

Università degli Studi di Firenze

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Discipline penalistiche: Diritto e Procedura penale

Ciclo XXXIII°

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/16



La “motivazione rafforzata” del provvedimento

Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae

Tutor

Chiar.^{ma} Prof.ssa Carlotta Conti

Coordinatore

Chiar.^{mo} Prof. Alessandro Simoni

Dottorando

Dott. Marco Cecchi

Anni 2017-2020

«Io posso anche essere una figura ufficiale nel pieno svolgimento delle mie funzioni, ma sono sempre tenuto a *sentire* in me il cittadino e l'uomo, e a comportarmi come tale»¹.

¹ DOSTOEVSKIJ F. M., *Delitto e castigo* (1866), (a cura di) S. PRINA, Milano, 2012, 653 (corsivo nostro). Destoricizzando e ricontestualizzando le citazioni, ci pare che alla massima dostoevskijana possa felicemente accostarsi – in un'ottica di complementarità – il motto machiavellico secondo cui «non i titoli illustrano gli uomini, ma gli uomini i titoli» (MACHIAVELLI N., *La mente di un uomo di Stato*, cap. XIV – Ministro, af. XXV, in PARENTI A., *Opere complete di Niccolò Machiavelli con molte correzioni e giunte rinvenute sui manoscritti originali*, Firenze, 1843, 1168).

INDICE

PREMESSA	–	CANOVACCIO E AMBIENTAZIONE PER UN NUOVO	8
INTRODUZIONE		METODO DI GIUDIZIO E DI GIUSTIFICAZIONE	
CAPITOLO I	–	L’AVANZAMENTO DEL POTERE GIUDIZIALE	43
I.		Cause storico-sociali, <i>lato sensu</i> extra-giuridiche (alcune delle)	
I.1.		Globalizzazione, pluralismo delle fonti e complessità sociale	
I.2.		Europeizzazione	
I.3.		Costituzionalizzazione moderna	
I.4.		Forme di Stato e forme di governo alla prova dei diritti fondamentali e dei diritti sociali	
I.5.		Episodi storici singolari e legittimazione democratica	
I.6.		Rapporto lingua/linguaggio	
I.7.		Interpretazione – approccio filosofico	
II.		Cause giuridiche ordinamentali e procedimentali (alcune delle)	
II.1.		Organizzazione degli uffici giudiziari	
II.2.		Dinamismo processuale e poteri istruttori nel rito penale	
II.3.		Diritto vivente	
II.4.		Interpretazione – approccio giuridico	
II.5.		Legislazione (qualche carattere della)	
CAPITOLO II	–	L’ARRETRAMENTO DELLA LEGALITÀ	181
I.		L’odierna erosione della legalità tra fattori esogeni e fattori endogeni – cenni e richiami	
I.1.		Attività tecnico-processuale (argomentativa e retorica) delle parti	
I.2.		<i>Biases</i> , umanità e ragionamento giudiziario	
I.2.1.		Il sillogismo giudiziale: ‘quel che resta, quel che se ne va’	
II.		Sempre più <i>droit</i> e sempre meno <i>loi</i> . Un’ancora di salvezza nel mare della discrezionalità: la (metodica di giudizio e di) giustificazione della decisione	
CAPITOLO III	–	LA MOTIVAZIONE RAFFORZATA	279
I.		Una pluralità di moduli decisori a disposizione del giudice	
II.		La tendenza attuale: motivare sempre più specificamente	

II.1.	Assonanze e risonanze di topica giuridica	
III.	Che cos'è la motivazione rafforzata?	
IV.	Vincoli di argomentazione (e di giudizio)	
IV.1.	Qualche interrogativo e qualche risposta	
V.	Presidio sanzionatorio	
CAPITOLO IV	–	TIPI O ΤΌΡΟΙ ARGOMENTATIVI RINFORZATI
		409
I.	L'ipotesi classica: il mutamento decisionale in appello	
I.1.	La riforma totale o parziale della sentenza impugnata	
I.1.1.	Dall'assoluzione alla condanna: argomentazione dalla forza persuasiva superiore	
I.1.2.	Dalla condanna all'assoluzione: argomentazione plausibile	
I.1.3.	Dall'assoluzione o dalla condanna all'assoluzione o alla condanna parzialmente riformata: argomentazione progressiva	
I.2.	Quali sanzioni in caso di violazione della metodica?	
II.	Ipotesi ulteriori: una casistica esemplificativa... e in espansione	
CONCLUSIONE	–	CHIUDERE, APRENDO
		484
BIBLIOGRAFIA		505

PREMESSA-INTRODUZIONE

CANOVACCIO E AMBIENTAZIONE PER UN NUOVO METODO

DI GIUDIZIO E DI GIUSTIFICAZIONE

«Che cos'è mai un processo?» domanda il generale Don Lope al contadino Pedro Crespo ne *L'alcalde di Zalamea*. Immediata la risposta del campagnolo: «carta; ma scritta, e bene: dove si registran le prove e gli indizi d'ogni colpa che si accerta»².

Oggi, in realtà, sappiamo che il procedimento giurisdizionale – quello penale, in particolare – non è soltanto “carta”³. Quantomeno dagli studi di psicologia cognitiva, dalle teorie sulla comunicazione ‘contestuale’ e dalle riflessioni sociologiche, nonché dalla sconfinata letteratura in materia di semiotica, emozioni e libero convincimento giudiziale, apprendiamo che vi sono inevitabili dinamiche soggettive, meccanismi pratici ed eventi narrativi (verbali e non verbali) che orientano la decisione del caso concreto⁴: decisione astratta in un palcoscenico processuale nelle cui trame normative le parti esercitano mezzi, «espediti e manovre coi quali cerca[no] di piegare le leggi ai [propri] scopi pratici», al fine di condizionare l'esito di quello che Piero Calamandrei ha icasticamente definito «il processo come giuoco»⁵.

² CALDERÓN DE LA BARCA P., *El alcalde de Zalamea* (1636), (trad. it.) L. FONTANA, *L'alcalde di Zalamea*, Torino, 1989, 108.

³ Con spirito pragmatico, occorre riconoscere che – al di là del vissuto asetticamente registrato negli incartamenti processuali – «dell'esperienza conta ciò che si riceve e naturalmente ciò che si fa. [...] Il processo, in particolare, si conosce soprattutto partecipandovi. [...] L'interazione fra giudici, avvocati, parti e testimoni alterna formalità e informalità. Le parole dette sono spesso diverse da quelle trascritte nei verbali, e prima di essere dette sono a volte il frutto di scambi impercettibili, neppure sempre coscienti. Il linguaggio gestuale si confonde con quello parlato e questo, a sua volta, deve essere decodificato e ricodificato secondo le regole del lessico giuridico, affinché il giudice possa motivare la decisione, rispettando un ruolo che lo vuole, appunto, soggetto alle regole» (FERRARI V., *Prima lezione di sociologia del diritto*, Bari-Roma, 2010, 106-107). A partire da queste – consce ed inconscie – dinamiche, spesso non trascritte in atti, si accertano i fatti e si interpreta la legge: si giudica «attraverso indizi confusi e contraddittori, bagliori di luce effimera che al tempo stesso illuminano e sviano, svelano e velano, in un brusio di segni da interpretare» (CARTABIA M. – VIOLANTE L., *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 67), nella consapevolezza che «è facile sempre, su un certo numero di indizi, costruire processo e sentenza» (SCIASCIA L., *Cronachette*, Milano, 2006, 79).

⁴ Un vero e proprio “processo invisibile” – come titola il volume collettaneo AA. VV., *Il processo invisibile. Le dinamiche psicologiche nel processo penale*, (a cura di) A. FORZA, Venezia, 1997 – che coinvolge tutti gli attori della scena processuale e che, in definitiva, fa sì che l'accertamento della «verità giudiziale, come qualsiasi realtà, non [possa] avere che un valore molto relativo nella conoscenza del magistrato, a cui arriva attraverso deposizioni e interrogatori, subendo tutto un lavoro di trasformazione: dalla sensazione, momento iniziale, all'esposizione verbale o scritta, momento terminale» (ALTAVILLA E., *Psicologia giudiziaria. Il processo psicologico e la verità giudiziale*, Torino, IV, 1955, 4).

⁵ CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, II, 1950, 485 ss. A quest'immagine ludica – come peraltro sembra ricordarci lo stesso Calamandrei laddove afferma che non bisogna dimenticare l'uomo, poiché «tutte le nostre simmetrie sistematiche, tutte le nostre *elegantiae iuris*, diventano schemi illusori se non ci avvediamo che al di sotto di essi di vero e di vivo non ci sono che gli uomini, colle

Secondo l'attuale codice di procedura penale, poi, alla scrittura – che rimane comunque strumento indispensabile per attestare⁶ (e, dunque, rendere trasparente l'esercizio del potere: anche quello in cui consiste) lo *ius dicere* – si affianca (anzi: almeno in primo grado, sopravanza) l'oralità⁷.

loro luci e le loro ombre, colle loro virtù e le loro aberrazioni» (*Processo e giustizia* (1950), in CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, VI, 1957, Padova, 18) – deve in ogni caso affiancarsi la presa d'atto che, in ultima istanza, quel 'gioco dialettico fra le parti sorretto, ove necessario, dal giudice', «non è un luogo di divertimento né per gli avvocati né per i magistrati», giacché nel processo – quantomeno e sicuramente in quello penale – «tutti gli attori sentono che nelle loro diverse funzioni si annida la grande responsabilità di contribuire a tracciare il destino di un individuo sul piano della libertà e della reputazione» (AMODIO E., *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 14-15). Il procedimento, allora, occorre viverlo sì in maniera “agonistica”, come un giuoco, ma – com'è stato scritto (BELLAVISTA G., *Il processo come dubbio*, in BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976, 29-47) – consapevoli del «dramma del (e nel) processo penale» (31), ove si è impegnati ad accertare la responsabilità criminale di un individuo e le cose, quindi, vanno prese e fatte sul serio (cfr. CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935-1956/9), Firenze, 2014, 3 e 13-14).

⁶ Sul ruolo cruciale della «documentalità» e, in particolare, di «quella tecnica delle tecniche che è la scrittura come forma prototipica di registrazione» all'interno della società, v. FERRARIS M., *Il colore dei soldi*, in SEARLE J. R. – FERRARIS M., *Il denaro e i suoi inganni*, Torino, 2018, 49 ss. (in part., 63-66), ove si afferma che «senza la registrazione non sarebbero esistiti e non potrebbero esistere istituti giuridici, obbligazioni, garanzie e diritti, dunque non si sarebbe potuta dare quella nozione intrinsecamente sociale che è la giustizia. Così, i documenti non si limitano a regolare una prassi giuridica o economica, ma sono veri e propri produttori di valori, norme, culture, conflitti, sino al punto che determinano (per educazione e imitazione) l'intenzionalità individuale e rendono possibile (per condivisione) l'intenzionalità collettiva». Sulla tematica, *amplius*: FERRARIS M., *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Bari-Roma, 2009. In termini più strettamente giuridici, v. IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 298-299 («Nel processo a verdetto motivato si tenta di scongiurare ogni cedimento della razionalità. E quest'opera di depurazione viene compiuta attraverso due filtri: la verbalizzazione della prova e la verbalizzazione della motivazione. Ogni comunicazione che non si traduca in un testo linguistico va persa. [...] La verbalizzazione non serve soltanto a preconstituire una traccia per eventuali ulteriori giudizi. Essa, prima ancora, serve ad oggettivare la prova in un testo. In questo modo si depura emotivamente la prova, distaccandola dalla sua fonte. La prova diventa razionale. La verbalizzazione della motivazione risponde alla medesima logica: estrarre dal giudice solo la sua razionalità, impedire che sul giudizio premano [oltremodo] suggestioni, intuizioni, emozioni. Infatti un'intuizione non è razionalizzabile, un'emozione non è un argomento. La motivazione è il più potente strumento di razionalizzazione del giudizio che sia stato finora concepito, perché obbliga a tradurre il giudizio sul fatto in un testo linguistico. Tutto ciò che non è dicibile (cioè non è testo) non è prova, non è giudizio, non è motivazione. I limiti del potere di giudicare sono fissati dai limiti del potere di motivare. Tu puoi decidere solo nei limiti in cui sei in grado di motivare. Se non riesci a motivare una condanna, non condannare») e UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 8-12 (ove, a proposito del «processo di verbalizzazione dell'esperienza» si afferma che, «specialmente nel 'mondo del diritto', l'indagatore ha rapporti diretti non con 'fatti, ma con 'enunciati fattuali'. [...] Se a livello teoretico può ammettersi che la “verità è nei fatti”, nel processo, dove è imprescindibile la ricerca della verità, non si può andare oltre la verifica “della verità di una proposizione”: la prova in quanto tale, quindi, non riguarda un 'fatto', ma un 'asserto'» [9, citando – nella parte riportata tra virgolette (“...”) – CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, Prato, 1886, § 900, 201]).

⁷ Sul punto, AGHINA E., *Il giudice e la “penalizzazione” della lingua*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 105 ci rammenta che, «a differenza del processo civile (dove predomina la scrittura), quello penale, in particolare dopo la riforma, è sostanzialmente un processo orale (specie in primo grado) e di converso meno algido del processo civile: il suono della parola è più caldo e più soggetto ad emozioni». Ed invero, avuto riguardo alla «realtà linguistico-testuale del processo penale», DELL'ANNA M. V., *Fra attori e convenuti. Lingua dell'avvocato e lingua del giudice nel processo civile*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 85

All'interno di un sistema processuale prevalentemente accusatorio, fondato sul contraddittorio, è infatti centrale il confronto – orale e immediato – tra accusa e difesa (art. 111, co. 3 e 4 Cost.), dinanzi a giudice terzo e imparziale (art. 111, co. 2 Cost.). E tale momento dialettico resta fermo anche rispetto a quegli elementi probatori acquisiti durante le indagini preliminari che, eccezionalmente (v. art. 111, co. 5 Cost.), confluiscono nel fascicolo dibattimentale. Quest'ultima evenienza, invero, non fa venir meno il profilo dell'oralità, poiché degli atti unilateralmente formati ne sarà comunque saggiata – oralmente, per l'appunto – la bontà, con un controllo *ex post* sulla loro genuinità e affidabilità. Così, di regola⁸, ciò che si perde *ex ante* (in una verbalizzazione asettica e anestetizzante) lo si recupera successivamente, attraverso la discussione e la verifica orale che possono svolgersi sull'attendibilità e sulla credibilità del dichiarante (ad esempio, sentito a s.i.t. e in seguito assente in dibattimento) o sulla legittimità delle investigazioni svolte dagli operatori sul campo o, ancora, sulla scientificità del metodo impiegato e dei risultati raggiunti dall'esperto, coinvolto nell'accertamento ricostruttivo⁹.

Nel dinamico svolgersi del processo si inscena quindi una rappresentazione sacrale¹⁰ – contraddistinta da ambienti, arredi, vesti, parole e gesti simbolici condivisi e predefiniti – che si esprime nella lingua, sia scritta che orale¹¹, del diritto: un «linguaggio rappresentativo, rituale e

sottolinea che «il rapporto tra oralità e scrittura per tradizione e previsioni normative è ancora orientato a vantaggio della prima».

⁸ Alla regola fanno seguito svariate eccezioni, tra le quali – ad esempio – le seguenti: le ipotesi di cui all'art. 111, co. 5 Cost.; la disciplina delle letture e delle contestazioni; i casi di incidente probatorio; la non ripetibilità dell'esame del teste vulnerabile sui medesimi fatti, salvo specifiche esigenze; ecc.

⁹ In materia, v. TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 347-349, secondo cui per la prova scientifica devono considerarsi valide le medesime regole previste per la prova dichiarativa. In materia, fra gli altri: CANZIO G., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, (a cura di) G. CANZIO – L. LUPÁRIA, Milano, 2018, 3 ss.; CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1193 ss.; CARLIZZI G., *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 28 ss. In giurisprudenza (Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan), si è affermato che le modalità di risposta al quesito da parte del perito sono due: «a) la risposta orale immediata [...]; b) la risposta a mezzo di una relazione scritta [...]: il che, però, non significa omissione del contraddittorio ma solo differimento del medesimo [dato che] quella relazione, benché scritta, resta convalidata dalle dichiarazioni rese dal perito nel corso del dibattimento sicché, essendo a lui riconducibile, diventa parte integrante dell'esame al quale è stato sottoposto (in termini: Cass., Sez. IV, 27 aprile 2018, n. 36736, Anello)».

¹⁰ Invero, «le formalità e le ceremonie sono necessarie nell'amministrazione della giustizia» (BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) G. CARNAZZI, Milano, 2010, 126 – cap. XXXVIII)

¹¹ Scrive BELLUCCI P., *Il procedimento penale: un crogiuolo linguistico*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 120-121 e nt. 22 (corsivo nostro) che «il procedimento penale – caratterizzato dalla presenza, da un lato, delle indagini preliminari e, dall'altro, del dibattimento – è particolarmente complesso per la quantità e diversità dei soggetti coinvolti, la varietà di tipi e generi testuali e, soprattutto, per l'irruzione dell'oralità. *Alla parola scritta da soggetti quanto mai vari e numerosi va così a sommarsi la parola detta, intercettata, sintetizzata o trascritta, a volte anche tradotta (dai dialetti o da lingue straniere) e perfino la parola recitata e agita (più dagli avvocati che dai magistrati)*. Di conseguenza il procedimento penale coinvolge le competenze non di una singola disciplina linguistica, ma praticamente di tutte le scienze del linguaggio». Similmente, DELL'ANNA M. V., *Profili discorsivi e argomentazione nel linguaggio del giudice*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 155.

performativo, che purifica la realtà umana dall'opacità e dalle sue contraddizioni, riconducendola entro le categorie del giuridico, quali condivise in un dato momento storico e in un certo contesto sociale e antropologico»¹².

Con sintesi vertiginosa, ma consapevoli che si tratta di un *cliché* ben consolidato, possiamo dire che l'accertamento procedimentale penale è una combinazione – come insegna Paolo Tonini, “non

¹² TEDOLDI A., *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa, 2017, 45. In senso analogo: BOURDIEU P., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico* (1986), (a cura di) C. RINALDI, Roma, 2017, 87 («L'ingresso nell'universo giuridico si accompagna a una ridefinizione complessiva dell'esperienza ordinaria e della situazione stessa che rappresenta la posta in gioco della controversia per il fatto stesso di implicare l'accettazione tacita della legge fondamentale del campo giuridico, una tautologia costitutiva che prevede che i conflitti siano regolati soltanto in termini giuridici, ossia secondo le regole e le convenzioni del campo giuridico»); CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019, 607, citando – nel passo riportato tra virgolette (“...”) – NOBILI M., *Il processo a Luigi XVI e il valore della legalità: crisi eccezionale o costante utopia?*, inedito, 3 dattil. (a proposito della conclusione del rituale: «Il giudice rientra in fine dalla camera di consiglio nell'aula di udienza, per procedere alla pubblicazione della sentenza, atto consistente nella lettura *coram populo* del dispositivo; momento solenne e carico di connotazioni simboliche, quello del *dictum*: istante di “silenzio, magico”, che segna il destino dell'imputato»); CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 287 («Il processo [è] – come il gioco – prima di tutto un fenomeno antropologico, psicologico e culturale»); CORDERO F., *Prefazione* (agosto 1984), in CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari-Roma, 1986, V («Non è soltanto meccanismo normativo l'ordigno penale, ma anche teatro, memoria collettiva, festa catartica, con tanti aspetti ambigui, essendo figure speculari delitto e pena»); CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, 1981, 310 ss. (in part., 310-325); DERSHOWITZ A. M., *Il demone dell'avvocato* (1994), (trad. it.) R. RAMBELLI, Milano, 1995, 221 («I rituali [sono] indispensabili per la sopravvivenza di tutte le istituzioni, processi inclusi»); FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 175 («Il processo non lo si fa, lo si celebra. Fa parte, infatti, del linguaggio comune l'espressione “celebrare il processo”. Nel processo si evoca una storia di vita e, in molti casi, si rappresentano veri e propri drammi umani. Il verbo celebrare rimanda appunto all'immagine della metafora teatrale o, se vogliamo, del rito. In effetti, il processo è una sorta di rappresentazione. È la rappresentazione di una storia narrata, la storia di un fatto, spesso ipotetico, raccontato da attori, ciascuno con un proprio ruolo: un accusatore, un difensore, dei testimoni e un giudice. Ognuno narra la propria storia. Il pubblico ministero rievoca la storia del fatto-reato, l'avvocato propone di quel medesimo fatto una lettura alternativa, i testimoni riferiscono la loro storia, più o meno parziale, a seconda del ruolo svolto nella vicenda. La storia finale verrà scritta dal giudice nella sentenza. Vi è anche il pubblico interessato alla rappresentazione, un pubblico che, nei processi mediaticamente più risonanti, segue il processo anche fuori dalla stessa aula di giustizia»); cfr. MONOD J., *Il caso e la necessità*, (trad. it.) A. BUSI, Milano, 1970, 152-153; SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 61 («Il processo, in quanto fonte di conoscenza ‘rituale’, implica una dimensione ‘sociale’ della conoscenza che è tale proprio in quanto sia ‘formalizzata’ e cioè ‘rappresentata’ secondo le ‘forme’ previste in un determinato sistema. Dunque, la funzione stessa del processo è quella di fornire la ‘rappresentazione’ di un fatto secondo determinati modelli e convenzioni socialmente condivisi. Ne consegue che un fatto processualmente rilevante può essere ritenuto ‘esistente’ solo in quanto sia stato ‘rappresentato’ nell'ambito del processo con le forme proprie di questo»); SPANGHER G., *Introduzione allo studio del processo penale*, Pisa, 2020, 7 («Il processo penale evidenzia/manifesterà profili magici e misteriosi: in spazi definiti, protagonisti e comprimari celebrano con forme e cadenze precise, spesso simboliche, un rito che non esclude aspetti labirintici»); cfr. STRUCK G., *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1977, 66 («Wenn Juristen sprächen, wie jedermann spricht, wären sie dann überhaupt noch sich selbst und den anderen Bürgern im Staate als juristen erkennbar?»). In argomento, *amplius*, GARAPON A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire* (2001), (trad. it.) D. BIFULCO, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, *passim* (in part. 173-278).

massimalistica” – di oralità e scrittura¹³, ruotante attorno a due questioni principali: la *quaestio facti* (*recte*: le *quaestiones facti*) e la *quaestio iuris* (*recte*: le *quaestiones iuris*)¹⁴.

Nella sua classica definizione, il procedimento si dipana in «una serie cronologicamente ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione penale, ciascuno dei quali, in quanto validamente compiuto, fa sorgere il dovere di porre in essere il successivo e, al contempo, è esso stesso realizzato in adempimento di un dovere posto dal suo antecedente»¹⁵.

¹³ Sulla natura di tali concetti, analizzati (anche) in una prospettiva storico-culturale, v. ONG W. J., *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 1986. Da un punto di vista più squisitamente giuridico, v. FERRUA P., *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981. Anche il linguista – già Presidente dell’Accademia della Crusca – MARAZZINI C., *Premessa*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 5, sia pure rifacendosi alle osservazioni del giurista (nel caso di specie: alle osservazioni di Federigo Bambi), osserva che «il processo è un luogo in cui si incontrano attori diversi, che dialogano per mezzo della lingua, orale e scritta, usano carte, verbali, note, perizie, resoconti, stesure stenografiche, ma anche si confrontano attraverso orazioni dense di sapere e talora di retorica, giochi dialettici, sforzi esegetici, scontri verbali, scambi di battute, frasi di ossequio e cortesia che talora sembrano valzer d’altri tempi».

¹⁴ Afferma FERRUA P., *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2017, 726 che «nel processo penale la principale attività di giudizio consiste nell’accertare se l’imputato sia o no colpevole per il fatto di reato enunciato nell’atto d’accusa. Il giudizio sulla colpevolezza si scinde, a sua volta, in due sotto-giudizi: il giudizio di fatto o storico, con cui si verifica se l’imputato abbia o no commesso il fatto ipotizzato dall’accusa, e il giudizio di diritto o di valore giuridico, con cui si controlla se tale fatto sia o no qualificabile come reato. Naturalmente, esistono altre attività di giudizio, che si esplicano su diversi temi, come quelli delle misure cautelari, del non luogo a procedere nell’udienza preliminare, del patteggiamento, dell’acquisizione di atti dell’indagine preliminare per impossibilità oggettiva di ripetizione o per provata condotta illecita; e anche a questo riguardo, sebbene in termini meno netto, si può distinguere il profilo ‘fattuale’ da quello ‘giuridico’». Scrive MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, 29 che «data una controversia, i principali elementi costitutivi di una decisione giudiziale, in forma volutamente schematica, possono essere ridotti a tre: a) accertamento dei fatti oggetto della controversia; b) individuazione della norma generale alla cui fattispecie sono riconducibili i fatti oggetto della controversia; c) soluzione della controversia attraverso il dispositivo (attraverso, cioè, la norma con cui l’organo decisionale pone fine alla controversia)».

¹⁵ TONINI P., *Manuale*, cit., 64, ove si richiama la definizione già presente in CONSO G., *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955, 132. In senso analogo: CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012, 383 e 389; ORLANDI R., *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 20 (il quale parla di «ordine sequenziale», diretto a «soddisfare contemporaneamente una molteplicità di esigenze [i.e. razionalità pratica; economia processuale; correttezza processuale]); NOBILI M., *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Crit. dir.*, 1997, 124 («Da sempre, in tutti i sistemi, il processo – per sua natura, per necessità gnoseologica, prima ancora che etica – è un *iter* verso un momento finale: un risultato, contemporaneamente atto di conoscenza (nel senso pure di far conoscere) e d’*imperium*: effetti sull’individuo e sulla collettività. Questa è innanzitutto una regola logica, per una ragione specifica, semplice, indiscutibile, seppure inquietante: l’accertamento (finale) esce diverso (bianco o nero; assoluzione o ergastolo, per essere espliciti), a seconda di quell’*iter* e dei modi di quell’accertamento, che possono essere (ed oggi sono) “percorsi interni”, ma anche “esterni” al processo); SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 64 e 148 («Il processo è un complesso organizzato di norme che danno vita a un percorso conoscitivo che si sviluppa secondo cadenze e modalità prestabilite. [...] Regole prestabilite dell’*ordo procedendi* che sanciscono le scansioni rituali della progressione della conoscenza processuale. [...] Mediante le regole processuali si dà vita a un sistema di ricerca di conoscenze socialmente rilevanti, impostato secondo schemi codificati che definiscono un percorso obbligato fino all’accertamento finale (idoneo secondo i casi a divenire definitivo)»); SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, (a cura di) G. DI CHIARA – V. PATANÈ – F. SIRACUSANO, Milano, 2018, 17; SPANGHER G., *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 46 e 67-68 («Il processo penale, in quanto procedura, è costituito da una sequenza di atti in successione, dei quali il successivo presuppone il precedente (da ritenersi anche validamente compiuto, con variabili in ordine alla propagazione della invalidità). La sequela di questi atti – poi – è ricompresa in un segmento

Nella praticità del reale, si tratta di atti che – come ricorda Giorgio Spangher – sono «sorretti da un preciso finalismo», condizionato dalla storia, dall’evoluzione sociale e dagli scopi che s’intendono perseguire, nonché dallo sviluppo della scienza giuridica: di talché, «sotto il profilo teleologico, funzionale e contenutistico, la sequenza [di atti che costituisce lo snodarsi del procedimento], a seconda del modello, può avere finalità autoritarie o garantiste»¹⁶.

Ebbene: le moderne società, con i loro apparati, si muovono per accertare la verità processuale e punire i colpevoli, al contempo tutelando gli innocenti (dei quali assicurano e salvaguardano, nei limiti del possibile, le libertà)¹⁷.

Oggi, nell’architettura predisposta dal nostro sistema criminale, l’*iter* procedurale si svolge – di regola e generalmente – nei seguenti termini.

In primo luogo, a partire dall’imputazione formulata dal pubblico ministero e seguendo le regole procedurali, si tenta di ricostruire – in fatto – l’esistenza di un determinato accadimento del passato. Questo *lost fact* lo si ricostruisce tramite prove¹⁸: prove, sia dichiarative sia reali, che vengono in ogni caso cristallizzate per iscritto (tendenzialmente, in verbali), per essere utilizzabili ai fini della decisione¹⁹. Nella prospettiva metodologica del falsificazionismo scientifico²⁰, si mira a

funzionale alla definizione – parziale – del rito. L’insieme costituisce lo sviluppo procedimentale che conduce alla decisione finale ed alla sua esecuzione. [...] Ogni segmento, in quanto governato da una sua finalità e funzionalità, è retto da regole proprie e da atti specifici. Tutto deve essere sviluppato secondo una logica coerente entro la fase (il segmento) e progressiva, differenziando – cioè – le fasi successive (i segmenti che seguono), con conseguente differenziazione degli atti compiuti, salva una inutile ripetizione».

¹⁶ SPANGHER G., *Introduzione allo studio del processo penale*, cit., 9-10.

¹⁷ Nell’insieme, com’è stato scritto, «il processo penale altro non è che un *apparato di garanzie* e quindi di controllo: garanzie e controllo nei confronti dell’attività dello Stato, quanto ai modi dell’accertamento, e quanto ai suoi esiti. Non per nulla è stato detto che il diritto processuale penale è “diritto costituzionale applicato” [SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in AA. VV., *Die Grundrechte*, (a cura di) K. A. BETTERMANN – H. C. NIPPERDEY – U. SCHEUNER, III, II, Berlin, 1959, 967]» (PISANI M., *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988, 24).

¹⁸ Su tutti: TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, *passim*. In materia, v. anche TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari-Roma, 2009, 74 ss. (in part., 135 ss.); UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, cit., 1 ss. («Qualunque risultato di un’indagine fattuale è dipendente dal contesto in cui quest’ultima si svolge, dalla metodologia seguita e dalle finalità prefissate» [1]).

¹⁹ Cfr. CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite*, cit., 87: «Contentiamoci di osservare che l’amministrazione della giustizia tradizionalmente comporta, in misura variabile, da un lato, qualche luogo e qualche momento in cui le *personae* del processo si incontrano, si parlano, si guardano più o meno benevolmente, dibattono più o meno accanitamente, dando così vita, almeno in teoria, a uno spettacolo; e, dall’altro lato, un accumulo di carte, come forma e supporto materiale delle comunicazioni tra i soggetti del processo, come mezzo di documentazione e memoria delle loro attività, o come fonti e strumenti di prova dei fatti controversi».

²⁰ Rispetto al ‘principio di falsificabilità’ (elaborato da Karl Raimund Popper), che ha soppiantato il ‘principio di verificabilità’ (precedentemente concepito da Friedrich Waissmann), avuto riguardo alle dinamiche procedimentali ci pare ancor più calzante il ‘principio di contraddicibilità’, definito da Amedeo Giovanni Conte. Invero, sebbene permanga comunque valido il principio di falsificabilità, ci sembra nondimeno maggiormente consono, *specifico* e per così dire *più vicino* allo svolgersi del rito processuale – incentrato sul principio del contraddittorio (art. 111 Cost.) – il principio contiano secondo cui «una tesi è epistemologicamente legittima solo se essa è contraddicibile, ossia: solo se è concepibile la sua antitesi, la negazione di essa. Per il principio di contraddicibilità, è la contraddicibilità (e non più: la falsificabilità o la verificabilità) ad essere condizione necessaria di legittimità epistemologica» (CONTE A. G., *Duplex*

provare la certezza processuale (*recte*: l'alta probabilità logico-probatoria²¹) dei fatti imputati all'accusato (art. 187 c.p.p.) e si opera a tal fine per *modus ponens* e per *modus tollens*, ricorrendo a inferenze induttive, deduttive e soprattutto abduttive²².

In seconda battuta, al fatto accertato si applica – in diritto – la disposizione di legge (o, per meglio dire, la norma) previamente ricercata, individuata e interpretata. L'attività retorico-argomentativa delle parti e, in specie, il ragionamento argomentato del giudice attribuiscono un significato performativo²³ e valoriale (in questo caso: un 'senso giuridico') a quella peculiare vicenda storica²⁴.

sigillum veri, in AA.VV., *La contraddizione che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, (a cura di) F. PUPPO, Milano, 2010, 64). Il contraddittorio tra le parti, insomma, richiama (presuppone?) la contraddicibilità prima ancora della falsificabilità. Pur senza dilungarsi su questa nostra 'impressione', ci sia consentito prevenire un'eventuale critica che potrebbe esserci mossa circa 'applicazione del principio di contraddicibilità all'ambito penale. Potrebbe invero sostenersi che la concepibilità di una tesi antagonista come criterio di legittimità della tesi principale – nel nostro caso: la tesi di colpevolezza – configurerebbe essa stessa un ragionevole dubbio e, così, sarebbe sempre impossibile condannare: sicché, applicando il principio di contraddicibilità in campo penalistico, si avrebbero praticamente solo assoluzioni. Una tale eventuale critica è, a nostro parere, priva di pregio. Da un lato, infatti, il medesimo (infondato) rilievo critico può esser mosso anche al principio di falsificabilità, il quale è nondimeno pacificamente accolto in *matière pénale*. Dall'altro lato, tale (infondata) critica è facilmente superabile ricorrendo al meccanismo che già si adotta per fronteggiare l'esistenza di innumerevoli – infinite? – ricostruzioni antagonistico-alternative possibili rispetto alla tesi prospettata e debitamente provata dall'accusa: si afferma che non qualsiasi dubbio concepibile ed esistente *in rerum natura* è in grado di scardinare il castello accusatorio, ma soltanto il dubbio razionalmente sostenuto e fondato sulle prove disponibili in quella data vicenda procedimentale può riuscire a incrinare, fino a dissolvere, la ricostruzione sostenuta e portata avanti dal p.m. Cfr. CAVALLA F., *Topica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 729 («Anche nelle forme limitate e provvisorie in cui può apparire nell'ambito di una controversia, la verità si guadagna attraverso l'effettuale dissoluzione delle opposizioni, attraverso l'esercizio della dialettica che mostri come una certa conclusione sia priva, puntualmente, di alternative fondate») e GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 24-25 (ove – a proposito della logica aristotelica e, riteniamo, conformemente al principio di contraddicibilità appena esposto – può leggersi quanto segue: «Nella sfera del probabile non tutto è discutibile; la dialettica pare legata al *problema* [(cfr.) *Topici*, 104b]: ed è tale una questione espressa in termini contraddittori (ad es. se il mondo sia eterno o no) e intorno a cui regna un effettivo conflitto di opinioni. La possibilità di costruire sillogismi contrari, partendo dalle opposte premesse probabili, permette di discutere la questione nei due sensi»).

²¹ Locuzione che sta a significare "certezza processuale al di là di ogni ragionevole dubbio". Sul punto: CONTI C., *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, (a cura di) A. SCALFATI, Milano, 2006, 87 ss.; TONINI P., *Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 1 ss.; TONINI P., *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1225 ss.

²² *Ex plurimis*, v. FERRUA P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 342-348 e IACOVIELLO F. M., *Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit., 349-357.

²³ Il termine "performativo" è stato coniato, com'è noto, da John Langshaw Austin (v. AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole* (1962), (trad. it.) C. VILLATA, Genova, 2015, 10-11), il quale «h[a] preferito una parola nuova» (11) anziché impiegare termini tecnici sia pure vicini ai suoi concetti (es. "operativo"), per esprimere il fatto che – in date circostanze e alla luce di determinate convenzioni – «il proferimento dell'enunciato costituisce l'esecuzione di una azione [e] non viene normalmente concepito come semplicemente dire qualcosa».

²⁴ Prosaicamente, v. BENNI S., *Saltatempo*, Milano, 2016, 16 («Niente è complicato, se ci cammini dentro. Il bosco visto dall'alto è una macchia impenetrabile, ma tu puoi conoscerlo albero per albero. La testa di un uomo è incomprensibile,

A livello logico, le due operazioni conoscitive – “in fatto” e “in diritto” – si muovono su piani distinti. Da un lato, la ricostruzione fattuale avviene in un contesto cognitivo di verità/falsità (processuale) circa l’esistenza o l’inesistenza di un certo avvenimento. Dall’altro lato, la ricostruzione giuridica si staglia in uno scenario decisionale-valutativo di ragionevolezza e di opinabilità ermeneutica circa l’applicazione della legge²⁵. Così, può dirsi che la verità logico-processuale è «probabilistica in fatto e opinabile in diritto»²⁶; tanto che nella disciplina codicistica, ai fini della pronuncia di colpevolezza, del profilo fattuale si pretende la fondatezza probatoria al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.), mentre del profilo giuridico si misura la plausibilità razionale dell’interpretazione, ossia la tenuta – che resterà, fatalmente, pur sempre criticabile – dell’argomentazione prospettata, avuto riguardo alla sua conformità legale (cfr. art. 606, co. 1 lett. b), c) e d) c.p.p.) e alla sua effettiva sussistenza, non manifesta illogicità e non contraddittorietà (cfr. art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p.).

finché non ti fermi ad ascoltarlo») e SCIASCIA L., *Il contesto*, Milano, 2006, 37 («Un fatto è un sacco vuoto. Bisogna metterci dentro l’uomo, la persona, il personaggio perché stia su»).

²⁵ Sul tema, diffusamente: FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000, *passim*. In particolare, l’Autore definisce la giurisdizione come «applicazione di leggi a (ovvero nella qualificazione legale di) fatti giuridici» (591), mediante un ragionamento di carattere cognitivo ‘in fatto’ e ri-cognitivo (per quanto comunque valutativo) ‘in diritto’. Avuto riguardo all’attività giudiziale, Ferrajoli la quadripartisce nei seguenti momenti: i) valutazione delle prove (verificazione fattuale); ii) interpretazione delle leggi (verificazione giuridica); iii) connotazione equitativa (giudizio di valore); iv) disposizione discrezionale (seppur legalmente vincolata). Sulla distinzione tra “giudizio di fatto” e “giudizio di diritto” v. TARUFFO M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2-6 (ove si sottolinea che «i due tipi di giudizio implicano metodologie diverse che ne garantiscano la razionalità, si fondano su dati e criteri diversi, per forma logica e funzione, e producono enunciati diversi per significato, struttura logica ed effetti, oltre che per il modo in cui la loro fondatezza può essere verificata e controllata. [...] Ovviamente, affermare che tale distinzione esiste non significa affermare che essa sia sempre facilmente individuabile, né tanto meno che la complessa attività che va sotto il nome di ‘giudizio’ sia topograficamente separabile in due zone al loro interno omogenee, l’una corrispondente al giudizio di fatto e l’altra al giudizio di diritto. Al contrario, i due tipi di giudizio si connettono e si intersecano in vari modi secondo uno schema dialettico soprattutto nella decisione finale e non sempre è agevole la distinzione tra l’uno e l’altro; tuttavia, osservare che giudizio di fatto e giudizio di diritto sono intrinsecamente connessi e dialetticamente interdipendenti non significa che il primo coincida col secondo, né tanto meno che entrambi si confondano in un *tertium genus* indeterminato e indefinibile sul piano razionale» [3]). Al riguardo, v. altresì CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, 62-63; CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2017, 3, 1, 317 ss.; COMANDUCCI P., *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 232-244; FERRUA P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 342 ss.; KOSTORIS R. E., *Giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, 7-8 (e ss.).

²⁶ FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario. In difesa del positivismo giuridico*, Modena, 2018, 20. Cfr. CANZIO G., *La “Dike” degli antichi e la “Giustizia” dei moderni: “Edipo Re” e “Antigone”*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 aprile 2018, 3-5; LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975), Berlin, 1991, 451 («Blicken wir nun auf die juristischen Theorien, so ist einleuchtend, daß ihre Folgesätze, weil sie sich auf normativ Geltendes beziehen, durch Tatsachen weder falsifiziert, noch gar verifiziert werden können»); SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 1-2; TUZET G., *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *D&Q*, 2011, 1073-1075; UBERTIS G., *Prova, verità e processo*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 1 ss.

A livello normativo, i due momenti accertativi trovano un comun denominatore nel principio di legalità, cioè nell'essere entrambi sottoposti a una prestabilita regolamentazione legislativa: quella del "giusto processo" (art. 111, co. 1 Cost.). Attenzionando l'agire giudiziale, è evidente come il giudice si faccia espressione di una discrezionalità legislativamente vincolata da prescrizioni e parametri più o meno incisivi. L'autorità giudicante, sciogliendo e riavvolgendo «il filo delle induzioni [...] nel dedalo delle probabilità»²⁷ (*quaestio facti*) e applicando – al fatto così ricostruito – il diritto (*quaestio iuris*), si muove alla luce e nell'alternarsi di prove scritte e di prove orali. Attenendosi alle previsioni normative (e tenendo conto delle pronunce giurisprudenziali, nonché eventualmente approfondendo contributi dottrinali), il giudice decide e – obbligatoriamente, salvo eccezioni (art. 125 c.p.p.) – motiva le proprie decisioni, in conformità al 'tipo' di provvedimento da adottare e nel rispetto dei diversificati standard probatori²⁸ della fase o del grado di giudizio in cui si trova.

A livello pratico e materiale, infine, sia il giudice sia le parti adottano strumenti epistemologici che articolano, argomentativamente, per mezzo tanto dell'oralità quanto della scrittura. Atti orali e atti scritti si intersecano, completandosi reciprocamente; e, nel progressivo²⁹ percorso di accertamento della responsabilità penale, vengono a trovarsi in un rapporto di proporzionalità inversa: mano a mano che ci si avvicina alla definitività del giudicato, la forma parlata cede gradualmente il passo alla forma scritta. In primo grado ci si confronta generalmente con le deposizioni testimoniali³⁰ e con la potenziale confessione dell'imputato prima di "ripiegare" sui

²⁷ DUMAS A., *Il conte di Montecristo* (1846), (trad. it.) G. PANFILI, Milano, 2012, 191.

²⁸ Sugli standard probatori, v. BELTRÁN J. F. – TUZET G., *Sulla necessità degli standard di prova*, cit., 456, i quali osservano che «un sistema senza standard di prova è un sistema senza regole per giustificare le decisioni sui fatti, cosa che rende inutili molti "diritti processuali *in itinere*" del procedimento, dalla presunzione di innocenza fino al dovere di motivazione. Infatti, se non conosciamo quando la presunzione di innocenza, come regola di giudizio, può considerarsi superata a causa delle prove disponibili, nemmeno possiamo sapere se è stata violata».

²⁹ SPANGHER G., *Piani di lettura della riforma Orlando*, in *Arch. pen. – speciale riforme*, 2018, 31-37 individua tre regole strutturali – «se non [si vogliono] chiamare principi» – che connotano l'odierno procedimento penale: i) il principio di non regressione; ii) il principio di concentrazione (così compendiabile: «per le questioni c.d. "incidentali" del procedimento appare opportuno evitare le deviazioni dal percorso principale»); iii) il principio di progressione (o interrelazione/concatenazione tra atti e fasi processuali). Più recentemente, v. SPANGHER G., *Introduzione allo studio del processo penale*, cit., 11 («Sono sostanzialmente tre le direttrici lungo le quali si articola la struttura di base di un processo e che in qualche modo ne delineano i percorsi. Si tratta del criterio di progressione, di non regressione e di concentrazione. Non si tratta di elementi separati ma implicati reciprocamente: la progressione implica la non regressione; la progressione integra la concentrazione e così vicendevolmente»).

³⁰ Mette conto precisare che attraverso il contributo dichiarativo, testimoniale o di parte, e comunque sempre per il tramite della forma orale, trovano manifestazione anche il confronto, la ricognizione, l'esperimento giudiziale nonché, generalmente, la consulenza tecnica, la perizia e infine persino il documento, nella misura in cui della liceità/legittimità e del contenuto della prova documentale si discute oralmente. In tal senso, v. la didascalica ricostruzione presente in Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan: «Per le modalità di assunzione e per la fonte da cui provengono, i mezzi di prova possono distinguersi in: a) prova proveniente da un soggetto le cui informazioni – nel contraddittorio delle parti – vengono trasmesse attraverso il linguaggio verbale (testimonianza; esame delle parti; ricognizioni); b) prova proveniente da "scritti o altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la

documenti; in appello, viceversa, il ‘mutismo’ delle carte prevale sulla «viva voce» e sull’«eloquenza del corpo»³¹, elementi – quest’ultimi – che assumono un ruolo di fatto residuale (v. ipotesi di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale: art. 603 c.p.p.) e diventano del tutto recessivi in sede di legittimità, ove solitamente ci si limita a riportarsi alle richieste o tutt’al più ad illustrare in breve i motivi d’impugnazione già (e più ampiamente) messi nero su bianco nel ricorso.

A tal ultimo riguardo, preme osservare che il progredire della cartolarizzazione va di pari passo con il graduale sedimentarsi di informazioni probatorie nel corso del procedimento, il cui fluire fisiologico porta all’accumulazione di dati regolarmente registrati in atti³². Il crescente stratificarsi delle acquisizioni processuali fa sì che la scrittura finisca per far premio sull’oralità; a maggior ragione se si considera che la presenza del verdetto motivato (e appositamente redatto in forma scritta) conduce a intendere «l’oralità [come] una *tecnica di formazione delle prove, non di convincimento del giudice*»³³, sicché – a differenza della giuria, che scioglie la riserva *guilty / not guilty* sulla base di impressioni e intuizioni – il giudice, dovendo *reddere rationem*, è obbligato a gestire razionalmente le proprie sensazioni e suggestioni. Non basta la persuasione interna

cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo” (art. 234 c.p.p.); c) prova finalizzata a ricostruire un fatto (esperienze giudiziali) o “a svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni” (perizia); d) prova acquisita al dibattimento o attraverso il linguaggio verbale (mezzi di prova *sub a*) o attraverso segni non verbali (scrittura: mezzi di prova *sub b*) o attraverso entrambe le modalità (perizia e consulenza)».

³¹ Cfr. PAGANO F. M., *Considerazioni sul processo criminale* (1787), Bologna, 2010, 113: «Nella viva voce parlano eziandio il volto, gli occhi, il colore, il movimento, il tuono della voce, il modo di dire, e tant’altre diverse piccole circostanze, le quali modificano e sviluppano il senso delle generali parole, e ne somministrano tanti indizi o a favore o contro l’affermazione delle parole. La muta lingua, l’eloquenza del corpo, per valermi della frase di Tullio, come più interessante, così è più veridica delle parole, e il vero può nascondere meno. Tutti i divisati segni si perdono nella muta scrittura». Parafrasando RECALCATI M., *A libro aperto. Una vita è i suoi libri*, Milano, 2018, 38, potremmo dire che solo con la comunicazione non verbale avviene la trasmissione – impossibile da riportare/spiegare, ma soltanto da vivere – di ciò che si può definire «il cuore dell’incomunicabile che interviene in ogni forma di comunicazione, l’incondivisibile che accompagna ogni autentica condivisione».

³² Conviene ancora puntualizzare che la “stratificazione” cui si fa in questo caso riferimento non è quella consensuale “cristallizzazione del panorama probatorio” che avviene nell’ambito del rito abbreviato o del patteggiamento. A differenza di quest’ultima, che è un’opzione di volontà diretta a congelare – fatte salve eccezionali integrazioni – l’insieme delle prove sulla cui base il giudice deciderà, la progressiva consolidazione stratificata delle informazioni probatorie che qui ci interessa rappresenta un’evoluzione tipica e fisiologica del rito ordinario, che è per l’appunto una serie cronologicamente ordinata di atti, tra loro successivi e concatenati, che gradualmente si affastellano. Dal punto di vista giuridico-linguistico, DELL’ANNA M. V., *Fra attori e convenuti. Lingua dell’avvocato e lingua del giudice nel processo civile*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 101 (e nt. 17) nota che «tanto più si avanza nei gradi processuali e più grande è il numero dei testi che si producono, tanto più l’intreccio di voci parlanti o scriventi e di elementi e profili retorici ha luogo. E tanto più nel discorso sia del giudice sia dell’avvocato hanno la possibilità di emergere porzioni di testo riprese dagli scritti dell’uno e dell’altro in un inevitabile meccanismo di citazione. (Possibilità oggi amplificate dai mezzi informatici, per le conseguenze portate nell’elaborazione dei testi dalla scrittura elettronica e dalla ricerca di normativa, giurisprudenza e massime [nonché dottrina] nelle banche dati)».

³³ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 542.

dell'animo: l'intuito dell'*intime conviction*, per accordarsi all'obbligo di motivazione, deve essere orientato (e convalidato) razionalmente³⁴.

In tal senso, affinché la decisione non sia un prodotto dell'arbitrio, occorre un'«argomentazione informata»³⁵ e suffragata da prove esterne. La carica emotiva dell'attività istruttoria, sebbene (umanamente) ineliminabile³⁶, deve essere ricondotta nell'alveo della razionalità (es. valutazione della deposizione testimoniale, inserita nel più vasto panorama degli altri elementi probatori) perché l'ordinamento non tollera scelte dissennate o illogiche, come quelle frutto del capriccio o dell'irrazionalità³⁷: «interessano gli argomenti addotti, non cos'abbia pensato o sentito il giudice;

³⁴ Scrive PERELMAN C., *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 416 che « une simple description des opérations de l'esprit du juge ne fournit pas nécessairement une bonne motivation, c'est-à-dire une légitimation ou une justification qui persuaderait les parties, les instances supérieures et l'opinion publique du bien fondé de la décision ». E questo, d'altra parte, è riconosciuto dagli stessi magistrati; v., ad esempio, LANZA L., *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare*, Roma, 14-16 settembre 2009, 7 («Se quindi la desiderabilità, l'intuizione e l'emozione possono degenerare in una decisione irragionevole, l'obbligo che è stato culturalmente imposto ai giudici, di articolare invece per iscritto, dopo la deliberazione, gli argomenti scelti a sostegno dell'accusa o della difesa, con svalutazione degli argomenti contrari, costituisce un essenziale rilevante filtro di congruenza e razionalità dei passaggi nodali della pronuncia penale, come d'altro canto di qualsiasi pronuncia di responsabilità») e SANTORIELLO C., *Motivazione (controlli sulla)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2008, 698 («La decisione che esprime il contenuto del giudicato deve essere necessariamente fondata su un ragionamento pratico, la cui formulazione non può avvenire unicamente nel “sottosuolo emozionale della volontà soggettiva”, ma deve formarsi anche a mezzo del confronto con altre opinioni, e deve essere in grado – una volta elaborata – di rispondere a critiche, obiezioni, repliche, giustificando il suo contenuto rispetto al modello di razionalità accettato nell'ambiente sociale in cui la decisione è destinata a trovare esecuzione»).

³⁵ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 345. Scrive che «esigenze di razionalità e ragionevolezza nel diritto comportano oneri di argomentazione e di sufficiente giustificazione delle soluzioni normative, o ermeneutiche, o applicative» PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 62 (il quale osserva ancora che «questo profilo può avere e spesso ha una specifica rilevanza giuridica: la *motivazione* come condizione di legittimità di atti normativi o di decisioni di casi concreti»). Al riguardo, FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 627 afferma che «il giudice, secondo questo principio [*i.e.* il libero convincimento], può insomma condannare non semplicemente “*secundum conscientiam*” ma “*ex informata conscientia*”». Sulla libertà decisionale del giudice all'interno di un processo connotato da un carattere «*informativo*» in quanto teso alla «ricerca indifferente del fatto» (per utilizzare un'espressione di BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., 68 – cap. XVII), v. TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 66, ove si osserva che «con l'espressione libero convincimento si vuole significare che il giudice è “libero” di convincersi e, al tempo stesso, è “obbligato” a motivare razionalmente».

³⁶ Senza scendere nel dettaglio, si può pianamente rilevare l'esistenza di un permanente «elemento irrazionale che interviene nella diffusione di ogni messaggio, anche quando il messaggio si pretende totalmente razionale» (GIRARD R., *Dostoevskij: dal doppio all'unità* (1953), (trad. it.) R. ROSSI, Milano, 2005, 67).

³⁷ E rinveniamo nella motivazione una – la (principale)? – «garantie contre l'*arbitraire* du juge, qui doit se donner à lui-même et donner à autrui les raisons de sa décision. Garantie contre l'*erreur* du juge, la motivation est seule à même de faire apparaître les failles éventuelles de la construction intellectuelle qui a conduit à la décision» (NORMAND J., *Le domaine du principe de motivation*, in AA.VV., *La motivation*, Paris, 2000, 17). Leggiamo in Cass., Sez. un., 24 settembre 2010, n. 20159 che «l'autonomia del magistrato nell'amministrazione della giustizia deve trovare il suo limite nella motivazione dei provvedimenti [e, nello specifico, in] una motivazione chiara e convincente». Afferma IRTIN., *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Cont. imp.*, 2017, 21 che «il giudice è “terzo e imparziale” non già perché eserciti un astratto e assoluto potere di decisione ma perché accoglie e trascende il contraddittorio, lo conserva e lo supera nella “terzietà” e “imparzialità” di una scelta. La motivazione del terzo è la necessaria conclusione del

[...] conta la qualità degli argomenti (scelti secondo date topiche, “*sine praejudicio melioris sententiae*”)³⁸.

Insomma, dopo aver partecipato al dibattimento ed aver – di regola (art. 525, co. 2 c.p.p.) – vissuto in prima persona l’istruttoria, il giudicante ricomponе il quadro delle prove legittimamente acquisite (art. 526 c.p.p.) e sentenza sulla fondatezza dell’accusa. Con la motivazione della sentenza adempie una funzione di conoscenza oggettiva³⁹, riassumendo in essa le ragioni del proprio (libero) convincimento, non più vincolato – a valle – dall’automatismo delle prove legali ma sicuramente limitato – a monte – dal metodo legale di formazione delle prove, il quale – in alcune ipotesi – può anche instradare (ancorché mai predeterminare) la sua discrezionalità valutativa verso la trattazione di certi ineludibili argomenti, il cui vaglio è ritenuto indispensabile ai fini del compiuto accertamento della fattispecie in esame.

Nel disegno del codice segue poi il meccanismo delle impugnazioni, che chiude l’*iter* accertativo e rende possibile, sulla scorta dei motivi denunciati nell’atto d’appello o nel ricorso per cassazione, un duplice «vaglio di corrispondenza»: quello, prevalentemente di merito, «tra sentenza e processo» (in appello) e quello, di ‘sostanziale’ legittimità, «tra processo e logica»⁴⁰ (in Cassazione). Nelle azioni impugnatorie, è il testo del provvedimento, all’interno del quale l’intera faccenda storico-processuale è (o dovrebbe essere) condensata⁴¹, ad assurgere a protagonista⁴². Ed

contraddittorio, la sintesi che pronuncia la ragione del diritto fra le ragioni delle parti. Il terzo non è un muto decisionista, ma un uomo che pensa su pensieri di altri uomini».

³⁸ CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 671.

³⁹ Sul punto, cfr. DE CATALDO G., *La sentenza come testo*, in AA.VV., *Breviario per una buona scrittura. Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali*, Roma, 16 febbraio 2018, 27. Nella sentenza – chiosa IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, 990, nt. 8 – «la soggettività giuridica ha cura di indossare l’abito dell’impersonale oggettività giuridica».

⁴⁰ In termini: IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 347. L’Autore definisce il ‘controllo tra sentenza e processo’ un controllo extra-testuale di completezza e di correttezza delle informazioni probatorie, mentre il ‘controllo tra processo e logica’ un controllo testuale di logicità.

⁴¹ V. LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, in *Giust. ins.*, 2009, 2-3, 81: «La motivazione condensa e cristallizza in un solo atto tutto il processo». Similmente, FAZZALARI E., *La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, 313-314: «La sentenza non è un’*insula in flumine nata*, non è un testamento olografo, bensì è il risultato del travaglio di un processo». Svestendo – in questo caso – l’affermazione dal suo alone critico-negativo, risuonano le parole di Franz Kafka: «La sentenza non arriva d’un tratto, è il processo che si trasforma a poco a poco in sentenza» (KAFKA F., *Il processo* (1925), (trad. it.) C. MORENA, Milano, 2017, 174).

⁴² Sul punto, v. CAPONE A., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ottobre 2018, 4-5: «Nei sistemi continentali contemporanei, anche questo secondo metodo [*i.e.* quello di formazione del giudizio, che segue quello dell’acquisizione della prova] ha andamento dialettico. Solo che si abbandona l’oralità (e l’unità di tempo e di luogo che la caratterizza), e si privilegia la scrittura, che impone di instradare la dialettica tra parti e giudice in una sequenza procedimentale fondata su *argomentazione, critica e controllo*. Il metodo di formazione del giudizio si fonda dunque su una sequenza dialettica. Le cadenze di questa sequenza sono scandite dalle norme che disciplinano la motivazione, i motivi di impugnazione e il controllo della decisione. Esagerando un po’, ma non troppo, si potrebbe dire che nel passaggio tra primo grado e impugnazioni si

ecco ri-emergere, in una loro parziale e peculiare sfaccettatura, le parole del contadino Pedro Crepo, dato che è nella «carta» – in definitiva – «che si registran le prove e gli indizi d’ogni colpa che si accerta». Con una fedele e puntuale rendicontazione «scritta», che tuttavia – lo si è detto – il nostro codice di rito penale vuole che avvenga all’esito di un percorso partecipato e intriso di oralità, il giudice «offre a tutti, litiganti e non litiganti, il perché logico della decisione adottata»⁴³, giustificando le scelte compiute con riferimento alle tematiche affrontate.

In relazione alle tematiche che sia il giudice sia le parti debbono affrontare nell’ambito dell’accertamento, può accadere che – in alcuni casi – ci si trovi davanti ad aspetti (alle volte fattuali, altre volte strettamente giuridici o normativi) che vantino una sorta di “rilevanza differenziata o privilegiata” nell’economia della fattispecie che si va esaminando. In tali circostanze, si è al cospetto di profili argomentativi strutturali e salienti di quella determinata fattispecie, i quali – in virtù di un’indicazione legislativa, di una prassi giurisprudenziale o di una teoria dottrinale – posseggono una valenza tutt’affatto peculiare, che li rende imprescindibili ai fini della corretta definizione del giudizio. Questi argomenti, da prendere necessariamente in considerazione per concretizzare la fattispecie in questione, divengono delle vere e proprie tappe o soste ineludibili dell’*iter* procedurale. E, se rapportati alla figura del giudice, tali step o passaggi obbligati segnano – *ex lege* o *de facto* – tanto il momento valutativo quanto il momento giustificativo del ragionamento giudiziale, dando vita a un peculiare onere motivazionale⁴⁴ che, come si dirà, possiamo qualificare come obbligo di “motivazione rafforzata”.

*

La *Premessa* appena svolta costituisce il canovaccio che ci permette adesso di sviluppare – a mo’ di *Introduzione* – qualche ulteriore e concisa riflessione circa il contesto entro cui si accomoda l’oggetto del presente lavoro. Così facendo, miriamo altresì a delineare nello specifico la direzione verso la quale si orienta il nostro studio.

-

Abbiamo ritenuto di prendere le mosse da una delle infinite risposte possibili alla domanda “che cos’è il processo?”⁴⁵ per tentare di mostrare che, nei suoi tratti essenziali, il processo giuridico è una

rivive il passaggio tra cultura orale e civiltà della scrittura. E non è un caso. La discussione orale ci aiuta a maturare un convincimento, ma poi è l’argomentazione scritta che ci consente di farne una verifica razionale».

⁴³ IRTIN., *Le due Cassazioni*, cit., 16.

⁴⁴ Nel testo impieghiamo e impiegheremo le parole “obbligo” e “onere” (di motivazione) come sinonimi, senza quindi presupporre la distinzione esistente tra i due concetti, o meglio tra le due situazioni giuridiche.

⁴⁵ Si tratta di un interrogativo che inevitabilmente si pone lo studioso della materia, pungolato – nella sua curiosità – da quell’enigma che è stato definito «il mistero del processo» (SATTA S., *Il mistero del processo* (1949), Milano, 1994, 11 ss. In questo scritto, l’Autore affronta il quesito anticipando che è una di quelle «domande alle quali è forse impossibile rispondere ma alle quali una risposta bisogna pur dare, se non vogliamo concludere la nostra vita di studiosi con l’amara

struttura complessa che «vive di vita propria, o almeno tende a vivere»⁴⁶, snodandosi in un percorso all'interno del quale si compiono attività (verbali e non verbali) e si realizzano atti (scritti e orali)⁴⁷ la cui finalità è quella di portare a compimento il momento fondativo dell'intera procedura: il giudizio di un accadimento storico da parte di un soggetto terzo e imparziale, identificato nel giudice⁴⁸.

Il procedimento giurisdizionale è un fenomeno sociale che può essere letto come «una messinscena paradigmatica della lotta simbolica» che può aver luogo tra membri della società o tra la società stessa (meglio: lo Stato) e i suoi membri; un conflitto – manifestantesi in «un confronto tra punti di vista individuali, al contempo cognitivi e valutativi – che viene risolto attraverso un verdetto pronunciato in modo solenne da una “autorità” che riceve preciso mandato sociale»⁴⁹.

In quest'ottica, lo ‘scopo del procedimento giurisdizionale’ ricalca il più generale ‘scopo del Diritto’, che consiste nel mitigare – limitandolo e disciplinandolo – l'esercizio del potere fra gli uomini⁵⁰. Solamente incanalando ritualmente (e, quindi, «armoniosamente»⁵¹) il potere, in questo

impressione di aver perduto il nostro tempo intorno a un vano fantasma, a un'ombra che abbiamo trattato come una cosa calda» [15]).

⁴⁶ SATTÀ S., *Il mistero del processo*, cit., 18.

⁴⁷ Scrive DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995, 142 che «forms are gestures made, words uttered, formulae written, ceremonies performed, when these must occur in specific ways and at specific times so that the objective in the dispute process is achieved».

⁴⁸ Isolando «i tre caratteri del Tribunale» (i.e. i) «un elemento terzo»; ii) «il riferimento a un'idea, a una forma, una regola universale di giustizia»; iii) «una decisione con potere esecutivo»), FOUCAULT M., *Microfisica del potere*, (trad. it.) P. PASQUINO – G. PROCACCI, Torino, 1977, 81 individua nella presenza dell'«elemento terzo, dunque necessariamente neutro» – ovverosia, la «posizione terza del giudice» (106) – ciò che differenzia la giustizia appoggiata su un apparato di Stato dalla giustizia popolare, in cui vi sono soltanto «le masse e i loro nemici» (78).

⁴⁹ BOURDIEU P., *La forza del diritto*, cit., 97. Sull'importante valenza (anche simbolica) del “luogo” in cui viene amministrata la giustizia, in BRUNELLO M. – ZAGREBELSKY G., *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, 108-109 si osserva che «ciò che distingue la giustizia e la legge dalla vendetta e dall'ira è innanzitutto il luogo. Vendetta e ira si scatenano dovunque; giustizia e legge si amministrano in luoghi definiti, separati dalla folla vocante. [...] L'esercizio della giustizia ha bisogno di spazi [e tempi] definiti, perché la giustizia possa distinguersi dall'informe quotidianità». Sul punto, v. altresì CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite*, cit., 57-58 e 77-78.

⁵⁰ Tra gli «elementi essenziali» che «il concetto del diritto deve contenere», SANTI R., *L'ordinamento giuridico* (1917), Firenze, 1945, 21-22 evidenzia «anzitutto [il fatto che esso debba] ricondursi al concetto di società [e che debba], in secondo luogo, contenere l'idea dell'ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata. [...] Ogni manifestazione sociale, pel fatto solo che è sociale [i.e. esce dalla sfera puramente individuale], è ordinata almeno nei riguardi dei consoci», sicché «il diritto obbiettivo [...] consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici» (55; ma v. anche 36-37 e 101-102, nonché 107, ove si parla della possibilità – nella prospettiva di Santi Romano, che «ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasform[i] per ciò stesso in diritto», di modo – che, ad esempio, «una associazione a delinquere, [pur] non costitu[endo] diritto per lo Stato che vuole abbattere o di cui viola le leggi», sia comunque considerata una istituzione, un'organizzazione, un ordinamento «che, isolatamente pres[o] e intrinsecamente considerat[o]» abbia natura giuridica). In questo scenario, per il tramite specifico del processo, si assiste poi alla «trasformazione della lite reale in lotta rituale e metaforica, disciplinata da regole rigorose che precludono ogni forma spontanea e incontrollata di aggressione, di ritorsione o di autodifesa» (CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite*, cit., 24).

caso nelle trame dell'*ordo processus* (cfr. artt. 392-393 c.p.⁵²), si può infatti evitare il diffondersi di quell'arbitrio – non di rado, vendicativo⁵³ – che scardinerebbe il prestabilito equilibrio normativo⁵⁴ (vólto a regolamentare le relazioni sociali giuridicamente rilevanti) e che, causando un progressivo

⁵¹ Sull'armonia correlata al rituale, v. – in termini filosofico-generalì – HAN B., *La scomparsa dei riti. Una topologia del presente*, (trad. it.) S. BUTTAZZI, Milano, 2021, *passim*. (es. 11 [«I riti sono azioni simboliche. Tramandano e rappresentano quei valori e quegli ordinamenti che sorreggono una comunità»]; 15 [«Le pratiche rituali fanno sì che ci rapportiamo armoniosamente non solo con le altre persone, ma anche con le cose»]).

⁵² Cfr. HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio* (1820), (trad. it.) B. HENRY, Bari-Roma, 2010, 177-178 (§§ 220-221; ma v. anche 92 [§ 102]): «Il diritto di fronte al delitto nella forma della *vendetta* è soltanto diritto *in sé*, non nella forma del diritto, cioè non giusto nella sua esistenza. In luogo della parte lesa entra in scena qui l'*universale* leso, che nel giudizio ha realtà peculiare, e prende su di sé la persecuzione e punizione del delitto, la quale pertanto cessa d'esser il contraccambio soltanto *sogettivo* e accidentale attraverso la vendetta e si muta nella verace conciliazione del diritto con se stesso, in *pena*, nel rispetto oggettivo, come conciliazione della *legge* che col togliere il delitto ristabilisce e con ciò *realizza* come *valida* se stessa, e nel rispetto soggettivo del delinquente, come conciliazione della *sua legge da lui saputa* e *valida* per lui e a *sua protezione*, nella cui esecuzione in lui egli quindi addirittura trova l'appagamento della giustizia, soltanto il compimento di quanto stava in *lui* compiere. Il membro della società civile ha il *diritto di stare in giudizio*, così come il *dovere di presentarsi dinanzi al giudice* e di prendere il suo diritto controverso soltanto dal giudice».

⁵³ Sulla “vendetta” e sui «procedimenti che permettono agli uomini di moderare la loro violenza» (42), per tutti GIRARD R., *La violenza e il sacro* (1972), (trad. it.) O. FATICA – E. CZERKL, Milano, 1980, *passim*. (secondo cui «se la vendetta è un processo infinito, non a essa si può chiedere di frenare la violenza; anzi, è essa stessa che si tratta in realtà di frenare. [...] Fintanto che non c'è un organismo sovrano e indipendente che si sostituisca alla parte lesa e che *si riservi la vendetta*, sussiste il pericolo di una *escalation* interminabile» [34]). Scrive FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 619 che «il processo, come del resto la pena, si giustifica precisamente in quanto tecnica di minimizzazione della reazione sociale al delitto: di iminimizzazione della violenza, ma anche dell'arbitrio che altrimenti si produrrebbero in forme ancor più selvagge e sfrenate. [...] Ciò che fa del processo un'operazione diversa dalla ragion fattasi o da altri metodi barbari di giustizia sommaria è il fatto che esso persegue, in coerenza con la duplice funzione preventiva del diritto penale, due diverse finalità: la punizione dei colpevoli e insieme la tutela degli innocenti. È questa seconda preoccupazione che è alla base di tutte le garanzie processuali che lo circondano, e che variamente condizionano le istanze repressive espresse dalla prima. La storia della procedura penale può essere letta come la storia del conflitto tra queste due finalità, logicamente complementari ma nella pratica contrastanti».

⁵⁴ “Equilibrio normativo” la cui origine e concretizzazione è, in epoca moderna (sommariamente: da Hobbes in poi), attribuita – in via prevalente, se non esclusiva: salvo ‘sp(r)azi’ di *ius naturale* – all'attività e alla volontà dell'uomo (*ius positum*) e non più alla divinità (*ius divinum*). Cfr. CORDERO F., *Giudizio*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1961, 881: «Dal punto di vista del sociologo, le regole del diritto costituiscono precisamente una tecnica d'organizzazione dei rapporti tra i componenti d'una data comunità». Mette conto precisare che la regolamentazione giuridica – *lato sensu* intesa: cioè, intesa non soltanto come *lex* – delle relazioni umane interviene (o dovrebbe intervenire ‘solo’) nella misura in cui l'*intimità* del rapporto non sia in grado, da sola, di garantire la ‘normale convivenza’. Le “relazioni umane giuridicamente connotate” cui facciamo riferimento nel testo sono infatti quelle in cui il diritto s'inserisce perché, aristotelicamente parlando, l'intimo naturale svolgersi del ‘rapporto umano-civile’ si incrina e dà luogo a situazioni che rischiano di non consentire più di «tenere insieme la città» in modo ordinato e pacifico (creando un clima opposto a quello che si realizza quando invece i rapporti si reggono sull'amicizia, intesa nel senso più profondo del termine: *i.e.* come ‘bene’ – altrui, proprio e comune – non meramente utilitaristico o edonistico. Invero, il rapporto di amicizia, còlto nella sua accezione più intensa e completa, consente di ‘fare a meno’ del Diritto e della Giustizia, quantomeno della giustizia umana: giacché, «quando si è amici» – insegna Aristotele – «non c'è alcun bisogno di giustizia» – ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (trad. it.) C. MAZZARELLI, Milano, 2015, 299 [1155a, 25]; *amplius*: 299-369 [1155a – 1172a]).

disordine, giungerebbe a sfaldare le basi legali sulle quali si regge e si mantiene l'intera convivenza civile⁵⁵.

Il Diritto è pertanto, in prima battuta e nella sua intima essenza, Procedura⁵⁶: poiché tracciare confini giuridici⁵⁷ al comportamento umano, affinché questo non sia arbitrario, vuol dire in buona

⁵⁵ La letteratura in materia è sconfinata, essendo una – la (?) – tematica classica del diritto quella ‘dell’ordine giuridico in opposizione alla violenza sregolata e arbitraria’. Le pagine scritte dagli studiosi del XX° secolo sul tema (fra gli altri: Bobbio, Capograssi, A. G. Conte, Costa, Del Vecchio, Dworkin, Fassò, Ferrajoli, Foucault, Girard, Grossi, Habermas, Hart, Kelsen, Lombardi Vallauri, Nozick, Olivecrona, Opocher, Perelman, Piovani, Radbruch, Rawls, Ross, Santi Romano, Satta, Scarpelli, Schmitt, Stella, Tarello, Treves, Verri, Zagrebelsky, Zolo ecc. ecc.) infatti presuppongono e spesso ripercorrono le teorie giuridiche precedentemente elaborate nel corso dei secoli – (specie, nei secoli XVI°-XIX°) fra gli altri, da: Bodin, Grozio, Bacone, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Pufendorf, Bentham, Thomasius, Marx, Machiavelli, Beccaria, Constant, Filangieri, Stuart-Mill, Holmes, Pagano ecc. ecc. ecc. – e tengono altresì conto delle più antiche ricostruzioni filosofiche (cfr. Platone e Aristotele, su tutti) e teologiche (cfr. religiose [cristiane, in particolare]) o mitologiche (cfr. Antigone e Oresteia, *in primis*) che hanno affrontato tale problematica. Ed è sull’onda lunga di questa tradizione che possiamo oggi pacificamente affermare che «gli esseri umani vivono comunemente in società o, se si preferisce, in gruppi, mantenendo rapporti caratterizzati da un apprezzabile grado di costanza, regolarità e prevedibilità» (FERRARI V., *Prima lezione di sociologia del diritto*, cit., 3): caratteristiche, quest’ultime, tipiche della civile convivenza, assicurata non soltanto dall’educazione *lato sensu* pedagogico-ambientale ma *anche* e in buona misura dalla capacità ordinante del diritto (cfr. PULITANO D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 32, il quale ci ricorda in ogni caso che «per la civile convivenza il diritto può essere molto, ma non è tutto; non è l’orizzonte ultimo dei valori»). Disciplinando – comunque nei limiti dell’irriducibilità individuale – il comportamento dei consociati, il diritto ne influenza gli atteggiamenti (v. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 401-407 [1179b, 25-1180b, 25]) e agisce da «cemento che consente la armonica convivenza delle singole libertà e, conseguentemente, il rispetto della dignità di ogni cittadino» (GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 73). Specialmente in virtù del sistema punitivo, poi, il diritto riesce a «impedire il bruto predominio» dell’uomo sull’uomo (ZAGREBELSKY G., *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 116), che si manifesterebbe nelle occasioni più critiche. Tra le altre procedure giuridiche, quella della ‘punizione’ (che storicamente segna il decisivo cambio di paradigma rispetto a quella della ‘vendetta’: v. HAN B., *Topologia della violenza*, (trad. it.) S. BUTTAZZI, Milano, 2020, 31-32), si rivela più delle altre in grado di garantire – con le proprie «cerimonie catartiche» – «l’equilibrio sociopsichico» della collettività (CORDERO F., *Criminalia*, cit., 10). Inoltre, rimuovendo – in verità, attenuando quanto (più) può – lo spirito vendicativo, mira a conservare (e sviluppare e [r]affinare sempre più) l’umanità dell’ordinamento, sulla scorta dell’idea che «quando uno vuole fare giustizia da sé, le cose vanno in modo maledettamente disumano» (DÜRRENMATT F., *Giustizia* (1985), (a cura di) G. AGABIO, Milano, 2011, 170).

⁵⁶ Sulla «concezione procedurale del diritto» v. IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, 26 (corsivo nostro): «Se procedura (o, in linguaggio più antico, processura) è scansione prestabilita di atti tipici, i quali volgono verso un fine unificante, allora il diritto è, per sua indole, procedura o insieme di procedure. Soltanto il decisionismo occasionalistico, creando diritto in singoli stati di cose e sprezzando la normalità quotidiana, non ha bisogno di procedure». In questa prospettiva, rinveniamo il collegamento tra ‘diritto processuale’ e ‘garanzia contro l’arbitrio’, tra gli altri, in MASSA M., *Motivazione della sentenza (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 2, ove si afferma che «la funzione di garanzia contro l’abuso sempre possibile del potere è talmente connaturata al processo che quando essa manca a rigore non si dovrebbe neppure parlare di processo, bensì di un apparato costruito per mascherare il sopruso». In quest’ultimo caso, a nostro parere, si fatica in realtà anche a parlare di ‘diritto’, giacché quest’ultimo viene sopraffatto da un’altra forma di potere: quello arbitrario, che soppianta in tal senso quello giuridico, vista la loro incompatibilità. Per definizione, infatti: dove c’è arbitrio, non c’è diritto.

⁵⁷ Definisce il diritto «l’arte di tracciare limiti» SCIALOJA V., *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 9, 942. In Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1 leggiamo che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e nell’ambito dell’ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell’ordinata convivenza civile». Ci rammenta «l’attitudine ordinante del diritto, [il] suo strutturale tentativo di sottrarre le vicende umane all’instabilità e all’insicurezza» ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*.

sostanza scandire *lato sensu* proceduralmente la libertà d'azione di un uomo, indirizzandone o comunque influenzandone – senza però predeterminarlo⁵⁸ – l'agire.

Di questa regolamentazione dei fenomeni sociali (giuridicamente rilevanti⁵⁹) costituisce un'espressione esemplare l'organizzazione del giudizio⁶⁰, cioè quel cadenzato succedersi di attività

Un'evoluzione storica e teorica, Napoli, 2007, 38. Analogamente (e prendendo le mosse da un affascinante richiamo letterario: i.e. a Robinson Crusoe [DEFOE D., *The Life and Strange Surprising Adventures of Robinson Crusoe*, London, 1719]), ALPA G., *Manuale di Diritto privato*, Milano, 2020, 3 ricorda che «una delle funzioni del diritto [è] l'ordine dell'aggregazione sociale». In un'ottica macro-pragmatica, JORI M., *Pragmatica giuridica*, Modena, 2016, 32, ci invita a considerare «il diritto come pratica sociale complessiva per quello che è: la gestione organizzata della coazione sociale».

⁵⁸ Le persone che vivono in società sono – e restano – in ogni caso libere di agire o nel rispetto delle regole giuridiche o in violazione delle regole giuridiche, avvantaggiandosi o sopportando gli effetti del loro comportamento. Parla di «criterio di praticabilità in un certo contesto» GALLO M., *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016, 15, il quale afferma che il «diritto val quanto un *quid* alla cui stregua si decide ciò che si può e ciò che non si può fare» (14) giacché il diritto, «prima di essere sistemazione dell'accaduto, è modello per il futuro» (78) ed è caratterizzato da quella tipica «volontà di modellare le cose che verranno, comune a tutti i fattori normativi, in qualunque modo si apprestino ad incidere, e di fatto incidano, sulle vicende umane» (98). In tal senso, con GROSSI P., *Le conclusioni del giurista. La lingua del diritto e tre rischi culturali*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 213, possiamo dire che «il diritto appartiene alla fisiologia della società, è dimensione salvante di ogni civiltà storica, intesse di sé la vita quotidiana di ogni uomo da quando si sveglia al mattino a quando si còrica la sera».

⁵⁹ Non tutte le attività e le manifestazioni di un individuo sono assoggettabili o inquadrabili giuridicamente, anche perché – (in termini generali e) a prescindere dalla forma di Stato in cui ci si trova – «non c'è istituzione, per quanto larga e comprensiva, che senta il bisogno di considerare rilevanti per il suo ordinamento tutti indistintamente i rapporti sociali» (SANTI R., *L'ordinamento giuridico*, cit., 165). Cfr. ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971), Torino, 2005, 184: «Il sistema giuridico, al pari degli altri sistemi normativi, fornisce delle qualificazioni deontiche a certi tipi di comportamento (in determinate circostanze) e regola, in tale modo, le azioni degli individui che compongono un gruppo sociale, contribuendo alla loro pacifica convivenza col prescrivere anticipatamente il modo in cui qualunque eventuale conflitto d'interessi deve essere risolto. La soluzione dei conflitti di interesse costituisce, ovviamente, uno degli scopi fondamentali del diritto». Similmente, HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPA, Bari-Roma, 2013, 88-90 (il quale fa riferimento alle «procedure d'istituzionalizzazione» del diritto) e SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 559 («In ogni società di qualche dimensione e durata emergono esigenze minime concernenti le norme e i valori regolanti la convivenza e la collaborazione sociale: l'esigenza della determinazione di quelle norme e di quei valori e l'esigenza della loro imposizione a chi non vi si conformi spontaneamente. Il diritto è una struttura sociale che soddisfa, eventualmente con altre, tali esigenze»). In questa prospettiva, il diritto può essere inteso «come la sicurezza delle forme di vita sociali garantite dalla sanzione del potere statale» ([VON] JHERING R., *La lotta per il diritto* (1872), Bari-Roma, 1960, 71, nt. 1).

⁶⁰ Compatibilmente con la più estesa considerazione secondo cui il Diritto stesso è, in sé, Procedura (giacché ordina il potere e, incanalandolo entro determinati binari procedurali, ne disciplina l'esercizio affinché non sia arbitrario), cfr. quanto affermato da CALAMANDREI P., *Processo e democrazia* (1954), in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 628-629: «Questa tendenza alla “*rationalisation du pouvoir*”, che i costituzionalisti hanno studiato come un fenomeno recente nel campo del potere legislativo e del potere governativo, è un fenomeno antico nel campo del potere giurisdizionale. Da molti secoli, forse da millenni, la trasformazione della tecnica consuetudinaria in diritto codificato è in continuo progresso nel campo delle istituzioni giudiziarie: e il mirabile fiorire degli studi processuali in quest'ultimo secolo è la miglior testimonianza di questa graduale ascesa della “procedura”, intesa come tecnica di pratici, alla “sistematica” del processo, intesa come scienza di principi razionali. Tutta la storia del processo, dalle *formulae* del diritto romano alle *positiones* del diritto comune, dagli statuti italiani alle *coutumes* francesi, è in sostanza, fino a giungere alle codificazioni, la storia della trasformazione della pratica giudiziaria in diritto processuale: dalla *pratica fori*, dallo *stylus curiae*, è venuto fuori a poco a poco un sistema architettonico di regole formali che, anche se hanno perduto ogni apparente connessione coi motivi di convenienza tecnica che le hanno originate, non cessano per questo di

che porta all'assunzione di una decisione giudiziaria legittima all'interno di un dato ordinamento. Decisione che, negli anni, si è tentato di obiettivizzare e rendere quanto più distante possibile da un atto di mera arbitrarietà⁶¹.

Per tale via, «lentamente e non senza digressioni e indietreggiamenti»⁶², si è sostituita la forza fisico-materiale con altri espedienti, fino a rimpiazzarla con la forza astratta della ragione

essere la traduzione in formule giuridiche di esperienze attinte dalla ragione comune. [...] Perché questo movimento di “razionalizzazione” del potere abbia avuto inizio dal potere giurisdizionale prima che per gli altri poteri dello Stato è facilmente spiegabile. La giustizia degli uomini, per esercitare nella società la sua missione chiarificatrice e pacificatrice, ha bisogno (com'è stato spesso rilevato) non solo di essere, ma di *parere* giusta: i giudicabili, per inchinarsi senza ribellione alla terribile onnipotenza della giustizia, debbono rassegnarsi a credere che il giudice sia un essere quasi divino, diverso dagli altri uomini, fornito di virtù soprannaturali che non ammettono sindacato umano. Da ciò il mistero quasi religioso che circonda nelle epoche primitive il responso dei giudici, che seggono in alto, sui loro troni, e la cui voce scende da lontano (come la voce della Sibilla invisibile, che giungeva ripercossa dai cuniculi dell'antro): da ciò il carattere quasi liturgico o spettacolare del *ritus* processuale, di cui restano ancora tracce in certi solenni cerimoniali e in certe antiche divise, come la parrucca o la toga, o nelle architetture teatrali o quasi ecclesiastiche di certe aule giudiziarie. Ma quando il giudice scende di cielo in terra, e si vede da vicino che anch'egli è un uomo, allora, se si vuol dare credito alla sua sentenza, si cominciano a cercare nei meccanismi sempre più precisi della procedura le garanzie per assicurare che essa sia in ogni caso il prodotto, non dell'arbitrio, ma della ragione». Riguardo alla tendenza dell'*homo juridicus* alla proceduralizzazione, cfr. *ex multis*: CARUSI D., *Che farò quando tutto brucia? Una lettura politico-giuridica di António Lobo Antunes*, Pisa, 2019, 74 e 98 («E cos'altro è il diritto se non eterno sforzo di riduzione, di regolamentazione, di legittimazione del potere?»); «Perché il diritto non può che essere formalizzazione, istituzione – per tramite di astrazione – di un piano di discorso al caos sovraordinato»; FOSCHINI G., *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 300 («Non è per nulla detto che la giustizia resa sotto l'albero – cioè resa senza precostituite formalità e solo in forza dell'illimitato potere esercitato dal capo della tribù – non potesse portare a decisioni giuste. Anzi, ciò è da ritenere anche probabile, in funzione proprio della sensibilità e della prudenza dell'uomo al quale la tribù riconosceva la funzione di capo. Ma è anche chiaro che in tale caso alla fiduciosa aspettativa di giustizia non si accompagnava nessuna garanzia rispetto a eventuali errori o arbitri. Il processo specifica spontaneamente le precostituite norme del suo attuarsi e, con ciò, rivela i principi fondamentali ai quali esso deve essere informato per poter valere come atto di giurisdizione»); SATTA S., *Il mistero del processo*, cit., 30-31 («Si direbbe quasi che tutto lo sforzo degli uomini, con queste leggi del processo, con l'istituzione stessa del processo, sia diretto all'assurda speranza di obiettivare, di spersonalizzare il giudizio, di ridurre il giudice a un puro tramite umano di una verità che sta fuori e sopra di lui. A queste leggi, a questi codici, a questa secolare esperienza, noi pensiamo quando pensiamo al processo»); SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, cit., 559-560.

