

GIOVANNI CANZIO

## LA MOTIVAZIONE DELLA CONDANNA PENALE\*

1. Per il giureconsulto di Antico Regime la motivazione della decisione giudiziaria costituiva addirittura un attentato alla certezza del diritto, che veniva assicurata solo dall'esegesi tecnica, arcana e divinatoria del singolo magistrato, investito da una funzione sacrale in virtù della *scientia juris* di cui era dotato per una sorta di investitura divina.

Niccolò Fraggianni, noto giurista napoletano del '700, si esprimeva infatti nei seguenti termini (*Promptuarium excerptorum*): «Se si aprisse la strada a' litiganti di non acchetarsi colle parole del decreto, ma di voler penetrare nel segreto delle ragioni per le quali il giudice si è mosso alla decisione, pochi decreti sussisterebbero; et il mondo forense s'ingarbuglierebbe in maniera da non finirla mai [...] Savia-mente da' nostri Legislatori si è stabilito che nella sentenza non si esprimano le ragioni; et i Nostri chiamano fatuo quel giudice che nel suo decreto volesse allegarle particolarmente nel fatto; perché se code-  
ste fossero per avventura false, il decreto sarebbe nullo e non passerebbe mai in giudicato».

Il giudice non sentenziava dunque «*secundum alligata et probata*», bensì «*secundum conscientiam*»: nel foro interno, oscuro e inaccessibile, s'annidava il mistero della operazione decisoria, sottratta a ogni forma di controllo razionale.

La figura di quel giudice, connotata dal più assoluto arbitrio giurisprudenziale, è efficacemente disegnata da Rabelais (*Gargantua e Pantagruel*) nella persona del presidente Bridoye, che decide le cause tirando a sorte coi dadi, producendo tuttavia risultati migliori dei suoi colleghi.

Questo scenario ci dà la misura dell'impatto rivoluzionario che, nella storia della mentalità e delle istituzioni giudiziarie, ebbe (e delle accese resistenze che suscitò) la svolta pre-illuministica segnata dal celebre dispaccio del ministro Tanucci del 23 settembre 1774, che prescriveva l'obbligo di motivazione delle sentenze nel Regno di

\* Comunicazione letta il 22 marzo 2013 nell'Odeo Olimpico.

Napoli («[...] si spieghi la ragione di decidere, o siano i motivi su i quali la decisione è appoggiata [...]»).

2. Se queste sono le vicende, per molti versi intrise di arbitrio, opacità, incertezza e irresponsabilità, del giudizio e della decisione privi di motivazione nell'Antico Regime, vanno sottolineate, per contro, le coordinate per così dire ideologiche del processo penale post-illuministico e moderno, e nella specie del rito introdotto in Italia nel 1988, di stampo prevalentemente accusatorio e a motivazione costituzionalmente obbligata.

A questo modello di processo, soprattutto dopo le novelle interpolative dell'art. 111 della Costituzione e degli artt. 606, comma 1 lettera e) e 533, comma 1 del Codice di procedura penale, risalenti rispettivamente al 1999 e al 2006, vanno riconosciuti rilievo epistemico e funzione cognitiva, insieme con il fine di accertare la verità in merito ai fatti oggetto dell'imputazione.

E tale funzione permea e ispira ogni atto del processo: dalla formulazione dell'accusa, all'esito di un percorso abduttivo diretto a selezionare la migliore e la più verosimile fra le ipotesi ricostruttive del fatto (*Inference to the Best Explanation*: acronimo *IBE*), al contraddittorio per la prova e sulla prova, alla conferma o alla falsificazione dell'enunciato di accusa, oltre la soglia del ragionevole dubbio (*Beyond Any Reasonable Doubt*: acronimo *BARD*), sì da giustificare la dichiarazione di colpevolezza e la condanna dell'imputato.

3. «Verità», una parola messa al bando – almeno sembra – dalla grammatica delle leggi, che gli antichi Greci definivano in termini di negazione: «*a-letheia*» è ciò che «non» si nasconde, si svela.

