Così prosegue: «Nessun giudice, ovviamente, dirà all'imputato condannato che con pari legittimità si sarebbe potuta pronunciare una sentenza di assoluzione; ma sarebbe un'ipocrisia negare la presenza di 'casi difficili' che nessun criterio legale di valutazione può riuscire ad eliminare. La linea che separa il colpevole dall'innocente è netta dal punto di vista ontologico; vaga da quello epistemico o conoscitivo, dove a separare la condanna dall'assoluzione è il giudizio sulla 'ragionevolezza' o non del dubbio. Né sarebbe corretto troncare la questione, affermando che nei casi 'difficili' occorre sempre assolvere per il fatto stesso che si profila uno stato d'incertezza, quindi il 'dubbio'. Per quanto si estenda l'area dell'assoluzione, il confine che la separa dalla condanna rimarrà sempre vago, per lo meno sino a quando dipenda da aggettivi come 'ragionevole'. Si può ragionevolmente dubitare se... il dubbio sia 'ragionevole', e così via, con un regresso all'infinito; tocca al giudice frenare quel regresso, decidendo se il dubbio sia o no 'ragionevole'; ma è una questione tipicamente discrezionale, nel senso appena specificato. E – sia detto di sfuggita – è proprio in questo spazio nebuloso che più intensamente si esercita l'attività retorico-argomentativa dell'accusa e della difesa; più è ampia la discrezionalità del giudice e più cresce potenzialmente l'influenza delle parti, che viceversa tenderebbe a zero nel sistema di una prova intesa come dimostrazione matematica» (Il giudizio penale: fatto e valore giuridico, cit., p. 386).

⁹ Al netto della sciagurata – ma inapprezzabile nella prospettiva che qui conta – possibilità di un dubbio "inespresso" (ovvero rimosso) dal giudice, non evidenziato nelle impugnazioni delle parti, e non emerso neppure in sede di legittimità (nella quale, per le ragioni che si diranno, a certe condizioni ancora potrebbe rilevare).

¹⁰ Non esattamente in questi termini, ma comunque nel senso dell'opportunità di una distinzione tra legittimità e merito nella prospettiva del "giusto processo" che deve rimanere tale anche in cassazione, Iacoviello: «Nella lunga notte del processo penale la Cassazione è una figura sdoppiata. C'è la Cassazione tradizionale, che ha la fobia del fatto e vive sulla cruciale distinzione legittimità-merito. È una Cassazione tolemaica, che si pone al vertice del sistema giuridico come una divinità lontana, sensibile alla legalità e cinicamente indifferente alla giustizia. È la Cassazione del diritto vissuto, che affronta i problemi del presente con le categorie giuridiche del passato, che ragiona per sillogismi, ignora ragionevole dubbio ed ipotesi alternative ed è legata al formalismo delle nullità.

E c'è una nuova Cassazione.

È la cassazione, che abbandona l'anacronistico tabù del merito e che per fronteggiare la colata lavica dei ricorsi cerca barriere selettive più efficaci, come l'interesse, la specificità e decisività dei motivi. Una Cassazione copernicana, detronizzata dal vertice dell'universo giuridico, ma che è capace di reinventarsi, volgendo dalla norma al caso, puntando alla lesività delle nullità e valorizzando il principio di preclusione. Una Cassazione che entra nel fatto, che ragiona con probabilità e ipotesi, che affronta prova scientifica e processo indiziario e che fissa regole logiche di ragionamento e protocolli argomentativi al

no ricostruire i fatti, ma – alla fine – bisognerebbe pur approdare a qualcosa di definitivo, seppur segnato da una “dose” di discrezionalità.

In altri termini, si deve ragionare sulla razionalità (o meno) del sistema, poi doverosamente accettarne le conseguenze: da noi – come non dappertutto – i gradi di merito sono due, poi si ragiona sulla legittimità del “prodotto intellettuale sentenza”; se svolto correttamente e senza chiusure nostalgiche, il controllo può ben essere approfondito, eventualmente estendendosi alla coerenza dei passaggi argomentativi rispetto al materiale probatorio ignorato o travisato, e alle ipotesi alternative trascurate (congruenza “estrinseca”, e non più – ormai – solo “autoreferenziale”, del percorso inferenziale adottato).