⁶¹ Storicamente, nel ciclico avvicinarsi di stagioni garantistiche e stagioni dispotico-inquisitoriali, la graduale conquista di principi di civiltà giuridica ha consentito, e tuttora consente, al «convenzionalismo legale» e al «cognitivismo giurisdizionale» di fraporsi al «sostanzialismo extra-legale» e al «decisionismo valutativo». Questi principi, infatti, una volta acquisiti tendono – nonostante forme di arretramento e di ripensamento, prodromiche a nuove stagioni di avanzamento – a stabilizzarsi nel sentire sociale e a diventare perciò – salvo eventi rivoluzionari – non più revocabili *in toto*, ma tutt'al più modulabili e ri-definibili nella loro portata. I termini virgolettati [«...»] sono ripresi da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., *passim*.

⁶² BAUMAN Z., *L'ultima lezione*, Bari-Roma, 2018, 62 (il quale – rifacendosi a ESCHILO, *Eumenidi* [di cui indichiamo i riferimenti bibliografici dell'opera nella versione in nostro possesso, precisando che diverge un poco nella traduzione del passo citato, restando tuttavia intatta la sua 'sostanza': ESCHILO, *Agamennone – Coefere – Eumenidi (Oresteia)*, (trad. it.) R. CANTARELLA, Milano, 2015, 257] – afferma che «lentamente, e non senza digressioni e indietreggiamenti, la strada che conduce dal predominio della vendetta al predominio della legge e della giustizia come mezzo per spezzare le sequenze scismogenetiche, è stata tracciata [con il verdetto di Atena]. “Non siete state vinte [Erinni], ma veracemente [...] uscì fuori la sentenza, senza offesa alle vostre prerogative”: insomma, un giusto processo e una giusta sentenza che consentano agli avversari di mettere da parte i rancori e spezzare la sequenza, altrimenti infinita, di rappresaglie e vendette». Per un affresco storico sui rapporti 'di giustizia' tra legge e diritto, v. ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, *passim*. (in part., 15-157).

(ovverosia, degli argomenti razionali)⁶³, propiziando così l'emergere dell'obbligo di motivazione, che costituisce oggi il «momento nevralgico di garanzia del buon uso fatto dal giudice dei poteri a lui conferiti»⁶⁴.

L'onere motivazionale è invero a tal punto radicato nella mentalità dei consociati che, come ha affermato Tony Sauvel, « sans avoir besoin de lire aucune de nos lois, l'homme de la rue sait au fond de lui-même que s'il gagne ou perd un procès le tribunal est tenu de lui dire pourquoi, et qu'il est tenu aussi de lui dire en vertu de quelle règle, loi ou règlement, il se prononce de la sorte »⁶⁵.

Da quest'affermazione ricaviamo peraltro l'esistenza di una connessione di estrema importanza per la modernità giuridica, viepiù se riferita all'ambito penale: quella tra motivazione e legalità.

Storicamente, il principio di legalità (racchiuso nella tradizionale formula *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*⁶⁶) si è arricchito e rinsaldato con la comparsa dell'obbligo di motivazione (odiernamente fissato – in Italia – dalla Costituzione, prima ancora che dalla normativa ordinaria). E se guardiamo al dinamico e progressivo svolgersi del nostro attuale rito penale, possiamo

⁶³ Cfr. CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 261-262: «Il diritto nasce come trasformazione della forza fisica in forza argomentativa. Di questo passaggio è simbolicamente rappresentativo il rito di un antico istituto del diritto romano: la *legis actio sacramento in rem*. Davanti al pretore due litiganti si contendevano, per esempio, uno schiavo e lo toccavano entrambi: questo rappresentava simbolicamente il momento pre-giuridico della lotta privata, il tentativo di prendere con la forza fisica l'oggetto conteso. Ma il pretore intimava *mittite ambo hominem: et illi mittebant*. Questo rappresentava l'avvento del diritto e la cessazione della lotta privata. E a questo punto il convenuto diceva all'attore: *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, esigo che tu dica quali sono le ragioni della tua rivendicazione. E qui il diritto si presentava immediatamente come esigenza di ragionamento e lo scontro fisico, cessato, si trasformava nella dialettica giudiziale. Questo carattere iniziale del diritto prosegue in tutti i livelli dello sviluppo del discorso giuridico. Dalla controversia giudiziale in su tutto l'ordinamento giuridico è attraversato dall'esigenza del ragionamento e dell'argomentazione: argomentano le parti, argomentano i giudici di merito, argomentano le Corti Supreme fino alla Corte costituzionale; né l'argomentazione giuridica si esaurisce nella sede giurisdizionale, perché al di là della giurisdizione l'argomentare prosegue nelle note a sentenza, nella dottrina, nella scienza giuridica pura e teorica. Il diritto, per sua natura, è tale che in esso nessuna affermazione può essere fatta valere senza ragionare e argomentare. Ed è per questo che da un lato la scienza giuridica ha bisogno della logica, ma dall'altro la logica trae profitto dall'esperienza giuridica che è così ricca di pratica argomentativa da costituire un fecondo terreno di coltura per le teorizzazioni della logica».

⁶⁴ MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 5.

⁶⁵ SAUVEL T., *Historie de jugement motivé*, in *Revue de droit publique et de science politique en France et à l'étranger*, 1955, 5.

⁶⁶ Il principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (sul quale, v. su tutti: VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 278 ss. [e riferimenti bibliografici ivi contenuti: 278-281]) fa pacificamente parte della tradizione giuridico-culturale occidentale; e addirittura vi è chi ne ha rinvenuto l'origine nel diritto romano, a partire dai testi di Marco Tullio Cicerone (CICERONE M. T., *De domo sua ad pontifices*, 13.33; CICERONE M. T., *Pro Cluentio*, 2.5-2.6); BERTOLDI F., *L'origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *FHI*, 2016, 1 ss.; CERAMI P., *Diritto al processo e diritto ad un "giusto processo". Radici romane di una prospettiva attuale*, in *Annali del seminario giuridico*, 2005, 50, 25 ss. A nostro parere, un'immagine della legalità criminale la si può rinvenire anche nel *Leviatano*, in cui Thomas Hobbes scrive emblematicamente che «ove cessa la legge civile, cessano i crimini» (HOBBS T., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), (trad. it.) A. LUPOLI – M. V. PREDAVAL – R. REBECCHI, Bari-Roma, 2010, 240 [v. anche ss.]).

apprezzare una ‘circularità sistematica’⁶⁷ tra questi due principi (entrambi di rango costituzionale: artt. 25, co. 2-3 e 111, co. 6 Cost.).

La disciplina legale che definisce il “giusto processo” conduce, al suo culmine, alla motivazione che giustifica e legittima il provvedimento adottato⁶⁸: la legalità porta, dunque, all’obbligo di *reddere rationem*. A sua volta, la spiegazione delle ragioni decisorie – «cardine insostituibile del giusto processo»⁶⁹ – ri-conduce alla legalità, poiché «ogni sentenza motivata costituisce applicazione di una norma»⁷⁰.

⁶⁷ Si tratta di una circularità positiva, posto che – come si ricorda anche in KUHN T. S., *Poscritto* (1969), in KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009, 213 – «non tutte le circolarità sono circoli viziosi».

⁶⁸ Breve: «il nostro sistema parte dal postulato di una legge razionale (art. 3 Cost.) che si rivolge a destinatari razionali (artt. 24 e 25 Cost.) e viene applicata da giudici razionali attraverso una motivazione razionale (art. 111 Cost.)» (IACOVIELLO F. M., *Postfazione*, in FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 220).

⁶⁹ BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell’atto di impugnazione*, in www.sistemapenale.it, 16 dicembre 2019, 2. Afferma SCAPARONE M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 473 che «il dovere imposto al giudice di motivare i propri provvedimenti, cioè di enunciare per iscritto le ragioni di diritto e di fatto della decisione che tali provvedimenti esprimono, costituisce la massima garanzia di legalità e di giustizia nell’esercizio della giurisdizione penale».

⁷⁰ GUASTINI R., *Osservazioni in margine* [a BULYGIN E., *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit.], in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico*, cit., 334. In senso analogo, *ex plurimis*: ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi*, cit., 222 (ove si afferma che il principio di legalità – inteso «in un significato ampio, quale sinonimo di “giuridicità” (conformità alle norme giuridiche in genere) e non semplicemente di “conformità alle leggi” strettamente intese» [nt. 12] – «è un complemento del principio precedente [*i.e.* del principio della motivazione]: si ritiene infatti non soltanto che le sentenze debbano essere motivate, ma che le ragioni adottate debbano essere di un tipo particolare; e, precisamente, che debbano essere delle norme giuridiche. Non è consentito al giudice di uscire dal campo del diritto, appellandosi a fonti normative extragiuridiche, se non nei casi in cui ciò sia autorizzato dal diritto. E anche in tali casi, il fondamento ultimo della decisione poggerà, ovviamente, sulle norme giuridiche. Il principio di legalità impone dunque una restrizione nella selezione delle ragioni della decisione, limitando l’ambito degli enunciati che possono figurare come fondamenti accettabili»); GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 10, 261-262 («Il giudice, che ha certamente spazi di discrezionalità, motiva in quanto si muove entro il perimetro della soggezione alla legge. [...] Del resto, solo la preesistenza della regola che guida il giudice può consentire di considerare apparente il paradosso di una motivazione che segue al giudizio: la motivazione è un *posterius* cronologico, non logico»); MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 15 («Essa [*i.e.* la motivazione], più in generale, rappresenta la cartina al tornasole del funzionamento del sistema penale in riferimento al rapporto tra diritto e processo regolato dai commi 1 e 2 dell’art. 25 Cost.») e 19; PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in AA.VV., *Rule of law. L’ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 164 (ove si legge che il principio di legalità «opera nell’attività giurisdizionale posto che ogni decisione giudiziaria va fondata su una norma giuridica (generale) preesistente (in congiunzione con le proposizioni fattuali descrittive delle circostanze del caso provato) [ed] è per questa ragione che le decisioni giudiziarie devono essere motivate sulla base della legge»); RONCO M., *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, 458 («L’atto concreto del giudice postula l’esistenza della regola», considerato altresì che, nell’esercizio dello *jus dicere*, «l’ancoraggio stretto del giudizio alla legge è il raccordo indispensabile della giustizia del caso particolare con la giustizia generale [poiché, nell’attuale assetto giuridico-ordinamentale] la misura del giusto non può fornirla il soggetto che giudica, bensì una regola che sia esterna tanto a costui quanto ai soggetti interessati all’esito del giudizio: regola a cui egli partecipa con il suo giudizio razionale, ma che non crea lui immediatamente e autonomamente»).

Il giudice, più precisamente, «ha il dovere giuridico di giustificare la sua decisione, in un dato caso, facendo riferimento a una norma giuridica valida (o a più norme giuridiche valide)»⁷¹. Perciò, nell'articolata opera di «costituzione del caso giuridico» – che si sviluppa processualmente nel continuo «andirivieni dello sguardo tra fatto e diritto»⁷² – la motivazione rappresenta un'autentica

⁷¹ WRÓBLWESKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 273. Analogamente, *ex multis*: AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 226 («Ciascuna interpretazione deve essere giustificata con riferimento ad almeno una fonte autoritativa del diritto. Nei sistemi a diritto scritto – come sul continente europeo – la fonte più importante del diritto è costituita dalla legge (dai testi legislativi). Ma, in dipendenza dalla dottrina delle fonti del diritto, il numero e la qualità delle fonti possono variare da una cultura a un'altra e da un periodo di tempo a un altro. L'interpretazione, comunque, è giuridica solo se essa è conforme al catalogo statuito delle fonti del diritto»); BULYGIN E., *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 310 («Giustificare o fondare una decisione consiste nel costruire una inferenza o un ragionamento logicamente validi, tra le cui premesse figura una norma generale e la cui conclusione è la decisione. Il fondamento di una decisione è una norma generale della quale quella è un caso di applicazione. Tra il fondamento (norma generale) e la decisione vi è una relazione logica, non causale. Una decisione fondata è quella che si deduce logicamente da una norma generale (in congiunzione con altre proposizioni fattuali e, a volte, anche analitiche). Non si vuole però affermare qui che il giudice trovi la soluzione del caso mediante un processo deduttivo a partire dalle norme generali. In qual modo il giudice arrivi alla sua decisione è un problema psicologico che non interessa in questo contesto; ci interessa soltanto il problema logico della fondazione. La decisione giudiziale non soltanto deve essere fondata, ma anzi, in più, deve essere fondata su norme giuridiche e sulle circostanze del caso. Ciò significa che le norme generali che costituiscono il fondamento normativo della decisione debbono essere – almeno in linea di principio – norme giuridiche e le proposizioni empiriche che integrano le motivazioni della sentenza debbono corrispondere alle circostanze del caso debitamente provate nelle sentenze»); MACCORMICK N., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 252 (il quale, richiamando il concetto di “congruenza”, sia narrativa che normativa, cioè l'idea «di ‘stare insieme’, di ‘fare senso’» della giustificazione giuridica, afferma la necessità della giustificabilità «mediante riferimento a qualche “sottostante” principio o valore o insieme congruente di principi e valori che possono essere concepiti come giustificanti le regole e le decisioni»). Sottolinea la portata dell'art. 101 Cost., GUASTINI R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, 97-98 (corsivo nostro), laddove evidenzia che «la funzione giurisdizionale è strutturalmente subordinata a quella legislativa. Ciò significa concretamente che ogni decisione giurisdizionale deve essere fondata sulla legge e conforme ad essa».

⁷² HRUSCHKA J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), (trad. it.) G. CARLIZZI, Bologna, 2009, *passim*. (ove, relativamente all'«andirivieni dello sguardo», si fa riferimento al pensiero di ENGISCH K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, 14 ss.). In merito al “caso giuridico” («correlato ontico della fattispecie concreta; ciò che è descritto nella descrizione, ciò che è inteso nella rappresentazione; ciò che, attraverso la fattispecie concreta, si ricava alla vicenda» [29]), l'Autore ritiene che il medesimo sia il frutto della risposta alla «domanda-guida» (64) che, una volta posta, ne orienta e determina – se così si può dire – l'esistenza. Nel caso della pronuncia giurisdizionale, ad esempio, «il giudice è chiamato a decidere [e] si vede costretto, qui e ora, a porsi le domande teoriche e a rispondervi. Egli si trova in una situazione concreta, a partire dalla quale si giustifica la formulazione di tutte le domande successive (domanda-guida; domanda contenuta nel tema probatorio; e così via)» (65): e, in definitiva, l'elaborazione decisoria potrà – *recte*: dovrà – dirsi razionale e legittima sia in rapporto alla sua obiettività logica, la quale «dipende dalla precisione con cui si dà risposta alle domande» (115), sia in relazione alla sua conformità legale-processuale, che consiste nella fedeltà tanto agli elementi probatori raccolti quanto alle previsioni di legge. Sul punto, v. altresì: CATERINI M., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2019, 332 («Il fatto, nel processo conoscitivo, non è mai isolato nella sua assolutezza, ma sempre relazionato al soggetto conoscente che lo inserisce in un contesto assiologico. Il fatto storico, perciò, è ogni volta collegato al valore in base al quale viene operata la sua apprensione conoscitiva. Per individuare realmente la *quaestio facti* è dunque necessario operare una selezione nella prospettiva della sua giuridicità. Così come,

cartina di tornasole per la legalità: il ‘certificato’ che si è deciso legittimamente, cioè in conformità alla legge (e alla ragione).

In questa prospettiva, inoltre, il dover *reddere rationem* si rivela altresì co-essenziale al principio di soggezione del giudice alla legge (artt. 101, co. 2 e 107, co. 3 Cost.), poiché la

viceversa, il giudizio di diritto ne implica sempre uno di fatto nella misura in cui il primo non si riferisce a una norma che vive di vita propria, ma che viene in rilievo in quanto riferita al caso concreto, con un nesso inestricabile tra il fatto, così come ricostruito alla luce della norma, e la norma stessa, così come viene scelta e interpretata); ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (trad. it.) S. PATTI – G. ZACCARIA, Napoli, 1983, 75 e 77 («L’occhio di chi applica il diritto ‘vaga qua e là’, secondo il più famoso detto di Engisch, fra la norma e le circostanze di fatto. Che cosa debba risultare da questo vagare qua e là non è chiaro se non si possono misurare su nessun parametro normativo i criteri nella loro dipendenza reciproca, definita d’altra parte volentieri come dialettica. Un tale vagare senza fine può essere evitato soltanto quando si sanno indicare nell’anticipazione di uno sfondo valutativo i criteri che consentono di propendere per una determinata sussunzione. [...] Oggi è facile essere d’accordo sul fatto che nessuna applicazione è possibile senza un’interpretazione, che la rinuncia all’interpretazione della norma, di fronte a una presunta evidenza del suo significato, è un’eccezione, là dove la soluzione in questione ‘si comprende da sé’. Ma secondo quali punti di vista viene pilotato e portato a termine, in un caso critico, il necessario ‘vagare qua e là dello sguardo’ tra possibili qualificazioni delle circostanze di fatto, su ciò non si ha per ora nessuna idea, a meno che non si accetti il pensiero nel frattempo logoratosi, di una evidenza pre-razionale del risultato giusto». A tal proposito, anticipiamo che nelle “fattispecie da motivazione rafforzata” gli argomenti di cui sono costituite le tappe obbligate da attraversare sono orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente [v. *infra*: cap. III]. In questa nostra prospettiva, ci è apparso ancor più illuminante e significativo il richiamo di Esser alla centralità dei criteri, rispetto ai quali – nondimeno – precisiamo di intenderli in una ‘valenza’ applicativa diversa da quella precomprensivo-finalistica [v. “orizzonte d’attesa”] delineata da Esser); cfr. GADAMER H. G., *Verità e metodo. Trattati fondamentali di una ermeneutica filosofica* (1960), (trad. it. – ed. 1986) G. VATTIMO, Milano, 2019, 401 (ove, a livello di attribuzione di significato a un testo, si parla di «andare e venire del moto circolare tra le parti e il tutto»); MENNA M., *La motivazione*, cit., 65 («Una determinata interpretazione delle norme e una precisa definizione del fatto devono implicarsi reciprocamente per poter essere posti a base della decisione che consente di sussumere un fatto in una fattispecie onde desumere gli effetti del caso»); MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, (a cura di) F. TRITTO, Bari, 2005, 267 («Vi deve essere una *aderenza* del diritto al fatto al quale deve essere applicato, e vi deve essere – logicamente – un’aderenza del fatto al diritto al quale deve essere riferito. Qual è il significato giuridico da dare a questo fatto? Questo significato giuridico, evidentemente, richiede l’accertamento della sintonia, della *simpatia*, tra il diritto e il fatto: bisogna chiarire che quello, e proprio quello, è il fatto al quale il diritto fa riferimento; e questo significa – evidentemente – capire il fatto in tutto il suo significato, in tutte le sue articolazioni; penetrare nelle pieghe dei fatti della vita sociale che attendono di essere investiti e, per così dire, fatti propri dal diritto»); NEUMANN U., *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, 90 («Com’è ovvio, la selezione della regola giuridica che viene in considerazione dipende in modo determinante dalla configurazione della vicenda umana. Questa interazione tra costituzione del caso riferita alla norma e selezione (e concretizzazione) della norma rilevante riferita al caso è stata designata da Karl Engisch con la formula, tanto perspicua quanto felice, dell’‘andirivieni dello sguardo’. Nella terminologia dell’ermeneutica, essa trova espressione nell’immagine del ‘circolo ermeneutico’ ovvero della ‘spirale ermeneutica’. Come già rilevato, quali elementi della vicenda umana siano normativamente rilevanti, ed entrino perciò nella formazione del caso, non dipende (solo) dalla norma formulata nel testo di legge, bensì dalla regola giuridica concreta da utilizzare per la decisione. Questo significa che le strutture di rilevanza di una vicenda umana possono essere soggette al *mutamento storico* pur in mancanza di cambiamenti del testo normativo»); SIRACUSANO D., *Rapporti tra questione di fatto e questione di diritto con particolare riguardo all’applicabilità dell’art. 152 c.p.p. nel giudizio di rinvio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 895 ss.; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 268-271; VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza* (1953), (a cura di) G. GRIFÒ, Milano, 1962, 104-105 («Quella che, in via di semplificazione, viene detta applicazione del diritto è in larga misura un reciproco avvicinamento fra lo stato delle cose e l’ordinamento giuridico. [...] La comprensione dello stato di cose si offre in via di derivazione da una comprensione provvisoria del nesso giuridico e da qui si ripercuote poi di nuovo sulla comprensione del diritto, dove tutto ciò viene risolto»).

conoscenza dei motivi logico-razionali sui quali si fonda la decisione è presupposto indispensabile affinché si compia quel controllo di legittimità (art. 111, co. 7 Cost.), affidato in ultima istanza alla Cassazione⁷³, che attesta il rispetto e la tenuta della legalità e che chiude⁷⁴ – idealmente – il sistema⁷⁵.

In questi termini, dunque, vi è una necessaria *corrispondenza* tra la motivazione e la legalità (sostanziale e processuale). Si parte dalla legge, inizialmente veicolata nel processo penale tramite l'imputazione, e si arriva alla motivazione, posta a sostegno della decisione. Attraverso la motivazione, poi, si ritorna alla legge, dando conto – all'esito dell'*iter* procedimentale – della fondatezza, o meno, del fatto-reato imputato: cioè, della sussumibilità dell'accadimento storico, così come ricostruito probatoriamente, entro la fattispecie legale individuata, quale risultante dall'opera interpretativo-argomentativa delle parti e – soprattutto – del giudice (*iura novit curia*).

⁷³ Sulla «previsione di un'ultima verifica di legittimità [*i.e.* corretta applicazione della legge da parte] della decisione, [che] rappresenta una necessità direttamente connessa anche all'esigenza di uguaglianza di trattamento giudiziario insita nei principi che sorreggono la concezione moderna della giustizia» (DE CARO A., *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, in *Dig. disc. pen.*, (a cura di) A. GAITO – B. ROMANO – M. RONCO – G. SPANGHER, Torino, 2018, 334), v. *ex multis*: DELL'ANNO P., *Vizi di motivazione e controllo della Cassazione penale*, Padova, 2015 (e cfr. altresì DELL'ANNO P., *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 522 ss., ove si sottolinea il rapporto di "funzionalità interdependente" che sussiste tra i commi 6 e 7 dell'art. 111 Cost. e si esalta «il complesso tema della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali [, che] costituisce una sorta di "muro maestro" attorno al quale ruota l'intera materia della prova» [522]: muro che impone al giudice di dotare la propria decisione di una struttura argomentativa solida e razionale, affinché «la medesima [possa] affrontare i previsti controlli di carattere giudiziario e anche sociale» [527]); DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, 3; NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C. IASEVOLI, Napoli, 2018, 343; SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 696 (v. anche 703).

⁷⁴ Si potrebbe dire che si tratta di una chiusura 'a doppia o a tripla mandata' di quella circolarità funzionale cui facciamo riferimento. Infatti, la motivazione e la legalità si avvinghiano tra loro non soltanto in virtù del combinato tra gli artt. 111, co. 6 e 25, co. 2-3 Cost., ma anche alla luce e per la combinazione degli artt. 111, co. 7 e 101, co. 2 nonché 107, co. 3 Cost.

⁷⁵ Sul ruolo di 'chiusura' ordinamentale della Suprema Corte a tutela del principio di legalità, v. CANZIO G., *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 425 ss. Addirittura, scrive SAUVEL T., *Historie de jugement motivé*, cit., 47 che «seule l'existence de la Cassation donne aux motifs dans le droit moderne tout leur sens et toute leur portée». Sul punto, nella *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016 – Prima attuazione delle linee guida in tema di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*, Roma, 20 giugno 2018, 8, può leggersi che «nel sistema costituzionale l'enunciazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, co. 6) rappresenta il corollario di altri principi anch'essi contenuti nella nostra Carta fondamentale: il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2); la generalizzazione del sindacato di legittimità sui provvedimenti giurisdizionali (art. 111, co. 7). La stretta connessione esistente tra il sesto e il settimo comma dell'art. 111 della Costituzione delinea il ruolo della Corte di cassazione quale Supremo Organo regolatore della giurisdizione volta a garantire il primato della legge, nonché l'effettività dei valori supremi della legalità e della soggezione del giudice alla legge. La Cassazione assicura l'adempimento dell'obbligo di motivazione e, al contempo, quest'ultima costituisce la precondizione per l'effettività del controllo sull'*iter* logico-giuridico seguito dal giudice di merito nell'applicazione della norma giuridica. L'adempimento dell'obbligo di motivazione costituisce, quindi, il titolo di legittimazione per l'esercizio della funzione giurisdizionale e rappresenta la condizione necessaria per l'attuazione del principio di legalità. La giustificazione della decisione compendiata nella motivazione è la risultante di un giudizio complesso attinente sia al diritto che al fatto e deve rispondere a criteri di razionalità che, insieme con il principio di legalità, rappresentano la regola suprema del processo e, dunque, assicurano l'attuazione della volontà della legge nella singola situazione concreta, evitando che l'esito del processo stesso dipenda da scelte arbitrarie del giudice».

Al «principio di obbligatorietà dell'azione penale “in entrata”» (art. 112 Cost., sia pure modulato – nella quotidianità – dai c.d. “criteri di priorità”) fa da contraltare «un principio di garanzia assoluta “in uscita”»⁷⁶; ed entrambi i principi cor-rispondono e sottostanno immancabilmente al principio di legalità, dal quale traggono origine, destinazione e relativa disciplina.

Nell'insieme, un simile impianto ci restituisce l'immagine di un procedimento che funziona circolarmente; e, in definitiva, ci consente di affermare che, «nell'ordinamento italiano, l'obbligo di motivazione si raccorda con il principio di legalità [nella misura in cui] la motivazione rivela se il giudice ha agito nel pieno rispetto della legge»⁷⁷, oppure no.

Avendo in mente queste considerazioni, tese a evidenziare la reciproca influenza e lo stretto legame intercorrente tra principio di legalità e obbligo motivazionale⁷⁸, ci è parso d'individuare nella motivazione uno strumento utile – ovviamente, assieme ad altri strumenti e a ulteriori

⁷⁶ In termini, SPANGHER G., *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, cit., 124.

⁷⁷ CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019, 150.

⁷⁸ Alla luce dell'influenza del principio di legalità sulla razionalità e sulla legittimità della decisione giudiziale, GIUNTA F., *Legalità penale e poteri del processo*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 38 osserva che «fintanto che l'apprezzamento della prova sarà demandato a una concezione razionalistica del principio del libero convincimento del giudice, l'indebolimento del piano della legalità sostanziale, quale fondamentale parametro di giudizio, si ripercuoterà anzi sulla legittimazione del processo e dei suoi attori, primo tra tutti il giudice». Scrive MENNA M., *La motivazione*, cit., 13 (citando, nel passo riportato tra virgolette [...]), AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 183) che «il collegamento tra l'art. 111, co. 6 Cost. e l'art. 101, co. 2 Cost. permette di controllare attraverso la motivazione che il “principio di legalità [sia] stato effettivamente rispettato in ordine alla singola decisione”. Proprio attraverso le ragioni del decidere si controlla, per un verso, che l'organo giudicante non abbia esorbitato dalla funzione giurisdizionale rimanendo soggetto esclusivamente alla legge [e], per altro verso, che nell'atto del decidere sia rimasto funzionalmente indipendente e, cioè, né abbia violato il suo dovere di imparzialità, né sia stato influenzato da altro potere dello Stato. Sotto quest'ultimo profilo, l'indipendenza funzionale si salda all'autonomia istituzionale della magistratura sancita precipuamente nell'art. 104, co. 1 Cost. Il controllo della soggezione alla legge dell'organo giudicante, anche in funzione della sua indipendenza e autonomia, spetta attraverso la motivazione non solo al popolo ma anche al giudice dell'impugnazione – sia in rapporto alla correttezza processuale e di merito della decisione sindacata sia sotto il profilo dell'abuso di potere censurabile in [sede] penale ai sensi dell'art. 606, co. 1 lett. a) c.p.p. – cosicché politicamente circolari appaiono la finalità endo-processuale e quella extra-processuale».

diversificate forme di intervento giuridico⁷⁹ – a fronteggiare, o in qualche modo a compensare, l’odierna “crisi” della legalità (di cui resta comunque auspicabile la ripresa e/o il ‘riadattamento’)⁸⁰.

D’altra parte, e più in generale, «la crisi della legge [*i.e.* la crisi della legalità legale] come fonte del diritto esclusiva ed esaustiva non può significare la crisi della legalità come garanzia»⁸¹ e *tout court* delle garanzie ad essa correlate.

I valori e i principi penalistici «di origine illuministico-liberale ([come quelli] di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge), che innervano gli ordinamenti giuridici continentali [...] esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati»⁸², eppurtuttavia non abbandonati.

⁷⁹ All’atto di proporre il ‘recupero’ – almeno in parte – della legalità (legale) sostanziale e processuale, odiernamente in crisi, tramite il rafforzamento dell’obbligo di motivazione, si è consapevoli del monito di GARGANI A., *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in *Studi senesi*, 2017, 84, il quale evidenzia «l’incapacità delle garanzie processuali di assumere il ruolo di equivalenti funzionali dei presidi della legalità sostanziale». Tenute a mente queste parole (nonché le riserve di MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in *www.discrimen.it*, 17 luglio 2018, 11), puntualizziamo tuttavia che con la motivazione rafforzata non intendiamo proporre un’equivalente funzionale che sostituisca la legalità (legale), quanto piuttosto uno strumento ulteriore che la affianchi, integrandola e consolidandola; e ciò anche in virtù dello stretto rapporto di interdipendenza che sussiste tra questi due principi.

⁸⁰ Con questo strumento (teorico-)pratico si apre un’ulteriore e concreta occasione per “aggiornare” – senza abbandonarlo, ma «adattandolo realisticamente» ai tempi correnti – il principio di legalità, superandone una concezione «mitologica» – *i.e.* quella dell’esclusività della legge – oramai, *bon gré, mal gré*, «antistorica» (il lessico al quale ricorriamo è, come intuibile dallo stile inconfondibile, quello di GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia*, cit., 117). Attraverso questa metodica motivazionale (*recte*: di giudizio e di giustificazione) si riconosce il ruolo fondamentale dell’operatore giuridico nell’applicazione della legge e, con specifico riguardo all’attività giurisdizionale, si orienta – senza ovviamente predeterminarla in alcun modo – la discrezionalità dello *ius dicere* verso la trattazione di determinate tematiche, concernenti profili essenziali ai fini della concretizzazione della fattispecie. Così facendo, si garantisce un più ordinato esercizio del potere giudiziale e si assicura altresì la tenuta della legalità, perché si garantisce una più accurata declinazione della previsione legislativa al caso di specie. Pare condividere questa impostazione volta a esaltare l’obbligo di motivazione – che poi noi specifichiamo in una sua sfaccettatura tutt’affatto peculiare: cioè, l’obbligo di motivazione rafforzata; ma, a prescindere da questa ‘forma’ particolare alla quale noi ci riferiamo, ci interessa evidenziare che, tra gli altri strumenti, punta altresì sull’onere motivazionale – pure il Presidente Aggiunto della Corte Suprema di Cassazione, Margherita Cassano, secondo la quale, «nell’attesa degli irrinunciabili interventi normativi, si possono prevedere alcuni correttivi a livello di auto-organizzazione: l’esame preliminare delle impugnazioni; la tecnica di motivazione dei provvedimenti. [...] Per quanto riguarda il secondo dei possibili rimedi, sono improcrastinabili interventi diretti a semplificare e rendere essenziale il contenuto delle sentenze. Si tratta di una riflessione comune ad altri settori della giurisdizione (si pensi all’art. 26 della l. n. 1034 del 1971, così come modificato dall’art. 9 della l. n. 205 del 2000 e dall’art. 44 della l. n. 69 del 2009, contenente la delega per il riassetto del procedimento amministrativo) e presente anche nella giurisprudenza sovranazionale, i cui modelli argomentativi appaiono improntati a tecniche e logiche uniformi e prevedibili. [...] Si tratta, sia ben chiaro, non di arare schemi ripetitivi o moduli di provvedimento da adottare acriticamente, bensì di dotare il giudice [...] di un nuovo ed efficace linguaggio che rappresenti l’espressione di una rinnovata riflessione sulla logica giuridica, sulle tecniche argomentative, sull’articolazione essenziale del ragionamento giuridico, *sviluppato per punti essenziali*» (CASSANO M., *Complessità degli ordinamenti e intervento giudiziario*, in AA. VV., *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 141-142 – corsivo nostro).

⁸¹ GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 10, 265.

⁸² ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 27-28, il quale rileva la criticità di tali valori e principi «messi alla prova dei fatti, considerati nella loro dimensione effettuale».

Ciò posto, quel che allora si può sostenere è che anche «il diritto ha le sue epoche»⁸³ e che, nella ciclicità storica degli eventi, sembra essersi di nuovo capovolta «l'eterna clessidra dell'esistenza»⁸⁴ e ridefinito – *i.e.* invertito o per lo meno mutato⁸⁵ – l'assetto dei valori-guida del nostro tempo.

In tal modo si spiega, almeno in parte, la metamorfosi che attualmente stanno subendo alcuni istituti cardine dell'ordinamento⁸⁶.

⁸³ PASCAL B., *Pensieri* (1669), (trad. it.) F. DE POLI, Milano, 2010, 91 (pensiero 170), il quale – criticamente – mette altresì in rilievo la relatività della giustizia umana, nella quale – mancando un univoco (meglio: un assoluto) concetto di giustizia sul quale l'uomo possa «fond[are] l'economia del mondo» – accade che «tre gradi di spostamento rispetto al polo rovescino tutta la giurisprudenza; un meridiano [– così –] decide della verità; qualche anno di dominio e le leggi fondamentali cambiano. [...] Divertente giustizia, che un fiume basta a limitare! Verità al di qua dei Pirenei, errore al di là».

⁸⁴ NIETZSCHE F. W., *La gaia scienza* (1882), (a cura di) S. GIAMETTA, *La gaia scienza e idilli di Messina*, Milano, 2008, 305 (aforisma 341). Afferma CAPONE A., *Diritto alla prova e obbligo di motivazione*, in *Ind. pen.*, 2002, 30 che «a volte può sembrare che le soluzioni storicamente sperimentabili nel mondo del diritto siano un numero chiuso e che, con il trascorrere dei secoli, l'esperienza giuridica assuma una struttura circolare».

⁸⁵ Con tale inciso si vuol puntualizzare che l'evoluzione non comporta quasi mai (se non, beninteso, in circostanze che possiamo definire rivoluzionarie) la radicale cancellazione di quel che c'è, ma determina semplicemente un adattamento dell'esistente alle occorrenze del tempo corrente. In tal modo, capita che si esaltino certi valori (magari rimasti in ombra fino a quel momento) e se ne oscurino altri (magari fino ad allora considerati, all'opposto, in auge). Inoltre, sebbene si sia detto che ogni cosa tende a ripetersi e a ritornare, in questo perenne ripresentarsi non tutto è già scritto: nel senso che esiste uno scarto, un'apertura, uno spazio, insomma un'intercapedine in cui l'evento che si ripete non si ripropone mai uguale a se stesso, poiché ri-torna in qualche suo aspetto mutato e differente rispetto a ciò che è stato. In questa diversità, ancorché minima (e difficilmente percettibile) alle volte, si gioca il progresso della civiltà: che si compendia nella possibilità di intervenire su quel meccanismo che è sì nietzschianamente ciclico, ma che è anche hegelianamente dialettico e consente pertanto alla società (e ai suoi membri) di avanzare arricchendo e *affinando* i principi e i valori sui quali si fonda e si rinnova.

⁸⁶ Difatti, nonostante il Diritto sia un fattore intrinsecamente ordinante, persino al suo interno si susseguono «fasi di disordine [alle quali] succedono spesso fasi di riordino, che però non fermano la tendenza continua al cambiamento, quindi nuovamente al disordine» (FERRARI V., *Prima lezione di sociologia del diritto*, cit., 68, secondo cui «fra le varie chiavi di interpretazione storica del diritto, questo continuo succedersi di cicli fra ordine e disordine è probabilmente una delle più significative»). In questo incessante alternarsi fra ordine e disordine, devono essere pazientemente ricercate soluzioni equilibrate, in grado di bilanciare – di volta in volta – i vari 'interessi' in gioco, per evitare che uno tiranneggi sugli altri. Si tratta di adottare meccanismi (preferibilmente legislativi, ma non esclusivamente di tal genere [es. giudizio di bilanciamento]) in grado di trasporre e realizzare le «fantastiche possibilità di valorizzazione di ciò che non ha valore e di eliminazione del non-valore» alla luce delle evoluzioni storico-sociali, così da «rende[re] possibili continui cambiamenti di valore [...] mediante continui spostamenti nella scala di valori» (SCHMITT C., *La tirannia dei valori* (1957-1971; 1967), (a cura di) G. GURISATTI, Milano, 2008, 26). Altrimenti, accade che «ciascun principio e ciascun valore, se intesi nella purezza di un loro concetto assoluto, si risolv[ano] nell'impossibilità di ammetterne altri accanto» (ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, Torino, 1992, 13. Similmente, SCODITTI E., *Lo scenario dell'inter-legalità*, in www.questionegiustizia.it, 22 aprile 2020, 5 [«Il bilanciamento è un fenomeno chiaroscurale, non c'è mai un principio del tutto vincente e un principio del tutto perdente (opererebbe altrimenti il modello della regola – “*aut aut*” e non “*et et*”), può esserci semmai, nella migliore delle soluzioni, una piena orizzontalità nel rapporto fra principi»). Sulla “tirannia dei valori”, è notoriamente fondamentale SCHMITT C., *La tirannia dei valori*, cit., *passim.*, per il quale tale fenomeno consiste nel fatto che «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non-valore in quanto tale» (60). Il discorso dei valori – afferma Carl Schmitt – «propone continuamente nuove relazioni e nuovi punti di vista» (62-63) e la loro validità «si basa su atti di posizione» (50), che dovrebbero essere assunti a livello legislativo perché, «all'interno di una comunità in cui la Costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui decretate stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori» (67). E tuttavia, ancor più di quel che aveva intuito Schmitt riguardo agli «Stati industriali altamente sviluppati

Così, se in passato si intendeva sminuire «dai suoi mali la giurisprudenza» e si invocava «l'autorità dei principi, acciocché decid[essero] se non tutte in buona parte almeno le quistioni e opinioni, onde resta[va] offuscata e confusa la facoltà legale», oggi all'auspicio di una soluzione legislativa (che rimane comunque preferibile, specie per coloro che sono convinti che «quanto meno si lascerà d'arbitrio nel giudicare, tanto più sarà da sperare che giuste riescano le decisioni»⁸⁷) *di fatto* si affianca – e, in certi casi, si sostituisce – l'aspettativa nei confronti dell'operare del c.d. “formante giurisprudenziale”. Ci si attende cioè molto dall'agire della giurisprudenza, la quale non soltanto integra i *diktat* del legislatore ma, in non poche evenienze (e più o meno impropriamente), sopperisce alle ‘mancanze’ di quest'ultimo, rivelandosi l'intervento giurisdizionale più adatto di quello legislativo a fronteggiare la rapida e febbrile mutevolezza della realtà giuridico-sociale contemporanea.

(con la loro macchina previdenziale di massa)», attualmente «il problema della mediazione si pone in modo [ancora e diversamente] nuovo» (68). Per una serie di ragioni, come si cercherà di illustrare – per sommi capi – *infra* (cap. I e cap. II), è possibile affermare che altri soggetti, diversi dal legislatore, abbiano affiancato o addirittura sopperito l'intervento legislativo, integrando o per l'appunto sostituendo il ruolo che tradizionalmente il lefigeratore ha di mediatore/portavoce dei valori applicabili alle faccende giuridicamente rilevanti. Tra questi soggetti può ricomprendersi, a pieno titolo, anche il c.d. “formante giurisprudenziale”. E proprio nei confronti dei giuristi, specie dei giuristi pratici (quindi, *in primis*, della giurisprudenza), è rivolto l'ammonimento – da intendersi emendato da qualsivoglia referente storico-politico – di Schmitt, secondo cui «un giurista che s'impegna nel diventare un attuatore immediato di valori dovrebbe sapere ciò che fa. Dovrebbe riflettere sull'origine e sulla struttura dei valori, senza prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Dovrebbe farsi un'idea chiara della recente filosofia dei valori, prima di decidersi a diventare valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore, e di annunciare, in quanto soggetto portatore di valori e dotato di senso del valore, le posizioni di un ordine gerarchico di valori soggettivo o anche oggettivo nella forma di sentenze dotate di valore legale [68]»). Quest'indicazione, a nostro parere, è stata felicemente tradotta in realtà dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 85 del 9 maggio 2013 (c.d. “caso Ilva”; estensore Giorgio Lattanzi), ove si è trasposto per iscritto la necessità di un bilanciamento in concreto, da parte della giurisprudenza, dei diritti – e dei valori di cui i diritti son portatori – laddove questi confliggano tra loro: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro” (sent. n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

⁸⁷ MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Milano, 1958, 245. Analogamente, FILANGIERI G., *Riflessioni politiche: su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia* (1774), Napoli, 1982, 11-13: «L'arbitrio giudiziario è quello che si cerca di estirpare. Bisogna dunque torre a' Magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. [...] Il Re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso: che il linguaggio del Magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscriotta [in nota: Questo si deve intendere dell'interpretazione arbitraria, così frequente nel nostro Foro, non già dell'interpretazione letterale. Ecco le parole della legge. *Quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'interpretazione, o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal Giudice in maniera che le sue premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse, e literali*]; l'autorità dei Dottori bandita dal Foro, e 'l Magistrato costretto ad esporre al Pubblico la ragione della sentenza. Questi sono gli argini che il Sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio». In materia, v. ALVAZZI DEL FRATE P., *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le 'Riflessioni politiche' del 1774*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, (a cura di) F. LIOTTA, Bologna, 2007, 237 ss.; COSTA P., *I “padroni della legge”*. *Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 14 ss. (in part., 15-19).

Di conseguenza, al potere (per l'esattezza: all'ordine [art. 104 Cost.]) giudiziario si è andata e si va riconoscendo una sempre più ampia capacità operativa, che però – in assenza di adeguati fattori di contenimento – rischia di disallineare il delicato assetto di *checks and balances* che sostiene, armonizzandoli, i rapporti tra i poteri dello Stato⁸⁸. Ed invero stiamo addirittura assistendo a una graduale trasfigurazione della democrazia, ove – com'è stato osservato (parlando, ad esempio, di “giuristocrazia”) – la crescente delegittimazione delle istituzioni politiche e la de-sacralizzazione della legge inducono i cittadini – classe dirigente compresa – a confidare oltremisura nell'azione della magistratura, sovraccaricandola di attributi e funzioni che costituzionalmente non le appartengono⁸⁹.

Il momento giuridico è diventato sempre meno *loi* e sempre più *droit*⁹⁰ (v. *infra*: cap. I e cap. II) e il giudice, odierno “burocrate creativo”⁹¹, ha assunto una mentalità diversa nell'esercizio delle proprie competenze.

⁸⁸ Sottolinea il rapporto consequenziale fra il principio di legalità e quello della separazione dei poteri BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, 485, ricordando appunto che «il principio di legalità formale ha il suo fondamento nel principio della separazione dei poteri».

⁸⁹ In questa prospettiva si è parlato di “giurisdizionalizzazione” o “giudiziarizzazione” (BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Napoli, 2008; GARAPON A. – D. SALAS, *La Repubblica penale* (1996), (trad. it.) S. ALLEGREZZA, Macerata, 1997; GARAPON A., *I custodi dei diritti* (1996), (trad. it.) A. CREMAGNANI, Milano, 1997; TATE C. N. – VALLINDER T., *The global expansion of judicial power*, New York, 1995), di “giuristocrazia” (HIRSCHL R., *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, 2007), di «democrazia giudiziaria» (BADINTER R. – BREYER S., *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York, 2004; DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014; GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997) o di «governo dei giudici» e «tendenza “togatocratica”» (MARAFIOTI D., *A passo di giudice. Democrazia e “rivoluzione giudiziaria”*, Napoli, 1994) o, ancora, di «explosion judiciaire» (VARAUT J. M., *Le droit au juge*, Parigi, 1991) e di «judicial legislation» (ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 186 e 193), riferendosi generalmente al fatto che le Corti – soprattutto quelle di vertice – non sono più luoghi di ‘mera’ tutela di libertà e diritti pre-definiti dal legislatore (virtù ‘passiva’), ma sono diventate per così dire “intraprendenti creatrici” di situazioni e financo di istituti giuridici nuovi (virtù ‘attiva’ – c.d. “attivismo giudiziale”), andando ben oltre quel margine fisiologico che ordinariamente caratterizza l'attività interpretativo-applicativa della legge (sull'opera interpretativa e argomentativa in cui praticamente e quotidianamente si compie l'applicazione della disposizione normativa, v. GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011).

⁹⁰ GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 96, il quale riprende la distinzione fra “droit” e “loi” proposta da Jean Bodin nell'opera BODIN J., *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia, 1977, I, VIII.

⁹¹ La definizione ricalca il titolo di un convegno (“*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*”) tenutosi a Firenze il 16 settembre 2016. Sulla mentalità assunta dai giudici, parla di «aura integralista e totalizzante intorno all'operato della magistratura, tale da denotare la crescita di una volontà egemone, ignota per il passato, da parte di taluni settori del corpo giudiziario» MARAFIOTI D., *A passo di giudice*, cit., 11. Diversa, invece, la posizione di GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, *passim.*, il quale ritiene che «l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale [sia] la *invenzione*, il *reperimento*» (126) e parla appunto di “carattere *inventivo*” del ruolo assunto dall'interprete nella post-modernità, mentre utilizza invece «di mala voglia un sostantivo [(giudice) *creatore* del diritto] e un aggettivo [(sentenze) *creative*] che suonano spesso sulla bocca di giuristi imperterriti nelle proprie credenze legolatriche». In ogni caso, la ricostruzione storica di Paolo Grossi – chiarificatrice dell'evolversi degli eventi sociali (e, quindi, anche giuridici) nonché dei loro riflessi ordinamentali – deve, come precisa lo stesso Autore (cfr. 83 e 124), essere applicata *cum grano salis* in ambito penale, ove l'«ispessirsi del ruolo del giudice» (128) trova comunque e ancora come contraltare il principio di legalità (legale), sebbene in una sua accezione rivisitata rispetto al passato ‘moderno’.

Per quanto d'interesse ai nostri fini, rileviamo che – in presenza di una intelaiatura motivazionale rigida soltanto in apparenza – hanno preso campo modalità inedite e in qualche caso non propriamente ortodosse di giustificazione delle pronunce giudiziali.

Si sono diffuse tecniche motivative *sostanzialmente* evasive degli schemi legali, giacché il rispetto *formale* delle vigenti previsioni normative non è sufficiente a garantire da stravaganze ed esuberanze giustificatorie (es. ordinanze cautelari collage). E, come si sa, poter smodatamente motivare significa in fin dei conti non motivare affatto: ossia, non adempiere (la *ratio* del)l'obbligo di motivazione, che consiste nello spiegare con ordine e sinteticità le ragioni che sostengono la decisione.

Soprattutto, poi, l'attuale disciplina legislativa non assicura che il discorso giustificativo (motivazione) – ma lo stesso dicasi per la valutazione (giudizio) che lo precede e lo fonda – vada al 'cuore del problema' da affrontare e lo tratti in modo chiaro, preciso e diretto.

Non individuando, salvo eccezioni⁹², passaggi obbligati dell'apparato logico-argomentativo del provvedimento, la legge (preterintenzionalmente?) finisce oltretutto per consentire al decisore di giustificare il *decisum* anche non approfondendo o, peggio, bypassando completamente aspetti salienti dell'accertamento.

Riferendoci all'opportunità – alla necessità? – che l'apparato logico-argomentativo del provvedimento contenga passaggi (o step) obbligati, non intendiamo affermare che la redazione della motivazione debba essere predeterminata nel suo esito contenutistico, né tantomeno che debba strutturarsi come se fosse un formulario da compilare sbarrando le caselle con delle crocette.

L'esigenza che il percorso motivazionale presenti alcune tappe obbligate, che comunque non investono la totalità del ragionamento giudiziale⁹³, risponde – contrastandola – all'evenienza che si

⁹² V., ad esempio, il combinato disposto degli artt. 292, co. 2 lett. *c-bis*) e 275, co. 3 e 3-*bis*) c.p.p., in materia cautelare personale. Per disporre la custodia cautelare in carcere, una tappa obbligata del ragionare giudiziale – valutativo, prima; giustificativo, poi – è quella di vagliare, ovviamente dopo che siano stati riscontrati tutti gli altri presupposti applicativi della cautela (*i.e.* esigenze cautelari [274] e condizioni di applicabilità [273]), se sia possibile adottare una misura meno afflittiva della restrizione carceraria (come, ad esempio, gli arresti domiciliari, con o senza braccialetto elettronico). Solo dopo che si sia preso in esame tale profilo saliente dell'accertamento è consentito – con debita (*recte*: rafforzata) motivazione – disporre legittimamente la custodia cautelare in carcere. In mancanza dell'attraversamento di tale step (di giudizio e di giustificazione) obbligato, il provvedimento è da ritenersi illegittimo.

⁹³ Le tappe obbligate (di giudizio e di giustificazione) non esauriscono i profili dell'accertamento da compiere. Il giudice, invero, dovrà valutare (e motivare) anche altri aspetti della fattispecie in esame. Nell'economia del suo ragionamento, però, egli deve necessariamente attraversare quantomeno quei passaggi obbligati che, nell'ambito di quella determinata 'tipologia' accertativa, non possono essere elusi. Un esempio di tappa obbligata consiste, lo abbiamo esposto *supra* (nt. 89), nel vagliare – e renderne poi espressamente conto – la possibilità di applicare misure cautelari diverse e meno afflittive della custodia cautelare in carcere, prima di poter disporre la restrizione carceraria. Questo apprezzamento non elimina, anzi presuppone, che siano compiuti altri giudizi (anch'essi debitamente giustificati) ai fini dell'applicazione della fattispecie in questione: nel caso di specie, è necessario riscontrare l'esistenza delle esigenze cautelari e verificare la sussistenza delle condizioni di applicabilità della cautela.

possa giustificare la decisione tralasciando di argomentare puntualmente taluni profili essenziali dell'accertamento.

A tal proposito, dal lavoro di analisi e di sintesi⁹⁴ che abbiamo svolto ricaviamo che in effetti ci si sta già muovendo nel segno di una metodica valutativo-giustificativa in virtù della quale, quantomeno in relazione a certe fattispecie⁹⁵, si esige l'attraversamento di prestabilite tappe obbligate di giudizio⁹⁶, prima, e di motivazione, poi.

Nei «multiformi mutevoli [tratti] in cui si manifesta storicamente»⁹⁷, abbiamo rinvenuto un peculiare *format* motivazionale (*recte*: di valutazione e di giustificazione), elaborato principalmente

⁹⁴ I concetti di “analisi” e di “sintesi” devono intendersi da noi adoperati, per quanto (si spera non troppo) maldestramente e avuto riguardo a un istituto che abbiamo, invero, già individuato – *i.e.* la motivazione rafforzata – ma che deve tuttavia essere ancora ricostruito concettualmente, nella prospettiva indicata da MALINVERNI A., *Studi sul processo penale*, Torino, 1983, 8 e 12-13. Nella ricostruzione che portiamo avanti, infatti, miriamo alla «rilevazione delle differenze» (analisi) e alla «ricerca delle somiglianze» (sintesi) nelle manifestazioni di un fenomeno giuridico che, nella prassi, è soggetto a letture e a forme di applicazione disomogenee. L'intento è quello di individuarne le linee fondamentali, al fine di trarne una definizione sistematica che ne dia conto «in modo coerente e completo, ossia “organico”» e ordinato. Sull'importanza di un approccio teorico-pratico, teso a comprendere altresì le esigenze teleologico-assiologiche della prassi, v. PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 71 ss., per i quali «la speculazione teorica non [può] ignorare la realtà, a costo altrimenti di apparire del tutto astratta e fuori del tempo» (71), nonché dimentica di quel rapporto di reciprocità tale per cui «la teoria è vana senza (poter influenzare) la pratica, e la pratica è cieca senza (essere guidata dal)la teoria» (83). Parla di «sistemazione rigorosa di concetti a fini pratici» BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in BOBBIO N., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, 19. In quest'ottica, occorre nondimeno rammentare quanto osservato da ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1998, 324-325, nt. 19, il quale – dopo aver sottolineato la rilevanza dell'apprendimento teorico dall'esperienza della prassi – scrive che, in ogni caso, «la teoria non deve certamente limitarsi alla semplice descrizione e analisi della prassi. Per verificare se una certa prassi è una buona prassi, ci si deve chiedere se esistono ragioni a favore della prassi medesima».

⁹⁵ Nel testo, impieghiamo l'espressione “fattispecie” per riferirci alla situazione giuridico-fattuale complessivamente intesa. Può trattarsi di una previsione di legge di natura sostanziale o processuale oppure di una circostanza giuridicamente rilevante ‘di stretto diritto’ (*quaestio iuris*) o fattuale (*quaestio facti*). Il richiamo deve cioè intendersi esteso sino a ricomprendere ogni occorrenza – altresì relativa allo svolgersi del procedimento – che assuma giuridica rilevanza nell'ambito dell'accertamento processuale.

⁹⁶ Utilizzando le parole di MENNA M., *La motivazione*, cit., 42, precisiamo che, «al di là dell'associazione tipica del concetto di giudizio alla fase di cui al libro VII del codice di procedura penale, nel prosieguo si intenderà per ‘giudizio’ qualsiasi attività di individuazione dei presupposti di applicazione ad un caso concreto di fattispecie sostanziali, nonché di accertamento della correttezza delle forme processuali» e – aggiungiamo ancora – ogni altra attività decisoria (inerente al ‘fatto’ o al ‘diritto’ o, ancora, allo svolgersi del procedimento) alla quale il giudice è chiamato nel corso dell'accertamento. La natura del ‘giudizio’ s'attaglierà, di volta in volta, alla specifica ‘tipologia’ di decisione che dovrà essere assunta e avrà una struttura ‘rafforzata’ in tutte quelle ipotesi in cui un rafforzamento decisionale – e altresì giustificativo – è/sarà richiesto (c.d. “fattispecie da motivazione rafforzata”: v. *infra*, cap. III e cap. IV).

⁹⁷ La dizione è ripresa da GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia*, cit., 54 (ove si osserva che «se il diritto è storia vivente, sarà la storia il laboratorio più idoneo alla *invenzione* [*i.e.* al rinvenimento] di categorie; le quali debbono essere ordinanti, debbono cioè essere capaci di ordinare il magma del reale, e lo potranno con efficacia solo se si misureranno su quanto quel magma pretende» [55]). Avendo tratto la nozione (paradigmatica) di motivazione rafforzata dalla prassi giurisprudenziale, possiamo dire che questo istituto ha già sperimentato la propria validità operativa al banco di prova della realtà pratica. Si tratta allora, in questo caso, di ricostruire la veste teorico-concettuale dell'obbligo di motivazione rafforzata, in modo da configurarne – meglio: categorizzarne – in termini ordinati e uniformi le peculiari caratteristiche, ai fini di una sua più puntuale applicazione da parte degli operatori del diritto.

in via pretoria⁹⁸, che si compone di passaggi argomentativi ineludibili⁹⁹: la c.d. “motivazione rafforzata”.

Si tratta di una cesellatura ulteriore dell’obbligo di motivazione previsto dall’art. 111, co. 6 Cost., riscontrabile nelle ipotesi in cui ci si trovi dinanzi a fattispecie che sollevino problematiche ricorrenti (es. riforma in appello della sentenza di primo grado; ma v. *infra*: cap. IV), da affrontare passando attraverso questioni argomentative che devono essere esaminate e, quindi, risolte e motivate alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili (v. *infra*: cap. III).

Questo modello logico-argomentativo di redazione del provvedimento (*stilus curiae*), che implica snodi decisionali sui quali è inevitabile soffermarsi, non costringe il libero convincimento del giudice poiché lascia nelle mani di quest’ultimo lo scioglimento dell’argomento o degli argomenti “da motivazione rafforzata”, da riempire contenutisticamente con gli elementi emergenti dalla vicenda concreta.

Il «giardino proibito»¹⁰⁰ dell’apprezzamento giudiziale non viene contaminato perché il risultato della deliberazione decisoria rimane tutto da definire. Il momento valutativo e quello giustificativo restano intatti nella loro risoluzione¹⁰¹, da adattare ogni volta alle peculiarità del caso di specie¹⁰².

⁹⁸ Sull’importanza di «tener conto della realtà empirica del diritto» (DI ROBILANT E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968, 71 [e 174]) e, in particolare, sull’importanza di tener conto dei “prodotti” della prassi giurisprudenziale, nonché – più in generale – della “pragmatica giudiziaria”, cfr. *ex multis* HASSEMER W., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 98-99 e 106 (corsivo nostro), secondo cui «una metodologia giuridica che [...] non sa e non vuole sapere nulla di pragmatica giudiziaria, alla fine perderà del tutto la sua forza regolativa, iniziando dal rapporto dei giudici con la legge e finendo con la formazione dei giuristi – e questo a ragione, e probabilmente con conseguenze per il precetto costituzionale del vincolo del giudice alla legge. *Una spiegazione sistematica delle regolarità della pragmatica giudiziaria* tocca un campo ampio e notevolmente oscuro. Ci vorrà del tempo per scoprire se questo campo ha una struttura normativa e di quale sembianza. Soltanto quando si saprà questo, avrà un senso riflettere su di un miglioramento di tale ordine, per tradurre nella realtà il precetto del vincolo del giudice alla legge, e cioè per tradurlo nelle condizioni di possibilità del comprendere, interpretare e applicare una legge. [...] Chi sostiene che una tale regolarità della pragmatica giudiziaria non abbia nulla a che vedere con il vincolo del giudice alla legge, può farlo seguendo un sogno che è finito da tempo: il sogno della rigidità delle regole e della deduzione. Tutti gli altri, che sono interessati al reale rapporto tra metodologia giuridica e divisione dei poteri dello stato di diritto, dovrebbero cercare di scoprire che cosa sia realmente la pragmatica giudiziaria».

⁹⁹ Ricorrendo al lessico di SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite*, per *relationem e summarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 339, possiamo parlare di una sorta di «“minimo di motivazione” necessaria» che (*non esaurisce l’accertamento nel suo complesso*, ma che senza dubbio) costituisce – per quel determinato aspetto da motivare rafforzatamente – «quella “entità” atta ad esaurire sufficientemente l’obbligo fissato dalla legge e a soddisfare le esigenze del controllo». I profili da motivare in modo rinforzato rappresentano, a nostro parere, punti rilevanti e immancabili nell’ambito di quel certo ‘tipo’ di giudizio (e della sua relativa giustificazione), cosicché su tali punti non può aversi omissione, né può darsi motivazione implicita.

¹⁰⁰ L’immagine, ormai classica, è evocata da FERRUA P., *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 3, 587 ss.

¹⁰¹ Similmente a quanto avviene in altre occasioni (cfr. artt. 192, 292, 500, 526, 527 c.p.p.), in cui si indica al giudice il modo in cui approcciare una determinata situazione giuridica.

¹⁰² Perciò può dirsi che questa ‘metodica di giudizio e di giustificazione a soste obbligate’ configuri una struttura motivativa che «non si consuma ed esaurisce nella singola applicazione, ma rimane *al di là del contenuto*, come

Semplicemente, entrambi i momenti – sia il giudizio sia la sua motivazione – vengono instradati verso la trattazione di determinate tematiche; tematiche che, peraltro, non esauriscono l'accertamento nel suo complesso, che si compone – *ça va sans dire* – di apprezzamenti valutativi e giustificativi ulteriori.

Le ricadute immaginabili sulla discrezionalità dell'autorità giudicante sono allora quelle riconducibili al comune influsso che l'onere motivazionale ha sul compimento delle scelte decisorie, che si 'riduce' alla consapevolezza di dover dar conto del modo in cui si è ragionato – stavolta, anche con riferimento all'argomento o agli argomenti “da motivazione rafforzata” – e del perché si è giunti a una conclusione piuttosto che a un'altra¹⁰³. Ma, ripetiamo, si rientra nell'ordinaria amministrazione dell'attività di *reddere rationem*, che funge di per sé «da potente meccanismo inibitorio»¹⁰⁴ rispetto al rischio di derive arbitrario-soggettivistiche.

Con la “motivazione rafforzata” si esalta il metodo, il «*come* [si] arriva a un simile risultato»¹⁰⁵ anziché a un altro.

Espressione di uno dei caratteri tipici della post-modernità, ovvero della tendenza al dettaglio e alla «miniaturizzazione del livello di analisi»¹⁰⁶, questa metodica scompone l'*iter* decisionale e lo rende – perlomeno nella parte in cui procede a step obbligati – maggiormente trasparente¹⁰⁷.

recipiente ancora utilizzabile in futuro» (IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 5).

¹⁰³ Su questo aspetto: DUBOUCHET P., *Sémiotique juridique. Introduction à une science du Droit*, Parigi, 1990, 205; IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 760 («L'obbligo di motivazione fa sentire il suo peso già al momento di decidere»); PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale. Obblighi di motivazione fra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006, 99; SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 703; VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E. MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 35. Riferendosi allo studio delle «strutture necessitanti», al fine di comprendere «come e in quali limiti le disposizioni dei giudici possano manifestarsi in opzioni consentite dalle strutture presupposte e impiegate», SCARPELLI U., *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, in *Foro it.*, 1970, suppl. al n. 1, *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana* – Atti delle giornate di studio di Ancona, 2-3 maggio 1968, 78-79 (corsivo nostro) osserva che «le disposizioni dei giudici operano e si manifestano nelle argomentazioni a giustificazione delle decisioni in una maniera profondamente condizionata dalle *possibilità argomentative nel contesto tecnico* in cui i giudici agiscono: certe disposizioni dei giudici possono in un contesto non avere manifestazione alcuna, perché il contesto non consente al proposito nessuna possibilità argomentativa, e in altri, diversi contesti affiorare in maniere diverse».

¹⁰⁴ CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 670, nt. 29 (iniz. 688).

¹⁰⁵ Riportiamo la felice espressione di CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 830 (la quale, sviluppando il tema con specifico riferimento all'oltre ogni ragionevole dubbio, ricorda – in termini generali – che «nel nostro sistema il libero convincimento è controllabile attraverso il metodo che lo governa»).

¹⁰⁶ Utilizza quest'espressione PASSAROTTI M., *Non esistono lingue geniali: geniali sono i loro Autori*, in *Corriere della Sera* – *La lettura*, 23 dicembre 2018: «Uno dei tratti caratterizzanti la ricerca del XX° secolo è stata la miniaturizzazione del livello di analisi. Si pensi alla fisica, alla biologia, o alla chimica: nuovi strumenti, come il microscopio, consentono di entrare per la prima volta nell'intimo degli oggetti da indagare. In ambito umanistico e specialmente linguistico, filologico e letterario, questo significa usare metodi e strumenti per gestire e maneggiare i dati testuali a un livello sia quantitativo che qualitativo impossibile prima dell'avvento del computer».

Gli “argomenti rinforzati” (in cui si articola appunto la motivazione rafforzata) danno inoltre luogo a una *legalità del procedere*, perché toccano le corde più intime della fattispecie e, problematizzandola, ne agevolano la concretizzazione.

Rivelandosi «funzionali alla decisione»¹⁰⁸, cioè all’applicazione della legge al fatto storico, le tappe obbligate del percorso valutativo-giustificativo si impregnano di legalità.

E torniamo di nuovo al circolare rapporto tra legalità e motivazione, che reciprocamente si sostengono. La legalità sorregge l’obbligo di motivazione, in questo caso rafforzata, fornendogli il referente sul quale incardinarsi: è la legge il punto da cui si parte (imputazione) e a cui si fa ritorno (motivazione). Dal canto suo, la motivazione rafforzata contribuisce a serrare le fila del principio di legalità (legale) restituendogli un vigore *nuovo*¹⁰⁹, laddove assicura – con le proprie tappe

¹⁰⁷ La scomposizione del tessuto argomentativo-decisionale in step valutativo-giustificativi obbligati è un perfezionamento dello stile di motivare che non fa altro che armonizzarsi “ai tempi ‘miniaturizzati’, calcolabili e ‘tecnicistico-informatizzati’ che corrono”: un prodotto tipico di quella che il filosofo contemporaneo Byung-Chul Han ha definito «la società della trasparenza» (HAN B., *La società della trasparenza*, (trad. it.) F. BUONGIORNO, Milano, 2014, *passim.*). Per questa ragione, ossia per la sua cor-rispondenza all’attuale realtà storica (che ci limitiamo a riscontrare), pensiamo che questo prototipo motivazionale – che modella, in una sua parte, il ragionamento decisorio secondo tappe obbligate, cioè secondo passaggi accertativi e domande ineludibili per l’argomentare decisorio – troverà applicazione, *mutatis mutandis*, anche al di là delle ipotesi nelle quali finora è stato abitualmente utilizzato (in ogni settore dell’ordinamento giuridico).

¹⁰⁸ V., ad es., BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza*, cit., 3; CASSANO M., *Complessità degli ordinamenti e intervento giudiziario*, cit., 141-142. È fortemente sentita, anche in giurisprudenza, la necessità di sviluppare il discorso motivazionale articolato – nei termini in cui ciò è possibile – in punti essenziali, utili a filtrare e approfondire le ragioni funzionali ed essenziali alla decisione.

¹⁰⁹ Propone invece di superare il “principio di legalità” (meglio: di «cassare il termine dal lessico usuale» [35-36], o verosimilmente di abbandonare questa espressione per andare oltre l’anacronistica idea che si correla al concetto di legalità [di marca legale], pur tenendo ferme le garanzie connesse a tale nozione) GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 29-31: «Io credo che si debba avere il coraggio di incamminarsi per una strada che permetta di sbarazzarsi di luoghi comuni e di icone che non meritano le nostre riverenze. Con una fermissima precisazione: rendere effettive le garanzie che la vecchia ‘legalità’ pretendeva di assicurare al cittadino, profittando dei nuovi strumenti di comprensione dell’universo giuridico alla luce di una consapevolezza epistemologica più affinata. Non ho esitazioni nel riaffermare, a chiusura, che il vocabolo/concetto ‘legalità’ sia oggi, di per sé, inadatto, perché incapace di evocare tutta la complessità giuridica che stiamo vivendo; un vocabolo/concetto che è un fossile, che ci riporta precipitosamente all’indietro, al momento lontano quando si è rattappata nel continente europeo la dimensione giuridica della società. [...] Insomma, e per farmi meglio comprendere: intendo solo dire che ‘legalità’ è vocabolo/concetto intrinsecamente *monodico*, incapace di esprimere quella realtà *polifonica* che è oggi, anche sul continente, la dimensione giuridica. Oggi che il diritto, riconquistata la sua natura polifonica, non può e non deve essere identificato nella legge; oggi, noi attuali giuristi, dobbiamo sentirci investiti di un impegno culturale altissimo: quello di non smentire un preciso carattere del nostro tempo, contrassegnato da un manifesto ‘ritorno al diritto’, ritorno a un diritto che ha recuperato tutta la sua latitudine di ordinamento della umana convivenza. [...] In luogo di ‘principio di legalità’, si deve cominciare a parlare di ‘primato del diritto’, di ‘supremazia del diritto’, di ‘dominanza del diritto’, con riferimento a sintagmi che siano maggiormente comprensivi e perfettamente in grado di evidenziare quello che si chiede oggi al cittadino: l’osservanza dei valori giuridici che fondano la Repubblica italiana, valori – però – di cui non è portatore soltanto la ‘legge’. Non è affatto un problema nominalistico, ma di sostanza». Avuto riguardo alle considerazioni svolte in termini generali da Grossi, ci permettiamo di osservare che – per lo meno in ambito penale (settore di cui, in altri scritti ma anche in quello appena citato [v. 112, nt. 14], l’Autore segnala le peculiarità e, almeno in parte, l’eccezionalità rispetto alle proprie riflessioni) – a nostro parere il diritto non può evitare di dipanarsi immancabilmente *rireferendosi e rapportandosi* al principio di legalità (legale): certo, *non solo* con e nella legge, ma *in ogni caso* a partire dalla legge. Resta (anche

(argomentative) obbligate – ancor più correttezza e trasparenza applicative nei confronti della fattispecie.

Così premesso e introdotto il contenuto delle seguenti pagine, procediamo alla sua esposizione.

costituzionalmente: art. 25 Cost.) imprescindibile che una disciplina legislativa espressa ‘nero su bianco’ vi sia: che in materia criminale sia presente una previa *base testuale legale*; ed è in questo senso che all’interno della *matière pénale* il vocabolo/concetto “principio di legalità” ci sembra non debba, né possa in realtà, essere abbandonato. Le garanzie di cui tale principio si fa portatore (ad es., la irretroattività della legge penale) difficilmente troverebbero un’adeguata ed efficace forma di compensazione in sua assenza (ad es., con la prevedibilità), sicché ci pare opportuno non individuare equivalenti funzionali alla legalità (legale), ma *affiancare* piuttosto a quest’ultima altri strumenti e istituti idonei a rinsaldarla, anziché sostituirla.

CAPITOLO I

L'AVANZAMENTO DEL POTERE GIUDIZIALE

«Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called *juristocracy*. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries»¹¹⁰.

Con queste parole si apre l'opera probabilmente più conosciuta di Ran Hirschl, riguardante uno dei fenomeni più significativi dell'epoca che stiamo vivendo. Nell'ambito della propria ricostruzione, Hirschl sottolinea l'importanza rivestita dalle Carte costituzionali e dei diritti fondamentali, garantite da apposite Corti che le tutelano, nell'incremento dell'attivismo giudiziale.

Si è dinanzi a un vero e proprio «global trend»¹¹¹: «the adoption of a constitutional catalogue of rights and the fortification of judicial review provide the necessary framework for the formulation of fundamentally political controversies in constitutional terms. *This framework serves to encourage the transfer to the courts issues that ought, prima facie, to be resolved in the political sphere.* Judicial empowerment through constitutionalization thus offers a convenient refuge for politicians to avoid or delay unwanted political outcomes»¹¹². Questa sorta di “fuga dalla responsabilità” da parte della politica, la quale delega l'esercizio dei poteri di propria spettanza alla magistratura e agli altri corpi emergenti sulla scena istituzionale (es. autorità indipendenti¹¹³),

¹¹⁰ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard, 2007, 1.

¹¹¹ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 1. L'Autore osserva precisamente che «there is a close affinity between the existence of a constitutional catalogue of rights in a polity and judicial activism on the part of that polity's judiciary. [...] The existence of a constitutional catalogue of rights not only provides the necessary institutional framework for courts to become more vigilant in their efforts to protect the fundamental rights and liberties of a given polity's residents, but also enables them to expand their jurisdiction to address vital moral dilemmas and political controversies of crucial significance to that polity. What is more, the existence of a constitutional framework for judicial activism may provide political actors who are unable or unwilling to advance their policy preferences through majoritarian decision-making arenas with an alternative institutional channel (the courts) for accomplishing their policy goals. Therefore, in countries where bills of rights and active judicial review procedures have been adopted, one can expect a significant change in the frequency and scope of exercise of judicial review and a corresponding intrusion by the judiciary into the prerogatives of both legislatures and executives» (170). V. anche SANTORO E., *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008, 26-45.

¹¹² HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 15 (corsivo nostro). In ogni caso, l'Autore ammonisce circa il fatto che le Corti possano subire una «metamorphose into Dr. Frankenstein's monster: unpredictable and autonomous decision-making bodies whose judgments run counter to the interests and expectations of their political advocates» (171).

¹¹³ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 215: «Over the past several decades, the delegation of policy-making authority to semiautonomous, professional bodies has also expanded in other, non-judicial realms [e.g. central banks authorities etc.]». Sul punto, v. LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, 2019, *passim*.

comporta inevitabili conseguenze (soprattutto) sul lungo periodo; conseguenze fra le quali possiamo esemplificativamente rammentare le degenerazioni prospettate da Hirschl nei rapporti tra potere giudiziario e potere politico(-sociale): i) «opposition use of courts to fight governments; [ii] the dilemma of delegation – how to ensure that once the courts’ policy-making powers are extended they will [or will not] indeed produce judgments that reflect the ideological preferences and serve the political interests of those who have granted policy-making to the judiciary»¹¹⁴; iii) «“They, the Jurists” are granted an elevated status in determining policy outcomes at the expense of “We, the People”, laypersons who make up the vast majority of the populace»¹¹⁵; iv) il rischio di erosione dell’immagine della magistratura e finanche della sua stessa legittimazione, poiché un’impropria, «difficult [and] unpopular»¹¹⁶ sovra-esposizione pubblica ne mina – più o meno incisivamente – l’autonomia, l’imparzialità e l’indipendenza (come peraltro è stato fatto notare dalla dottrina italiana a margine della vicenda Tangentopoli)¹¹⁷.

La «judicialization of politics»¹¹⁸ e la politicizzazione della giurisdizione, in ogni caso, non si spiegano solo con l’avvento della costituzionalizzazione moderna, giacché – per quanto rilevante – tale fattore «it is certainly insufficient in and itself to generate the high level of judicialized politics seen in present-day»¹¹⁹.

Il fatto, a ben vedere, è che «the institutions of democratic governance now operate in a profoundly different environment than that in which they were founded»¹²⁰ e in questo nuovo contesto «the empowerment of courts [...] marked an abrupt change in the balance of power between the judiciary, the legislature and the executive»¹²¹.

L’espandersi della giustiziabilità degli accadimenti sociali, in accordo alla profetica affermazione secondo cui “anything and everything is justiciable”¹²², ha determinato e determina

¹¹⁴ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 15.

¹¹⁵ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 186.

¹¹⁶ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 187.

¹¹⁷ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 70: «The delegation of power to courts may pose a long-term threat to the legitimacy, impartiality and independence of the judiciary». Sul versante italiano, v. – a titolo esemplificativo – *infra*: cap. I, § I.5

¹¹⁸ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 64.

¹¹⁹ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 30, il quale osserva ancora che per quanto «significant the presence of a constitutional framework may be, it is not itself a sufficient condition for generating the depth and extent of judicial intervention into the political sphere» (170).

¹²⁰ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 216.

¹²¹ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 74.

¹²² Tratta da HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 169 (e attribuita al Chief of Justice della Suprema Corte israeliana Barak Aharon). Con riferimento all’estesa presenza giudiziale, parla di «ubiquità giudiziaria» FERRARESE M. R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari-Roma, 2006, 117.

«an intrusion of the judiciary into the prerogatives of legislatures and executives»¹²³. Difatti, abbiamo assistito e stiamo ancora assistendo a una rimodulazione delle dinamiche interne alla divisione dei poteri di matrice illuministica. Il principio della separazione non è venuto meno, né a nostro parere verrà certo meno, epperò è in corso una ricalibratura dell'equilibrio in virtù del quale l'assetto di tale principio si regge¹²⁴.

Quest'evenienza ha impattato e giorno dopo giorno incide sulla 'ricombinazione pratica' dei poteri presenti all'interno dello Stato. In tale prospettiva, posto che nelle dinamiche del mondo presente «there are advantages in thinking in terms of 'powers' rather than 'sovereignty' [because]

¹²³ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy*, cit., 221. Poco dopo l'Autore afferma altresì che «the expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expense of politicians, civil servants and/or the populace has not only become more globally widespread than ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made policy-making constitutional rights jurisprudence and judicial redrawing of legislative boundaries. The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some of the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate. What has been loosely termed "judicial activism" has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing itself throughout world» (222).

¹²⁴ Cfr. AMARELLI G., *Legge penale e giudice*, cit., 411 e 415 («Se la legge penale ha mutato le sue caratteristiche e il giudice i suoi compiti, è evidente che ne abbia risentito anche il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario e che sia opportuno ripensarlo», per quanto – in ogni caso – anche se «è vero che il sistema democratico-rappresentativo è in crisi e che il Parlamento non è più il protagonista esclusivo della opera di produzione legislativa in ambito penale, arrivare a declassarlo in favore del potere giudiziario è forse troppo»); BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in AA.VV., *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, (a cura di) COMANDUCCI P. – GUASTINI R., Torino, 2005, 1 ss.; GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 111; GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 14-15; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 288 (la quale invita a «preservarlo [il principio di legalità], sebbene in un'accezione mutata, più flessibile e dinamica»); PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 175 («L'accrescersi del potere giudiziario rischia di creare uno squilibrio nei reciproci rapporti tra i poteri dello Stato e fa sorgere la necessità di ancorare, da un lato, questo vasto potere a una base di legittimazione democratica e di sottoporlo, dall'altro, a certe forme di controllo, per evitare che il suo esercizio sia sostanzialmente irresponsabile»); TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 84-85; ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, 361 («L'attualità del tempo presente esibisce complesse e delicate esigenze, teoriche e pratiche, di politica delle istituzioni e di riordino dei rapporti tra i poteri»). In materia, v. altresì ACKERMAN B., *Adeus, Montesquieu* [o *Good-bye Montesquieu*], in *Revista de Direito Administrativo*, 2014, jan./abr., 15 il quale – con riferimento al diritto amministrativo, ma riteniamo che la portata di tali riflessioni possa essere estesa anche oltre tale ambito (come peraltro rileva lo stesso Autore [14]) – afferma che «quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma "nova separação de poderes" está emergindo no século XXI°. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias – ou talvez mais». A nostro parere, occorre ripensare non tanto la teorica della separazione dei poteri – tuttora indispensabile, per quanto forse da aggiornare con la considerazione dell'esistenza di poteri ulteriori affianco a quelli tipici (*i.e.* legislativo, esecutivo e giudiziario) – quanto piuttosto la meccanica del suo funzionamento in concreto.

powers can be shared, whereas it is difficult to think of shared sovereignty»¹²⁵, è opportuno provare a cogliere quali correnti carsiche agitano queste ‘variazioni di potere’.

Per quanto qui d’interesse, possiamo sinteticamente registrare che vi sono diversi fattori – sia endogeni che esogeni all’ambiente giuridico strettamente inteso¹²⁶ – che hanno condotto al superamento del mito esclusivo della ‘legolatria’. Si tratta di istanze e matrici che contribuiscono quotidianamente a spostare «l’asse portante dell’ordinamento dal legislatore all’interprete», il quale – come non accadeva da secoli – viene progressivamente coinvolto «nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto, processo che manifesta sempre più un carattere *inventivo*»¹²⁷.

¹²⁵ JACOBS F. G., *The Sovereignty of Law. The European Way*, Cambridge, 2007, 152.

¹²⁶ Sulla distinzione tra “fattori endogeni” e “fattori esogeni”, v. (con specifico riguardo al settore penale): AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 406-411; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 23-67 (spec., 23 e 48); MANES V., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 1925; MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in www.discrimen.it, 17 luglio 2018, 7-10; TARLI BARBIERI G., *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare*, in *Criminalia*, 2016, 222.

¹²⁷ GROSSI P., *L’invenzione del diritto*, cit., 123. Analogamente, leggiamo in BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (1949), Milano, 1971, 142 (corsivo nostro) che l’interpretazione giuridica «non è mai, se vuole adempiere il suo compito, una ripetizione meccanica e una traduzione letterale delle norme astratte in ordine a una pura e semplice “sussunzione” ad esse dei casi da decidere, come sono portati ad opinare i fanatici del positivismo giuridico e della certezza delle leggi, seguaci di una concezione statica e antistorica del diritto positivo. [...] Al contrario, essa interpretazione ha sempre l’ufficio di *vivificare mediante un incessante ripensamento*, di aggiornare e di rimettere a nuovo – seguendo passo passo il moto perenne della vita sociale – le espressioni e le formulazioni sorpassate, conferendo loro quel valore che, senza distaccarsi e prescindere dal significato originario, sia meglio conforme alle esigenze dell’attualità nella cornice del sistema». Apertamente critica, in senso negativo, nei confronti delle affermazioni di Grossi è VALENTINI C., *Contro l’invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, 1-3, la quale ritiene che «la prospettiva del ricercatore del diritto processuale penale è sicuramente molto diversa da quella di uno storico come Grossi, e forse tende ad essere “legolatra” – per usare un’espressione dello stesso Grossi – a cagione della natura intrinseca della disciplina, sommamente vocata ad un ossequio alla forma, tutto sintetizzato nel motto per cui nel processo penale *la forme engage le fond*. Sarà, dunque, per questo che lo sconcerto del processualpenalista è intenso, dinanzi alle tesi di Grossi» (3). Sul punto, v. altresì GIUNTA F., “*Dimmi che giudice hai, ti dirò che diritto avrai*”. *La riscoperta di un’ovvietà?*, in AA.VV., *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 113 («L’invenzione del diritto, per riprendere le parole di Paolo Grossi, più che sinonimo di *rinvenimento* di regole che esistono già, sembra identificarsi – giocando sui significati impropri dell’espressione – in un’inammissibile *creazione* del diritto, peraltro solipsistica, ossia esclusivamente giudiziaria, nella misura in cui si sottrae, come avviene con crescente frequenza, al confronto con il testo e con l’elaborazione dottrinale. Il disinvolto scavalco di questi due avamposti dialogici e antimonomolisticici nella produzione del diritto penale, il cui ruolo trova ancora argomentato sostegno, sta favorendo un passaggio dall’assolutismo legislativo a quello, non meno imperfetto e riduttivo, dell’assolutismo magistratuale»). Ritiene invece, in senso ‘positivo’, che «il lessico della *inventio* (ricerca e ritrovamento) proposto da Grossi [abbia] il pregio di evocare un’attività conoscitiva e un oggetto di conoscenza» PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 9 luglio 2019, 4, il quale osserva ad esempio che «è interpretazione (*inventio*, ritrovamento di un diritto non creato dall’interprete) anche la concretizzazione di clausole generali: un problema non estraneo nemmeno al mondo del diritto penale (si pensi alle definizioni di istituti di parte generale e a fattispecie costruite su elementi ‘normativi’)» (8).

Tra gli interpreti, poi, «un posto primario spetta, senza alcun dubbio, al giudice»¹²⁸: e così si spiega il disallineamento del sistema nella direzione del versante giudiziario.

È vero che «la discussione sul confine tra competenze legislative e giudiziarie è antica almeno quanto la divisione dei poteri»¹²⁹, eppure – come si è accennato, nel ciclico sopravanzare di un’istanza sull’altra¹³⁰ – nell’odierno quadro ordinamentale appare con chiarezza che l’attività esercitata dal giudicante è assai più penetrante, «pervasiva» e «performativa»¹³¹ di quella esercitata dal legislatore¹³².