Così come in termini di negazione si definiva il «dubbio»: «*a-poria*» è la strada che «non» è tracciata in modo chiaro e visibile.

Il processo penale tende ad assolvere una funzione «aletica», e però l'incertezza degli esiti cognitivi e decisori ne connota lo statuto epistemologico.

Francesco Mario Pagano, giurista napoletano del primo '800, intitolava il saggio del 1819 sulla procedura penale (ristampa anastatica del 1997 a cura dell'Unione delle Camere Penali Italiane) *Logica de' probabili*, citando in epigrafe un passo della *Retorica* di Aristotele: «non deve il giudice sentenziar sempre dalle cose necessarie, ma dalle verisimili ancora». E aggiungeva Aristotele, nello stesso passo, che «è questo il miglior modo di decidere le controversie» e che «non basta confutare un argomento perché non è necessario ma lo si deve confutare perché non è verisimile».

S'intende dire, scartando lo scetticismo radicale che, evocando il

caos e l'indistinzione del caso, nega la funzione cognitiva e il fine di verità del processo penale, che entrambi, funzione cognitiva e fine di verità, debbono necessariamente fare (e hanno sempre fatto) i conti con il carattere probabilistico dell'accertamento probatorio e con la logica inferenziale di tipo prevalentemente induttivo che fonda la decisione giudiziale: «*reasoning under uncertainty*».

Il tessuto connettivo di ogni valutazione decisoria consiste in un giudizio probabilistico, scandito per peso e qualità secondo le diverse fasi e le diverse funzioni proprie di ciascuna fase del processo, essendo la valutazione probabilistica conclusiva circa la credibilità dell'ipotesi di accusa sicuramente più pregnante di quella a fondamento di una misura cautelare o di quella giustificativa del rinvio a giudizio.

4. L'operazione decisoria matura, dunque, all'interno di una diffusa rete di regole epistemologiche e logiche (i «percorsi di verità») che, nel codice di rito, disegnano il ragionamento probatorio del giudice alla base dei distinti giudizi probabilistici.

Le scelte di fondo sono racchiuse nella regole, forti e incisive, degli artt. 192, 546, comma 1 lett. e), 606, comma 1 lett. e), strettamente correlate al criterio decisorio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» di cui al novellato art. 533, comma 1.

Si pretende dal giudice non una qualsiasi motivazione sul fatto, ma che egli abbia percorso l'itinerario della ragione scandito dalle citate regole epistemologiche, dirette a definire in termini positivi il rapporto tra probabilità e prova penale: a partire dall'elemento di prova fino al risultato di prova, secondo adeguati criteri di inferenza, quali la massima di esperienza, la legge statistica, la legge scientifica di più o meno alto grado di attendibilità empirica.

Il giudice è libero nella formazione del suo convincimento: il che significa libertà da condizionamenti, pressioni e dipendenza esterni, non arbitrio.

Pertiene, infatti, al diritto di difesa non soltanto chiedere, assumere, confutare le prove, ma anche la garanzia del rendiconto, e cioè dell'enunciazione ragionata e chiara delle connessioni probatorie che il giudice ha individuato e posto a fondamento del suo convincimento e della decisione.

Non basta la nuda elencazione statistica delle prove, occorre argomentare, anche implicitamente ma in un contesto di spiegazione razionale, in merito ai criteri d'inferenza del risultato probatorio dall'elemento di prova.

Come avverte acutamente G. Shafer, «*probability is not about number, is about reasoning*».

5. In un processo accusatorio, inoltre, non può certo essere sufficiente il disposto dell'art. 192.

Si richiede dal giudice, nella motivazione in fatto (art. 546, comma 1 lett. *e*), di pervenire alla conclusione di conferma o falsificazione dell'enunciato di accusa solo dopo che abbia dato conto anche della validità, o meno, delle ipotesi antagoniste formulate alla stregua delle prove contrarie: in questo, anzi, si ravvisa la vera caratteristica del processo accusatorio.

È stato confutato dalla difesa l'enunciato di accusa? Quali sono state le prove e le argomentazioni contrarie addotte da ciascuna parte? Se i criteri inferenziali sono dettati da leggi scientifiche o statistiche, esistono nella relativa letteratura plurime e ulteriori spiegazioni alternative dell'evento?