4. Probabilmente, una maggiore dimestichezza di tutti con regole, divieti e fallacie del “ragionamento probabilistico”, consentirebbe un migliore controllo in ultima istanza, senza alcuna tentazione di “ricominciare *ab ovo*” (come si fa a leggere ancora, in tante sentenze della S.C., che lamentare la mancata presa in considerazione di un’argomentata tesi alternativa equivalga a riproporre abusivamente il merito del giudizio nella sede di legittimità? Evidente che possa trattarsi invece della denuncia di un preciso errore nel metodo induttivo, lo stesso che in medicina è stranoto – e nei tribunali regolarmente punito – come “omessa diagnosi differenziale”. O il rigore metodologico cui è tenuto il medico non riguarda il giudice?).

Quindi, laddove anche dovesse concludersi che – articolato alla stregua di regole e principi processuali – un ragionamento corretto possa tuttavia condurre ad una conclusione opinabile (o a più possibili conclusioni), ciò non influirebbe sull’ambito specifico del giudizio di legittimità, posto che il discorso non cambierebbe all’esito di un ulteriore, totale *check-up* della vicenda nei suoi aspetti anche fattuali.

Potrebbe poi ritenersi che la possibilità di “conclusioni opposte ma tutte ragionevoli” sia addirittura insita nel sistema processuale, ovvero nella sua incoerenza.

La Corte Costituzionale ha abrogato il divieto di impugnazione delle sentenze

fine di raggiungere – attraverso la legalità – la giustizia (...)». IACOVIELLO, presentazione de *La Cassazione Penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013 (Laddove, scontata l’adesione alla necessità di “regole logiche e protocolli argomentativi”, per il resto non può evitarsi segnalare come, notoriamente, le strade dell’inferno siano lastricate di buone – nel caso di specie, ottime – intenzioni: la Cassazione “copernicana” agognata finisce per risolversi in una Cassazione che autodefinisce, magari di volta in volta, i confini della propria competenza funzionale, senza che ai ricorrenti sia concesso di conoscere in anticipo le effettive “regole del gioco”. Che è poi quanto, appunto, oggi accade).

assolutorie¹¹, così riaprendo la strada alla “doppia difforme di merito”, e cioè alla possibile coesistenza, all’esito della vicenda processuale, di due conclusioni diverse sullo stesso oggetto, cosicché la pronuncia successiva prevale sulla precedente in ragione della sua maggiore autorità “gerarchica”.

Come ciò possa conciliarsi con la regola-principio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio (una volta che il dubbio non necessariamente irragionevole risulti “incartato” nel fascicolo processuale) è questione rimessa alla capacità retorico-argomentativa delle nostre “giurisdizioni superiori”: *«Il principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio – pur se non più accompagnato dalla regola dell’inappellabilità delle sentenze assolutorie espunta dalla Corte Costituzionale – presuppone che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l’eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello dello stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto idoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, non essendo sufficiente, per la riforma caducatrice di un’assoluzione, una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto»*¹².

Ma allora, se la “*reformatio in peius*” deve risolversi in un sostanziale annullamento della pronuncia precedente, la soluzione migliore restava proprio quella dell’inappellabilità, che lasciava appunto spazio al ricorso in cassazione per l’annullamento della sentenza assolutoria, evitando in radice il grave problema dell’eventuale “prima condanna in appello” contro la quale, per l’imputato, non è più ammesso che un vaglio di sola legittimità (*idem* per il p.m., a sequenza invertita).

Comunque, per quel che vale (e *quando* vale: l’applicazione dell’indirizzo garantista è a dir poco incostante) il criterio è stato enunciato: perché prevalga la soluzione *in malam partem* occorre “far cadere ogni ragionevole dubbio in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto”.

E siamo di nuovo all’art. 533, cioè daccapo.

5. Non può, però, trascurarsi l’ulteriore principio *in dubio pro reo*, quale

¹¹ Corte cost., n. 26 del 2007.

¹² Cass., Sez. VI, 7 novembre 2011, Galante, in *Mass. Uff.*, n. 40159.

clausola di chiusura (e di salvezza) che può rivelarsi preziosa appunto nei “casi difficili”¹³.