¹²⁸ GROSSI P., *L’invenzione del diritto*, cit., 123-124, il quale continua «precisando, però, chiaramente: giudice ordinario, e aggiungendo anche: giudice civile; mentre una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale, essendo la materia ‘penale’ in stretta connessione con la sicurezza pubblica e conservando qui una peculiare rilevanza la riserva di legge (sulla quale, peraltro, si innestano le attuali riflessioni critiche di penalisti osservatori vigili della realtà presente, come Fiandaca, Palazzo, Donini)».

¹²⁹ HIRSCH G., *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell’attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, 108. In materia, «è interessante ricordare che in anni [non troppo] lontani il problema del giudice “legislatore” si era presentato in Svizzera, perché l’art. 1 del codice civile svizzero, che corrisponde all’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano, secondo cui quando il giudice non riesce a trovare la norma neanche a seguito di interpretazione estensiva o analogia deve rifarsi ai principi generali dell’ordinamento, attribuisce al giudice il potere di creare la norma che egli porrebbe se fosse legislatore. [...] L’esperienza ha dimostrato che in Svizzera il giudice si è servito in modo estremamente prudente del potere attribuitogli dalla legge e infatti sono rari i casi in cui ha fatto ricorso all’art. 1 del codice civile per ‘creare’ una norma giuridica» (RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 45-46. Sui giudici elvetici, v. la lettura proposta da LUMINATI M., *Giudici-legislatori, alla maniera elvetica*, in *Quad. fior.*, 2011, 303 ss. [in part., 329 (per considerazioni analoghe a quelle or ora citate)]). A tal ultimo riguardo, si consideri altresì quanto affermato da LATTANZI G., *Il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale*, in www.sistemapenale.it, 28 febbraio 2020, 2: «In sede teorica è vivace il dibattito sulla legalità e sul rapporto tra la legge e il diritto, specie quello di origine giurisprudenziale, sul valore della certezza giuridica e sulla necessità che ad assicurarla sia la legge. Ma, quali che siano le nostre visioni teoriche, allo stato non possiamo non prendere atto del ruolo che la giurisprudenza è di fatto chiamata a svolgere. Il giudice italiano, io credo, non vuole essere un creatore del diritto, non fa parte della sua cultura, ma sempre più di frequente è costretto suo malgrado a diventarlo. È una situazione che ha determinato nel nostro ordinamento una torsione in senso giurisprudenziale e credo che questa torsione richieda una presa di coscienza da parte del giudice e un suo mutamento di cultura, di abito mentale».

¹³⁰ Sulla ciclicità, cfr. LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 494-495: «Il diritto giurisprudenziale genera il diritto legale codificato che genera il diritto legale frammentario che nuovamente genera il diritto giurisprudenziale e così via. I motivi sono sufficientemente chiari: il diritto giurisprudenziale, per la sua vastità e relativa incertezza, e al tempo stesso per la sua sistematicità, tende a compendiarsi in un codice dotto che abbracci tutto il diritto. Questo codice, però, proprio per la sua pretesa (e sempre illusoria) completezza, da un lato rallenta momentaneamente la produzione giurisprudenziale del diritto, dall’altro chiama l’integrazione legislativa. Tutto il corpus legale, che perde progressivamente la sua organicità, si trova intanto affidato ai giudici (i quali in regime di codice-e-legislazione dovrebbero logicamente essere o farsi consigliare da giuristi), ed essi lo vanno cimentando e cementando nelle decisioni concrete. A poco a poco si produce in tal modo – con apporto variamente dosato della dottrina e della giurisdizione – un insieme di interpretazioni più o meno costanti che tendono a formare un vero e proprio diritto giurisprudenziale».

¹³¹ Le espressioni virgolettate – che riportiamo per evidenziare l’esistenza e i tratti di un dato di realtà (che, in questa sede, ci limitiamo banalmente a constatare sganciandolo da qualsivoglia accezione critica, negativa o positiva che sia); le espressioni virgolettate, dicevamo – sono utilizzate da VALENTINI C., *Contro l’invenzione del diritto*, cit., 35-36.

¹³² E ciò nonostante «il diritto dei giudici lasci naturalmente del tutto impregiudicato il primato del legislatore. Questi resta libero, con un tratto di penna, di togliere fondamento alle interpretazioni creative o evolutive dei tribunali» (GÜNTHER H., *Verso uno Stato dei giudici?*, cit., 117. Similmente, LAMORGESE A., *L’interpretazione creativa del giudice*

Se guardiamo al passaggio dalla *law in the books* alla *law in action*, riconosciamo con piena evidenza che il ruolo svolto dal giudice nella hruschkiana “costruzione del caso giuridico” non è un ruolo meramente ‘passivo’, bensì ‘attivo’¹³³.

L’utopia della ‘*bouche de la loi*’¹³⁴ è stata ulteriormente – definitivamente? – scalfita dalla «grande trasformazione del diritto» dei nostri giorni: l’«accresciuta creatività giurisprudenziale»¹³⁵, tale per cui «i giudici operano [si] nella trama stabilita dalla legge, ma non sono solo esecutori della legge. C’è una grande quantità di “*judge made laws*”»¹³⁶.

Il che, tuttavia, non significa ancora ‘giudici-legislatori’ o ‘giudici-governanti’ poiché, com’è stato lucidamente affermato da Mauro Cappelletti, sebbene la linea di demarcazione sia sottile ed estremamente sfumata, fintanto che non si eccede dalle proprie competenze, né le si abusano,

non è un ossimoro, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 116-117). Come difatti scrive LA TORRE M., *Teorie dell’argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un’approssimazione*, in ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 362, «è il giudice oggi a proporsi come nuovo centro del sistema giuridico; non più il potere legislativo; piaccia o no».

¹³³ Sulle nozioni di “virtù passiva” e “virtù attiva” si rinvia a FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti: virtù passive e Stato attivo*, in *Democrazia e diritto*, 1997, 37, 111 ss. (ove tali concetti sono intesi e trattati in un’accezione più estesa di quella qui richiamata).

¹³⁴ È la celebre sintetica formula con la quale (Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu; più semplicemente) Montesquieu compendia il ruolo e la funzione del giudice: «Ma i giudici della nazione sono soltanto, come abbiamo detto, la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità» (DE MONTESQUIEU C. D. S., *Lo spirito delle leggi* (1748), lib. XI, cap. VI, (trad. it.) B. B. SERRA, I, Milano, 2011, 317). In senso analogo (sia pure *mutatis mutandis*), Blackstone utilizza l’espressione “*viva vox legis*” per identificare l’essere dell’autorità giudiziale.

¹³⁵ CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 22 e 17. Nella ricostruzione di GUARNIERI C. – PEDERZOLI C., *La democrazia giudiziaria*, cit., 56-61, il rapporto tra creatività giurisprudenziale (creatività rispetto alla ‘predeterminazione’ – meglio: al ‘grado di predeterminazione’ – delle decisioni [già] a livello normativo) e autonomia giudiziale (autonomia dalle altre istituzioni: specie politiche; in particolare, da quella legislativa) dà luogo a quattro possibili diversi tipi di giudice: i) il giudice esecutore, «fedele e passivo esecutore della volontà del legislatore» (critica: «insufficiente realismo»); ii) il giudice delegato, la cui «creatività è, o deve essere, sempre subordinata agli orientamenti delle istituzioni rappresentative. È una creatività ‘interstiziale’, che si sviluppa all’interno degli spazi lasciati liberi dalle altre istituzioni. La creatività del giudice – e la politicità del suo ruolo – deriva quindi da un processo di delega, esplicita o implicita, da parte di coloro che rappresentano la comunità politica»; iii) il giudice guardiano, impegnato a «garantire i diritti dei cittadini» e «presente soprattutto nei Paesi caratterizzati dal controllo giudiziario di costituzionalità»; iv) il giudice politico, che si muove con crescente libertà entro «margini ampi di creatività» oramai difficilmente trascurabili. A tal ultimo proposito, rifacendosi alla distinzione ora esposta, PADOVANI T., *Prefazione*, in SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 14-15 rileva che il giudice di oggi non è né esecutore, né guardiano, né delegato bensì politico, precisando che, «naturalmente, definire ‘politico’ il giudice non significa affatto qualificarlo ‘politicizzato’. Quest’ultimo è una figura sistematicamente patologica in quanto asservito a interessi e scopi politici esterni alla sua funzione, dei quali si fa portatore diventandone così lo strumento. Il giudice politico corrisponde invece alle sue funzioni proprio prendendo decisioni politiche che la sua autonomia consente in un contesto in cui è a lui precisamente affidato il compito di assumerle, sotto l’usbergo della garanzia di ruolo». Ecco che quella che il giudice compie non è un’opera di creazione *ex novo*, ma – più “semplicemente” – un’opera di integrazione, nei limiti delle possibilità interpretativo-argomentative, delle disposizioni normative esistenti. Nella realtà quotidiana, in ogni caso, la legge resta sempre il punto di partenza (e altresì il punto di arrivo, come abbiamo detto in *Premessa*) dell’attività giurisdizionale, sicché il giudice può ancora considerarsi custode e non fonte del *nomos*, per quanto in certi casi la sua attività si mostri particolarmente «intraprendente» (v. GIUNTA F., *Addio Beccaria?*, in *La giustizia penale*, 2014, 8-9, 251).

¹³⁶ CASSESE S., *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 70.

permane «un'essenziale differenza tra il processo legislativo e quello giurisdizionale. Certo, da un punto di vista *sostanziale* sia il processo giudiziario che quello legislativo risultano nella creazione di diritto entrambi “*law-making processes*”, ma diverso è il *modo*, o se si preferisce la *procedura* o *struttura*, di questi due procedimenti di formazione del diritto: e si tratta di una differenza che merita di essere sottolineata a scampo di confusioni ed equivoci pericolosi»¹³⁷.

È nel *metodo* che si distinguono le funzioni concretamente esercitate dai diversi poteri dello Stato. Il discrimine passa, allora, non tanto sul piano sostanziale (degli effetti: alle volte assimilabili o addirittura identici tra loro) quanto sul piano procedurale (dell'*iter* metodologico, cioè del percorso e dei vincoli che conducono all'assunzione del *decisum* il legislatore piuttosto il giudice o altro organo istituzionale, ad esempio governativo)¹³⁸.

¹³⁷ CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, cit., 64, il quale prosegue affermando che «un buon giudice può ben essere creativo, dinamico, ‘attivista’, e palesarsi come tale; ma solo un cattivo giudice agirebbe nelle forme e modalità di un legislatore, ché anzi un giudice, il quale agisse in tal guisa, cesserebbe semplicemente di essere un giudice». In particolare, *principalmente* «ciò che fa sì che un giudice sia un giudice e che una Corte sia una Corte non è la sua creatività [o meno], ma bensì a) la connessione della sua attività decisionale con ‘cases and controversies’, quindi con le *parti* di tali casi concreti, e b) l’atteggiamento di *imparzialità* del giudice, il quale non dev’essere chiamato a decidere *in re sua*, deve assicurare il diritto delle parti ad essere sentite (‘fair hearing’) [...] e deve avere, a sua volta, un sufficiente grado di *indipendenza* rispetto alle pressioni esterne e specialmente a pressioni provenienti dalle ‘branche politiche’» (CAPPELLETTI M., *The “Mighty Problem” of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis?*, in 53 *Southern California Law Review*, 1980, 437). A tal riguardo, cfr. *ex multis*: ALEX Y R., *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1998, 170 (il quale evidenzia, in termini generali, l’esistenza di «condizioni limitative» del discorso argomentativo [17 ss. e *passim*.] e, per quanto qui d’interesse, osserva che «nelle discussioni giuridiche non può essere esposta e affrontata qualsivoglia questione. Esse hanno luogo con una serie di limitazioni. La quantità e i tipi di limitazioni sono svariati nelle diverse forme di discussione giuridica. La più libera è la discussione dottrinale; i maggiori limiti valgono per il processo»); DE CARO A., *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 306 («Va tenuta presente sempre la differenza tra “diritto giurisprudenziale” e “momento giurisprudenziale del diritto”, collegata al concetto di “creatività”: “la ‘creatività come fonte’ corrisponde al diritto giurisprudenziale, mentre la ‘creatività interpretativa’ forma il momento giurisprudenziale del diritto”. Se il primo versante può assumere il carattere dell’invadenza, nella misura in cui affida al giudice un compito che travalica il suo ruolo e invade il terreno del legislatore, il secondo rappresenta, invece, una sintesi tra legalità e interpretazione, utile a quella mediazione tra legge e diritto, tipica della giurisprudenza, dove il connotato creativo è “indispensabile nel raccordo tra comando astratto e caso concreto”»); NEUMANN U., *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, 55; TROPER M., *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 48 («Ogni atto giuridico è insieme creazione e applicazione di diritto, ma le proporzioni variano. L’attività di un’assemblea parlamentare è principalmente creatrice, quella di una Corte principalmente applicativa»); WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 114.

¹³⁸ Riprendendo le parole della Corte Suprema americana possiamo sintetizzare che «it is procedure that marks much of the difference between *rule by law* and *rule by fiat*» (*Wisconsin v. Constantineau*, 400 U.S. 433, 1971). La problematica che si staglia sullo sfondo è ben riassunta da MACCORMICK N., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in MACCORMICK N. – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1990, 262, 350: «Quale decisione appare veramente migliore tra quelle giuridicamente ammissibili? Il giudizio qui è sostanziale, non formale, nel senso in cui lo sono i giudizi di congruenza. Il problema è: qual è in via di principio *il modo* migliore di decidere il caso di specie?».

Riprendendo il discorso sull'«ascesa del potere giudiziario»¹³⁹ e sul «crepuscolo della legalità»¹⁴⁰, possiamo ancora dire che la complessità della contemporaneità acuisce la fisiologica difficoltà di sussumere il reale «nella disposizione legislativa *senza colpo ferire*» e conseguentemente si estende – di molto rispetto a ieri – quello «strano luogo, sospeso tra la legge e il fatto concreto»¹⁴¹, in cui il diritto si genera: un luogo in cui il giudice, prima e più di chiunque altro, compie azioni che ricordano da vicino le gesta plasmani del demiurgo platonico.

L'attività giudiziale, infatti, «contribuisce a far progredire e a completare l'edificazione dell'ordinamento giuridico, che la legge ha solo iniziato»¹⁴²; e in quest'«universo giuridico [che] tende verso la iuristocrazia»¹⁴³ capita di frequente che per opera del giudice vedano la luce nuovi istituti e siano rivisitate vecchie categorie.

¹³⁹ Si parla di «ascesa del potere giudiziario» ad esempio in FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti*, cit., 124 (ove si osserva che «nel contesto italiano, l'ascesa del potere giudiziario ha ormai una lunga storia e ha raggiunto un'evidenza non pareggiata in altri Paesi») e ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario*, cit., 359.

¹⁴⁰ MAZZA O., *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, 112 ss.; PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss.

¹⁴¹ DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 300. Ci sembra possa leggersi in questa prospettiva l'iconica azione di collocamento del *punto* (i.e. la 'disposizione' che poi diviene 'norma') nell'ambito della *linea* (i.e. la dimensione giuridica 'complessiva') evocata, a più riprese, da Paolo Grossi nell'esaltazione del «diritto come *esperienza*» (v., ad es., GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 50)

¹⁴² BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice* (1885), in *Quad. fior.*, 2001, 204. Invero, e più in generale, da un punto di vista storico può dirsi che «presso tutti i popoli l'ufficio del giudice ha partecipato in maniera sostanziale alla formazione del diritto. Ha contribuito quanto e più della legislazione al suo sviluppo e perfezionamento. Il potere statale ha adempiuto la sua missione di creare l'ordinamento, servendosi per lungo tempo addirittura del solo ufficio del giudice. Sono dovuti passare secoli prima che lo Stato giungesse a un sistema giuridico regolato da leggi scritte. E difatti il popolo, nel suo stadio giovanile non è certo posseduto da una spinta disinteressata alla conoscenza di astratte verità giuridiche. Il diritto è un fatto dell'esperienza. Esso ha dovuto esser s p e r i m e n t a t o in tutto il vigore della prassi, che di caso in caso ha spinto a comporre le micidiali contese provocate dall'egoismo e dalle passioni, mediante la sentenza imparziale di un apparato statale dotato di poteri sovrani. Non ancora limitato da alcuna legge, il potere giudiziario dello Stato si esercitava un tempo con la stessa libertà della quale ha poi goduto la legislazione. Per quanto questo potere, anche qui in modo del tutto simile alla legislazione, fosse guidato dal s e n t i m e n t o d e l d i r i t t o pulsante nel popolo (per la verità, spesso ondeggiante tra opposte correnti); per quanto venisse a poco a poco indirizzato su di un percorso stabile dal potere benefico della c o n s u e t u d i n e, che dominava tutta la vita sociale; tuttavia, a quell'ordinamento, di pura origine giudiziale, mancava ogni effettiva limitazione g i u r i d i c a. Ragion per cui non era ben protetto contro il pericolo di una giurisprudenza arbitraria e faziosamente instabile. L'opprimente percezione di questa mancanza, condusse alla fine i popoli alla forte decisione di passare da un ordinamento fondato solo sulle sentenze dei giudici ad uno regolato dalla legge, ma raccogliendovi la maggior parte dell'antica sapienza giurisprudenziale» (211).

¹⁴³ GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019, 134, il quale osserva ancora che «com'è stato rilevato (da BORK R. H., *Il giudice sovrano* (2002), (trad. it.) S. FABI – S. SILONI, Macerata, 2004, 211), «la supremazia della legge viene sempre più spesso confusa con, se non avvertita da, quella dei giudici»».

Ad esempio, a fronte di una legislazione spesso «oscura»¹⁴⁴ e “aperta” (che abbonda in qualsiasi suo ramo o settore – civile, penale, amministrativo, tributario o d’altro genere – di clausole generali, termini ambigui, formule vaghe e indeterminate, vocaboli indefiniti da riempire contenutisticamente, locuzioni valoriali e così via ¹⁴⁵), essendo indispensabile l’apporto integrativo/para-creativo del giudice, la nozione di legalità (legale) è mutata e, tra le molteplici vesti che questo concetto ha assunto, in questo caso indossa l’abito della c.d. “legalità integrata”¹⁴⁶.

Un istituto nuovo, invece, che è emerso – come (r)affinamento dell’obbligo motivazionale – dal magma della prassi giurisprudenziale, è quello che andremo ad analizzare nel *Terzo capitolo* e ad esemplare nel *Quarto capitolo*: la “motivazione rafforzata”.

¹⁴⁴ AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari-Roma, 2010, *passim.*, il quale individua nell’ambiguità, nell’irrazionalità e nell’incoerenza i tre vizi capitali delle leggi oscure. I difetti – o meglio: la fattura attuale e i tratti tipici – del testo legislativo rappresentano una delle molteplici cause della c.d. “crisi della legalità (legale)”. A proposito della «oscurità delle leggi», già in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., 35 – cap. V leggiamo trattarsi di «un male», giacché «strascina seco necessariamente l’interpretazione» (*recte*: «l’errante instabilità delle interpretazioni», che crea disordini [34 – cap. IV]) e fa perdere alla legge la sua autorevolezza. Una crisi, quella della legalità (legale), che si lega soprattutto alla «crisi della fattispecie» a cui – richiamando IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss. – fa riferimento GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 93-95: «Se si parla frequentemente di *crisi*, non è un farfugliare a vuoto; ma si sbaglia – e di grosso, e proprio su un piano epistemologico – se si parla di crisi del diritto, ripetendo oggi la frusta e respingibile rappresentazione del monopolio della produzione giuridica nelle mani del legislatore. La crisi c’è, ed è crisi, appunto, dello statalismo legalista; ed è la riscoperta della complessità giuridica a investire e travolgere il modello legale. E sono proprio i caratteri di questo modello a dimostrarsi inadatti a disciplinare giuridicamente il tempo pos-moderno tuttora contrassegnato dalla instabilità di una transizione. Astrattezza, generalità, rigidità, che fino a oggi hanno identificato il volto virtuoso della legge, appaiono, proprio oggi, quali cagioni prime della sua condanna. Ogni legalismo si concreta sempre in una proposta di modelli, modelli rigidi, che garantiscono i beni della certezza e della prevedibilità, ma che sono intrinsecamente inidonei all’attuale instabile tempo. Tutto ciò è espresso con veridica efficacia dalla ‘crisi della fattispecie’».

¹⁴⁵ GROSSI P., *L’invenzione del diritto*, cit., 122-123 osserva che il legislatore stesso, «a partire dagli anni Novanta, ossia dalla prima legge sul procedimento amministrativo, ha preso coscienza della inattività di una normazione volta a disciplinare dettagliatissimamente una certa materia (come un tempo, presuntuosamente, il legislatore e il codificatore erano soliti fare), inattività provocata dalla estrema mutevolezza socio-economica e tecnica; con la conseguenza di una scelta innovativa, un legiferare per principi, un offrire autorevolmente una cornice di principi, lasciando agli ‘interpreti-applicatori’ ulteriori precisazioni».

¹⁴⁶ Invero, a fenomeni d’integrazione (contenutistica e procedurale) assistiamo già avuto riguardo all’impatto del diritto sovranazionale e internazionale sul diritto nazionale. Se ci riferiamo ad esempio alla CEDU, come scrive IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 820, ci accorgiamo che «la Convenzione non serve solo a interpretare il diritto interno; prima ancora di interpretarlo, serve a integrarlo». Con riferimento alla disciplina nazionale in materia cautelare penale, afferma EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2013, 7-8 e 10 che «è richiesto al giudice l’esercizio di una ragione potenziata e più adeguata all’oggetto che essa è chiamata a conoscere, una ragione cioè che si apra ai dati della realtà e sappia integrarli in forme argomentative che arricchiscono il dato normativo, esplicitando conseguenze nascoste nell’astratta configurazione della fattispecie processuale, di cui il giudice deve tenere conto nell’elaborazione di regole che, attraverso simile integrazione e l’esercizio “giurisprudenziale” (cioè di prudenza nel senso etimologico di previdenza delle conseguenze anche implicite), diventino sempre più adeguate ad affrontare e fornire soluzione alla ricchezza dei casi vitali che si possono presentare. In altre parole è proprio da una fisiologica integrazione di diritto scritto e diritto giurisprudenziale, nella precisa consapevolezza dei limiti e del ruolo del giudice e del legislatore, che l’attività giurisdizionale di scelta delle misure cautelari può diventare più controllabile e meno arbitraria».

Avendo già ripercorso per sommi capi, nella *Premessa-Introduzione*, il dipanarsi del procedimento penale sino al suo comporsi nella giustificazione del provvedimento adottato, nei successivi sotto-paragrafi del *Primo capitolo* e poi nel *Secondo capitolo*, ci concentreremo – come anticipato – su taluni di quei fattori che, al contempo, favoriscono l'avanzare della giuristocrazia e contribuiscono all'arretramento della legalità (legale).

Tra i vari fenomeni che riepilogheremo – in un un *excursus* per cenni, vista l'ampiezza delle tematiche che passeremo in rassegna – ve ne saranno alcuni (cap. I: §§ I.5, II.2, II.3 e II.4; cap. II: §§ I, I.1 e I.2) la cui trattazione sarà 'tagliata' nella prospettiva della motivazione rafforzata. In certe occasioni, cioè, indicheremo nell'onere motivativo rinforzato uno strumento – fra gli altri prospettabili – utile a rimediare o quantomeno a ridimensionare le criticità del fenomeno riepilogato.

In questa prima parte del lavoro, ci soffermiamo sulle cause di natura giuridica ed extra-giuridica che hanno potenziato e continuano a potenziare le capacità operative e la figura stessa del giudice, al punto da indurre gli studiosi a coniare espressioni come “giudiziarizzazione” (Garapon; Kriele) e “giuristocrazia” (Giunta; Hirschl), oppure locuzioni quali “età della giurisdizione” (Fiandaca), “Stato dei giudici” (Forsthoff), “società giudiziaria” (Violante), “democrazia giudiziaria” (Guarnieri, Pederzoli), “oligarchia giudiziaria” (Günther), “tendenza togatografica” (Marafioti), “attivismo giudiziale” (Kirby), “giudizialità del diritto” (Grossi) e simili.

I. CAUSE STORICO-SOCIALI, LATO SENSU EXTRA-GIURIDICHE (ALCUNE DELLE)

Riferendoci alle “cause storico-sociali, lato sensu extra-giuridiche” intendiamo richiamare quantomeno una parte di quei fenomeni di natura per l'appunto storica, sociale e altresì filosofico-culturale accrescenti il ruolo, le funzioni e il ruolo del giudice in seno all'ordinamento e alla società.

Si tratta di cause che possiamo definire esogene al mondo giuridico strettamente inteso, le quali favoriscono il c.d. “governo dei giudici”¹⁴⁷ e alla luce delle quali si torna a riconoscere «che il diritto [in ogni ambito, perciò anche in ambito] penale [è] *un coro a più voci*, solo una delle quali, “e non sempre la più intonata”, è la voce del legislatore»¹⁴⁸.

Ferma restando l'incompiutezza di qualsivoglia tentativo umano di annoverare e riassumere l'intera gamma delle cause che stanno all'origine di un fenomeno, riteniamo che tra i più rilevanti fattori retrostanti l'avanzare della “giudiziarizzazione” possano annoverarsi per lo meno i seguenti:

¹⁴⁷ Rilevano che l'espressione “governo dei giudici” sia stata «coniatà da Boudin (BOUDIN L. B., *Government by judiciary*, in *Political Science Quarterly*, XXVI, 1912, 238-270) [e] introdotta in Francia da Lambert (LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1922)» GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 115, nt. 16.

¹⁴⁸ CASTRONOVO D., *Crisi della fattispecie e “nullum crimen”*, in *Ars interpretandi*, 2019, 93.

a) globalizzazione, pluralismo delle fonti e complessità sociale; b) europeizzazione; c) costituzionalizzazione moderna; d) forme di Stato e forme di governo alla prova dei diritti fondamentali e dei diritti sociali; e) episodi storici singolari e legittimazione democratica; f) rapporto lingua/linguaggio; g) interpretazione – approccio filosofico.

I.1. GLOBALIZZAZIONE, PLURALISMO DELLE FONTI E COMPLESSITÀ SOCIALE

La globalizzazione (o mondializzazione), fatto che oramai può considerarsi notorio, consiste nell'intensificarsi dei rapporti e delle interdipendenze¹⁴⁹ tra persone (fisiche e/o giuridiche), organizzazioni, istituzioni, enti e autorità (compresi gli Stati) a livello planetario. Le interconnessioni fra soggetti si stabiliscono su ogni fronte: economico, *in primis*; politico; socio-culturale; tecnologico; comunicativo-informativo; giuridico; ecc.

Un'immagine metaforica che ben riassume cosa significhi vivere in un mondo globalizzato è quella del c.d. “effetto farfalla”, teoria fisico-matematica – sociologicamente applicabile – secondo la quale una piccola variazione è in grado di ripercuotersi (finanche in modo notevolmente consistente) sull'intero sistema. Con enfasi e con un po' di estro retorico, per esemplificare l'argomento ci si è chiesti se il semplice batter d'ali di una farfalla in Brasile possa provocare un tornado in Texas¹⁵⁰, a voler sottolineare che «il minimo movimento interessa tutta la natura»¹⁵¹.

¹⁴⁹ Parla di «strong bonds of interdependence» ZAKARIA F., *Ten Lessons for a Post-Pandemic World*, New York, 2020, 14, il quale esempla le «action[s] and reaction[s]» del modello di società in cui attualmente viviamo richiamando «the three great crisis of the twenty-first century – 9/11 [2001], the financial crash [2008] and Covid-19 [2020] – one political, one economic and natural».

¹⁵⁰ Tale interrogativo è stato assunto come titolo di una delle conferenze tenute da Edward Norton Lorenz (matematico e meteorologo statunitense, padre del c.d. “effetto farfalla” [v., ad es., LORENZ E. N., *Deterministic Nonperiodic Flow*, in *Journal of the Atmospheric Sciences*, 1963, 130 ss.; LORENZ E. N., *The predictability of hydrodynamic flow*, in *Transactions of the New York Academy of Sciences*, 1963, 409 ss. [in part., 431 (ove si propone la metafora del gabbiano): «When the instability of uniform flow with respect to infinitesimal perturbations was first suggested as an explanation for the presence of cyclones and anticyclones in the atmosphere, the idea was not universally accepted. One meteorologist remarked that if the theory were correct, one flap of a sea gull's wings would be enough to alter the course of the weather forever. The controversy has not yet been settled, but the most recent evidence seems to favor the gulls»]; LORENZ E. N., *The predictability of a flow which posses many scales of motion*, in *Tellus XXI*, 1969, 3, 289 ss. [in part., 306 (ove si affina la succitata metafora del gabbiano)]. Sul mutamento metaforico dal gabbiano alla farfalla, v. HILBORN R. C., *Sea gulls, butterflies and grasshoppers: a brief history of the butterfly effect in nonlinear dynamics*, in *American Association of Physics Teachers*, 2004, 425 ss., il quale invero registra che, in realtà, «the butterfly metaphor was, in fact, predated by nearly 70 years by what we should call the grasshopper effect», riconducibile a uno scritto del 1898 di W. S. Franklin (425 e nt. 12)) negli anni '70 del secolo scorso, precisamente nel dicembre 1972. Negli anni Venti del XXI° secolo, l'esperienza pandemica da Covid-19 induce a parlare – adottando una formula tanto infelice quanto efficace – di “effetto pipistrello” (cfr. ZAKARIA F., *Ten Lessons*, cit., 11: «In the case of this pandemic [*i.e.* Covid-19], we now all recognize how a tiny viral particle, circulating in a bat in China's Hubei Province, has brought the world in the knees – a real-life example of the butterfly effect, whereby the flapping of a butterfly's wing might influence weather patterns on the other side of the world. Small changes can have big consequences. In power grids or computer networks, if one tiny element breaks and then shifts its load to another, which then breaks, it can produce a chain reaction that grows ever larger, like a ripple that becomes a roaring wave. It is termed a “cascading failure”. A single software glitch or broken transformer can shut down an entire system. Something similar happens in biology»).

Quello che intendiamo evidenziare riferendoci alla globalizzazione e al suo impatto sul mondo giuridico è che la sempre più intrecciata concatenazione tra eventi diversi, anche assai distanti e distinti tra loro, crea una complessità variabile, molto spesso ingestibile e non riducibile a livello astratto: una complessità che reclama di essere concretizzata, di volta in volta, sulla scorta delle differenti esigenze emergenti in quel dato e specifico caso¹⁵².

L'uniformità categoriale cede il passo al particolarismo pluralistico.

Al cospetto del mescolarsi di dinamiche e problematiche economiche, socio-culturali, tecnologiche, comunicativo-informative, giuridiche, politiche ecc., la fattispecie legale non riesce più né a compendiarne i risvolti, né a prendere – rispetto ad esse – una posizione univoca e risoluta (per il tramite di una netta delimitazione normativa) che possa scioglierle in un senso o nell'altro¹⁵³.

A tal proposito, limpidamente si è espresso Klaus Günther affermando che «l'estendersi oltre i confini nazionali dei processi di scambio economici, lo sviluppo di tecnologie informatiche e comunicative a livello planetario, la nascita di mercati finanziari transnazionali [es. sviluppo dell'economia tramite rete (“*e-commerce*”)] e movimenti migratori globali: sono queste [alcune fra] le manifestazioni di un processo oggi etichettato come *globalizzazione*. [...] La dinamica di questi processi modifica gli ordinamenti tradizionali, soprattutto il modello del vecchio Stato nazionale, retto da funzioni di dominio centralizzate e integrato – al di là di ogni pluralismo – da una cultura in larga misura omogenea»¹⁵⁴.

¹⁵¹ PASCAL B., *Pensées* (1669), (trad. it.) F. DE POLI, Milano, 2010, 137 (pensiero 295): «Il minimo movimento interessa tutta la natura: il mare intero cambia per una pietra». Dal punto di vista giuridico e giuridico-politico, cfr. KANT I., *Per la pace perpetua* (1795), (a cura di) L. T. FERENTE, Milano, 2010, 69 («E poiché ora, in fatto di associazione di popoli della terra (più o meno stretta), si è progressivamente giunti a un punto tale che la violazione del diritto compiuta in una parte viene risentita in tutte, l'idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione chimerica ed esaltata del diritto, ma il necessario completamento del codice non scritto del diritto statale e internazionale, nel diritto dell'umanità in genere, per l'attuazione della pace perpetua, a cui possiamo sperare di avvicinarci a poco a poco solo a questa condizione»); ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 392 («Per quel che riguarda la scienza costituzionale, la globalizzazione può essere definita la condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causali del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali»)

¹⁵² Per una lettura giuridica del fenomeno globalizzatorio, v. AA. VV., *Ius dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*, (a cura di) C. A. D'ALESSANDRO – C. MARCHESE, Roma, 2018, *passim*. (in part. 431-537).

¹⁵³ Sottolinea «il sussistere di obiettive difficoltà di ordine tecnico in rapporto alla redazione di un testo legislativo univoco e rispettoso della *ratio legis*, capace di rappresentare sufficientemente la realtà empirica» MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1728. In materia, cfr. BARCELLONA P., *Introduzione*, in WIETHÖLTER R., *Rechtswissenschaft* (1968), (trad. it.) L. R. AMIRANTE, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Bari-Roma, 1975, XIV-XXII (in part., XX); FERRARESE M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 66; GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 24 e 93-95; SANTORO E., *Diritto e diritti*, cit., 45-63 e 73-99; SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 58-60.

¹⁵⁴ GÜNTHER K., *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, (trad. it.) L. CEPPA, Torino, 2010, 83. Il richiamo tra parentesi quadre (“[es. sviluppo dell'economia tramite rete (“*e-commerce*”)]”) trova il proprio referente a pag. 95 dello scritto citato. In senso analogo, con riferimento – stavolta esclusivo, ci pare – al giudice civile, v. GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, cit., 101-102.

La discrezionalità dell'organo legislativo si svela inidonea, da sola, ad abbracciare e disciplinare eventi e rapporti così disomogenei, essendo praticamente illusoria una loro *reductio ad unum*. L'incapacità – a dire il vero, l'impossibilità – di incasellare entro la disposizione legislativa il pluralismo fenomenico della globalizzazione, induce il legislatore ad ammettere la propria inadeguatezza nel rincorrere la multiforme realtà¹⁵⁵. Questa presa di coscienza, mai così conclamata prima d'ora, spinge il legislatore a rimettersi o comunque a ricercare la fattiva, integratrice collaborazione di altre istituzioni, corpi o autorità legittimamente riconosciute alle quali delegare o dalle quali essere affiancato nella complicata attività di costruzione della previsione giuridica regolatrice il vivere sociale. E nel suo incessante “circolare”¹⁵⁶, oggi il potere – in questo caso: regolativo – sembra meglio adattarsi a forme di esercizio diffuse e capillari anziché rigorosamente accentrate (le quali ultime, nondimeno, certamente permangono).

Si pensi, ad esempio, alla dinamicità e all'incessante evoluzione della c.d. “*soft law*”. Al fine di perseguire obiettivi ‘strategici’ e funzionali, nei più diversi campi si propaga e dilaga una normativa “debole” o “morbida” (non direttamente coercitiva) che coinvolge, fin dalla fase progettuale, i soggetti che della stessa sono poi, almeno in parte, i destinatari e gli attuatori. Un diritto «che reagisce prontamente a esigenze non di rado contingenti» e che si colloca «all'interno di un sistema di fonti improntato a una logica reticolare: all'interno di un sistema, cioè, caratterizzato dall'accavallamento delle gerarchie o addirittura dal loro venir del tutto meno, ove “la logica gerarchica del comando cede il passo a logiche *orizzontali* [...] o comunque di tipo *comunicativo* e

¹⁵⁵ E anche laddove il legislatore, imperterrito, non ammetta la propria inadeguatezza e pretenda di riuscire a ingabbiare la realtà, di fatto poi quest'ultima “presenta il conto”. Così, ad esempio, mette in luce CASSESE S., *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 46 che «il Parlamento più legifera, più è costretto a rifarlo in un parossismo lefigeratore che finisce con l'affidare alle burocrazie un potere ancora maggiore, perché solo esse conoscono tutti gli anfratti delle norme e sanno come adoperare le interpretazioni rigoristiche del principio di legalità». Un caso eloquente in cui «il legislatore si è rassegnato all'idea di condividere il potere normativo anche con il giudice» (AMARELLI G., *Legge penale e giudice*, cit., 405) lo si rinviene nelle parole della *Relazione al disegno di legge A.S. n. 19 nella seduta del 31.03.2015*, in tema di false comunicazioni sociali, laddove in sede legislativa si afferma quanto segue: «La nostra Corte di cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti. (...) Il relatore a tal proposito non dà alcuna risposta, perché non la deve dare: ci mancherebbe altro che la desse. Noi non siamo la Corte di cassazione che dà risposte giurisprudenziali: questo è un tema che la giurisprudenza affronterà. Ripeto, il relatore ha la sua risposta, ma non avrebbe alcuna efficacia e alcun significato vincolante, pertanto il relatore ritiene di non poterla dare, bensì di non dover dare alcuna risposta su questo aspetto» (sul punto, v. PULITANO D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; in part., 53-56).

¹⁵⁶ Sulla circolarità del potere (per cui può dirsi che *il potere circola e non appartiene*), v. FOUCAULT M., *Microfisica del potere*, (trad. it.) P. PASQUINO – G. PROCACCI, Torino, 1977, *passim.*; in part., 184: «Il potere deve essere analizzato come qualcosa che circola, o piuttosto come qualcosa che non funziona che a catena. Non è mai localizzato qui o lì, non è mai nelle mani di alcuni, non è mai appropriato come una ricchezza o un bene. Il potere funziona, si esercita attraverso un'organizzazione reticolare. E nelle sue maglie gl'individui non solo circolano, ma sono sempre in posizione di subire e di esercitare questo potere, non sono mai il bersaglio inerte o consenziente del potere, ne sono sempre gli elementi di raccordo. In altri termini, il potere transita attraverso, non si applica agl'individui».

dialogico»¹⁵⁷. Un diritto che apporta un “contributo mediato” alla formulazione o alla declinazione pratica della disposizione attraverso una forma di completamento della fonte di *hard law*¹⁵⁸.

Si pensi, ancora in via esemplificativa, alla succitata attività d’integrazione giurisprudenziale di fattispecie normative c.d. “aperte” oppure ai poteri attribuiti o riconosciuti alle autorità indipendenti o, ancora, all’autonormazione (non di rado prevista *ex lege*: es. ‘modelli 231’).

La normativa, non più solo di fonte primaria ma anche secondaria¹⁵⁹ e altresì sovranazionale e internazionale, conosce «istanze legislative ‘*de facto*’ se non addirittura ‘*de jure*’» che sono «(direttamente o indirettamente) produttrici di diritto. Istanze che operano in diversi campi [nazionali e] transnazionali del diritto ai differenti livelli locali, infra-, inter- e sopranazionali» e che contribuiscono a disgregare la presunta monotonia del diritto «in una pluralità di sistemi normativi; [di talché,] il sistema positivistico (logicamente e gerarchicamente ordinato) di norme primarie e secondarie, aventi il loro punto di fuga fondante nella *Grundnorm* o nella *Erkenntnisregel*, si trasforma in una pluralità di regimi giuridici. L’unità fittizia del sistema giuridico sembra sciogliersi di fronte *al fatto del pluralismo normativo*»¹⁶⁰.

Conseguentemente, può condividersi l’affermazione per cui «rather than being ordered by a single legal order, modern societies are ordered by a plurality of legal orders, interrelated and

¹⁵⁷ BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, cit., 546 e 542-543 (il quale cita – nel passo riportato tra virgolette [“...”] – VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 274-275). Sul punto, v. tra gli altri FERRARESE M. R., *Il diritto al presente*, cit., 199 e – soprattutto – TRAPPELLA F., *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4015.

¹⁵⁸ Sul tema, v.: BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, cit., 564-566; SPANGHER G., *Il “Protocollo” tra il CNF e la Cassazione e il vaglio di inammissibilità dei ricorsi*, in *Giur. it.*, 2018, 2765 («Non può non sottolinearsi il progressivo valore che stanno assumendo i protocolli, le intese le convenzioni nella rimodulazione dei percorsi processuali, al fine di assicurare efficienza al sistema»); TRAPPELLA F., *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale*, cit., 4017 («Il *soft law* processuale è capace di incidere sul volgere dell’accertamento penale e, quindi, per conseguenza diretta, sulle posizioni giuridiche di chi vi sia coinvolto»).

¹⁵⁹ Cfr. PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 73: «Il problema del ruolo delle fonti secondarie non solo esiste, ma si è drammatizzato in tempi recenti. Oltre alla legittima richiesta di una maggiore sorveglianza da parte del legislatore nell’aprire a fonti secondarie, non rimane che la “tutela” rappresentata dal cosiddetto sindacato del giudice penale sulla legittimità dell’atto amministrativo. Con conseguente potere di “disapplicare” l’atto illegittimo e conseguente esclusione del reato. Ancora una volta, l’asse della legalità si sposta sul giudice».

¹⁶⁰ GÜNTHER K., *Pluralismo giuridico*, cit., 84-85. Leggiamo in GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 23 che «al pluralismo sociale si accompagna un intenso pluralismo giuridico, pluralismo di fonti, ricomposte in una rete anziché in una strutturazione gerarchica». Così, «il giudice si trova a doversi districare in un reticolo normativo» (GIUNCHEDI F., *Loquacità, moniti, silenzi e ripensamenti nella dialettica tra le Corti*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 19; v. altresì 26-27) e nell’ambito di tale pluralismo si svela il suo «ruolo ‘poliedrico’», declinato in ogni ambito del diritto (compreso il diritto penale): v. MANES V., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale*, cit., 1935-1936 («Un pluralismo ermeneutico accentuato, dunque, dalla confusione di fonti, di carte, di diritti, e in definitiva di “norme”, sempre più direttamente attingibile dal giudice, con conseguente moltiplicazione delle sue opzioni valutative e decisionali e potenzialità dirompenti per il “sistema”: fino all’eccesso, posto che un giudice tra molte leggi può apparire – in definitiva – un giudice senza legge, smarrito nel labirinto del diritto, o seduto a un convito dove si serve – come si è detto [MANACORDA S., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2013] – un diritto penale “à la carte”»).

socially distributed in different ways. [...] We live in a time of porous legality or legal porosity, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by *interlegality*. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism, and a key concept in a post-modern conception of law»¹⁶¹.

Questa insufficienza della legalità (legale) è soltanto uno dei risvolti di un panorama globalizzato, plurale e socialmente complesso. Altri aspetti possono rinvenirsi ancora, esemplando, nella «transnazionalizzazione del diritto contemporaneo»¹⁶², nel «diffondersi di quasi-giurisdizioni»¹⁶³ e nella c.d. “globalizzazione giudiziaria”, fenomeno – quest’ultimo – «per cui, al di là delle tradizionali barriere opposte dalle sovranità statali, giudici di vari Paesi (una sorta di comunità internazionale di giuristi) tendono a elaborare e affermare principi giuridici fondamentalmente comuni)», altresì attraverso la citazione delle rispettive pronunce giurisprudenziali¹⁶⁴ e l’articolato sistema, ove previsto, del c.d. “dialogo fra Corti”¹⁶⁵.

¹⁶¹ DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995, 114 e 473.

¹⁶² GÜNTHER K., *Pluralismo giuridico*, cit., 97.

¹⁶³ ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 44-46: «Nel diritto globale, nel grandioso fenomeno contemporaneo di migrazione di elementi sia a livello orizzontale tra diverse culture giuridiche sia a livello verticale dal piano domestico a quello universale, si riduce il monopolio esclusivo degli Stati nel produrre diritto – giacché le norme generate dal piano globale si impongono direttamente all’interno degli ordinamenti domestici. Cresce il ruolo attivo di soggetti privati: quello che si sta affermando è un gigantesco processo di privatizzazione del diritto. [...] Qui ci interessano in modo particolare quelle discipline globali che dispongono di strumenti di soluzione giudiziale dei conflitti e che, pur caratterizzate da accentuata settorialità e frammentarietà, danno luogo a Corti globali e dunque a procedure quasi-giurisdizionali. La casistica è assai differenziata, e spazia dall’esperienza ormai fortemente strutturata dell’Organizzazione mondiale del commercio (dotata di un suo sistema obbligatorio di accertamento giudiziale, ma non di strumenti sanzionatori in grado di imporsi dall’alto, e perciò costretta a ricorrere compensazioni e ritorsioni effettuate dagli Stati sotto il controllo dei giudici) a quella di soggetti ibridi, in parte privati in parte pubblici, di cui non è sempre facile definire obblighi e responsabilità».

¹⁶⁴ FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, 48. Sulla «tendenza, che si riscontra in numerose giurisdizioni sovranazionali e nazionali, soprattutto a livello delle Corti supreme e costituzionali, a tener conto di decisioni rese da Corti non appartenenti al medesimo ordinamento», v. TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, 34-36, il quale afferma che si tratta di un fenomeno che «si va diffondendo, insieme con la crescente globalizzazione della cultura giuridica, di cui rappresenta un aspetto molto rilevante. Al di fuori di ogni vincolo di qualsivoglia natura, invero, esso rappresenta uno strumento potente di circolazione transnazionale, e di tendenziale omogeneizzazione, di regole di giudizio che si collocano soprattutto a livello dei principi generali e delle garanzie fondamentali. Pur trattandosi soltanto di ‘esempi’ [e non di ‘precedenti’, né di ‘giurisprudenza’: nel senso inteso dall’Autore], occorre tuttavia riconoscere che in molti casi essi sono dotati di notevole forza persuasiva, che dipende sia dall’autorevolezza degli organi che pronunciano le decisioni cui viene fatto riferimento, sia – soprattutto – dalla condivisione di principi che si presentano come universali e quindi si ritengono meritevoli di essere applicati superando i limiti delle rispettive giurisdizioni e guardando a come essi vengono interpretati nelle giurisdizioni che si considerano più avanzate e quindi si assumono come fonte di ispirazione». Analogamente, ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 41 rileva questa «tendenza delle attuali tecniche di decisione giudiziale a considerare gli ordinamenti come spazi aperti e comunicanti [e] a guardare oltre i confini ordinamentali per reperire principi argomentativi o per risolvere *impasse* dell’argomentazione».

Il co-protagonismo – o protagonismo, in certe occasioni – di altre figure affianco a quella del legislatore già nella configurazione in astratto delle previsioni da applicare, poi, in concreto è una tendenza che s’invera in ogni ramo dell’ordinamento¹⁶⁶.

Inoltre, sia a livello nazionale che internazionale¹⁶⁷, da questa «moltiplicazione dei protagonisti della creazione giuridica» discende «l’imperante pluralismo delle fonti», che parte della dottrina

¹⁶⁵ ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 39-40, secondo cui «lo sviluppo di tale “dialogo” tra Corti, a sua volta inquadrabile nella cornice generale di un’intensificazione degli scambi tra giudici a livello mondiale, non va semplicisticamente ricondotto a una generica cessione/perdita/erosione della sovranità statale, ma può risultare più comprensibile se lo si riconnette ad alcune nozioni e principi su cui va incardinandosi l’attuale sistema di protezione dei diritti umani, quali la nozione di *tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri* (per ciò che attiene al diritto comunitario), il principio del *margin of appreciation*, il principio della *miglior tutela* [ecc. ecc.]. Parla di «giudici che agiscono gli uni con gli altri nel sistema allargato europeo/nazionale [in] un processo di integrazione e armonizzazione tra soggetti diversi, che non esclude evidentemente il disaccordo, ma, al contrario, lo presuppone come fonte necessaria per il proprio sviluppo» ESPOSITO A., *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 4. Osserva CANZIO G., *Il dialogo fra le Corti e le prassi applicative*, in *Ars interpretandi*, 2020, 87 che «per assolvere il non facile compito di evitare il corto circuito applicativo e ricondurre a unità la complessità e la pluralità del sistema delle garanzie e dei rimedi giurisdizionali, lo scenario giurisprudenziale europeo degli ultimi decenni è stato caratterizzato dalla rete di relazioni intessuta nelle forme del “dialogo fra le Corti”: in particolare, fra le alte Corti, nazionali e sovranazionali, cui l’ordinamento affida il precipuo compito di coerenza e completezza dell’ordinamento giuridico. Un confronto dialettico, questo, condotto soprattutto attraverso la elaborazione di “precedenti” autorevoli in casi paradigmatici».

¹⁶⁶ A tal riguardo – riferendosi alla «lingua franca dei diritti umani» e al diritto dell’Unione europea, ma l’affermazione è a nostro parere replicabile in termini generali – Giorgio Pino ha scritto che «verosimilmente il diritto penale è più resistente, rispetto alle altre aree del diritto interno, nei confronti di alcune spinte tipiche della globalizzazione, come il diritto di fonte contrattuale e la *lex mercatoria*. Ma a ben vedere anche il diritto penale subisce l’influenza di alcuni epifenomeni tipici della globalizzazione giuridica contemporanea» (PINO G., *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., 171, nt. 12). E sul versante penale è innegabile ciò mette fortemente in crisi l’impostazione costituzionale secondo cui spetta esclusivamente al Parlamento demarcare la sfera del penalmente rilevante (art. 25 Cost.) e definire le procedure per accertare e reprimere i crimini commessi (art. 111 Cost.). Cfr. SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 25: «È ben noto [che] principi quali la riserva (addirittura assoluta, si diceva una volta) di legge in ambito penale e il c.d. “testualismo” (ancorché serpeggi, con apprezzabile ostinazione, il richiamo a tali principi in ambito giurisprudenziale (es. Cass., Sez. un., 40076/2017; Corte cost. 25/2019 [dove si ribadisce la natura dichiarativa della giurisprudenza e la necessità per il giudice di conformarsi al principio costituzionale di legalità]) e dottrinale), come primato del testo legislativo quale unica e vincolante definizione del fatto punito, sono ormai obsoleti. L’identificazione fra diritto penale e legge è tramontata: si pensi al prepotente affermarsi della visione sostanzialistica del diritto punitivo attraverso lo schema della *matière pénale* quale elaborata dalla CEDU ed entrata anche nell’esperienza giurisprudenziale italiana». Più in generale, l’Autore osserva che, «nella realtà odierna, la giustizia ha assunto un ruolo sempre crescente e, oggi, centrale. “Giudice globale”, “giudici legislatori”, “democrazia giurisdizionale”, “giurisdizionalizzazione della vita collettiva”: la pluralità di locuzioni evidenzia la vastità del fenomeno, ampiamente analizzato in tutti i Paesi occidentali e considerato la tendenza istituzionale più significativa della fine del XX° secolo e dell’inizio del XXI°» (68). In questo contesto, «le norme penali vengono costruite (o sono ‘piegate’) per conferire un potere decisionale e una legittimazione che la politica non ha più. La tutela penale dei beni giuridici (in specie: dei beni giuridici vaghi, quali la legalità, l’ambiente [ecc.]) costituisce il grimaldello per governare l’economia e la pubblica amministrazione con provvedimenti giudiziari. La fattispecie penale astratta non è più il parametro normativo che sta alla base del processo di accertamento giudiziale, imperniato sul confronto sillogistico fatto/norma: costituisce invece il fondamento per un processo decisionale di amministrazione e di governo» (62).

¹⁶⁷ Sulla rilevanza del diritto internazionale in materia penale (sostanziale e processuale), v. – tra gli altri – BURCHARD C., *From Open Normativity to Normative Openness: Addressing the Elephant in the Room, That Is, the Fact of Justificatory Pluralism in International Criminal Justice*, in AA.VV., *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*, (a cura di) M. BERGSMO – E. J. BUIS, Brussels, 2019, 1 ss. (il quale – in una

invita a considerare «non come un pericolo dal quale salvaguardarsi attraverso l'esaltazione dei dati formali evocati finora a sorreggere l'idea stessa del diritto ma come il normale modo di produzione del diritto nel tempo attuale»¹⁶⁸.

All'interno di questo «canale globalizzatorio»¹⁶⁹, *cui meglio si adeguano poteri di tipo diffuso rispetto a quelli di tipo centralizzato (o accentrato)*, i soggetti istituzionali di riferimento diventano – su tutti – i giudici piuttosto che i legislatori, sicché si è giustamente osservato che – nella scena giuridica attuale – «assistiamo a un protagonismo sempre più accentuato delle Corti e all'affermazione di un diritto pretorio»¹⁷⁰.

Peraltro, «in un contesto di Paesi variamente integrati fra di loro [e] per di più caratterizzato da un difetto di regolamentazione dei rapporti tra diversi ordinamenti, “i giudici [divengono] non più destinatari di norme ma regolatori essi stessi di tali rapporti ed assumono il compito di smistare un traffico giuridico che si fa ogni giorno più fitto, inestricabile e complesso”»¹⁷¹.

Se a ciò si somma il crescente «grado di giuridificazione della società»¹⁷², risulta «evidente» – come annota Giorgio Pino – «che in un quadro talmente complicato, il ruolo del giudice diventa

prospettiva [prevalentemente fondativo-]filosofica – ne rileva il “pluralismo (giustificatorio)” [es. 21-22] e l’“apertura” [es.: «The open normativity of international criminal justice is the proverbial elephant in the room, a phenomenon that is so obvious and conspicuous that it is rarely addressed as such» (2; v. anche 14/15-20)], nonché la fluidità, l'ambivalenza e la malleabilità [es. 5, 7]: caratteri a partire dai quali è possibile arguirne le ricadute pratico-applicative, ad esempio in punto di ‘influenza interpretativa’ [es. 11-12: «So, for whom do we administer international criminal justice? [...] To which extent do we seek to administer international criminal justice?»] o di “attivismo politico-giudiziale” [es. 13-14]) e TONINI P., *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 417 ss.

¹⁶⁸ FURFARO S., *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 92. Similmente, conclude per l'espandersi della funzione giudiziaria in un contesto globale RONCO M., *La legalità stratificata*, cit., 1391-1392.

¹⁶⁹ GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, cit., 102.

¹⁷⁰ FERRARESE M. R., *Il diritto al presente*, cit., 69 (ma v. *passim.*), secondo la quale «il protagonismo del diritto giudiziario va inteso, oltre che come produzione di diritto pretorio, anche come capacità paradigmatica assunta dalla giurisdizione: il diritto e le istituzioni giuridiche tendono ad assumere sempre più sembianze giurisdizionali» (70). L'Autrice osserva ancora che «il diritto giudiziario è un diritto più leggero di quello legislativo, capace di automodificarsi, di assumere forme diverse, di seguire la traiettoria dei bisogni cangianti che si sviluppano in società largamente guidate dai meccanismi di mercato; proprio come il mercato procede in maniera incrementale, affidandosi a molti soggetti e a situazioni in perenne evoluzione. Il diritto giudiziario è diritto ‘al presente’ per eccellenza, perché – oltre a proporre adeguamenti delle norme fatte del passato – è luogo di ‘invenzioni’, soprattutto ma non solo in materia di diritti» (201-202). Sull'incidenza del ‘momento giurisprudenziale’ nel diritto internazionale, v. PASTORE B., *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in *Ars interpretandi*, 2001, 157 ss., (il quale, in un'ottica positiva, ritiene che «il momento giurisprudenziale, espressione sintomatica dell'attitudine interpretativa e ordinante propria del diritto, [possa] rappresentare un decisivo canale di garanzia della giustizia nella disciplina delle relazioni internazionali, continuando a realizzare, con riguardo alla concretezza e alla particolarità delle situazioni, la finalità – tipica della ragione giuridica – di sottrarre le vicende umane all'incertezza, all'insicurezza, all'instabilità» [193])

¹⁷¹ DI BITONTO M. L., *Giudici e bugie*, in *Cass. pen.*, 2018, 4064 (ove si richiama – nella parte riportata tra virgolette [“...”] – PICARDI N., *Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1156).

¹⁷² Già oltre trent'anni fa IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, 59 registrava il crescente «grado di giuridificazione della società». Sul versante penalistico, v. PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Iperrofia del*

necessariamente anche quello di un “ordinatore”, anziché solo di un applicatore (ammesso che il ruolo del giudice sia mai stato quello di un meccanico applicatore di un diritto già ben confezionato *aliunde*): è sul giudice che si ripongono le residue speranze di mettere ordine nel panorama delle fonti, anche se spesso si tratterà di un ordine precario, valido solo caso per caso. Con ulteriore incrinatura del paradigma della legalità»¹⁷³.

A questo stato di cose – lo ripetiamo – «non si sottrae nemmeno il diritto penale», giacché persino in tale ambito avvengono «la creazione di regole alternative alla legge [e] l’intrecciarsi di fonti-diritto, fonti-fatto e fonti-istituzioni nella *law in action* fanno sì che diritto non sia più solo norma, ma anche decisione e istituzione», con il risultato che – in questa nostra era globalizzata – il sistema giuridico tende ad assumere «una *postura di tipo giudiziario*»¹⁷⁴.

Sotto l’ombrello della globalizzazione, ma non solo, trova dunque una delle sue molteplici ‘giustificazioni’ l’espandersi dell’interventismo giudiziale, il cui avanzare si fa tanto più risoluto quanto più, davanti alla complessità, si fa esteso il graduale cedimento della politica (legislativa, in particolare)¹⁷⁵.

I.2. EUROPEIZZAZIONE

diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985, 83-123 e cfr. SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 23 (il quale – richiamandosi alla “giustizia totale” di FRIEDMAN L. M., *Total Justice*, New York, 1985 – parla di “diritto penale totale”: «Totale perché ogni *spazio* della vita individuale e sociale è penetrato dall’intervento punitivo che vi si insinua. Totale perché anche il *tempo* della vita individuale e sociale è occupato dall’intervento punitivo che, quando colpisce una persona fisica o giuridica, genera una durata della contaminazione estremamente lunga, o addirittura indefinita, prima della sua risoluzione finale. Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell’ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale»).

¹⁷³ PINO G., *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., 171. Cfr. PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in AA. VV., *Rule of law. L’ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 160-161.

¹⁷⁴ GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 109 (corsivo nostro). Sulla ridefinizione dei contorni e perfino dei connotati della previsione normativa nonché sul contributo attivo alla costruzione dell’ordine giuridico nell’intreccio fra ordinamento nazionale e sovranazionale, v. altresì: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Napoli, 2008, 126; DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim*.; PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2016, 70 («L’interprete, anche nel diritto penale, vive in un universo normativo eterogeneo e policentrico (in un pluriverso) ed è chiamato a partecipare alla individuazione della regola che, al contempo, lo limita e che egli deve applicare. Ciò implica l’esclusione di ogni connotazione arbitrariamente soggettivistica nell’opera di individuazione della regola e, insieme, il suo impegno ad essere co-produttore dell’ordine giuridico, in conformità ad una linea di congruenza con i materiali normativi desumibili dalle varie fonti, viepiù articolate in un regime di frastagliato pluralismo, nel rispetto dei canoni metodologici accreditati nella cultura giuridica»); PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative “in malam partem” e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 33 ss. (in part., 57-64).

¹⁷⁵ Oltre ai riflessi giuristocratici, occorre tenere a mente – fra gli altri riverberi – anche i riflessi che la globalizzazione e la crescente complessità sociale, con i loro «bruschi sussulti», hanno sulla legalità e sulla motivazione giudiziale (cfr. CALAMANDREI P., *Processo e democrazia* (1954), in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 673-674).

Tra i plurimi fattori convergenti verso l'accentuazione del formante giurisprudenziale si può rammentare anche «il processo di “europeizzazione del diritto”»¹⁷⁶, fattore che esalta il ruolo *compartecipativo* del potere giudiziario nella costruzione dell'ordine giuridico (europeo).

Il coordinamento fra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, infatti, si attua non soltanto per il tramite dell'attività legislativa, ma anche e largamente attraverso gli arresti giurisprudenziali. La «*strutturale interdipendenza* che si è venuta a creare tra ordinamenti nazionali, ordinamento comunitario e ordinamento internazionale nella ricerca di un nuovo ordine pubblico, di volta in volta europeo o internazionale, fondato sulla tutela dei diritti umani» e sintetizzabile con la «fortunata espressione di I[n]golf] Pernice “*Multilevel Constitutionalism*”»¹⁷⁷, ha uno dei suoi principali centri-motore nell'autorità giurisdizionale.

¹⁷⁶ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior.*, 2015, 161, il quale richiama BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004. Sul tema, *ex plurimis*, si rinvia ai seguenti lavori: AMODIO E., *Le fonti della procedura penale europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, II, (a cura di) P. M. CORSO – E. ZANETTI, Piacenza, 2010, 3 ss.; BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in AA. VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, (a cura di) P. BILANCIA – E. DE MARCO, Milano, 2004, 89 ss.; CARDONE A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, 335 ss.; BERNASCONI C., *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, in www.discrimen.it, 26 marzo 2020; CHIAVARIO M., *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi: cenni introduttivi*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Milano, 2010, 229 ss.; DE MARCO E., *La tutela «multilivello» dei diritti, tra enunciazioni normative e garanzie costituzionali*, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 127 ss.; DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit.; GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., 167-174; GIUNTA F., *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in www.discrimen.it, 26 marzo 2020; IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione*, cit., 794 ss.; KOSTORIS R. E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019; LUPO E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2247 ss.; MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; PALAZZO F., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.; ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3 ss.; PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., 41-45; RUGGIERI F., *Di un «processo penale europeo» ovvero di una “civitas magna” in costruzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., 529 ss.; SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3 ss.; UBERTIS G., *I diritti dell'uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1507 ss.; UBERTIS G., *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione della equità processuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., 597 ss.; UBERTIS G., *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 371 ss.; VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., 617 ss.; ZAGREBELSKY V., *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 99 ss. Per una posizione aspramente critica circa l'influenza “deflagrante” delle direttrici interpretative e dei vincoli europei sulla tradizionale concezione del principio di legalità, v. (sul fronte processuale): FERRUA P., *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, 185 ss.; FERRUA P., *L'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 4, 116 ss.; FERRUA P., *Le sentenze ‘Taricco’: brevi riflessioni sui giudici-legislatori*, in *Cass. pen.*, 2018, 1844 ss.; FERRUA P., *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 5 ss.

¹⁷⁷ ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 38 (corsivo nostro), ov'è citato PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law*

Con una serie di pronunce storiche, a partire dagli anni Sessanta del Novecento, la giurisprudenza – sia italiana che europea – ha ridefinito lo statuto dell’attività giudiziale medesima¹⁷⁸. Ed è praticamente avvenuta una rivoluzione scientifica *à la* Kuhn, poiché tanto a livello teorico quanto a livello pratico è mutata quella «serie di illustrazioni ricorrenti e quasi convenzionali di [...] applicazioni concettuali, osservazionali e strumentali [che] costituiscono i paradigmi della comunità [in questo caso: della comunità giuridica]»¹⁷⁹.

La profonda trasformazione intercorsa ha riconfigurato la tipologia di problemi che il giurista (in specie, il giudice) è chiamato a porsi e le risposte che è tenuto a fornire e che la società, da questi, si attende. In particolare, poi, il primato riconosciuto al diritto dell’Unione e della Convenzione, con l’eccezione dei ‘contro-limiti’ costituzionali¹⁸⁰, ha fatto e quotidianamente «fa

Review, 1999, 36, 703 ss.; PERNICE I. *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 27, 5, 511 ss.

¹⁷⁸ Per meglio dire, la giurisprudenza ha auto-ridefinito la propria attività, ridisegnandone (rispetto alle previsioni legislative esistenti) oppure disegnandone direttamente *ex novo* i confini. In materia, cfr. *ex multis*: BELFIORE E., *Scenari “vecchi” e “nuovi” nei rapporti tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETI, Pisa, 2016, 145 ss.; CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 164-165, (il quale cita – nei passi riportati tra virgolette [...] – LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. it.*, 2006, 1660 e 1661: «Ciò che si appalesa all’orizzonte è dunque il riconoscimento della giurisprudenza, sia essa interna ovvero sovranazionale, quale fonte del diritto, anche penale [riconoscimento corroborato, a livello sovranazionale, dall’impossibilità di poter enuclear dal tenore dell’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo una riserva di legge parlamentare, così da poter ricondurre – assieme alla legge formale – anche la giurisprudenza nell’onnicomprendente concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento, venendosi ad assecondare, in sostanza, quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto (nt. 45)], con l’attribuzione al giudice di compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo e alla sua funzione, la trasfigurazione della riserva di legge in *riserva di diritto* e la moltiplicazione di forme e sedi di tutela, salutata con favore sull’assunto che la disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti consenta l’assestamento della loro tutela al livello più alto. Tutto questo reca con sé, inevitabilmente, svariate e poco rassicuranti conseguenze: anzitutto, la confusione tra “la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona, offrendo una visione molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità di tutela”. Ancora, un’esaltazione enfatica ed acritica dell’opera delle Corti rappresenta il viatico per il *definitivo superamento del peso dei testi normativi*: “svalutare la significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una Costituzione (e anche, nei limiti della Costituzione, nell’adozione di una legge) e ridurre i diritti all’oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche”»); FLORA G., *Poteri del giudice europeo e disarticolazione degli assetti istituzionali degli Stati membri*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 167 ss.; TARLI BARBIERI G., *La “scommessa” dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 171 ss. Tra i primi scritti processualpenalistici sulla tematica, v. CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969 e CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984. Tra le “pronunce storiche”, che hanno ‘dato il la’ al fenomeno, rammentiamo le sentenze van Gend en Loos (1963), Costa (1964), Frontini (1973), Simmenthal (1978), Granital (1984), Pahl (1988), Fragd (1989).

¹⁷⁹ KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009, 65.

¹⁸⁰ La Corte costituzionale elabora la nozione dei c.d. «principi supremi» con la sentenza 24 febbraio 1971, n. 30 e, con la sentenza 27 settembre 1973, n. 183, introduce il concetto dei c.d. “controlimiti”, che sarai poi successivamente

del giudice ordinario il protagonista del dialogo con le due Corti europee e un attore fondamentale dell'opera di attuazione del diritto europeo, il cui rispetto è assicurato dall'interpretazione adeguatrice e, per quanto riguarda il diritto dell'Unione, anche tramite la disapplicazione di norme interne ad esso non conformi»¹⁸¹.

Il giudice comune interno¹⁸² è oggi «il primo giudice del diritto UE» e «interlocutore privilegiato» della CGUE (v. art. 267 Tfu), nonché primo garante e «costruttore» – d'intesa con la Corte costituzionale (v. sentt. 348 e 349 del 2007) – del diritto CEDU¹⁸³ (cfr., in quanto in attesa di ratifica da parte dell'Italia: Protocollo n. 16 alla Convenzione).

arricchito e specificato dalle pronunce avvenire, fra le quali – su tutte – occorre rammentare la sentenza n. 1146 del 1988, per la quale «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

¹⁸¹ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 161. In materia, v. altresì: DI BITONTO M. L., *Giudici e bugie*, cit., 4064-4065; SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 177; RANALDI N., *L'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 73-74.

¹⁸² Al § 90 dell'opinione, in parte concordante e in parte dissenziente, del giudice Paulo Pinto de Albuquerque a margine della pronuncia Corte EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia può leggersi che « les juges ordinaires sont des “juges ordinaires de la Convention” [giudici comuni della Convenzione] habilités à écarter l'application du droit interne lorsque celui-ci est contraire au droit de la Convention tel qu'interprété par la Cour. Un tel “contrôle diffus de la conventionalité” [sindacato diffuso di convenzionalità] favorise non seulement la courtoisie internationale, mais aussi la transparence judiciaire interne, évitant la tentation d'une interprétation “forcée” du droit interne conforme à la Convention qui reviendrait à écarter celui-ci de manière “masquée” [disapplicazione mascherata]. La convergence des jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg et l'influence mutuelle de leurs normes juridiques contribuent à la constitutionnalisation de l'ordre juridique européen. S'il faut absolument déterminer une prépondérance, les articles 52 § 3 et 53 de la Charte sont très clairs ils établissent la subordination axiologique de la Charte et, par conséquent, de toute la législation européenne aux normes des droits de l'homme définies par la Convention telle qu'interprétée par la Cour ».

¹⁸³ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 109 e 116. V. ancora, *ex plurimis*: BERNARDI A., *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015, XXXI; CANZIO G., *Il dialogo fra le Corti*, cit., 87-90 (il quale parla di «un più generale *principium cooperationis* mirato all'armonica formazione di un comune formante giurisprudenziale di matrice europea» [89]); CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; COLACINO N., *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 56; GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero la ricombinazione genica del processo penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 luglio 2012; GIARDA A., *Norme derivanti da fonte 'europea': applicabilità diretta o semplici referenti di rilevanza costituzionale?*, in *Corr. mer.*, 2011, 777 ss.; IADICICCO M. P., *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, 393 ss.; MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 101 ss.; PALAZZO F., *Europa e diritto penale*, cit., 657 ss.; PIATTOLI B., *Diritto giurisprudenziale CEDU, garanzie europee e prospettive nazionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 262 ss.; RONCO M., *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, 457-458; ; SILVESTRI G., *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018, 6-7; TONINI P., *Processo*

Sul versante europeo ‘comunitario’, emerge il «potere-dovere del giudice comune di disapplicare la legge in contrasto con fonti europee, secondo un modello di controllo diffuso»¹⁸⁴ che rende ciascun giudice in qualche modo un po’ meno soggetto soltanto alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), sicuramente meno soggetto alla legge nazionale, essendo di fatto rimessa alla sua valutazione – pur sempre discrezionale – la disapplicazione della normativa interna, ritenuta effettivamente “in contrasto” con quella sovranazionale.

Sul versante europeo ‘convenzionale’, ove emergono istanze di protezione dei diritti umani anche non espressamente o direttamente contemplate a livello nostrano, «si rendono possibili forme di tutela multilivello e reticolare dall’indubbia portata normativa»¹⁸⁵, nell’ottica della “massima espansione delle garanzie”¹⁸⁶.

Così, «nell’insieme, l’impatto del diritto UE (anche quale ‘tramite’ normativo della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU) sulla discrezionalità ermeneutica del giudice nazionale è tale da allargarne decisamente i margini di manovra. Attraverso interpretazione conforme e disapplicazione si allenta progressivamente il vincolo di soggezione alla legge interna e si conferiscono al giudice interno poteri ben più ampi di quelli ricavabili dalla Carta fondamentale, che esorbitano dalla tradizione giuridica dei sistemi di *civil law*»¹⁸⁷.

penale e norme internazionali, cit., 420; VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc. – speciale “Europa e giustizia penale”*, 2011, 4 ss.; VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016, 11 («Le norme della CEDU penetrano nell’ordinamento interno attraverso molte vie, che la dottrina e la nostra giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) stanno esplorando a ritmo incessante negli ultimi anni: (i) come norme incorporate nell’ordinamento giuridico italiano, in forza della legge n. 848/1955 di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dell’ordinamento interno, con conseguente loro diretta applicabilità da parte dei giudici comuni; (ii) come canoni ermeneutici, orientando l’interpretazione delle norme di legge (comprese quelle in materia penale!) da parte, ancora, dei giudici comuni; (iii) come criteri ermeneutici delle stesse norme costituzionali ad opera della Corte costituzionale, che spesso guarda alla CEDU così come alle altre fonti internazionali per precisare o arricchire di contenuto le stesse garanzie riconosciute dalla nostra Costituzione; nonché – dopo le sentenze gemelle del 2007 – (iv) come parametri interposti di legittimità costituzionale nei giudizi incidentali e principali avanti la Corte costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost.»).

¹⁸⁴ GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 116.

¹⁸⁵ GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 116. Parla di «legalità rafforzata» AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1426, intendendo «la legalità ‘sostanziale’ ed ‘effettuale’ europea come elemento integrativo *in melius* della legalità ‘formale’ nazionale».

¹⁸⁶ V., ad es., Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317: «Il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti».

¹⁸⁷ GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 114, il quale scrive ancora che la soggezione soltanto alla legge di cui all’art. 101, co. 2 Cost., «nei fatti, [...] significa oggi soggezione al diritto» (117) e TONIATTI R., *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in AA.VV., *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, (a cura di) L. ASCHETTINO – D. BIFULCO – H. ÉPINEUSE – R. SABATO, Napoli, 2006, 82 afferma che «l’art. 101, co. 2 Cost. va letto come se dicesse “i giudici sono soggetti soltanto alla legge a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto comunitario e che sia conforme alla Cedu”; ovvero come se dicesse che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge a condizione che la legge possa venire interpretata in modo da renderla costituzionalmente legittima, ovvero da renderla conforme al diritto comunitario e alla Cedu». Al riguardo, è particolarmente critico FERRUA P., *Le sentenze ‘Taricco’*,

In quest'esercizio di ragion pratica, diretto all'adeguamento del sistema statale alle direttive legali e alle direttrici giurisprudenziali del sistema sovrastatale, il giudice si trova a dover costruire una disciplina di sintesi. Il contenuto della normativa nazionale lo si orienta contenutivamente sulla scorta della normativa europea, la quale ultima introduce una «concezione ibrida o allargata della legalità»¹⁸⁸ che induce l'apprezzamento della fattispecie ad avvicinarsi sempre più ai valori e agli interessi concretamente emergenti dalla realtà giuridico-sociale, odiernamente – come si è detto *supra* – dal carattere *flou* e non monocorde¹⁸⁹.

In questa prospettiva, altresì sul fronte penalistico avanza a grandi falcate «l'idea del superamento delle fonti tradizionali del diritto verso un nuovo assetto dominato dai principi di effettività e praticità, avvalorata dalla considerazione dei significativi effetti diretti ed indiretti indotti negli ultimi anni dal diritto europeo e convenzionale sul diritto penale, sostanziale e processuale. In particolare, l'esistenza di una tutela multilivello dei diritti fondamentali, sul piano processual-penalistico, è misurabile attraverso le ripercussioni di numerose pronunce della Corte EDU sulla nostra sfera ordinamentale»¹⁹⁰: si pensi, ad esempio, alle vicende di cui ai casi Drassich, Pupino, Dorigo, Somogyi, Poltronieri, Scoppola, Ercolano, Gatto, Cafagna, Contrada, Taricco ecc. ecc.

cit., 1847, secondo cui «affermare il carattere vincolante delle interpretazioni espresse da un organo giurisdizionale – sia pure un'Alta Corte – equivale, da un lato, ad assoggettare i giudici, nella specie quelli nazionali, a un'autorità diversa dalla legge, dall'altro a costituire quell'organo in legislatore. Infatti, qualunque significato il giudice, titolare dell'interpretazione vincolante, voglia trarre dal testo interpretato – forsanche ciò che più vistosamente lo contraddice – diventa inconfutabile e vale come legge. Il giudice viene di fatto investito di un insindacabile potere di riforma della legge, della quale dovrebbe invece essere il custode; con un sorprendente capovolgimento di rapporti il diritto vivente eclissa quello vigente, rendendolo sostanzialmente irrilevante. Nessun diritto vigente, contenuto nella Convenzione europea, potrebbe essere opposto al diritto vivente espresso dalla Corte di Strasburgo. Gli inglesi, che seguono la logica dello *stare decisis*, hanno saggiamente scritto nello *Human Rights Act* 1998 che delle interpretazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo si deve semplicemente 'tenere conto'. Noi, che abbiamo costituzionalizzato il principio della soggezione del giudice alla sola legge, diciamo invece che tali interpretazioni sono vincolanti; il che, sia detto per inciso, è ben peggio dello *stare decisis* perché, mentre quest'ultimo riguarda la soluzione del caso e può sempre essere disatteso, invocando la diversità del caso, l'interpretazione vincolante riguarda direttamente il significato da attribuire alla legge».

¹⁸⁸ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 165.

¹⁸⁹ DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), (trad. it.) A. BERNARDI, Milano, 1992, *passim*. Sulla "logica *flou*", *ex multis*: AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1446; GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 268-269; MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 2-3; PALIERO C. E., *Il diritto liquido: pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 ss.; VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 165.

¹⁹⁰ OCCHIPINTI A., *Interpreti e fonti del diritto nella globalizzazione giuridica*, in *Giur. pen.*, 2019, 1, 8. Cfr. SPANGHER G., *Introduzione allo studio del processo penale*, Pisa, 2020, 76-77: «Corre l'obbligo di sottolineare che una funzione di riequilibrio a favore del sacrificio dei diritti fondamentali per effetto di eccesso di tutela delle esigenze generali è svolta dalle Corti sovranazionali e da quelle domestiche (Corte di Giustizia, Corte EDU, Corte costituzionale). Sotto questa prospettiva va anche segnalato il sempre più accentuato dialogo tra le Corti. Superando le logiche e le impostazioni autoritarie, si assiste a una circolarità, non solo di informazioni, ma di decisioni, che nella reciproca dialettica cerca i punti di un nuovo bilanciamento attraverso una più ampia condivisione delle soluzioni dei temi in discussione».

Le nuove ‘regole d’ingaggio’ dell’operare giudiziale, oltre a influire sul principio di legalità (legale), postulano – come affermato dalle Sezioni unite Beschi nel 2010 – «una relazione di tipo concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complessivo *unicum*, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, che – nella sua dinamica operativa – vive attraverso l’interpretazione che ne viene data»¹⁹¹. Nel suo complesso, è la giurisprudenza a divenire «decisiv[a] nella precisazione del contenuto e dell’ambito applicativo del precetto [normativo; in qualunque branca ordinamentale: anche in quella] penale»¹⁹²; decisiva come mai prima d’ora era stata in epoca post-illuminista.

I.3. COSTITUZIONALIZZAZIONE MODERNA

Un altro punto che “muove a favore” della giuristocrazia è il processo di moderna «costituzionalizzazione»¹⁹³ che, lo abbiamo anticipato poco sopra con Ran Hirschl, specialmente a partire dalla metà del secolo scorso ha coinvolto le democrazie occidentali.

In seno a «un ordinamento costituzionalizzato, il diritto costituzionale tende a occupare l’intero spazio della vita sociale e politica, condizionando la legislazione, la giurisprudenza, lo stile dottrinale, l’azione degli attori politici, le relazioni private»¹⁹⁴.

In quest’ottica, la storica sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale italiana, stabilendo la portata delle norme della Carta fondamentale¹⁹⁵, ha dato vita a un processo di «*permanente*

¹⁹¹ Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi. Cfr., a livello europeo, quanto icasticamente affermato dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella propria opinione (§ 40), in parte concordante e in parte dissenziente, a margine della pronuncia Corte EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia: «La Convention veut dire ce que la Cour considère que la Convention veut dire, ni plus ni moins».

¹⁹² Cass., Sez. un., 12 settembre 2012, n. 34952. Parla di «funzione costruttivo-costitutiva della regola penale, della norma ad opera dell’interpretazione giudiziale» e di «giurisprudenza iper-attiva» BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., 483 (v. anche nt. 1). Sull’iperattività della magistratura, v. anche DONINI M., *Europeismo giudiziario*, cit., XII.

¹⁹³ Sul tema, su tutti: GUASTINI R., *La «costituzionalizzazione» dell’ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 1998, 11, 185 ss. In ambito penalistico, propone per primo di rileggere in chiave costituzionale la teoria generale del reato BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1973, 7 ss. e intende la «Costituzione come fonte normativa del processo penale» NOBILI M., *La disciplina costituzionale del processo. Appunti di Procedura penale dal Corso del prof. Massimo Nobile*, Bologna-Perugia, 1976, 61. Osserva HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPEA, Bari-Roma, 2013, 276 che «un’applicazione della norma che si orienti al contesto e a una interpretazione globale della Costituzione può anche rafforzare, in certe sfere d’azione non formalizzate, la libertà e la responsabilità dei soggetti comunicativi. Tuttavia, all’interno del diritto, essa significa un incremento del potere della magistratura e un allargamento dei suoi margini decisionali che rischiano di squilibrare – a spese dell’autonomia dei cittadini – il castello di norme dello Stato di diritto classico». Le osservazioni di Habermas, spese con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, sono estendibili anche alla nostra giurisprudenza ordinaria in virtù del noto ‘vincolo’ di interpretazione costituzionalmente conforme.

¹⁹⁴ GUASTINI R., *Legalità*, in AA. VV., *Rule of law. L’ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 144.

costituzionalizzazione»¹⁹⁶. Ed è ancora in questa prospettiva che, agli esordi del 2020, la Consulta ha deciso di «assumere un ruolo di responsabilità nel processo di maturazione di una democrazia allargata e partecipata»¹⁹⁷, aprendosi «all’ascolto della società civile»¹⁹⁸ e «ammette[ndo] le

¹⁹⁵ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1 («La nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull’intera legislazione»).

¹⁹⁶ HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 431 («Ogni Costituzione storicamente esistente ha un duplice riferimento temporale. Come documento storico, essa ricorda – interpretandolo – l’atto della fondazione e indica così un punto di inizio. Nello stesso tempo, il suo carattere normativo ci ricorda che il compito d’interpretare e sviluppare il sistema dei diritti si pone *daccapo* per ogni nuova generazione. Come progetto di società giusta, una Costituzione articola l’orizzonte d’attesa di un futuro che è ogni volta presente. Sotto questo aspetto – di una *permanente* costituzionalizzazione – la procedura democratica su cui poggia la legittimità legislativa acquista un ruolo privilegiato»). Parla di «processo di progressiva penetrazione della Costituzione all’interno di tutti i livelli normativi inferiori» ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 30, secondo cui tale processo dà luogo a «un’azione pervasiva capace di condizionare la legislazione, la giurisprudenza e la dottrina».

¹⁹⁷ COTTURI G., *Quando la Costituzione è in movimento*, in *Quest. giust.*, 28 gennaio 2020. Sull’odierno “atteggiamento” della Consulta, fermo restando che «il mezzo fondamentale per l’affermazione del ruolo della Corte è stata [ed è] la sua stessa giurisprudenza» (SIMONCINI A., *L’avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, 3086), si vedano le considerazioni svolte da PALAZZO F., *Un “nuovo corso” della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, 2398- 2399 («La Corte ha assunto saldamente il timone di una rotta costituzionale più marcata e coraggiosa nei confronti di entrambi i suoi interlocutori naturali: giudici e, soprattutto, legislatore. [...] Si va infatti consolidando un orientamento meno preclusivo nel dichiarare l’inammissibilità della questione incidentale per mancato esperimento di ogni possibile sforzo, da parte del giudice *a quo*, di interpretazione conforme a Costituzione: giurisprudenza, questa, che verosimilmente ha contribuito a una riduzione del numero degli atti di promovimento dei giudizi incidentali. E nella stessa direzione di fondo va anche quella giurisprudenza secondo la quale il primato del diritto europeo, con il conseguente potere del giudice di disapplicare la norma interna incompatibile, deve conciliarsi con “l’attitudine del sindacato accentrato di legittimità costituzionale a garantire la più efficace delle tutele, con pronunce vavevoli *erga omnes*”. E così sono pure espressione di una sempre più viva esigenza di prevenire rischi di insopportabili incertezze giudiziarie sia la rinuncia, specie in materia penale, delle cosiddette sentenze “additive di principio”, sia la richiesta che la giurisprudenza della Cedu raggiunga un grado di sufficiente “consolidazione” prima di poter “fare testo” (come parametro interposto) nel diritto interno. [...] I “moniti” della Corte, che pur si accompagnano a decisioni non dichiarative di illegittimità, si fanno più pregnanti e più persuasivi. Più pregnanti quando si spingono a segnalare pericoli di future derive legislative in senso anticostituzionale qualora certe tendenze legislative dovessero svilupparsi in direzioni che già manifestano segni di criticità costituzionale. Più persuasivi quando prendono la forma inedita (come nell’ordinanza Cappato) della “incostituzionalità prospettata”, prospettata per l’appunto per l’ipotesi in cui il legislatore non raccolga il monito a legiferare. Al fondo di questo potenziamento dei moniti v’è la convinzione che la discrezionalità del legislatore sul se e quando legiferare arretra tutte le volte in cui la mancanza di una disciplina legislativa si configuri già di per sé come un *vulnus* costituzionale alle esigenze di tutela di certi beni») e da RUOTOLO M., *L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Consulta online*, 2019, 597 (il quale sottolinea una «recente tendenza al “riaccentramento” del giudizio di costituzionalità, più propriamente a riportare in tale sede il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto “di impronta tipicamente costituzionale” e incidano su diritti fondamentali della persona»).