La lettera *e*) dell'art. 546 esige che il giudice, rispondendo a queste domande, non si limiti a registrare contabilmente le eventuali alternative, bensì spieghi perché le ha ritenute non attendibili, non idonee cioè a confutare razionalmente l'enunciato di accusa.

A coronamento di questo lungo e complesso itinerario, che costituisce il cuore del processo penale di stampo accusatorio, si pone infine il controllo di legittimità della Corte di Cassazione sulla logica del ragionamento probatorio del giudice di merito quanto all'accertamento del fatto: così riconoscendosi il fine cognitivo e di verità che il processo persegue alla stregua, anche, di regole della logica.

E ciò segna anche le linee del necessario intreccio del processo col diritto penale sostanziale: solo un processo penale intessuto di regole forti quanto ai percorsi epistemici e logici è in grado di supportare la verifica degli elementi costitutivi del reato, mediata dalle evidenze probatorie e dal ragionamento giudiziale sulle stesse.

6. L'invito ai protagonisti – giudice, pubblico ministero, difensori – a «ragionare», ad esprimere le «ragioni» delle proprie opzioni, che è ripetuto in ogni snodo significativo del processo, si fa via via più rigoroso nell'incedere dei diversi gradi dello stesso, laddove, a fronte del ragionamento probatorio che giustifica la decisione, la parte interessata è chiamata a confutare gli argomenti dell'apprezzamento probabilistico espresso dal giudice.

L'articolo 581, lettera *c*) esige perentoriamente che la parte, la quale intenda contestare la decisione giudiziale, nell'enunciare le proprie doglianze nei motivi di impugnazione, indichi, a sua volta, «le ragioni di diritto e gli elementi di fatto», alla cui stregua il percorso giudiziale possa definirsi non corretto quanto all'accertamento della verità. E la stessa disposizione esige che i motivi di gravame siano connotati dalla «specificità».

Se ne rinviene conferma nell'art. 606, comma 1 lett. e), come interpolato dalla legge n. 46 del 2006, laddove è inserito, accanto alla mancanza e alla manifesta illogicità, anche il vizio di «contraddittorietà» della motivazione.

Si avverte innanzi tutto che siffatta contraddittorietà non attiene alla illogicità, di cui era già traccia nell'originario impianto dell'art. 606, non investendo essa la mera logicità degli enunciati interni, bensì la coerenza fra quanto affermato in motivazione nel discorso sulla prova e l'atto che descrive e comprova quanto avvenuto realmente nella storia del processo. Espressione, quindi, di «infedeltà» del ragionamento racchiuso nella motivazione rispetto al dato probatorio effettivamente acquisito nel processo, con la conseguenza che le conclusioni sono state tratte all'esito di una non corretta ricostruzione probatoria del fatto.

Ma ciò che davvero conta, anche in questo caso, è la specificità del motivo di ricorso, l'onere suppletivo imposto esclusivamente al ricorrente, il quale, oltre quanto già prescritto dall'art. 581 lett. c), ha il compito di fotografare e di (di)mostrare la distorsione evidente e univoca fra il risultato probatorio enunciato nel testo della motivazione e l'atto probatorio effettivamente acquisito nel processo.

Se il motivo è specifico ed è obiettivamente indiziante di un ragionamento del giudice di merito viziato da «contraddittorietà» nella ricostruzione probatoria del fatto, la nuova formulazione della lettera e) dell'art. 606 consente al giudice di legittimità di rilevare il vizio di logicità della motivazione; altrimenti, il ricorso si palesa inammissibile per difetto di specificità.

In questi limiti, e solo in questi limiti, può dirsi consentito alla Corte di Cassazione di accedere agli atti del processo: in tanto la Corte Suprema è legittimata all'incursione in quanto il ricorrente è in grado, con un elevato tasso di specificità delle ragioni della richiesta, di evidenziare la cennata divergenza, tale da sovvertire il costrutto del ragionamento giudiziale.