Per quanto il tradizionale brocardo possa apparire ormai recepito e compreso nell’art. 533, co. 1 c.p.p., non sembra che la sua portata si esaurisca nel *beyond any reasonable doubt*: mentre questa regola è condizione essenziale per la pronuncia di condanna (“*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se...*”), e riguarda dunque il “livello intrinseco” della complessiva prova *X* di responsabilità, il principio *in dubio pro reo* pare riguardare invece le situazioni nelle quali *X* ed *Y* siano sullo stesso piano, non lasciando spazio –in tal caso– a scelte diverse da quella più favorevole per l’imputato (estendendosi così al dubbio *esterno* alla prova).

E infatti, in termini semplici quanto validi ad esemplificare, “*Il termine per l’applicazione dell’indulto va individuato, ove sia incerto il tempo di commissione del reato, in favore del condannato, sulla base del principio “in dubio pro reo”*”. Laddove avrebbe potuto dirsi che sussistevano “ragionevoli dubbi” che il *tempus commissi delicti* fosse successivo a quello utile per l’applicazione dell’indulto, ma correttamente si è posto invece l’accento sull’*incertezza* che avrebbe forse legittimato una conclusione sia in termini di *prima* che *dopo*, alternativa da risolversi invece –potrebbe dirsi *formalmente*– in acritico *favor rei*.

Né l’operatività in concreto del principio può limitarsi a simili, schematici “automatismi”: «*Ai fini dell’accertamento della volontà omicida, ove gli elementi obiettivi dai quali suole desumersi la prova dell’animus necandi non appaiono sufficienti a fornire la certezza dell’intento di uccidere, il giudice deve, in base al principio “in dubio pro reo”, escludere la sussistenza di tale volontà e ciò pure in presenza dell’evento, di fatto verificato, della morte, che non può ritenersi, da solo, elemento decisivo*»¹⁵.

¹³ Seguendo appunto l’insegnamento del prof. Ferrua: «*Anche nei casi difficili, dove più soluzioni possono sembrare altrettanto convincenti, il giudice è tenuto a impegnarsi in una pratica argomentativa, a dar fondo ad ogni risorsa interpretativa, incluso il ricorso ai principi su cui si fonda l’ordinamento, sino a risolvere il conflitto tra le ipotesi concorrenti; a trovare, nelle questioni apparentemente indecidibili, la risposta migliore che, con Dworkin, si potrebbe definire l’unica risposta ‘giusta’; e cadrebbe in una contraddizione performativa il giudice che, dopo aver illustrato i motivi della sua scelta, riconoscesse come preferibile, o soltanto come egualmente fondata, una diversa decisione*» (*Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 315).

¹⁴ Cass., Sez. I, 4 febbraio 2009, P.M. in proc. Butelli, in *Mass. Uff.*, n. 243352; in tema di estinzione del reato, il principio risulta addirittura codificato nell’art. 531, co. 2, c.p.p., così come a proposito del dubbio sull’esistenza di cause di giustificazione e di non punibilità (art. 530, co. 3, c.p.p.).

¹⁵ Cass., Sez. I, 18 marzo 1982, Costa, in *Mass. Uff.*, n. 155416; pur risalente, l’insegnamento non risulta

In tale prospettiva, nei “casi difficili” in cui «*il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l'una e l'altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che quella sia la decisione migliore, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità*», tale discrezionalità dovrebbe dunque trovare un limite: quello per il quale tra soluzioni parimenti giustificabili prevale l'opzione *pro reo*.

Naturalmente, proiettando la questione nel giudizio di legittimità, occorre che l'esistenza della “possibilità di scelta” emerga (seppur non esplicitamente, com'è persino ovvio) dal provvedimento impugnato, ovvero dagli scritti difensivi. Ed è proprio quest'ultimo il passaggio ancora critico, spesso – come già si accennava – negandosi del tutto irragionevolmente, alla denuncia di mancata considerazione di una tesi alternativa, la natura di valida censura al percorso logico del giudice del merito.