¹⁹⁸ È il titolo del *Comunicato dell’11 gennaio 2020* dell’UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: “*La Corte si apre all’ascolto della società civile*”. Nel documento si fa riferimento alle modifiche apportate alle “norme integrative

opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama»¹⁹⁹: voci, queste, di cui terrà conto all’atto di «rendere giustizia costituzionale»²⁰⁰.

A fronte della c.d. “costituzionalizzazione moderna”, l’agire giudiziario non guarda più solamente al passato ma si orienta anche verso il futuro. I fatti e le leggi si giudicano ricorrendo a categorie giuridiche che vengono *altresì* lette nella visuale di un programma da realizzare, o meglio: di un programma al quale conformarsi, costituito dall’insieme dei principi e dei valori contenuti in Costituzione²⁰¹.

per i giudizi davanti alla Corte costituzionale” con Delibera dell’8 gennaio 2020 (pubblicata in Gazzetta ufficiale il 22 gennaio 2020). Sul punto: BARBARESCHI S., *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 373 ss.; CLEMENTI F., *A proposito delle recenti “Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”. Amici curiae?*, in www.rivistailmulino.it, 9 marzo 2020; CONTI G. L., *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Oss. fonti*, 2020, 77 ss.; cfr. COSTANZO P., *Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 2019, 1, 120 ss.; DAL CANTO F., *Il giudizio in via principale nella novella delle norme integrative del gennaio 2020*, in *Consulta online*, 2020, 2, 323; IANNUZZI A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, 13 ss.; GRISOLIA M. C., *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, 2020, 1, 5 ss.; GROPPI T., *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in www.lavoce.info, 17 gennaio 2020; LECIS A. M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae ed esperti dalla porta principale*, in www.diritticomparati.it, 23 gennaio 2020; LUCIANI M., *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 402 ss.; MASCIOTTA C., *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, 2020, 1, 193 ss.; OLIVITO E., *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*, in *Riv. it. scien. giur.*, 2019, 10, 485 ss.; PUGIOTTO A., *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 426 ss.; RIDOLA P., *La Corte apre all’ascolto della società civile*, in www.federalismi.it, 22 gennaio 2020; ROMAGNOLI M., *Il modello di partecipazione a “triplo binario” della Corte costituzionale italiana: la riforma delle norme integrative riguardo a interventi dei terzi, amici curiae ed esperti nel segno del dialogo con la società civile e della rilegittimazione continua*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2020, LXX, 277, 1047 ss.; RUGGERI A., *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in www.giustiziainsieme.it, 24 gennaio 2020; SCHILLACI A., *La “porta stretta”: qualche riflessione sull’apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in www.diritticomparati.it, 31 gennaio 2020; SPERTI A., *Alcune riflessioni sull’apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in www.consultaonline.it, 23 marzo 2020; TANI C., *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in www.lacostituzione.info, 18 febbraio 2020.

¹⁹⁹ FINOCCHIARO S., *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama*, in www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2020, secondo il quale tale fenomeno – insieme, beninteso, ad altri fenomeni – comporta una «maggiore legittimazione della Consulta agli occhi della collettività e degli “utenti” della Corte». In tal modo, a nostro parere, si contribuisce a esaltare, nel complesso (soprattutto nell’immaginario pubblico comune: in particolare, nei c.d. “non addetti ai lavori”) il ruolo e la figura del giudice *tout court*.

²⁰⁰ SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020, 15: «Rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell’ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme ‘super-primarie’, per farla diventare materia viva della convivenza sociale».

²⁰¹ Afferma LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, 2012, 85 che con la Costituzione ci si assume «il compito di costituire un *progetto di riforma* dell’ordine sociale. Si guarda al futuro, non al passato, né ci si limita ad amministrare tecnicamente o aziendalmente il presente. La validità delle norme giuridiche si sovrappone alla loro costituzionalità, nel senso che la prima è una funzione della seconda. Di modo che si può ora

scindere il ‘vigore’ delle leggi dalla loro ‘validità’, fare del ‘vigore’ una sorta di validità *prima facie*, controvertibile, che deve sempre potersi affermare come ‘costituzionalità’ mediante un controllo giurisdizionale». E, considerato che «è indubbio che dietro tutte le norme costituzionali vi siano valori, e quindi giudizi di valore» (PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, 11 luglio 2006, 10; v. altresì FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario. In difesa del positivismo giuridico*, Modena, 2018, 36-37), nonché tenuto conto della natura delle tematiche oggetto d’interpretazione costituzionalmente orientata, può dirsi che «the function of constitutional interpretation is inescapably political» (KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., 35). Le scelte giudiziali che interpretano le disposizioni di legge in conformità alla Costituzione si connotano insomma politicamente (sia pure con una gradualità di volta in volta diversa: alle volte più, altre volte meno). D’altronde (e senza diffondersi sulla tematica), esattamente come accade per la filosofia quando diciamo di non voler filosofare ma così facendo stiamo già in qualche modo filosofando, così anche per la politica può dirsi che si fa sempre e comunque politica giacché «la non-politica [o apoliticità] non esiste: tutto è politica» (MANN T., *La montagna incantata* (1924), (trad. it.) E. POCAR, Milano, 2012, 492). Su quest’ultimo profilo, in termini più strettamente giuridici: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 14 («Poiché il giudice al centro della politica obiettivamente sta, negarlo serve solo a esporlo più del dovuto o, a seconda dei casi, a deresponsabilizzarlo rispetto alle sue inevitabili scelte») e 121; CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, cit., 637-650; cfr. COMANUCCI P., *Su Dworkin* [a margine dello scritto di DWORKIN R., *La politica dei giudici e il principio di legalità*], in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, cit., 398 («Possiamo distinguere almeno tre sensi in cui una decisione giudiziale può definirsi ‘politica’. [...] In un primo senso, può definirsi ‘politica’ una decisione giudiziale che sia stata interamente motivata da ragioni politiche [*i.e.* politiche sono le ragioni – per così dire ideologiche – che inducono il giudice a operare certe scelte influenti sulla decisione del caso]. [...] In un secondo senso, può definirsi ‘politica’ una decisione giudiziale che abbia rilievo politico [*i.e.* incidenza su interessi importanti di gruppi in conflitto, che vengono disciplinati – giudizialmente – in un senso o nell’altro]. [...] In un terzo senso, può definirsi ‘politica’ una decisione giudiziale che sia giustificata con ragioni politiche [*i.e.* argomenti politici come giustificazione decisoria]»); cfr. CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, 1981, 238; DWORKIN R., *La politica dei giudici e il principio di legalità*, in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, cit., 355 («Ovviamente, in un certo senso, le decisioni dei giudici sono necessariamente politiche. In molti casi una decisione giudiziaria sarà approvata da un gruppo politico, e sarà sgradita ad altri, perché le sentenze involgono conseguenze per le controversie politiche»); ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (trad. it.) S. PATTI – G. ZACCARIA, Napoli, 1983, 15 («L’inevitabilità e l’irriducibilità di una decisione di politica del diritto del giudice diventa solo progressivamente cosciente nella autocomprensione della magistratura odierna») e 195-196; GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., 134 («Sembra prevalere oggi la dimensione tecnica del diritto, sia nella fase progettuale che in quella applicativa, con il fondato sospetto, però, che essa non abbia prosciugato affatto la scelta politica, ma l’abbia opacizzata e mimetizzata, allocandola ‘altrove’ rispetto alla centralità parlamentare che le aveva assegnato la modernità nel quadro della topografia dei poteri»); GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 155 («Che lo si percepisca o no, è il giudice ‘politico’ che oggi le democrazie si trovano davanti»); GUASTINI R., *Saggi scettici sull’interpretazione*, Torino, 2017, 79 («L’interpretazione cognitiva è, come il nome vuol suggerire, un’operazione puramente cognitiva, priva di qualunque effetto pratico: appartiene al dominio della scienza propriamente intesa. L’interpretazione decisoria e l’interpretazione creativa, per contro, sono operazioni ‘politiche’ (in senso ampio): non mirano ad accertare il diritto esistente, mirano piuttosto a modellarlo o a mutarlo»); HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 104-105; KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, 78 («Die juristische Argumentation hat dann im Rahmen der Gesetzesbindung rechtspolitische Implikationen. So wie die gesetzgeberische Argumentation ein Sonderfall der ethischen ist, ist die juristische Argumentation ein Sonderfall der rechtspolitischen, geprägt durch die Bindung an die vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidungen»); KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 96 («Kann man dem wertenden, normativ-teleologischen, rechtspolitischen Element, das in jeder Interpretation steckt, schlechterdings nicht entgehen, so bleibt die Aufgabe, es im Rahmen des Möglichen rational zu erfassen und kontrollierbar zu machen. Die Fiktion, das rechtspolitische Element lasse sich aus dem juristischen Denken herausdrängen, führt zu nichts anderem, als dazu, daß diese Aufgabe nicht gesehen wird. Die Fiktion fördert gerade, was sie verhindern wollte: Die Möglichkeit unkontrollierbarer Richterwillkür» [citazione che troviamo altresì in ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 10: «Non si [può] assolutamente sfuggire all’elemento valutativo, teleologico e politico che è presente in ogni interpretazione»]); cfr. LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell’età del disincanto*, cit., 95; cfr. NEUMANN U., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2010, 49 e 51

Nel complesso, una Carta fondamentale di stampo moderno, «riflettendo la società, non può non riflettere il pluralismo che ad essa è intrinseco»²⁰² e questo determina un condizionamento ordinamentale che si manifesta pressappoco nei seguenti termini.

A livello politico (*recte*: a livello esecutivo e legislativo, ma in particolar modo legislativo), l'attività non è più «libera nel fine», come voleva il costituzionalismo classico, ma al contrario [è] un'attività 'discrezionale' (nel senso della dottrina amministrativistica), diretta ad attuare la Costituzione (detto altrimenti: il legislatore non può scegliere liberamente i fini da perseguire, ma può solo scegliere i mezzi più opportuni e/o più efficienti per realizzare dei fini eteronomi precostituiti: quelli stabiliti in Costituzione)»²⁰³.

(«L'attività argomentativa del giurista avviene necessariamente sullo sfondo di un determinato concetto di diritto, dunque sulla base di una determinata posizione giusfilosofica. [...] Le argomentazioni giuridiche implicano determinate concezioni delle strutture dell'ordinamento e dunque del diritto, *et vice versa*»); ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea* (1977), Milano, 1999, 327 («Non esiste un criterio [interpretativo] cui si possa accordare preferenza rispetto agli altri. [...] Il giurista sa molto bene, in mancanza di un algoritmo interpretativo, quale risultato egli dovrà scegliere: egli decide appunto in base al risultato desiderato, ovverosia in base a una considerazione politico-giuridica. Ogni applicazione del diritto implica, dunque, una scelta di politica del diritto») e 328 («Le inevitabili scelte assiologiche presupposte dalla decisione giuridica devono essere riconosciute come scelte di politica del diritto e come tali strutturate; così pure gli elementi valutativi e teleologici devono essere resi consapevoli, articolati e costretti a una giustificazione. Solo così, la scelta operata dal giurista non si ridurrà a una presa di posizione irrazionale, emotiva e incontrollabile. Scopo di una teoria del diritto non è tanto la verità quanto la giustizia, e quest'ultima appartiene a un ragionamento che parta da premesse accettabili»); cfr. PROSPERI F., *Presentazione*, in RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 19 («L'interpretazione giuridica è inevitabilmente influenzata dalle convinzioni di tipo ideologico dell'interprete»); cfr. PERELMAN C., *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 421-422; RÜTHERS B., *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, 126 («L'ufficio di giudice include inevitabilmente compiti di politica del diritto»); SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, cit., 573-574; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 317 («In sostanza, anche la prassi della motivazione è determinata, a un livello più generale, dal ruolo politico che il giudice svolge: e che può variare nei diversi ordinamenti e nelle loro diverse fasi storiche. Sotto questo profilo, ciò che viene specialmente in rilievo con riguardo ai valori del giudice non è la razionalità 'strutturale' della motivazione, che pure ne costituisce un requisito indispensabile, quanto la razionalità 'contenutistica', che investe la coincidenza dei valori assunti dal giudice con quelli della classe sociale con cui il giudice stesso tende a identificarsi»); cfr. VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, Torino, 2012, 9; VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 347 («Se i magistrati possono legittimamente assumere scelte che impegnano gli orizzonti politici della nazione, svolgendo così un compito squisitamente politico, con effetti più penetranti rispetto a quelli delle decisioni degli organi dotati di responsabilità politica, non sono diventati anch'essi un potere politico?»); ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 31-32; ZAGREBELSKY G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 39 (il quale fa riferimento ai giudici della Corte costituzionale, ma – a nostro parere, alla luce dell'interpretazione costituzionalmente conforme – si tratta di considerazioni che possono *cum grano salis* estendersi anche ai giudici comuni: «Corte costituzionale, dunque, allo stesso tempo non implicata e implicata politicamente. Quella che sarebbe una contraddizione se la politica fosse una sola, non lo è più considerandone la duplice natura. La Corte costituzionale è dentro la politica, anzi ne è uno dei fattori decisivi, se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza. La Corte è non-politica, se per politica si intende competizione tra parti per l'assunzione e la gestione del potere»).

²⁰² GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 16.

²⁰³ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 144-145. Invero, «gli attori politici e gli organi costituzionali si atteggiavano espressamente a interpreti della Costituzione e si preoccupano di dare giustificazione costituzionale alle loro decisioni e comportamenti», anche se – a ben vedere – «quest'ultima cosa [*i.e.* l'incidenza costituzionale sull'attività politica] è

A livello giurisdizionale, «i giudici hanno, da un lato, il dovere di praticare (ove possibile) l'interpretazione adeguatrice e, dall'altro, il potere e il dovere di applicare direttamente nelle controversie loro sottoposte non già solo le leggi, ma altresì la Costituzione»²⁰⁴; ed è evidente che «il pluralismo dei valori [costituzionali] porta a valorizzare i margini di interpretazione dei giudici»²⁰⁵.

A livello pratico-privatistico, «le relazioni sono condizionate dalla Costituzione, nel senso che la Costituzione disciplina ormai non solo le relazioni 'verticali' tra Stato e cittadini, ma altresì le relazioni 'orizzontali' tra cittadini, ossia gli stessi rapporti inter-privati»²⁰⁶.

A livello teorico-dottrinale, si tende «a ricercare in Costituzione il fondamento assiologico delle leggi (penali, civili, amministrative, processuali, tributarie e via enumerando), le [si] interpreta[no]

vera in molti ordinamenti, ma non in quello italiano. Se si guarda alla prassi, agli orientamenti, agli stili argomentativi degli attori politici e di taluni organi costituzionali, si ha l'impressione che la Costituzione non eserciti una significativa influenza sulla vita politica in Italia (a differenza di quanto accade in altri Paesi occidentali)» (146).

²⁰⁴ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 145. A proposito dell'interpretazione *secundum constitutionem*, BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., 483 parla di «delega di bilanciamento in concreto».

²⁰⁵ TARLI BARBIERI G., *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare*, in *Criminalia*, 2016, 216. A tal proposito: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 20 («Nelle ipotesi di conflitto particolarmente acuto tra diversi valori [...] la sfera di discrezionalità del giudice è destinata ad aumentare, perché alla fine – fatta salva la necessità di stabilire un ragionevole equilibrio – sarà soltanto il giudice a pronunciarsi sulla gerarchia dei valori da applicarsi, soprattutto in assenza di orientamenti normativi che illuminino sull'importanza relativa dei vari interessi contrastanti. [...] La razionalità interna al processo decisionale dovrebbe aspirare a un grado elevato di leggibilità. Il rispetto dell'obbligo di motivazione è allora un tassello cruciale per legittimare il potere decisionale e la discrezionalità del giudice chiamato a decidere, cioè a dire l'ultima parola, sui valori in gioco»); cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000, 722 («Giudici e giuristi sono istituzionalmente chiamati, entro uno Stato di diritto a Costituzione rigida, a essere per così dire dei *reformatori di professione*, nel senso che è loro compito non già conservare il diritto vigente come tale, ma analizzarne e criticarne i profili di invalidità costituzionale onde promuoverne il progressivo adeguamento dell'essere effettivo al dover essere normativo») e 724-726; FIORAVANTI M., *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Bari-Roma, 2020, 11-18 e 20 (ove si mette in evidenza come, all'interno dello «Stato costituzionale del presente», sia riscontrabile un «crescente movimento del pendolo, che apre a un colloquio sempre più fitto tra giurisprudenza e Costituzione, saltando l'interposizione della legge. Si può dire anzi che tanto più la giurisprudenza si aprirà a vie nuove nell'interpretazione della Costituzione, tanto più ci si avvierà a una sorta di equiordinazione di giurisdizione e legislazione nell'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione. Tuttavia, è ovvio che rimarrà aperta la possibilità del legislatore d'interpretare e attuare la Costituzione anche a prescindere dalla giurisdizione. In altre parole, ciò che cade è il monopolio di questa attività dell'introduzione della Costituzione nell'ordinamento, che nessun potere può più detenere in modo esclusivo, compreso il legislatore»), nonché 67-68; cfr. SILVESTRI G., *L'individuazione dei diritti della persona*, cit., 2-3 e 5-6; VILLA V., *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, 2016, 12-13.

²⁰⁶ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 145, il quale scrive ancora che «dove la struttura della norma costituzionale è sufficientemente completa per poter valere come regola di casi concreti, essa deve essere utilizzata direttamente da tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, siano essi i giudici, la pubblica amministrazione, i privati. La Costituzione è insomma fonte diretta di posizioni soggettive per i soggetti dell'ordinamento, in tutti i tipi di rapporto in cui essi possono entrare. [...] Oggi la Costituzione si dirige anche, direttamente, ai rapporti tra i singoli e ai rapporti sociali. Perciò le norme costituzionali possono essere invocate, dove sia possibile, come regola, per esempio, dei rapporti familiari, dei rapporti nelle imprese, nelle associazioni e così via». A proposito di norme costituzionali operanti direttamente nei rapporti tra privati, ricorrendo alla terminologia di matrice tedesca, si parla di *Drittwirkung*.

alla luce della Costituzione e [se ne] espone il contenuto normativo come un mero sviluppo di principi costituzionali»²⁰⁷.

A livello di ripercussioni giuristocratiche, come rileva Alberto Gargani, «l'entrata in vigore della Costituzione, ossia di una fonte rigida, organizzata per principi, fa sì che, sul piano della formazione del diritto, diventi determinante l'operato dei giudici chiamati ad assicurarne il rispetto insieme alla Corte costituzionale. [...] Con l'ingresso del costituzionalismo, la soggezione alla legge non è, dunque, più soggezione assoluta ma soggezione condizionata alla verifica della sua legittimità, con l'apertura alla via della interpretazione adeguatrice della legge alla Costituzione e dell'applicazione diretta della Carta fondamentale»²⁰⁸.

In uno Stato di diritto costituzionalizzato²⁰⁹, il giudice non ha (più) il dovere di applicare la legge qualunque essa sia²¹⁰. Egli non è tenuto ad applicare la legge se questa è costituzionalmente illegittima²¹¹.

L'esistenza di un sindacato di costituzionalità – peraltro declinato nella possibilità di adire la Consulta tenuto conto che, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»²¹² – dilata l'interpretabilità di

²⁰⁷ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 145-146.

²⁰⁸ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 110. Sul punto, v. anche il richiamato PIZZORUSSO A., *Principio democratico e principio di legalità*, in *Quest. giust.*, 2003, 2, 351. In senso analogo: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 120-121; INSOLERA G., *Il giudice e la cultura del limite. Il limite della legge*, in *Parola alla difesa*, 2017, 245; PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., 30-32; VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, cit., 348.

²⁰⁹ In merito alla distinzione tra "Stato di diritto" e "Stato costituzionale di diritto", GUASTINI R., *Legalità*, cit., 140 rileva che «l'istituzione della giustizia costituzionale sortisce l'effetto di estendere anche al legislatore il principio di legalità (nelle vesti di principio di 'legittimità costituzionale') obbligando anche il potere legislativo (non diversamente dall'esecutivo e dal giudiziario) al rispetto di norme superiori. [...] Laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno *Stato di diritto* (senza ulteriori specificazioni); laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno *Stato costituzionale di diritto*».

²¹⁰ RUOTOLO M., *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Consulta online*, 2019, 598: «È indiscutibile che a partire dalla sentenza [costituzionale] n. 170 del 1984, una volta riconosciuto al giudice il potere di addirittura disapplicare la legge (sia pure solo per l'ipotesi di contrasto con il diritto comunitario), la percezione del suo ruolo sia radicalmente mutata, anche rispetto all'esercizio degli ordinari poteri di interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione). Come a dire – sotto il profilo anche psicologico – che il giudice ben può essersi da allora sentito autorizzato a "spingersi in avanti" nel suo già riconosciuto compito di tentare in ogni modo di ricavare dai testi soluzioni conformi a Costituzione». Osserva LUCIANI M., *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 371 che «una Costituzione per valori, anche quando affida il compito della propria difesa a uno specifico giudice (un tribunale costituzionale), chiede anche al giudice comune prestazioni prima sconosciute».

²¹¹ In materia, v. MANES V. – NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

²¹² Corte cost., sent. 22 ottobre 1956, n. 356. A tal riguardo, LAMARQUE E., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, (a cura di) B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ, Milano, 2012, 53, nt. 38 rileva come «l'invito che la Corte costituzionale da sempre rivolgeva ai giudici, tramite le sentenze interpretative di rigetto, a fare uso delle norme

qualsivoglia normativa; e il rischio che si viene a creare è quello di «sollecitare i giudici comuni all'abbandono del testo», ovvero sia a porsi «oltre i confini suoi propri [del]l'interpretazione» nel tentativo di fare «– diciamo così – giustizia sostanziale, omettendo il necessario passaggio del giudizio incidentale [di costituzionalità]»²¹³.

Al di là di questo profilo e di altri profili di rischio, in ogni caso, con l'interpretazione costituzionalmente conforme si ha una «notevole amplificazione dei poteri normativi dell'organo

costituzionali per interpretare le disposizioni di legge [sia] diventato un vero e proprio 'obbligo' per i giudici che intendono sottoporre alla Corte costituzionale questioni di costituzionalità». Sul tema: AA. VV., *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, (a cura di) V. BARSOTTI, Santarcangelo di Romagna, 2013; DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 10 ss.; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 914-920; FLORA G., *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, 315 ss.; LAMARQUE E., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme*, cit., 92; MANTOVANI F., *Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*, in AA. VV., *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di E. Cheli*, Bologna, 2010, 51 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; NAPOLEONI V., *L'onere di interpretazione conforme*, in MANES V. – NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima*, cit., 49 ss.; ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 501 ss.; MANNELLA F., *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011; PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 685 ss.; QUATTROCOLO S., *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 174 ss.; ROMBOLI R., *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?*, in *Foro it.*, 2006, 3323 ss.; ROMBOLI R., *Qualcosa di nuovo... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 683 ss.; VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

²¹³ LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, *Enc. dir.*, 2016, Milano, 472. Ritene BIN R., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015, 19 che «il canone dell'interpretazione sistematica e conforme condivid[a] la stessa forza del divieto di declinare giustizia, di cui è uno strumento indispensabile». Afferma GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, cit., 129 che l'interpretazione conforme determina «un sostanziale allargamento del novero dei protagonisti del giudizio di costituzionalità, perché consiste in una investitura per il giudice comune: quella di valutare sulla conformità di una fonte ai valori costituzionali, operando una scelta tra una pluralità di significati e ricercando e privilegiando le possibili ipotesi interpretative che permettano di adeguare la disposizione a una lettura costituzionalmente conforme. In tal modo, è chiaro che si attua il coinvolgimento di lui nell'ingranaggio della giustizia costituzionale, estesa ben al di là dei ristretti confini della Corte» (analogamente in GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 28, ove si parla di «allargamento del novero dei primattori del giudizio di costituzionalità con l'investitura per il giudice ordinario della valutazione circa la conformità di una fonte ai valori costituzionali»). Mette in guardia rispetto a tale fenomeno, CAROSI A., *Dal diritto naturale di Antigone alla Corte costituzionale: il lungo percorso del giudizio di legittimità delle leggi*, in www.cortecostituzionale.it, 27 ottobre 2016, 13-14: «Le norme di legge devono essere interpretate in modo costituzionalmente orientato. Prima dell'eventuale rinvio alla Corte, da parte degli altri giudici se ne dovrebbe tentare una interpretazione conforme alla Costituzione. Se c'è possibilità di più di una lettura, deve essere privilegiata quella conforme a Costituzione. Qual è la degenerazione di questo sistema? Che qualche giudice un po' troppo creativo prescinde dalla lettera della legge e si inventa la "sua norma", minando in tal modo la certezza che tutti cittadini pretendono dal giudice, quando il significato della legge è chiaro».

giudicante»²¹⁴, giacché – di fatto – questo tipo di interpretazione incentiva la «riformulazione delle norme ad opera del giudice»²¹⁵ e concorre così ad «alimenta[re] un’ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata, attraversa e “dice” il diritto in tutte le giurisdizioni»²¹⁶.

Insomma, «l’esperienza del giudizio di costituzionalità – praticata anche dalle giurisdizioni comuni nella forma dell’interpretazione adeguatrice e, con il diffondersi della *Gestalt* costituzionale, da ogni pubblica autorità nel suo agire giuridicamente – rivela in modo evidente il carattere “produttivo” del sapere giuridico: non scienza teoretica rispecchiante il proprio oggetto, ma scienza pratica che, nel porre prudentemente in tensione il diritto *positum* con il progetto costituzionale e con il contesto dell’azione (con i fatti e con le categorie culturali di senso e di valore della società), lo trasforma incessantemente»²¹⁷.

²¹⁴ GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 111 (il quale, con specifico riguardo all’ambito penale, parla di una «regressione della dimensione meramente descrittiva della fattispecie incriminatrice, con l’apertura a profili assiologici che condizionano il giudizio di tipicità, sradicandolo dalla valutatività in cui lo aveva ristretto la prospettiva giuspositivistica». Sul punto, v. altresì GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale*, cit., 267). Scrive FIORAVANTI M., *Il cerchio e l’ellisse*, cit., 5 e 16 che «è questo il dato che è più peculiare delle Costituzioni democratiche del Novecento: i principi fondamentali come norme di base *contenute* in Costituzione. [...] Lo Stato costituzionale del presente è massimamente aperto all’innovazione, specialmente dal basso, e attraverso un ruolo attivo della giurisprudenza».

²¹⁵ PECORELLA G., *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 946. Lapidario BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia*, 2015, 379: «Non più “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”, ma “*I giudici sono soggetti soltanto alle buone leggi*”». In questa prospettiva, GAETA P., *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 6 evidenzia il rischio che si possa di fatto «trasformare l’interpretazione (conforme) in normazione (mascherata), risultando sottile (secondo molti, inesistente) il confine tra adeguamento ermeneutico e autentica creazione normativa da parte del giudice comune: e ciò, peraltro, senza che il Giudice delle leggi ne sia coinvolto, in quanto l’esegesi integralmente “creativa”, proprio perché tale, non sfocia normalmente una questione di legittimità costituzionale».

²¹⁶ INSOLERA G., *Una discesa nel Maelström*, in *www.discrimen.it*, 20 settembre 2018, 10, secondo cui il “dire il diritto” in tutte le giurisdizioni avviene «azionando il proliferare di sempre nuovi diritti da porre sulla bilancia». Addirittura, si è scritto che, «oggi, “dire il diritto” significa, largamente, riconoscere e bilanciare i diritti» (PRETEROSI G., *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 79. Cfr. BURCHARD C., *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in AA.VV., *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, (a cura di) K. TIEDEMANN – U. SIEBER – H. SATZGER – C. BURCHARD – D. BRODOWSKI, Baden-Baden, 2016, 58: «Das Strafverfassungsrecht verkörpert die Idee der checks & balances»). Al di là delle specifiche tecniche attuative del giudizio conforme a Costituzione, in un’ottica d’insieme, LUCIANI M., *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 371 ribadisce che «una Costituzione per valori, anche quando affida il compito della propria difesa a uno specifico giudice (un tribunale costituzionale), chiede anche al giudice comune prestazioni prima sconosciute».

²¹⁷ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 398-399. Evidenzia una duplice criticità dell’interpretazione adeguatrice LAMARQUE E., *La fabbrica delle interpretazioni conformi*, cit., 55-56, secondo la quale «il primo rischio è che un uso disinvolto o eccessivo di questo canone interpretativo da parte dei giudici provochi lo svuotamento del ruolo della Corte costituzionale e minacci seriamente la sua stessa ragione d’essere nel nostro ordinamento. Se si permette all’interpretazione conforme a Costituzione di ignorare o forzare i limiti del testo della legge, infatti, si acconsente alla sostanziale disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni e al tradimento del sistema accentrato di controllo di costituzionalità, in favore di un sindacato di fatto diffuso. Il secondo pericolo è che la funzione di controllo maggioritaria, di controllo dell’operato del legislatore, così sottratta alla Corte, resti affidata a soggetti – i giudici comuni – inadeguati a tale compito, essendo la magistratura italiana, come del resto la stessa società in cui essa opera,

Storicamente parlando, delle potenzialità dell'interpretazione adeguatrice (o conforme) – intesa, lo ripetiamo, come «quella che adegua, armonizza la legge alla Costituzione (previamente interpretata, s'intende), scegliendo il significato (ossia la norma) che evita incompatibilità logiche e disarmonie assiologiche tra legge e Costituzione»²¹⁸ – la magistratura si rende espressamente conto al XII° Congresso A.N.M., tenutosi a Gardone nel 1965.

Si tratta di un evento che «segna un punto di non ritorno»²¹⁹.

Come scrive Massimo Vogliotti, «in quell'occasione, la magistratura respin[ge] decisamente la vecchia concezione puramente formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese», e si attribui[sce] esplicitamente la funzione di concorrere a realizzare l'indirizzo politico della Costituzione, precisando che «il problema dell'indirizzo politico nell'ambito della funzione giurisdizionale non si pone, ovviamente, in termini

ben lontana per struttura e garanzie dalla magistratura americana incaricata del controllo di costituzionalità diffuso della legge». A seguito di tali rilievi, l'Autrice sottolinea comunque che «i rischi riguardano solo le possibili applicazioni distorte del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. Gli eccessi, appunto. Ma gli eccessi, a ben vedere, nella realtà sembrano solo eccezioni alla regola comunemente seguita» (56) e, aggiungiamo noi, paiono in ogni caso fronteggiabili o quantomeno riducibili con appositi strumenti, quali – ad esempio – l'introduzione, ove compatibile, di obblighi rinforzati di motivazione: ossia, di argomenti orientativi il giudizio (e la sua giustificazione), la cui ineludibile ed esplicita trattazione diminuisce la possibilità che si verifichino distorsioni decisorie. L'efficacia di tali argomenti sarà direttamente proporzionale al loro grado di specificità. Così, giusto per esemplificare (senza tuttavia proporre l'adozione di questa specifica soluzione, giacché non ne abbiamo [ancora] considerati «tutti» i riflessi pratico-operativi), se in ambito penale si impone che l'argomentazione si svolga orientandosi – riferendosi sempre? – agli artt. 25 e 27 e 111 Cost., cioè che il giudice adduca le ragioni per cui la decisione che assume è compatibile coi principi di stretta legalità (sostanziale e processuale) e della presunzione di innocenza, si riducono le possibilità che si compiano interpretazioni in *malam partem* o *contra reum*; anche se, trattandosi di profili argomentativi estremamente generici, residuano ancora molti spiragli interpretativi che aprono la porta a letture sfumate o/e velatamente lesive di queste garanzie cardine del nostro processo penale. Compatibilmente con quanto si è appena detto, LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 163 sostiene in termini generali che «l'adeguamento della legge alla Costituzione per la via della giurisdizione (si tratti poi di manipolazione o di interpretazione conforme) è possibile solo alla doppia condizione del verso *in bonam partem* e della compatibilità esclusiva tra la soluzione adottata e il dettato costituzionale».

²¹⁸ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 145, nt. 20.

²¹⁹ BRUTI LIBERATI E., *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, in AA. VV., *Storia dell'Italia repubblicana*, III (*L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*), II, (a cura di) F. BARBAGALLO, Torino, 1997, 159 (per il quale «il dibattito associativo [dei giudici] si misura ormai con la dimensione politica dell'attività giudiziaria, i magistrati si confrontano con i grandi problemi del Paese e ridiscutono il ruolo del giudice in una società che si sta vorticosamente trasformando»). Sul punto, v. altresì COSTA P., *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni settanta*, in *Democrazia e diritto*, 1987, 3, 15. A fronte degli sviluppi storici recenti, MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, 100 (v. anche nt. 99) auspica che s'apra «una stagione analoga a quella inaugurata dal convegno di Gardone, ormai cinquant'anni or sono, ma contrassegnata da una diversa direzione di senso. Lì si trattava infatti di far penetrare la Costituzione nel 'diritto vivente', garantendone una maggior attuazione, specie per il tramite dell'interpretazione conforme, promuovendone una attuazione 'diretta' da parte del giudice comune: una stagione dove diverrà urgente (non promuovere, bensì) difendere la Costituzione – da parte dell'intera comunità di giuristi – da una aggressione ai suoi contenuti minimi, e di preservare l'eredità giacente del diritto penale costituzionalmente orientato dagli sfregi inferti da questo nuovo *trend* di *overdose* punitiva (selettivamente) illimitata, proteggendo il prezioso sedime frutto dell'impegno comune di magistratura e dottrina, e del dialogo tra Corte costituzionale, giudici comuni e avvocati. Questa – a mio avviso – è la vera prova di resilienza che attende la nostra democrazia penale».

di indirizzo politico contingente, che spetta alle forze politiche, titolari della funzione legislativa ed esecutiva, bensì in termini di tutela dell'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario". L'attuazione del progetto costituzionale deve essere realizzato, secondo la magistratura associata, attraverso l'applicazione diretta delle norme costituzionali "quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso"; attraverso l'interpretazione di "tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione" e, qualora le leggi "non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale", mediante il rinvio alla Corte costituzionale»²²⁰.

La «svolta» di insistere sul compito «di dare concretamente vita alla stessa Costituzione nel contatto continuo con i fatti concreti»²²¹ porta il giurista ad assumere una «mentalità costituzionalmente aperta»²²² nell'applicazione della legge, nei cui confronti non si rapporta più «supinamente [bensì] criticamente, sottoponendola a un *test* generale di ragionevolezza (che è il tipo di razionalità proprio della ragion pratica) e di conformità ai valori costituzionali, quotidianamente aggiornati dalla comunità interpretativa»²²³.

²²⁰ VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enc. dir.*, Milano, 2013, 398, nt. 182, il quale richiama gli *Atti e commenti* del citato Convegno (Associazione Nazionale Magistrati – XII° Congresso nazionale, Gardone, 25-28 settembre 1965, Roma, 1966, 309-310) e infine così chiosa: «La diffusione capillare, nel corpo della magistratura, dell'interpretazione adeguatrice ha finito per spingere sempre di più il nostro sistema di controllo di costituzionalità verso il modello 'diffuso' americano»; vicinanza peraltro "promossa" anche dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che – in tale prospettiva – ha fatto «compiere al nostro sistema di *judicial review* un ulteriore passo, che potrebbe rivelarsi decisivo» (400, nt. 191). Parla di «costante trasformazione del sistema legale in uno giurisprudenziale» dovuto altresì al fatto che il «positivismo costituzionale, per la natura stessa della Costituzione come insieme di valori, di principi più che di regole, sembra consentire di varare anche interpretazioni altrimenti proponibili solo *de lege ferenda*» BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., 484.

²²¹ MANES V., *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale*, cit., 1930, ove si richiama MARANINI G., *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in AA. VV., *L'ordinamento giudiziario*, (a cura di) A. PIZZORUSSO, Bologna, 1974, 259.

²²² PALAZZO F., *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, 86.

²²³ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 426. Con la presenza della Carta costituzionale, secondo PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110 «svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo [e] subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema 'in movimento', soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi». Sulla tematica, v. altresì: BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., 484-485; BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013, 24 («Sottoponendo le regole legislative all'indagine microscopica del test di ragionevolezza e di proporzionalità, il giudice deve dire addio al mondo oggettivo, stabile e unitario, e anche alla stessa speranza di poter porre un mondo del genere come un ideale. È un po' quello che accade anche in fisica, di fronte all'indagine sulle particelle elementari: il linguaggio tradizionale impiegato per descrivere il mondo "oggettivo" non appare più adeguata. Analogamente, il modo di argomentare classico dell'interpretazione delle leggi non è più capace di esprimere il ragionamento richiesto dal giudizio di ragionevolezza o il bilanciamento dei diritti»); LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità,*

Il giudice, in qualunque branca del diritto (compresa quella penale²²⁴), s'incarica del «compito critico di adeguare la legge ai principi costituzionali recuperando la funzione di riduzione “*de iniquo ad aequum*”, che era propria dell'*interpretatio* fino alla rottura epistemologica moderna»²²⁵, consolidando la tradizione di un sistema giuridico in cui il suo operato è legittimato non tanto (e comunque non solo) dall'*auctoritas* quanto dalla *ratio*: in questo caso, dalla *ratio constitutionalis*²²⁶.

In definitiva, ampliando le potenzialità dello *ius dicere* (attività che riguadagna decisamente terreno su una legge non più intangibile²²⁷), il c.d. “neocostituzionalismo” si svela essere un fenomeno «intrinsecamente legato all'ascesa del giudiziario, o [che] quantomeno ne costituisce il robusto retroterra (e la giustificazione) culturale»²²⁸.

I.4. FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO ALLA PROVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DEI DIRITTI SOCIALI

Vi è una stretta interdipendenza tra forme di Stato, forme di governo e ordinamento giuridico.

ragionevolezza, Napoli, 2012, 83-85; PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.; SILVESTRI G., *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, cit., 100-101.

²²⁴ Direzioneando lo sguardo verso il settore penalistico, Marta Bertolino riscontra che «i giudici ordinari entrano nel circuito produttivo del diritto penale, allorché vengono sempre più spesso coinvolti nello sforzo di un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni penalistiche alle moderne istanze garantiste. [...] In questo compito, che potremmo già definire “creativo”, i giudici – com'è noto – sono stati sollecitati dalla stessa Corte costituzionale, che li ha indotti ad attuare, fin dove possibile (e forse anche al di là del possibile), interpretazioni conformi a Costituzione, fino a rimproverarli quando non lo hanno fatto. Corte costituzionale e giudici ordinari finiscono così con lo svolgere anche in materia penale un ruolo paralegislativo» (BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., 484. Cfr. FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 83-84).

²²⁵ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 160. Scrive FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 352 che «la specificità del moderno Stato costituzionale di diritto è precisamente nel fatto che le condizioni di validità stabilite dalle sue leggi fondamentali incorporano non solo requisiti di regolarità formale, ma anche condizioni di giustizia sostanziale».

²²⁶ Con le parole di Letizia Gianformaggio possiamo dire che «non da un atto di volontà (che sia del legislatore o del giudice) qualcosa è reso diritto, ma da un ragionamento» (GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 50). È la bontà delle ragioni che stanno dietro all'azione, giudiziaria o legislativa (o d'altro genere istituzionale) che sia, a definirne la forza – intesa come legittimità – nell'attuale civiltà giuridico-ordinamentale.

²²⁷ Con PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, 2007, 1294 possiamo dire che «interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata, e controllo di costituzionalità della legge hanno definitivamente messo in ginocchio il paradigma politico-istituzionale dell'onnipotenza democratica della legge fondata sulla presunzione di legittimità/intangibilità dei suoi contenuti. E nessuno potrebbe pensare di negare l'esistenza di questa realtà anche nell'area del diritto penale».

²²⁸ ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario*, cit., 359. È oramai diffuso il rilievo per cui il «marcato processo di costituzionalizzazione (sovra-interpretazione della Costituzione, interpretazione adeguatrice della legge alla luce della Costituzione, *Drittwirkung*, *Ausstrahlung* e applicazione diretta delle norme costituzionali)» (CELANO B., *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in AA.VV., *Analisi e diritto 2004*, cit., 54) comporta «l'aumento del tasso di creatività [interpretativa del] giudice comune» (SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo*, cit., 207).

Il tipo di Stato e la tipologia di governo di cui un Paese si dota in un determinato momento storico definiscono – se non totalmente, sicuramente in gran parte – il diritto che ordina il vivere sociale della collettività. A sua volta, il diritto – allorché modella la struttura politico-governativa della società – influenza le evoluzioni dell’assetto dei poteri statali, il cui concreto manifestarsi dipende dalle possibilità pratico-operative insite nella disciplina giuridica che regola il loro esercizio.

Evitando di addentrarci nell’analisi di dinamiche e fenomeni che si situano ben oltre i limiti che circoscrivono il presente lavoro, intendiamo qui porre in evidenza un ulteriore significativo profilo – di portata ordinamentale – che ha inciso e che tuttora incide sul progredire della giuristocrazia.

Ci riferiamo al proliferare dei diritti fondamentali e dei c.d. “diritti sociali”: diritti che esprimono ‘valori’ e ‘pretese’ che «si ergono sullo stesso principio democratico, sottraendosi all’onnipotenza della legge e anche alla forza dirompente della stessa revisione costituzionale [e che] pretendono di circolare nell’esperienza giuridica quotidiana per mezzo dell’opera interpretativa dei giudici»²²⁹.

All’interno del moderno (e costituzionalizzato) «Stato di diritto, [che] è qualcosa di diverso dallo Stato delle leggi»²³⁰, ci troviamo – come ha affermato Francesco Caprioli – nella «stagione della ‘certezza dei diritti’, asseritamente garantita dai giudici»²³¹.

²²⁹ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1293-1294. Come scrive Massimo La Torre, «se i diritti fondamentali non vogliono rimanere mera retorica o solo una sorta di frammenti, di “scaglie” di norme, se sono norme vere, c’è bisogno di un giudice dinanzi al quale poterli reclamare» (LA TORRE M., *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 2013, 178).

²³⁰ HIRSCH G., *Verso uno Stato dei giudici?*, cit., 110, il quale poco dopo precisa che «lo Stato di diritto è sia Stato dei giudici sia Stato delle leggi» (115). Con riferimento allo «Stato descritto nella Costituzione repubblicana», IRTI N., *L’età della decodificazione*, cit., 13-14 osserva che si tratta di uno Stato che «non si limita a custodire le regole di un gioco, lasciato per intero all’iniziativa e alla responsabilità dei singoli. Accanto a norme di tradizione liberale, che garantiscono i poteri dei privati e li pongono al riparo da ingerenze pubbliche, troviamo ormai *norme di scopo*: le quali assegnano allo Stato fini da perseguire o indicano risultati utili al benessere comune».

²³¹ CAPRIOLI F., *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 969, il quale – scetticamente (v. 979) – scrive ancora che, in questo scenario, «i diritti fondamentali contano più del diritto, vengono prima della legge, e la magistratura è tenuta ad assicurarne la tutela “indipendentemente e a prescindere da espliciti riconoscimenti legislativi”» (973-974, citando – nella parte riportata tra virgolette [...] – DI BITONTO M. L., *Giudice dell’esecuzione e art. 13 CEDU (argomenti a sostegno delle conclusioni del p.m. d’udienza disattese da Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano)*, in *Cass. pen.*, 2013, 2529). Sul punto, PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 157 osserva che, soprattutto dopo l’avvento delle Costituzioni moderne, «lo Stato ‘legale’ non basta più e si profila lo Stato ‘di diritto’ in senso proprio, poiché la funzione di garanzia dei diritti individuali si sposta dalla legge al giudice». Analogamente si esprimono FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti*, cit., 119 e ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, Torino, 1992, *passim*. (in part., 147-217; ove si afferma che «il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come ‘parti’ del diritto, non [più] come ‘tutto il diritto’. [...] C’è oggi certamente una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto, sconosciuta negli ordinamenti dello Stato di diritto legislativo. Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» [212-213]).

Nell'esperienza italiana, l'attivismo giudiziale è cresciuto e continua a crescere poiché il «mutato rapporto tra Stato e società, innescato dal declino del tradizionale *laissez-faire* e dal rapido sviluppo del *Welfare State*», ha comportato e comporta una presenza «via via più penetrante dello 'Stato provvidenza' in settori che lo Stato liberale lasciava invece al controllo privato» e ciò si è risolto e si risolve «in un'espansione senza precedenti del sistema giuridico e dunque della sfera decisionale del giudice»²³².

Ma non è solo la pervasiva – giacché 'ubiquitaria' – presenza giuridico-sociale del giudice che amplifica il momento giuristocratico. Sono le modalità di concretizzazione e la natura stessa dei diritti fondamentali e dei diritti sociali ad accrescere le funzioni e il ruolo dell'autorità giudiziaria.

Senza dubbio, all'aumentare delle possibilità di tutela dei diritti si moltiplicano di pari passo le istanze di controllo giurisdizionale; e così il giudice diviene quanto mai indispensabile per la garanzia degli interessi pubblici e privati (*lato sensu* intesi): «al riconoscimento dei diritti come patrimonio soggettivo individuale consegue l'importanza del compito dei giudici nell'attualizzazione di tale patrimonio»²³³.

Eppur tuttavia, la circostanza a nostro parere ancor più decisiva che muove a favore della giudiziarietà consiste nel fatto che le previsioni concernenti i diritti fondamentali e i diritti sociali sono portatrici di contenuti che, per essere realizzati, richiedono complesse operazioni di bilanciamento da parte dell'autorità giudiziaria. Una simile forma di intervento sviluppa «il carattere accentuatamente creativo dell'attività d'interpretazione»²³⁴ giudiziale, posto che in questi

²³² GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 9 e 11-12 (i quali – citando FRIEDMAN L. M., *Total justice*, New York, 1994, 22 – così proseguono: «Come Friedman rileva, non esistono oggi settori potenzialmente immuni dall'intervento pubblico e quindi aree che possano sottrarsi all'eventuale decisione di un giudice. In modo se si vuole ovvio, là dove c'è una legge, là c'è anche un giudice che in qualsiasi momento può essere investito del compito di interpretarla e applicarla»).

²³³ ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, cit., 77. Similmente, GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 127 scrivono che «la tendenza all'espansione del contenuto dei diritti fondamentali, che si può oggi osservare in quasi tutti i regimi democratici, ha come conseguenza un allargamento dell'intervento giudiziario». In senso ancora analogo si esprime KIRBY M., *Judicial Activism. Authority, principle and policy in the judicial method*, London, 2004, 34. Invero, come annota CANZIO G., *La "Dike" degli antichi e la "Giustizia" dei moderni: "Edipo Re" e "Antigone"*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 aprile 2018, 7, «uno dei tratti distintivi dello scenario giuridico degli ultimi decenni è rappresentato dal fenomeno della internazionalizzazione dei diritti umani e delle libertà della persona, il cui rispetto è affidato alle prescrizioni dettate dalle Carte costituzionali nazionali e dalle Carte internazionali dei diritti fondamentali, fra le quali spiccano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Alla "dignità" della persona umana si riconosce la natura di meta-valore, elevato a perno imprescindibile di ogni disciplina normativa, il cui connotato di ragionevolezza e proporzionalità viene commisurato di volta in volta al rispetto di quel valore primario. La tutela contro ogni violazione delle libertà e dei diritti della persona è affidata alle garanzie della giurisdizione, autonoma e indipendente dal potere politico, davanti sia ai giudici nazionali sia alle Corti costituzionali o alle Corti internazionali: la Corte europea per i diritti dell'uomo a Strasburgo; la Corte di giustizia dell'Unione Europea a Lussemburgo; i Tribunali penali internazionali per i crimini di guerra nella ex Jugoslavia e in Ruanda a L'Aja; la Corte penale internazionale a Roma».

²³⁴ CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, cit., 29-30, il quale sviluppa tale considerazione (a nostro parere applicabile anche ai diritti fondamentali *tout court*) con specifico riguardo ai diritti sociali (v. anche 30, nt. 60). Il fatto che i

casi il giudice è tenuto a indovinare – di volta in volta – la giusta combinazione che eviti il “tiraneggiare”²³⁵ di un diritto sull’altro o sugli altri. E, nel far ciò, egli si ritrova a edificare attivamente il sistema, poiché affermare in concreto l’esatta portata dei diritti (o riconoscerli addirittura *ex novo*: si pensi ai c.d. “diritti emergenti”) significa definirne l’essenza – *recte*: l’esistenza – e, nell’insieme, plasmare la realtà giuridica dell’ordinamento in cui tali diritti s’inseriscono.

Tra l’altro, può capitare che alcune di queste articolate “costruzioni giudiziali” si sgancino dalla vicenda storica particolare dalla quale son sorte e trovino consolidamento in termini generali. Può avvenire, cioè, che alcune ricostruzioni elaborate dalla giurisprudenza per approcciare problematiche ricorrenti, relative a situazioni giuridicamente rilevanti non previamente positivizzate dal legislatore, vengano riproposte come modelli di riferimento per successivi giudizi.

Si faccia l’esempio delle videoriprese in materia processuale-penale. In quest’ipotesi, le ingegnose voci alternate della Corte di cassazione (Sez. un. Prisco – 2006) e della Corte costituzionale (sentt. n. 135 del 2002 e n. 149 del 2008) hanno configurato una disciplina paranormativa praticamente *ex nihilo*. A livello giurisprudenziale si è delineato un inedito schema, poi consolidatosi, in grado di contemperare – *case by case* – i diritti fondamentali che vengono in gioco allorché siano impiegate le “videoriprese” come mezzo di ricerca della prova. L’impianto metodico forgiato dai giudici di legittimità e dalla Consulta (v. *infra*: cap. IV, § II) ha reso e rende ancor oggi possibile co-ordinare tra loro, adattandoli alle specificità della fattispecie in esame, l’inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), la libertà di pensiero e di comunicazione (art. 21 Cost.) e il diritto alla riservatezza (arg. *ex art.* 2 Cost.) con le esigenze accertative (art. 112 Cost.) e i vincoli di validità probatoria caratterizzanti il procedimento penale (arg. *ex art.* 111, co. 1 Cost.).

In estrema sintesi, riteniamo che sia il modo in cui richiedono d’essere trattati, sciolti e applicati i diritti fondamentali e sociali a estendere gli spazi di potere del giudice.

In uno Stato²³⁶ che s’impegna a esaltare e ad assicurare questi diritti, accade che «si ricerc[hi] la salvaguardia della persona direttamente nella [loro] affermazione, saltando la mediazione costituita

giudici, come scrive DEUMIER P., *Motivtion des arrêts de la Cour de cassation: conférence du professeur Deumier. Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, in www.courdecassation.fr, 14 settembre 2015 siano « gardiens, non plus seulement de la loi, mais aussi des droits fondamentaux » comporta che « les juges assument ainsi une nouvelle responsabilité dont la part politique est plus visible. Cette montée en puissance des juges dans les régimes démocratiques à partir de la seconde moitié du 20^e siècle s’est souvent accompagnée d’un développement de leur motivation ».

²³⁵ V. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 – c.d. “caso Ilva”.

²³⁶ In ottica prettamente penalistica, potremmo anche scrivere «in un sistema penale di un moderno Stato sociale di diritto costituzionalmente orientato» (CATERINI M., *Il ruolo “politico” del giudice penale*, cit., 515).

dalla (ormai inadeguata) mediazione della legge democratica»²³⁷. Ci si appella al giudicante e lo si incoraggia ad essere – con la bilancia in mano – interpretativamente creativo.

La «marea delle leggi volte a potenziare la tutela dei beni giuridici individuali»²³⁸ e l'espandersi incessante dei diritti (oramai divenuti «insaziabili»²³⁹, in un'era globalizzata²⁴⁰), fanno sì che nel giudice si rinvenga – meglio: si (ri)trovi – l'architrave dell'intero ordine giuridico.

I.5. EPISODI STORICI SINGOLARI (V. 'MANI PULITE') E LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA

Anche in virtù dei fattori sinora rammentati (v. §§ I.1, I.2, I.3 e I.4), si registra – si recupera? – un rapporto sempre più diretto dei giudici e *tout court* della magistratura con i singoli cittadini.

La magistratura «si rende interprete dei diritti di tutti, e talora delle minoranze, spesso contro le ragioni particolari o prevaricatrici della politica ufficiale, e lo fa dal basso, cioè partendo dai casi, dalle pretese dei singoli interessati. Ciò produce *un'evoluzione dei compiti del potere giudiziario*»²⁴¹, che – invece di essere «una nuvola che galleggia sulla storia»²⁴² – si misura con le forze sociali (di natura politica, economica, culturale ecc.) e tende a offrire loro risposte concrete.

²³⁷ PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 7. A proposito della tutela dei diritti fondamentali distingue fra “*rule by law*” e “*rule of law*” DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 124 («Se è chiara la distinzione fra *rule by law* e *rule of law*, appare evidente come ogni sede nella quale si ponga, quale oggetto dell'attività giurisdizionale, non già l'applicazione delle norme in quanto espressione del potere dello Stato, ma la tutela dei diritti fondamentali *contro* il potere dello Stato, pertiene all'ambito del *rule of law*»). Evidenziano l'espandersi dei diritti fondamentali in Europa, in connessione e nel rispetto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, FERRARESE M. R., *Il diritto al presente*, cit., 121 (la quale ricorda che «lungo i percorsi del diritto costituzionale transnazionale, a circolare sono soprattutto questioni di diritti 'fondamentali'»; v. 135-185) e GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 47 e 52 (il quale pone in risalto il ruolo centrale e la «funzione sostanzialmente inventiva di cui si carica» la Corte di Giustizia: «una operosa officina, dove prestigiosi giuristi sono alla ricerca di *valori* su cui costruire dei *principii* capaci di dare adeguata fondazione a situazioni giuridiche vitali per l'esistenza del cittadino europeo»; v. 48 ss.).

²³⁸ PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 25 (ove si richiama la fortunata espressione tedesca “*Gesetzesflut*” [“marea o diluvio di leggi”], «introdotta da NOLL P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, 164, per descrivere lucidamente il fenomeno che ci occupa» [nt. 75]).

²³⁹ Cfr. DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1474 ss. (ove si richiama l'espressione utilizzata da PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in AA.VV., *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, (a cura di) FERRAJOLI L., Bari-Roma, 2008, 179 ss.; PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in AA. VV., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, (a cura di) A. PINTORE, Pisa, 2010, 83 ss.). Parlano di «insopprimibile vocazione all'espansione» dei diritti PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 202.

²⁴⁰ Sulla tematica, v. SANTORO E., *Diritto e diritti*, cit., *passim*. (in part., 1-118).

²⁴¹ DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 87. Sull'evoluzione del potere giudiziario: INSOLERA G., *Una discesa nel Maelström*, cit., 4; LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto*, cit., 86-92; MANES V., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale*, cit., 1919-1924; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 53-56; VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, cit., 341 ss.

²⁴² Ritiene che il diritto «non [sia] mai una nuvola che galleggia sulla storia» GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia*, cit., 40-41. Ci ricorda KAUFMANN A., *La filosofia del diritto oltre la modernità* (1990), in KAUFMANN A., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, (a cura di) G. MARINO, Milano, 2003, 307-308 che «la ‘storicità del diritto’ è la dimensione decisiva, che fa del diritto un *diritto umano* [che] vive dell'eredità della *tradizione* e della *cultura* come

Guardando, per quanto qui d'interesse, alla giurisdizione penale, si può dire che il giudice ha assunto funzioni di "supplenza" – e finanche "superato"²⁴³ gli altri poteri statali – nella gestione di alcuni fenomeni criminosi gravanti sulla società.

Nell'ultimo cinquantennio, l'intervento giudiziario si è fatto giuristocratico affrontando apertamente una serie di accadimenti (es. le stragi di Piazza Fontana, di Piazza della Loggia e della Stazione di Bologna, nonché quelle del treno Italicus e del DC9 di Ustica; le emergenze legate alla criminalità organizzata e al terrorismo; i disastri ambientali; ecc. ecc.) rispetto a cui la politica – quella legislativa, in particolare – non ha dimostrato un'eguale capacità di reazione²⁴⁴.

A prescindere dalla bontà dei risultati raggiunti in concreto, sui quali non è d'interesse soffermarsi in questa sede, l'agire giurisdizionale si è visto riconosciuti o ha comunque *de facto* acquisito poteri operativi che lo hanno accresciuto e valorizzato.

La giurisprudenza penale – ma potremmo in realtà dire: la magistratura penale nel suo complesso, giudicante e requirente – ha conquistato il "centro della scena".

Progressivamente celebrata dalla (distorta) rappresentazione mediatica²⁴⁵, nel circuito democratico l'autorità giudiziaria ha iniziato a vantare una legittimazione tale da riconoscerle doti

terreno comune, sul quale si ritrova ogni comunità di un determinato tempo». Sul dipanarsi storico-filosofico del Diritto, è obbligato il rinvio a HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio* (1820), (trad. it.) B. HENRY, Bari-Roma, 2010, *passim*.

²⁴³ GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1990-1991.

²⁴⁴ In materia: BAGAROTTO G., *Tenera è la legge*, Macerata, 2002, 54 (v. 39-54); FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti*, cit., 125-126; MANNA A., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 33; MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995; PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 39-40; NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 651 («Da un sistema concepito e giustificato sulla supremazia della legge in uno sempre più direttamente imperniato sul potere del magistrato; un potere che viene postulato come 'diverso', come immancabilmente affidabile e, perciò, superiore»); PRETEROSSO G., *Ciò che resta della democrazia*, Bari-Roma, 2015, 164; PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, cit., 3; SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 17; 24-25; VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, cit., 356.

²⁴⁵ Parla di «deformante giustizia mediatica» AMODIO E., *Estetica della giustizia penale. Prass, media, fiction*, Milano, 2016, XII, il quale osserva lapidariamente che «i media fanno *tabula rasa* di tutte le garanzie e immolano l'indagato sull'altare sacrificale della responsabilità» (135); e posto che «la conoscenza di chi sta nel processo è a 360 gradi, mentre quella dei media è frammentaria, parcellizzata al punto da rendere irricognoscibili le immagini a fronte dello scenario a tutto campo sedimentato nella memoria degli uomini di toga» (130), accade che «l'informazione giornalistica [e, in generale, mediatica], con la sua incisività e la sua invadenza, rub[i] la scena alla giustizia in toga» (130). Sull'influenza dei mezzi di comunicazione (e dei *mass media*, in particolare) sui principi e sulle dinamiche penali, sostanziali e processuali, la letteratura è sconfinata. *Ex multis*: AA. VV., *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, (a cura di) C. CONTI, Milano, 2016; BARTOLI R., *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 59 ss.; BERTOLINO M., *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1070 ss.; CAMALDO L., *La pubblicazione degli atti tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano, 2012; CANZIO G., *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1537 ss.; CATALANO E. M., *Sulla presunta irrilevanza del clamore mediatico intorno a vicende giudiziarie*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 89 ss.; CHENAL R., *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 37 ss.; CHIAVARIO M., *I rapporti giustizia-"media" nella giurisprudenza della Corte europea*

“redimenti” e “salvifiche”, come se – dimentichi dell’esistenza di altre istanze e istituzioni socio-ordinamentali – soltanto l’arrivo del giudice fosse in grado di rispondere ai bisogni della collettività²⁴⁶.

dei diritti dell’uomo, in *Foro it.*, 2000, 5, 220 ss.; COLAIACOVO G., *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, (a cura di) G. SPANGHER, Torino, 2017, 351 ss.; CONTI C., *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”. Una tutela della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 78; DALIA G., *Processo penale e informazione giudiziaria*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2018, 575 ss.; DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in www.sistemapenale.it, 7 settembre 2020, 12; FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 79 («In passato la cronaca nera occupava le ultime pagine dei giornali. Oggi i telegiornali si aprono con l’ultimo omicidio o l’ultimo stupro. La percezione dell’insicurezza è insomma interamente una costruzione sociale, prodotta da quelle fabbriche della paura nelle quali si sono trasformati i media e in particolare la televisione»); FERRARELLA L., *Il “giro della morte”: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4 ss.; FILIPPI L., *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa “Watchdog” della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione di innocenza e privacy*, in *Cass. pen.*, 2008, 813 ss.; GARAPON A., *La Repubblica penale* (1996), (trad. it.) S. SINIBALDI, Macerata, 1997, 18 ss. («Mentre la giustizia parte dalle presunzioni per arrivare a certezze relative, i media vogliono subito fatti concreti, meglio se spettacolari. La loro logica è più emozionale che razionale. La fame insaziabile di scoop li obbliga, non senza rischi, a strategie discutibili e ad accettare informazioni a volte non confermate, a volte pregiudizievoli per qualcuno. Essi scivolano insensibilmente fuori dei principi del diritto sotto la pressione degli imperativi della concorrenza [di mercato]» (22)); GARGANI A., *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, in *Studi senesi*, 2017, 71 ss.; GIOSTRA G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020, 28 ss.; GIOSTRA G., *Processo mediatico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2017, 646 ss.; GIOSTRA G., *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 57 ss.; LANZA L., *Postfazione di un giudice*, in AA. VV., *Il processo invisibile. Le dinamiche psicologiche nel processo penale*, (a cura di) A. FORZA, Venezia, 1997, 316; LORUSSO S., *Indagini preliminari, danno da esposizione mediatica e tempi ragionevoli: fattispecie e rimedi*, in AA. VV., *La vittima del processo*, cit., 137 ss.; LUDOVICI L., *Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all’imputazione*, in AA. VV., *La vittima del processo*, cit., 341 ss.; MANES V., *Diritto penale no-limits*, cit., 94; MANES V., *La “vittima” del “processo mediatico: misure di carattere rimediabile*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 129 ss.; MARAFIOTI D., *A passo di giudice. Democrazia e “rivoluzione giudiziaria”*, Napoli, 1994, 52 (il quale parla di «quadripartito della democrazia: Parlamento, Governo, Giustizia, stampa»); MAZZANTI E., *Eternal Sunshine of the Spotless Crime. Informazione e oblio nell’epoca dei processi su internet*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 212 ss.; NOBILI M., *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Crit. dir.*, 1997, 127-131; ORLANDI R., *La giustizia penale nel gioco di specchi dell’informazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 47 ss.; PADOVANI T., *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 689 ss.; PALAZZO F., *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 139 ss.; PALIERO C. E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.; RECCHIA N., *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 129 ss.; SPANGHER G., *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 806 ss.; SPANGHER G., *Considerazioni*, cit., 70-71; STORTONI L., *Una piccola falla può far crollare la diga*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETI, Pisa, 2016, 43 ss.; TAMIETTI A., *Processo e mass-media nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 377 ss.; TARLI BARBIERI G., *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 20 ss.; TRIGGIANI N., *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012; TURCHETTI S., *Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 97 ss.; VALENTINI G., *La presunzione d’innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 193 ss.; VOENA G. P., *Processo penale e mezzi di comunicazione di massa: un instabile stato dell’arte*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1113 ss.; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione dibattimentale di primo grado*, Milano, 2019, 85-90.

²⁴⁶ Nota SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 4 che «abbiamo assistito, negli ultimi decenni, a troppe epopee di giudici “salvatori della Patria”, alcuni autentici eroi, altri autentici furbacchioni, per sottovalutare il pericolo

A riprova dell'assurta preminenza del decisore giudiziale sui decisori prettamente politici è sufficiente richiamare alla memoria l'episodio al riguardo forse più significativo della storia del nostro Paese: il c.d. "caso Tangentopoli" o "Mani pulite".

Sebbene, «in Italia, la magistratura penale [abbia] cominciato assai prima della faccenda denominata Mani pulite a svolgere una funzione di 'supplenza', [...] soprattutto a causa dell'inefficienza dell'amministrazione pubblica e della scarsa o nulla operatività dei controlli amministrativi»²⁴⁷, l'"avanzata del terzo potere" ha significativamente cambiato passo dopo il 1992²⁴⁸.

rappresentato dal senso del limite, dallo spirito di crociata, fanatica od opportunistica, dalle carriere politiche costruite all'ombra del controllo di legalità piegato spesso alle esigenze di uno strumentale pan-penalismo». Su questa sorta di «incondizionato e perenne affidamento alla funzione salvifica, palinogenetica e quasi materna della magistratura» (per utilizzare il lessico di DI DONATO F., *La riforma e le pignatte. Dalla mediazione patriarcale alla demotivazione delle sentenze. Diritto e politica nella Napoli del Settecento*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2016, 25), cfr. DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 9 e 13-14 («In nessun Paese che io conosca le amministrazioni locali e quelle regionali, i parlamentari, gli esponenti dei partiti, di regola insieme agli imprenditori, sono così esposti come in Italia all'azione penale e alle indagini delle procure della Repubblica, e poi al controllo e talvolta anche all'applicazione di sanzioni effettive da parte della magistratura giudicante. Non è un giudizio di valore. Il mestiere del politico è da noi particolarmente a "rischio penale", anche se non ancora come quello dell'imprenditore, specialmente in forma societaria. [...] In questa dimensione culturale si passa *immediatamente* da ciò che è reato a ciò che è lecito *in quanto* non delittuoso: come se la grande terra di mezzo, di quello che è società civile non perché non delittuosa ma semplicemente e lecitamente perché privata o pubblica, fosse una realtà priva di autonoma definizione e forza aggregante. Dove è il delitto a stabilire il lecito – ciò che delitto non è! – abbiamo una società già compromessa o dal troppo penale (anche il non delitto appare spesso di difficile o incerta definizione), o da una mancanza di valori autonomi di etica socio-politica (manca un'etica non legale e non penalistica di comportamento), in quanto frammentata nell'individualismo di singoli o di gruppi le cui ideologie sono oggi un non-valore per la generalità. Non esiste insomma un'etica pubblica dei partiti, degli amministratori e della classe politica diversa dalla non delittuosità del comportamento, perché "va già bene", in termini etici, che esso non costituisca reato. Il resto è efficienza, accordo, consenso, risultato eccetera: un qualcosa che neppure si definisce bene nei termini di un'etica di matrice utilitaristica»); FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 105 e 108-111; MARAFIOTI D., *A passo di giudice*, cit., 22-23 e 68; PRETEROSSO G., *La magistratura*, cit., 78 («Le crescenti aspettative rispetto alla giurisdizione non riguardano solo la sfera della vita privata e del *bios*, e quindi il diritto civile (dove ci sono interessi e posizioni soggettive da far valere), ma investono anche, e pesantemente, l'ambito penale. C'è una dimensione simbolico-rassicurativa che, nella percezione di anomia e ingovernabilità che monta nelle nostre società (largamente per effetto delle dinamiche opache del *finanzcapitalismo*, e del caos geopolitico che ne deriva), investe direttamente la giurisdizione: è una situazione non fisiologica, che può condurre a squilibri gravi, mettendo a rischio diritti e libertà») e 80-81.

²⁴⁷ PANEBIANCO A., *Prefazione*, in GARAPON A., *La repubblica penale*, cit., XIV-XV.

²⁴⁸ Relativamente ai fatti del 1992: BAGAROTTO G., *Tenera è la legge*, cit., 17 afferma che «l'attivismo di Mani pulite ha elevato la magistratura a un ruolo di protagonista della vita politica nazionale, in apparente contrasto con il collasso delle strutture giudiziarie»; DONINI M., *Populismo penale*, cit., 4 osserva che «il populismo *penale* nasce in Italia con Tangentopoli»; MANES V., *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale*, cit., 1930 e 1932 condivide «la posizione che ravvisa nelle indagini che scoperchiano il fenomeno Tangentopoli una *diversità qualitativa* nel *judicial activism*, sostanzialmente diverso da quell'esperienza che aveva impegnato la magistratura più *engagé* a partire dal convegno di Gardone. [...] Dietro le inchieste "Mani pulite" – che erompono in un contesto di profondo mutamento del sistema politico italiano – può intravedersi una forma di "attivismo" che ha spostato il *focus* dall'oggetto dell'attività politica alla politica stessa, quale "sistema di interessi" sempre più caratterizzato da quella sinergia patologica e virulenta tra governo della cosa pubblica e "mercato delle tangenti" che svelerà presto la sua dimensione "sistemica"; giustificando così l'azione della magistratura in chiave di ripristino di una legalità per lungo tempo rimasta lettera morta, e dunque in

A seguito dello scandalo Tangentopoli, «la politicizzazione del potere giudiziario comincia ad assumere caratteri di maggiore autonomia, divenendo sempre più una politicità di matrice endogena, se non del tutto autoreferenziale [ed] è proprio quest'ultimo atteggiamento quello che più direttamente entra in conflitto o in concorrenza con la politica ufficiale»²⁴⁹.

La vicenda *de qua* scoperchia la «diffusa corruzione del ceto politico e della pubblica amministrazione» e così contribuisce, «da un lato, alla desacralizzazione della legge, [che si inizia a percepire, più che in passato, come] piegata a interessi particolari e come un'imposizione della maggioranza [invece] che come il frutto della dialettica parlamentare»; dall'altro lato, a «un'eutrofia della responsabilità penale, con conseguente sovraesposizione politica della magistratura, investita di un ruolo anomalo di “controllo della virtù”»²⁵⁰.

La stagione apertasi agl'inizi degli anni Novanta del secolo scorso inaugura «la delegittimazione per via giudiziaria e mediatica dell'intera classe politica»²⁵¹ e la «tendenza a far rifluire tutto – politica e costume – nel fenomeno giudiziario», con una «esaltazione smodata del fenomeno processuale, e quindi del ruolo del giudice e del valore delle [sue] decisioni»²⁵².

chiave di intervento surrogatorio rispetto a quei controlli interni che la stessa prassi politica aveva dismesso o, per lo meno, “anestetizzato”»; VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, cit., 350 rileva che «nella società comincia a farsi strada l'idea che il magistrato possa davvero sostituire il politico nel governo del Paese. I mezzi di comunicazione sfruttano il cattivo momento della politica e la popolarità delle inchieste, per farne argomento principe delle prime pagine e dei *talk show*. Attorno alla magistratura e alle sue indagini si aggrega, verso la metà degli anni Novanta, una domanda di legalità che si trasforma in domanda ai giudici di incidere sul sistema politico smascherando con gli strumenti del processo penale le malefatte, vere o presunte, delle classi dirigenti, soprattutto politiche. Questa domanda si radica in parte della società, parte dei mezzi di comunicazione e parte dello stesso mondo politico e trova un fondamento ulteriore nel fenomeno della delega alla magistratura delle scelte di politica criminale. In quella fase, infatti, la politica delega alla magistratura non le indagini sui corrotti, ma il compito politico della lotta alla corruzione. Così come negli anni Settanta e Ottanta, il mandato alla magistratura fu: “combattete il terrorismo” e non: “arrestate i terroristi”; “combattete la mafia”, non: “individuare e condannare i mafiosi”. Si afferma il fenomeno della supplenza della magistratura nei confronti della politica, fenomeno che porterà a vere e proprie forme di ingresso della magistratura nella forma di governo. Questa inedita attribuzione di funzioni latamente politiche trasforma il magistrato in “giudice di scopo”, organo cui non è più affidata solo l'applicazione della legge, ma anche il conseguimento di una finalità generale, che sarebbe compito proprio della politica».

²⁴⁹ BELFIORE E., *Ancora sul principio di legalità tra legislatore e giudice*, in www.discrimen.it, 7 ottobre 2019, 1. Analogamente, FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti*, cit., 112 e 118, nonché 124-127.

²⁵⁰ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., 160. Sul ‘controllo della virtù’, l'Autore richiama PIZZORNO A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Bari-Roma, 1998. Su questo versante, parla di «sistema in agonia» (83) e ritiene vi sia stata una «tolleranza della corruzione generalizzata», che ha comportato la «tutela degli assetti esistenti» (85, nt. 41) fino alla «rivoluzione politica [avvenuta] attraverso una rivoluzione giudiziaria» (81-82) o «togata» (121), MARAFIOTI D., *A passo di giudice*, cit.

²⁵¹ INSOLERA G., *Una discesa nel Maelström*, cit., 6-7.

²⁵² MARAFIOTI D., *A passo di giudice*, cit., 82-83, nt. 38.

Si rivendica «“sempre più potere ai giudici”»²⁵³ e – con il rischio di un’«esplosione giudiziaria»²⁵⁴, o meglio: nonostante il rischio di un’esplosione giudiziaria – «si punta tutto, o quasi, sul [loro] primato e sulla loro iniziativa, per rigenerare la politica e l’amministrazione»²⁵⁵.

Comportando simili ricadute, la vicenda Mani pulite si annovera a pieno titolo tra gli eventi storici sollecitanti la giuristocrazia. Al contempo, tuttavia, rappresenta anche un evento che sollecita riflessioni sulla legittimazione (democratica) del giudice, in quanto pone – come altra faccia della medaglia e in termini più marcati di ieri – «il problema del potere discrezionale del giudice penale e del suo retto esercizio»²⁵⁶.

A tal ultimo riguardo, l’obbligo di motivazione costituisce uno degli strumenti privilegiati sui quali poter contare per garantire il regolare svolgersi dell’attività giudiziale, tanto più legittima quanto più trasparente²⁵⁷. Ed essendo maggiorate le funzioni del giudice, devono a nostro parere

²⁵³ MARAFIOTI D., *A passo di giudice*, cit., 92, il quale osserva altresì che «la mitologia delle ‘mani pulite’ crea nell’immaginario collettivo la rappresentazione speculare delle ‘mani sporche’, con raffigurazioni totalizzanti e l’ingresso di fondamentalismi di nuovo tipo» (86).

²⁵⁴ L’espressione utilizzata appartiene a VARAUT J., *Le droit au juge*, Paris, 1991, 17.

²⁵⁵ MARAFIOTI D., *A passo di giudice*, cit., 96. E lo si fa, cioè si punta sul giudice, con una delega di «poteri così lati ed esercitati in moto tale» che, continua l’Autore, si finisce per «spingere i cittadini a parteggiare per essi, esponendo pertanto la loro funzione al rischio di perdita di immagine, in ordine agli attributi decisivi dell’imparzialità e della neutralità» (98). Sulla tematica, in generale, v. DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 54-55 e MANES V., *Diritto penale no-limits*, cit., 98-99.

²⁵⁶ DELOGU T., *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 370.

²⁵⁷ In merito al fatto che di “legittimazione democratica” possa parlarsi, in via più o meno (in)diretta, anche con riferimento a poteri diversi da quello legislativo e che per il potere giudiziario – in particolare, per il giudice – tale forma di legittimazione si rinvenga negli artt. 101, co. 2 e 111 Cost., oltre che nei vincoli processuali che definiscono la sua attività (quali il principio di legalità, il principio del contraddittorio, il citato obbligo di motivazione, il divieto di *non liquet* ecc.), cfr. CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 6 («Anche in ordine al fatto, quindi, non solo in ordine al diritto, il contraddittorio e la motivazione sono presidi di legalità razionale; sono, in ultima analisi, fonti di legittimazione»); DE LUCA G., *Prefazione*, in MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, XIV; DINACCI F. R., *L’obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema di inammissibilità delle impugnazioni*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 4 («Se, infatti, si procede ad un raccordo tra gli artt. 101, co. 1, con l’art. 111, co. 6, Cost. emerge un connubio tra il potere di decidere e il dovere di motivare. In sostanza affermandosi che “la giustizia è amministrata in nome del popolo” si specifica poi come tale ‘potere’ debba essere assoggettato ad una motivazione imposta con un sintagma lessicale direttamente precettivo come emerge dall’utilizzo della formula in termini di ‘dovere’. Pertanto, il coordinamento normativo del testo costituzionale consente di affermare come l’esistenza di un’adeguata motivazione costituisca la forma attributiva di un legittimo potere di decidere. Questo, infatti, come tutti i poteri non può immaginarsi senza limiti e in particolare deve essere esercitato in modo tale da consentirne un controllo. Tutto ciò assegna all’obbligo di motivazione la specifica funzione di potere effettuare una verifica sui modi di esercizio del potere giurisdizionale; e tale verifica deve realizzarsi sia all’interno che all’esterno del processo»); FERRAJOLI L., *Giurisdizione e consenso*, in *Questione giustizia*, 2009, 4, 11 (il quale individua nel «carattere tendenzialmente cognitivo della giurisdizione [il] primo fondamento della sua legittimità», rilevando a tal riguardo e più precisamente che «quanto alla giurisdizione, la sua natura tendenzialmente cognitiva, oltre che prescrittiva, è chiaramente riconoscibile dalla motivazione, in fatto e in diritto, richiesta a ogni provvedimento giudiziario»); FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti*, cit., 130; GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 39 («La sottoposizione di un organo all’obbligo di motivare è stata sempre richiesta in funzione della facilitazione del controllo sull’operato di detto organo. È sia un problema di equilibri, di bilanciamento di poteri, sia un problema di garanzie»); ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 397 e 398 («La legittimazione democratica del

adeguarsi – affinandosi – anche le metodiche motivazionali, immaginando ad esempio nuove conformazioni per la giustificazione del provvedimento²⁵⁸.

I.6. RAPPORTO LINGUA/LINGUAGGIO

Dal momento che – socialmente (ontologicamente?²⁵⁹) parlando e viepiù giuridicamente parlando – «siamo fatti di parole, viviamo e respiriamo nelle parole»²⁶⁰, il rapporto

diritto giudiziale dipende in larga misura dalla trasparenza delle scelte valutative, ideologiche e culturali operate dall'interprete. [...] L'argomentazione che un giurista segue per giustificare e motivare una decisione dev'essere necessariamente esplicita»); SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo*, cit., 209 (il quale richiama, nel passo riportato tra virgolette [...]), ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 398: «In una democrazia costituzionale il legislatore non possiede il monopolio della legittimazione democratica, di modo che anche le altre istituzioni, pur se non elettive, mantengono una loro legittimazione democratica. La legittimità democratica della magistratura dipende dalla “trasparenza del processo di interpretazione del diritto [Rechtsgewinnung]”. In assenza di una morale condivisa, è necessario ricercare un consenso che si basi sulla *trasparenza delle procedure decisionali*, perché – rinunciando alla *sincerità metodologica* – si può ingenerare il sospetto che l'interprete persegua determinati interessi economici o politici. Di conseguenza la *motivazione* e il *metodo di decisione* assumono un ruolo centrale quando si discute del problema della legittimazione democratica della magistratura»).

²⁵⁸ Riprendendo le parole di AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 453, può dirsi che «il mutato rapporto tra i cittadini e lo Stato consacrato dal principio di sovranità popolare (art. 1 Cost.) comport[a] un nuovo modo di concepire la posizione del magistrato in seno all'ordinamento: non più l'illuministica fiducia nella totale abdicazione della sua personalità in funzione di asservimento alla supremazia della legge, ma riconoscimento di una più consapevole presenza nel giudizio che comporta la diretta responsabilità politica di fronte al popolo, cui è demandato, attraverso il controllo della motivazione, il giudizio definitivo sulla effettiva democraticità delle scelte operate». Scrive POSENATO N., *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, 2017, 58 e 63 che «la legittimazione è un concetto chiave della *governance* democratica, collegato all'esigenza che tutti i poteri dello Stato si conformino al principio democratico; e rileva in termini di esercizio dell'autorità da parte delle istituzioni pubbliche e di equilibrio fra tali poteri. La legittimazione della giustizia o del potere giudiziario corrisponde al fondamento politico-normativo della funzione giurisdizionale e della potestà esercitata dai magistrati e all'insieme dei fattori che stanno alla base della fiducia riposta dai cittadini nelle istituzioni, della loro volontaria sottomissione al sistema giuridico e dell'osservanza delle decisioni giudiziali. L'analisi della *judicial legitimacy* vuole così rispondere alla domanda del se e in quali circostanze il ruolo creativo dei giudici costituisce un legittimo esercizio del potere giudiziario, dato che le scelte politiche in una democrazia sono normalmente riservate al potere legislativo e a quello esecutivo, sulla base dell'istituto della rappresentanza popolare. [...] Anche in diversi sistemi giuridici europei è possibile riscontrare attualmente un avvicinamento a quella che può essere chiamata la dottrina della *legittimazione argomentativa*. Soprattutto negli ultimi anni il tema dei provvedimenti giudiziari viene sempre più correlato ai valori della trasparenza, dell'accessibilità e della comprensione, in termini di apertura del dibattito giuridico alla collettività. Negli ordinamenti di *civil law* la questione viene spesso declinata come *nuova conformazione della motivazione della sentenza*».

²⁵⁹ Scrive Massimo Cacciari che il linguaggio può essere inteso «come custode dell'essere» e del pensiero umano, poiché «non si dà idea se non nell'espressione linguistica» (CACCIARI M., *La mente inquieta. Saggio sull'Umanesimo*, Torino, 2019, 14, il quale afferma ancora che «l'idea, nella forma linguistica, è sempre anche immagine, partecipa sempre alle dimensioni metaforiche del linguaggio» [17]. Sulla costruzione di immagini mentali, BATESON G., *Mente e natura. Un'unità necessaria*, (trad. it.) G. LONGO, Milano, 1984, 48 osserva che «è il nostro cervello a costruire le immagini che noi crediamo di percepire. È significativo che ogni percezione, ogni percezione conscia, abbia le caratteristiche di un'immagine»; e ancora: «in quanto essere umano, io sono un costruttore di immagini mentali» (57). Dal punto di vista giuridico, propone riflessioni illuminanti e visionarie sull'iconograficità della fattispecie Michele Papa: PAPA M., *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017; PAPA M., *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 129 ss.; PAPA M., *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in www.discrimen.it, 4

lingua/linguaggio è un fattore ulteriore da prendere in considerazione, allorché ci si confronti con il mondo del diritto e, in esso, si esamini il ruolo rivestito dai vari attori che lo animano²⁶¹.

Non a caso, Francesco Palazzo scrive che «il linguaggio è in definitiva la vera fonte del diritto»²⁶² e Maria Vittoria Dell'Anna afferma che «il processo non si serve di lingua, ma è fatto di lingua»²⁶³.

marzo 2020; PAPA M., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in AA.VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguiuele*, I, (a cura di) G. CONTE – S. LANDINI, Mantova, 2017, 329 ss. In materia, v. altresì IRTI N., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, 148 e MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431 ss.).