Sembra, pertanto, di intravedere nei canoni di «specificità» e di «decisività» dei singoli motivi di ricorso il tessuto vivente del moderno giudizio di legittimità, e ciò a maggior ragione laddove – come in Italia – pervengano ogni anno in Cassazione circa 50.000 procedimenti penali e la selezione preventiva dei ricorsi ammissibili/inammissibili costituisca un postulato organizzativo ineludibile.

7. Occorre a questo punto trarre qualche conclusione, pure provvisoria.

Il moderno processo penale di stampo accusatorio tende all'accertamento della verità dell'enunciato di accusa ed è imperniato su ragionamenti giudiziali di tipo induttivo-probabilistico.

Un fatto avvenuto nel passato («*lost facts*») va ricostruito nel presente e, poiché quando le cause non sono riproducibili nell'esperienza attuale, non rimane che inferirle dagli effetti, l'itinerario del giudice è caratterizzato dalla «retrospezione».

Egli procede «a ritroso» seguendone le tracce mediante la verifica delle prove, secondo procedure cognitive di tipo probabilistico, in termini cioè di verosimiglianza, plausibilità, corrispondenza, più o meno alta probabilità, secondo i meccanismi propri del paradigma indiziario o divinatorio, diverso dal paradigma galileiano o scientifico (C. Ginzburg).

Orbene, se lo statuto epistemologico del processo penale moderno s'impenna su una nozione «corrispondentista» di verità, mediata dall'acquisizione e dalla valutazione delle prove nel prisma del contraddittorio, occorre riconoscere che, ai fini dell'accertamento e della ricostruzione dei fatti enunciati nell'ipotesi racchiusa nell'imputazione, la prova scientifica è destinata a svolgere un ruolo di straordinario rilievo nel ragionamento e nella decisione giudiziale, perché essa si rivela potenzialmente idonea ad «accorciare» i tempi e gli spazi dei «percorsi di verità» e a ridurre l'area del ragionevole dubbio.

E però, neppure i risultati della prova scientifica – ancor più di quella “nuova” (come per le neuroscienze cognitive che indagano sulle connessioni morfologiche e funzionali fra cervello e mente, o meglio sui cosiddetti correlati nervosi del disturbo psichiatrico) – fanno assurgere l'accertamento e la valutazione dei fatti alle vette della certezza assoluta.

Nonostante debbano apprezzarsi gli accenti di rigore nelle più aggiornate tecniche di analisi e sia tendenzialmente consentita la controllabilità dei risultati, la misurazione oggettiva dei fenomeni non appare affatto incontroversa, sicché la contrastata attendibilità della base cognitiva non risolve lo stato d'incertezza probatoria né i nodi della decisione giudiziaria.

La scienza – e perciò anche la prova scientifica – rimane statutariamente fallibile (K.R. Popper) e col paradosso della sua fallibilità vanno fatti costantemente i conti pur nell'anelito di verità, nella consapevolezza che qualsiasi inferenza riveste comunque un carattere probabilistico e che anche il processo tecnologico e il metodo scientifico più avanzato o connotato da scarsi margini di errore è in grado di offrire risposte, nel processo, solo in termini di probabilità, talora bassa o medio-bassa, altre volte alta o medio-alta.

8. Le coordinate del processo penale moderno restano, pertanto, le ipotesi, le prove, i fatti, la verità e il dubbio.

E, in assenza di mutamenti epocali di paradigma, sembra tuttora

appropriato parlare di «*trial by probabilities*», rispetto al quale rammentava B. Cardozo che «ancora non è stata scritta la tavola dei logaritmi per darci la formula della giustizia».

Va peraltro rimarcato che, accanto alle regole epistemologiche fissate per la corretta ricostruzione probatoria del fatto, esistono e vanno osservate le regole costituzionali di rango più elevato, che segnano i metavalori e, nello stesso tempo, i confini dei giudizi di tipo induttivo-probabilistico, quali: la presunzione d'innocenza dell'imputato a fronte dell'ipotesi di accusa, che comporta che l'onere della prova gravi esclusivamente a carico del pubblico ministero; ma anche il principio del contraddittorio, il diritto alla confutazione, alla prova contraria, alla formulazione di ipotesi antagonistiche; e poi, ancora, oltre all'obbligo di assolvere l'imputato quando non è sufficiente la prova della colpevolezza, il potere di affermarne la responsabilità e di condannarlo solo se ne «risulta» provata la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio.