6. In ogni caso, occorre interrogarsi sull'effettiva dimensione del problema.

Vero che la capacità definitoria di aggettivi e avverbi¹⁶ è piuttosto limitata, ma una sentenza è fatta di argomenti, e cioè di enunciati verbali che devono risultare adeguati non solo ai fatti che furono, ma anche agli enunciati verbali del codice di riferimento. Il tutto in un discorso che va calato nello specifico contesto storico-culturale, rispetto al quale, e soltanto rispetto al quale, acquista o meno significatività: osservava Ferrajoli come l'aggettivo “osceni”, che nell'529 c.p. qualifica gli atti in quanto tali punibili, sia irrimediabilmente vago¹⁷; ciononostante, nessuno definirebbe “osceni” – oggi – atti che pacificamente venivano così considerati trent'anni fa.

Quindi: se è vero che esiste (ed esisterà sempre) una “zona grigia di confine” tra oscenità e non oscenità (e una “zona di discrezionalità” di equivalente estensione) è vero altrettanto che il contesto di riferimento ne condiziona l'ampiezza. D'altra parte, il problema è noto e parimenti irrisolvibile, come dimostrato appunto dal paradosso del sorite: quand'è che un mucchio di sabbia, eliminando granello dopo granello, cessa di essere (o di poter essere definito) un “mucchio di sabbia”?

Con i limiti del linguaggio non possiamo che convivere, in un lavoro inces-

superato da successive pronunce in termini.

¹⁶ Dei quali il nostro c.p.p. è peraltro pieno: rimanendo in tema, l'illogicità deve essere manifesta, il ricorso non manifestamente infondato.

¹⁷ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, II ed., 1990, p. 100.

sante e mai definitivo su come quando e perché – ad esempio – un “mucchio” di indizi sia rispondente alla tripletta di aggettivi dettata dall’art. 192, co. 2, c.p.p.: venuta meno l’illusione di un praticabile sillogismo giudiziario, è necessariamente con la discorsiva logica del probabile che occorre confrontarsi senza resistenze e pregiudizi, ma anche attrezzandosi alla bisogna.

7. Scriveva Cordero: «*Vero significa talmente probabile che il possibile dubbio residuo possa ragionevolmente essere rimosso*»¹⁸.

L’esistenza di una ragionevole soluzione alternativa – quale dubbio residuo sulla conclusione adottata – impedirebbe quindi di considerare “vera” (qui nel senso di corretta) la conclusione adottata in sede di merito.

Certo, siamo ancora alle prese con un aggettivo o con un avverbio, ma non mancano gli strumenti per limitare i danni, procedendo ad esempio alla falsificazione¹⁹ dell’assunto.

Si dice – e spesso si legge nelle sentenze della S.C., purtroppo – che l’alibi falso costituisca “indizio a carico”²⁰, e come tale possa “riscontrare”

¹⁸ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, VI ed., 2003, p. 993.

¹⁹ Anche in questo caso (come in precedenza per “dimostrazione”), il termine è utilizzato nell’accezione “disimpegnata” di confutazione, senza diretto riferimento all’epistemologia falsificazionista di Popper. D’altronde, la logica cui deve attenersi la sentenza non può che essere quella del “popolo italiano” in nome della quale la sentenza è pronunciata (nel senso della sua “riconoscibilità” nel contesto di riferimento, che non è soltanto quello degli studiosi della materia). Ha dunque ragione IACOVIELLO, quando afferma che «*il tramonto della logica dimostrativa fa emergere come nucleo razionale del giudizio la logica induttivo-argomentativa, che altro non è che everyday knowledge, la logica quotidiana dell’uomo comune: di un individuo, cioè, che ogni giorno affronta problemi e prende decisioni, facendo ricorso al buon senso e avvalendosi di quella che gli anglosassoni definiscono come ‘the available social stock of knowledge in a given society’, vale a dire l’insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico*» (Motivazione della sentenza penale, in *Enc. Dir.*, 2000, p. 759). Il che, però, da una parte non significa affatto che il “comune buon senso” si identifichi con i “discorsi da bar” (*...se è stato arrestato qualcosa avrà pur fatto*), e dall’altra che un insieme di conoscenze, credenze, principi, assunti non possa essere a sua volta oggetto di analisi per individuarne i più ricorrenti e tipici errori, a partire da quelli inferenziali (proprio dai teorici dell’argomentazione viene la distinzione tra “tipi di dialogo”, in ragione della quale il *presumptive reasoning* consentito nell’argomentazione quotidiana non può essere ammesso in contesti nei quali vige un diverso e più qualificato *standard* di correttezza). Ma il “buon senso comune”, a ben vedere, può anche consistere – o risolversi – nella *traduzione* in termini appunto riconoscibili di criteri logici più ostici: il richiamato passaggio di Cordero, «*Vero significa talmente probabile che il possibile dubbio residuo possa ragionevolmente essere rimosso*», non si allontana troppo – in fondo – dal criterio logico di verosimiglianza di Popper.