²⁶⁰ RECALCATI M., *L'ora di lezione. Per un'erotica dell'insegnamento*, Torino, 2014, 90 (e analogamente in RECALCATI M., *A libro aperto. Una vita è i suoi libri*, Milano, 2018, 41). Si parla di linguaggio come «medium in cui gli interlocutori si comprendono e in cui si verifica l'intesa sulla cosa» in GADAMER H. G., *Verità e metodo. Trattati fondamentali di una ermeneutica filosofica* (1960), (trad. it. – ed. 1986) G. VATTIMO, Milano, 2019, 783. Sull'«agire comunicativo (orientato all'intesa)», v. HABERMAS J., *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), I e II, (trad. it.) P. RINAUDO, Bologna, 1986 e HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., *passim*. (ove si ricorda tra l'altro che «i pensieri sono articolati in proposizioni [e] che è nella struttura delle proposizioni che noi leggiamo la struttura dei pensieri» [19]. Invero, come scrive NERI F., *Ritorno al metodo*, in *Gazz. fil.*, 27 settembre 2018, «pensiero, ragionamento e discorso hanno una base comune: il linguaggio»; fermo restando il rilievo di SAUNDERS G., *L'uomo col Megafono*, in SAUNDERS G., *L'egoismo è inutile. Elogio della gentilezza*, (trad. it.) C. MENNELLA, Roma, 2014, 21, ovverosia che «il linguaggio [è] un prodotto del pensiero [e] il pensiero è a sua volta un prodotto del linguaggio»).

²⁶¹ Sull'importanza dello studio della lingua e del linguaggio, emblematicamente si esprime PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 49: «Perché interessarsi di formule linguistiche, in una riflessione sulla crisi della legalità? Come ironicamente ci ricorda Goethe, facendo parlare Mefistofele, *eben wo Begriffe fehlen / da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein* (dove mancano concetti si insinua, al momento opportuno, una parola): con parole si può ben discutere e costruire un sistema (*mit Worten lässt sich trefflich streiten / mit Worten ein System bereiten*)». Su «lingua e diritto»: AA.VV., *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, (a cura di) J. VISCONTI, Milano, 2010; AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013; IRTI N., *Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto*, Bologna, 2020 (e la recensione di GIUNTA F., *L'abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo). Leggendo Natalino Irti*, Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto, *Il Mulino*, 2020, in www.discrimen.it, 11 gennaio 2021).

²⁶² PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 74: «In ogni caso, si tratti di elementi descrittivi ovvero di elementi valutativi, è chiaro che essi sono sempre espressi nell'enunciato normativo da 'termini', da espressioni linguistiche, intendendo per tali non già il semplice segno grafico, ma anche – com'è ovvio – il contenuto significato simboleggiato dal segno. Pertanto, se l'indicazione dei fatti da parte della norma costituisce parte integrante del sistema giuridico, il quale ha sempre e necessariamente come suo punto di riferimento dei fatti, non è dubbio che il linguaggio svolge un ruolo preponderante nella formazione del sistema giuridico, tanto che – volendo portare alle conseguenze estreme il discorso – potrebbe finanche dirsi che il linguaggio è in definitiva la vera fonte del diritto». Scrive GIUNTA F., *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in www.discrimen.it, 12 novembre 2020, 17 che «il diritto penale è un fenomeno linguistico e la legalità un complesso di enunciati linguistici vincolanti» (v. 16-19). Rileva ONDELLI S., *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un'analisi pragmatolinguistica*, Padova, 2012, 33 (corsivo nostro) che «nel campo della legge, il ruolo svolto dalla lingua nell'interazione comunicativa è centrale e costitutivo, secondo modelli per lo più altamente convenzionalizzati, pena l'infelicità degli enunciati performativi e la nullità degli atti giuridici. *La consustanzialità di lingua e diritto è entrata ormai a far parte delle idées reçues, patrimonio sia dei linguisti sia dei giuristi*». Sul punto, v. altresì CORTELLAZZO M. A., *Lingua e diritto in Italia: il punto di vista dei linguisti*, in AA.VV., *La lingua del diritto*, (a cura di) L. SCHENA, Roma, 1997, 36 e DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Firenze, 2017, 21.

²⁶³ DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano*, cit., 45.

Rileva poi Alarico Mariani Marini che «la parola è strumento essenziale dell'avvocato e del giudice, poiché il processo è fatto di parole dette e scritte per la conoscenza dei fatti, per la interpretazione della legge, per la costruzione delle argomentazioni e dei testi difensivi, e, infine, per la pronuncia della sentenza del giudice che chiude ogni discorso con il sigillo della verità processuale»²⁶⁴.

L'importanza del fenomeno linguistico in ambito giuridico è peraltro testimoniata dalle varie iniziative che, sia a livello locale sia a livello nazionale, si sono succedute e tuttora si susseguono in merito alla formazione istituzionale del giurista-linguista²⁶⁵. Invero, come osserva Patrizia Bellucci, «se per tutto il Novecento incontri e confronti tra le due comunità socio-professionali dei giuristi e degli studiosi di scienze del linguaggio sono stati limitati, il terzo millennio ha visto un notevole incremento di interesse per il *linguaggio giuridico*, esaminato essenzialmente nella sua dimensione *scritta*, anche su sollecitazione degli stessi giuristi pratici»²⁶⁶.

²⁶⁴ MARIANI MARINI A., *Presentazione*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 7. Sull'importanza del linguaggio giuridico (e, in specie, giudiziario), cfr. *ex plurimis*: BOURDIEU P., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico* (1986), (a cura di) C. RINALDI, Roma, 2017, 63; CONTE G., *Il linguaggio della difesa civile*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 63 («In nessun altro linguaggio settoriale la lingua ha tanta importanza quanta ne ha nel diritto. [...] Ed è sicuramente vero che i giuristi, come è stato osservato, hanno contribuito all'elaborazione della lingua»); DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano*, cit., 52 (v. 47-52); GIUNTI P., *Il giurista e la comunicazione*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 255 ss.; GUERNELLI M., *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 486-490; HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 171 ss.; RINALDI C., *La costruzione del campo giuridico*, in BOURDIEU P., *La forza del diritto*, cit., 37.

²⁶⁵ A tal proposito Nicoletta Maraschio, già Presidente dell'Accademia della Crusca, afferma che quello del linguaggio giuridico è un settore che all'Accademia della Crusca ha conosciuto negli ultimi anni un grande sviluppo, per quanto l'Italia sia purtuttavia indietro rispetto ad altri Paesi europei per quanto riguarda la formazione di una figura specifica, quella del giurista-linguista: che altrove, come ad esempio in Germania, è a tempo riconosciuta e apprezzata (in termini MARASCHIO N., *Saluti*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 14).

²⁶⁶ BELLUCCI P., *Il procedimento penale: un crogiuolo linguistico*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 117. Sul punto: DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 137-138 («Se in Italia l'idea di studiare e di applicare una lingua giuridica "giusta ed efficace" è una necessità emersa solo in tempi recenti, nell'ambiente anglosassone le ricerche sono in corso sin dagli anni settanta del secolo scorso. [...] In Italia, solo negli ultimi venticinque anni ci sono state alcune iniziative a favore di una lingua del diritto che sia "chiara". È però soprattutto negli ultimi tempi che il "principio di sinteticità" è invocato con convinzione da letteratura, legislatore e giudici. Ed è in particolare sul linguaggio degli atti giudiziari che attualmente si concentra l'attenzione degli specialisti»); LANZA L., *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare*, Roma, 14-16 settembre 2009, 15-17 e 21-23; MANTOVANI D., *La lingua del diritto: un programma di ricerca e di insegnamento*, in AA. VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, Roma, 14 aprile 2016, 68-69; ZAZA C., *La sentenza penale. Struttura e casistica*, Milano, 2011, 82-87.

La finalità dei convegni, dei progetti, delle commissioni, dei protocolli, degli incontri formativi, dei corsi di perfezionamento universitari ecc. è stata ed è quella di incentivare un uso della lingua inclusivo, trasparente, leale e democratico (cioè dialogante e non autoreferenziale)²⁶⁷.

Trovare «le parole giuste»²⁶⁸ ed “esatte”²⁶⁹, nonostante la connaturata indeterminatezza delle espressioni linguistiche, è un obiettivo cui si tende ovviamente anche in ambito giuridico, affinché «il diritto, che dovrebbe dare a tutti la misura una e possibile del giusto e dell’ingiusto, [non finisca] per nascondersi dietro un linguaggio che impedisca l’osmosi tra società e giustizia»²⁷⁰.

Attualmente, «la crisi del linguaggio in tutte le sue manifestazioni, collegata alla scarsa frequentazione della lettura e ai conseguenti modesti livelli di comprensione di un testo da parte della grande maggioranza della popolazione [...] non ha risparmiato le professioni intellettuali»²⁷¹ e propriamente per questo si è fatta sempre più fortemente sentire e si fa tutt’oggi fortemente sentire

²⁶⁷ Al riguardo, GIUNTI P., *Il giurista e la comunicazione*, cit., 257, ci ricorda che «il diritto è funzione di servizio e non ruolo di potere, è sapere dialogante e non dogma autoreferenziale, è l’espressione di un’arte dell’uomo e non una scienza esatta». In senso analogo: BAMBI F., *La chiarezza della lingua del diritto*, in *Quad. fior.*, 2013, 200; CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo: motivazione, linguaggio, stile*, in www.discrimen.it, 6 aprile 2020, 3; DANOVI R., *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2018, 224; ONIDA V., *Saluti*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 18; PAPARO S., *Saluti*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 28; PIETRANGELO M., *Il processo telematico e la qualità degli atti processuali*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 198-200; TRIGGIANI N., “*In nome del popolo italiano*”? *Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 novembre 2016, 5 e 6-7.

²⁶⁸ AA.VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, (a cura di) SENATO DELLA REPUBBLICA – UNIVERSITÀ DI PAVIA, Roma, 2017.

²⁶⁹ Il pensiero corre alle “futuristiche” parole scritte nelle *Lezioni americane* da Italo Calvino, in particolare allo scritto concernente appunto l’“Esattezza”, obiettivo cui tendere per «avvicinarsi alle cose (presenti o assenti) con discrezione e attenzione e cautela», nonché per combattere la «peste del linguaggio» (CALVINO I., *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio* (1988), Milano, 2014, 76 e 70) e la c.d. «antilingua» (CALVINO I., *Per ora sommersi dall’antilingua*, in *Il Giorno*, 3 febbraio 1965. Analogamente, già SCHOPENHAUER A., *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile* (1890), (trad. it.) E. A. KUHN, Milano, 2010, 58 e 67). Richiama le «virtuose direttrici calviniane» per il buon esercizio dell’«agire comunicativo del giudice» CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo*, cit., 6-7 (riferendosi – in particolare – all’“esattezza”, alla “leggerezza” e alla “rapidità”). A margine del *Protocollo d’intesa* tra Cassazione e Cnf del dicembre 2015, Ilaria Pagni sottolinea la centralità (non tanto e non solo della mera sinteticità [da non confondere, poi, con la brevità], quanto piuttosto e soprattutto) della «chiarezza» degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice: chiarezza che «dovrebbe venire prima» e che costituisce «un requisito che non soddisfa soltanto l’esigenza di rapidità della risposta giudiziaria, ma che è in grado di assicurare altresì la qualità della risposta», altresì considerato che «la chiarezza dello stile è causa ed effetto della chiarezza del pensiero» (PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il Protocollo d’intesa tra Cassazione e Cnf*, in *Giur. it.*, 2016, 2785).

²⁷⁰ MARCHESIELLO M., *Il linguaggio della legge*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 134.

²⁷¹ MARIANI MARINI A., *Presentazione*, cit., 8. Con romanzesco realismo, CAROFIGLIO G., *La regola dell’equilibrio*, Torino, 2014, 36 ci rammenta che «i giuristi, con rare eccezioni, sono inconsciamente e tenacemente contrari alla chiarezza e alla sintesi». Uno dei rimedi per arginare tale fenomeno è il recupero della lettura: leggere («leggere, leggere, leggere») [ZWEIG S., *La novella degli scacchi* (1941), (a cura di) R. RIZZO, Milano, 2013, 55)] per comprendere e scrivere bene (cfr. MARIANI MARINI A., *Leggere per ragionare, per scrivere, per parlare*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 28 [«La capacità di comprensione di un testo si acquisisce [in larga parte, larghissima parte verrebbe da dire,] attraverso la lettura»]; CERRI D., *Efficienza e comprensibilità come obiettivi deontologici del linguaggio del civilista*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 69 [«Pensare bene e parlare/scrivere bene sono momenti strettamente collegati»]).

«la necessità di pulizia e semplificazione linguistica»: un'esigenza che riguarda «tutti gli operatori interessati [al processo] (magistrati e avvocati, *in primis*, ma anche polizia giudiziaria, periti e consulenti tecnici, funzionari di cancelleria ecc.)²⁷².

Da questo punto di vista, con Federigo Bambi possiamo ribadire che il processo è «un banco di prova della lingua del diritto e della sua capacità comunicativa, perché è il palcoscenico dove s'incontrano protagonisti diversi, [...] ognuno con le sue caratteristiche specifiche»²⁷³; e il risultato di questo incontro si condensa nella pronuncia motivata, redatta dal giudice. In tal senso, ricade da ultimo sull'autorità giudiziaria – che nel procedimento «cammina lungo un itinerario fatto di parole»²⁷⁴ (scritte e orali) – il compito di compendiare l'esito dell'accertamento compiuto in un atto che sia intellegibile e linguisticamente accessibile²⁷⁵.

La presenza di destinatari diretti (v. parti in giudizio) e indiretti (v. [in nome del] popolo; cfr. magistrati, avvocati, altri professionisti [es. notai, commercialisti ecc.] e dottrina) del

²⁷² TRIGGIANI N., “*In nome del popolo italiano*”?, cit., 3.

²⁷³ BAMBI F., *Prefazione*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 7. Analogamente, DELL'ANNA M. V., *Fra attori e convenuti. Lingua dell'avvocato e lingua del giudice nel processo civile*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 83-84.

²⁷⁴ AGHINA E., *Il giudice e la “penalizzazione” della lingua*, cit., 103.

²⁷⁵ Già ARISTOTELE, *Retorica*, (trad. it.) F. CANNÀVÒ, Milano, 2014, 333 scriveva che, «in generale, lo scritto deve essere facile da leggere ad alta voce e facile da pronunciare – il che è la stessa cosa» (1407b, 10). In materia, v./cfr.: BAMBI F., *Prefazione*, cit., 7-8; CAROFIGLIO G., *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Bari-Roma, 2015; DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., 140-141 («Grazie alle suggestioni della letteratura, propongo di seguito alla comunità scientifica un decalogo di raccomandazioni. 1. Evitare i *periodi* estesi. Cercare di non oltrepassare le venticinque parole per ogni periodo. 2. Evitare l'impiego di *parole inutili*. 3. Limitare gli *incisi* e le *parentesi*. 4. Quando si utilizza la *forma passiva*, accertarsi che il soggetto logico sia individuabile in modo inequivoco. 5. Evitare l'eccesso di *subordinate*, soprattutto implicite. 6. Preferire la *forma personale* a quella impersonale. 7. Limitare i *tecnicismi*, evitare i *latinismi*, le *espressioni ridondanti*, *arcaiche*, le *metafore* e i *burocratismi*. 8. Limitare l'uso delle *sigle* e delle *abbreviazioni*. 9. Limitare i *rinvii*. 10. Controllare la *punteggiatura* e l'*ortografia*»); DELL'ANNA M.V., *Il linguaggio della legge*, in AA.VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 165-170; GAMBARO A., *Il linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*, Roma, 16 giugno 2016, 4 («Struttura e contenuto del messaggio [contenuto nella motivazione di una decisione giudiziaria] debbono assolvere alla funzione di farsi comprendere dai destinatari e fare ciò nel modo più efficace, che si può dire ‘economico’, possibile»); MARINARI M., *La motivazione della sentenza ed il confronto con la giurisprudenza inglese tra requisiti sostanziali e struttura formare*, in *Corr. giur.*, 2006, 1169 («Quella del linguaggio del giudice non è solo una questione di stile, o di maggiore o minore eleganza formale, ma anche e soprattutto di comprensibilità e credibilità, e quindi anche di efficacia, della decisione»); ONIDA V., *Le parole della Carta, le parole della Corte*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 45-46; PAPARO S., *Saluti*, cit., 27; PELLINGRA B., *La sentenza nei suoi aspetti della metodologia e della tecnica*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà – Ferrara, 10-12 ottobre 1985*, Padova, 1988, 417 («Il linguaggio scientifico cui va ricondotto quello giudiziale ha la duplice funzione di far conoscere l'iter delle argomentazioni in fatto e in diritto ai terzi e di guidare il giudice verso un determinato comportamento che renda meno labile la funzione giudiziale»); RAMAT M., *Significato costituzionale della motivazione*, in AA. VV., *Magistrati o funzionari?*, (a cura di) G. MARANINI, Milano, 1962, 698 («Credo di poter affermare che il linguaggio giudiziario deve essere considerato come simbolo, come sintomo, come banco di prova della concezione (umana, sociale, morale) che il giudice ha della funzione giudiziaria; si potrebbe dire, addirittura, della concezione che il giudice ha di se stesso e dei propri simili, dello Stato e della società in cui vive, dei doveri che a lui – vivente nello Stato e nella società – spetta di adempiere»); RORDORF R., *Editoriale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 6; SABATO R., *Il linguaggio nel contesto comunicativo del sistema giudiziario italiano*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 79-81; TRIGGIANI N., “*In nome del popolo italiano*”?, cit., 5.

provvedimento motivato comporta una «responsabilità linguistica elevata»²⁷⁶ per il giudice. Al tempo stesso, l'esistenza di un referente (diretto o indiretto che sia) «produce inevitabilmente [dei] riflessi sul piano del linguaggio e della tecnica espositiva»²⁷⁷ che saranno adottati dall'autorità giudiziaria.

Al di là della variabilità d'uso delle espressioni linguistiche²⁷⁸, il fatto è che è infine rimessa al giudice l'«opera di *disambiguazione*, ossia [l']interpretazione chiarificatrice del senso intimo della disposizione»²⁷⁹; e, se si tiene conto dell'«intrinseca ambiguità del linguaggio, la pronuncia del giudice si offre per ciò che è: decisione della volontà, che sceglie uno tra i significati molteplici della norma»²⁸⁰. In questa prospettiva, il concretizzarsi del rapporto lingua/linguaggio è un

²⁷⁶ BELLUCCI P., *La redazione delle sentenze: una responsabilità linguistica elevata*, in *Dir. e form.*, 2005, 453. Analogamente, SERIANNI L., *Prima lezione di grammatica*, Bari-Roma, 2006, 74 e 79: «La coerenza è un obbligo per tutti: ma per chi scrive, specie chi per professione o per vocazione deve farsi capire e, prima ancora, farsi leggere da un destinatario potenzialmente distratto, ha un obbligo in più: quello di essere limpido, esplicito, stringente nell'argomentazione. [...] Qualcuno potrebbe dire (qui e altrove): se il lettore è tanto sbadato da prendere fiaschi per fiaschi, peggio per lui. No: [quantomeno] dal punto di vista deontologico, la colpa va sempre attribuita a chi non ha rispettato fino in fondo le regole latamente grammaticali richieste a un testo scritto». Tale responsabilità richiama alla mente il monito – o meglio, uno dei moniti – di Primo Levi: «Poiché noi vivi non siamo soli, non dobbiamo scrivere come se fossimo soli. Abbiamo una responsabilità finché viviamo: dobbiamo rispondere di quanto scriviamo, parola per parola, e far sì che ogni parola vada a segno» (LEVI P., *Dello scrivere oscuro*, in *La Stampa*, 11 dicembre 1976). Come se, riprendendo la poetica musicale di Roberto Vecchioni (in *Sogna, ragazzo, sogna*) ed elevando ancora di più il tono, «un uomo vive[sse] per le sue parole o non vive[sse] più».

²⁷⁷ TRIGGIANI N., «*In nome del popolo italiano*»? cit., 2. A proposito della stesura della sentenza, VISCONTI J., *La lingua del giudice*, in *Publifarum*, 2016, 26 osserva che «tale tipo di testo impone infatti all'estensore una competenza articolata in almeno quattro tipi testuali: narrativo ed espositivo (soprattutto nello svolgimento), argomentativo (nella motivazione), prescrittivo (nel dispositivo). Il ruolo fondamentale che la lingua mostra qui di avere nel creare il diritto mette inoltre in luce le valenze “magiche” della lingua della sentenza, in particolare nella sua parte performativa: nel dispositivo, che non descrive, ma *crea* la realtà».

²⁷⁸ Sulla “variabilità” e sulle «direttive di significato» del linguaggio giuridico (WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, Torino, 1989, 272), nonché sulle tecniche di scrittura giudiziaria, *ex multis*: BELLUCCI P., *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002; DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., 124-126 e 128-131; DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano*, cit., *passim*. (in part., 103-165); KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica* (1965), (a cura di) M. CORSALE, Milano, 1971, 9-11 e 63-100 (in part., 78-100); LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., *passim*.; MORTARA GARAVELLI B., *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, 155 ss.; ONDELLI S., *La sentenza penale tra azione e narrazione*, cit., *passim*.; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 153-156; SABATO R., *Il linguaggio*, cit., 64-65; TRAVI A., *La lingua nella giurisprudenza amministrativa*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 140-141.

²⁷⁹ MINICUCCI G., *Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 762. Scrive DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 109 (richiamando BIANCHI L., *Pragmatica del linguaggio*, Bari-Roma, 2003, 53) che «*la disambiguazione è una procedura pragmatica*; le parole non hanno un [uni(vo)co] significato in se stesse».

²⁸⁰ IRTI N., *In cammino verso la domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, 228. La situazione, nel suo complesso e specie da un punto di vista linguistico, evoca alla memoria un'allegoria letteraria che ben s'attaglia a ogni realtà sociale governata dal diritto (il quale si fonda e si costruisce sulla scorta di un linguaggio le cui le parole, ritualmente pronunciate, hanno valenza performativa). Il riferimento artistico-letterario è al citatissimo scambio di battute tra Humpty Dumpty e Alice che ritroviamo in CARROLL L. (*alias* DODGSON C. L.), *Attraverso lo specchio e quello che Alice vi trovò* (1871), in www.writingshome.com, 58-59: «“Quando *io* uso una parola”, disse Humpty Dumpty con un certo sdegno, “quella

elemento ulteriore che può muovere – e di fatto spesso muove – a favore dell’espansione giuristocratica.

Come diremo anche trattando dell’interpretazione (§§ I.7 e II.4), il significato delle parole non è «un *dato* che l’interprete trova già precostituito, bensì è il risultato di un’operazione valutativa condotta dal giudice al contatto col fatto storico da qualificare, cioè da ricondurre (o meno) nell’area semantica di un certo enunciato legislativo. [...] Un’operazione interpretativa che, muovendo dal c.d. “nucleo centrale” dell’area semantica dell’enunciato, procede poi per analogia, attraverso il confronto da caso a caso, per cogliere l’omogeneità di disvalore alla stregua di parametri valutativi, normativi e sociali desunti da fonti che, in quanto non direttamente testuali, possono ben dirsi ‘sostanziali’»²⁸¹. Un’operazione complessa, insomma, in cui «non si possono

significa ciò che io voglio che significhi – né più, né meno”. “La questione è”, disse Alice, “se lei può costringere le parole a significare così tante cose diverse”. “La questione è”, replicò Humpty Dumpty, “chi è che comanda – ecco tutto”. Sul dialogo tra Alice e Humpty Dumpty, v. D’AMICO G., *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, 2019, 62-63 e SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 566-571.

²⁸¹ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1310. A proposito del “nucleo centrale” dell’area semantica dell’enunciato, cfr. ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, in *Alfabeto2*, 16 marzo 2012, secondo cui c’è qualcosa che non permette di interpretare a capriccio: un concetto si rivela «interpretabile in molti modi, ma non in tutti» (4). Un oggetto, infatti, «risponde di “sì” a molte delle mie interpretazioni, ma a molte e almeno a una risponde di “no”». Invero, «ci sono interpretazioni che l’oggetto da interpretare non ammette. Poniamo che su quel muro sia dipinto uno splendido *trompe l’oeil* che rappresenta una porta aperta. Posso interpretarlo come *trompe l’oeil* che intende ingannarmi, come porta vera (e aperta), come rappresentazione con finalità estetiche di una porta aperta, come simbolo di ogni Varco a un Altrove, e così via, forse all’infinito. Ma se l’interpreto come vera porta aperta e cerco di attraversarla, batto il naso contro il muro. Il mio naso ferito mi dice che il fatto che cercavo di interpretare si è ribellato alla mia interpretazione» (9). Insomma, «*ci sono delle cose che non si possono dire*. Ci sono dei momenti in cui il mondo, di fronte alle nostre interpretazioni, ci dice “no”. Questo “no” è la cosa più vicina che si possa trovare, prima di ogni Filosofia Prima o Teologia, alla idea di Dio o di Legge. Certamente è un Dio che si presenta (se e quando si presenta) come pura Negatività, puro Limite, pura interdizione» (12). A tal ultimo proposito, risuonano le parole di POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi. Scritti sulla conoscenza, la storia e la politica* (1994), (trad. it.) D. ANTISERI, Milano, 2001, 257, secondo cui «l’esperienza è ciò che dice “no”». Similmente, sul versante più strettamente giuridico, v.: DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., 113; GUASTINI R., *Michel Troper e l’interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, cit., 256; HART H. L. A., *Il concetto di diritto* (1961), (a cura di) M. A. CATTANEO, Torino, 2002, 145; JORI M., *Interpretazione e creatività*, cit., 217; PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, cit., 5; SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, cit., 568 («A certe condizioni i significati sono quelli che sono e i procedimenti di trasformazione delle proposizioni devono essere quelli che devono essere; e chi non riconosce quei significati e non si attiene a quei procedimenti riesce soltanto a fare la figura del pazzo o dello stravagante. I segni, del resto, e fra essi i sistemi più complessi di segni, i linguaggi, assolvono in misure che sono spesso pragmaticamente soddisfacenti le funzioni della comunicazione e della costruzione logica del mondo, e tali funzioni non possono essere comprese e spiegate da posizioni strettamente humptidumtpiane. Come possiamo identificare quelle condizioni? [...] È possibile, qui giunti, identificare le condizioni di cui sopra: 1) esistenza, per consuetudine o per convenzione, di una struttura di relazioni segniche determinanti significati e modalità di combinazione di segni e di trasformazione delle combinazioni; 2) atteggiamento di fedeltà dell’utente dei segni verso quella struttura; 3) circostanze pragmatiche tali che la determinazione dei significati e delle modalità di combinazione dei segni e di trasformazione delle combinazioni fornita dalla struttura riesca adeguata e sufficiente. Modificazioni nelle circostanze di fatto, in cui i segni trovano impiego, o nuovi interessi e nuove esigenze possono provocare indeterminatezza dove in altre circostanze e in rapporto ad altri interessi ed esigenze era determinatezza»).

ignorare testo, contesto e capacità cognitive» dell'interprete²⁸², a maggior ragione visto che – in certi casi – «il significato valutativo del fatto può [arrivare a] modificare l'uso linguistico, anche ben consolidato»²⁸³, del vocabolo interpretato.

La lingua applicata, estratta dalla sua “dimensione noumenica”, viene pragmaticamente amministrata dal giudice, che traduce in termini concreti (pratico-operativi) e in atti vincolanti (performativo-esecutivi) le parole che interpreta e argomenta²⁸⁴.

²⁸² JORI M., *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 212. Sulla rilevanza del “contesto”: CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, 88; DE FARIA COSTA J. – DE OLIVERIRA MOURA B., *L'interpretazione nel diritto penale: un multi verso*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 221 («L'impegno pratico-argomentativo che apre la strada al passaggio dal 'testo-norma' alla 'norma-testo' trova i suoi pilastri in quella che potremmo denominare *linea metodologica interpretativa*. La nota principale di questo schema ermeneutico sta nel richiamo alla *contestualità* o *intertestualità*. Il senso delle parole è condizionato dal contesto o intertesto dell'impiego che se ne fa. [...] La linea metodologica interpretativa assume l'idea forte e fondante che il significato delle parole è *situazionale* e dipende quasi sempre da una decisione che deve essere elaborata argomentativamente a cura dei soggetti coinvolti in un conflitto semantico»); FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2000, 125; NEUMANN U., *Applicazione giuridica*, cit., 56-57; RADCLIFFE C. J., *Not in Feather Beds. Some Collected Papers*, London, 1968, 271 («A judge might commend himself to the most rigid principle of adherence to precedent, might close his day's work every evening in the conviction that he had said nothing and decided nothing that was not in accordance with what his predecessors had said or decided before him: yet, even so, their words, when he repeats them, mean something materially different in his mouth, just because twent[y-first]-century man has not the power to speak with the tone or accent of the man of the seventeenth or the eighteenth or the nineteenth [or the twentieth] century. The context is different; the range of reference is different; and, whatever his intention, the hallowed words of authority themselves are a fresh coinage newly minted in his speech. In that limited sense time uses us all as the instrument of innovation»); VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 169-171 (il quale, distinguendo tra la dimensione del *senso* – *i.e.* «radicamento all'interno di un sistema linguistico complessivo, che funge da co-testo» [164] – e la dimensione del *riferimento* – *i.e.* «continua proiezione verso i casi concreti, con le loro caratteristiche sempre nuove» [164] – scrive che «una parte importante (ma certamente non esclusiva!) dell'interpretazione giuridica consiste in un costante lavoro di *produzione di senso*, in cui ai termini generali e alle locuzioni contenute nelle disposizioni giuridiche viene fornita, o implicitamente accettata, ovvero presupposta, una definizione che rispetta (nella misura in cui ciò sia possibile) il significato linguistico convenzionale da esse posseduto, sulla scorta delle regole d'uso attualmente in vigore nella comunità linguistica di riferimento (che può essere quella degli utenti del linguaggio ordinario, ovvero la comunità giuridica stessa, a seconda del tipo di nozione di cui si parla). [...] Il significato convenzionale di partenza delle espressioni o locuzioni contenute nella disposizione interpretanda è poi però destinato a essere specificato, arricchito, ovvero modificato, ovvero anche radicalmente cambiato, a seguito del necessario intervento del *contesto*, nelle diverse forme che tale intervento può assumere: come intervento del *contesto distale* o *di sfondo* e come intervento del *contesto prossimale*, nelle due componenti del *cotesto* e del *contesto situazionale*. [...] Il processo dinamico di conferimento del *senso* a una espressione o a una locuzione nell'ambito dell'interpretazione giuridica, produce – in una *prima fase* – l'accertamento del significato convenzionale dell'espressione o della locuzione in questione: accertamento che viene realizzato tramite una definizione e che implicitamente presuppone la stabilità del contesto di sfondo rilevante per l'attribuzione di quel significato convenzionale. E poi termina – nella sua *fase finale* – con la costruzione di una nozione compiuta, attraverso il necessario intervento delle due componenti del *contesto prossimale*: il *cotesto* ed il *contesto situazionale*»).

²⁸³ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1313. Cfr. VAN EEMEREN F. H. – GROOTENDORST R., *A Systematic Theory of Argumentation*, cit., 117. In via allegorica, richiamiamo di nuovo un suggestivo scambio di battute – stavolta tra Alice e la Regina Rossa – presente in CARROLL L., *Attraverso lo specchio*, cit., 20: «“Se parli di colline”, la interrompe la Regina, “ti potrei mostrare delle colline in confronto alle quali questa ti sembrerebbe una vallata”. “Ah, no, è impossibile”, protestò Alice, sorpresa lei stessa di trovarsi a contraddire la Regina. “Una collina non può essere una vallata. È un nonsenso”. La Regina Rossa scosse il capo. “Puoi anche chiamarlo un ‘nonsenso’, se vuoi”, disse, “ma io ho sentito certi nonsensi in confronto dei quali questo sarebbe sensato come un vocabolario!”».

Nel “fare cose con le parole”²⁸⁵, egli si muove sì entro la testualità della disposizione ma mantiene comunque la possibilità di scegliere discrezionalmente il senso da attribuire ai lemmi che la compongono²⁸⁶ (es. «senso ordinario [o] senso tecnicizzato»?²⁸⁷). È evidente, allora, come l’attribuzione di significato si tinga di partecipata/partecipante soggettività²⁸⁸.

Non esistendo un/il «significato “proprio” delle parole», che dipende piuttosto «dal modo di usarle e di intenderle», praticamente «ogni messaggio linguistico può avere o il significato che vi ha incorporato l’emittente o il significato che gli attribuisce il fruitore»²⁸⁹. È infatti una peculiarità intrinseca alla lingua umana quella per cui, con essa, «non [si] esprime mai qualcosa in modo completo», sicché in ogni messaggio e di ogni messaggio si «accentua sempre il segno caratteristico

²⁸⁴ V., ad es., CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 40.

²⁸⁵ Parafrasiamo il titolo della celebre opera di AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole*, cit. (ove ci si interroga e si sviluppa il concetto di ‘atto illocutorio o performativo’ [75], secondo cui «dire può essere fare» [11]. Sostiene Austin che, in «alcuni casi o sensi (solo alcuni, per amore del cielo!), [...] *dire* qualcosa è *fare* qualcosa», sicché «*col* dire o *nel* dire qualcosa noi facciamo qualcosa» [15]. In queste ipotesi, «enunciare la frase (ovviamente in circostanze appropriate) non è *descrivere* il mio fare ciò che si direbbe io sto facendo mentre la enuncio o asserire che lo sto facendo: è farlo» [10]; come avviene, ad esempio, nel caso in cui dicendo “sì” all’altare – in un certo momento e nell’ambito di un certo rito – ci si sposa. Si tratta di un fenomeno, questo avente il carattere di fenomeno (linguistico) “performativo” [10-11], di cui «i giuristi dovrebbero essere i più consapevoli» [9, nt. 3; v. altresì 20]).

²⁸⁶ JORI M., *Pragmatica giuridica*, Modena, 2016, 61 ss. Scrive GIUNTA F., *L’abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo). Leggendo Natalino Irti, Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto, Il Mulino*, 2020, in www.discrimen.it, 11 gennaio 2021, 7 che «il compasso, che viene utilizzato dal linguaggio per chiudere l’evento nella parola, ha una particolarità: le sue aste non mantengono il grado di apertura, che cresce con l’uso. Conseguentemente, esse non tracciano cerchi perfetti, bensì ellittici».

²⁸⁷ BARBERIS M., *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in BARBERIS M. – VIGNUDELLI A., “Nuovi” dialoghi sull’interpretazione, Modena, 2013, 19-20.

²⁸⁸ In tal modo, si svela altresì l’«insuperabile natura *pratica* del nostro esprimerci, della sempre presente e attiva componente di *pathos* in ogni forma del *logos*» (CACCIARI M., *La mente inquieta*, cit., 108-109. Similmente, VICARI FABRIS E., *Un esercizio di stile fra pratica e grammatica*, in CODRAIX J. L., *Guida filosofica del denaro* (2001), (trad. it.) E. VICARI FABRIS, Roma, 2012, 101: «Non si può riprodurre, né tentare di riprodurre ciò che non si coglie a livello conscio o inconscio. Ed è altrettanto ovvio che in qualsiasi processo esegetico intervengono fattori soggettivi»). Cfr. GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 613 («Non solo occasionalmente, ma sempre, è vero che il senso di un testo trascende il suo autore. Perciò il comprendere non è mai solo un atto riproduttivo, ma anche un atto produttivo») e PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 34 («Il linguaggio del diritto (non diversamente dal linguaggio ordinario) non è riducibile a calcolo logico»). A tal proposito, cioè relativamente al pensiero non strettamente calcolabile, v. HAN B., *Il profumo del tempo. L’arte di indugiare sulle cose*, Milano, 2017, 126).

²⁸⁹ GUASTINI R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, 19. Analogamente, BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 60: «Il linguaggio da altri adoperato non può essere da noi ricevuto così, bell’è fatto, come qualcosa di materiale, bensì accolto come un richiamo e un incitamento alla nostra intelligenza, come un’esigenza a noi rivolta di ricostruire dal di dentro, di ritradurre e riesprimere in noi, con le nostre categorie mentali, l’idea che esso suscita e rappresenta». Prosaicamente, PIRANDELLO L., *Il piacere dell’onestà* (1917), atto I – scena I, ed. elettronica (a cura di) R. CARDO, 1998, 5, liberamente disponibile al seguente link: https://www.liberliber.it/mediateca/libri/p/pirandello/il_piacere_dell_onestà/pdf/il_pia_p.pdf: «La cosa poi cangia, non dubiti, ha diverso peso secondo la qualità delle persone, i momenti, le condizioni». Per un’applicazione giuridico-pratica di quanto si va dicendo, v. le riflessioni svolte – in materia di intercettazioni – da CAVALLI F., *La valutazione del linguaggio captato, tra logica e massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1456 ss.

[ritenuto] più rilevante»²⁹⁰. E la situazione assume connotati pirandelliani²⁹¹ nella misura in cui, come afferma Wilhelm von Humboldt, «nessuno pensa, con una parola, precisamente ed esattamente la stessa cosa che pensa un altro»²⁹².

Insomma, (già) sul piano per così dire “ontologico”²⁹³, la circostanza che «“la parola è per metà di colui che parla [o scrive], per metà di colui che l’ascolta [o la legge]”» rende l’attività di comprensione e disambiguazione del testo – di qualsiasi testo – un’attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e decisoria: che, sul piano giuridico, se sorretta da un’eccessiva creatività interpretativa, può «polverizza[re] il diritto in “infinite sentenze” e “altrettante interpretazioni”»²⁹⁴.

²⁹⁰ NIETZSCHE F. W., *Linguaggio e verità* (1869-1875), (a cura di) M. CARASSAI, Roma, 2016, 46.

²⁹¹ PIRANDELLO L., *Uno, nessuno e centomila* (1925), Milano, 2015, 28-29: «Ma come? Che avete inteso? Non mi avevate detto così e così? Così e così, perfettamente. Ma il guaio è che voi, caro, non saprete mai, né io vi potrò mai comunicare come si traduca in me quello che voi mi dite. Non avete parlato turco, no. Abbiamo usato, io e voi, la stessa lingua, le stesse parole. Ma che colpa abbiamo, io e voi, se le parole, per sé, sono vuote? Vuote, caro mio. E voi le riempite del senso vostro, nel dirmele; e io nell’accoglierle, inevitabilmente, le riempio del senso mio. Abbiamo creduto d’intenderci; non ci siamo intesi affatto».

²⁹² VON HUMBOLDT W., *La diversità delle lingue* (1836), (trad. it.) D. DI CESARE, Bari-Roma, 2000, 51 («Nessuno pensa, con una parola, precisamente ed esattamente la stessa cosa che pensa un altro, e l’ancor piccola diversità si trasmette, come un cerchio nell’acqua, in tutta la lingua. Ogni comprendere è perciò sempre, al contempo, un non-comprendere, ogni consentire in pensieri e sentimenti è, al contempo, un dissentire»).

²⁹³ La relatività linguistica è dimostrata, come scrive Friedrich Nietzsche, dall’esistenza di «diverse lingue», le quali «poste l’una accanto all’altra [stanno a indicare] che le parole non dipendono né dalla verità né da una espressione adeguata: altrimenti [per l’appunto] non ci sarebbero così tante lingue» (NIETZSCHE F. W., *Linguaggio e verità*, cit., 53. Sul punto, v. ancora NIETZSCHE F. W., *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno* (1883), (a cura di) M. MONTINARI, Milano, 1976, 52 e 64 [«Ogni popolo parla la sua lingua del bene e del male: che il vicino non intende. Esso ha inventato per sé un suo linguaggio nei costumi e nei diritti. [...] Nessun popolo potrebbe vivere senza prima valutare; ma, se vuole conservarsi, non può valutare così come valuta il suo vicino. [...] Una tavola dei valori è affissa su ogni popolo»] e altresì VON HUMBOLDT W., *La diversità delle lingue*, cit., 33-34 e ss., nonché BERGER P. L. – LUCKMANN T., *La realtà come costruzione sociale* (1966), (trad. it.) M. SOFRI INNOCENTI – A. SOFRI PERETTI, Bologna, 1969, 64 e VICO G., *De nostri temporis studiorum ratione* (1709), (a cura di) L. PICA CIAMARRA, in *Laboratorio dell’ISPF*, 2012, 6, 25 [«Quare si eius disputationis, summis dignae philosophis, illa pars vera est: linguis ingenia, non linguas ingeniis formari»] («Le indoli dei popoli si formano con le lingue e non le lingue con le indoli»)). Ne deriva che «la “cosa in sé” (sarebbe proprio questa la verità pura e priva di conseguenze) per il formatore del linguaggio è del tutto inafferrabile e assolutamente non desiderabile. Egli designa soltanto le relazioni delle cose con l’uomo e ricorre all’aiuto delle più audaci metafore per esprimerle. [...] Cos’è allora la verità? Un mobile esercito di metafore, metonimie, antropomorfismi, in breve, una somma di relazioni umane, poeticamente e retoricamente potenziate, che sono state trasposte e ornate, e che dopo un lungo uso appaiono a un popolo salde, canoniche e vincolanti: le verità sono illusioni di cui si è dimenticato che sono tali, sono metafore che si sono consumate» (NIETZSCHE F. W., *Linguaggio e verità*, cit., 53 e 55-56. Sul punto, cfr. il concetto di «determinazioni di validità limitata» di cui si parla in ARISTOTELE, *Topici*, in ARISTOTELE, *Organon*, (trad. it.) G. COLLI, Milano, 2003, 458-459 [115b, 10-35]). Quest’evenienza comporta, evidentemente, significativi margini di interpretabilità (v. *infra*: § I.7; cfr. quanto afferma Karl Popper sul fatto che «non ci può essere nessuna storia del ‘passato’ così come veramente accadde», giacché di esso «ci possono essere solo interpretazioni storiche, e nessuna di queste è definitiva; e ogni generazione ha il diritto di crearsi le sue proprie interpretazioni» [POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi*, cit., 335]).

²⁹⁴ GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., 151 (citando – nella parte riportata tra virgolette [...] – DE MONTAIGNE M., *Saggi*, libro III, cap. XIII). L’adattamento e il riadattamento delle costruzioni e dei significati linguistici si susseguono, con l’adeguamento alle esperienze di riferimento, come esemplarmente mostra Raymond Queneau nel suo celebre *Esercizi di stile* (QUENEAU R., *Esercizi di stile* (1947), (a cura di) U. ECO, Torino, 2014, XIV.

Richiamando la lingua e il linguaggio, dunque, richiamiamo anche il momento interpretativo-discrezionale che caratterizza l'applicazione della legge al caso concreto, la quale richiede – salvo eccezioni (es. elementi numerici [v. soglie] o temporali [v. termini] ‘secchi’) – di essere continuamente chiarita nella sua equivocità, porosità, vaghezza ecc.²⁹⁵. In ciò, il giudice – per il compito che gli è attribuito (*i.e.* pronunciarsi quale “interprete ultimo” del caso giuridico) – ha indubbiamente un ruolo da protagonista.

La «mancanza di precisione» del testo legislativo²⁹⁶ dà la possibilità – «con ragionamento alternativo» – di «dire molte parole in un senso e nell'altro»²⁹⁷, perché fa sì che i ‘concetti giuridici’ (per dirla con Philipp Heck; o le ‘norme’, per dirla con Herbert Hart²⁹⁸), affianco a un nucleo sufficientemente “illuminato”²⁹⁹, posseggano anche una “zona d'ombra”: un “alone di incertezza”³⁰⁰ o una «frangia di indeterminatezza»³⁰¹ che permette una più o meno generosa manovra di intervento interpretativo di carattere para-costitutivo³⁰².

Cfr. SERIANNI L., *Prima lezione di grammatica*, cit., 72: «[Anche] un testo con pochi nuclei concettuali si presta quasi sempre ad essere sviluppato in più direzioni»).

²⁹⁵ V., ad es., VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016, 40-41: «Il linguaggio – salvo pochissimi casi, come nei concetti numerici – è, d'altra parte, sempre caratterizzato da equivocità, incoerenza, porosità, vaghezza, a fronte di una realtà in continua evoluzione». Sulla vaghezza nel mondo del diritto, v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

²⁹⁶ WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, cit., 284, il quale parla di «problemi della penombra [che] non possono *ex hypothesi* essere risolti con mezzi puramente semantici».

²⁹⁷ DE MONTAIGNE M., *La torre di Montaigne. Le sentenze scritte sulle travi della biblioteca*, (pres.) A. TORNO, Milano, 2013, 47 e 31.

²⁹⁸ Le opere a cui ci riferiamo sono, su tutte, le due seguenti: HART H. L. A., *Il concetto di diritto*, cit.; HECK P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.

²⁹⁹ Parla di «fattispecie normative come lampade, che illuminano il futuro e danno colore alle cose» IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 919. Utilizza l'espressione «raggio di luce diretto a illuminare l'azione» LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 516. Ricorre all'immagine del «fascio di luce che illumina una stanza buia» MICHELETTI D., *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 167. Ancora, troviamo il riferimento alla «capacità di illuminazione della norma», dalla quale consegue (o dovrebbe conseguire) «l'illuminazione del giudice», in MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, (a cura di) F. TRITTO, Bari, 2005, 292.

³⁰⁰ Alone di incertezza all'interno della quale l'esito dell'interpretazione diventa una questione di gradualità interpretativa. Cfr. DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., 116-117, la quale riporta un felice esempio tratto da FÜLLER L., *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica a Hart*, in AA.VV., *Il positivismo giuridico contemporaneo*, (a cura di) A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI, Torino, 2005, 136: «È vietato dormire nelle stazioni ferroviarie. Supponiamo che io sia un giudice e che due uomini siano portati al mio cospetto per aver violato la legge. Il primo è un passeggero che stava aspettando alle tre del mattino un treno in ritardo. Quando fu arrestato stava seduto in posizione eretta e in modo ordinato, ma fu sentito russare leggermente dall'agente che lo trasse in arresto. Il secondo aveva portato una coperta e un cuscino alla stazione e si era chiaramente disteso per trascorrere la notte. Egli fu arrestato, ad ogni modo prima che si fosse addormentato. Quale di questi due casi rappresenta il “caso paradigmatico” della parola dormire?». Sulla polisemia della lingua giuridica, v. la considerazione esemplificativa di GIUNTA F., *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni*, in www.discrimen.it, 5 febbraio 2020, 2: «Il detenuto che sprofonda nella lettura di un libro o ascolta (magari con le cuffie, per non recare disturbo agli altri ospiti) la musica in un certo senso “evade”, ma non ai sensi dell'art. 385 c.p. Come si fa a dirlo, posto che l'espressione verbale utilizzata dal legislatore penale è la stessa? Qui prima dello studio aiuta il buon senso, quella bussola insostituibile del vivere e del giudicare che non si

A questo penetrante tipo di lettura da parte dell'interprete «non si sottrae [nemmeno] la norma del diritto penale»³⁰³, giacché anche in questo settore – e comunque entro i consueti “limiti di realtà”³⁰⁴ – persiste la polisemia linguistica.

insegna e non si compra». Sul punto (e per un'analisi del delitto di evasione), v. altresì MINICUCCI G., *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in www.discrimen.it, 17 marzo 2020, in part. 3-5.

³⁰¹ PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), (trad. it.) C. SCHICK – M. MAYER, Torino, 1989, 138-139: «Una nozione non può essere considerata univoca se il suo campo di applicazione non è interamente determinato, il che è possibile soltanto in un sistema formale dal quale si sia potuto eliminare ogni imprevisto: la nozione di 'alfiere' nel gioco degli scacchi soddisfa questa condizione. Ma non è la stessa cosa quando si tratti di nozioni elaborate in seno a un sistema scientifico o giuridico e che debbono essere applicate ad avvenimenti futuri, la cui natura non può essere completamente precisata. [...] Poiché le esperienze future e il modo di esaminarle non sono del tutto prevedibili, è indispensabile concepire anche i termini più precisi come circondati da una frangia di indeterminatezza sufficiente perché possano essere applicati al reale. Una nozione perfettamente chiara è quella di cui si conoscono tutte le possibili applicazioni e che non ammette dunque nessun uso nuovo che sarebbe imprevisto: soltanto una conoscenza divina o convenzionalmente limitata risponde a siffatta esigenza». Parla di «trama aperta delle regole» SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), (trad. it.) C. RUSTICI, Bologna, 2000, 70-75. Invita a «prendere atto di come il linguaggio dei testi normativi sia, a differenza per esempio di quello usato in matematica, un linguaggio non formalizzato e [a] rassegnarsi al fatto – tanto per cominciare – che il linguaggio comune presenta spesso, per questa ragione, una forte carica di ambiguità, di polisemia, intrinseca e non eliminabile» DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 18. In senso analogo, KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 91 («Kaum ein Satz der natürlichen Sprache, mit dem wir es in den Gesetzen zu tun haben, kann so klar formuliert werden, daß Zweifel und Interpretationsbedürftigkeit ausgeschlossen werden könnten»).

³⁰² V. ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971), Torino, 2005, 118-119: «Molti giuristi sarebbero disposti ad affermare che ciò che viene modificato da un mutamento interpretativo è il significato di un qualche termine, e che i giudici – interpretando – definiscono, o meglio: ridefiniscono, i termini (o i concetti) che appaiono nel testo legislativo. Ma da un punto di vista sintattico – che è il piano su cui noi ci muoviamo – una definizione (o una ridefinizione) è una modificazione delle conseguenze dell'enunciato nel quale compare il termine in questione; e la modificazione delle conseguenze dell'enunciato significa o che è mutato l'enunciato, o che sono mutate le regole d'inferenza che ne determinano le conseguenze».

³⁰³ DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., 116, la quale ci ricorda che «il nostro sistema di giustizia penale abbonda di espressioni vaghe. Faccio qualche esempio: i) motivi abietti e futili (art. 61, co. 1 c.p.); ii) motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, co. 1 c.p.); iii) atti osceni (art. 527 c.p.); iv) ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.); v) ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.); vi) indizi gravi, precisi e concordanti (art. 192 c.p.p.)». Peraltro, non poche espressioni vaghe sono anche espressioni valoriali e, a tal riguardo, «i casi più eclatanti in cui il ruolo dell'interprete deve farsi [recte: di fatto si fa, *bon gré mal gré*] ipertrofico sono le fattispecie giuridiche costruite in chiave di valore» (così PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 128).

³⁰⁴ A proposito dei “limiti di realtà”, cfr. ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, cit., 9-11: «Certamente la nostra rappresentazione del mondo è prospettica, legata al modo in cui siamo biologicamente, etnicamente, psicologicamente e culturalmente radicati così da non ritenere mai che le nostre risposte, anche quando appaiono tutto sommato 'buone', debbano essere ritenute definitive. Ma questo frammentarsi delle interpretazioni possibili non vuole dire che *anything goes*. In altre parole: esiste *uno zoccolo duro dell'essere*, tale che alcune cose che diciamo su di esso e per esso non possano e non debbano essere prese per 'buone'. Chi ha mai detto che i fatti che interpreto possano pormi dei Limiti? Come posso fondare il concetto di Limite? Questo potrebbe essere un semplice postulato dell'interpretazione, perché se assumessimo che delle cose si può dire tutto non avrebbe più senso l'avventura della loro interrogazione continua. A questo punto anche il più radicale dei relativisti potrebbe decidere di assumere l'interpretazione del più radicale dei realisti vecchio stampo, visto che ogni interpretazione vale l'altra. Noi abbiamo invece la fondamentale esperienza di un Limite di fronte al quale il nostro linguaggio sfuma nel silenzio: è l'esperienza della Morte. *Siccome mi avvicino al mondo sapendo che almeno un limite c'è, non posso che proseguire la mia interrogazione per vedere se, per caso, di limiti non ce ne siano altri ancora*. Ciò che voglio dire ora si ispira a una teoria non metafisica ma semiotico-linguistica, quella di Hjelmslev. Noi usiamo segni come espressioni per esprimere

Tale situazione, peraltro aggravata dall'evenienza che in ogni ramo dell'ordinamento «il linguaggio del legislatore, che non è mai stato del tutto prescrittivo, è oggi molto meno prescrittivo di un tempo»³⁰⁵, da una parte, offre notevoli possibilità di sviluppo (tramite l'interpretazione) alla giuristocrazia e, dall'altra parte, induce a porsi la seguente domanda: «se cade la pretesa di validità intrinseca e astratta della parola, che cosa resta a orientare l'interprete nella sua difficile impresa?»³⁰⁶.

All'interrogativo sollevato da Ombretta Di Giovine, una risposta fra le varie possibili – almeno sul fronte giudiziale – la si rinviene, a nostro parere, nell'obbligo di motivazione e, specificamente, nell'obbligo di motivazione rafforzata (v. *infra*, cap. III), che incentiva «un comprendere realizzato con consapevolezza metodologica»³⁰⁷.

Attenendosi a questa singolare metodica di giudizio e di giustificazione, si è tenuti a seguire tappe obbligate, costituite da profili (argomentativi) salienti della fattispecie in esame, che impongono l'approfondimento di specifiche questioni e problematiche.

Se si declina tale metodo valutativo-motivativo con riferimento al rapporto lingua/linguaggio, si può – ove compatibile (ad es., v. *infra*: § II.1) – immaginare l'obbligo di soffermarsi espressamente,

un contenuto, e questo contenuto viene ritagliato e organizzato in forme diverse da culture (e lingue) diverse. Su che cosa viene ritagliato? Su una pasta amorfa, amorfa prima che il linguaggio vi abbia operato le sue vivisezioni, che chiameremo il *continuum* del contenuto, tutto l'esperibile, il dicibile, il pensabile – se volete, l'orizzonte infinito di ciò che è, è stato e sarà, sia per necessità che per contingenza. Chiamiamolo pure essere o Mondo, come ciò che presiede ogni costruzione e donazione di forma operata dal linguaggio. Parrebbe che, prima che una cultura non l'abbia linguisticamente organizzato in forma del contenuto, questo *continuum* sia tutto e nulla, e sfugga quindi a ogni determinazione. E in tal senso Hjelmslev non avrebbe detto nulla di diverso da Nietzsche. Tuttavia ha sempre imbarazzato studiosi e traduttori il fatto che Hjelmslev chiamasse il continuo, in danese, *mening*, che è inevitabile tradurre con “senso” (ma non necessariamente nel senso di “significato” bensì nel senso di “direzione”, nello stesso senso in cui in una città esistono ‘sensi permessi’ e ‘sensi vietati’). Che cosa significa che ci sia del senso, prima di ogni articolazione sensata operata dalla conoscenza umana? Hjelmslev lascia a un certo momento capire che per “senso” intende il fatto che espressioni diverse in lingue diverse come piove, *il pleut, it rains*, si riferiscano tutte allo stesso fenomeno. Come a dire che *nel magma del continuo ci sono delle linee di resistenza* e delle possibilità di flusso, come delle nervature del legno o del marmo che rendano più agevole tagliare in una direzione piuttosto che nell'altra. È come per il bue o il vitello: in civiltà diverse viene tagliato in modi diversi, per cui la *sirloin steak* americana non corrisponde a nessuna bistecca nostrana. Eppure sarebbe molto difficile concepire un taglio che offrisse nello stesso momento l'estremità del muso e la coda. Se il *continuum* ha delle linee di tendenza, per impreviste e misteriose che siano, *non si può dire tutto quello che si vuole*. Il mondo può non avere un senso, ma ha dei sensi; forse non dei sensi obbligati, ma certo dei sensi vietati. *Ci sono delle cose che non si possono dire*. Non importa che queste cose siano state dette un tempo. In seguito abbiamo per così dire “sbattuto la testa” contro qualche evidenza che ci ha convinto che non si poteva più dire quello che si era detto prima. Naturalmente ci sono dei gradi di costrizione».

³⁰⁵ CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 4.

³⁰⁶ DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 115.

³⁰⁷ Il lessico è quello di GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 559 («Un comprendere realizzato con consapevolezza metodologica non deve tendere a portare semplicemente a compimento le proprie anticipazioni, ma a renderle consapevoli per poterle controllare, e fondare così da comprensione sull'oggetto stesso da interpretare»). L'atto di *reddere rationem*, cioè di addurre motivi razionali per spiegare la decisione assunta, si inserisce peraltro perfettamente nel “fenomeno comprensivo” così come inteso da Gadamer, per il quale «la spiegazione non è un atto successivo e accidentemente aggiunto alla comprensione, ma la comprensione è sempre spiegazione, e la spiegazione è perciò la forma esplicita del comprendere» (635).

come passaggio necessitato di giudizio e di giustificazione, su alcune determinate espressioni linguistiche problematiche, da prendere in esame alla luce di parametri e criteri condivisi.

In tal modo, viene a realizzarsi una sorta di *processualizzazione linguistica*, posto che, in relazione a certe parole ambigue, vaghe, indefinite ecc., una metodologia motivazionale a esse puntualmente dedicata consente di raffinarne la concretizzazione³⁰⁸.

I.7. INTERPRETAZIONE – APPROCCIO FILOSOFICO

Per l'interpretazione in generale, da un punto di vista filosofico, vale quanto scrive Gustavo Zagrebelsky a proposito dell'interpretazione della Verità (divina), ovverosia che ogni parola «è sempre da riempire di significati e sempre di nuovo gravida di contenuti», in quanto «“duplice”, come le opere del Signore sono “due a due, l'una di fronte all'altra”: di fronte al male c'è il bene, di fronte alla morte c'è la vita; così, di fronte all'uomo pio c'è il peccatore (Sir 33, 14-15). Il Salmista (62, 12) dice: “Una parola ha detto l'Eterno, due ne ho udite”. C'è il testo, ma dopo il testo ci sono le interpretazioni e nessuna interpretazione è sovrana e statica, perché solo il testo è sovrano e statico. Ogni interpretazione protegge e arricchisce il testo, fa con lui materia comune e promuove nuove interpretazioni che fanno della Parola un organismo vivente»³⁰⁹.

Non intendendo maneggiare impropriamente i Testi Sacri, ci limitiamo a rilevare che uno degli insegnamenti che possiamo trarre dal passo del *Salmo LXII* è che persino la Parola divina, se umanizzata, assume due significati diversi e si apre all'antitesi³¹⁰. Ciò rispecchia, invero, la *natura duale* dell'uomo: «doppi lo siamo davvero, diamo corpo a un'antinomia»³¹¹.

³⁰⁸ Cfr. PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 81: «La polisemia del linguaggio e il carattere strutturalmente analogico del processo interpretativo comportano inoltre che il giudice espliciti con rigore e correttezza le sue “scelte”. Nel senso che egli dovrà prima di tutto individuare il nucleo relativamente certo del significato e poi rendere analiticamente conto della scelta da lui effettuata nell'area di incertezza rendendo palesi gli argomenti che la giustificano. Il peggior frutto di una legalità antistoricamente intesa come vincolo assoluto alla legge è che il giudice si trincerò dietro un presunto significato preconfezionato, rigido e – soprattutto – indiscutibile della parola legislativa. Ciò davvero legittimerebbe l'arbitrio tanto più inattaccabile quanto più nascosto sotto l'assolutezza della metafora delle “bocca della legge”».

³⁰⁹ ZAGREBELSKY G., *Mai più senza maestri*, Bologna, 2019, 57. Similmente, rifacendosi però a un passo talmudico (presente nel Trattato *Menahot* 29), GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, 2019, 41. Sul tema, richiama il *Talmud* altresì ASCARELLI T., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., 18. Cfr. SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 31: «Sarebbe troppo bello se gli Dei avessero dato agli uomini criteri così assoluti, addirittura formali, per distinguere il diritto dal torto, e in definitiva il bene dal male. Ma un'esperienza non è che un'esperienza, e vale finché non si formi un'esperienza contraria».

³¹⁰ All'interno di questa duplicità di significato (*i.e.* la possibilità di essere “A” come “non-A”), l'oggetto interpretato può assumere tutte le sfumature di senso rientranti dell'area di significanza di riferimento.

³¹¹ DURKHEIM E., *Il dualismo della natura umana e le sue condizioni sociali* (1914), (a cura di) G. PAOLETTI, Pisa, 2009, 55. L'Autore scrive ancor più precisamente che «la vecchia espressione *Homo duplex* [espressione attestata fin dalle *Etimologie* di Isidoro di Siviglia (ca. 560-636): “*Duplex est homo: interior et exterior. Interior homo anima, [et] exterior homo corpus*” (Liber XI, I, 6)] è confermata dai fatti. Siamo tutt'altro che semplici e la nostra vita interiore ha come un doppio centro di gravità. Da una parte c'è la nostra individualità e, più precisamente, il corpo che ne è il

Questa «dualità fondatrice»³¹², tratto congenito di ogni persona, si riflette in qualunque ambito del pensare e dell'agire dell'individuo; e ovunque la si ritrova, perché – per l'appunto – è l'essere umano che è in sé un «soggetto di contraddizioni»³¹³, delle quali permane traccia nelle cose che pensa e che fa³¹⁴. Quando approccia un fenomeno, ad esempio, lo avvicina sempre –

fondamento; dall'altra tutto ciò che, in noi, esprime qualcosa d'altro da noi» (49). Questa “separazione interna” dell'uomo si ricompone, tuttavia, nell'esperienza (mistica [soltanto?]) «di saper pensare in qualunque istante, nel pieno della vita il pensiero dell'unità» (HESSE H., *Siddharta* (1969), (trad. it.) M. MILA, Milano, 2018, 159): la *totalità*, in cui il molteplice si (ri)compone e gli opposti – fondendosi – si conciliano, come accade nel caso dell'allinearsi tra corpo e spirito. Si tratta di una «esperienza unitiva» (HOFMANN A., *Percezioni di realtà*, (trad. it.) R. FEDELI, Viterbo, 1993, 43) che capita quando, ad esempio, «per la meraviglia, alz[iamo] al cielo lo sguardo sentendoci parte del firmamento» (per riprendere una felice espressione cinematografica, utilizzata in *Interstellar*; e, non a caso, ancora HOFMANN A., *Percezioni di realtà*, cit., 52 afferma che «la conoscenza razionale deve essere accompagnata da un'esperienza emozionale. È necessario non sentirsi separati dagli oceani, dal firmamento, dalle stelle. Dobbiamo sentirci dentro la creazione e sentire che la creazione è dentro di noi, che noi siamo uno. Solo allora il mondo ci appartiene, così come apparteniamo a lui. Solo allora i nostri cuori riconosceranno il suo vero splendore e ci sentiremo protetti e in grado di gioire di esso». Similmente, esaltando la *bellezza* che si esprime in tutte le cose [e che finisce per correlarsi – e riportarci – al fenomeno religioso], DOSTOEVSKIJ F. M., *I fratelli Karamazov* (1880), (trad. it.) M. R. FASANELLI, Milano, 1999, 442 – tramite le parole dello starec Zosima – esorta ad «ama[r]e tutte le creature divine, l'intera creazione come ciascun granello di sabbia. Amate ogni fogliolina, ogni raggio divino! Amate gli animali, amate le piante, amate ogni cosa. Se amerete ogni cosa, in ogni cosa coglierete il mistero di Dio»).

³¹² L'espressione è di GIRARD R., *La violenza e il sacro* (1972), (trad. it.) O. FATICA – E. CZERKL, Milano, 1980, 405. Parla di «natura duale di tutte le forme viventi» HOFMANN A., *Percezioni di realtà*, cit., 44.

³¹³ PASCAL B., *Pensieri* (1669), (trad. it.) F. DE POLI, Milano, 2010, 121 (pensiero 250): «Che illusione [Quale chimera (v. trad. C. CARENA)] è dunque l'uomo? Che novità, che mostro, che caos, che soggetto di contraddizioni, che prodigio!». Similmente si esprime Dostoevskij ne *L'idiota*, allorché nel capitolo XI del libro II parla dei «doppi pensieri» (DOSTOEVSKIJ F. M., *L'idiota* (1869), (ed. Rusconi), Rimini, 2018, 411). Cfr. altresì DE MONTAIGNE M., *Degli zoppi*, in SCIASCIA L., *La sentenza memorabile*, Palermo, 1982, 57: «Non c'è nulla di così duttile ed errabondo come la nostra mente; è la scarpa di Teramene, buona per ogni piede. Ed è duplice e contraddittoria, e gli argomenti sono duplici e contraddittori». Questa contraddizione, come si è accennato, trova in ogni caso un suo più o meno raffinato equilibrio (cfr. omeostasi), che consente all'Essere – che ne è portatore – di manifestarsi in una data forma; in tal senso, riecheggiano i due seguenti *Frammenti* di Eraclito: «Discorde si accorda, stupenda armonia da contrasti»; «Capire non sanno come discorde in sé si accordi, corda d'arco e di lira che agli opposti tende in armonia».

³¹⁴ Tramite un richiamo letterario, possiamo – con Tolstoj (TOLSTOJ N., *Resurrezione* (1899), (trad. it.) E. GUERCETTI, Milano, 2020, 204) – dire che «ogni uomo reca in sé, in germe, tutte le qualità umane, e talvolta ne manifesta alcune, talvolta altre, e spesso non è affatto simile a sé, pur restando sempre unico e sempre se stesso». Un'esemplificazione sul versante sociologico possiamo rintracciarla in DURKHEIM E., *Il dualismo della natura umana*, cit., 79, ove si afferma che «questa dualità corrisponde insomma alla doppia esistenza che conduciamo simultaneamente: una puramente individuale, radicata nel nostro organismo; l'altra sociale, che è semplicemente il prolungamento della società» (al cui interno, peraltro, si riproduce il “momento duale” ad esempio nel fatto che – come ricorda GIRARD R., *La violenza e il sacro*, cit., 165 – «in ogni cultura, dietro alla soluzione adottata, affiora la soluzione inversa»). Sul fronte giuridico, esemplificando, si può riconoscere che la caratteristica della “dualità” si manifesta nei principi delle Carte costituzionali, i quali – come si suol dire – “cacciano a coppia”, ovvero – come mette in evidenza BIN R., *A discrezione del giudice*, cit., 28 – «ogni principio va a braccetto con il suo opposto, ogni libertà con i suoi limiti [...] Stupirsi che le Costituzioni siano incoerenti e che la loro applicazione nei giudizi dia risultati opinabili significa ignorare la loro genesi e la stessa funzione per cui sono state concepite». Ancora, il tratto “duale/dualistico” si rinviene anche – e in larga misura – a livello interpretativo, col fenomeno della c.d. “*duplex interpretatio*”: fenomeno legato a quella «possibilità di più interpretazioni “plausibili” [che] sembra essere il frutto di quel “pluralismo scientifico e diremmo dogmatico” oggi abbastanza riconosciuto, in cui le soluzioni si relativizzano secondo le diverse interpretazioni, letture, paradigmi» (CATERINI M., *Il ruolo “politico” del giudice penale*, cit., 518, nt. 28, richiamando

fisiologicamente – con le proprie facoltà sia fisico-materiali sia intellettuale-spirituale. In questo caso, la duplicità si rinviene nella compresenza di due profili antitetici: quello oggettivo (fisico-materiale) e quello soggettivo (intellettuale-spirituale).

Senza diffondersi sul “dualismo (unitario) dell’uomo”, non essendo questa la sede opportuna per farlo, è comunque possibile ricavare da tale “filosofia (del duplice)” due importanti considerazioni inerenti al(la dualità del) momento interpretativo³¹⁵.

La prima è che da un oggetto finito si possono ricavare infinite interpretazioni; ancorché vi siano delle sfumature interpretative non praticabili: ovverosia, quelle rispetto alle quali l’oggetto interpretato si oppone e “dice di ‘no’, che non si può” (v. realismo negativo – Umberto Eco).

La seconda è che l’opera dell’interprete, completiva il significato dell’oggetto interpretato, si compie nella combinazione di oggettività e soggettività.

Ai nostri fini, ci interessa il carattere duplice dell’interpretazione nell’ottica dell’espansione giuristocratica.

Affrontiamo adesso (§ I.7) il tema dell’infinita interpretativa a fronte della finitezza dell’oggetto interpretato e dell’intridersi di oggettività e soggettività nell’opera dell’interprete come fattori esogeni all’ambiente giuridico strettamente inteso, poiché le osservazioni che seguono prescindono appunto dal contesto giuridico strettamente inteso.

Trattiamo invece successivamente (§ II.4) dell’infinita interpretativa a fronte della finitezza dell’oggetto interpretato e dell’intridersi di oggettività e soggettività nell’opera dell’interprete come fattori endogeni al mondo del diritto, poiché li descriviamo con specifico riferimento alla concretizzazione del testo di legge, profilo – quest’ultimo – evidentemente endogeno al mondo del diritto.

Esordiamo nella disamina dell’interpretazione come causa esogena allo sviluppo della giuristocrazia affermando che «gli esseri umani sono essenzialmente esseri che procedono attribuendo significati ai fatti, agli atti, agli eventi in cui si imbattono. Sono esseri comprendenti. [...] Ogni anche più piccolo fatto della vita cade sotto la nostra interpretazione, poiché non possiamo non attribuirgli un significato»³¹⁶.

DONINI M., *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1088 ss.).

³¹⁵ Adottando questo approccio filosofico incentrato sulla dualità o natura duale delle cose, trova spiegazione la duplicità che caratterizza i fenomeni e si risolve, in un’ottica conciliante, l’apparente contraddittorietà che li contraddistingue (in quanto contenenti, al loro interno, gli opposti).

³¹⁶ ZAGREBELSKY G., *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, 76-78. Di talché, continua l’Autore, «l’essere umano è essenzialmente interpretante. La vita è una sequenza di interpretazioni, siano esse problematiche (quando i criteri di interpretazione non sono evidenti a prima vista) o siano ovvie (quando invece lo sono, per pacifica interiorizzazione [o esternalizzazione])». Nei suoi «frammenti, tutto frammenti» (così lo autodefinisce PESSOA F., *Il poeta è un fingitore*, L’Aquila-Roma, 1988), ossia in PESSOA F., *Il libro dell’inquietudine*

Di conseguenza, lo ripete anche Jürgen Habermas in *Fatti e norme* (recte: “Fattualità e validità”), «nessuno ha accesso diretto a forme *non interpretate* di verità»³¹⁷.

È tramite l'interpretazione che si «compie la mediazione mai definitiva tra uomo e mondo»³¹⁸; e, in tal senso, «il processo interpretativo risponde al *problema epistemologico dell'intendere*»³¹⁹: «s'interpreta al fine di intendere: non si può intendere senza interpretare»³²⁰.

(1982), (trad. it.) M. J. DE LANCASTRE – A. TABUCCHI, Milano, 2018, 200, Fernando Pessoa ricorda di come si «annoia[ss]e a] trovare svariate teorie, tutte contraddittorie e tutte ugualmente suffragate da convincenti argomentazioni, tutte ugualmente probabili e funzionanti secondo una selezione dei fatti che aveva l'arroganza di rappresentare *tutti* i fatti».

³¹⁷ HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 22. Cfr. (anche in rapporto alla nt. 282) GIRARD R., *La violenza e il sacro*, cit., 313: «Non c'è verità, per quanto elementare, che non sia mediata dalla cultura».

³¹⁸ GADAMER H., *Testo e interpretazione*, cit., 38. Analogamente, ZAGREBELSKY G., *Fondata sulla cultura*, cit., 79: «La conoscenza delle cose apre alla loro interpretazione, ma l'interpretazione dà un senso alle cose stesse, le fa conoscere come manifestazioni di senso. Per questo, interpretare è sempre prendere posizione». Sullo intendersi fra “spiriti (umani)”, cfr. BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 4-6: «Ovunque ci troviamo in presenza di manifestazioni oggettive, attraverso le quali un altro spirito parla al nostro facendo appello alla nostra intelligenza, ivi entra in movimento la nostra attività interpretativa per intendere qual senso abbiano quelle manifestazioni, che cosa esse ci vogliono dire. Dal vivo e labile discorso parlato all'immobile documento e monumento, dalla scrittura al segno convenzionale, alla cifra e al simbolo artistico, dal linguaggio non articolato come quello figurato o quello musicale, dalla dichiarazione al comportamento singolo, dalla fisionomia alla linea di condotta complessiva, tutto quanto dall'altrui spirito ci provenga, rivolge un appello e un richiamo alla nostra sensibilità e intelligenza per essere inteso. [...] In verità gli uomini non pervengono a intendersi con lo scambiarsi segni materiali delle cose né col determinarsi per uno scambievole automatismo a produrre proprio la medesima idea, bensì col mettere in moto reciprocamente ciascuno il medesimo anello della catena delle proprie rappresentazioni o concezioni, e col toccare in ciascuno la medesima corda del proprio strumento spirituale come per intonare un accordo, per modo da suscitare e risvegliare negli altri idee corrispondenti a quelle di chi parla».

³¹⁹ BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 10. In particolare, «oggetto d'interpretazione è pur sempre l'oggettiva manifestazione di un pensiero» (8); «oggetto d'interpretazione non è la “volontà” come tale, ma sempre soltanto la forma, in cui essa si è esplicita e attuata: ciò che si è fatto o ciò che si è detto. [...] Che poi la oggettivazione dello spirito abbia impresso la sua impronta sopra una materia durevole per il tramite della quale si sia conservata, o che – labile di per sé, come sono in genere i comportamenti pratici – sopravviva solo nel ricordo o nella tradizione, non importa una differenza essenziale: nell'una e nell'altra ipotesi l'interprete si trova sempre dinanzi forme rappresentative, dirette o indirette, immediate o mediate, di primo o di secondo grado» (9-10). Insomma, «tutta la dialettica del processo interpretativo scaturisce dall'antinomia fra la soggettività dell'intendere e l'oggettività del senso di attribuire, come del resto, dall'antinomia fra attualità del soggetto e alterità dell'oggetto sgorga la dialettica di ogni processo conoscitivo» (13). V. altresì GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 519 e 605.

³²⁰ IRTI N., *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 5, 4. Con specifico riferimento al mondo giuridico, ancora IRTI N., *Il tessitore di Goethe*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1178-1179: «Testi legislativi, precedenti giudiziali, vicende narrate dalle parti, sono oggetto di *informazioni*, che il giudicante trova, per così dire, dinanzi a sé: materiale dato, con cui egli motiva e delibera la decisione. Non è senza ragione che anche “in-formazione” abbia in sé “forma”, poiché, soltanto ridotto a “forma”, il materiale legislativo e giudiziale diventa classificabile e utilizzabile. Le informazioni esigono una tecnica di trattamento: non c'è decisione, anche la più quotidiana e semplice, che non implichi una fase conoscitiva dello stato di cose. Ogni decisione riposa su conoscenza e scelta di dati: appunto, di elementi, che già appartengono alla realtà, e sono suscettibili di tradursi in informazioni. L'uomo calcolante è, e non può non essere, l'uomo dell'informazione, l'uomo “esperto” nelle tecniche dell'informazione. Quando parliamo di “dati”, di quello che già c'è e di cui ci impossessiamo, l'accento cade sull'oggettività del materiale disponibile, e così ci lasciamo sfuggire che (a usare, per altro scopo, le parole d'un grande giurista francese) codesti *données* sono sempre un nostro *construit*. Noi non raccogliamo i dati come frutti maturi caduti dall'albero nelle nostre mani, come realtà a sé stanti, passivamente rispecchiate dall'intelletto. Noi li ritagliamo e isoliamo nel mondo circostante, li scegliamo e classifichiamo, convertendoli in oggetto di informazione. L'informazione non è separabile dalla mente di colui che si

Insomma, nell'intendere e nel comprendere il mondo, «il cosiddetto dato non è scindibile dall'interpretazione[, che] non è una procedura accessoria del conoscere, ma costituisce la struttura originaria dell'essere-nel-mondo» da parte dell'uomo³²¹.

In qualsiasi ambito della vita, infatti, l'esser-ci umano – heideggerianamente inteso – si muove in virtù di una conoscenza per così dire interpretativa o interpretante delle cose: una conoscenza soggettivamente connotata e finanche determinante (oltre che determinata dal)la realtà vissuta o, più semplicemente, osservata e studiata.

In quest'ottica, può dirsi che «non esiste esperienza oggettiva»³²² e che «l'interprete non riesce mai a raggiungere l'ideale di metter completamente da parte se stesso»³²³, la propria «accentuazione

informa e ci informa, dall'atto logico di chi prende possesso dei dati. Questo impossessamento esige e racchiude un'interpretazione. Le informazioni sono atti interpretativi, letture di quella parte di mondo a cui si volge il nostro interesse di oggi. Si scelgono e si interpretano modelli normativi, precedenti giudiziari, fatti narrati dalle parti in causa. Scegliendo una tra le fattispecie di legge, noi adottiamo un dispositivo di misurazione, che permette di selezionare le circostanze di causa e di rinvenire i precedenti adeguati. Si può qui dire con il grande Werner Heisenberg: “ciò che osserviamo non è la natura in sé stessa ma la natura esposta ai nostri metodi d'indagine”. Questo a me sembra l'insopprimibile momento della soggettività, la quale – si vuole ripetere – non rispecchia i dati, ma li costruisce e conforma».

³²¹ GADAMER H., *Testo e interpretazione*, cit., 38 (analogamente in GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 539: «La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa»). Riferendosi al pensiero gadameriano, Giovanni Reale sintetizza che «la 'comprensione' non è un momento conclusivo, bensì *un momento strutturale determinante*, che – come 'pre-comprensione' da cui l'interprete prende le mosse – mette in moto il circolo [ermeneutico], con la complessa dinamica che ne consegue» (REALE G., *Introduzione*, in GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., XIV [v. anche XV]) e Gianni Vattimo osserva che, in ogni caso, «la circolarità della comprensione non significa chiusura del 'soggetto' nei propri pregiudizi o nelle proprie fantasie. [...] L'interprete, in realtà, non è mai un soggetto chiuso che possa avere pregiudizi o fantasie del tutto remote e distaccate dall'oggetto del suo comprendere» (VATTIMO G., *Introduzione 1972*, in GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., XLIV [v. anche XLV]). Sul fenomeno della pre-comprensione (meglio: sulle «aspettazioni» e sugli «interessi» che dominano «in parte» le nostre percezioni [253], nonché sul «sapere a priori geneticamente: non valido a priori; non necessario a priori, non apodittico», ma comunque a priori perché «tutto il sapere è ipotetico, congetturale: è nostra ipotesi [e] a posteriori sono soltanto le eliminazioni delle ipotesi: lo scontro delle ipotesi con la realtà» [237]), cfr. altresì POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi*, cit., 203: «L'idea fondamentale della mia teoria della conoscenza è che i *problemi* e i *tentativi di risolverli tramite la formazione di ipotesi, teorie o congetture* precedano qualsiasi osservazione. Le teorie sono di primaria importanza nella costituzione della nostra esperienza, e lo sono sia logicamente che storicamente – di primaria importanza nella nostra storia personale come pure nella storia dell'umanità». Nelle “cose umane” non esistono soluzioni esclusivamente logiche e razionali perché la natura (duale) dell'uomo si compone anche di un profilo di illogicità e irrazionalità che inevitabilmente si manifesta, più o meno intensamente, nel suo operare e residua quindi nel suo operato. A tal riguardo, DAL LAGO A., *Leggi oscure, cose che svaniscono. Note su ermeneutica e scienze umane*, in *Aut Aut*, 1987, 217-218, 230 scrive che «la conoscenza produce delle letture del mondo storico e sociale parziali, incomplete e, in un certo senso, false. La comprensione è imbevuta di soggettività, e non è possibile stabilire mai la soglia a partire dalla quale l'esperienza soggettiva permette un accesso sicuro all'oggettività».

³²² BATESON G., *Mente e natura*, cit., 48. Similmente, HOFMANN A., *Percezioni di realtà*, cit., *passim*. (in part., 11-28; es. 19: «Ognuno di noi è il creatore del proprio universo») e VON HUMBOLDT W., *La diversità delle lingue*, cit., 43 («È l'attività soggettiva che forma un oggetto nel pensiero»; sicché si può affermare che «le parole designano un'esperienza, ma non sono l'esperienza» FROMM E., *Avere o essere?* (1976), (trad. it.) F. SABA SARDI, Milano, 2018, 103 [cfr. HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, cit., 81]). Rileva Thomas Samuel Kuhn che «se due persone si trovano nello stesso luogo e guardano nella stessa direzione, dobbiamo trarre la conclusione, a meno di cadere nel solipsismo, che esse ricevono stimoli molto simili. Ma la gente non vede stimoli; la nostra conoscenza di essi è altamente teoretica e astratta. Due persone, invece, hanno sensazioni, e nulla ci costringe a supporre che le sensazioni

particolare»³²⁴, allorché *conosce interpretando*; allo stesso modo in cui, nella meccanica quantistica, le misurazioni dei fenomeni sono perturbate dall'influenza che – con le sue «accidentalità storiche e personali»³²⁵ – lo scienziato esercita, anche involontariamente, su ciò che analizza (cfr. principio di indeterminazione di Heisenberg)^{326, 327}.

dei due osservatori siano le stesse» (KUH N T. S., *Poscritto* (1969), in KUH N T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009, 232). E sebbene – ancorché a livello romanzato (ci riferiamo all'opera incompiuta di Novalis: lo *Heinrich von Ofterdingen* [originariamente: *Afterdingen*], nota per il celeberrimo passo «Dove stiamo dunque andando? Sempre verso casa» [163]) – sia stato scritto che «non si può cavare un concetto definito da qualcosa di personale» (NOVALIS, *Enrico di Ofterdingen* (1802), (a cura di) T. LANDOLFI, Milano, 1997, 170), «ciononostante» e pur riconoscendo che «la realtà percepita dai nostri occhi e dagli altri organi di senso ritrae un mondo fatto espressamente su misura d'uomo, determinato dai limiti e dalle capacità dei sensi umani» (e che, pertanto, «il quadro apparentemente oggettivo del mondo intorno a noi che chiamiamo realtà sia in verità un quadro soggettivo»), occorre – con HOFMANN A., *Percezioni di realtà*, cit., 16-17 – ammettere comunque, sia pure con riserva di relatività/parzialità conoscitiva, la possibilità di definire la «verità» delle nostre rappresentazioni: posto che le «rappresentazioni individuali [...] sono tutte ugualmente vere. Esse descrivono la verità, la realtà dei rispettivi individui. In un senso assoluto, oggettivo, tuttavia, esse non lo sono. Esiste una realtà trascendentale, la cui essenza rimane un mistero, al di là della manifestazione del mondo fisico che è la nostra realtà, celata a esso, e limitata dalla selettività e chiarezza di modulazione dei nostri organi sensoriali e dalla capacità della nostra perspicacia mentale. Tutto ciò che sappiamo del mondo fisico in termini oggettivi, la nostra conoscenza parziale di quello che si è definito il trasmettente [*i.e.*, il mondo esterno (materiale)], ci è stato rivelato dalla ricerca scientifica».

³²³ GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 809.

³²⁴ GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 817.

³²⁵ KUH N T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009, 23.