9. Ancora qualche riflessione sul principio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» (acronimo anglosassone *BARD*), che non sembra essere solo una scontata regola sistemica.

Nel processo penale nordamericano non è previsto l'obbligo di motivazione, la decisione della giuria resta criptica («*black box*»), mentre nel processo penale europeo e continentale il giudice ha l'obbligo di giustificare razionalmente la decisione e, soprattutto, di spiegare, attraverso le argomentazioni della motivazione in fatto, come e perché dalle evidenze egli sia pervenuto ai risultati probatori e alle valutazioni conclusive di conferma o falsificazione dell'enunciato di accusa.

Nella logica del giudizio probabilistico, se il grado di conferma dell'ipotesi racchiusa nell'enunciato di accusa va letto in chiave di relazione tra l'accertamento del fatto alla luce dell'evidenza probatoria e la probabilità che detta ipotesi si sia effettivamente verificata, occorre che siffatta probabilità sia argomentata con un «alto grado di credibilità razionale» (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese).

La probabilità – logica, baconiana, qualitativa – nell'indicare il grado di conferma oggettiva dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, a fronte della pluralità dei possibili schemi esplicativi, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge scientifica o statistica per il singolo evento e della persuasiva, elevata, credibilità razionale dell'accertamento, che deve reggere alla prospettiva di falsificazione e agli elementi di prova antagonisti a sostegno delle contro ipotesi.

Il giudice, solo dopo che sia riuscito a sgombrare il terreno da ogni ipotesi antagonista e falsificatoria, pure esse ancorate ad obiettive evidenze, può giudicare effettivamente confermata l'ipotesi di accusa.

Ed allora, in un sistema processuale che, come quello italiano, invocando la prospettazione e l'esame delle «ragioni» dei protagonisti, fa perno sul ragionamento probatorio e pretende decisioni che siano fondate sulla logica e non presentino vistose contraddizioni, anche il dubbio che non autorizza la condanna dell'imputato dev'essere «ragionevole».

Si assume «ragionevole», quindi, non ogni e qualsiasi dubbio, non il dubbio pure astrattamente possibile e sempre configurabile, bensì soltanto il dubbio che, correlato ai dati empirici acquisiti nel processo, è in grado confutare e mettere in crisi l'apparente coerenza formale del postulato accusatorio, immettendo nel circuito del convincimento del giudice una ricostruzione alternativa del fatto storico, strettamente agganciata tuttavia alle specifiche evidenze probatorie, trascurate o non correttamente apprezzate.

In proposito, ritenendosi fondata l'idea che la probabilità assegnata sia sempre relativa all'evidenza disponibile (I.M. Copi – C. Cohen), può essere utilmente richiamata, per indicare come funziona il ragionamento probatorio del giudice, l'equazione logico-formale di C.G. Hempel:  $pHK=R$ .

La probabilità ( $p$ ) di un'ipotesi ( $H$ ) è proporzionata alla quantità e qualità delle informazioni o evidenze disponibili e coerenti con la stessa ipotesi ( $K$ ) ed è direttamente proporzionale alla capacità di resistenza che presenta rispetto alle contro ipotesi ( $=R$ ): sicché la massima estensione del fattore  $K$  e la robustezza del fattore  $R$  costituiscono l'asse portante della nevralgica operazione, diretta alla scelta decisionale più coerente e razionale.

Se ne desume che, soprattutto in contesti di complessità del fatto e del quadro probatorio, le difficoltà di accertamento nel pervenire a un giudizio di credibilità razionale dell'enunciato di accusa, che si esige di grado elevato, debbano comportare l'assoluzione dell'imputato.

Questo, oggi, sembra essere il senso profondo della regola tradizionale «*in dubio pro reo*».