²⁰ Da ultimo, Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, P.G. in proc. Knox e altro, in www.archiviopenale.it, 49: «(...) i giudici di primo grado avevano ritenuto, con ragionamento corretto sia dal punto di vista della logica che del diritto, che l’alibi falso andava considerato come un indizio a carico, da porre in correlazione con gli altri elementi di prova e nel contesto delle complessive risultanze probatorie».

un'accusa²¹; ciò può anche risultare determinante per una condanna, quando la prova disponibile non risponda al precetto codicistico (ad esempio, una solitaria chiamata in correità, "riscontrata" dalla falsità dell'alibi del *chiamato*). Ma, posto che non soltanto il colpevole, bensì anche l'innocente disgraziatamente privo di altri mezzi per contrastare l'accusa ingiusta, può essere indotto a ricorrere ad un alibi compiacente e fraudolento, l'inferenza "accreditatrice" risulta di per sé sfornita di solida base logico-esperienziale²².

Discorso non dissimile per la pur imperante "convergenza del molteplice", in mancanza di un'affidabile generalizzazione empirica sulla scorta della quale accreditare la conclusione che il fatto riferito da due non disinteressati soggetti sia, per ciò solo, vero²³.

Insomma, il non poter ragionare nei rigidi e rassicuranti termini deduttivi non impedisce di esaminare le inferenze induttive – e argomentative in genere – sotto il profilo della loro proponibilità e plausibilità, così come sotto quello della "forza" della conclusione raggiunta (che non sarà poi così granitica, ove si trovi a convivere con altre di pari efficacia esplicativa)²⁴.

²¹ Cass., Sez. I, 27 aprile 2006, M.A., in *Mass. Uff.*, n. 22885, nella quale si legge che l'alibi falso, pur non potendo considerarsi "elemento di per sé indiziante", tuttavia, ponendosi «nella stessa direzione della chiamata in correità», può essere utilizzato «correttamente, quale elemento di riscontro (...) di carattere individualizzante in quanto attinente alla posizione dell'accusato», 16.

²² «Ai fini della valutazione dell'alibi falso prospettato dall'imputato si pongono due criteri metodologici: anzitutto, non spettando all'imputato provare la sua innocenza, la inesistenza di un alibi o il fallimento di quello offerto non possono in nessun modo essere posti a suo carico come elementi di prova sfavorevoli, costituendo situazioni del tutto agnostiche sotto tale profilo. In secondo luogo, l'alibi rivelatosi preordinato e mendace può costituire indizio sfavorevole all'imputato, ma si tratta di un indizio in sé pur sempre generico per molteplici ragioni suggerite dalla esperienza, la più ovvia delle quali è che una maldestra linea di difesa può anche indurre alla precostituzione di un alibi falso a fronte di una accusa che, pur ritenuta ingiusta, non appaia altrimenti contrastabile. Spetta allora al giudice, nel suo prudente apprezzamento, valutare l'indizio derivante dall'alibi falso nel contesto delle complessive risultanze e trarne il senso in modo corretto e logico» (Cass., Sez. I, 16 ottobre 1990, P.m. in proc. Andraous ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 186121; Id., Sez. un., 4 febbraio 1992, Musumeci, *ivi*, n. 191231).