³²⁶ Leggiamo in MONOD J., *Il caso e la necessità*, (trad. it.) A. BUSI, Milano, 1970, 93-94 che «ogni fenomeno, ogni avvenimento, ogni conoscenza comporta interazioni di per sé generatrici di modificazioni all'interno delle componenti del sistema». (Per completezza, rileviamo che – subito dopo – Monod precisa in ogni caso che «questa nozione, però, non è affatto incompatibile con l'idea che, nella struttura dell'universo, esistano entità immutabili»). Analogamente, troviamo scritto in KUH N T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 177 che «non può esistere un sistema di linguaggio o di concetti che sia scientificamente o empiricamente neutrale». Da POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi*, cit., 313 apprendiamo ancora che «neppure una scienza naturale è *soltanto* un 'mucchio di fatti'. Essa è, per lo meno, una collezione di fatti e, in quanto tale, dipendente dagli interessi del collezionista, dipendente cioè da un punto di vista» (cfr. il concetto di «teoria-faro della scienza», per la quale «non appena cerchiamo di formulare il nostro punto di vista, quel che risulta sarà di norma una qualche ipotesi di lavoro; vale a dire un assunto provvisorio, la cui funzione consiste nell'esserci di aiuto nella scelta e nell'ordinamento dei fatti. Ma dobbiamo essere chiari sul fatto che non ci può essere nessuna teoria e nessuna ipotesi, che in questo senso non sia e non rimanga una ipotesi di lavoro. In realtà, nessuna teoria è definitiva, ma ogni teoria ci aiuta a ordinare e a scegliere i fatti. Questo carattere selettivo di ogni descrizione rende la descrizione in un certo senso 'relativa'; relativa, però, solo nel senso che noi proporremo un'altra descrizione, qualora il nostro punto di vista fosse diverso» [317]). A tal proposito, applicando le premesse teoriche della fisica quantistica al campo giuridico, BIN R., *A discrezione del giudice*, cit., 19 (corsivo nostro) afferma che «l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore *decide* di osservare». Più specificamente, osserva Bin, «i "fatti" sono accadimenti oggettivi, i "casi" non lo sono. Il "caso" è una costruzione della mente umana. L'approccio quantistico ci suggerisce di guardare agli interpreti del diritto come a una parte del sistema che essi stanno interpretando. Non possiamo avere una percezione adeguata del problema dell'interpretazione giuridica senza prestare attenzione alle premesse culturali e istituzionali del sistema nel suo complesso. L'interpretazione giuridica può essere concepita come un'istituzione che include sia l'oggetto che il soggetto dell'interpretazione. Ciò che comunemente si ritiene essere l'oggetto dell'interpretazione (la legge) ha un debole grado di "oggettività", poiché è l'interprete a decidere se esso è o meno rilevante per lo svolgimento della sua attività. Come il fisico quantistico, anche il giurista – essendo parte del "sistema giuridico" – opera all'interno di un contesto culturale che gli suggerisce quali siano le strategie da preferire al fine di identificare gli atti normativi che sono rilevanti per il caso che gli è sottoposto» (24-25). Sul punto, v. altresì: ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*,

Tale relatività conoscitiva, che si rinviene negli eventi della Natura a causa del loro intrinseco residuo di indeterminismo (dato dall'intrecciarsi e dall'alternarsi di 'caso' e 'necessità' – v. Jacques Monod³²⁸), la si riscontra anche nelle cose più tipicamente umane o comunque pertinenti all'uomo

cit., 4 e 118; IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 774, nt. 88 («C'è un'evidente assonanza fra epistemologia scientifica e giuridica. Come il principio di indeterminazione di Heisenberg ha posto in risalto l'indeterminismo quantistico e ha scalzato il postulato dell'oggettività dell'osservazione (la metodica di osservazione modifica il fenomeno osservato), così il principio di indeterminatezza della prova sta a sottolineare non l'irrazionalità della prova, ma il suo ineluttabile margine di discrezionalità»); UBERTIS G., *Prova, verità e processo*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 2-3 («Nel 1927, con il principio di indeterminazione di Heisenberg, si è riconosciuta l'impossibilità di individuare esattamente e contemporaneamente la posizione e la velocità di una particella atomica perché “nella fisica atomica non è possibile astrarre in alcuna maniera dalle modificazioni che ogni osservazione produce nell'oggetto osservato” [HEISENBERG W. K., *La teoria dei colori di Newton e di Goethe alla luce della fisica moderna* (1941), in HEISENBERG W. K., *Mutamenti nelle basi della scienza* (1942), Torino, 1944, 82]. “Il metodo non può più separarsi dall'oggetto” [HEISENBERG W. K., *Natura e fisica moderna* (1955), Milano, 1985, 55], cosicché “la sola teoria della conoscenza che possa essere oggi valida, è quella che si fonda su questa verità della microfisica: lo sperimentatore fa parte del sistema sperimentale” [SARTRE J., *Questioni di metodo* (1957), in SARTRE J., *Critica della ragione dialettica. I. Teoria degli insiemi pratici*, I, Milano, 1963, 37, nt. 14). [...] Se il frutto di una qualsiasi indagine non può essere ricondotto a una pura e assoluta “datità”, anche il materiale fattuale adoperato dal giudice per la decisione non è conseguente a una passiva recezione delle risultanze probatorie da parte sua»).

³²⁷ Segnaliamo che, di recente, si sono espressi in modo contrario alla posizione heisenberghiana Jussi Lindgren (secondo cui “The results suggest that there is no logical reason for the results to be dependent on the person conducting the measurement. According to our study, there is nothing that suggests that the consciousness of the person would disturb the results or create a certain result or reality” [in *A new interpretation of quantum mechanics suggests that reality does not depend on the person measuring it*, 5 ottobre 2020 (consultabile al seguente indirizzo: <https://www.aalto.fi/en/news/a-new-interpretation-of-quantum-mechanics-suggests-that-reality-does-not-depend-on-the-person>)) e Jukka Liukkonen in LINDGREN J. – LIUKKONEN J., *The Heisenberg Uncertainty Principle as an Endogenous Equilibrium Property of Stochastic Optimal Control Systems in Quantum mechanics*, in *Simmetry*, 2020, 12, 1533 ss. (ove si propone di attribuire al principio di indeterminazione «a new, more intuitive meaning based on scientific realism and objectivism», nel cui ambito l'idea che «the measurement process itself causes the interference and the uncertainty limit should be finally abandoned» [1540]. Gli Autori, in particolare, sostengono che il modello da loro elaborato – sul quale non è certamente questa la sede adatta per soffermarsi – «allows scientific realism and objectivism in the sense that the test particle obeys an optimal diffusion irrespective of the observer and its position and momentum are uniquely defined and measurable in principle at each point in space-time, but as we repetitively measure something such as electrons from a beam, the fluctuations of the space-time induce such randomness to the system that on average we can only “see” the ensemble in the “thermodynamic” equilibrium» [1540]. In breve, la ripetitività causale del fenomeno – overrosia, la ricorrenza di misurazioni e la correlativa quantità di dati (che praticamente “parla da sola”, semplicemente mostrandosi: cfr. ANDERSON C., *The End of Theory: the Data Deluge makes the Scientific Method obsolete*, in *www.wired.com*, 23 giugno 2008) – garantirebbe secondo Lindgren e Liukkonen una definizione [una auto-definizione?] oggettiva della realtà esaminata/osservata).

³²⁸ Il riferimento è all'opera MONOD J., *Il caso e la necessità*, cit. (spec., 110). Su questo piano di idee, per uno studio in merito al «ruolo fondamentale del caos a ogni livello di descrizione della natura» (3), le cui ricadute si riflettono altresì sull'analisi teorico-pratica dei fenomeni (anche) al di là «dell'effetto dell'osservatore» (73), v. PRIGOGINE I., *Le leggi del caos* (1993), (trad. it.) C. BREGA – A. DE LACHENAL, Bari-Roma, 2003. Sempre in questa prospettiva, con taglio storicistico, ci paiono significative le parole di Franz Leopold von Ranke (in VON RANKE F. L., *Weltgeschichte* [1881-1888], band IX, XIV, che recuperiamo da GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 427 – corsivo nostro): «Ammettiamo pure che la storia non può mai avere l'unità di un sistema filosofico; essa non è però senza intima connessione. Noi vediamo una serie di eventi che si susseguono e si condizionano. Quando dico “condizionano”, non intendo ovviamente nel senso di una necessità assoluta. Anzi, ciò ch'è grande è proprio il fatto che la libertà umana è dovunque chiamata in causa: la storiografia descrive le scene della libertà; è questo che costituisce il suo grande fascino. Alla libertà si unisce

(che della Natura d'altronde fa parte, altresì con le sue artificialità): mai univoche³²⁹, sempre interpretabili³³⁰.

Su entrambi i versanti – quello naturale e quello umano – la soluzione individuata per tentare di ‘far ordine’ nella possibilità di comprendere il mondo da parte dell’uomo è stata ed è tuttora la medesima: il metodo, ovverosia appropiata metodologicamente i fenomeni. Negli anni, la discussione si è spostata e concentrata sull’individuazione e sull’accordo circa gli strumenti e le modalità con cui misurare la realtà. Sono infatti gli strumenti e le modalità attraverso cui si affronta il reale a determinare l’esito pratico e la riuscita, o meno, del nostro raffrontarsi (teorico o/e pragmatico). È «il modo in cui *noi* siamo in rapporto con esse [*i.e.* le cose]»³³¹, a determinare la nostra comprensione³³² delle cose e la loro (e, vicendevolmente, la nostra) risposta alle domande che poniamo.

Passando dal modo di conoscere (interpretativamente) il mondo al più settoriale modo di conoscere (interpretativamente) i testi³³³, si può analogamente – sia pure *mutatis mutandis* –

però la forza, la forza originaria; senza forza anche la libertà viene a cessare, sia negli eventi del mondo sia nel campo delle idee. In ogni momento può cominciare qualcosa di nuovo, che si può riportare solo alla prima e universale origine di ogni agire e patire umano; nulla esiste completamente solo per qualcos’altro; e nulla si risolve totalmente nella realtà di qualcos’altro. Ma c’è anche una profonda intima connessione, a cui nessuno può completamente sottrarsi, e che tutto abbraccia. *Accanto alla libertà c’è la necessità*. Essa risiede in ciò che prima è stato costruito e che non si può distruggere, che è la base di ogni nuova attività. Il divenuto costituisce la connessione con il diveniente. Ma anche questa connessione, in se stessa, non è da intendersi come qualcosa che si possa assumere arbitrariamente; bensì è già in sé determinata in una certa forma e non altrimenti».

³²⁹ La mancanza di univocità nelle acquisizioni dell’uomo, oltre all’indeterminismo delle ‘cose’ (tutte), è tra l’altro dovuta al tratto soggettivistico che caratterizza il conoscere umano: tratto che – quantomeno sulla scorta dell’esperienza filosofica dell’idealismo tedesco, nonché di tutte quelle ricostruzioni che, sia pure obiettive e obiettivizzanti, non dimenticano di tenere conto dell’apporto e del rapporto soggettivo dell’individuo rispetto alla realtà (es. teoria dei colori di J. W. Goethe) – possiamo ben considerare irriducibile.

³³⁰ Cfr. DE MONTAIGNE M., *Saggi* (1580), (trad. it.) F. GARAVINI, Milano, 2012, 1987 – lib. III, cap. XIII: «Mai due uomini giudicarono ugualmente una stessa cosa, ed è impossibile vedere due opinioni esattamente simili. Non solo in uomini diversi, ma nello stesso uomo in diversi momenti».

³³¹ NIETZSCHE F. W., *Linguaggio e verità*, cit., 39.

³³² Invero, «il comprendere e l’interpretare concernono il rapporto generale degli uomini con gli altri uomini e con il mondo» (GADAMER H. G., *Testo e interpretazione*, cit., 29. Analogamente in GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 19: «Il fenomeno del comprendere impronta di sé tutti i rapporti dell’uomo col mondo»). Parla di «comprensione come processo antropologico» NEUMANN U., *Applicazione giuridica*, cit., 51. Nel § 146 delle *Ricerche filosofiche* ([trad. it.] M. TRICHERO, Torino, 1983), WITTGENSTEIN L. scrive che «l’applicazione rimane un criterio della comprensione» e, traslando questa considerazione in ambito giuridico, con ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, Torino, 1992, 187 possiamo infatti riconoscere che, «come in tutti i problemi, anche i problemi giuridici devono essere ‘compresi’».

³³³ Ci riferiamo a testi, cioè a enunciati testuali, che abbiano a che fare con la realtà e che trattino di essa e non a testi che abbiano a oggetto teorie estranee al mondo dei fatti, come le astrazioni metafisiche. Specifichiamo, inoltre, di limitare le presenti considerazioni ai soli testi formati da (lla combinazione di) parole e di non svolgere approfondimenti avuto riguardo all’interpretazione dei testi numerici o alfa-numerici (la quale, a sua volta, sebbene in misura più limitata, implica comunque “variabili personalistiche” e soggettive, nella misura in cui la scelta di adottare quella data metodologia o ricostruzione teorica, che potrà produrre quel dato risultato piuttosto che un altro risultato, è influenzata e determinata da valutazioni umane, in quanto tali, soggettivamente connotate).

osservare che non esiste, nemmeno in questo caso, un'attività conoscitiva che sia immune dagli influssi personalistici del soggetto che la va compiendo³³⁴.

La filosofia gadameriana e post-gadameriana, in specie (e con i dovuti *distinguo* tra i suoi diversi esponenti), parlando di “circolo ermeneutico”³³⁵, «ha chiarito che ogni interpretazione ha

³³⁴ Una sorta di «incremento di essere che il reale subisce nella rappresentazione», per utilizzare il lessico di matrice filosofica di Gianni Vattimo (VATTIMO G., *Introduzione* 1972, in GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., XXXVIII). Cfr. BATESON G., *Mente e natura*, cit., 49 («L'esperienza del mondo esterno è sempre mediata da specifici organi di senso e da specifici canali neurali. In questa misura, gli oggetti sono mie creazioni e l'esperienza che ho di essi è soggettiva, non oggettiva»); CAMPANALE A. M., *La decisione tra certezza e giustizia*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 11 («Non esiste un'osservazione che possa dirsi neutrale»); DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 269-270 («Senza dubbio post-modernità ed ermeneutica rischiano di essere strumentalizzate per allargare gli spazi del potere, anziché – come nella loro ambizione – ridurli. Resta però il fatto che tali rischi non sono scongiurabili semplicemente negando l'esistenza e/o la validità dei movimenti antiformalistici a vantaggio di quelli formalistici. Sarebbe bello, ma non è sufficiente evocare l'esistenza di una verità perché questa si materializzi e dissolva nella sua luce i mostri che popolano le tenebre del soggettivismo. Non basta insomma auspicare che l'interpretazione sia un rinvenimento di senso e una operazione avalutativa, perché lo diventi»); DI ROBILANT E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968, 145 («Le osservazioni empiriche sono condizionate da determinate scelte; di conseguenza, la descrizione nella quale viene a consistere la comprensione, è sempre condotta da un determinato punto di vista, da una certa angolazione»); GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 915 («Il linguaggio dischiude l'intero ambito dei nostri rapporti col mondo») e 929-931 («Il linguaggio caratterizza in generale la nostra umana esperienza del mondo. [...] È il mezzo del linguaggio quello da cui tutta la nostra esperienza del mondo e in particolare l'esperienza ermeneutica si sviluppa»), nonché 967 («Il linguaggio e quindi la comprensione sono caratteri che definiscono in generale e fondamentalmente ogni rapporto dell'uomo col mondo»). Dal punto di vista filosofico-linguistico, è doveroso richiamare il classico pensiero di WITTGENSTEIN L., *Introduzione*, in WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus* [1921] e *Quaderni 1914-1916*, (trad. it.) A. G. CONTE, Torino, 2009, 88 – proposizione 5.6 (nonché 88-89 – proposizioni 5.61, 5.62 e [cfr.] 5.632): «I limiti del mio linguaggio significano i limiti del mio mondo» (pensiero rispetto al quale, in un'ottica di riflessione condivisa, ci sia consentito accostare – per gli interessanti e stimolanti pensieri che suscita – l'aforisma critico di Boccardi: «Se – come io credo – in ogni lingua esistono termini come “qui”, “ora”, “questo” ecc. ecc., allora si può uscire dai limiti del proprio linguaggio. Non solo, ma checché ne abbia detto Wittgenstein, frequentemente ne usciamo; e in ciò si basa il senso comune, come la scienza. Questo è realismo genuino (una volta integrato a una teoria fisiologica della sensazione)» [BOCCARDI D., *Non so giocare a scacchi*, Roma, 2005, 15]. Precisiamo, tuttavia, che nelle intenzioni del filosofo austriaco, la tematica d'interesse è – come ricorda Russell nell'*Introduzione al Trattato* [3-4 (della nostra edizione)] – esclusivamente una questione 'logica', legata alle «condizioni d'un linguaggio logicamente perfetto» e non anche – quantomeno, non anche direttamente – concernente problemi appartenenti all'epistemologia [che Russell condensa nella seguente domanda: «qual è la relazione sussistente tra pensieri, parole o enunciati, da una parte, e, dall'altra, ciò cui essi si riferiscono o che essi significano?»]: area, quest'ultima, alla quale ci sembra appartenere il rilievo di Boccardi).

³³⁵ Il «circolo» – che rappresenta la «struttura ontologica della comprensione» (609) – risponde alla «regola ermeneutica» secondo cui «si deve comprendere il tutto a partire dalle parti e le parti dal tutto» (603). In questa prospettiva, «il criterio per stabilire la correttezza delle interpretazioni è l'accordarsi dei particolari nel tutto» (603), tenuto in ogni caso conto del «momento anticipante della precomprensione» (607), cioè dell'influenza delle «aspettative di senso» (609). Le espressioni virgolettate sono tratte da GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit. Sul fronte strettamente giuridico, FARALLI C., *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 536 ricorda che, «a differenza del giusnaturalismo e del positivismo giuridico che presentavano il diritto come qualcosa di fisso, oggettivo, stabilito a priori, ermeneutica e realismo considerano il diritto come un fenomeno culturale, storico». Relativamente al diritto penale, le categorie dell'ermeneutica sono state accolte e applicate anzitutto da Giovanni Fiandaca. Oltre agli scritti di tale Autore (ad es., FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002 e FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 353 ss.), si sono “aperti” alle nozioni ermeneutiche (quali ‘circolo ermeneutico’, ‘precomprensione’, ‘essenza analogica del procedimento interpretativo’ ecc. ecc.) anche altri giuristi, tra i quali – con le dovute distinzioni

andamento circolare e carattere necessariamente valutativo, potendo l'interprete pervenire al risultato [interpretativo] soltanto passando attraverso una serie di "pre-comprensioni" o di "pre-giudizi". Ciò perché la mente dell'interprete non è una *tabula rasa*, ma è carica di attese o di schemi di senso che orientano l'interpretazione»³³⁶.

Non esistono, pertanto, modelli di "pura logica" per l'attribuzione di significato all'enunciato testuale. Quest'operazione non è mai un'apatica concatenazione formalistico-deduttiva, perché presuppone sempre attività non meccaniche quali la risoluzione di problemi semantici (rapporto tra segno e oggetto/situazione designato/a), la disambiguazione di parole imprecise, lo scioglimento di dubbi lessicali e sintattici (rapporto tra segni), il disimpegno di questioni pragmatiche (rapporto tra

d'approccio – rammentiamo, *ex multis*, i seguenti: DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit.; DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 73 ss.; PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 277 ss.; PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 65 («Il progressivo riconoscimento dell'inevitabile componente creativa della giurisprudenza, nel campo del diritto penale, è stato legato (anche) all'irrompere delle teorie ermeneutiche»); RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, (a cura di) E. DOLCINI – C. E. PALIERO, Milano, 2006, 693 ss.

³³⁶ PROSPERI F., *Presentazione*, cit., 17. Sulla tematica, v. altresì ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., *passim*. (es. «Ogni applicazione esige una comprensione, che dipende da colui che applica il diritto. [...] Questa comprensione, da parte di colui che applica il diritto, non può essere puramente soggettiva; cioè, essa non può essere soltanto la sua personale comprensione, ma deve [anche] rispecchiare quella dell'ambiente a cui è diretta, nella misura in cui essa deve rendere per esso convincente, o almeno accettabile, la decisione come formulazione del diritto oggettivo» [12]) e cfr. BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 6-7; COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 236; COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pub.*, 1995, 1, 4-5 («Il paradigma logicistico-positivistico è entrato in anni recenti in una crisi radicale. Il dibattito sviluppatosi all'interno della tradizione epistemologica, per un verso, il crescente successo della riflessione ermeneutica, per un altro verso, si sono incontrati nella confutazione delle principali idee-guida del paradigma positivistico e hanno sollecitato a cogliere nessi rilevanti fra quei mondi che il positivismo voleva tranquillamente separabili: fra il mondo del soggetto (il mondo delle passioni, degli schemi valutativi, del radicamento situazione del soggetto) e le operazioni conoscitive che egli viene compiendo; fra logica 'stretta' e metafora; fra descrizione e costruzione; fra asserzione e valutazione; fra dimostrazione e retorica. In questa prospettiva, non esistono quindi, da un lato, i fatti e, dall'altro, l'osservazione 'pura' di essi: ogni osservazione è theory laden, è resa possibile, e necessariamente plasmata, dai costrutti teorici, dal linguaggio, dalla cultura, dall'identità soggettiva dell'osservatore. I discorsi di sapere non intrattengono mai un rapporto diretto e mimetico con la realtà: non la riproducono per quella che è, ma intervengono selettivamente sui dati dell'esperienza, li ripropongono in forma volta a volta diversa, in un processo dove descrizione e costruzione sono inestricabilmente congiunti. E allora: organizzare un discorso intorno a un oggetto è un'attività complessa che non si esaurisce nella rappresentazione di qualcosa di già dato, ma procede attraverso un *mélange* dei materiali più diversi, dove dimostrazioni rigorose procedono insieme ad associazioni metaforiche in un intreccio non risolvibile») e 19 («Il giurista costruisce il proprio testo prescritto ed è insieme 'costruito' dal testo. [...] Le procedure di costituzione e di lettura del testo sono largamente predeterminate dalla situazione in cui egli effettivamente opera. [...] [L'interpretazione] è quindi il prodotto di un intreccio estremamente complesso di interessi, simboli, credenze, aspettative che costituiscono il mondo a partire dal quale il soggetto – il giurista – opera, costruisce i propri testi, li interpreta»); TARUFFO M., *Ermeneutica, prova e decisione*, in *Ars interpretandi*, 2018, 29-31; VATTIMO G., *Introduzione 1972*, cit., XLIX («L'interpretazione ha da fare, oltre e attraverso ciò che il testo dice, con un non-detto che rimane permanentemente tale, almeno nel senso che non può venir enunciato in proposizioni e giudizi»).

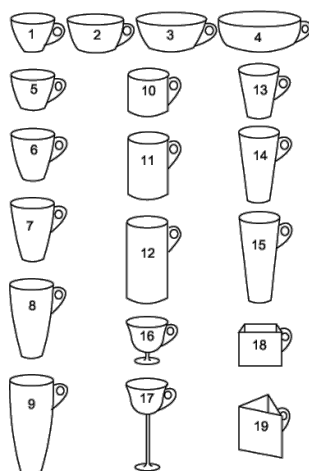
segno e utenti/parlanti-scriventi) ecc. ecc.: attività che richiedono una presa di posizione, ovverosia l'assunzione di una decisione, la manifestazione di una volontà soggettiva dinanzi a categorie che – fatalmente – hanno confini oggettivi sfumati³³⁷.

A tal ultimo proposito, dal punto di vista del linguaggio, è sufficiente rammentare «l'esperimento delle “tazze di Labov”, ben noto ai linguisti, [il quale] mostra che ogni soggetto di discorso attribuisce confini diversi pressoché a tutti i concetti evocati dai vocaboli del linguaggio comune»³³⁸.

Ogni soggetto, posto davanti alla pluralità di significati che sta dietro *praticamente* a qualunque parola, sceglie – condizionato: sia razionalmente sia irrazionalmente – di attribuirgli un determinato

³³⁷ In termini generali, sulla tematica, v. *ex multis* VAN EEMEREN F. H. – GROOTENDORST R., *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, 2004, *passim*. (in part., 42-157 e 187-196). In particolare, con riferimento al mondo del diritto, si può d'altra parte rilevare – con IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, 119-120 – che «il diritto è il mondo della decisione. Decide il legislatore, quando disciplina conflitti di interessi o funzioni utili alla vita sociale; decide il cittadino, allorché si interroga sul contenuto di una clausola negoziale e così determina la propria condotta; decide, infine, il giudice, che statuisce l'innocenza o la colpevolezza d'un imputato, o la ragione e il torto delle parti in lite. [...] Al fine di concludere, bisogna 'tagliare' fra le diverse soluzioni, ridurre la pluralità a unicità. *La decisione è sempre una scelta un atto selettivo*. [...] Il decidere, risolvendosi nello scegliere, esprime una *preferenza*, un andar oltre la pluralità delle soluzioni possibili. [...] Il legislatore preferisce uno ad altro criterio di disciplina; la parte negoziale, uno ad altro comportamento; il giudice, infine, una ad altra soluzione del caso concreto. E, poiché questa meditazione nasce nel dialogo con gli avvocati, aggiungerò che i difensori anche loro decidono, né più né meno dei giudici; e anche loro passano dalla pluralità all'unicità di soluzione».

³³⁸ CARUSI D., *Che farò quando tutto brucia? Una lettura politico-giuridica di António Lobo Antunes*, Pisa, 2019, 107-108, nt. 26. Le 'tazze di (William) Labov' sono un test sperimentale di definizione categoriale, che consiste nel domandare al soggetto di denominare come "tazza", "scodella", "bicchiere", "boccale", "ciotola" ecc. le immagini che gli vengono presentate (e che riportiamo, di seguito, in figura [fonte: http://www.aistudy.co.kr/cognitive/images/Labov_1973_1.gif]). L'esperimento mostra che alcune immagini sono considerate da tutti i soggetti o "tazza" o "scodella" o "bicchiere" ecc., mentre altre immagini sono incluse alle volte in una e alle volte in altra categoria, a seconda della scelta (risolutiva dell'incertezza, cioè dell'ambiguità e della vaghezza dei "confini definitivi") compiuta – con un atto di volontà (più o meno razionalmente orientato) – dal soggetto. Sul versante strettamente giuridico, GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 47 osserva che «le sempre diverse e possibili, e tra loro contrastanti, interpretazioni di uno stesso testo, non presuppongono l'indeterminatezza del significato, ma la *polisemia* della legge».



significato piuttosto che un altro. E così, la soggettività intrinsecamente presente nell'attività interpretativa favorisce, *in combine* con tutti gli altri fattori che abbiamo esposto *supra* e che esporremo *infra*, l'espandersi giuridocratico: laddove consente al giudice – come a qualsiasi altro interprete, d'altronde (... ma, stavolta, con il potenziale di chi ha facoltà di *ius dicere*) – di plasmare il testo che interpreta “senza far rumore”, cioè leggendolo personalisticamente e comunque non evadendo i suoi margini.

È il prospettivismo; condito, però, da qualcosa di ulteriore: ossia, dal finalismo soggettivistico che orienta funzionalisticamente le infinite esegesi possibili di un oggetto finito.

Su questo piano di idee, passando da Nietzsche, riusciamo ad afferrare la filosofia che sta dietro all'evoluzione che ha investito il concetto di interpretazione e che ha influenzato, nel complesso, l'approccio gnoseologico – e quindi anche gnoseologico-giuridico – del XX° secolo.

L'adagio classico di riferimento è il citatissimo “non esistono fatti, ma solo interpretazioni”, o più precisamente: «Contro il positivismo, che si ferma ai fenomeni: ‘ci sono soltanto fatti’, direi: no, proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni. Noi non possiamo constatare nessun fatto ‘in sé’; è forse un'assurdità volere qualcosa del genere. ‘Tutto è soggettivo’, dite voi; ma già questa è un'interpretazione, il ‘soggetto’ non è niente di dato, è solo qualcosa di aggiunto con l'immaginazione, qualcosa di appiccicato dopo. È infine necessario mettere ancora l'interpretazione dietro l'interpretazione? Già questo è invenzione, ipotesi. In quanto la parola ‘conoscenza’ abbia senso, il mondo è conoscibile; ma esso è *interpretabile* in modi diversi, non ha dietro di sé un senso, ma innumerevoli sensi. ‘Prospettivismo’. Sono i nostri bisogni *che interpretano il mondo*: i nostri istinti e i loro pro e contro. Ogni istinto è una specie di sete di dominio, ciascuno ha la sua prospettiva, che esso vorrebbe imporre come norma a tutti gli altri istinti»³³⁹.

La forza dirompente del pensiero nietzschiano – criticato³⁴⁰, apprezzato e declinato nelle accezioni più disparate da quando è apparso – ha contribuito e tuttora contribuisce a esaltare il

³³⁹ NIETZSCHE F. W., *Frammenti postumi 1885-1887*, (vers.) S. GIAMETTA, in *Opere di Friedrich Nietzsche*, (dir.) G. COLLI – M. MONTINARI, Milano, VIII, I, 1976, 299-300 (7 [60]). Similmente (sebbene, poi, sviluppi il concetto *da un'altra e in tutt'altra prospettiva*), scrive Wittgenstein che «noi ci facciamo immagini dei fatti» (WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, cit., 29 – proposizione 2.1; ma vedi anche 43 – proposizione 4.01: «La proposizione è un'immagine della realtà. La proposizione è un modello della realtà quale noi la pensiamo»; nonché WITTGENSTEIN L., *Quaderni 1914-1916*, in WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, cit., 151 – 27.10.14: «La proposizione è un modello della realtà quale noi la pensiamo»). Cfr., ancora, HOFMANN A., *Percezioni di realtà*, cit., 51 («Esiste uno spazio fisico esterno che ognuno di noi condivide con gli altri esseri umani; ciascuno di noi, viceversa, è il solo possessore del proprio spazio spirituale interiore. È qui e non altrove il luogo dove si crea l'immagine che chiamiamo realtà») e MONATERI P. G., “*Correct our watches by the public clocks*”. *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, (a cura di) J. DERIDDA – G. VATTIMO P. G., Bari-Roma, 1998, 203-206 (particolarmente *tranchant* e disillusorio; es.: «*Tutte le interpretazioni sono delle affabulazioni*» [204]).

³⁴⁰ Una fra le critiche più incisive attiene alla circolarità dell'argomento nietzschiano, tale per cui – si dice – se l'affermazione “non esistono fatti ma solo interpretazioni” è un fatto, allora si smentisce da sola; se, invece, è un'interpretazione, allora non vincola nessuno proprio perché si tratta di una (mera) interpretazione. La critica ricalca

momento soggettivo-volontaristico del comportarsi dell'uomo (dal pensare all'agire; dal capire allo scegliere e al decidere; ecc. ecc.). Comportarsi dell'uomo che, in ogni caso, non può essere del tutto dimentico di un limite obiettivo insuperabile, con il quale deve fare i conti: l'esistenza oggettiva delle cose (c.d. "principio di realtà").

È presente, cioè, un «orizzonte cosale» – per utilizzare un'espressione di Maurizio Ferraris – tale per cui «senza cose non ci sono interpretazioni, e anzi l'esistenza di interpretazioni presuppone l'esistenza di cose»³⁴¹, giacché «senza una ontologia avremmo molta difficoltà a sostenere che un linguaggio significhi qualcosa, e che dunque sia un linguaggio»³⁴².

quella che si muove al relativista puro: il quale, mentre intende negare l'esistenza di verità assolute, finisce con la propria affermazione per confermare il fatto che, almeno la sua verità, ha per l'appunto il crisma della verità assoluta.

³⁴¹ FERRARIS M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, (a cura di) J. DERIDDA – G. VATTIMO, Bari-Roma, 1998, 149, il quale – esemplificando – osserva che «un selvaggio che non abbia mai visto una casa *vedrebbe* qualcosa, anche in difetto del concetto di casa, che – comunque – non è disponibile *a priori*, ma deve venire dall'esperienza, ossia – di nuovo – dal contatto con delle cose (la seconda volta *ricoscerebbe* una certa costanza morfologica)» (147). Ci sono, per così dire, dei "fatti ostinati" con i quali non è possibile non avere a che fare: e che, pertanto, occorre prendere in considerazione (v. principio di realtà); quei "fatti" «netti, duri, inamovibili, anche dove siano taciuti» di cui parla CORDERO F., *Criminalia*, cit., 111, in virtù dei quali può dirsi che «la *visione realistica del mondo* [...] il realismo alla fine è nel giusto» (POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi*, cit., 91). Avuto riguardo alla massima nietzschiana, secondo Ferraris, dalla stessa può ricavarsi «che (1) solo perché ci sono fatti ci sono anche delle interpretazioni, che sono più o meno corrette proprio nella misura in cui sanno rispettare i fatti; che (2) questa 'correttezza' non può prescindere dall'adeguamento della proposizione alla cosa, e che proprio in questo adeguamento sta il nesso tra verità e ontologia; e che (3) la correttezza o corrispondenza non è un mero modello fisicalistico, evitabile o secondario nel mondo umano, ma che proprio la nozione di *giustizia* non può prescindere, a meno di cadere nella più completa arbitrarietà» (129). Sottolinea la preesistenza dell'oggetto da interpretare ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, cit., 4: «Perché ci sia interpretazione ci deve essere qualcosa da interpretare – e se pure ogni interpretazione non fosse altro che l'interpretazione di una interpretazione precedente, ogni interpretazione precedente assumerebbe, dal momento in cui viene identificata e offerta a una nuova interpretazione, la natura di un fatto – e in ogni caso il *regressum ad infinitum* dovrebbe a un certo punto arrestarsi». Oltre al riferimento a un oggetto (pre-)esistente, sottolinea l'importanza di trovare una «conferma nell'oggetto» GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 555 (secondo cui il «compito permanente della comprensione è l'elaborazione e l'articolazione dei progetti corretti, adeguati, i quali come progetti sono anticipazioni che possono convalidarsi solo in rapporto all'oggetto. L'unica obiettività qui è la conferma che una presupposizione può ricevere attraverso l'elaborazione. Che cos'è che contraddistingue le presupposizioni inadeguate se non il fatto che, sviluppandosi, esse si rivelano insussistenti?»).

³⁴² FERRARIS M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, cit., 162, il quale qualche pagina prima scrive: «Ci sono (come ha spesso ricordato l'ermeneutica zetetica del secolo [XX°], da Betti a Hirsch) dei *momenti*, che non sono interamente riconducibili a un intervento ermeneutico. In sede di ri-descrizione, c'è interpretazione già nella percezione allo stesso modo che non c'è solo la cosa vista, ma un occhio che vede, però la percezione non equivale all'interpretazione, altrimenti potrebbe succedere che tutti vedano cose diverse, e per spiegare come di solito più osservatori vedano *più o meno* la stessa cosa (chi valorizzerà un aspetto, chi un altro) si dovrà invocare un grande orologio o un'armonia prestabilita. Passeggiando in un bosco, vedo qualcosa per terra, e mi chiedo se sia un ramo o un serpente. Si noti anzitutto che persino quando non so se una cosa sia *così o altrimenti* (ramo o serpente, spaventapasseri o contadino ecc.), so che *c'è*, come un *questo*, e sarebbe ben bizzarro pretendere che già a questo livello abbia luogo una interpretazione (che cosa avrei interpretato, se per l'appunto non so cos'è? Se poi si volesse chiamare interpretazione ogni giudizio, anche inconscio, di esistenza – per cui se mi cade una tegola in testa il mio svenimento consegue da una rapidissima interpretazione – è chiaro che certo tutto è interpretazione ma anche nulla lo è). Poi (e si tratta di un *secondo* momento) cerco di dare un nome, ossia di decidere se si tratta di un serpente o di un bastone. Anche in questo caso, è ben difficile dire che sto interpretando, giacché io voglio *davvero* sapere ciò che *realmente* è quello che vedo, perché se mi sbagliassi potrei anche morire (il che, detto di passaggio, mostra come l'eventuale decisività

Perciò, «ci sono cose e poi interpretazioni: e, tra queste, interpretazioni più probabili, il che non vuol dire più ‘verosimili’, altrimenti il colpevole sarebbe sempre il maggiordomo, ma più

dell’interpretazione confligga con l’infinità delle interpretazioni). Per sapere se è un ramo o un serpente non consulto la tradizione, ma cerco di spostarlo con quello che mi sembra meno equivocamente un bastone: la cosa sta ferma, e ne concludo che si tratta di un ramo. Quindi – e si tratta di un terzo momento, raro e accessorio – lo raccolgo, e guardando da vicino una delle sue estremità, mi sembra che assomigli al muso di un topo, e quindi – guardando da un’altra prospettiva – a quello di una donnola o di una lontra; qui, sicuramente, sto interpretando: *ma sul piano ontologico tutto è deciso, e la mia interpretazione è del tutto ininfluyente*. È certo ovvio che sin dalla percezione noi abbiamo anche delle integrazioni percettive: colgo qualcosa come presente e nel presente, la riconosco come cosa, la avvolgo di protenzioni e di ritenzioni (se vedo la faccia di un dado adombro anche le altre cinque), e che la storia e la cultura, in quanto sedimentazione di eventi percettivi precedenti e delle credenze a loro connesse può orientare nuove percezioni. Proprio dalla *tabula rasa* ha inizio la storia: un certo apparato sensorio e una certa struttura corporea assicura[no] delle possibilità e in particolare si caratterizza[no] come una ritentività che può anche avere la forma dell’auto-affezione (le impronte digitali, tutte diverse, conseguono da un atto sempre uguale, il feto che stringe i pugni). Il patrimonio genetico, la vita prenatale, i primi giorni di vita e poi tanti anni di percezione e di educazione costituiscono la *tabula* in un modo individuale, determinando una varietà di gusti e di sentimenti, e sicuramente intervenendo nella stessa percezione. Ma *questo non significa in alcun modo che i fatti scompaiono sotto le interpretazioni*, né che la storia costituisca un ambito separato dalla natura (giacché ne deriva), né – soprattutto – che ogni tipo di presupposto (per esempio, la memoria o la nostra conformazione sensoriale) sia un’interpretazione» (145-146; corsivi [anche] nostri). Analogamente, ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, cit., 5-6: «Che non vi siano fatti ma solo interpretazioni viene attribuito a Nietzsche e credo che persino Nietzsche ritenesse che il cavallo che aveva baciato non lontano da qui esistesse come fatto prima che lui decidesse di farlo oggetto dei suoi eccessi affettivi. Però ciascuno deve assumersi le proprie responsabilità, e queste responsabilità emergono chiaramente in quel testo che è *Su verità e menzogna in senso extra-morale*. Qui Nietzsche dice che, poiché la natura ha gettato via la chiave, l’intelletto gioca su finzioni che chiama verità, o sistema dei concetti, basato sulla legislazione del linguaggio. Noi crediamo di parlare di (e conoscere) alberi, colori, neve e fiori, ma sono metafore che non corrispondono alle essenze originarie. Ogni parola diventa concetto sbiadendo nella sua pallida universalità le differenze tra cose fondamentalmente disuguali: così pensiamo che a fronte della molteplicità delle foglie individuale esista una “foglia” primordiale “sul modello della quale sarebbero tessute, disegnate, circoscritte, colorate, increspate, dipinte – ma da mani maldestre – tutte le foglie, in modo tale che nessun esemplare risulterebbe corretto e attendibile in quanto copia fedele della forma originale”. L’uccello o l’insetto percepiscono il mondo in un modo diverso dal nostro, e non ha senso dire quale delle percezioni sia la più giusta, perché occorrerebbe quel criterio di “percezione esatta” che non esiste, perché “la natura non conosce invece nessuna forma e nessun concetto, e quindi neppure alcun genere, ma soltanto una x, per noi inattuabile e indefinibile”. Dunque un kantismo, ma senza fondazione trascendentale. A questo punto per Nietzsche la verità è solo “un mobile esercito di metafore, metonimie, antropomorfismi” elaborati poeticamente, e che poi si sono irrigiditi in sapere, “illusioni di cui si è dimenticata la natura illusoria”, monete la cui immagine si è consumata e che vengono prese in considerazione solo come metallo, così che ci abituiamo a mentire secondo convenzione, avendo sminuito le metafore in *schemi e concetti*. E di lì un ordine piramidale di caste e gradi, leggi e delimitazioni, interamente costruito dal linguaggio, un immenso “colombaio romano”, cimitero delle intuizioni. Che questo sia un ottimo ritratto di come l’edificio del linguaggio irreggimenti il paesaggio degli enti, o forse un essere che rifiuta a essere irrigidito in sistemi categoriali, è innegabile. Ma rimangono assenti, anche dai brani che seguono, due domande: se adeguandoci alle costrizioni di questo colombaio si riesce in qualche modo a fare i conti col mondo, per esempio decidendo che avendo la febbre è più opportuno assumere aspirina che cocaina (che non sarebbe osservazione da nulla); e se non avvenga che ogni tanto il mondo ci costringa a ristrutturare il colombaio, o addirittura a sceglierne una forma alternativa (che è poi il problema della rivoluzione dei paradigmi conoscitivi). Nietzsche non sembra chiedersi se e perché e da dove un qualche giudizio fattuale possa intervenire a mettere in crisi il sistema-colombaio». Insomma, le astrazioni del pensiero – anche quelle interpretative – devono alla fine fare i conti con la concretezza degli accadimenti della «solida realtà» (WITTGENSTEIN L., *Quaderni 1914-1916*, cit., 209 – 20.06.15); ossia, con «ciò che è reale oltre la coscienza del singolo» (GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 915. Cfr. altresì ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (trad. it.) C. MAZZARELLI, Milano, 2015, 401 [1179a, 15-20]): con la verità fattuale (posto che, verrebbe da dire con DE CERVANTES SAAVEDRA M., *Don Chisciotte della Manica* (1605-1615), (trad. it.) F. CARLESÌ, Milano, 2010, 663, in definitiva «la verità viene sempre a galla sulla menzogna, come l’olio sull’acqua»).

sottoponibili a prova; al punto che, semmai, un forte argomento probatorio nella ermeneutica filologica, la *lectio difficilior*, è retto dalla *inverosimiglianza*»³⁴³.

Alla luce di questa chiave di lettura (e abbandonando le visioni estremistiche del “tutto è interpretabile” e del “nulla è interpretabile”³⁴⁴), «l’indicazione secondo cui non esistono fatti ma solo interpretazioni» può intendersi come «un proverbio che può guidare la pratica, e che proprio in questi termini merita di essere recepito»³⁴⁵, a mo’ di «norma di prudenza»³⁴⁶.

Prudente e accorto, poi, l’interprete deve altresì esserlo nei confronti degli «elementi di contesto», la cui presenza è «pervasiva nei processi di attribuzione del significato»³⁴⁷. Alla soggettività prospettica e all’infinita latente, caratterizzanti l’attività esegetica, si somma infatti – ad esempio – l’influsso pratico³⁴⁸ del c.d. “contesto distale (o di sfondo)”³⁴⁹ delle odierne

³⁴³ FERRARIS M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, cit., 163. Cfr. ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, cit., 1 («Il mondo sta fuori di noi, indipendentemente dalla conoscenza che ne possiamo avere»); HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 23 («Pur non potendo mai ‘uscir fuori’ dalla sfera del linguaggio e dell’argomentazione, e pur dovendo sempre intendere la realtà come la totalità di ciò che possiamo rappresentare con enunciati veri, nel rapporto alla realtà non si dovrà mai perdere di vista il riferimento a qualcosa ch’è indipendente da noi, e in questo senso trascendente»); VATTIMO G., *Ermeneutica, scienze umane e società della comunicazione*, in *Aut Aut*, 1987, 221-222; WITTGENSTEIN L., *Quaderni 1914-1916*, cit., 204 – 17.06.15 («Noi sentiamo che il mondo deve constare d’elementi. E sembra che ciò sia identico alla proposizione che il mondo debba essere appunto ciò che è, che debba essere determinato. O, con altre parole, ciò che oscilla sono le nostre determinazioni, non il mondo»). Con l’efficacia della sintesi narrativa (tipica della più alta letteratura), ZWEIG S., *La novella degli scacchi* (1941), (a cura di) R. RIZZO, Milano, 2013, 47 (corsivo nostro) scrive che «per quanto ci appaiano privi di sostanza, anche i pensieri hanno bisogno di un punto d’appoggio, altrimenti iniziano a ruotare e a turbinare in modo assurdo su se stessi. Neanche i pensieri sopportano il nulla».

³⁴⁴ Sul versante prettamente giuridico, cfr. quanto icasticamente affermato da NEUMANN U., *Applicazione giuridica*, cit., 55, ossia che «l’alternativa al platonismo delle regole non è necessariamente lo scetticismo delle regole».

³⁴⁵ FERRARIS M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, cit., 142.

³⁴⁶ FERRARIS M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, cit., 143, il quale scrive ancora: «dunque, “non ci sono fatti, solo interpretazioni” non significa nulla di più che “dubitare delle apparenze, anche quando sembrano ben fondate, cioè oggettive”» (154).

³⁴⁷ VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 123, il quale individua almeno tre contesti di riferimento: il contesto di sfondo o distale (le assunzioni di sfondo presupposte da quella determinata interazione comunicativa); il contesto (elementi del testo complessivo, o del segmento di comunicazione in cui si inserisce il singolo enunciato interpretando); il contesto situazionale (le caratteristiche della situazione concreta in cui il messaggio viene emesso e/o fruito – cfr. contesto prossimale [136]). Sul punto, v. altresì AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole*, cit., 41-42 e ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., 195 («Il giudice, e in generale, il giurista, per non dire ogni essere ‘umano riflessivo’, sono costantemente e inevitabilmente immersi in contesti di senso: ogni atto o fatto di fronte al quale ci si venga a trovare, ogni situazione su cui si deve portare il giudizio appare sempre e necessariamente sotto l’aspetto di significato della cosa e della situazione, e non come cosa e situazione in- o a-sensata. Poiché l’interpretazione del diritto è attività umana, e fino a tanto che tale sarà, in attesa che qualcuno riproponga qualche *macchina giudicante*, secondo un’idea da folli che ogni tanto riemerge, la pretesa del positivismo legalista di considerare i fatti ‘meri fatti’, oltre che arbitraria, è anche impossibile»).

³⁴⁸ A proposito del “momento pratico” dell’interpretazione, v. ad esempio GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 634 («Il testo, sia esso la legge o [altro], per esser compreso in modo adeguato, cioè conformemente al modo in cui esso stesso si presenta, deve venir compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, in maniera nuova e diversa. *Comprendere significa sempre, necessariamente, applicare*») e 647 («Un sapere generale che non sa applicarsi alla situazione concreta rimane privo di senso, e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione si fanno sentire»), KAUFMANN A., *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ermeneutica* (1975), in KAUFMANN A.,

società democratiche, al cui interno l'interprete opera. In questo tipo di società, 'felicitemente' aperte al dubbio e alla libertà di espressione (v. art. 21 Cost.), il flusso e il riflusso interpretativo trovano alimento e sollecitazione nel fatto che «è proprio della democrazia che le interpretazioni dei fatti siano esposte al collaudo permanente della discussione, le idee consolidate disponibili al dubbio, al libero pensiero e alla revisione»³⁵⁰.

Tutto questo ha indubbie ricadute anche in ambito giuridico (essendo peraltro il diritto parte integrante – di più: regolatrice e ordinante – della società).

Il testo della disposizione normativa, come diremo meglio *infra* (§ II.4), non può più essere considerato realtà autosufficiente, ma necessita – salvo eccezioni (es. riferimento a nozioni numeriche o temporali 'secche') – che lo si porti a compimento per il tramite di un'attività interpretativo-integratrice (v. «funzione costruttiva»³⁵¹). L'operatore giuridico diventa in tal modo – e progressivamente – «attore primario grazie alla sua operosità intermediativa»³⁵², fautore di una legalità per così dire «integrata»³⁵³: «chi elabora i contenuti conoscitivi, fosse anche un giudice, dal punto di vista epistemologico esercita un ruolo attivo e non meramente critico rispetto al fenomeno avvicinato»³⁵⁴.

Filosofia del diritto ed ermeneutica, (a cura di) G. MARINO, Milano, 2003, 137 ss. e MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 1-23 (in part., 4-12).

³⁴⁹ Tale per cui «coloro che mandano e ricevono messaggi comunicativi condividono un immenso sfondo di conoscenze teoriche e pratiche su istituzioni, fatti naturali, regolarità, modi standardizzati di fare certe cose ecc.; credenze che essi non hanno bisogno di richiamare espressamente, perché costituiscono, in modo del tutto contingente, lo sfondo di certezza che ci dà la possibilità di comprenderci vicendevolmente» (VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 133). In materia, cfr. *ex multis*: BELLUCCI P. – TORCHIA M.C., *La regia del discorso in Tribunale: il potere delle domande*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 79; CANALE D. – TUZET G., *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2014, 116; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto*, cit., 270; HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 46; IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 288; VISCONTI J., *Il testo scritto: il contratto*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 125; WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, cit., 274; ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, cit., 190.

³⁵⁰ CARUSI D., *Che farò quando tutto brucia?*, cit., 84. Dal momento che «la democrazia possiede un nocciolo essenzialmente comunicativo» (HAN B., *Topologia della violenza*, (trad. it.) S. BUTTAZZI, Milano, 2020, 79), come scrive Vittorio Villa, «i disaccordi [interpretativi] sono una caratteristica permanente del dibattito pubblico delle nostre democrazie occidentali, a livello culturale, politico, etico e giuridico. Il pluralismo delle concezioni e delle visioni del mondo è un dato che sembra ormai sufficientemente acquisito delle nostre comunità» (VILLA V., *Disaccordi interpretativi profondi*, cit., 10. Sul punto, v. anche DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, cit., 3 e FEMIA P., *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars interpretandi*, 2020, 2, 103-105).

³⁵¹ DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 100.

³⁵² GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, cit., 123-124. V. altresì COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione*, cit., 12-13.

³⁵³ Cfr. GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 103: «Ogni giudizio su qualcosa che sia inteso nella sua concreta individualità – e le situazioni con cui abbiamo da fare nell'agire richiedono appunto questo tipo di giudizi – è sempre, a rigore, un giudizio su un caso particolare. Ciò significa semplicemente che il giudizio del caso concreto non si limita ad applicare la regola a cui si conforma, ma contribuisce a determinarla, completarla e correggerla».

³⁵⁴ MENNA M., *La motivazione*, cit., 122. V. altresì NEUMANN U., *Applicazione giuridica*, cit., 52 e 54.

A tal proposito, Massimo Vogliotti scrive che «l'interprete non solo continua l'opera di produzione normativa cominciata – a livello generale e astratto – dal legislatore (di cui non è più servo fedele – *dura lex sed lex* – ma *partner* critico e coautore, nei suoi limiti e con i suoi strumenti e le sue procedure, della complessa opera di produzione del diritto), ma la *perfeziona*»³⁵⁵.

Al riguardo, Hans-Georg Gadamer parla di «perfezionamento creativo della legge»³⁵⁶, nel senso che «non la legge [ma] legge e ufficio del giudice danno al popolo il suo diritto»³⁵⁷.

Se dovessimo rappresentare il fenomeno con un'immagine, potremmo a nostro parere ispirarci alla litografia *Mani che disegnano* di Maurits Cornelis Escher. Còlta in un'accezione giuridica positiva (cioè: 'felice' e non negativa), quest'opera raffigura perfettamente la reciproca influenza e co-determinazione che, nonostante – e ferma restando – la separazione tra poteri, esiste tra l'attività legislativa e quella giudiziale. Il legislatore, che emana le disposizioni di legge, circoscrive e orienta le possibilità decisorie del giudice; la decisione giurisdizionale, che concretizza le previsioni legali combinandole e vivificandole, impatta sulla normazione legislativa esistente e su quella futura. Un'azione che influenza l'altra e che, contemporaneamente, è dall'altra influenzata; come nel quadro di Escher, appunto: due mani che, vicendevolmente, si disegnano e ridisegnano senza soluzione di continuità.

Tirando le fila del discorso, si può osservare che la moderna filosofia dell'interpretazione ha costituito e costituisce un fattore che demistifica l'automatismo dei processi decisionali. Pur non trascurando l'oggetto da interpretare³⁵⁸, è il soggetto che interpreta a prendersi il centro della scena:

³⁵⁵ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., 144, citando – nella parte riportata tra virgolette (“...”) – le parole di ZACCARIA G., *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1556. In questa prospettiva, con GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 963 (corsivo nostro), possiamo dire che «la parola interpretante è la parola dell'interprete [e] in ciò si manifesta il fatto che l'appropriazione del comprendere non è una pura riproduzione o una pura ripetizione del testo, ma qualcosa come una nuova creazione operata dalla comprensione. [...] *L'interpretazione svolge le implicanze significative di un testo* e le esplicita in un discorso».

³⁵⁶ GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 681 («Il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè *l'applicazione*. Certo si verifica così un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice, il quale però è sottomesso alla legge come ogni altro membro della comunità giuridica»). Afferma HOFMANN H., *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della Costituzione*, Modena, 2013, 34 che «il perfezionamento del diritto al di là della legge da parte del giudice rappresenta un elemento positivo della vitalità di un ordinamento giuridico assai più che significare un inevitabile tributo all'abisso esistente tra norma astratta e caso concreto o fungere da soluzione di emergenza in caso di fallimento del legislatore». Sul punto, v. BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice*, cit., 224-225: «Il potere della legislazione di creare l'ordinamento soffre dappertutto di insuperabili limiti. Per poter adempiere il proprio compito, dipende costantemente dalla cooperazione dell'ufficio del giudice. La legge e l'ufficio del giudice si spartiscono la vocazione del potere statale a produrre e determinare il diritto».

³⁵⁷ BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice*, cit., 229. Ricorre all'espressione «interpretazione in funzione normativa» Emilio Betti, allorché richiama il «processo di integrazione del precetto legale» da parte dell'interprete: «integrazione che non porta a una sostituzione, ma a una complementarità concorrente, la quale fa della giurisprudenza il complemento necessario della legislazione» (BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 153).

³⁵⁸ A tal riguardo, v. HOFMANN H., *Il diritto del diritto*, cit., 49 (corsivo nostro), secondo cui «considerata nell'insieme, la produzione di diritto da parte del giudice si mantiene nell'orizzonte della *datità fattuale e normativa*, comprese le evoluzioni in essa implicite». In questa prospettiva, sebbene siano state spese in tutt'altro contesto, suonano suggestive

e, fra gli interpreti del mondo giuridico, quantomeno sul versante della pratico-operativo, un ruolo primario spetta senz'altro alla giurisprudenza, cioè al giudice³⁵⁹.

II. CAUSE GIURIDICHE ORDINAMENTALI E PROCEDIMENTALI (ALCUNE DELLE)

Riferendoci alle “cause giuridiche (*stricto sensu* intese): ordinamentali e procedimentali” intendiamo richiamare alcuni fenomeni di natura prettamente normativa, burocratico-istituzionale e giurisprudenziale che hanno condotto e quotidianamente conducono al progressivo accrescimento delle funzioni e del ruolo del giudice all'interno del sistema giuridico (e, quindi, più in generale, della società: di cui è una delle componenti essenziali, per non dire – con Locke³⁶⁰ – ‘la’ componente immancabile se si vuol uscire dal c.d. “stato di natura”).

le parole di PISANI M., *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988, 99: «L'interprete della legge e dei codici, che in definitiva sono fatti di parole, sa – come diceva Blondel (BLONDEL M., *L'azione* [1893], (trad. it.) A. CODIGNOLA, Firenze, 1921, 44) – che “le parole conservano in sé qualcosa di tutti gli oggetti che evocano e di tutti i pensieri che se ne nutrono e se ne servono”».

³⁵⁹ Rileva COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione*, cit., 14 che «è il giurista, e soprattutto il giudice, che – nel momento in cui interroga il diritto esistente per applicarlo – scopre di non poter individuare la ‘norma del caso singolo’ semplicemente deducendola da norme già date, si rende conto di stare compiendo un'opera non di registrazione, di recezione, di ciò che già esiste, ma di invenzione di qualcosa che prende a esistere nel ‘qui ed ora’ del procedimento giurisprudenziale. L'immaginazione come dimensione costitutiva del giuridico emerge dunque in piena luce sul terreno dell'ermeneutica; ed emerge insieme al corredo che ‘naturalmente’ (storicamente) la caratterizza: il ruolo della soggettività, la tematizzazione del movimento, il superamento del dato. È di fronte al problema dell'interpretazione, del suo ruolo, delle sue modalità, che il paradigma logicistico-positivistico aveva collaudato la sua capacità di riportare ogni aspetto dell'attività del giurista al nesso scienza-logica-oggettività-realtà. È attraverso una drastica revisione dell'ermeneutica ‘formalistica’ che l'immaginazione acquista diritto di cittadinanza e indica come linea di sviluppo dell'attività giuridica, in particolare dell'attività giurisprudenziale, il nesso soggettività-invenzione-mutamento».

³⁶⁰ LOCKE J., *Due trattati sul governo e altri scritti politici* (1690), lib. II, cap. VII, (a cura di) L. PAREYSON, , Torino, 2010, 288-289 (corsivo nostro): «Coloro che sono riuniti in un sol corpo e hanno una legge comune stabilita e una magistratura a cui appellarsi, insignita dell'autorità di decidere le controversie che nascano fra di loro, si trovano gli uni con gli altri in società civile, ma coloro che non hanno un simile appello comune, intendo sulla terra, sono sempre nello stato di natura, poiché là ove non c'è altro giudice, ciascuno è giudice ed esecutore per proprio conto, il che è, come ho mostrato sopra, il perfetto stato di natura. [...] Ogniqualevolta, dunque, un certo numero di uomini è riunito in una sola società, in tal modo che ciascuno rinuncia al suo potere esecutivo della legge di natura e lo rimette al pubblico, allora e allora soltanto v'è società politica e civile. E ciò accade ovunque un certo numero di uomini, che si trovano nello stato di natura, entra in società a costituire un solo popolo, un solo corpo politico, sotto un solo governo supremo, oppure quando qualcuno si congiunge e s'incorpora a un governo già costituito, perché con ciò egli autorizza la società o, il che è tutt'uno, il legislativo di essa, a far leggi per lui, secondo che il pubblico bene della società richieda, all'esecuzione delle quali, come a decreti di lui stesso, è dovuto il suo aiuto. *E ciò trasferisce gli uomini dallo stato di natura a quello di una società politica, mediante l'istituzione di un giudice sulla terra, insignito dell'autorità di decidere tutte le controversie e riparare le offese che siano recate a un membro della società politica stessa*, il qual giudice è il legislativo o il magistrato designato da esso. E ovunque si trovi un certo numero di uomini, comunque associati, che non abbiano tale potere decisivo a cui appellarsi, si è ancora allo stato di natura». Avuto riguardo all'essenzialità del ruolo giudiziale, ossia al fatto che «è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto» (per dirla con BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) G. CARNAZZI, Milano, 2010, 31 – cap. III), icasticamente si esprime altresì BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice*, cit., 227-228: «La volontà del potere statale intesa a costruire l'ordinamento, non giunge a compimento nella legge: vi giunge solo nelle sentenze dei giudici. È per questo, che l'attuazione del diritto spesso può fare a meno della muta parola della legge ma non può fare a meno della *viva vox* del giudice. È per questo, che il potere statale è stato in grado per così lungo tempo di esercitare la sua vocazione

Ribadita, anche in questo caso (v. *supra*, § I), l'incompiutezza di qualsiasi tentativo umano di annoverare e riassumere l'intera gamma delle cause che stanno all'origine di un fenomeno, riteniamo che tra i più significativi fattori endogeni al mondo del diritto che hanno contribuito e che tuttora contribuiscono all'avanzamento della giuristocrazia si possano rammentare perlomeno i seguenti: a) organizzazione degli uffici giudiziari; b) dinamismo processuale e poteri istruttori nel rito penale; c) diritto vivente; d) interpretazione – approccio giuridico; e) legislazione (qualche carattere della).

II.1. ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI GIUDIZIARI

L'organizzazione, umana e materiale, degli uffici giudiziari è una variabile che incide sul progredire giuristocratico e che, nel complesso, influisce sull'amministrazione stessa della giustizia (nonché sulla fiducia che in essa ripone la collettività).

Attraverso l'allocatione delle risorse disponibili, oltre che – ovviamente – tramite l'individuazione del giudice naturale precostituito per legge, si predispongono gli uffici giudiziari per rispondere alla c.d. “domanda di giustizia”; e, in concreto, si definiscono le effettive capacità operative dell'autorità giudicante.

Le possibilità pratiche d'intervento del giudice, infatti, sono realisticamente graduate *anche* dal “contesto logistico” in cui egli si muove. Come ha affermato Uberto Scarpelli, bisogna pragmaticamente riconoscere che «il contesto tecnico – in cui i giudici operano e decidono e motivano le loro decisioni – ha rispetto alle decisioni stesse una funzione effettiva e determinante»³⁶¹.

Il tema è particolarmente vasto e, specie per quel che si è appena detto, estremamente delicato. Vi accenniamo limitandoci a richiamarne qualche sparso profilo e solamente per rammentare, per quanto qui d'interesse, l'impatto che tutto ciò ha sull'operatività dei magistrati giudicanti.

Basti pensare all'incidenza delle innovazioni tecnologiche e informatiche (v. PCT e PPT; meccanismi certificati di comunicazione elettronica, es. PEC; piattaforme video-comunicative, es. MICROSOFT TEAMS e ZOOM; sistemi gestionali automatizzati, es. SICP [RE.GE WEB, SIRIS e *Consolle*], SIAMM, SIES, SIGMA, SNT e SIPPI; ecc. ecc.). In particolare, relativamente al

all'ordinamento s e n z a la legislazione. Senza un u f f i c i o del giudice non avrebbe potuto, né potrebbe mai! È per questo, che – anche con il prevalere della legislazione – il potere dell'ufficio del giudice di creare il diritto non ha potuto esser soppresso, ma solo posto sotto la g u i d a della legge».

³⁶¹ SCARPELLI U., *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, in *Foro it.*, 1970, suppl. al n. 1, *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana* – Atti delle giornate di studio di Ancona, 2-3 maggio 1968, 78. Sul punto, v. altresì BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, cit., 12-14 e cfr. GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 19.

giudizio (e al di là dell'ipotetico – distopico – scenario di un giudice-robot o algoritmico³⁶²), nelle odierne aule di giustizia assumono una valenza significativa le ampie e sfruttatissime opportunità d'uso del computer.

³⁶² Senza poter approfondire la tematica, si richiamano le efficaci e sintetiche parole di MANES V., *Diritto penale no-limits*, cit., 99-100, il quale parla di «scenario distopico delle *justice machines* – secondo il titolo del racconto di fantascienza giudiziaria di J. Charpentier, *Justice Machines* – ormai alle porte, *bon gré mal gré*, come dimostra il riemergere – non solo nel dibattito nordamericano – di paradigmi che anelano a [una] sorta di *just desert model* affidato a una futuristica “macchina per sillogismi” (*Subsumptionsautomat*) che l'intelligenza artificiale e il dilagare degli algoritmi rendono sempre meno remota: paradigmi che, oltre la “calcolabilità del diritto”, prospettano, in filigrana, l'ideale di una “giustizia esatta” che non lascerà più spazio ad arbitrii o episodi di “*breakfast sentencing*”, né a emozioni o aspettative deluse». A nostro parere, la prospettiva di un giudice-robot ci sembra accostabile – al momento, anche negli esiti (illusori) – alla “Grande Promessa di Progresso Illimitato” di cui parla Erich Fromm in *Avere o essere?* (FROMM E., *Avere o essere?*, cit., 11: «Grazie al progresso industriale, cioè al processo che ha portato alla sostituzione dell'energia animale e umana con l'energia dapprima meccanica e quindi nucleare e alla sostituzione della mente umana con il calcolatore elettronico, abbiamo potuto credere di essere sulla strada che porta a una produzione illimitata e quindi a illimitati consumi; che la tecnica ci avesse resi onnipotenti e la scienza onniscienti; che fossimo insomma sul punto di diventare dei, superuomini capaci di creare un mondo “secondo”, servendoci del mondo naturale soltanto come di una serie di elementi di costruzione per edificarne uno nuovo»). D'altra parte, «storicamente, il pensiero giuridico occidentale è stato sempre affascinato dall'idea di creare strumenti capaci di ridurre l'incertezza e l'arbitrarietà che derivano dall'interpretazione giudiziale del diritto (si pensi alle considerazioni del filosofo e scienziato Leibniz che, nel *De arte combinatoria*, ambiva a ridurre gli spazi di interpretazione giudiziale proponendo un sistema in cui le leggi potessero essere dedotte sinteticamente a partire da un insieme di principi)» (GORI G., *Lost in Translation. I rischi per diritto e diritti nella transizione verso una società data-driven*, in AA. VV., *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, (a cura di) S. DORIGO, Pisa, 2020, 265 e nt. 1). Sulla possibilità di un utilizzo positivo dell'algoritmo – come “guida alla decisione giudiziale, senza sostituirsi a essa”: «utilizzare gli algoritmi come strumenti informativi, a supporto della decisione umana» (10) – si esprime ad esempio TUZET G., *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in www.medialaws.eu, 16 maggio 2020. In materia, *ex plurimis*: BURCHARD C., *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1912 (il quale mette in luce l'importanza di “non banalizzare” l'intelligenza artificiale, posto che «il binomio ‘intelligenza artificiale e diritto penale’ non è fantascienza»; in tal senso occorrendo piuttosto “integrare” – sia filosoficamente sia giuridicamente – la nostra prospettiva e porsi nuove domande sul futuro – meglio: sulla direzione stessa e sulle trasformazioni – della giustizia criminale, al fine di adottare le relative misure e contro-misure); BICHI R., *Intelligenza Artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, 1772 ss.; CANZIO G., *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2021; CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 836-837; D'AGOSTINO L., *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 354 ss.; DI GIOVINE O., *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 951 ss.; FALATO F., *L'inferenza generata dai sistemi esperti e dalle reti neurali nella logica giudiziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 12 (secondo la quale «non appare peregrino immaginare che in futuro il contenuto del processo accusatorio possa arricchirsi di una nuova *species* giuridica, quella dei saperi algoritmici, ascritta alla categoria dei saperi incerti del giudice, da cui originano inferenze che, con quelle fondate sui saperi legali (art. 111, co. 2 Cost.), consentirebbero al giudice di verificare la verità o la falsità dell'enunciato fattuale oggetto di prova (art. 192, co. 2 c.p.p.)»); GIALUZ M., *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2019; GORI G., *Lost in Translation*, cit., 265 ss. (il quale, parlando di «governo delle macchine», arriva persino a rimodulare il principio *da mihi factum, dabo tibi ius* in *da mihi data, dabo tibi ius* [266], non mancando comunque di «suggeri[re] la necessità che l'impiego di tecnologie intelligenti nell'ambito del diritto debba essere improntato a un approccio precauzionale» [280]); IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1461-1464 e 1475; LUCIANI M., *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 872 ss.; MALDONATO L., *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 401 ss.; MANES V., *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale:*

A livello di scrittura, ad esempio, la funzione ‘copia-incolla’ permette di travasare da un file di testo all’altro migliaia di parole con un semplice istantaneo gesto: CTRL (⌘) + C --> CTRL (⌘) + V. Il ricorso a questo banale comando operativo determina un mutamento d’approccio nella redazione degli atti e questa differente modalità di stesura del provvedimento finisce per riflettersi altresì sul modo di pensare il contenuto della pronuncia che si emana (e che poi si giustifica impiegando appunto tale tecnica compilativa)³⁶³.

Rilevante è ancora l’accessibilità alle c.d. “banche dati” telematiche, altro fattore che trasforma il modo in cui si scrive – e, di nuovo, prima di scrivere, si pensa – l’atto che si adotta³⁶⁴.

Le banche dati³⁶⁵, progressivamente in crescita, sono piattaforme archiviate il cui contenuto enciclopedico, oramai anche in ambito giuridico, «ecced[e] la capacità di ogni utilizzatore»³⁶⁶. Un

al bivio tra tecnologia e tecnocrazia, in www.discrimen.it, 15 maggio 2020 (il quale è favorevole a «un impiego degli algoritmi come ausilio e riscontro rispetto alla decisione giudiziale», giacché «sarebbe irragionevole – oltre che antistorico – rinunciare alle componenti positive che lo sviluppo tecnologico offre al sistema penale» [19]. In ogni caso, deve comunque restar ferma l’idea che «il diritto penale è pensato ed edificato sull’uomo, sul rimprovero personale e colpevole, sul grado di responsabilità e di rimproverabilità per una azione umana; il processo penale è parimenti affidato a un giudice *human being*, alla sua capacità di comprensione e di valutazione – secondo una logica valoriale umanamente *fuzzy* –, alla sua ragionevolezza ed equità nell’esercizio di un potere discrezionale, che si esercita nel “crepuscolo del dubbio”; lo strumento di controllo critico di questa discrezionalità vincolata è la motivazione, al centro della quale stanno la ragionevolezza e la fondatezza delle argomentazioni pro-poste a suo sostegno, o a sostegno delle scelte in punto di commisurazione della pena (art. 133 c.p.); secondo un itinerario di razionalità che, in definitiva, anche nel suo segmento più fluido – l’interpretazione – deve essere sempre sorretto da un ‘fondamento ermeneutico controllabile’. Insomma, il sistema penale è un sistema personocentrico e personologico, pensato per l’uomo e affidato al giudizio dell’uomo, come tale *fallibile* ma pur sempre *controllabile* secondo un determinato *iter* argomentativo e i criteri che lo guidano» [2]. In sintesi, «l’orizzonte, dunque, dovrebbe essere quello che – confermando il perentorio divieto di una decisione basata unicamente su trattamenti automatizzati – ammetta una funzione solo tutoria dell’algoritmo per limitare la fallibilità della decisione giudiziale, nel quadro di una collaborazione uomo-macchina» [19]); OCCHIUZZI B., *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 391 ss.; QUATTROCOLO S., *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *Riv. BioDiritto*, 2019, 1, 141-144; QUATTROCOLO S., *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.*, 2019, 1748 ss.; RICCIO G., *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 11-12; TRAVERSI A., *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in www.questionegiustizia.it, 10 aprile 2019.

³⁶³ Scrive AGHINA E., *Il giudice e la “penalizzazione” della lingua*, cit., 113, nt. 18 che «l’uso (e l’abuso) della videoscrittura e degli archivi telematici offrono oggi modalità di composizione di una “sentenza 3.0” in cui l’incorporazione nel testo di periodi e massime mutuati da altri provvedimenti giurisdizionali deve essere attentamente dosato».

³⁶⁴ Osserva PIETRANGELO M., *Il processo telematico e la qualità degli atti processuali*, in AA. VV., *Lingua e processo*, cit., 201 che «la complessità del procedimento giudiziario è stata ‘costretta’ a confrontarsi con l’informatica, che ha imposto, laddove possibile, la standardizzazione e il ricorso a modelli il più possibile omogenei, indispensabili per il trattamento elettronico». Analogamente, in rapporto alla «structure des motivations», PESCATORE P., *L’influence de l’ordinateur sur le style des jugements*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, cit., 415-416.

³⁶⁵ Tra le quali si possono rammentare le seguenti: CED, *Italgireweb*; Giuffrè, *Dejure*; ITTIG, *Dogi. Dottrina giuridica*; WoltersKluwer, *Leggi d’Italia*; ecc. ecc. ecc. Oltre alle “banche dati” occorre considerare le Riviste giuridiche *online*, spesso gratuitamente consultabili.

³⁶⁶ LYOTARD J. F., *La condizione postmoderna* (1979), (trad. it.) C. FORMENTI, Milano, 2018, 94.

simile strumento consente al giudice, così come a qualsiasi altro operatore (che vi abbia accesso, s'intende), di estendere i propri orizzonti conoscitivi e, conseguentemente, operativo-decisionali.

Le combinazioni e ricombinazioni di informazioni a portata di click, giusto per fare un esempio, dilatano i margini dell'interpretazione nell'applicazione della legge al caso concreto, perché forniscono appigli e voci a sostegno a così tante opzioni ricostruttive che diventa possibile sostenere – con i dovuti riscontri a supporto – praticamente quasi ogni tesi che si desidera; ancor più di quanto non fosse possibile fare un tempo, allorché ci si muoveva solo all'interno delle raccolte giurisprudenziali – peraltro, tuttora presenti – di sentenze massimate³⁶⁷.

Questo processo di graduale digitalizzazione, che s'inserisce in un più articolato progetto di riorganizzazione efficiente dell'intera pubblica amministrazione teso a migliorare la qualità dei servizi erogati, accresce – indirettamente – la giuristocrazia, nella misura in cui attribuisce (tra gli altri, pure) al giudice maggiori capacità operative. Da un lato, lo strumentario tecnologico-informatico amplia le facoltà (es. conoscitive: banche dati; es. gestionali: computer) del giudicante e “agevola” l'esercizio dell'attività giurisdizionale. Dall'altro lato, le nuove risorse digitali si mescolano con quelle umane e materiali esistenti e modificano il modo di lavorare del giudice e *tout court* degli uffici giudiziari. In questo nuovo assetto, diviene sempre più centrale il momento gestorio, che fa capo – di fatto e in ultima istanza – specialmente all'autorità giudiziale, la quale assume in tal senso una sorta di ruolo manageriale. La direzione del singolo ufficio riproduce, ‘in miniatura’, l'organizzazione della Sezione e quindi quella del Tribunale o della Corte di appartenenza. Il coordinamento con i colleghi (fra i quali rientrano anche i GOT e i VPO), la direzione dei funzionari e degli ausiliari (tra cui, *in primis*, i cancellieri e i MOT, nonché i sempre più presenti tirocinanti *ex art. 73 d.l. n. 69 del 2013* o *ex art. 37 d.l. n. 98 del 2011*), la

³⁶⁷ DAMOSSO F. M., *La massima come fonte nel sistema del precedente*, in *Cass. pen.*, 2020, 1708 ss.; GORLA G., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella Common Law: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui “Reports” e sul “Dissenting”*, in *Giur. it.*, 1985, 1242 e 1252-1253 (le cui riflessioni, sebbene svolte con riferimento all'ambito civile, ci paiono – quantomeno nella parte indicata e *mutatis mutandis* – applicabili anche in sede penale); già MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Milano, 1958, 41-43; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 56 (il quale rileva il «rischio (non saprei quanto elevato) di costruzione e circolazione di indirizzi nati da erronee massimazioni e interpretazioni di massime»); RINALDI C., *La costruzione del campo giuridico*, cit., 89 («Lo stesso precedente, inteso in maniera differente, può essere invocato per giustificare tesi opposte; inoltre, la tradizione giuridica offre una vasta varietà di precedenti e di interpretazioni tra i quali è possibile scegliere quelli che si considerino più adeguati»); TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 31-32; VINCENTI E., *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 150-152. Sulla tematica, sia consentito richiamare – compatibilmente – altresì la pungenza di DE MONTAIGNE M., *Saggi*, cit., 1987 e 1989 – lib. III, cap. XIII: «Chi non direbbe che le glosse aumentano i dubbi e l'ignoranza, poiché non si trova alcun libro, sia umano sia divino, del quale il mondo si occupi, la cui interpretazione faccia esaurire la difficoltà? Il centesimo commento lo rinvia al successivo, più spinoso e più scabroso di quanto lo avesse trovato il primo. Quando mai si è convenuto fra noi: “Questo libro ne ha a sufficienza, non c'è ormai più nulla da dire”? Questo si vede meglio nella procedura. Si dà autorità di legge a infiniti dottori, infinite sentenze, e ad altrettante interpretazioni. [...] C'è più da fare a interpretare le interpretazioni che a interpretare le cose».

programmazione per lo smaltimento del carico di lavoro ecc. ecc. sono ‘premere’, compiti e incumbenti che non si risolvono in un mero profilo organizzativo, ma che si ripercuotono sul funzionamento reale dell’istituzione, implicando e inducendo vere e proprie trasformazioni d’approccio alle problematiche³⁶⁸.

Cambia il metodo (la *forma mentis*) secondo cui concretamente si opera e, soprattutto, si aprono nuovi spazi di potere per l’autorità giudiziaria, perché l’aspetto gestionale e la cultura dirigenziale condizionano la soggezione del giudice soltanto alla legge. Nella prassi, ai vincoli legali si accostano i modelli comportamentali definiti da orientamenti condivisi e consolidati³⁶⁹. Eloquenti

³⁶⁸ La centralità del fenomeno è testimoniata altresì dal fatto che va sempre più maturando la convinzione secondo la quale sono necessarie riforme che, oltre a definire o ridefinire le dinamiche processuali, siano in grado di influire sulle strutture e sull’organizzazione della giustizia, auspicabilmente «insieme a un mutamento culturale degli operatori: difficile da realizzare nel breve periodo, ma necessario affinché le nuove norme non vengano fatalmente piegate a vecchie logiche» (LORUSSO S., *Ipertrofia normativa e declino del sistema processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 289. Sul punto, v. anche DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 12). A proposito dei riflessi dell’organizzazione dell’ufficio giudiziario sull’esercizio dell’attività giurisdizionale, il Consiglio Superiore della Magistratura sottolinea ad esempio «la connessione esistente tra adempimento dell’obbligo di motivazione e profili organizzativi» (*Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016 – Prima attuazione delle linee guida in tema di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*, Roma, 20 giugno 2018, 8-9: «Con la recente delibera n. 962/VV/2016 adottata nella seduta del 5 luglio 2017 il Consiglio Superiore della Magistratura ha sottolineato la connessione esistente tra adempimento dell’obbligo di motivazione e profili organizzativi. In questa prospettiva occorre mettere a punto alcune linee guida per dare concretezza a questi principi nella consapevolezza che le diverse fasi del processo costituiscono un *unicum* inscindibile e che, quindi, la riflessione sui provvedimenti di secondo grado e sugli atti d’impugnazione deve necessariamente prendere l’avvio dall’articolazione del provvedimento di primo grado. Al contempo la delineazione della struttura delle sentenze e degli atti difensivi, ferma restando la libertà dell’estensore di personalizzare lo schema secondo il proprio stile e le esigenze dettate dalla particolarità del caso esaminato, è essenziale per lo sviluppo del processo penale telematico quale strumento idoneo a favorire la razionalizzazione dei tempi e dei costi del processo stesso»).

³⁶⁹ Cfr. (in part., sulle regole protocollari) TRAPPELLA F., *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale*, cit., 4017-4019: «Non è sbagliato ipotizzare un dialogo tra gli attori dell’accertamento – ivi comprendendo anche le figure di supporto: cancellerie, segreterie, polizia giudiziaria, ufficio esecuzione penale esterna... – che dia sostanza al dato normativo: d’altro canto, è nella fisiologia del procedimento il proseguire, da parte del giudicante, l’opera di regolamentazione sociale avviata, in via generale e astratta dal legislatore; in tal senso, non può nemmeno censurarsi la preventiva fissazione di – condivise – regole di *fair play*, di supporto al più efficace espletamento della funzione giudicante. Non si allude, allora, a un problema di legalità, almeno fino a quando la norma di *soft law* integri – e, quindi, non contraddica – quella fissata dalla legge processuale. Posta la questione – che può definirsi di consapevolezza, negli autori dell’accordo da cui originerà la regola protocollare, dei termini in cui la medesima inciderà sul regolare svolgimento del giudizio – il *focus* va spostato altrove, cogliendo quell’aggettivo che appositamente, poco più sopra si è collocato tra due trattini, evidenziandolo: *condivise*. Onde ammettere, anche nel diritto processuale, norme di rango sub-legislativo e, quindi, rispettose del principio di legalità – s’è detto – bisogna parlare di disposti *praeter* o *secundum legem*, ossia di convenzioni – come tali, comunemente accettate – che orientino la lettura delle norme processuali, riempiendone eventuali vaghezze, vuoi volute, vuoi determinate da sciattezza normativa. Affinché un tale scenario si realizzi, allora, sono indispensabili due requisiti, pena la frustrazione – questa volta, sì! – di quell’idea di legalità nel procedere che proviene direttamente dalla Costituzione, *id est* la condivisione sulla fonte secondaria e la sua pubblicità. [...] Se una componente creativa nella lettura della *littera legis* è fisiologica pure nel settore processuale, non è accettabile lo stravolgimento del modello espresso dal codice di rito attraverso il grimaldello di (evidentemente illegittimi) protocolli, linee guida o altre fonti di pari livello. [...] Ferma l’impossibilità per il giudice di organizzare la propria attività in un modo che infranga la legge processuale, tali aspetti logistici vanno, invece, rimessi all’interazione tra tutti i possibili soggetti coinvolti. È in questo dialogo virtuoso che le parti – ma, pure, per ciò che loro compete, le rappresentanze del

sono, ad esempio, i protocolli e le “buone pratiche d’ufficio” che affiancano la disciplina normativa, in quello che – con riguardo specifico alla Cassazione, ma il discorso ha ben più ampio respiro – è stato definito «un virtuoso percorso interno di autoriforma che fa leva sul sapere esperienziale e sulle capacità di auto-organizzazione»³⁷⁰ dei giudici.

Si è di fronte a una amministrazione che tende al risultato e che, in ogni ambito del diritto (incluso lo *ius criminale*), punta «su una visione sostanziale del buon andamento, che significa: migliorare la qualità del servizio giustizia, agendo sul fronte dell’organizzazione del lavoro e degli uffici; sforzarsi di contemperare garanzie ed efficienza; [ecc. ecc. ecc.]»³⁷¹.

Persino nella “cittadella del diritto penale”, per esemplificare un riflesso di questo fenomeno, accade che «la gestione della legalità avv[enga] nell’ambito del processo, dunque, in un luogo che sublima i fasti della funzione giurisdizionale»³⁷². Si diffonde così la «processualizzazione»³⁷³ delle

personale amministrativo o, più generalmente, ausiliario – possono (*rectius*: devono) palesare possibili frizioni tra le altrui proposte e il corretto schema dei rapporti processuali, sì da addivenire a un regolamento rispettoso della fonte primaria, pena – beninteso – l’annullamento della norma protocollare».

³⁷⁰ CANZIO G., *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 428. Sulla cultura manageriale all’interno della giurisdizione: BREGGIA L., *La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali*, in AA.VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 20; CANZIO G., *Intervento*, in AA. VV., *Trascrizione degli interventi – Tavola rotonda: La motivazione dei provvedimenti giudiziari*, Firenze, 8 maggio 2017, 30 («Le risorse non sono del singolo magistrato, oggi non si può ragionare più in termini di *case management*, ma di *court management*»); GARAPON A., *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, 2010, *passim*.

³⁷¹ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 430 (il quale parla di «legalità teleologica, orientata al risultato, inteso come “agire bene”, [che] sposta l’accento dall’atto all’azione – dal provvedimento amministrativo al procedimento; dalla decisione giurisdizionale, intesa come applicazione sillogistica della norma, all’*iter* procedurale – e rifiuta la separazione, propria del metodo veritativo e oggettivante delle scienze teoretiche, tra il soggetto che agisce e l’oggetto verso cui l’azione tende» [426]). Il fascio di interessi costituzionali coinvolti nell’amministrazione della giustizia penale spazia dall’art. 3 (uguaglianza) agli artt. 24 (difesa), 25 (legalità; giudice naturale) e 27 (presunzione di innocenza; rieducazione), passando dagli artt. 111 (giusto processo; contraddittorio), 112 (obbligatorietà dell’azione penale) e finanche 81 (bilancio: nella misura in cui impostare una certa strategia processuale o svolgere determinati accertamenti piuttosto che altri – es. in materia di prova scientifica – ha costi di non poco momento anche per le casse statali. Al riguardo, v. CONTINI F. – VIAPIANA F., *Quanto costa la giustizia? I tribunali italiani tra efficacia ed efficienza*, in www.questionegiustizia.it, 17 febbraio 2020).

³⁷² MAIELLO V., *Cultura penale dei giudici e dialogo tra le Corti*, in AA. VV., *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 148-149.