²³ Sulla pluralità di chiamate, così come sul riscontro alla singola chiamata, i criteri logici di apprezzamento risultano spesso sconcertanti: «(...) la chiamata di correo de relato (...) può trovare riscontro anche nella dichiarazione di un soggetto che affermi di avere ricevuto dal chiamante la medesima confidenza, in quanto detta confidenza costituisce valido riscontro alla chiamata, e non pseudo riscontro, in ragione del diverso contesto cronologico in cui è stata resa, in quanto antecedente di un tempo apprezzabile alla chiamata de relato. Di conseguenza, la deposizione testimoniale del terzo, che riferisce in ordine a circostanze apprese direttamente dal chiamante, ben può costituire riscontro estrinseco alla chiamata in correità» (Corte d'ass. d'app. Caltanissetta, sent. n. 8 del 2013, inedita). La loquacità del soggetto come riscontro (estrinseco, poi) alla sua stessa parola d'accusa.

²⁴ «Laddove dunque ricorrano due spiegazioni alternative relative ad un medesimo accadimento storico, la Corte di cassazione non può limitarsi a riscontrare la compatibilità della decisione del giudice di merito con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento, disinteressandosi

Non è affatto – o non è sempre – una questione di “libero convincimento” (dal che arrendevolmente deriverebbe che *tot capita, tot sententiae*): quando piove, la strada è bagnata, ma che la strada sia bagnata non significa che abbia piovuto, ben potendo essere appena passato l’idrante della nettezza urbana. La tipica “affermazione del conseguente” si risolve classicamente in un’abduzione di portata “indiziaria” che può anche essere accettata come tale, a condizione cioè di non essere proposta – ad esempio – come accreditamento della testimonianza decisiva (per qualche ragione legata alla circostanza dell’acquazzone appena passato).

La “forza” della conclusione sta quindi nella possibilità di escludere “ragionevolmente”, e non soltanto – come troppo spesso accade – in via retorico-congetturale (“nulla fa pensare che fosse appena passato un idrante”) la soluzione alternativa. E la “ragionevolezza” o meno della conclusione raggiunta può trovare una sua concreta dimensione una volta contestualizzata nel contraddittorio: se la difesa aveva documentato che la pulizia delle strade avveniva di regola quel giorno della settimana, non è per nulla “ragionevole” ignorare o rimuovere la circostanza (così come non è affatto questione di merito censurare la rimozione in sede di legittimità, incidendo la stessa, in punto di completezza, sul metodo argomentativo).

Le teorie dell’argomentazione offrono, in questo senso, spunti assai interessanti, ed è piuttosto sorprendente che mentre esiste – nella pratica – uno schema argomentativo della sentenza penale (un “tipo di discorso”: illustrazione dei fatti, analisi critica degli stessi, indicazione dei criteri di valutazione adottati, sussunzione nello schema legale, *etc.*), non si pensi affatto ad approfondirne gli aspetti, individuandone regole e possibili patologie, eventualmente rilevabili sotto il profilo della illogicità sanzionata dal c.p.p. (se non fosse che appunto l’assenza di regole costituisce, in generale, la situazione ideale per ogni posizione di potere).

In conclusione.

In un sistema ben rodato, nel quale non vi fossero equivoci e dubbi sull’ambito del giudizio di legittimità, lo spazio per la convivenza di conclu-

della sussistenza di ricostruzioni alternative dell’accaduto, ma deve censurare la decisione di condanna sostenendo che essa è intervenuta in assenza del requisito dell’ “oltre il ragionevole dubbio” circa la colpevolezza dell’imputato – dubbio sussistente, per l’appunto, in virtù del fatto che della vicenda storica oggetto dell’imputazione è possibile fornire altra spiegazione, diversa e contraria rispetto a quella presente nella decisione di condanna». SANTORIELLO, *I dubbi impongono sempre l’assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 355.

sioni ragionevoli di segno opposto risulterebbe accettabilmente limitato dalla vigilanza critica delle parti; a condizione però che stabilmente si riconosca quale vizio del percorso argomentativo della sentenza di merito la mancata presa in considerazione, ritualmente dedotta nel ricorso, di quanto emerso dal contraddittorio²⁵.