³⁷³ GARGANI A., *Crisi del diritto sostanziale*, cit., 63, per il quale «la crescente *vis expansiva* del processo è alla base del mutamento ideologico e culturale che si registra nei confronti della ‘creatività’ giurisprudenziale e che si manifesta nell’acritico recepimento del diritto vivente» (60). Non di rado accade, infatti, che le fattispecie sostanziali siano ridefinite o ricalibrate alla luce delle esigenze probatorie: si pensi, ad esempio, alle questioni legate alla prova del nesso causale o dell’elemento soggettivo del fatto di reato. Sul punto: CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell’illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2020, 1; CORDERO F., *Giudizio*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1961, 882; GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Leg. pen.*, 2013, 839 ss. («L’operatività di tecniche volte a plasmare in chiave probatoria il diritto penale non è limitata al piano della formulazione normativa: tali tecniche assumono maggiore evidenza e problematicità nella prassi applicativa, nell’ambito di quel fenomeno che viene designato in termini di *tipicità processuale*, al fine di sottolineare la distanza intercorrente tra la capacità selettiva di una fattispecie sul piano astratto e l’esito della sussunzione nel processo. La gestione prasseologica delle difficoltà probatorie, con effetti manipolatori della tipicità ‘legale’, rappresenta un dato costante dell’esperienza giuridica, che si

disposizioni legali (v. le c.d. «fattispecie “a formazione giudiziaria”»³⁷⁴) e, nell’insieme, il «dominio»³⁷⁵ del processo assicura ulteriore linfa al protagonismo dell’autorità giudiziaria, *dominus* – terzo e imparziale – che sorregge il dipanarsi dell’esperienza procedurale.

II.2. DINAMISMO PROCESSUALE E POTERI ISTRUTTORI NEL RITO PENALE

Nella dinamica processuale penale (per l’esattezza: nell’intera dinamica procedimentale, cioè fin dalle indagini preliminari), spetta al giudice il compito di garantire la legalità del procedere e della procedura (obbligatoriamente avviata *ex art.* 112 Cost.), in una prospettiva di complessiva conformità e rispetto del valore cognitivo del rito criminale³⁷⁶.

Con riferimento all’avanzare giuristocratico, possiamo dire che – in seno allo svolgersi dell’accertamento del fatto-reato – un profilo che assume singolare rilevanza è quello che attiene al rapporto tra poteri istruttori e giusto processo (*ex art.* 111 Cost.).

manifesta in varie forme e a molteplici livelli. [...] I fattori processuali, attraverso la loro rilevanza sintomatico-probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell’accertamento si trasforma in un momento fondante l’effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale» [844]; «La tendenza a risolvere in termini probatori le difficoltà di determinazione di istituti sostanziali, tramite l’interscambio tra fatto e processo, è quanto mai attuale e concerne sia istituti di parte generale sia fattispecie di parte speciale» [845]); GIUNTA F., *Legalità penale e poteri del processo*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 24 («Il processo contribuisce, in misura ora maggiore ora minore, a normare le figure di reato. Si parla, al riguardo, di “potere normativo del processo”»); MAIELLO V., *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 112 (il quale, con riferimento al concetto di “pericolosità sociale”, parla di «tassativizzazione probatoria o processuale [della fattispecie]»); TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 15-16 e nt. 36.

³⁷⁴ PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 535.

³⁷⁵ Per utilizzare un’espressione (452) – nonché il *leitmotiv* che accompagna lo scritto – di PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss., il quale circa trent’anni fa già parlava di trasformazione del diritto processuale penale, nei suoi rapporti col diritto penale sostanziale: da “servo muto” a “servo loquace”, quindi a “socio paritario” e, infine, a “socio tiranno” del sistema giuridico-criminale (430-437). Ancora, qualche anno dopo (PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., 541) e richiamando l’*iter* evolutivo testé citato (529), Padovani evidenziava come la «processualizzazione avanz[asse] del resto impetuosa nello scardinare tutte le categorie sostanziali, materiandole di valutazioni ad andamento ascrittivo che si sostituiscono alle strutture obiettive e ne fanno, per così dire, le veci processuali». Similmente, CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012, 1303.

³⁷⁶ Sul valore cognitivo del processo penale: TONINI P., *Iniziativa d’ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 2010; TONINI – CONTI P., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 6. Sul fondamento cognitivo quale “connotato costitutivo del garantismo penale”, v. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., *passim.*; in part. Prefazione (XVI) e Parte prima (spec., 3-66). Riferendosi alla garanzia del controllo giudiziale in sede di indagini preliminari, parlano di “finestre di giurisdizione” CANZIO G., *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2016*, Roma, 26 gennaio 2017, 36 e SPANGHER G., *Introduzione allo studio del processo penale*, cit., 69.

In particolare, parlando di giuristocrazia, preme mettere in luce sia l'“impressione pubblica” sia gli effetti giuridico-sistematici che discendono dalle modalità di impiego e dalle finalità³⁷⁷ con cui si giustifica l'uso dei poteri officiosi da parte del giudice³⁷⁸.

Emblematica, a tal proposito, è l'evenienza per la quale – nonostante intorno all'applicazione dell'art. 507 c.p.p. resti valido e stabile l'insegnamento delineato dalle Sezioni unite Greco (2006) e dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 73 del 2010 – in svariate pronunce giurisprudenziali continuano tuttora ad affiorare espressioni evocative (e freudianamente confessorie?) atteggiamenti giudiziari celebranti vecchi idoli e paradigmi legati a ideologie che, in un processo di tipo accusatorio (seppur temperato), devono – dovrebbero – ormai ritenersi superate: es. “ricerca della verità sostanziale”, “non dispersione degli elementi dimostrativi”, “indipendenza dalle vicende processuali”, “il potere officioso del giudice di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova [...] non trova limitazione nel potere dispositivo delle parti” ecc. ecc.³⁷⁹.

³⁷⁷ Cfr. ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., *passim.*, il quale mette in luce «l'influsso esercitato dalle rappresentazioni finali della decisione sull'applicazione del diritto» (135) [es. 122 («Appare chiaro che per chi applica il diritto non costituisce affatto una situazione-limite ma una situazione normale quella di indirizzare la sua scelta del metodo in base a un controllo sulla *giustizia del risultato*, sotto l'aspetto dell'accettabilità in un dato ordine sociale»); 142 («Anche nella decisione giuridica la considerazione delle conseguenze è una parte del programma decisionale»); 156 («Non esiste quasi nessuna questione giuridica che non sia, contemporaneamente, anche una decisione del fine. [...] È significativo che questo sia anche il destino del diritto penale, di quel settore del pensiero dogmatico della fattispecie altamente differenziato»)] e SPANGHER G., *Considerazioni sul processo*, cit., 95.

³⁷⁸ Tra le forme pragmatiche di manifestazione del potere giudiziario possono altresì annoverarsi, ad esempio, tutte le attività – di natura discrezionale – correlate alla conduzione dell'udienza e alla c.d. “tenuta dell'aula giudiziaria”. Sulla conduzione dell'udienza, cfr. ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 23-25: «Il giudice interagisce con le attività di parte segnalando limiti o impedendo eventuali eccessi e, così facendo, enuncia la norma del caso concreto: il suo intervento è, al contempo, attuazione della norma legale e regola di comportamento per la parte. Ciò pone due ordini di problemi, entrambi rilevanti per la nostra ricerca. Da un lato, l'atto giudiziale potrebbe essere *contra legem*, così da ledere una o entrambe le parti nel loro diritto di partecipazione al processo e nel diritto alla prova. L'attività direttiva del giudice si esprime, solitamente, con decisioni informali (delle quali resta comunque traccia nel verbale di udienza; nei dibattimenti davanti al Tribunale collegiale, sono eccezionali i casi in cui il Presidente decide con ordinanza), di per sé insuscettibili di impugnazione. L'eventuale illegittimità dell'atto sarebbe al più rimediabile dal Collegio, sempre che un Collegio vi sia, di fronte al quale sollevare incidente *ex art. 478 c.p.p.* Ché, se il giudice fosse monocratico, solo gli atti formali, adottati con ordinanza, sarebbero impugnabili insieme con la sentenza (art. 586 c.p.p.). In secondo luogo, supponendo che siano in gioco diritti delle parti (principalmente diritto alla prova e, con riferimento all'imputato, diritto di difesa) l'ordine illegittimo del giudice potrebbe pregiudicare la valida formazione del mezzo di prova. Certo, non sarà sempre facile riconoscere l'influenza dell'atto giudiziale sull'attività probatoria. E, quand'anche ciò fosse possibile, non sarebbero evitabili i concreti effetti che l'atto illegittimo può, nel frattempo, aver sortito in relazione alla successiva attività probatoria. D'altro canto, l'atto del giudice vale come norma e costringe le parti a uniformarvisi».

³⁷⁹ Simili espressioni, alle quali non di rado si assommano «riferimenti linguistici talora eticamente o moralisticamente connotati, destano preoccupazione per le possibilità interpretative che aprono. In particolare, appare rischioso appellarsi ai concetti di “verità” e di “giustizia” senza specificare che la verità di cui si va parlando o scrivendo è “soltanto” quella processuale e che la giustizia è quella che discende dalla celebrazione del giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost.» (CECCHI M., *Si fa di nuovo vivo il vecchio principio di non dispersione della prova?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 231, cui sia consentito rinviare altresì per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti [226 ss.]). Invero, per nozioni quali “verità” e “giustizia” vale la considerazione – classica, in quanto già presente (almeno) a partire da Erodoto (III, 38), Platone e Aristotele – trasmessaci da Hobbes nei seguenti termini: «Essendo diverse le inclinazioni, accade che

La calibrata e armonica ricostruzione elaborata dal Cassazione riunita – e confortata, qualche anno dopo dalla Consulta; e oggi peraltro rinsaldata ai sensi dell’art. 618, co. 1-*bis* c.p.p. (beninteso: nei limiti derivanti dall’art. 101, co. 2 Cost.) – viene di fatto disattesa da una parte della giurisprudenza, ove «impervers[ano] le orme grevi di prassi operative sempre più disinvolte»³⁸⁰.

In diverse sentenze, infatti, l’intervento *ex officio* dell’organo giudicante – che dovrebbe modularsi e moderarsi entro i confini delle ipotesi ricostruttive avanzate dalle parti – è ammesso anche ben oltre il tracciato definito dalle piste battute dall’accusa e/o dalla difesa. E si fa così strada un approccio che, ispirato dall’“onnivorismo probatorio” (cfr. Corte cost., n. 111 del 1993³⁸¹), snatura il delicato equilibrio raggiunto dalla minuziosa opera di cesellatura giurisprudenziale compiuta – come si è detto, prima nel 2006 e quindi nel 2010 – bilanciando i diritti, le garanzie e le facoltà o i poteri delle parti (pubblica e private) con le esigenze legate alla salvaguardia dell’accertamento, alla completezza del panorama probatorio e all’esercizio dei poteri del giudice.

Nel nostro attuale sistema, invero, l’ammissione delle prove e il recupero di materiale conoscitivo da parte del giudice se, da un lato, manifestano la necessità che egli decida *causa cognita*³⁸², dall’altro lato, non vogliono significare che egli possa perseguire una ricostruzione fattuale diversa e autonoma rispetto a quella formulata dal pubblico ministero nell’imputazione o dalla difesa nella prospettazione di una ragionevole ipotesi alternativa, perché ciò andrebbe contro *in primis* al principio della separazione delle funzioni³⁸³.

alcuni chiamino bene quel che altri dicono male; e che uno stesso individuo ora dica, di una cosa che è buona e ora che è cattiva e, della stessa cosa, che è buona per lui e cattiva per un altro» (HOBBS T., *Elementi filosofici sul cittadino* (1642), (a cura di) N. BOBBIO, Torino, 1948, cap. XIV, § 17, 303-304). In merito alla “responsabilità giudiziale di dire” in cosa effettivamente consista l’attività giurisdizionale e quali siano i suoi limiti accertativi: CARINGELLA F., *Dieci lezioni sulla giustizia. Per cittadini curiosi e perplessi*, Milano, 2017, 6-7; KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., 88 («First, and most obviously, it is the responsibility of judges to drop the deception that law is mechanical. They must tell it as it is. They must do so, not just in private conversations with each other, but publicly, so that citizens and fellow lawyers can understand the true nature of the complex task in which judges are engaged, including its creative element»); LAMORGESE A., *L’interpretazione creativa*, cit., 123-124.

³⁸⁰ BONZANO C., *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all’efficientismo emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1414.

³⁸¹ Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, con note a margine di SPANGHER G., *L’art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del “sistema accusatorio” compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, 901 ss. e VALENTINI C., *La Corte costituzionale alle prese con l’art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. cost.*, 1993, 922 ss. Sul punto, v. altresì FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1065 ss.

³⁸² Cfr. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 73, con nota a margine di DI CHIARA G., *L’art. 507 c.p.p. e i poteri integrativi del giudice in punto di prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 405 ss. Sul profilo cognitivo, v. FERRAJOLI L., *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, 14-15.

³⁸³ V. Cass., Sez. un., 24 novembre 2003, Andreotti. In Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281, Greco, si legge che l’autorità giudicante può procedere «all’assunzione di una prova decisiva nell’ambito delle prospettazioni delle parti, non essendo consentito, invece, che il giudice possa coltivare un’ipotesi autonoma e alternativa, pena la violazione del basilare principio di terzietà della giurisdizione». In dottrina: APRILE E., *Acquisizione di prove d’ufficio ex art. 507 c.p.p. e compatibilità con l’art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2007, 3345 ss.; BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e*

Il ruolo di supplenza giudiziale si giustifica, quindi, in ragione della tutela che l'ordinamento intende apprestare all'essenza cognitiva del processo penale, a fronte della indisponibilità del bene che vi è in gioco (la libertà personale), come dimostrato altresì dal fatto che nemmeno il consenso dell'imputato (art. 111, co. 5 Cost.; in realtà, addirittura il consenso di entrambe le parti) esaurisce le possibilità di controllo e di intervento dell'autorità giudicante. Si pensi, ad esempio, a tutti quegli eventi giuridici che stanno fuori dalla disponibilità tanto dell'accusa quanto della difesa: declaratoria ex art. 129 c.p.p.; invalidità (v. artt. 179, 180, 191, 274, 292, 591 c.p.p.); integrazioni probatorie d'ufficio (v. artt. 190 e 507 c.p.p.³⁸⁴); ecc.

Per quanto limitato (e del tutto legittimo, in virtù del principio dispositivo attenuato), l'interventismo giudiziale segna in ogni caso un punto a favore della giuristocrazia.

Da questo punto di vista, affinché i poteri integrativi siano utilizzati in modo proprio, a nostro parere è opportuno puntare – fra gli altri strumenti e istituti (es. ulteriore potenziamento del

dinamiche probatorie ex officio, Torino, 2006; BELLUTA H., *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1235; CALLARI F., *Le dinamiche probatorie ex officio del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1099; CARACENI L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007; FERRUA P., *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 24-28; GIUNCHEDI F., *I poteri istruttori del giudice*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 19; GUERINI I., *L'iniziativa probatoria del giudice nel processo penale accusatorio: la Cassazione definisce i limiti all'esercizio del "potere di completamento istruttorio" di cui all'art. 507 c.p.p.*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 1, 50 ss.; MAGGIO P., *I poteri istruttori del giudice penale tra interpretazioni consolidate e nuovi limiti dettati dal principio della "parità delle armi"*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 6, 139 ss.; cfr. MENNA M., *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1549-1552 (es. «La necessità per il giudice di aprire il contraddittorio sugli elementi dubbi delle argomentazioni probatorie raccolte – invece della solipsistica e statica ricerca del maggior grado di probabilità nell'ambito di tutte le prospettive astrattamente ipotizzabili – va, peraltro, affermata in quanto imposta normativamente nel nostro sistema processuale» [1551]); ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 17-18; PAULESU P., *Iniziativa probatorie del giudice dibattimentale e "giusto processo"*, in *Giur. cost.*, 2010, 842 ss.; PETRILLO L., *Funzioni e limiti dell'esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1201 ss.; SCELLA A., *I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 210 ss.; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 738-745; UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 16 ss.; VALENTINI C., *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004.

³⁸⁴ Tra le disposizioni che costituiscono una manifestazione dell'art. 190, co. 2 c.p.p., oltre al citato art. 507 c.p.p., possiamo rammentare – in un elenco non esaustivo – i seguenti articoli: 190-bis c.p.p. (sui requisiti della prova in casi particolari); 195, co. 2 c.p.p. (sulla testimonianza indiretta); 196 c.p.p. (sulla capacità di testimoniare); 224 c.p.p. (sulla perizia); 237 c.p.p. (sui documenti provenienti dall'imputato); 299, co. 3 c.p.p. (sulla revoca e sostituzione della misura cautelare); 409, co. 4 c.p.p. (sulla necessità di ulteriori indagini a fronte della richiesta d'archiviazione); 422 c.p.p. (nell'ambito dell'udienza preliminare, ai fini del n.l.p.); 441, co. 5 c.p.p. (per l'abbreviato); 464-bis, co. 5 c.p.p. (ai fini dell'ammissione alla m.a.p.); 468, co. 5 c.p.p. (sulla citazione d'ufficio del perito nominato nell'incidente probatorio); 506 c.p.p. (sull'estensione dell'esame dibattimentale ai fini di completezza); 511 e 511-bis c.p.p. (sulle letture); 603, co. 3 c.p.p. (per il giudizio d'appello); 666, co. 5 c.p.p. (in sede d'esecuzione). In giurisprudenza, relativamente alla possibilità – per il giudice – di disporre in ogni tempo l'inserimento della querela all'interno del fascicolo dibattimentale: Cass., Sez. V, 18 giugno 2004, Matera. Si consideri ancora, in via ordinamentale, che la tendenza a salvaguardare la completezza dell'accertamento giuridico è presente anche in ambito civile, ove al giudice è consentito – comunque nei limiti di legge – intervenire d'ufficio in materia probatoria (es. art. 191 c.p.c. - nomina C.T.U.), nonostante in tal sede si abbia generalmente a che fare con diritti disponibili.

contraddittorio³⁸⁵) – sull’obbligo di motivazione, declinato nella peculiare veste della c.d. “motivazione rafforzata”.

Si tratterebbe di adottare, ove possibile, moduli motivazionali che assicurino metodiche di giudizio e di giustificazione a tappe obbligate, di volta in volta strutturate secondo «*le cadenze tipiche dell’istituto in questione*», in grado di accompagnare il manifestarsi dei poteri istruttori.

Prendiamo l’art. 507 c.p.p. In questo caso, si potrebbe immaginare un format motivativo (valutativo-giustificativo) a step argomentativi obbligati, che tratti espressamente le seguenti questioni: «i) perché, terminata l’acquisizione delle prove, il panorama probatorio appaia “incompleto” e quale sia il “principio di prova” a partire dal quale si ritenga opportuno intervenire *ex officio*; ii) perché quella specifica acquisizione probatoria sia “assolutamente necessaria”; laddove per “assoluta necessità” si fa riferimento al carattere di “decisività” della prova: cioè alla sua capacità di indirizzare risolutivamente, in un senso o nell’altro, la delibazione giudiziale; iii) perché, in ipotesi di “prova nuova”, quell’elemento possessa il carattere di “novità”»³⁸⁶.

II.3. DIRITTO VIVENTE

Ogni giorno, nelle aule di giustizia e prima ancora negli studi legali e di consulenza giuridica, nonché in Università, sebbene la legge resti il punto di partenza³⁸⁷, la disamina della disciplina

³⁸⁵ Esaltando il contraddittorio ed estendendone quanto più possibile la portata si possono più efficacemente «sollevare delle difficoltà riguardo a entrambi gli aspetti della questione, [così da] scorgere più facilmente in ogni oggetto il vero e il falso» (ARISTOTELE, *Topici*, cit., 409 [101a, 35]).

³⁸⁶ CECCHI M., *Si fa di nuovo vivo*, cit., 230-231, ove si aggiunge che «con la puntuale motivazione dell’atto adottato il cerchio si chiude e trova una sua possibile quadratura anche quell’ampia discrezionalità che può essere esercitata dal giudice al cospetto di concetti normativi volutamente indeterminati come, per l’appunto, la locuzione “se risulta assolutamente necessario” di cui all’art. 507 c.p.p.». Precisiamo che parlando di ‘chiusura del cerchio’ ci riferiamo al fatto che la motivazione (assieme al dispositivo) chiude l’accertamento giudiziale. Parlando invece di ‘possibile quadratura del cerchio’ (*recte*: della metaforicamente possibile quadratura del cerchio, poiché – in verità – è impossibile quadrare il cerchio, come ha dimostrato Ferdinand von Lindemann nel 1882) ci riferiamo al fatto che la motivazione non fa venir meno – essendo ciò per l’appunto impossibile – la discrezionalità del giudice, ma tendenzialmente ne orienta l’esercizio e tanto più ne contiene possibili derive arbitrarie quanto più è specifica.

³⁸⁷ Invero (e soprattutto in diritto penale), «il testo normativo ha da essere insieme punto di partenza e punto di arrivo, poiché non c’è nulla al di sopra o al di sotto di esso: tutto è dentro il suo cerchio» (IRTI N., *I ‘cancelli delle parole’. Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, 31). Sul fatto che la legge – per utilizzare una bella metafora di [VON] JHERING R., *La lotta per il diritto*, cit., 100 (applicata al rapporto tra “diritto obbiettivo o astratto” e “diritti subbiettivi o concreti”) – sia punto di partenza e altresì di arrivo (meglio: di ritorno), siccome «è pari alla circolazione del sangue, che parte dal cuore, ma al cuore fa ritorno»: DE FARIA COSTA J. – DE OLIVERIRA MOURA B., *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 220; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 12 («Anche dal punto di vista degli esiti, non è detto che l’antiformalismo conduca all’anomia e all’arbitrio e che il formalismo rispetti invece ordine, armonia e rigore. Infatti, chi, come me, simpatizza per l’impostazione (oltre che per la denominazione) anti-formalista, precisa che essa non propugna affatto il superamento della lettera della legge (la lettera della legge è il punto di partenza e nel contempo resta il limite invalicabile dell’interpretazione), ma si limita a evidenziare che tale lettera non è immutabile, poiché ha confini che variano nel tempo e anche nello spazio (giuridico)»); DONINI M., *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in www.sistemapenale.it, 20 dicembre 2019, 28 («Il *ius* è sempre collegato alla spiegazione di norme

normativa avviene altresì alla luce degli arresti giurisprudenziali³⁸⁸ che, negli anni, si sono susseguiti e che, tuttora, si susseguono in quella specifica materia che si va trattando³⁸⁹.

che si originano da, o si collegano a una *lex*»); GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 93 («Si può dire che il testo sia il ‘punto di partenza’ ma solo a condizione di capire come esso sia al contempo ‘meta’. Il testo è l’inizio che va raggiunto, è ciò che *precede* l’interpretazione ma che non può che essere il fine di quest’ultima»); LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 400 («È il testo il punto di partenza e di arrivo»); PAONESSA C., *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, 2017, 307.

³⁸⁸ Significative le parole dell’intervento del Presidente della Scuola Superiore della Magistratura (Giorgio Lattanzi) all’incontro del Presidente della Repubblica (Sergio Mattarella) con i magistrati in tirocinio, svoltosi a Roma, il 26 febbraio 2020: «Al giudice non basta conoscere le nuove leggi, perché deve conoscerne anche le interpretazioni che ne dà la giurisprudenza, specie quella della Corte di cassazione o della Corte costituzionale [...] e non finisce qui, perché occorre anche conoscere la normativa sovranazionale e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo» (LATTANZI G., *Il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale*, cit., 1). Al riguardo: DONINI M., *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale*, cit., 84 («Nella normalità dei casi, anzi, il giudice applica senza re-interpretare la regola astratta e concretizzata su tipologie di precedenti già ordinati in rassegne interpretative, recependo un’interpretazione consolidata»); LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 453 e 455 («Il privato arriva in tribunale munito della legge e si vede opporre l’autorità del commento. [...] La sola giurisprudenza viene consultata e il testo ‘superiore’ rimane nello scaffale (anche se, in teoria, *erubescimus sine lege loquentes*)». Ne segue che «le tensioni e manchevolezze del *corpus* normativo ‘superiore’, insieme ad altri e più complessi fattori strutturali, finiscono per conferire alla giurisprudenza quasi un mandato generale di interpretazione autentica, un monopolio nella formulazione della norma generale direttamente applicabile; i giudici, quali che siano le loro opinioni sull’autorità delle proposizioni giurisprudenziali, non hanno altro luogo in cui trovare per il loro caso una norma se non proprio ‘positiva’, almeno elaborata fino in fondo e con specifica intenzionalità non moralistica o teologica, ma giuridico-positiva. A questo punto, tra legislazione (o consuetudine, o equità) e giurisdizione non c’è più filo diretto. Diviene, allora, esperienza quotidiana, anche extra-giudiziale, che per regolarsi occorre rivolgersi non ai testi ma all’esperto, che per essere al sicuro occorre avere dalla propria il parere della giurisprudenza»); RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 159, richiamando – nella parte riportata tra virgolette (“...”) – LIPARI N., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1217 («Oggetto dell’interpretazione giurisprudenziale è, anzitutto, la legge: il giudice, così come lo studioso o l’avvocato, interpreta in primo luogo norme di legge. Da alcuni anni il suo compito si è complicato. Occorre tener presenti le fonti di matrice europea, regolamenti, direttive, ma si tratta comunque di atti normativi. Il giudice, tuttavia, interpreta anche le sentenze e questo ci riconduce al problema della complessità delle fonti. Al riguardo è stato osservato che si ravvisa un ulteriore segnale di avvicinamento degli ordinamenti giuridici, che conferma “il progressivo tramonto della contrapposizione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*”. Oggi il giudice, in entrambi i sistemi, interpreta soprattutto le sentenze, i precedenti, e interpreta la legge in un senso molto diverso da quello tradizionalmente condiviso negli ordinamenti codicistici. In definitiva, anche nel nostro ordinamento, sempre più spesso il giudice è chiamato a interpretare le decisioni di altri giudici»); SALVI G., *Relazione – La motivazione delle sentenze penali tra tecnica argomentativa e finalità comunicative. Appunti per una discussione*, Firenze, 5 febbraio 2019, 7 («Non è difficile trovare una massima che vada al caso nostro. Questo semplifica il lavoro argomentativo, in maniera certamente positiva. Anche nella motivazione ‘in diritto’ ciò che è chiaro (o consolidato) non richiede spiegazioni. Su questa base la Cassazione può considerare manifestamente fondato o infondato il ricorso, in punto di diritto»); TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 31-32, nt. 75 («Il “testo” della “legge” costituisce solo una “parte” del “materiale normativo” che il giudice ha a disposizione quando, attraverso il procedimento interpretativo, deve individuare la “norma” – “generale” e “astratta”, e quindi con una “struttura semantica” che la rende potenzialmente idonea a valere anche per situazioni future – da applicare al caso sottoposto alla sua decisione. Tale materiale normativo comprende infatti, insieme alla legge, i precedenti giurisprudenziali, ma anche i testi dottrinari (che procedono sempre per “esempi” o “casi di scuola”, e quindi in via comunque generale e astratta) e persino le stesse prassi giudiziarie, ossia rispettivamente “testi” (espressi “linguisticamente”) o “comportamenti” (in quanto “segni” espressivi di “senso”), tutti da sottoporre, a loro volta, a “interpretazione”. Solo per un pregiudizio si è, normalmente, portati a “sopravalutare” la “legge” (e, corrispondentemente, a “svalutare” gli altri “materiali”), attribuendo alla “legge” quasi per una (retorica) “inversione” metodologica (parallela, si noti, a quella che, ancora fino a oggi, porta a confondere la “disposizione” con

Assume così particolare valenza «il “diritto quale interpretato”, [che, peraltro,] pur non cessando di “attuare” la norma originaria, diviene a sua volta, fatalmente, norma potenziale rispetto alle successive interpretazioni»³⁹⁰, sia teoriche sia pratiche. In questo senso, com'è stato scritto, la

la “norma”) la “natura” di “vera” (e, soprattutto, unica) “fonte” della “regola”. Pregiudizio che trova, naturalmente, una “giustificazione” nella maggiore “autorità” della legge, discendente dalla “forma di governo” dei sistemi di *civil law* (specie se “parlamentari”), ossia dalle “norme di organizzazione” dell’ordinamento; maggiore autorità “politica” della “legge”, come sancito, formalmente, dal principio di “soggezione” del giudice alla legge. Tra i suddetti “materiali normativi”, particolare importanza rivestono i “precedenti” giurisprudenziali. Quando infatti una “norma”, applicata al caso concreto – per la cui qualificazione è stata elaborata dal giudice in via interpretativa –, assume una dimensione (ossia una “forma”) linguistica *sub specie* di “massima” (ossia di un *quid* valevole come “precedente”), essa, in quanto “testo” (posto che l’“interpretazione giudiziale” si estrinseca in “espressione” cioè in “linguaggio”), diventa a sua volta “oggetto” di “interpretazione”, laddove se ne prospetti l’applicazione a casi futuri. La “massima”, in genere già contenuta nella “motivazione in diritto” di ciascuna sentenza, per quanto concerne le sentenze, in particolare, della Suprema Corte è – in Italia – formulata da un apposito Ufficio del Massimario della Cassazione. Detta “massima” non è però, direttamente, la “forma linguistica” della *ratio decidendi*, ma è il risultato di un’attività burocratico-amministrativa (quindi: non giurisdizionale), che oltretutto spesso, purtroppo, per mancanza di criteri precisi per la sua redazione, non riproduce il vero “senso” della decisione e quindi la “norma” effettivamente applicata. In realtà, la “massima” non è altro che un “testo normativo”, al pari della legge, (semanticamente) sempre “generale” e “astratto”, anche se – almeno dal punto di vista linguistico – “più specifico” rispetto alla “legge” e comunque già “filtrato” da una precedente attività “interpretativa” giurisdizionale e quindi più vicino alla “concretezza” del caso deciso. Anche la “massima” giurisprudenziale (come la “legge”), in quanto “testo”, non è dunque, essa stessa, direttamente “fonte di norma”, dovendo a sua volta essere “oggetto di interpretazione”: “norma” sarà solo quella che, eventualmente, si avrà qualora un giudice successivo, nel decidere un caso concreto, accetterà di “uniformarsi” alla “massima” stessa (in quanto proveniente, non da un potere diverso, come la “legge”, ma dall’interno della stessa “tecno-struttura” giudiziaria; adeguamento al precedente che dovrà dunque, ragionevolmente, ritenersi politicamente più “accettabile” dagli appartenenti alla corporazione giudiziaria). Detto altrimenti: anche la “massima” è (come la “legge”) solo una “aspettativa di norma”; “norma” sarà solo, eventualmente, il risultato dell’attività interpretativa della “massima” da parte del singolo giudice, qualora ritenesse di utilizzarla come “presupposto” della decisione con riferimento al caso concreto sottoposto al suo esame»); VINCENTI E., *Massimazione*, cit., 149.

³⁸⁹ V. DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 36 («Nelle Facoltà o nei Dipartimenti di Giurisprudenza non s’insegna semplicemente la legislazione penale, ma il diritto penale, e dunque il deposito delle interpretazioni della legge vigente, il loro contenuto normativo, per come ricostruito da dottrina e giurisprudenza»); DONINI M., *Iura et leges*, cit., 5 («Tutti i manuali, le monografie, gli articoli e i commenti di giurisprudenza, del resto, non sono mere raccolte di leggi, ma hanno l’ambizione di rappresentare il *ius* delle leggi che commentano»); GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 681 («Il compito della concretizzazione della legge non consiste, però, ovviamente, in una pura conoscenza degli articoli della legge. Si deve conoscere anche la giurisprudenza, e tutti gli elementi che la determinano, per giudicare giuridicamente un caso determinato»); già MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 26; ROSELLI F., *La motivazione della sentenza civile*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 398; SATTA S., *Il mistero del processo*, cit., 43-49 e 56; STRUCK G., *Topische Jurisprudenz*, cit., 35-36; WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, cit., 129 (« Dans les systèmes du droit continental il n’y a pas de ‘règle du précédent’. C’est-à-dire que le fondement de la décision judiciaire, son fondement légal, ce n’est pas une décision judiciaire précédente, mais la norme juridique en vigueur. Or, comme on sait très bien de l’expérience de la pratique judiciaire dans tous le Pays du droit continental, le rôle des décisions judiciaires, et surtout de celles des instances suprêmes, dans l’application du droit, est très grand »).

³⁹⁰ LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 503, nt. 5. Scrive GALGANO F., *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Cont. imp.*, 1985, 701 che «continuiamo a proclamarci interpreti della legge e a elaborare sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto ad operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza». Invero, come ricorda BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 372, «a quel modo che si può utilizzare la legge per interpretare la sentenza quale provvedimento che ne ha fatto applicazione, così viceversa si può utilizzare la sentenza – in quanto adotta una massima di decisione – per interpretare la legge, dalla quale la massima è stata desunta». Sull’impiego delle massime si esprimono criticamente (in senso negativo, poiché vi si ricorre

“bocca della legge” diviene anche – soprattutto (e autopoieticamente) – «bocca della giurisprudenza»³⁹¹.

Nel complesso, è l’attività concretizzatrice degli operatori giuridici (giudice, *in primis*) a rendere effettive – tramite l’interpretazione (v. *infra*: § II.4) – le previsioni legislative³⁹²: «ogni legge è quale la fa l’interpretazione che venga accolta»³⁹³. Addirittura, «a ben guardare, una norma formalmente valida ma notoriamente ineffettiva [viene] con ogni probabilità considerata dal giudice come da non applicarsi, mentre una norma notoriamente effettiva [viene] considerata come da

spesso “per mera comodità”) CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 42-43 («Consolidate [le massime] da cosa? Dall’esperienza, si dovrebbe intendere. Meglio, però: dall’abitudine. Il giudice non ha più da scegliere, tra le massime, quella che gli par migliore ma quella abituale. *Error communis facit ius*. Lo *standard* s’impone anche nelle aule della giustizia. O la *routine*, secondo che piace») e GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati*, Roma, 1968, 32 («Il guaio si è che nella nostra prassi le massime vengono considerate e adoperate (magari per pigrizia o fretta, ma spesso per una erronea convinzione) come la quintessenza del precedente giudiziale»).

³⁹¹ L’espressione è di MITIDIERO D., *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, in *Revista de Processo*, 2015, 245, 345, il quale la utilizza parlando dei precedenti giurisprudenziali (e richiamando JÚNIOR H. T. – NUNES D. – DE MORAES BAHIA A. G. M. F. – PEDRON F. Q., *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, Rio de Janeiro, 2015, 304-305): «Isso quer dizer que há *dever de debater previamente* a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que há *dever de identificação precisa da identidade ou semelhança* entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente. Essas práticas são essenciais para evitar o risco de o sistema de precedentes se desvair em um sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de “boca da jurisprudência”». A proposito dell’espressione “bocca della legge”, LA TORRE M., *Teorie dell’argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un’approssimazione*, in ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 359, nt. 7 osserva che tale formula «ha tutt’altro significato nella cultura giuridica preilluministica, dove è intesa nel senso di attribuire al giudice la competenza quasi esclusiva di rendere visibile la legge che solo nella decisione giudiziale ha un ‘precipitato’ linguistico». In una simile prospettiva, ci pare, la locuzione “bocca della giurisprudenza” non suona così estranea.

³⁹² Nessuna legge, infatti, «opera ed esiste indipendentemente dalla sua interpretazione e applicazione» (PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, usi, implicazioni*, Milano, 1994, 53, analizzando la teoria dell’argomentazione – e, in questo caso, altresì citando un passaggio del pensiero – di ASCARELLI T., *Certeza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Dir. dell’Economia*, 1956, 124). Di più: ««il diritto non vive senza l’intervento dell’interprete» (BAGAROTTO G., *Tenera è la legge*, cit., 158); e oggi «la formazione dell’ordinamento passa più che mai attraverso l’interpretazione e l’applicazione giurisprudenziale. L’atto legislativo costituisce la fonte della disposizione, ma è l’applicazione giurisprudenziale a produrre la norma, stabilendone il significato. Non c’è legge che non richieda un’interpretazione, sia pure molto semplice, solo letterale» (LATTANZI G., *Il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale*, cit., 1).

³⁹³ ASCARELLI T., *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, 763 («L’interpretazione è e non è il dato interpretato; ne è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica; sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo. Porzia sembra sorriderci per ricordarci che ogni legge è alla fine quale interpretata; ogni legge è quale la fa l’interpretazione che venga accolta e questa interpretazione in realtà ricostruisce la legge e la può fare diversa dalla sua prima intelligenza; la viene trasformando col tempo; la adatta e la modifica; la sviluppa o la riduce al nulla. E in questa interpretazione pur si fanno valere le esigenze e le convinzioni dell’interprete»). Analogamente, in altra sede (ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352), l’Autore scrive ancora che «la norma [*recte*: la disposizione] vive come ‘norma’ solo nel momento nel quale viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l’interpretazione di un testo (o di un comportamento) e cioè in realtà la formulazione (ai fini dell’applicazione) della norma. Questo lavoro, che può sembrare di Sisifo, è il lavoro della stessa applicazione del diritto».

applicarsi: basta pensare alle interpretazioni consolidate, *praeter* e magari *contra legem*, che non hanno certo, nei nostri ordinamenti, il crisma della validità formale»³⁹⁴.

Pragmaticamente, con riferimento al diritto processuale, Alberto Villa scrive: «se voglio conoscere quale disciplina governi una determinata udienza, o cosa devo scrivere in una determinata memoria, devo riferirmi non solo alla descrizione del codice di rito, bensì anche – e soprattutto – alla prassi che scaturisce dall’attività interpretativa dei protagonisti del processo»³⁹⁵.

Altrettanto pragmaticamente, Filippo Sgubbi rileva che persino «per comprendere se il proprio comportamento è lecito o illecito non ci si può affidare esclusivamente alla lettera della legge, ma occorre richiamarsi all’interpretazione del precetto fornita dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale»³⁹⁶.

In breve, bisogna riconoscere che «l’assetto e l’efficacia dei singoli istituti [sostanziali o processuali] dipendono, in larga misura, dai modi della loro concreta applicazione»³⁹⁷, che non è data *a priori*.

Invero, come ricorda Massimo Nobile, «anche il più minuzioso ed esauriente fra i codici non può non lasciare uno spazio di creatività all’interprete»³⁹⁸ e in questo spazio, per quanto qui

³⁹⁴ LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 438. Analogamente, PINO G., *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena, 2014, 54 («Una disposizione (fonte) può essere formalmente valida, e però non essere considerata idonea, da parte degli interpreti e degli organi d’applicazione, a esprimere norme. Si tratta, in altre parole, di “disposizioni senza norme”) e 57. Sul «concetto di diritto “vigente”», v. LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, 144-178 (in part., 163-178). Già in ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 139 (1375b, 20) d’altronde può leggersi che, a livello fattuale, «non fa nessuna differenza non avere una legge o il non farne uso». In quest’ottica, ove «la natura delle circostanze rend[e] insussistente» la disposizione normativa, come sottolinea BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., 110 – cap. XXXII, avviene che «le leggi inutili, disprezzate dagli uomini, comunic[hi]no il loro avvilitamento alle leggi anche più salutari» e in tal modo contribuiscono a disperdere l’autorevolezza – oltre che l’esclusività e la centralità – della legge in seno all’ordinamento.

³⁹⁵ VILLA A., *Interpretazione e norme processuali*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 212. Leggiamo in CORDERO F., *Procedura penale*, cit., 5 che «esistono un diritto libresco e uno vivo, attuato da quanti esercitano i relativi poteri, nell’autonomia privata o in sfere pubbliche: dove gli interessati dissentano sul testo legale, organi giurisdizionali lo interpretano nel caso *de quo*; in ultima analisi il diritto effettivo è quel che i giudici dicono o direbbero, se vi fossero chiamati. Rilievo ovvio, più che mai rispetto alle procedure: valgono fin dove i giudicanti le applichino; a parte le regole nate organicamente, come stile uniforme delle Corti, qualche attrito appare fisiologico; poi, bene o male, mturano gli equilibri; tutto considerato, sono rare le insofferenze acute».

³⁹⁶ SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 42.

³⁹⁷ CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 320.

³⁹⁸ NOBILI M., *La disciplina costituzionale del processo*, cit., 61. Cfr. BERNARDI A., *Nei meandri dell’interpretazione conforme*, cit., XII («L’interpretazione, per quanto legata al dato testuale, implica un ineliminabile “spazio di libertà” concesso agli operatori del diritto e in particolare ai giudici, deputati a tradurre il diritto legislativo in diritto vivente»); BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice*, cit., 203 («Accanto al diritto creato dalla legge, dobbiamo ammettere l’esistenza di un vero e proprio diritto di origine giudiziale, che non coincide con il diritto consuetudinario né da esso [direttamente] deriva»); LAMORGESE A., *L’interpretazione creativa del giudice*, cit., 116 («È ovvio che il potere di fare le leggi spetta al Parlamento (art. 70 Cost.), ma è empiricamente falso affermare che il giudice non crei diritto»); LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 410-413.

d'interesse (ossia, in rapporto al «ruolo cruciale del ‘diritto vivente’»³⁹⁹ e ai suoi riflessi giuristocratici), s’inserisce «la professionalità giurisprudenziale che precisa regole e sistematizza sentenze»⁴⁰⁰.

Lo riassume perfettamente Massimo Cavino, secondo cui «un’osservazione empirica mostra chiaramente la tendenza, [anche] negli ordinamenti di diritto legislativo, al consolidamento spontaneo degli orientamenti giurisprudenziali. [...] La giurisprudenza procede per tentativi, topicamente, verso il riconoscimento di uno dei possibili significati delle disposizioni normative e una volta individuato si consolida intorno a esso. La progressiva formazione di una *communis opinio*, che da sempre caratterizza i sistemi di diritto giurisprudenziale, costituisce pertanto una costante anche del ‘momento giurisprudenziale’ dei sistemi di diritto legislativo. Si tratta del momento nel quale la dinamica e la statica degli ordinamenti giuridici (in senso kelseniano) trovano il proprio equilibrio. La statuizione legislativa che, dinamicamente, produce il diritto positivo vigente si inserisce nella realtà che vuole regolare e in essa viene vissuta fino a quando, staticamente, emerge uno dei possibili significati che essa può esprimere, avvertito come ‘il’ significato della disposizione: quello che, secondo il fraseggio dell’art. 12 preleggi, definiamo significato proprio. Nella realtà degli ordinamenti di diritto legislativo, il diritto vigente (tale perché approvato nel rispetto delle fonti sulla sua produzione) è vissuto fino a divenire diritto vivente»⁴⁰¹.

Al fondo di tutto ciò, come afferma altresì la Cassazione a Sezioni unite (Beschi)⁴⁰², sta «una relazione di tipo concorrenziale» tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale

³⁹⁹ PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., 74. L’Autrice offre poi una panoramica delle «dinamiche ermeneutiche» della giurisprudenza interna e sovranazionale (77-150) e della loro effettiva incidenza. A proposito della “crucialità” del diritto vivente, BAGAROTTO G., *Tenera è la legge*, cit., 21 osserva che «i magistrati, con il loro contributo essenziale nella formazione del diritto vivente, possono interferire con le scelte del legislatore e sulla politica del governo con un peso, in certi momenti storici, rilevante». Rileva la «forza autolegittimante del diritto vivente» GIUNTA F., *Jus legibus solutum*, cit., 3.

⁴⁰⁰ HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 134. Parla di «perfezionamento creativo del testo che [il giudice] interpreta» GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 683, dopo aver affermato – un poco prima – che «la legge è sempre manchevole, non perché sia imperfetta in se stessa, ma perché di fronte all’ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse» (659). Analogamente, evidenzia la «dimensione creativa, molto consistente ma “fisiologica”, di ogni atto interpretativo» VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 121.

⁴⁰¹ CAVINO M., *Diritto vivente*, in *Dig. disc. pen.*, (a cura di) E. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, 2010, 135.

⁴⁰² Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi, ove può leggersi che il giudice, «senza varcare la “linea di rottura” col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima». In questo modo, il giudicante adempie «l’eterno compito spettante alla giurisprudenza nel processo giuridico [che la vede sospesa] tra interpretazione e integrazione» (LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 542, il quale – poco prima [537] – parla di «diritto ‘integrativo’ o ‘complementare’»). Sulla c.d. “legalità integrata”, cfr. AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1428 e 1445-1446; BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 33-34; CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 106; DONINI M., *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale*, cit., 102; FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale*,

significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza»⁴⁰³.

Riguardo a questo «completamento» che – in ogni ramo del diritto⁴⁰⁴ – «la legge subisce nelle sentenze giudiziarie»⁴⁰⁵, si è parlato di «reciproca collaborazione»⁴⁰⁶ (tra potere legislativo e potere giudiziario) e di «simbiosi per la garanzia istituzionale dello Stato di diritto»⁴⁰⁷.

cit., 15; LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto*, cit., 133; LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 373 e 385; MENNA M., *La motivazione*, cit., 20 («Sia l'interpretazione sia l'esercizio della discrezionalità integrativa della fattispecie impongono un'attività di motivazione che, rendendo possibile il controllo endo- ed extra-processuale sui limiti delle due segnalate attività, eviti il trasmodare dell'applicazione delle norme in arbitrio»); NEUMANN U., *Applicazione giuridica*, cit., 56.

⁴⁰³ Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi. È critico rispetto a tale pronuncia, DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 100 («In forza del richiamo all'art. 7 della Convenzione europea, la Cassazione sembra compiere in due balzi il passaggio del Rubicone: non soltanto, per un verso, si predica la sostanziale equivalenza istituzionale tra i formanti della regola di diritto (quello legislativo e quello giurisprudenziale); ma si afferma, per altro verso, che "la legalità" (vale a dire, se intendiamo correttamente, il *principio* di legalità) anche nell'ordinamento costituzionale interno non precede l'interpretazione, ma la segue: ne è, per l'appunto, il prodotto. Il broccardo feuerbachiano sarebbe così finalmente sostituito, rispecchiando la realtà delle cose, da quello *nulla lex poenalis sine interpretatione*, dunque, o – se si preferisce – *nullum crimen sine interpretatione*). Sulla rilevanza del "contesto socio-culturale" ai fini della significanza normativa, v. ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, 1160 («Non tutte le conseguenze [giuridiche e] sociali di una legge sono determinate dalla legge stessa. [...] Ogni legge è una proposta di un certo assetto sociale, ma la direzione della sua azione dipende da molti fattori il cui controllo non è nelle mani del legislatore»). Invero, la considerazione del contesto socio-culturale di riferimento diventa sempre più importante altresì perché la «riconoscibilità della norma» (MANNA A., *Considerazioni introduttive su: "Il principio di legalità tra legislatore e giudice"*, in *Arch. pen.*, 2020, 1), «il diritto vivente, l'approdo giurisprudenziale stabile (Corte cost., sent. n. 120 del 2018), il diritto consolidato (Corte cost., sent. n. 49 del 2015), la prevedibilità della decisione giudiziaria e ora la predittività della decisione stessa, la coerenza in luogo della conformità sono paradigmi legati non più [e non solo] al testo, ma spesso vincolati alle concezioni socialmente dominanti su ciò che è giusto» (SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 26-27).

⁴⁰⁴ Osservano Francesco Palazzo e Francesco Viganò che «il diritto è, specie nel nostro campo [*i.e.* quello penale], assai più della legge» (PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 61). Appunta Roberto Bartoli «come in questa fase storica, anche in ambito penalistico, stiano cadendo molti dogmi, se non addirittura dei veri e propri miti, e uno di questi miti consiste nell'idea di poter *limitare* l'attività interpretativa del giudice esigendo la sua fedeltà al linguaggio testuale utilizzato nella legge. Avallare questo processo di demitizzazione anche con specifico riferimento ai rapporti tra legge e interpretazione non significa, come spesso si è indotti a credere, disintegrare il principio di legalità e rinunciare alla sua funzione di contenimento del potere punitivo esercitata dalle garanzie, ma piuttosto significa ripensare la legalità alla luce della realtà, proprio al fine di rendere le garanzie effettivamente capaci di esplicitare la loro funzione» (BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1770).

⁴⁰⁵ GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 683.

⁴⁰⁶ DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto*, cit., 295-296: «La legge non potendosi più dare al di fuori della sua interpretazione, [viene] infatti meno il tratto antagonistico della relazione tra i due poteri, scavalcato da un rapporto di reciproca collaborazione: in vista della formazione della *norma*, la legge presta il testo e le parole con un'area semantica dal cui nucleo non è possibile esorbitare; la giurisprudenza, pur nel rispetto del suddetto limite invalicabile, li riempie, laddove richiesto e possibile, modellando i significati sulle esigenze che emergono di volta in volta nel confronto con una realtà in perenne evoluzione. Il nucleo di garanzia che va difeso a oltranza perché irrinunciabile (non

Al di là della problematica (*i.e.* la portata per così dire “normativa”, o meno, del mutamento giurisprudenziale) e dell’esito⁴⁰⁸ – negativamente o positivamente criticato e criticabile, a seconda del punto di vista dal quale si legge e si (di)spiega il principio di legalità – cui giungono le Sezioni unite Beschi, preme evidenziare il fatto che si dà per acquisito il fatto che, anche fuori dal giudizio di costituzionalità⁴⁰⁹ (e fatta sempre salva la possibilità di adottare nuove ricostruzioni

consiste più in una netta divisione di poteri, oltretutto da sempre ‘imperfetta’ e oggi quanto mai sfumata, ma) è solo l’obiettivo della *conoscibilità*: del cui conseguimento va fatto carico ormai non soltanto alla legge, bensì alla *norma* penale, quale risultante delle due forze (legge e giurisprudenza)». Sul punto, CAVINO M., *Diritto vivente*, cit., 143 afferma che, «in un contesto nel quale il legislatore non è più padrone del diritto e i giudici non lo sono diventati, ma l’uno e gli altri sono chiamati a prendersi cura dell’ordinamento, l’ambito della legalità legale non si può esaurire nella dimensione della produzione di diritto politico né si può collocare interamente in quella del diritto giurisprudenziale. Essa risulta piuttosto dalla composizione dell’uno con l’altro». Si mostra fortemente critico FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1270 (il quale – riferendosi in particolare alla l. n. 103 del 2017, ma la considerazione ha portata generale – scrive che, «per riprendere forza ed effettività, il diritto vigente è ormai spesso costretto ad allinearsi alla giurisprudenza, a inseguire e ratificare il diritto vivente, a volte maldestramente, come accade con la riforma Orlando. *Cedant leges togae*: in queste parole si potrebbe riassumere il capovolgimento di rapporti tra legislazione e giurisdizione»).

⁴⁰⁷ HIRSCH G., *Verso uno Stato dei giudici?*, cit., 115-116: «Vale la pena riflettere sul perché il legislatore, cioè colui al quale i tribunali negherebbero il rispetto e che detronizzerebbero come signore legittimo dell’ordinamento giuridico per mettersi al suo posto, non protesta contro la affermata “presa di potere” da parte del terzo potere e la conseguente violazione costituzionale o non adotti contromisure. Forse perché legislazione e giurisprudenza convivono d’accordo in una simbiosi per la garanzia istituzionale dello Stato di diritto, il cui rapporto interno non è delimitato staticamente, ma deve adattarsi a situazioni di volta in volta mutate? Occorre essere consapevoli che, in un mondo in continua trasformazione, mutano i compiti assegnati al legislatore e con essi anche il rapporto del primo potere nei confronti del terzo. Le condizioni sociali, tecniche, scientifiche ed economiche si modificano così rapidamente che il legislatore non è sempre in grado di seguirle, e in determinati casi neppure deve. [...] Ogni norma è costantemente immersa nel contesto dei rapporti sociali e delle concezioni politiche sulle quali deve intervenire; il suo contenuto può ed eventualmente deve modificarsi con essi. Quanto più velocemente i rapporti cambiano facendosi più complessi, tanto maggiore è la necessità di un adattamento giudiziale delle norme. Il legislatore odierno concede – volente o nolente – più spazio alla integrazione, all’adattamento e all’evoluzione delle sue leggi attraverso i giudici, della cui competenza tecnica, indipendenza personale e apertura ai principi dello Stato di diritto non è consentito dubitare seriamente. Il diritto dei giudici è il correlato di una mutata cultura legislativa, immanente al nostro Stato di diritto».

⁴⁰⁸ Sulla problematica si è peraltro pronunciata la Corte costituzionale con sentenza n. 230 del 2012 (ripresa poi dalla successiva sentenza n. 25 del 2019). La Consulta ha negato la vincolatività (*i.e.* la “portata normativa”) dell’orientamento giurisprudenziale. Il giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), ha la facoltà ma non l’obbligo di attenersi all’indirizzo giurisprudenziale consolidato. La Consulta si è così discostata dall’indirizzo «costante di Strasburgo, [secondo cui] l’esame del diritto c.d. “vivente” ha un ruolo decisivo nella valutazione della sussistenza di una base legale e, pertanto, un improvviso *revirement* giurisprudenziale (soprattutto se di una giurisdizione superiore) implica una violazione del principio di legalità al pari di una riforma legislativa retroattiva» (MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013. Più recentemente, dello stesso Autore, v. MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 205 ss. e 255 ss., nonché MAZZACUVA F., *La Corte europea ritorna sul “principio di prevedibilità” del diritto penale tra irretroattività, retroattività della lex mitior e prééminence du droit*, in www.sistemapenale.it, 20 febbraio 2020).

⁴⁰⁹ Per una lettura della «*vexata quaestio* [*i.e.* se la giurisprudenza possa essere considerata vera e propria fonte del diritto in un ordinamento in cui, per espresso vincolo costituzionale, il giudice è soggetto “solo” alla legge] dalla prospettiva della Corte costituzionale, le cui decisioni mostrano – al di là delle dichiarazioni di principio – di prendere assai sul serio il diritto giurisprudenziale, sia esso rappresentato dai *propri* precedenti, ovvero dal c.d. “diritto vivente”, espresso dalla *giurisprudenza comune*, o ancora dagli *orientamenti interpretativi delle Corti europee*», v. VIGANÒ F., *Il*

interpretative: arg. ex art. 101, co. 2 Cost.), le norme siano da considerare per come vengono «applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci»⁴¹⁰.

C'è la legge, che è ogni volta di nuovo da interpretare prima di essere applicata. Ma, anche soltanto per “economia processuale”, non si parte (quasi) mai e comunque non solo⁴¹¹ dal testo

diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale, in www.sistemapenale.it, 19 gennaio 2021. Sul tema, fondamentale il richiamo a PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, cit.

⁴¹⁰ Corte cost., 23 giugno 1956, n. 3. Relativamente alla c.d. “dottrina del diritto vivente”, LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 474 scrive che quest'ultima «fa sì che l'interpretazione della Corte costituzionale non possa sostituirsi violentemente a quella (sia pur sempre provvisoriamente, come si è osservato) già consolidatasi nelle aule di giustizia, ma debba rispettare quello che potremmo chiamare *acquis interprétatif* già maturatosi nell'ordinamento»; rivelandosi, in tal senso, un fattore che potremmo definire di stabilizzazione giuridico-ordinamentale: «non basta l'essere tutelat[i] dall'arbitrio e dalla violenza dei privati; occorre [altresì] che non vi siano contraddizioni nell'attività pubblica» (LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 570). Avuto riguardo al giudizio costituzionale e alla stabilità garantita dal diritto vivente, PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., 180 osserva che, «in casi di incertezze interpretative derivanti da una formulazione indeterminata dei testi legislativi la Corte costituzionale adotta di solito una di queste tre soluzioni: a) se si è formata una serie consolidata di interpretazioni giurisprudenziali (un diritto vivente), la Corte raccomanda al giudice di verificare non se *la disposizione in sé* sia indeterminata, ma se la disposizione *come interpretata dalla prevalente giurisprudenza* sia ancora indeterminata; se il diritto vivente consente di chiarire un testo che nella sua originaria formulazione era confuso, indeterminato ecc., allora la questione è risolta, il problema di indeterminatezza è superato in via interpretativa e giurisprudenziale; b) se invece non si è ancora formato un diritto vivente sulla questione, la Corte prova a dare indicazioni ai giudici ordinari su come interpretare in senso costituzionalmente conforme la disposizione dubbia; c) se, infine, si è formato un diritto vivente che sotto il profilo della determinatezza, o anche sotto altro profilo, la Corte costituzionale considera contrario alla Costituzione (talvolta perché i giudici ordinari o la Cassazione hanno disatteso un'interpretazione precedentemente proposta dalla Corte), la Corte dichiara l'incostituzionalità del diritto vivente stesso (precisamente: della disposizione così come interpretata dalla giurisprudenza ecc.)». Peraltro, come rileva CAVINO M., *Diritto vivente*, cit., 143-144, questo «modo di procedere per tentativi del diritto vivente ha consentito il recupero della legalità legale accanto alla legalità costituzionale: se infatti non è prevedibile il contenuto della sentenza del singolo giudice e se la singola sentenza non vale a garantire dall'arbitrio potendo essa stessa discendere da una decisione arbitraria, la spontanea formazione di un orientamento giurisprudenziale mostra il raggiungimento di un punto di equilibrio tra *tutte* le componenti del sistema». E ciò ci sembra viepiù meritevole e da apprezzare se si considerano le due seguenti ‘garanzie’: i) da un punto di vista oggettivo, «una successione di decisioni giudiziarie arbitrarie, pur orientate nello stesso senso, non potrebbe produrre diritto vivente perché non sarebbe tollerata, perché non garantirebbe la certezza del diritto nel senso da ultimo precisato [*i.e.* il raggiungimento di un punto di equilibrio tra tutte le componenti del sistema]» (CAVINO M., *Diritto vivente*, cit., 144); ii) in ogni caso, resterebbe comunque ferma la possibilità di intervento da parte del legislatore (es. con lo strumento dell'interpretazione autentica).

⁴¹¹ Il codice è sul banco (dell'aula o dello studio) oppure sulla cattedra. La disposizione di legge viene letta, ma l'approfondimento testuale è arricchito, fino a esserne – alle volte, persino – sostituito, dalla massima giurisprudenziale o dalla ricostruzione dottrinale concernente quella previsione normativa. Non corrisponde più alla realtà l'immagine dell'«interprete (giudice o studioso) solo di fronte al testo della legge, [che] sostanzialmente risolve i casi difficili sulla base di propri itinerari argomentativi, che neppure si confrontano con le *regulae iuris* elaborate nel frattempo dalla giurisprudenza e che orientano in maniera decisiva i comportamenti degli attori della giustizia penale: pubblici ministeri, avvocati, giudici. [...] Ai fini della prassi, il “diritto vigente” non si reperisce soltanto sui codici, ma anche e in primo luogo sui commentari e – oggi – sulle banche dati della giurisprudenza, che soli sono in grado di restituire le “regole” già sviluppate e applicate per molte sottoclassi di ipotesi, o “sotto-fattispecie”, di fatto ricondotte o non ricondotte alle fattispecie normative da atti interpretativi compiuti nel passato dai giudici, in specie da quelli più autorevoli» (VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 7).

legislativo nella sua ‘purezza’, giacché la disposizione la si apprezza piuttosto per come ha vissuto e per come «vive nella realtà concreta»⁴¹² (c.d. «legalità effettuale»⁴¹³).

Questo dato-presupposto, oltre a ribadire il margine di opinabilità interpretativa caratterizzante le previsioni normative⁴¹⁴, mette in luce l'accennata distinzione tra “diritto vigente” e “diritto vivente”. Una distinzione che Luigi Ferrajoli sintetizza nei seguenti termini: «mentre il diritto vigente è (e deve essere) interamente prodotto dal legislatore, il diritto vivente è (non potendo non essere) interamente di produzione giurisprudenziale e, più in generale, di produzione operativa. È diritto vigente quello creato dalla legislazione e destinato a essere applicato nella pratica operativa. È diritto vivente quello prodotto dai giudici mediante pronunce giustificate, o motivate o argomentate, quali applicazioni del diritto vigente preesistente»⁴¹⁵.

⁴¹² Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 198.

⁴¹³ CANZIO G., *Corte di cassazione e principio di legalità*, cit., 426; DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 117; FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., 11; PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 4.

⁴¹⁴ VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 3: «Qualsiasi applicazione di una norma al caso concreto da parte di un soggetto a ciò abilitato – il giudice, un'autorità amministrativa, un arbitro ecc. – presuppone la previa interpretazione, e dunque una previa attribuzione di significato alla stessa: operazione, questa, necessaria per determinare se la norma sia pertinente al caso concreto, e dunque se possa essere utilizzata come criterio per la sua decisione». L'Autore precisa, tuttavia, di «rest[are] convinto non solo che l'attività dell'interprete incontri un limite nel testo (con conseguente necessità di riconoscere tale limite nell'atto stesso dell'interpretazione), ma anche che chi applica quotidianamente le norme si confronta, in gran parte, con casi facili, che non pongono particolari problemi di interpretazione» (4), giacché «è solo rispetto a casi come questi – i classici *hard cases* su cui già Hart richiamava l'attenzione – che la distinzione tra interpretazione e applicazione della norma diviene particolarmente rilevante» (5).

⁴¹⁵ FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 12-13, il quale così prosegue: «Di qui i diversi criteri di legittimazione dei due diritti: l'“autorità” politica, cioè la creazione legislativa di nuovo diritto vigente, quale innovazione e trasformazione del sistema giuridico (*authoritas non veritas facit legem*); la “verità” processuale, cioè l'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto dell'applicazione giurisdizionale, quale dizione del diritto vivente (*veritas non auctoritas facit iudicium*). È questo il senso e la valenza garantista della separazione dei poteri: né il legislatore può produrre diritto vivente; né il giudice può produrre diritto vigente». Sul punto, *ex plurimis*: BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 34-35; CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, cit., 125-126 («Anch'io accetto di distinguere, anzi insisto che si debba distinguere, fra norma legislativa e pronuncia giurisdizionale, anche se preciso però che tale distinzione è essenziale sul piano della *forma* dell'atto ma non su quello della *creatività del suo contenuto*, posto che in una concezione realistica del diritto, concezione che rifiuta l'identificazione semplicistica del diritto con la legge, anche la pronuncia giurisdizionale, lungi dall'essere mera, inanimata, passiva, meccanica e non creativa *dictio* della legge, partecipa del grande fenomeno della produzione e della evoluzione del diritto»); DINACCI F. R., *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 10 (il quale, poco più avanti, osserva che oggi – alla luce dell'«espansione *extra ordinem* del potere giudiziario» [13], dovuta tra l'altro anche alla struttura multilivello dell'ordinamento – accade che «il diritto vivente, che dovrebbe essere la fedele riproduzione del diritto vigente, si affranchi da quest'ultimo, pervenendo addirittura a sostituirlo» [14]); DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 16 («Il diritto giurisprudenziale è quello che si definisce, stabilisce, organizza e consolida nelle sentenze di ogni grado di giurisdizione, ma soprattutto quello che si consolida in indirizzi interpretativi ripetuti, tanto più rilevanti se collocato nei gradi superiori, perché è lì che esso comincia a cristallizzarsi come giurisprudenza-fonte. In *civil law*, peraltro, dove non vige (o è ben diverso) lo *stare decisis*, sono massime e sentenze, più che *precedents* i casi che lo formano. Finché questo “diritto” rimane liberamente valutabile e derogabile da altri giudicanti, esso esprime una dottrina giurisprudenziale, in quanto sia realmente motivato e non meramente deciso con richiami autoritativi a superiori e precedenti statuizioni»); LATTANZI G., *Il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale*, cit., 2; MAZZACUVA N., *Opinione a confronto. “Tra analogia e interpretazione*

Oramai pacificamente ammessa⁴¹⁶ – e da tempo⁴¹⁷ – la categoria del c.d. «diritto vivente»⁴¹⁸, sono i rapporti tra principio di legalità (legale)⁴¹⁹ e «funzione costruttiva»⁴²⁰ della «mediazione

estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza”, in *Criminalia*, 2010, 367; PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, cit., 18 e 414; RUGGERI A., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, in *Consulta online*, 26 ottobre 2012, 4. Criticamente, fra gli altri: FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1271-1272; INSOLERA G., *Il contesto e l’interpretazione della legge penale nell’epoca dei giudici: il ruolo delle giurisdizioni europee*, in AA. VV., *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 122-123; VALENTINI V., *Giustizia Penale e Diritto Sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in AA. VV., *Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 167.

⁴¹⁶ Ammessa nell’*an*, la categoria del c.d. “diritto vivente” resta problematica sul piano – potremmo dire – del *quantum*. Rimane infatti problematico rispondere alla domanda “a quale livello di consolidamento deve giungere un orientamento giurisprudenziale per essere considerato diritto vivente?”. A tal proposito, è tuttora valida la ricostruzione proposta da CAVINO M., *Diritto vivente*, cit., 138-139, il quale rammenta che «a questo interrogativo la dottrina costituzionalistica ha risposto secondo due differenti impostazioni. Per la prima [a]) si può parlare di un orientamento capace di produrre diritto vivente dopo una serie di decisioni conformi, a prescindere dall’autorità che le ha pronunciate: non si attribuisce cioè particolare importanza al grado giurisprudenziale dell’interprete, importando piuttosto il grado di adesione a una certa scelta ermeneutica. La seconda [b]) attribuisce viceversa un valore centrale alla giurisprudenza delle magistrature supreme, ritenendo che solo dopo che queste si sono attestate su posizioni stabili, anche interagendo con i giudici di livello inferiore, si possa distinguere una regola di diritto vivente». Sul punto, ci limitiamo a rilevare che, a oggi, la soluzione che tra le due sembra maggiormente condivisibile è la seconda (*i.e.* [b]), giacché – rispetto alla prima (*i.e.* [a]), che peraltro rischia di perdersi nel paradosso del sorite (v. DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., 17: «Come è impossibile stabilire “quanti chicchi fanno un mucchio”, così sarebbe difficile stabilire “quante sentenze fanno un orientamento consolidato”») – è maggiormente in grado di conformarsi al sistema grad(u)ato delle impugnazioni, alla funzione nomofilattica della Cassazione, nonché, da ultimo, alla presenza e alle conseguenze derivanti da disposizioni quali l’art. 99, co. 3 c.p.a., 374, co. 3 c.p.c. e 618, co. 1-*bis* c.p.p. Continuando tuttavia a domandarsi se sia meglio che il diritto vivente si consolidi in virtù di una «giurisprudenza ‘apicale’» piuttosto che di una «giurisprudenza ‘per sommatoria’» (CONSULICH F., *Così è (se vi pare)*, cit., 6-7), è opportuno confrontarsi anche con le parole spese dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015, relativamente alla presenza di “indici sintomatici” in grado di rilevare l’esistenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato a livello europeo: «La nozione stessa di giurisprudenza consolidata trova riconoscimento nell’art. 28 della CEDU, a riprova che, anche nell’ambito di quest’ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un «well-established case-law» che «normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber», salvo il caso eccezionale su questione di principio, «particularly when the Grand Chamber has rendered it» (così le spiegazioni all’art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l’art. 28 della CEDU). Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, *vi sono senza dubbio indici idonei a orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano*. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto a una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse

possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sent. n. 80 del 2011). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter "prescindere" (*ex plurimis*, sent. n. 303 del 2011), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (*ex plurimis*, sent. n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte».

⁴¹⁷ In merito al "diritto vivente" – espressione che Filippo Sgubbi attribuisce a EHRlich E., *L'analisi del diritto vivente*, Bologna, 1963 (SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 26, nt. 5), mentre Federico Roselli la riporta «almeno a una prolusione svolta nel 1876 a Roma da FRANCESCO FILOMUSI GUELFi, *Del concetto della Enciclopedia del diritto*, in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1949, 159» (ROSELLI F., *Sentenze creative?*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 2005, 2, 18) – Andrea Pugiotto afferma che la «prima riflessione su diritto vivente e sindacato di costituzionalità» è quella di ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 358, al quale «va additata la prima elaborazione dottrinale della teorica del diritto vivente» (PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, cit., 32-41 [nonché, specificamente sulla teoria ascarelliana: 42-66; ma v. *amplius* 17-142 [sulla genesi del diritto vivente] e 265-319 [sulle possibili matrici del diritto vivente]). Rilevata tale "genesì", l'Autore osserva in ogni caso che, «rimasta inalterata la *ratio* di fondo, la dottrina del diritto vivente si è però, nel tempo, largamente emancipata dall'originaria formulazione ascarelliana» [261]).

⁴¹⁸ Corte cost., 11 dicembre 1974, n. 276, sentenza nella quale si utilizza per la prima volta l'espressione "diritto vivente" (invero già deducibile – v. PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., 74 – dal riferimento, in Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 198, alla norma «come vive nella realtà concreta»; se non addirittura «presente al giudice delle leggi fin dai suoi esordi», come sostiene PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, cit., 352[-355]). In materia, v. altresì: CAVINO M., *Diritto vivente*, cit., 135 («Nell'ambito del diritto costituzionale italiano essa [i.e. l'espressione "diritto vivente"] è stata assunta nel significato attribuitole dalla Corte costituzionale che con essa definisce il consolidarsi dell'interpretazione di un testo legislativo a opera di un costante orientamento giurisprudenziale. Quel che noi chiamiamo diritto vivente non rappresenta, però, una specificità dell'ordinamento italiano ma costituisce piuttosto un formante degli ordinamenti giuridici di *civil law* anche quando non sia stato oggetto di una esplicita verbalizzazione»); FURFARO S., *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, cit., 97; MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 141 ss.; ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, cit., 1148 ss.; ZANCHETTA P. L., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)* (1999), in *Quest. giust.*, 2016, 4, 85.

⁴¹⁹ Ritiene che il «diritto 'vigente' [sia] sempre più suddito di quello 'vivente'» FERRUA P., *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 5. L'Autore sostiene che tale fenomeno sia altresì dovuto, da un lato, alla «decadenza del linguaggio legislativo, sempre più oscuro, approssimativo, a volte contraddittorio e indecifrabile; dall'altro, al proliferare delle interpretazioni 'creative', che superano la cornice dei significati ragionevolmente ascrivibili a un testo. Con la differenza che, mentre la disfunzione del linguaggio legislativo è, per così dire, palese, sotto gli occhi di tutti, il fenomeno dell'interpretazione creativa è assai più insidioso: pur risolvendosi di fatto in un'invasione nella sfera del potere legislativo, non si presenta mai come tale, ma si nasconde, per l'appunto, sotto la maschera del libero convincimento, di una legittima interpretazione; nessun giudice, infatti, ammetterà mai, motivando una sentenza, di dar vita a una nuova disposizione che prescinde dal diritto vigente. Sono fenomeni intrecciati, perché, se l'oscurità della legge spiana la via a interpretazioni inevitabilmente creative per il fatto stesso di trovare scarsi appoggi testuali, è altrettanto vero che le interpretazioni creative, a loro volta, esercitano un effetto depressivo sul legislatore; il quale avverte come vana la ricerca della chiarezza ed è indotto a rinviare alla giurisprudenza la definizione del diritto applicabile, o lasciando a bella posta vago e indeterminato il senso delle disposizioni o limitandosi a recepire gli innovativi indirizzi giurisprudenziali. Si realizza così una paradossale inversione del fisiologico rapporto tra il diritto 'vigente', prodotto dal legislatore e il diritto 'vivente' espresso dalla giurisprudenza. Il diritto 'vivente', che dovrebbe essere, nella singola controversia, la fedele traduzione del diritto vigente, si svincola dalla legge; al punto che, sempre più spesso, è il diritto vigente a trarre ispirazione, plagiandolo, dal diritto vivente» (11).

⁴²⁰ Sottolinea la «funzione costruttiva» della giurisprudenza DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 100 (per il quale «la distinzione tra disposizione e norma è la *premessa tecnica* per riconoscere al giudice una funzione di costruttore del diritto»). Analogamente: ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., *passim*. [es. 34; 73; 131-132]; HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 220; IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 918). Mette in evidenza «il ruolo con-costitutivo della legalità attualmente riconosciuto al diritto giurisprudenziale» MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 25 (similmente: CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L.

accertativa della giurisprudenza»⁴²¹ a essere incessantemente definiti e ridefiniti, con posizioni alle volte più (v. Sez. un. Beschi [18288/2010]; Sez. un. Alacev [16453/2011]; ecc.) e altre volte meno (v. Corte cost., sentt. n. 230 del 2012, n. 24 del 2017, 115 del 2018, 24 e 25 del 2019 ecc.) aperte e generose nei confronti della componente creativa dell'intervento giurisdizionale.

Nel complesso, in ogni caso, si registra un progressivo «spostamento dell'asse della legalità dalla legge alla giurisprudenza»⁴²².

Conseguentemente, da una parte, mutano i connotati della c.d. “legalità legale” (v. *infra*, cap. II). In una «realistica visione del principio di legalità»⁴²³, emergono nuovi tratti caratteristici di tale principio – tratti, si badi, non sostitutivi dei caratteri tradizionali (artt. 25 e 111 Cost.), ma a questi supplementari⁴²⁴ – come l'accessibilità/conoscibilità (accessibility) del precetto e la prevedibilità (foreseeability) della decisione sanzionatoria (art. 7 CEDU; art. 49 CDFUE)⁴²⁵.

– NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 68 e 78). Ricorre all'espressione «legislazione interstiziale» riferendosi al diritto giurisprudenziale GUASTINI R., *Saggi scettici sull'interpretazione*, cit., 154.

⁴²¹ Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi.

⁴²² FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1273, il quale – criticamente – afferma ancora che questo spostamento dell'asse della legalità dalla legge alla giurisprudenza non è privo di conseguenze sull'assetto dell'istituzione giudiziaria, all'interno della quale – tra l'altro – si rafforza «l'esigenza di attribuire ai vertici della magistratura e, in particolare, alle Sezioni unite un potere di interpretazione vincolante analogo a quello riconosciuto alla Corte europea» (v. art. 618, co. 1-bis c.p.p.; nonché, in ambito civile e amministrativo: artt. 374, co. 3 c.p.c. e 99, co. 3 c.p.a.). All'opposto, si esprime in un'ottica positiva CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 1-2, il quale parla di «bisogno di riforme incisive, che configurino un'autentica “Corte del precedente”, in luogo di una mera “Corte della revisione”», dovendo individuarsi nella nomofilachia (“dinamica” e non più “verticale”, ma “orizzontale”, “circolare” e “cettuale”, con l'apporto altresì della dottrina [6]) «l'antidoto più forte all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica postmoderna».

⁴²³ Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi. Richiama a una «epistemologia realista» (cioè a un «realismo del comprendere' [che] non ha niente a che vedere con il realismo politico, con la *Realpolitik* o con la ragion di stato» [332]) PAPA M., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in AA.VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, (a cura di) G. CONTE – S. LANDINI, Mantova, 2017, I, 332-333, il quale ricorda che occorre «addentrarsi nella dimensione concreta dell'esperienza [che] disorienta; rintracciare le complesse condizioni di contesto che determinano l'uso del potere di punire [per quanto sia] faticoso; progettare, senza l'accompagnamento di condivise litanie, nuovi e veramente efficaci strumenti di garanzia», poiché «solo sposando un'epistemologia realista, e cioè impegnandosi nell'esplorare la dimensione fattuale dell'esperienza giuridica e nel riflettere sui modi per rappresentarla, è possibile elaborare strumenti di intervento capaci di gestire la questione criminale oggi», attraverso una «analisi più dettagliata e una comprensione più profonda» (334).

⁴²⁴ Ferma restando la clausola di irriducibilità – *recte*: di massima espansione (v. Corte cost., sent. 311 del 2009; v. artt. 52 § 3 CDFUE e 53 CEDU) – delle garanzie e dei diritti di cui il principio di legalità si fa portatore.

⁴²⁵ *Ex plurimis*: Cass., Sez. un., 12 settembre 2012, n. 34952; Corte EDU, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, § 49; CGCE, 12 novembre 1981, S.r.l. Meridionale Industria Salumi e altri, § 10; Corte EDU, 24 aprile 1990, Krusiln c. Francia; Corte EDU, 25 marzo 1993, Kokkinakis c. Grecia, § 52; Corte EDU, 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia, § 29; Corte EDU, 22 ottobre 1996, Stubbings e altri c. Regno Unito, § 51; CGCE, 15 febbraio 1996, Duff e altri, § 20; Corte EDU, 29 marzo 2006, Achour c. Francia, § 54; Corte EDU, 12 aprile 2006, Martinie c. Francia, § 54; Corte EDU, 2 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, § 141; Corte EDU, 8 dicembre 2009, Previti c. Italia; Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, § 91; Corte EDU, 14 marzo 2013, Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia, § 77; Corte EDU, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 79; Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, § 60 (« La loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le

Dall'altra parte, il c.d. “diritto vivente” – che integra, *de facto*, l'ordinamento legale⁴²⁶ – permette di apprezzare un profilo ancora ulteriore del protagonismo giudiziale, laddove «rende più

justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef »); Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, § 107; Corte EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, § 242; Corte EDU, 31 dicembre 2019, Parmak e Bakir c. Turchia. Dalla prevedibilità dell'attività decisoria del giudice, peraltro, «dipende altresì la prevedibilità delle decisioni di tutti gli altri organi deputati al *law enforcement* (polizia e pubblici ministeri *in primis*), la cui attività è in grado di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo ben prima dell'intervento del giudice (di cognizione) che definisce il processo» (VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 3). La prevedibilità viene in gran parte assicurata attraverso la formazione di “precedenti”, utili a orientare il comportamento di tutti gli operatori giuridici, oltre che della collettività (prima destinataria della previsione normativa). Sul punto, v./cfr.: BASSI A., *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 83; BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 203; BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., 516; BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, cit., 83; CADOPPI A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, 24; CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim.*; CANZIO G., *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in www.discrimen.it, 16 marzo 2020; CONDORELLI M. – PRESSACCO L., *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 122; CONSULICH F., *Così è (se vi pare)*, cit., 43; DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2017, 40-41; DE FELICE M., *Su probabilità, “precedente” e calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1546 ss.; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 299-300; DONINI M., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 4; FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1273; FIDELBO G., *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 gennaio 2018; FLICK G. M., *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cass. pen.*, 2019, 2402; FURFARO S., *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, cit., 101; GARGANI A., *Verso una “democrazia giudiziaria”?*, cit., 121; GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005; LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice*, cit., 122-123; LUPO E., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 916-919 e 929-931; MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*, cit., 27; PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 7 e 11; PALAZZO F., *Un limite o un sostegno per le procure della Repubblica?*, in www.sistemapenale.it, 7 ottobre 2020; PALMA A. U., *Il progressivo ampliamento dei poteri interpretativi del giudice: un vulnus a libertà e garanzie?*, in *Giust. pen.*, 2016, 158; PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 71; PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., 205-222; PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 227-228 e 230; PULITANÒ D., *Corti europee e Corti nazionali fra legalità e prevedibilità*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 162-163; PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, cit., 9-10; RUGGERI A., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, cit., 4; SCODITTI E., *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 139; TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 32-33; VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 17; VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 16-17; VOGLIOTTI M., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisprudizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 59 ss.; VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 417. Ci si confronti altresì, per trarne spunti e considerazioni in questa direzione, con l'idea di “derivabilità debole” discendente da una delle accezioni applicative del «test di congruenza» di Neil MacCormick, secondo cui «la congruenza, se interpretata in senso negativo, impone ai giudici un vincolo reale e importante. Non è permesso ai giudici nella loro funzione giudicante di emanare una sentenza o decisione, per quanto desiderabile ciò possa essere in ragione di altri criteri, salvo che, mediante il test di congruenza, la sentenza o la decisione sia per lo meno “debolmente derivabile” dal diritto esistente» (MACCORMICK N., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in MACCORMICK N. – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1990, 349).

⁴²⁶ Breve: «il diritto vivente consente una considerazione complessiva e integrata dell'ordinamento, al completo dei formanti legale e giurisprudenziale» (CASTRONUOVO D., *Crisi della fattispecie e “nullum crimen”*, cit., 97).

che mai chiara la natura della decisione del giudice, della sentenza quale atto di produzione, di creazione giuridica di una norma concreta»⁴²⁷.

Il giudice, che non si riduce a «mero burocrate»⁴²⁸ (non a caso è stata proposta «l'immagine provocatoria del “burocrate creativo”»⁴²⁹), guadagna progressivamente terreno; e lo guadagna soprattutto in un «sistema ordinamentale [che] risulta oggi modulato su schemi di produzione normativa decisamente fluidi» (v. *infra*, § II.5), che favoriscono il “diritto vivente” e gli consentono di «giocare un ruolo sempre più significativo [...] divenendo non di rado decisamente eclettico, se non [per l'appunto] creativo»⁴³⁰.

Ora, considerato che in alcuni casi – anche in materia penale – le ricostruzioni giudiziali si mostrano impropriamente «sbilanciate verso la costruzione di nuove norme, al punto da riscrivere di fatto, quale conseguenza indiretta, la stessa disposizione»⁴³¹, per scongiurare che ciò accada o

⁴²⁷ BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, cit., 51 (la quale fa in particolare riferimento al «momento del distacco dal precedente»; ma, a nostro parere, la portata dell'affermazione ha valenza generale e non limitata a questa specifica ipotesi). Parla di «un giudice, dunque, non più mero corifeo ma deuteragonista del legislatore» MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*, cit., 5, per il quale – davanti al giudice, appunto – si è al cospetto di «un “rapsodo” o forse un *bricoleur*, che deve procedere a sovrapposizioni, intarsi e *découpage* della “disposizione” per trarne la “norma”, frutto di un *work in progress* sempre più distante dalla “mineralogia” del *Tatbestand*».

⁴²⁸ RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 40.

⁴²⁹ GIUNTA F., *Nota introduttiva. “Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale”*, in *Criminalia*, 2016, 157. Questa rappresentazione, spiega l'Autore, «vuole essere un sasso lanciato nelle acque limacciose e lacustri di una lettura sovente acritica, se non apologetica, del diritto vivente, fermo restando il valore imprescindibile della giurisdizione e della magistratura, *condiciones sine quibus non* di giustizia e pace sociale».

⁴³⁰ BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, cit., 377-378. A tratti, sembra risuonare – sia pure *mutatis mutandis* – la celebre considerazione pratica (*recte*: di realismo giuridico) del giudice Oliver Wendell Holmes Jr., secondo cui «the prophecies of what the Courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law» (HOLMES O. W., *The Path of the Law* (1897), Massachusetts, 2006, 9).

⁴³¹ DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 36. In senso analogo: AMARELLI G., *Legge penale e giudice*, cit., 405; BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 157 (il quale distingue tra «tipo criminoso legale» e «tipo criminoso giurisprudenziale»); BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 196; CADOPPI A., *Interpretazione e precedente da Beccaria ai giorni nostri*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, cit., 70 («In buona parte, le nostre Corti contribuiscono a creare fattispecie penali: non lo riconoscono mai, dicono che nell'ambito del testo ci può stare anche un allargamento, però sostanzialmente lo fanno. Quindi anche il *casus omissus* viene inventato dalle Corti, e non solo risolto il *casus dubius*»); MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*, cit., 7-8 (il quale parla di un creazionismo giudiziario “fatto passare” come «surrettizio *declaratory power*»: un atteggiamento «che non è solo antagonismo alla legge, ma ribellione alla Costituzione; frutto di autoritarismo, in definitiva, ancorché “ben intenzionato”»); PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 17. Per esemplificare sulla “ri-scrittura” delle disposizioni, si pensi (prescindendo – in quest'occasione – da valutazioni critiche al riguardo), alle seguenti «“norme generali vigenti” create dai giudici e “definizioni vigenti” formulate da essi» (per utilizzare il lessico di BULYGIN E., *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, cit., 309): causalità, concorso esterno, concussione ambientale, disastro, dolo eventuale e colpa cosciente, eco-delitti, falso in bilancio, getto di onde elettromagnetiche, infortunio professionale, procedimento *de societate*, derubricazione delle invalidità, effettivo pregiudizio (o lesività) delle nullità, prova di resistenza, abuso del processo, abnormità, inesistenza ecc. ecc. ecc.

porvi rimedio (es. tramite l'impugnazione) è necessario individuare procedure e forme di tutela in grado di riallineare l'equilibrato esercizio dei poteri dello Stato.