8. *Post scriptum.*

Interessante appare la definizione dei confini del giudizio di legittimità proposta, nel contesto di una pronuncia che ha sottoposto a penetrante critica i passaggi argomentativi di una sentenza di assoluzione di grande rilievo mediatico, nei termini che seguono: *«il sindacato di legittimità di questa Corte sul procedimento logico che consente di pervenire al giudizio di attribuzione del fatto con l'utilizzazione di inferenze o massime di esperienza è diretto a verificare se il giudice di merito abbia indicato le ragioni del suo convincimento e se queste siano plausibili: la verifica deve essere compiuta in termini di accertamento se il giudice abbia preso in considerazione tutte le informazioni rilevanti presenti agli atti, rispettando così il principio della completezza, se le conclusioni assunte possano dirsi coerenti con il materiale acquisito e risultino fondate su criteri inferenziali e deduzioni logiche ineccepibili sotto il profilo dell'incedere argomentativo, rispettando i principi della non contraddittorietà e della linearità logica del ragionamento. Oggetto dello scrutinio del giudice di legittimità è dunque il ragionamento probatorio, quindi il metodo di apprezzamento della prova, non essendo consentito lo sconfinamento nella rivalutazione del compendio indiziario. È stato infatti sottolineato come l'art. 606 c. 1 lett. e) c.p.p. precluda sì al giudice (di legittimità; ndr) la rivalutazione, ma non gli impedisca affatto di verificare se la valutazione operata sia avvenuta secondo criteri logici "se cioè i criteri di inferenza usati dal giudice del merito possano essere ritenuti plausibili, o se ne siano consentiti di diversi,*

²⁵ Seppur per inciso (che forse meriterebbe maggiore spazio), è infatti anche a questo ulteriore profilo che occorre aver riguardo: se vengono ignorate deduzioni rilevanti delle parti, la sentenza diventa un monologo del tutto svincolato dal contraddittorio "sottostante" (e ne sarebbe già viziata la legittimità nella misura in cui si riconosca nel contraddittorio condizione di legalità processuale): non avrebbe alcun senso garantire alle parti una costante possibilità di "falsificazione reciproca" se poi la sentenza potesse senza alcuna conseguenza aggirare le relative acquisizioni. D'altronde, si è già osservato come, se nei casi di colpa medica nei quali è contestata una "omessa diagnosi differenziale", il controllo fosse limitato ai sintomi individuati dal medico estensore della diagnosi incriminata, difficilmente ne potrebbero emergere i limiti.

idonei a fondare soluzioni diverse, parimenti plausibili” (Cass. Sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320). È stato ricordato che questo compito era stato affidato al giudice di legittimità già prima della intervenuta riforma introdotta alla lettera e) dell’art. 606 c.p.p. con legge 46 del 2006 e che con detta novella il vizio di travisamento della prova è stato portato nell’alveo del vizio di motivazione, senza con ciò rimodulare l’ambito dello scrutinio rimesso al giudice di legittimità, consentendo peraltro alla Corte di cassazione un limitato accesso agli atti laddove gli stessi, senza necessità di una loro valutazione, ma per la loro stessa valenza esplicativa, abbiano un contenuto tale da incrinare le conclusioni a cui siano giunti i giudici del merito» (Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, P.G. in proc. Knox e altro, cit., pp. 39 e 40).

Ancora per quanto riguarda l’ambito del giudizio di legittimità, merita altresì di essere segnalato – nella sentenza citata – il frequente richiamo, quale elemento di valutazione delle inferenze adottate dal giudice del merito, a *«risultanze di rilevante portata, di segno opposto di maggiore attitudine dimostrativa, depotenziate nella loro portata sulla base di un ragionamento non appagante»* da parte del giudice del merito (p. 61), ovvero – più in generale – alla *«mancata considerazione di tutte le evidenze disponibili»* (pp. 40, 44).

“Evidenze” che dunque, seppur non ai fini di una loro diversa valutazione, possono e debbono essere prese in esame del giudice di legittimità nello scrutinio *“dell’incedere logico”* della sentenza (p. 44 cit.).

Se tanto vale nei confronti di sentenza di assoluzione, che non deve affatto aspirare alla certezza della conclusione raggiunta (dovendo ovviamente assolversi l’imputato sulla cui “non colpevolezza” esistano ragionevoli dubbi)²⁶, pare scontato che attenzione ancora più ampia, nella stessa sede di legittimità, ci si debba attendere rispetto a vicende processuali concluse da sentenza di condanna dell’imputato.

²⁶ «La condanna, invero, presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l’assoluzione non presuppone la certezza dell’innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza» (Cass., Sez. VI, 7 novembre 2011, Galante, cit.).