In particolare, affinché la giurisprudenza resti custode – tutt'al più formante – e non fonte del *nomos*⁴³², è fondamentale immaginare nuovi meccanismi operativi oppure valorizzare e implementare gli strumenti e gli istituti di garanzia già esistenti.

È auspicabile, anzitutto, che il legislatore – espressione della volontà popolare (Corte cost., sentt. n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989) – utilizzi un linguaggio chiaro, preciso e determinato nella formulazione della fattispecie legale, in modo tale che quest'ultima sia effettivamente vincolante e possa parlarsi realisticamente di soggezione alla legge da parte del giudice.

In quest'ottica, ammettere che la giurisprudenza svolge un «ruolo *con-formativo* del precetto [...] non significa affermare che ogni vizio *genetico* di imprecisione della disposizione legislativa sia sempre destinato a essere sanato a opera della successiva concretizzazione 'normativa'» dell'autorità giudicante⁴³³, poiché resta comunque salva la declaratoria di illegittimità costituzionale per indeterminatezza⁴³⁴ o irragionevolezza⁴³⁵ della disposizione; nonché, in alternativa, la

⁴³² La più o meno ampia creatività giurisprudenziale non rende la giurisprudenza fonte del *nomos*, ma custode – e tutt'al più formante – di quest'ultimo, perché il *nomos* rappresenta qualcosa di già posto: il punto di partenza del ragionamento giudiziale e, a ben vedere, anche di arrivo (giacché il giudice ritorna, dopo averla interpretata, alla disposizione, per applicarla). Il giudice, qualunque sia il "tipo" di intervento che interpretativamente/argomentativamente opera sulla disposizione, non crea *ex novo* ma integra, modula, perfeziona *ex post* qualcosa di esistente e di precedentemente posto – *recte*: considerata la qualità dell'odierna legislazione, verrebbe da dire mal-posto – dalla legge (o da altra fonte *sub/para-legislativa*). Rimangono dunque ferme «la differenza e la separazione tra legislazione e giurisdizione, tra diritto vigente e diritto vivente, tra lingua e linguaggio del diritto», mantenendosi valida – a livello ordinamentale – la distinzione di poteri e di funzioni tale per cui «né la giurisdizione può creare la lingua del diritto, cioè il diritto vigente, né la legislazione può produrre il linguaggio del diritto, cioè il diritto vivente» (FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 20). Sul tema, v./cfr.: Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230; DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 119; DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 107-108; LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 562 («Il riconoscimento del diritto giurisprudenziale porta certo a un allargamento ricco di significato della visione del diritto positivo, ma si rimane pur sempre nell'orbita della positività»); PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 36-39; PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, cit.; RUGGERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *Consulta online*, 16 ottobre 2012; SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 1 ss. e 343 ss.

⁴³³ VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 12 e 40.

⁴³⁴ V. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327. Sulla "determinatezza" si richiama il contributo, tuttora imprescindibile, di PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, *passim*. Criticamente, sulla cautela della Corte costituzionale nel dichiarare costituzionalmente illegittime le fattispecie incriminatrici per via della loro indeterminatezza: CASTRONUOVO D., *Crisi della fattispecie e "nullum crimen"*, cit., 95; GIUNTA F., *Nota introduttiva. "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, cit., 158; PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 6 («Ma non è solo il legislatore che tradisce la legalità della legge, la legalità *in the books*. Anche la Corte costituzionale ha contribuito all'impoverimento di questa legalità rispetto alla potenziale capacità espansiva del principio. [...] Notissima è la ritrosia della Corte a dichiarare l'incostituzionalità delle norme penali per insufficiente loro determinatezza»); PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 33 («Sulla determinatezza delle fattispecie il sindacato della Corte costituzionale è andato molto (troppo?) cauto»).

possibilità di ripiegare su altre possibili soluzioni⁴³⁶: quali, ad esempio, la valorizzazione – (anche) nella prospettiva *de qua* – del *favor rei*⁴³⁷ o della scusante *ex art. 5* (e art. 47) c.p.⁴³⁸.

⁴³⁵ Cfr. BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1791 e NADIA LA ROCCA E. – GAITO A., *Il “controlimite” della tutela dei diritti processuali dell’imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 11.

⁴³⁶ Cfr. MAIELLO V., *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 142, il quale – riprendendo «l’auspicio formulato circa trent’anni fa da Franco Bricola» – propone «di introdurre nel nostro ordinamento una forma di *recurso de amparo* volto a neutralizzare gli effetti di clamorose violazioni *in malam partem* della legalità», precisando che si tratta di un rimedio comunque «sperimentabile in casi assai delimitati».

⁴³⁷ CATERINI M., *Il ruolo “politico” del giudice penale*, cit., 516-517: «Il *favor rei* dovrebbe essere utilizzato alla stregua di un principio generale dell’ordinamento per risolvere quei casi di ragionevole dubbio sull’esatto significato di una norma penale che dia vita a diverse plausibili interpretazioni. Il *favor rei*, dunque, dovrebbe essere considerato una norma di chiusura, tipica del modello di diritto penale ‘minimo’, informata alla razionalità e alla certezza del diritto. La garanzia contro gli arbitrii, invero, si può tendenzialmente realizzare solo se tra i possibili esiti del procedimento interpretativo-analogico, per natura opinabili, il giudice sia tenuto a scegliere quello più favorevole all’autore del fatto. Altrimenti, non essendo il risultato ermeneutico il frutto di meccanica sussunzione, il principio di legalità non potrebbe mai funzionare come un’efficace garanzia, in quanto il giudice sarebbe libero di scegliere anche la soluzione interpretativa più favorevole, benché magari la più discutibile. Il giudice, infatti, non è una ‘macchina sillogistica’ ma è un ‘uomo vivo’, con i suoi sentimenti, le sue ideologie, le sue passioni, i suoi convincimenti. I sentimenti e le inclinazioni non incidono solo sul momento dell’accertamento del fatto e sulla valutazione della prova, ma anche sulle scelte ermeneutiche». Sulla configurabilità di un modulo motivazionale rinforzato che combini *duplex interpretatio* e *favor rei*, imponendo come passaggio argomentativo obbligato quello di affrontare la questione dell’implausibilità dell’interpretazione più favorevole rispetto a quella infine prescelta, non ci soffermiamo specificamente ma ci limitiamo a osservare che l’Autore – ove parla di «motivazione deontologicamente razionale [...] guidata da criteri che impongono l’alternativa più favorevole» (522) – sembra proprio far riferimento a un simile onere motivativo. E ancor più esplicito Caterini pare esserlo in altra sede (*i.e.* CATERINI M., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all’imputato*, cit., 329), ove presenta l’idea di una «motivazione confutativa» e afferma che «a poco servirebbe il richiamato canone sostanziale dell’interpretazione favorevole se a questo non si accostasse, sotto il profilo processuale, un particolare onere motivazionale in capo al giudice. Tale dovrebbe essere l’obbligo di esplicitare compiutamente in sentenza le ragioni che hanno indotto il giudicante a scegliere un’interpretazione più sfavorevole anziché un’altra più vantaggiosa per l’imputato, per esempio prospettata dalla difesa. Detto onere, d’altronde, non potrebbe soddisfarsi in via “autopoietica” ostendendo semplicemente le ragioni utili a convincere della plausibilità dell’opzione esegetica prescelta, che ben può sussistere proprio sulla premessa iniziale secondo cui una stessa norma può dar vita a più alternative ermeneutiche legittime perché razionalmente fondate. A questa *pars costruens* della motivazione dovrebbe affiancarsi una *destruens*, vale a dire la confutazione, ossia l’esplicitazione delle ragioni per le quali l’opzione interpretativa più favorevole è implausibile o illogica e, come tale, da escludere dal ventaglio delle alternative ermeneutiche a disposizione del giudice». Similmente, SANTORIELLO C., *Esistono vincoli all’interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 22-23 (ma v. 22-26): «A nostro parere, nell’ambito dell’interpretazione delle norme processuali penali il profilo da considerare in maniera preminente è quello della salvaguardia (o della massima protezione possibile) dell’accusato rispetto alla validazione probatoria dell’ipotesi accusatoria. [...] Il giudice penale, lungi dall’essere libero di scegliere in base a quale metodo procedere all’ermeneusi normativa, deve seguire il principio secondo cui fra le diverse alternative di significato che la norma processuale pone all’interprete va prescelta quella meglio tutela la posizione dell’accusato».

⁴³⁸ Cfr. BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1795-1800; BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 143 ss.; CONDORELLI M. – PRESSACCO L., *Overruling e prevedibilità della decisione*, cit., 124; CONSULICH F., *Così è (se vi pare)*, cit., 31-35; DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario*, cit., 40; LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale*, cit., 172; MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*, cit., 14; PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 9-10; PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., 363-368; VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 39-40.

Nell'attesa-pretesa di una rifondazione qualitativa dell'operare e dell'operato del legislatore (perché non è bene «rassegnarsi e accettare come inevitabili le debolezze e disfunzioni del potere legislativo, affidando [meglio: accontentandosi di affidare] ai giudici il compito di supplirvi»⁴³⁹), occorre “fare di necessità virtù” e fronteggiare l'esistente, recuperando altrove e altrimenti la tutela di quei valori di cui si fa portatore il principio di legalità (legale)⁴⁴⁰.

A nostro parere, l'obbligo di motivazione – e, nello specifico, l'obbligo di motivazione rafforzata (v. il modulo motivativo rinforzato in tema di *overruling* giurisprudenziale: cap. IV, § IV.2)⁴⁴¹ – è in grado di apportare un importante contributo alla “regolamentazione” del fenomeno *de quo*, ove – s'intende – sia adempiuto seriamente.

Assoggettare lo sviluppo delle dinamiche del diritto vivente a un puntuale onere di *reddere rationem*, magari arricchito e precisato – in certe ipotesi – in qualche suo passaggio argomentativo obbligato (obbligato, nei termini di cui si dirà *infra*: cap. III), sicuramente può contribuire a rendere

⁴³⁹ FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1273, per il quale «la tutela della legalità deve restare affidata *in primis* al carattere precettivo e vincolante delle leggi, in assenza del quale la tutela giurisdizionale diventa arbitraria perché rimessa al buon volere e all'ideologia del singolo magistrato. Come giustamente osserva Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari-Roma, 2016, 178), “nell'attuale dissesto della legalità non c'è nulla di naturale e di inevitabile, essendo ben possibile una sua rifondazione che la scienza giuridica non può non promuovere progettando, in attuazione del paradigma costituzionale, le garanzie idonee a restituire alla legislazione capacità regolative”». A tal ultimo riguardo, è invece meno ottimista PECORELLA G., *La crisi della legalità*, cit., 947, secondo cui «il degrado subito dalla fonte parlamentare appare vistoso e inarrestabile. Non ci sentiamo, quindi, di condividere l'ottimismo di Luigi Ferrajoli. [...] Non siamo in presenza di un problema tecnico, di un legislatore che è venuto meno all'obbligo della chiarezza e precisione del linguaggio, difetti che potrebbero essere ragionevolmente sanati. Il problema è politico e istituzionale, e nulla sembra poterci riportare alle origini, con una magistratura che rinunci al suo ruolo di potere al di sopra di ogni altro potere o con il ritorno alla piena sovranità degli Stati nazionali. Una legislazione più chiara, meno ondivaga, sicuramente vincolerebbe di più i giudici, ma lo spazio di potere che hanno conquistato con l'interpretazione creativa, soprattutto da parte della Corte costituzionale, è un territorio a cui molto difficilmente la magistratura potrebbe rinunciare. Questa è la realtà. Non è che in virtù del principio di effettività si sia disposti a rinunciare a una garanzia fondamentale, come la riserva di legge. Si deve semplicemente prendere atto che la natura della crisi è tale che essa appare irreversibile, che si è aperta una nuova era per il diritto penale, e che le regole dell'Ottocento sono oggi definitivamente tramontate. E non da oggi: Cappelletti, più di trent'anni or sono, definiva “inevitabile” il “fenomeno moderno di accrescimento della creatività dell'interpretazione giudiziaria”».

⁴⁴⁰ Recuperando altrove e altrimenti i valori di cui si fa portatore il principio di legalità (legale), in qualche modo si rinsalda indirettamente anche quest'ultimo, che su tali valori – prima di garantirli – si fonda. A nostro parere, poi, laddove – tra gli strumenti e istituti sui quali puntare – si scelga di far ricorso, valorizzandolo seriamente (come qui si propone), all'obbligo di motivazione, il rinvigorimento del principio di legalità (legale) trova una sponda particolarmente felice e importante, in ragione dello stretto legame di interdipendenza che intercorre tra questi due principi di rango costituzionale (v. *supra*, Introduzione). Al fine di recuperare la legalità (legale), confidano sull'intervento della Corte costituzionale – tra gli altri – Paolo Ferrua (FERRUA P., *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, cit., 13: «Ora è tempo di una Corte che, senza esitazioni o compromessi, tuteli il principio di soggezione del giudice alla sola legge e dica con chiarezza che, in base al nostro ordinamento costituzionale, nessun giudice, né nazionale né sovranazionale, può convertirsi in legislatore»), Roberto Bartoli (BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1791), Vittorio Manes (MANES V., *Diritto penale no-limits*, cit., 99-100) e Francesco Palazzo (PALAZZO F., *Interpretazione penalistica*, cit., 89).

⁴⁴¹ Cfr. altresì Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

la decisione meno arbitraria e più agilmente controllabile, nonché maggiormente prevedibile nelle sue ricadute, anche di sistema⁴⁴².

II.4. INTERPRETAZIONE – APPROCCIO GIURIDICO

Le osservazioni che abbiamo svolto *supra* (§ I.7), approcciando – da un lato per così dire filosofico – l’interpretazione come fattore esogeno all’espandersi giuristocratico, possiamo adesso trasporle sul piano strettamente giuridico, apprezzando il momento interpretativo stavolta come fattore endogeno all’affermarsi della giuristocrazia.

La possibilità di trarre “infinite”⁴⁴³ interpretazioni da un oggetto finito e l’intridersi di soggettività e oggettività nell’opera dell’interprete si riscontrano anche nella concretizzazione del testo giuridico, giacché anche in tale tipo di testo «esistono spazi aperti a scelte interpretative»⁴⁴⁴; anzi, nello specifico, «applicazione della norma vuol dire, in prima linea, interpretazione della norma»⁴⁴⁵.

Più in generale, «ogni attività di applicazione del diritto presuppone sempre un’attività di interpretazione, nel senso (anche) di un’attribuzione di senso da parte dell’interprete»⁴⁴⁶.

A prescindere dal carattere inventivo, o meno, dell’interpretazione (*à la* Grossi), dalla preesistenza, o meno, del senso all’attività interpretativa (che comporta il “rivivere dal di dentro”

⁴⁴² Cfr. CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, 305 ss.; DEUMIER P., *Motivation des arrêts de la Cour de cassation: conférence du professeur Deumier. Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, in <https://www.courdecassation.fr>, 14 settembre 2015 (« Le pouvoir normatif du juge est lié à un besoin de développement du droit révélé par le cas : texte lacunaire, défaillant, textes contradictoires, empilés sans articulation claire, texte ou jurisprudence vieilli, contraire aux normes supérieures, divergence de jurisprudence, résistance des juges du fond, critique doctrinale massive, question de principe, question complexe, conflit de normes inédit etc. [...] Les besoins justifiant une intervention créatrice du juge ne manquent pas et leur identification est à plusieurs égards importante. Du point de vue du pouvoir créateur du juge, celui-ci n’ayant pas été officiellement institué à cet effet, il est utile qu’il indique la raison de son intervention, qui est dès lors légitimée par les besoins du droit. Du point de vue du maniement de la jurisprudence, la révélation permettra d’acclimater chacun aux causes les plus récurrentes d’intervention créatrice et, progressivement, de leur donner plus de prévisibilité. Du point de vue du traitement des affaires, l’identification d’un tel besoin pourrait être *a minima* le déclencheur d’un circuit long (formation solennelle, recherche préalable approfondie, étude de droit comparé, recours à *l’amicus* et motivation enrichie), *a maxima* l’explication des hypothèses qui pourraient demain subordonner l’accès au juge de cassation. Du point de vue du contrôle de conventionalité, l’explication permettra d’identifier les pourvois appelant un contrôle concret et ceux relevant du contrôle abstrait »); EPIDENDIO T. E., *Riflessione teorico-pratiche*, cit., 42; ESPOSITO A., *Il divenire dei giudici*, cit., 40.

⁴⁴³ Come abbiamo detto *supra* (v. nt. 281), l’infinita interpretativa trova comunque un argine nel fatto che non ogni interpretazione è ammissibile. Vi sono, infatti, alcune interpretazioni rispetto alle quali l’oggetto interpretato “dice no” (v. realismo negativo; cfr. principio di realtà).

⁴⁴⁴ CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 538.

⁴⁴⁵ MORO A., *Lezioni*, cit., 264.

⁴⁴⁶ ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 392. In termini praticamente identici: Corte EDU, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* § 141 («In any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation [and so] there will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances»).

l'oggetto interpretato, *à la* Betti: *sensus non est inferendus, sed efferendus*) o, ancora, dall'apporto integralmente, oppure solo parzialmente, costitutivo dell'interprete (*à la* Gadamer), allorché si applica la legge (ma non solo la legge) al caso concreto, è innegabile il fatto che «l'interpretazione non è un atto di [mera] deduzione logico-formale: essa è produttiva di conoscenza non analitica»⁴⁴⁷.

Come scrive Massimo Donini, «la legge non esiste come *contenuto cognitivo* di una prescrizione, se non all'esito del processo interpretativo. La legge esiste *intellettualmente* solo come *ius*. Senza il *ius* ci sono gazzette ufficiali, ordini individuali, comandi, giudicati, massime, o precettistiche per la pubblica amministrazione o per gli uffici giudiziari, perché non appena le prescrizioni si generalizzano, esse esigono continui adattamenti e riequilibri» per essere poi applicate al caso concreto⁴⁴⁸.

Insomma, in astratto e *a priori*, «nessuna norma determina interamente la sua applicazione»⁴⁴⁹: qualsiasi disposizione normativa, «anche quella che si vorrebbe fin dall'inizio coerente e completa, deve attraversare successive 'lavorazioni' per raggiungere (ma lo raggiunge mai realmente?) lo

⁴⁴⁷ DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 33. Sul punto, v. altresì: CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Bari-Roma, 2013, 18 («Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra la legge e il fatto; ma è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggior garanzia della certezza del diritto e della libertà»); COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione*, cit., 20; GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 343 («Ogni lettura che sia anche comprensione è sempre già una forma di riproduzione e di interpretazione») e 539-541; HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, cit., 86 (« Il est non seulement souvent nécessaire d'interpréter la loi, mais encore impossible de le faire sans participer à la 'creation' du Droit positif et à son évolution »); PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 75 («Per quanto il legislatore possa sforzarsi di essere preciso nella formulazione del precetto, la sua interpretazione e applicazione al caso concreto, lungi dal risolversi in una mera attività conoscitiva di "scoperta" di un significato già implicito nella legge, richiederà invece sempre atti di volontà, ossia il compimento di scelte tra differenti alternative, tutte compatibili con il linguaggio utilizzato dal legislatore; scelte nelle quali sarà inevitabile che le personali valutazioni del giudice rispetto agli interessi in gioco nel caso concreto abbiano un ruolo significativo»); PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., 751-752 («Il ragionamento giuridico è 'una realtà discorsiva' non meramente 'deduttiva' o logico-razionale. Di fronte a una scelta, l'interprete deve non soltanto concentrare l'attenzione sulla 'tenuta logica' del ragionamento (sulla 'mancanza di contraddizione' e sulla 'coerenza' della soluzione proposta), ma porsi anche un altro interrogativo, ossia 'in base a che', a quale criterio, preferire una soluzione rispetto a un'altra. [...] Del resto, un ordinamento giuridico perfetto, da applicare mediante ragionamenti meramente razionali, formali e logico-deduttivi, non può esistere e non è mai esistito. [...] Il timore di incertezze o di arbitrio indiscriminato del giudice può essere superato soltanto tramite il serio rispetto dell'obbligo di motivazione, con una giustificazione della soluzione sul piano logico e teleologico. Diversamente si assisterà o a un diritto libero o a un diritto cieco, privo del senso del giusto»); SCEVI P., *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 7-8.

⁴⁴⁸ DONINI M., *Iura et leges*, cit., 28.

⁴⁴⁹ GUASTINI R., *Hans Kelsen sull'interpretazione*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 122. Analogamente, LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., 98 («Le regole non regolano completamente e pienamente la loro applicazione – lo dice Wittgenstein e lo ripetono, tra gli altri, H.L.A. Hart e Gustavo Zagrebelsky: 'il materiale giuridico di cui si dispone è necessariamente aperto'»).

stato di ‘prodotto finito’ [dal momento che essa] corrisponde solo a un momento di un ciclo, di un processo; e questo processo è istituito dall’ordinamento»⁴⁵⁰.

Emerge così l’inevitabile scarto esistente tra l’enunciato legislativo e la sua applicazione: un «margine per l’esegesi»⁴⁵¹ del testo da parte del giurista-lettore, che fa apparire una finzione – peraltro, oramai disvelata da tempo – sostenere che nel mondo del diritto ci si limiti ad applicare meccanicamente la legge: «[it’s a] “noble lie” that judges merely apply the law»⁴⁵².

Si tratta della canonica distinzione tra “disposizione” e “norma”, tratteggiata nell’*Enciclopedia del diritto* da Vezio Crisafulli nel 1964; eccola: «disposizione e norma esprimono concetti diversi. [...] Per disposizione non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto – più propriamente – la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma. [...] Parlando di disposizione, si mette l’accento sull’“atto”, nel suo contenuto prescrittivo; parlando di norma, si mette l’accento – invece – sulla “conseguenza dell’atto”, il quale è appunto autorizzato a costituire, di volta in volta, innovandolo, il diritto oggettivo della comunità statale»⁴⁵³.

⁴⁵⁰ LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 513-514. Analogamente, GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 24-25 – nell’evidenziare il «problema dell’“esatta portata della norma” (e dunque del significato, dell’identificazione del contenuto normativo espresso dalla disposizione)» e la «questione dell’“applicazione” della norma in concreto (la determinazione dell’esatta portata delle norme di fronte al caso concreto)» – scrive che «prima ancora della considerazione – ermeneutica – secondo cui la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso concreto non sono due atti separati, ma costituiscono un processo unitario, la determinazione del significato coincide con il divenire della norma, nel suo realizzarsi in ciascun singolo caso».

⁴⁵¹ GADAMER H., *Testo e interpretazione*, cit., 44. Scrive LUZZATI C., *Significato liquido?*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 26 che «il tessuto delle norme ha la costante tendenza a smagliarsi in qualche punto: e non c’è toppa che tenga». Parla di «espace interprétatif en constante évolution» VISSER ’T HOOFT H. PH., *Vers un style de motivation plus concret? (Remarques à partir de la jurisprudence et de la doctrine néerlandaises)*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 162 (il quale scrive ancora che «il n’y a pas la ‘loi’ d’une part et d’autre part une certaine latitude interprétative existant çà et là: au contraire, la loi est toujours vue à travers l’éventail de facteurs (de perspectives) que sont les modes classiques de l’interprétation *stricto sensu*, les principes généraux du droit, les raisonnements juridiques (p. ex. Le raisonnement ‘par analogie’), les besoins de la société etc. Il y a en quelque sorte une imbrication totale du donné et de ce qu’il ‘donne à penser’: la règle n’est rien sans la décision relative à son applicabilité (choix entre règles concurrentes) et à la perspective sous laquelle est entrevue, et la décision n’est rien sans un matériau donné, sans une règle à obéir (qui peut être trouvée dans la loi, mais aussi *para legem!*) »).

⁴⁵² KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., 11.

⁴⁵³ CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 209 e 196 e 199. Leggiamo in CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato (1935-1956/9)*, Firenze, 2014, 237, che interpretare la legge «vuol dire ripensarla e farla rivivere da sé». A fronte dell’“innovazione” che la norma (cioè, la disposizione interpretata) introduce nell’ordinamento giuridico, possiamo dire che «l’interpretazione non è mai solo un atto ri-produttivo, ma anche produttivo» (BRUNELLO M. – ZAGREBELSKY G., *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, 54). Sul punto: AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1439; COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione*, cit., 28 («L’interpretazione dei testi prescrittivi è una “mise en œuvre juridique” che riscrive il testo in funzione del ‘presente’ dell’interprete: che non trova e ripete un diritto già dato, non lo registra per quello che è, ma lo inventa, lo immagina, comunicandolo attraverso un testo che è nuovo *proprio perché* interpreta (e non già *nonostante che* interpreti) un testo preesistente»); COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a AARNIO A., *La teoria dell’argomentazione e oltre*], cit., 239; DONINI M., *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale*, cit., 97; DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 17 («La distinzione tra disposizione e norma, che nella cultura pubblicistica è diffusa a far data da un famoso scritto di Vezio Crisafulli, afferma che il legislatore crea le disposizioni, cioè gli

La «differenziazione tra il concetto di disposizione e quello di norma»⁴⁵⁴ riposa «sul fatto che gli enunciati sono relativamente muti, giacché vivono solo attraverso la loro interpretazione e la loro applicazione ai casi concreti, le quali soltanto conferiscono loro significati normativi non sempre coincidenti e anzi assai spesso differenti»⁴⁵⁵.

enunciati normativi. Il loro contenuto reale, però, lo si raggiunge all'esito dell'interpretazione e dell'applicazione ai casi. La norma, pertanto, è solo il risultato dell'interpretazione della disposizione astratta (o della disposizione all'esito della sua applicazione ai casi)); GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 29-30; GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 17 («L'attività interpretativa si esercita non su norme, ma su disposizioni, e le norme sono non già l'oggetto, ma piuttosto il risultato, il *prodotto*, dell'interpretazione. Prima dell'interpretazione non vi sono "norme", in questo senso della parola [*i.e.* "norma" come 'contenuto di significato dell'enunciato' e non come 'enunciato normativo'], ma solo formulazioni in lingua, il cui significato è ancora indeciso»); KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., 32 («Interpretation is a more complex function, in which the judicial decision-maker is more than a mechanic, sits comfortably with the contemporary acknowledgment of the creative function of the judge»); MORO A., *Lezioni*, cit., 272 («Proprio per questa caratteristica che ha la norma, che è il suo pregio – anche se è pure il suo limite – di essere espressione veramente obiettiva, e come disincarnata, della giustizia nella vita sociale, proprio per questo essa ha bisogno, necessariamente, di un *tramite* per diventare, da come era – cioè, norma valida per tutti, eguale per tutti, non interessata ai casi personali – una norma concreta, valida, operante, applicata a un caso, a ogni caso singolo e a persone determinate. È necessario questo tragitto, questo *passaggio dalla astrattezza alla concretezza*»); TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 21-22, v. anche nt. 52 («Qualunque testo scritto, al di fuori dell'interpretazione, è una realtà "vuota": infatti, un "testo" di legge – come qualunque testo scritto costituito da enunciati linguistici (o anche qualunque comportamento umano) – "vive", cioè "esiste", solo in quanto "interpretato": prima dell'interpretazione c'è solo una "potenzialità" di "significati" (plausibili o meno non importa). Trasferendo queste considerazioni al piano giuridico, ciò significa anche che la "norma", non esistendo prima della – e indipendentemente dalla – interpretazione del testo legislativo da cui si ricava, vive solo nel momento della sua concreta applicazione. [...] Prima dell'interpretazione giudiziaria, ciò che esiste non è la "norma", regola di condotta, ma solo un "documento" scritto, "precipitato" di una certa "volontà", non ancora attuata (e quindi meramente "potenziale"), del detentore formale del potere politico, ossia del Parlamento. Il che è facilmente verificabile nel caso, ad es., di leggi che, per i motivi più vari, non trovano mai pratica applicazione: esse non fungono da fonti, effettive, di regole di condotta»); ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 2019, 9-10.

⁴⁵⁴ CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, cit., 199.

⁴⁵⁵ FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 11-12, il quale prosegue affermando che «tutto questo è comprovato dalla pluralità di interpretazioni opposte che si confrontano in qualunque processo: quelle proposte dalle parti – dall'accusa e dalla difesa, dall'attore e dal convenuto –, quelle formulate nei diversi gradi dei procedimenti, perfino quelle che si contrappongono negli organi giudiziari collegiali tra maggioranza e opinioni dissenzienti». Cfr. ASCARELLI T., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 15 («Testo e comportamento sono sempre equivoci; lo sono necessariamente e inevitabilmente, data l'inevitabile astrattezza della norma, che poi non è che l'altra faccia della medaglia della sua costanza: è appunto questa necessaria equivocità che ne permette tuttavia un'applicazione a una realtà concreta e mutevole. Perciò l'interpretazione – sempre necessaria – non si pone come specchio rispetto al dato, ma come sempre nuova formulazione di norma in continuità col dato, e così permette l'applicazione (ed è perciò che è inevitabilmente sempre in funzione di un'applicazione) di una norma, e secondo un criterio di continuità, a una concreta e mutevole realtà»); BISCOTTI B., *Prefazione*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., XII («Regola e fatto non sono altro che muti e immobili enti, se la creatività dell'interprete, ovviamente non disgiunta dal rigore, non interviene a porli in relazione, animando qualche cosa di profondamente vivo: ossia il Diritto. [...] L'interprete, potremmo dire, è l'instancabile diplomatico che rende possibile, con i suoi continui andirivieni, il dialogo tra norma astratta e fatto ed il conseguente dipanarsi della trama del Diritto»); CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, cit., 195-196; KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., 30-31 («So long as human language remains imprecise and human capacity to predict the future limited, it will fall to judges to fill the gaps in the law's rules. They will do so, as they should, by reference to considerations of principle and policy. Better that they should tell it as it is»); TARELLO G., *L'attività interpretativa*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 23 («Prima dell'attività dell'interprete, del

C'è il testo, che – nel suo «carapace semantico»⁴⁵⁶ – rappresenta il «punto di riferimento stabile dinanzi all'incertezza, all'arbitrarietà o quantomeno dinanzi alle molteplici possibilità interpretative che a esso fanno riferimento»⁴⁵⁷. Ma ci sono, appunto, anche e soprattutto le molteplici possibilità interpretative che esso dischiude⁴⁵⁸, ogniqualvolta non «ci si impone»⁴⁵⁹.

documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o queste norme siano: “norma” significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene esprima una qualche norma sulla base di indizi formali»).

⁴⁵⁶ GIOSTRA G., *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Distretto di Ancona*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 gennaio 2014, 4. Sulla necessità logica della fattispecie, v. IRTI N., *La necessità logica della fattispecie*, cit., 151: «La necessità logica della fattispecie, che rende possibile il giudizio e istituisce l'unità del diritto. Senza di essa, i fatti scorrerebbero in-formi, in oscuro e cieco divenire; ma lo schema di legge li isola, li purifica dalle particolarità, li rende intelligibili l'un con l'altro, e così impone l'ordine del diritto. A questa necessità logica nessuno può sottrarsi, o che lo schema di giudizio sia pre-disposto, una volta per tutte, dalla norma, o che esso sia posto dallo stesso giudicante, che lo ricavi, di volta in volta, da un testo di legge (il quale diviene così fonte di un numero indefinito di fattispecie giudiziarie)».

⁴⁵⁷ GADAMER H., *Testo e interpretazione*, cit., 38. Sulla preesistenza del testo (o comunque dell'oggetto) da interpretare rispetto all'attività interpretativa, v. ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, cit., 4. In ambito giuridico, è particolarmente importante che la regola legislativa preceda l'agire sociale (v. CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, cit., 11) e altresì quello giurisdizionale (v. FERRARIS M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, cit., 160: «La legge – come oggetto tradizionale dell'ermeneutica giuridica – è lettera morta, se non viene rivitalizzata nell'atto del giudizio che la attualizza e la specifica attraverso un atto di interpretazione. Questo però non fa “essere” la legge (che deve preesistere), altrimenti sarebbe un arbitrio; dunque non c'è luogo di parlare di originarietà dell'interpretazione, che è seconda sia rispetto alla legge, sia ai fatti che giudica, e cui deve adeguarsi»). Con i dovuti adattamenti storici, già in ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 401 si può leggere che «nei discorsi giudiziari la legge è il presupposto» (1418a, 25). Ancora, sul tema, *ex plurimis*: AMARELLI G., *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Oss. cost.*, 2015, 2, 27; BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, cit., 194; BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 143-144 («Non si tratta di creazione autonoma, originaria e libera, ma di un ricreare subordinato, derivato, vincolato a una oggettività (alterità) irriducibile: quella del precetto da interpretare, inquadrato nell'ordine giuridico di cui fa parte»); CARLIZZI G., *Il diritto fra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 2009, 23 («Decisiva è stata l'intuizione che la testualità non sia semplicemente una tra le tante forme di manifestazione della prassi linguistica, bensì la forma in cui l'uomo, costituendo per sé un termine di riferimento stabile, ha potuto transitare dall'epoca mitologica a quella razionale. Per quanto questa tesi sia suscettibile di discussione, è un fatto che la componente testuale cadenzata la storia del pensiero giuridico come una sorta di costante»); COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre*], cit., 236; DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 113 («Nell'interpretazione giuridica, esiste un dato la cui validità, secondo lo stesso Gadamer, è assunta come data – la legge –, tanto ‘data’ che vale per tutti, anche per il giudice»); DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 17, nt. 16 (il quale parla di «contesto predefinito dalla legalità originaria»); FEMIA P., *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars interpretandi*, 2020, 2, 98 («Ogni testo è chiusura, ogni chiusura è limite»); GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 79 («Se, dunque, l'interpretazione è interpretazione della legge, nel senso che, nel movimento stesso del suo farsi, presuppone di interpretare qualcosa, un testo che, in quanto tale, non potrebbe che precederla, allo stesso tempo è solo attraverso essa che quel testo giunge a esistere, a essere scritto»); GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale*, cit., 260; GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 134; GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 12; GUASTINI R., *Michel Troper*, cit., 256; KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 160 («Aus der unendlichen Fülle der Ereignisse im Strom des Lebens hebt sich ein „Fall“ überhaupt nur durch die Annahme heraus, daß gewisse Tatsachen als „juristisch relevant“ seien. Tausend Einzelheiten des wer, wo, wann und wie kann man weglassen, nur auf gewisse Umstände kommt es an. Auf welche es ankommt, richtet sich nach der Normhypothese. Ohne Bezug auf ein konkretes Problem kann zwar der Text nicht richtig interpretiert werden, ohne Bezug auf den Text kann aber auch das Problem nicht richtig gelöst werden») e 199 («Ohne Normhypothese also kann man einen „Fall“ überhaupt nicht erzählen»);

Pure l'«assidua concentrazione sul testo»⁴⁶⁰ e «l'impegno dei giudici a far ricorso a interpretazioni implicanti scelte metodologiche attente al dato testuale»⁴⁶¹ non tolgono il fatto che, nell'incessante tentativo di «comprendere il mistero del testo»⁴⁶², il testo originario diventi già «un *altro* testo»: ossia, «il testo reso tale dalla sua ripetizione, dalla sua riaffermazione. Non c'è traduzione, interpretazione 'fedele', equivalente; non c'è neppure laddove l'interprete si limiti a citare, a richiamare il testo stesso della legge: siamo già, infatti, in una ripetizione, in una nuova iterazione del testo e dunque in una differenza, in un differire del testo da se stesso, nel suo tradursi in un altro e nuovo testo»⁴⁶³.

Persino l'aggancio testuale, dunque, riesce a garantire soltanto – e non è, in realtà, poca cosa – che ci si eserciti interpretativamente sul medesimo oggetto, ma non impedisce – e sarebbe anzi deleterio se lo facesse – che «ogni volta il diritto si rinnov[i], perché nuova è la situazione dell'interprete e anche perché sempre diversa sarà la situazione del caso concreto e dunque l'applicazione della fattispecie a esso»⁴⁶⁴.

In ogni applicazione penetra inevitabilmente l'interpretazione, cosicché, in buona sostanza, proprio in ragione del suo continuo ripetersi e del suo riaffermarsi ogni volta, la legge è – e diviene ciò che può essere tramite – la sua interpretazione⁴⁶⁵.

LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 400; PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 79; PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., 164; REDONDO M. C., *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2009, 43; ROSELLI F., *Sentenze creative?*, cit., 14 («La legge offre una cornice, *Rahmen*, entro la quale il giudice trova la decisione muovendosi con una certa discrezionalità ossia non essendo vincolato a raggiungere l'«unica» soluzione esatta. Questa cornice è imprescindibile e anzi sta alla base del concetto stesso di giurisdizione»); VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia*, 2008, 502.

⁴⁵⁸ Efficacemente, CORDERO F., *Procedura penale*, cit., 1282: «Nel diritto scritto i circuiti operativi vanno dal testo alla norma: uno esiste nel mondo fisico come materia semiotica; l'altra è prodotto ermeneutico ossia puro ente concettuale. Solo gli ottimisti male informati li postulano biunivocamente correlati: dato un testo, vengono fuori tante norme quanti sono i lettori dissidenti; femo restando i testi, i significati fluttuano, secondo il modo d'intenderli».

⁴⁵⁹ Trasponiamo la bella immagine delineata da GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 997 a proposito della comprensione interpretativa del testo: «Quando comprendiamo un testo, il significato di esso ci si impone esattamente come ci avvince il bello».

⁴⁶⁰ GORSUCH N., *Di leoni e di orsi, di giudici e di legislatori*, in *IBL – Occasional Paper*, 27 aprile 2020, 3.

⁴⁶¹ PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 71.

⁴⁶² BOITANI P., *L'ombra di Ulisse*, Bologna, 1992, 20.

⁴⁶³ GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 57-58, il quale precisa ancora che «la norma si *rinnova* costantemente, non si dà che in un *differimento* costante, tale per cui la disposizione (D) interpretata dà luogo a una norma (N) che, a sua volta, in quanto enunciato, non è altro che una nuova disposizione (D1), la quale richiede pertanto di essere interpretata (N1), e così via. Ogni significato, diremmo anche, è sempre a sua volta un significante» (70).

⁴⁶⁴ DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 256. A proposito di quello che, con lessico gadameriano, possiamo definire il «continuo rinnovarsi del progetto, che costituisce il movimento del comprendere e dell'interpretare» (GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 555), con specifico riguardo al mondo giuridico, CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, cit., 648 scrive che «ogni interpretazione è una ricreazione: e che in ogni interpretazione l'ispirazione individuale è decisiva».

⁴⁶⁵ GAZZOLO T., *Una doppia appartenenza*, cit., 64: «La legge è la sua interpretazione – intesa come 'traduzione' –: essa, cioè, non è ciò che è se non nella sua *ripetizione*, e dunque, attraverso la ripetizione, il suo differire da se stessa».

Breve: «tutte le leggi, scritte o non scritte, hanno bisogno di interpretazione»⁴⁶⁶; e questa è una circostanza sulla quale oramai possiamo dire che «siamo tutti d'accordo»⁴⁶⁷.

Ogni giorno, a lezione in Università, nelle aule di udienza e all'interno degli studi forensi, notarili, di consulenza ecc. ecc. (nonché, sia consentito dirlo, finanche nelle c.d. “conversazioni da bar”), si sperimenta «la molteplicità delle possibili combinazioni normative esperibili muovendo dal medesimo testo: talora, tra loro compatibili; talora, invece, contrastanti e quindi alternative»⁴⁶⁸.

Nel rispetto del segno scritto, «ogni volta l'opera, il testo, rinasce non per un'esecuzione, non per una lettura, non per un'esibizione ma per un'interpretazione che sempre conferma la trascendenza dell'opera o del testo stesso, attraverso la sua infinità interpretabilità e inesauribilità di significati»⁴⁶⁹.

In qualunque ramo del diritto, incluso quello penale, «illimitato è il numero delle variabili, che riguardano individui, cose, proprietà, rapporti [di talché,] per il fatto di dover cogliere la realtà, e

⁴⁶⁶ HOBBS T., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), (trad. it.) A. LUPOLI – M. V. PREDAVAL – R. REBECCHI, Bari-Roma, 2010, 227. L'appartenenza della citazione a un'epoca storica tutt'affatto diversa, per contesto e ('progresso' di) civiltà giuridica, a nostro parere nulla toglie alla bontà dell'affermazione. Esclusa, quindi, la (anti)storicità del richiamo, preme in ogni caso puntualizzare che se, da un lato, tale affermazione corrisponde tutt'oggi alla realtà, dall'altro lato, occorre tuttavia compiere quelle opportune rimodulazioni di pensiero con riguardo alle considerazioni che l'Autore successivamente svolge per l'appunto intorno a tale affermazione, le quali sono orientate da una prospettiva socio-politica quanto mai distante da quella attuale.

⁴⁶⁷ FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 11.

⁴⁶⁸ CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, cit., 207. Analogamente: DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 97 («A ogni disposizione possono riferirsi più norme, sia nel senso che espressamente le disposizioni contengono distinti enunciati ai quali corrispondono diverse norme, sia nel senso che l'evoluzione interpretativa della disposizione può aggiungere contenuti normativi nuovi, non evidenti o non ipotizzati in origine: non deducibili dalla disposizione, anche se non necessariamente contrastanti o estranei rispetto al suo dettato letterale. Anche queste nuove norme fanno parte, a quel punto, della disposizione»); IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 75 («Da ogni testo normativo si irradia una molteplicità di interpretazioni possibili»); IRTI N., *I 'cancelli delle parole'*, cit., 58-59 («I testi legislativi presentano sempre, o quasi sempre, un certo grado di indeterminatezza, sicché da essi è ricavabile una pluralità di norme» [58]); LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 558 («È un fatto che l'accertata incompletezza e plurideterminabilità della norma positiva lascia aperte, fin dai primi problemi ermeneutici, una molteplicità di strade che hanno, alla stregua del diritto positivo, tutte il medesimo status deontico, sia questo di liceità, di indifferenza, o magari di illiceità nell'ipotesi di un legalismo cieco e assoluto. Ma autorizza, la loro equivalenza dal punto di vista positivo, al puro salto nell'irrazionale? La giurisprudenza, con tutta la sua storia, testimonia di no: mai essa ha rinunciato alla qualificazione delle opinioni come molto, abbastanza, poco giustificate»).

⁴⁶⁹ BRUNELLO M. – ZAGREBELSKY G., *Interpretare*, cit., 11. Similmente, CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, cit., 11: «Interpretare significa invero penetrare i pensieri, le ispirazioni, il linguaggio di altre persone al fine di comprenderli e – nel caso del giudice non meno che in quello, ad esempio, del musicista – di riprodurre, 'applicarli', 'eseguirli' in un nuovo e diverso contesto di tempo e di luogo. È ovvio che ogni riproduzione ed esecuzione variano profondamente, a seconda – tra l'altro – delle capacità d'intelletto e dello stato d'animo dell'interprete. [...] Per quanto l'interprete si sforzi di restare fedele al suo 'testo', egli sarà sempre – per così dire – forzato a essere libero: perché non c'è testo musicale o poetico, né c'è testo legislativo, che non lasci spazio per variazioni e *nuances*, ossia per la creatività interpretativa».

insieme di dover menzionare circostanze reali, la norma [– anche la norma –] penale è strutturalmente aperta»⁴⁷⁰, seppur nei limiti – beninteso – della sua significanza testuale.

Conseguentemente, la pronuncia giudiziale – ma lo stesso può dirsi per gli atti di parte – non può essere letta solamente a partire dal dato legislativo, anzitutto perché è indispensabile prendere contezza della scelta interpretativa⁴⁷¹ che, sulla base degli elementi storico-giuridici emergenti nel caso di specie, si è deciso di adottare, prediligendo una data interpretazione piuttosto che un'altra fra tutte quelle ragionevolmente argomentabili e, in quanto tali, legittimamente sostenibili.

Per di più, il momento soggettivo dell'interpretazione giuridica è amplificato dalla irriducibile discrezionalità che si manifesta sia nell'individuazione della base normativa di riferimento⁴⁷² (che sarà, poi, oggetto di successiva esegesi; c.d. “ricerca della norma”) sia nella selezione dei fatti storici giuridicamente rilevanti (da inserire – meglio: da sussumere, una volta ricostruiti – all'interno della disposizione previamente individuata, al fine di valutarne la configurabilità⁴⁷³).

⁴⁷⁰ ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 27-28.

⁴⁷¹ E non soltanto della scelta interpretativa. Invero, come scrive VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi*, cit., 497-498, «per capire se un giudice o un giurista abbia interpretato o abbia compiuto un'attività altra dall'interpretazione è necessario conoscere, oltre alle regole di funzionamento della lingua, anche quali siano le tecniche, gli argomenti interpretativi usati e le tesi dogmatiche adottate».

⁴⁷² In questa prospettiva, come rilevato da Baldassarre Pastore, la soggettività interpretativa è ancora incentivata dal fatto che, soprattutto oggi, «è l'arcipelago ordinamentale a imporre all'interprete una ricerca delle fonti da applicare [tale da] amplificare il suo ruolo» (PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 70). Osserva CORDERO F., *Giudizio*, cit., 883 che «ogni valutazione *sub specie iuris* postula un giudizio d'esistenza, ossia la preventiva identificazione della norma, che si elegge a canone; la quale indagine, a sua volta, non di rado implica l'uso degli strumenti propri del discorso valutativo».

⁴⁷³ Evidenzia «il ruolo insopprimibile del momento valoriale, che gioca non soltanto nella posizione della norma e nella sua interpretazione, bensì addirittura nella selezione delle circostanze del fatto da assumere come rilevanti ai fini del giudizio» DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 230. In quest'opera interpretativo-applicativa del testo normativo, si intridono profili di natura storico-fattuale (legati al “mondo dell'essere”) e profili di natura giuridica (legati al “mondo del dover essere”), sicché può rilevarsi il superamento – o comunque l'inconferenza rispetto al diritto – della c.d. “legge di Hume”. Quotidianamente, i giuristi sopravanzano l'incomunicabilità tra piano dell'“essere” e piano del “dover essere”, poiché – ad esempio, per argomentare le ragioni a sostegno delle proprie decisioni – esprimono giudizi di valore relativamente ad accadimenti di realtà. A tal riguardo, v. ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., 187 («La legge di Hume e le conseguenze che ne derivano presuppongono che si abbia a che fare con ‘meri fatti’, cioè che – nella giurisprudenza – è smentito dal più forte degli argomenti: l'esperienza. Nel campo del diritto non si ha a che fare con ‘meri fatti’, come possono essere quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali o delle scienze sociali descrittive (come la sociologia nella sua forma più elementare), analizzabili in termini quantitativi e comprensibili, quando si è in grado di comprenderli, alla stregua delle leggi di causalità: il diritto ha a che fare con ‘fatti umani’, comprensibili in tutt'altro modo: cioè secondo *categorie di senso e di valore*. I ‘fatti umani’, intesi nel loro senso e nel loro valore, forniscono all'interprete del diritto i ‘casi’ da regolare giuridicamente e questi ‘casi’ sono densi di aspettative normative». Zagrebelsky, in particolare, sottolinea che «l'interpretazione del diritto è un'attività a due lati, un'attività in cui il carattere duplice del diritto – come *lex* e *ius* – trova il modo di realizzarsi nella pratica giuridica» [170]. Abbiamo «il fatto o caso da una parte, il diritto dall'altro e il giudice che opera per stabilire un collegamento. [...] Rivolgendosi al diritto, si prenderanno in considerazione le norme che possono apparire conferenti; dopo di che si ritornerà al caso, per precisarlo nei suoi contorni, eventualmente anche attraverso un'attività probatoria sui fatti, un'attività che non è mai rivolta, alla cieca, a determinare tutte le infinite caratteristiche oggettive del caso, ma è mirata ad accertare nel caso concreto la presenza o l'assenza degli elementi che la norma stessa, ipoteticamente individuata come idonea alla decisione, prevede nella definizione della sua fattispecie, oppure l'esistenza di altri elementi che

L'interprete – e, fra questi, il giudice in particolare – si trova dinanzi a una pluralità di opzioni interpretative praticabili⁴⁷⁴, che scaturisce non solo dalle elaborazioni della dottrina o dalle raccolte giurisprudenziali ma *in primis* dal legislatore⁴⁷⁵, il quale prevede – già in astratto – una varietà di criteri ermeneutici adoperabili.

Si pensi a quanto disposto dall'art. 12 preleggi⁴⁷⁶.

possono rilevare alla stregua di una norma diversa; da questa ulteriore determinazione, si ritornerà al diritto, perché forse le norme, che in un primo momento apparivano rilevanti, non lo sono più e altre devono venire in considerazione. Queste sono le operazioni che chi si trova ad applicare il diritto compie abitualmente» [175]. Pertanto, in buona sostanza, «il dualismo di cui si è detto postula l'esistenza di un rapporto di tensione tra fatti o casi, da un lato, e norme, dall'altro: postula, cioè, la possibilità di un collegamento e di un reciproco condizionamento» [184], che – con ogni evidenza – sopravanza la legge di Hume).

⁴⁷⁴ Peraltro, all'interno delle diverse tipologie di interpretazione, vi sono differenti approcci interpretativo/argomentativo-applicativi. Così, ad esempio, l'interpretazione letterale può fare riferimento al significato delle parole riferito al momento della promulgazione del testo piuttosto che a quello della sua applicazione, oppure privilegiare la valenza tecnica del linguaggio adottato o il suo uso comune odierno ecc. ecc. ecc. (sulle «interpretazioni secondo la 'lettera'», v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 201-239). Analogamente, interpretando secondo l'intenzione del legislatore, si può sviluppare l'argomentare rifacendosi alla *intentio* del legislatore storico o quella del legislatore attuale o, ancora, a quella del legislatore ideale oppure ragionevole; e, una volta stabilito quale sia il legislatore cui ci si riferisce, è ancora possibile differenziare i vari intenti legislativi: il fine che si voleva realizzare?; il fine che si sarebbe perseguito se si fosse considerato il caso di specie (con tutte le sue peculiarità)?; il fine che i destinatari della disposizione attribuivano/attribuiscono/attribuirebbero alla volontà del legislatore (concretizzante la loro volontà)?; ecc. ecc. ecc. (sulle «interpretazioni secondo lo 'spirito'», v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., 241-276). Considerazioni simili possono poi svolgersi per l'interpretazione sistematica e per l'interpretazione teleologica, nonché per le varie possibilità interpretativo-argomentative giuridicamente spendibili nell'ambito del processo (es. argomento a contrario, argomento analogico, argomento psicologico, argomento per principi ecc. ecc. ecc.). Sulle «varianti» argomentativo-interpretative, v. CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 69-163 («Quali sono i principali argomenti interpretativi? Osservato innanzitutto che si trovano sotto diverse spoglie – 'massime interpretative', 'direttive interpretative', 'canoni dell'interpretazione', 'metodi interpretativi' e altro ancora – si deve constatare che il loro catalogo varia considerevolmente da ordinamento a ordinamento e da autore ad autore. Ogni ordinamento ha i propri canoni (privilegiati) e ogni autore che ne tratta ha le proprie idiosincrasie. Si va da liste molto generose in cui gli argomenti sono parecchi a liste molto succinte in cui gli argomenti vengono compressi e ricondotti a poche unità» [70]) e, anche al di là del contesto giuridico, TOULMIN S. E., *The Uses of Argument* (1958), Cambridge, 2003, 12-13 e *passim*. (es. 33).

⁴⁷⁵ Significativamente, l'art. 65 ord. giud. – attribuendo alla Cassazione il compito di fornire “l'esatta interpretazione della legge” – ammette per implicito che possano esistere più interpretazioni di una medesima disposizione normativa. Fra queste, la Suprema Corte è chiamata a individuare, in quel dato frangente storico-giuridico-sociale, l'interpretazione “esatta” oppure a fornire *ex novo* una interpretazione ulteriore, che dirima e risolva un contrasto in essere o che potrebbe plausibilmente emergere. In termini generali, sulla «genesì del *novum* interpretativo», cioè sulle sue «modalità di emersione e di diffusione», nonché sul suo «consolidamento», v. PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative “in malam partem” e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 187-194 (la quale distingue tra «una diffusione 'dal basso', a opera della giurisprudenza di merito; una diffusione 'intermedia', a opera delle sezioni semplici della Cassazione; [e] una diffusione 'dall'alto' a opera delle Sezioni unite» [187]).

⁴⁷⁶ Per uno studio sulla «centralità dell'art. 12 preleggi», v. VIOLA L., *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, Milano, 2018, *passim*. (in part. 48-113; 121-139), il quale propone «un'equazione per l'interpretazione della legge» tramite un modello operativo matematico (basato, per l'appunto, sulla disposizione normativa *de qua*). *Contra*, fra i molti, ad es. MARINELLI F., *Il diritto altrove. Itinerari giuridici tra letteratura, arte e religione*, Pisa, 2019 («Anche la norma che non ha bisogno di essere interpretata, quando viene applicata si trasforma nella sua interpretazione: il solo affermare una disposizione equivale a trasformarla nella sua

Al riguardo, è interessante notare come i vari canoni ermeneutici attribuiscono una discrezionalità più o meno ampia all'interprete, il quale – attraverso le proprie capacità esegetiche – può estendere e rendere più o meno incisivi i poteri che l'ordinamento gli riconosce o attribuisce.

Finanche l'interpretazione letterale, che si arresta entro «i cancelli delle parole»⁴⁷⁷ che compongono la disposizione di legge, apre al potere discrezionale. Le parole, infatti, possono dire (o meglio: è possibile far loro dire) molto di più di quanto potrebbe apparire *prima facie*.

Puntando sul «significato complessivo del discorso», ad esempio, mentre da un lato «la rispondenza al testo garantisce contro l'arbitrarietà», dall'altro lato non impedisce comunque di poter liberamente scegliere – tra i vari significati ammissibili – «quello più adatto al contesto

interpretazione. Con la conseguenza che il brocardo *in claris non fit interpretatio* diviene inutilizzabile, perché qualunque norma, anche la più semplice, quando viene applicata non può non essere interpretata») e IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 78-80 («Una disposizione sull'interpretazione non può essere un algoritmo in grado di risolvere qualsiasi equazione giuridica. L'interpretazione è un terreno infido, pieno di trappole e di anfratti. Il metodo non è una *Google map* dettagliata. Al più può essere una bussola. [...] Il fatto stesso che ci sia una disposizione come l'art. 12 preleggi la dice lunga. Ci dice innanzitutto che esiste un problema di interpretazione delle leggi: dunque, *legittimità* dell'interpretazione. Dunque, sconfessione aperta del principio *in claris non fit interpretatio*. Ogni applicazione (“nell'applicare la legge”) richiede un'interpretazione (“attribuire... senso”) e ogni interpretazione giudiziale deve attenersi a un metodo (“non si può”). [...] Il fatto poi che l'art. 12 preleggi mira a imporre un metodo interpretativo ci dice ancora: a) che il significato delle norme non è auto-evidente; b) che non esiste un metodo oggettivo, logico, unico e infallibile per conoscere tale significato (altrimenti una norma sull'interpretazione sarebbe superflua); c) che l'arbitrio interpretativo del giudice va limitato, imponendogli un metodo legale di interpretazione. Dunque, il giudice non può scegliere il metodo ermeneutico che più gli piace, ma deve seguire lo schema legale. Ma l'art. 12 ci ricorda ancora lo stretto legame che esiste tra *interpretazione* (l'intitolazione dell'articolo) e *applicazione* (“nell'applicare la legge”). Se poi aggiungiamo l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 14 preleggi ai “casi considerati”, appare evidente la stretta connessione che il legislatore crea tra il *caso* e la *norma*: si parte dal caso per giungere alla norma applicabile (*interpretazione*) per poi fare il percorso inverso dalla norma al caso (*applicazione*). Infine, questo articolo dà anche un fondamento normativo alla distinzione tra disposizione e norma. Se l'interpretazione parte da un testo e segue un processo cognitivo legale, il risultato di questo processo (*l'interpretazione-prodotto*) è qualcosa di più di una ‘disposizione’, cioè di un semplice testo. Il punto di arrivo solo apparentemente è lo stesso punto di partenza: l'interpretazione parte dal testo e ritorna a esso portando un significato. [...] È un autobus che parte semivuoto e ritorna carico»). Ci pare assumere una posizione intermedia tra le distinte posizioni ora esposte, KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 226, il quale, a proposito dell'attività dell'interprete del diritto – che ricorre tanto a strumenti logici, quanto a strumenti retorici o para-logici e a strumenti extra-logici (223) ed «effettua dei ragionamenti e a tale scopo utilizza non soltanto ciò che gli offre il diritto (scritto o consuetudinario) sotto forma di regole extra- o para- logiche per l'interpretazione giuridica, ma anche regole di ragionamento ricavate dalla logica» (221) – mette in luce l'esistenza di «regole logiche d'interpretazione giuridica» (invariabili e, in tal senso, a nostro parere avvicinati alla posizione di Viola) e «regole giuridiche d'interpretazione» (variabili e, in tal senso, accostabili alle considerazioni svolte da Iacoviello). Per una lettura *âgée* a proposito di quel che “bisogna fare” quando «si ha una controversia su un testo scritto», v. CICERONE M. T., *De inventione*, in CICERONE M. T., *Opere di retorica*. *De inventione – De optimo genere oratorum – Partitiones oratoriae – Topica*, (a cura di) G. E. MANZONI, Brescia, 2019, 205-217 [lib. II: XL, 116-XLVIII, 142] e cfr. CICERONE M. T., *De optimo genere oratorum*, in CICERONE M. T., *Opere di retorica*, cit., 341-345 [XXXVIII, 132-XXXIX, 138], ove si offre una ricostruzione a tratti antesignana dell'attuale art. 12 preleggi.

⁴⁷⁷ CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile* (1926), Padova, 1986, I, 272-273. Afferma la Corte costituzionale (sent. n. 78 del 2012; in senso analogo, sentt. nn. 219 del 2008 e 26 del 2010) che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale».

sociale e al quadro di vita preso in considerazione»⁴⁷⁸. Sicché, in certi casi, si assiste a vere e proprie “acrobazie filologiche”⁴⁷⁹ o, più realisticamente, a letture funzionalmente orientate delle fattispecie normative (sostanziali e processuali).

Peraltro, la circostanza che addirittura la Corte costituzionale abbia definito l’interpretazione letterale un «metodo primitivo sempre»⁴⁸⁰ è un’evenienza emblematica e rivelatrice del fatto che, a livello prasseologico, «la mera esegesi dei testi risulta, alla fine, la più aperta di tutte le interpretazioni, aperta eventualmente a tutti gli imbrogli e i trucchi gesuitici, magari a fin di bene, come in Shakespeare»⁴⁸¹.

E se le abilità esegetiche – in grado di contrassegnare l’ampiezza e l’incidenza del potere giuridico di cui l’interprete si fa espressione – vengono in gioco persino nel caso dell’interpretazione letterale, è facile immaginare quanto siano vasti gli spazi di discrezionalità che possono aprirsi sulla scorta delle altre tipologie di interpretazione. Com’è stato detto: «il diritto, in altre parole, diventa questione di argomentazione»⁴⁸² e di abilità argomentative.

⁴⁷⁸ GIUNTA F., *Strano ma vero*, cit., 2, secondo il quale «questa [i.e. l’attribuzione del significato alle parole che compongono il testo di legge] è materia del giudice, che ne risponde con l’obbligo di motivazione e in definitiva con la sua reputazione professionale». In quest’ottica, risuona (o dovrebbe risuonare) nella mente dell’interprete il monito presente in TRIBE L. H. – DORF M. C., *Leggere la Costituzione* (1991), (trad. it.) D. DONATI, Bologna, 2005, 63, ove metaforicamente si rammenta la necessità che «il testo sul quale ci basiamo sia in grado di sopportare il peso che vorremmo fargli portare».

⁴⁷⁹ A titolo esemplificativo, si richiama il c.d. “caso Radio Vaticana” (oramai divenuto un’ipotesi di scuola): Cass., Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845. In tale occasione, la giurisprudenza ha ricostruito semioticamente la parola “gettare” e, con una ‘articolata’ argomentazione, è giunta a ricomprendere l’emissione di onde elettromagnetiche entro la fattispecie di cui all’art. 674 c.p. (“getto pericoloso di cose”). Sul punto, v. le *Opinioni a confronto. “Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza”*, in *Criminalia*, 2010, 347-382 di CARCATERRA G., VELLUZZI V., DI GIOVINE O. e MAZZACUVA N., introdotte da GIUNTA F.

⁴⁸⁰ Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1 («L’interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica»). Altrettanto emblematico è, ad esempio, che si sia ritenuta l’interpretazione letterale una irrazionale limitazione della preferibile interpretazione logica, la quale sarebbe stata da prediligere in quanto «del tutto coerente con lo scopo di tutela della fattispecie incriminatrice» (Cass., Sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865).

⁴⁸¹ ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., 240. Il riferimento shakespeariano non può che richiamare alla mente «la sottigliezza di Porzia» (ASCARELLI T., *Antigone e Porzia*, cit., 772) ne *Il mercante di Venezia*.

⁴⁸² WALDRON B., *Il rule of law e l’importanza della procedura*, in AA. VV., *Rule of law. L’ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 380, per il quale «nei sistemi a noi familiari, il diritto si presenta come qualcosa di cui si può cercare un senso. Nel nostro sistema giuridico le norme potrebbero anche sembrare una maledetta sfilza di comandi, ma giuristi e giudici cercano di vedere il diritto come un insieme; cercano di individuare qualche sorta di coerenza o di sistema, integrando elementi specifici all’interno di una struttura che abbia senso da un punto di vista intellettuale. E i cittadini comuni e i loro avvocati sfruttano questa aspirazione alla sistematicità e all’integrità quando elaborano le loro argomentazioni giuridiche, invitando il Tribunale davanti a cui si svolge la loro causa a considerare il modo in cui la posizione che stanno difendendo si integri da un punto di vista generale con una concezione coerente dello spirito della legge. Questi non sono semplicemente argomenti su come il diritto dovrebbe essere, avanzati, per così dire, con una sorta di atteggiamento lobbistico. Sono argomenti di ragione che presentano tesi in competizione su ciò che il diritto è. Inevitabilmente, si tratta di argomenti controversi: una parte dirà che una certa proposizione non può essere sostenuta in base al diritto esistente; l’altra parte risponderà che quella tesi può in effetti essere inferita,

Con sguardo rivolto al fenomeno giuristocratico, tra i criteri interpretativo-argomentativi che più estendono l'efficacia pervasiva dei poteri decisionali del giudice si rammentano: i) l'interpretazione sistematica e, in particolare, l'interpretazione "conforme a" (Costituzione, Convenzione ecc.)⁴⁸³; ii) l'interpretazione storica⁴⁸⁴; iii) l'interpretazione teleologica, o finalistica⁴⁸⁵; iv) l'interpretazione secondo lo spirito della legge (*ratio legis*)⁴⁸⁶; v) l'interpretazione

semplicemente a condizione di considerare il diritto più coerente (o coerente tra un numero maggiore di suoi elementi) di quanto si sia cercato di fare in passato. E così, stabilire se una certa tesi abbia autorità giuridica può spesso rivelarsi una questione controversa. Il diritto, in altre parole, diventa questione di argomentazione» (cfr. *infra*: cap. II, § I.1). Sul punto: CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario*, cit., 286; KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, cit., 68 («In zahllosen Gerichtsverfahren wird um die Auslegung der Gesetze gestritten, weil verschiedene Auslegungen vertretbar wären. Die Elemente der juristischen Auslegungstechniken lassen verschiedene Möglichkeiten zu. [...] Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus den Instrumenten der Auslegungstechnik ist die Entscheidung zwingend vorgeschrieben»); NEUMANN U., *Applicazione giuridica*, cit., 58 («Il senso della legge dipende dall'interpretazione che si sceglie. L'interpretazione soggettiva può condurre a un senso legale diverso rispetto all'interpretazione oggettiva, l'interpretazione letterale a un senso diverso rispetto all'interpretazione orientata allo scopo della prescrizione. Questo significa: i metodi interpretativi non *indiziano* il senso della legge, lo *costituiscono*. Esagerando si può dire: ci sono tanti significati legali quanti sono i metodi interpretativi – ammesso naturalmente che questi metodi conducano tutti di fatto a diverse interpretazioni della legge»); SANTORO E., *Diritto e diritti*, cit., 313-314 (il quale, sviluppando la lettura che Kripke ha offerto delle tesi di Wittgenstein sul linguaggio [309-319] e giungendo a definire il «paradigma "Kripkenstein"» [315], ha modo di affermare altresì che «seguire delle norme o delle regole significa quindi costruirne sempre di nuove, o modificare quelle esistenti: ovviamente con il materiale linguistico o sociale a disposizione. E non potrebbe essere che così, dato che le regole non sono in grado di specificare le procedure interpretative con cui il soggetto decide la loro applicabilità alla situazione. La 'stessa' norma e la 'stessa' situazione possono essere costruire in maniera assai diversa. Il significato delle regole e quello del contesto a cui si applicano non sono stabili, ma si definiscono reciprocamente»); SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite*, per *relationem e sommarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 338, nt. 8 («Le argomentazioni inserite dall'estensore nella motivazione della sentenza discendono dall'operato accertamento probatorio e si collegano ai criteri seguiti dal decidente al momento di assumere i mezzi di prova. Questi criteri anticipano, condizionandoli all'esito dell'istruzione probatoria, gli argomenti della motivazione»).

⁴⁸³ Osserva LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice*, cit., 121 che «la forza della interpretazione sistematica è un ulteriore fattore che favorisce la creatività del giudice, essendovi piena consapevolezza che il diritto, elevandosi a *sistema*, è dotato di *propulsione normativa propria* anche sul piano della produzione di *regole*».

⁴⁸⁴ Con GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 613 possiamo dire che «ogni epoca interpreta necessariamente qualunque testo in un proprio modo, giacché il testo appartiene all'insieme della tradizione che essa ha interesse a comprendere e nella quale si sforza di capire se stessa. Il senso vero di un testo, come esso parla agli interpreti, non dipende da quell'elemento occasionale che è rappresentato dal suo autore e dal pubblico originario a cui esso si rivolgeva. O, almeno, non si risolve completamente in questo. Esso è infatti sempre anche determinato dalla situazione storica dell'interprete e, quindi, dallo sviluppo storico obiettivo».

⁴⁸⁵ Scrive BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1782 e 1789 che «ai fini dell'interpretazione di una norma occorre quindi dare senso alla stessa e questo senso non può che darlo la dimensione teleologica, lo scopo. [...] La giurisprudenza finisce per adottare soluzioni differenziate a seconda dell'esito che intende perseguire».

⁴⁸⁶ BECCARIA C., *Dei delitti e delle*, cit., 33 – cap. IV: «Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. [...] Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che a esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de'

evolutiva⁴⁸⁷; vi) l'interpretazione conservativa⁴⁸⁸; vii) l'interpretazione analogica⁴⁸⁹; viii) l'interpretazione integrativa o integratrice (tramite referenti esterni al mondo giuridico; tramite referenti interni al mondo giuridico: es. *soft law*)⁴⁹⁰; ecc.

miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente».

⁴⁸⁷ Afferma BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 107-108 e 115-116 e 124 che «nell'interpretazione giuridica di un ordinamento in vigore il giurista non si può arrestare a rievocare il senso originario della norma – come se si trattasse di un'entità storica, di un fatto del passato, avente un senso in sé conchiuso – ma deve fare un passo avanti: perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è destinata a passare e a trasformarsi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire. Qui, pertanto, l'interprete non ha ancora finito di adempiere il suo compito, quando ha ricostruito l'idea originaria della formola legislativa (cosa che pur deve fare), ma deve, dopo ciò, mettere d'accordo quell'idea con la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev'essere riferita. [...] Il testo letterale del codice funziona come un'impalcatura o intelaiatura, una ossatura, insomma, che non si articola né si rianima se non al contatto con la vita della società nazionale; e quanto più ampio apprezzamento alla stregua delle vedute dominanti nella coscienza sociale vi è consentito al giudice, tanto più la divergenza delle concezioni etiche, religiose, economico-sociali condurrà a elaborare un diritto vivo diverso. [...] Quanto più la formola si allontana nel tempo dalla presente attualità, tanto più essa ha bisogno di essere integrata e "arricchita" mediante una efficiente collaborazione dell'interprete. [...] Proprio l'interpretazione adempie il compito di tenere in efficienza le leggi e di farle vivere nella realtà storica e sociale. Del resto, non solo la formola e il linguaggio delle leggi, ma qualsiasi espressione di linguaggio soffre di codesto difetto, appare cioè ellittica, insufficiente rispetto all'idea da esprimere, e pone all'interlocutore-interprete l'esigenza di integrarla». In questa prospettiva, possiamo far riferimento all'imponente opera giudiziale di adeguamento interpretativo-applicativo dei codici penale (1930) e civile (1942), i quali, scontando una genesi ante-repubblicana e pre-costituzionale, hanno preteso e – ancorché ritoccati dal legislatore – tuttora pretendono un adattamento continuo delle proprie previsioni all'impronta personalistica della Costituzione, nonché ai valori di marca democratica e all'evolversi sociale.

⁴⁸⁸ Si rammenti il principio di conservazione degli atti giuridici, il quale «è considerato canone ermeneutico che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 c.c., ispira tutto l'ordinamento giuridico» (così PINO G., *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., 76, nt. 50). In base a tale principio, «un atto giuridico che presenta alcuni difetti di forma può comunque valere come un diverso atto giuridico del quale abbia i requisiti; oppure può comunque essere considerato esistente se idoneo a raggiungere alcuni dei propri effetti tipici; e così via» (44).

⁴⁸⁹ Senza soffermarsi sulla problematica, rileviamo che «da più parti ormai si ritiene che, in un certo senso, qualsiasi ragionamento interpretativo sia, di per sé, analogico. Da questo punto di vista, dunque, l'analogia non sarebbe una forma di produzione del diritto, ma la modalità ordinaria di interpretare lo stesso» (CATERINI M., *Il ruolo "politico" del giudice penale*, cit., 514. Sul tema: KAUFMANN A., *Analogie und "Natur der Sache"* (1982), (trad. it.) G. CARLIZZI, *Analogia e "natura della cosa". Contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2004, *passim.*; MELANDRI E., *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968, *passim.* [in part., 715 ss.]). Invero, anche sulla scorta di ragioni di ordine filosofico, si è osservato che «ogni interpretazione è analogia» (HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., 190. Sul "conoscere analogico", cfr. SCHOPENHAUER A., *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile* (1890), Milano, 2010, 101: «Le similitudini hanno un grande valore, in quanto riconducono un rapporto sconosciuto a uno noto. [...] Si potrebbe dire addirittura che ogni formazione concettuale si fonda su similitudini, in quanto deriva dall'afferrare ciò che è simile e dal tralasciare ciò che non è simile nelle cose. Inoltre, ogni vero intendere consiste in ultima analisi in un afferrare rapporti (*un saisir de rapports*): ma ogni rapporto potrà essere afferrato tanto più chiaramente e puramente quanto più lo si riconosca come lo stesso in casi molto diversi tra loro e tra cose assolutamente eterogenee»). Evidenzia il fatto che le «componenti analogiche (induzione/abduzione) sono coesenziali al pensiero e [quindi anche] a quello giuridico» DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 22 (v. altresì DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 109 e 109-110, nt. 59). Sostiene DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo?*, cit., 271 che l'interpretazione stessa «è una operazione fondata necessariamente su un procedimento analogico», ovvero che l'atto interpretativo è intrinsecamente e inevitabilmente un atto analogico: non mancando però di precisare che, sicuramente in ambito penale, «l'analogia vietata (e che deve continuare a essere vietata) è quella che gioca fuori dall'area semantica delle parole (potremmo chiamarla *analogia*

A fronte degli innumerevoli “tipi” o – aristotelicamente parlando – “luoghi” (*topoi*) interpretativi e argomentativi, non essendoci una metodica di riferimento attraverso cui condurre la trattazione delle fattispecie (o perlomeno di alcune predeterminate fattispecie, che consentano di essere trattate secondo una tecnica accertativa ricorrente), avviene che il modo di interpretare – e di argomentare: cioè, di addurre ragioni a sostegno dell’interpretazione prescelta⁴⁹¹ – sia rimesso, se non interamente comunque in larghissima parte, al “buon cuore” dell’interprete⁴⁹².

Invero, come scrive Claudio Luzzati, la portata effettiva del momento discrezionale «non dipende solo da fattori semantici, quali l’ambiguità e l’indeterminatezza delle espressioni usate dal legislatore, ma dipende anche dagli atteggiamenti degli interpreti»⁴⁹³. Si è praticamente liberi, ad

esterna alla fattispecie). Consentita è invece l’analogia *interna* (alla fattispecie): l’analogia che gioca dal di dentro e che, esercitando una forza centrifuga, spinge muovendo dalle proprietà *essenziali*, cioè dalle proprietà senza le quali la parola non avrebbe un dato significato, per comprendere quelle *tipiche*, vale a dire le proprietà che solitamente ricorrono, ma senza le quali una parola non perde il dato significato. Questo si intende quando si dice che l’interpretazione è inevitabilmente analogica» (DI GIOVINE O., *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 276). Aspramente critico, MARINUCCI G., *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1257-1258, secondo cui «leggere Binding sarebbe, da sola, una medicina salutare per chi parla oggi del carattere necessariamente analogico dell’interpretazione delle norme penali».

⁴⁹⁰ Scrive BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 135 che, «nell’ambito dell’interpretazione giuridica, non sussiste un’antitesi concettuale fra interpretazione e integrazione». Rilevano la presenza di «argomenti integrativi», che servono «a giustificare la costruzione di una norma implicita o inespressa», CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 64. Fra le molteplici modalità integrative o integratrici del testo normativo (ad esempio, in diritto penale: c.d. “norme in bianco”; termini contenutisticamente aperti, come i concetti di “assistenza” e di “rappresentanza” di cui all’art. 178 c.p.p.; ecc. ecc. ecc.), si possono richiamare le riflessioni in tema di «interpretazione delle norme penali alla luce della *soft law*» svolta da BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, cit., 561-563.

⁴⁹¹ Sulla tematica, per tutti, si rinvia a GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, *passim*. In altro luogo, l’Autore osserva che, «nella cultura giuridica occidentale moderna, è abituale per i giuristi e obbligatorio per i giudici “motivare” le loro decisioni interpretative, ossia addurre (non propriamente “motivi”, malgrado sia questa la parola comunemente usata, ma) ragioni. (I motivi sono i fatti psicologici che *causano* una decisione. Le ragioni sono argomenti, ossia enunciati, che fanno parte di un ragionamento nelle vesti di premesse, e che (non già causano, ma) *giustificano* una decisione. Cfr. ROSS A., *On law and Justice*, London, 1958, 152 ss.). Detto altrimenti: ogni decisione interpretativa – “la disposizione D esprime la norma N1 (e non la norma N2)” – si presenta normalmente come conclusione di un ragionamento. I “metodi” o “tecniche” di interpretazione altro non sono che l’insieme di ragioni che, nell’ambito di una determinata cultura giuridica, possono essere adottate a sostegno dell’interpretazione prescelta» (GUASTINI R., *Saggi scettici sull’interpretazione*, cit., 133).

⁴⁹² Scrive BARILE P., *Introduzione*, in CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit. che «il giudice, chiamato ad applicare una legge, come uomo è portato a giudicarla: secondo che la sua coscienza morale e la sua opinione politica la approvi o la biasimi, la applicherà con maggiore o minor convinzione, cioè con maggiore o minor fedeltà. L’interpretazione delle leggi lascia al giudice un certo margine di scelta: entro questo margine chi comanda non è la legge inesorabile, ma il mutevole cuore del giudice’ (a meno che, direi, il cuore del giudice non sia turbato da esigenze estranee, nel quale caso varrà la massima napoletana secondo cui ‘le leggi, si applicano; per gli amici, si interpretano’)».

⁴⁹³ LUZZATI C., *Il superamento pragmatico dell’opposizione tra regole e principi*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2016, 140. Sul punto: BOBBIO N., *Metodo*, cit., 88 e 89 («La decisione del giudice, anche nel più rigido sistema normativo, non è mai, per la sua stessa natura, automatica»); BOBBIO N., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, 700 («[Il giudice] nel bagaglio delle regole interpretative a sua disposizione trova quella che gli permette di dare una giustificazione alla decisione presa. Sappiamo benissimo che avrebbe potuto trovare nello stesso bagaglio anche la regola opposta»); GUASTINI R., *Genaro Carriò e la trama aperta del diritto*, in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II,

esempio, di adottare una lettura estensiva piuttosto che restrittiva della disposizione legislativa⁴⁹⁴ oppure di considerare esistente, o meno, una lacuna normativa e, parimenti, di poter ritenere tale

Torino, 1989, 155-156 («È falso che le decisioni dei giudici siano sempre controllate da norme precostituite, senza margini di discrezionalità (come vorrebbe il formalismo); ma è egualmente falso che i giudici decidano discrezionalmente sempre e comunque (come vorrebbe il realismo). Per l'appunto: i formalisti ignorano la 'zona di penombra'; i realisti ignorano la 'zona di luce'. [...] Chi decide [però] se un caso ricada nella 'zona di luce' o nella 'zona di penombra'? Chi traccia i confini tra le due aree? I giudici, ovviamente. I giudici, cioè, usano discrezionalità non solo nel decidere la soluzione di controversie che ricadono nella 'zona di penombra', ma anche nel decidere se una controversia ricada, o no, nella 'zona di luce'. Insomma, sono frutto di decisioni interpretative gli stessi, incerti, confini, tra 'luce' e 'penombra'. In altre parole ancora, la penombra stessa è il risultato della discrezionalità degli interpreti»); TARUFFO M., *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 943 («Ogni teoria dell'interpretazione 'porta con sé' una immagine particolare del giudice e ogni definizione del ruolo del giudice 'porta con sé' una specifica concezione dell'interpretazione. Di conseguenza, le variazioni nella teoria implicano variazioni nella definizione del ruolo istituzionale del giudice (e forse, in qualche misura, nel modo in cui i giudici interpretano il loro ruolo) e viceversa»); TUZET G., *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *Dir. quest. pub.*, 2011, 1078 («Assieme agli aspetti conoscitivi, c'è sempre una scelta da fare. Ed è bene che sia compiuta nella maniera più esplicita possibile»); VELLUZZI V., *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia*, 2012, 306 («A seconda del modo in cui le disposizioni normative caratterizzanti la legalità penale sono intese, ossia vengono tradotte in norme, muta l'intensità del vincolo posto al giudice»). Per un'aspra critica in materia, v. FERRUA P., *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, in AA.VV., *“L'operazione decisoria” da emanazione divina alla prova scientifica*, (a cura) L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2014, 111-112: «Dall'idea ingenua e irrealistica del giudice come codice animato e di una legge insuscettibile di interpretazioni si sta giungendo, attraverso un lungo processo, all'idea opposta, ma non meno rischiosa, di un assoluto primato dell'interpretazione che segna il declino della stessa legge: parafrasando la sentenza nietzschiana, parrebbe che dal 'c'è solo la legge, non ci sono interpretazioni', si navighi a vele spiegate verso il 'non c'è la legge, ci sono solo interpretazioni'. Esempi di questa tendenza si scorgono nella propensione a parificare i mutamenti giurisprudenziali alla sopravvenienza di una nuova legge, nel primato del diritto vivente, nell'esaltazione di interpretazioni sistematiche e adeguatrici che di fatto si risolvono in tecniche creative, nella messa al bando dell'interpretazione letterale, che la sentenza sulle intercettazioni presidenziali definisce “metodo primitivo sempre” (a quando la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 12, co. 1 delle preleggi che le conferisce valore prioritario?). A leggere certe sentenze si direbbe che il testo della legge sia studiato e analizzato per essere meglio tradito».

⁴⁹⁴ Cfr. CANALE D. – TUZET G., *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., 153; GUASTINI R., *Saggi scettici sull'interpretazione*, cit., 151 («L'interpretazione in senso stretto è un'attività mentale, in quanto tale non suscettibile di regolamentazione»); LUZZATI C., *Il superamento pragmatico dell'opposizione tra regole e principi*, cit., 140 («Un giudice può dirsi tutt'altro che scettico sulla possibilità di dare un significato alle formule legislative e, nel contempo, *decidere* che la discrezionalità interstiziale non è sufficiente a garantire determinati valori irrinunciabili o a evitare quelle che reputa essere conseguenze palesemente “assurde”. In tal caso si richiamerà alla *ratio legis* e ai principi impliciti, in modo da costruire eccezioni tacite, non codificate ma che vanno a iscriversi nei precedenti giurisprudenziali, rispetto ai contenuti che altrimenti emergerebbero dalla normale pratica esegetica. E ciò può accadere tanto spesso da mettere in serio dubbio il motto che le eccezioni confermano la regola. Ma se le cose stanno così, è allora evidente che la “regolarità” di un certo modello di condotta prescritto dalla legge e l'affidabilità delle previsioni relative ai giudizi dati al riguardo dagli interpreti qualificati non si ricollegano alla mera comparsa sul piano sintattico di una formulazione generale e astratta e, soprattutto, che una simile “regolarità” e una simile affidabilità non sono un'automatica conseguenza della tassatività delle previsioni legislative. Gli addetti ai lavori, infatti, possono, se lo vogliono, considerare defettibile la più precisa delle norme, e, quando non lo fanno, ciò dipende in larga misura dai loro impegni metodologici. Una medesima norma può essere vista come un esile canovaccio che riassume una serie di passate decisioni oppure come un vincolo stringente che normalmente non è superabile neanche nel caso in cui le decisioni che vi si conformano risultino subottimali»).

lacuna colmabile (con ragionamento analogico) oppure non rimediabile (con ragionamento *a contrario*)⁴⁹⁵.

Nell'«inseparabile interazione tra testo e interpretazione»⁴⁹⁶, quest'ultima consiste in «una *scelta* (e dunque implica un atto di natura *volitiva*) *tra più possibili significati*» attribuibili al dato legislativo e rappresenta l'attività «con cui il giudice *prosegue e completa* l'attività normativa del legislatore, definendo il preciso contenuto della norma da applicare nel caso concreto»⁴⁹⁷. Ed è

⁴⁹⁵ V. GUASTINI R., *Saggi scettici sull'interpretazione*, cit., 141-142: «Sussiste una lacuna allorché una fattispecie F non è disciplinata in alcun modo da alcuna norma espressa dell'ordinamento. Accade però spesso che le fonti del diritto possano essere interpretate sia nel senso che la fattispecie F è priva di disciplina, sia nel senso che F è disciplinata. La prima interpretazione produce una lacuna, la seconda la evita. Detto altrimenti, le lacune non sono difetti 'oggettivi' dell'ordinamento: dipendono dall'interpretazione. L'interpretazione può crearle, così come evitarle». Analogamente: BOURDIEU P., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico* (1986), (a cura di) C. RINALDI, Roma, 2017, 80-81 («Giuristi e giudici dispongono tutti, sebbene in misura diversa, del potere di utilizzare la polisemia o l'anfibologia delle formule giuridiche ricorrendo sia alla *restrictio*, procedura necessaria per evitare di applicare una legge che, se intesa in termini letterali, dovrebbe essere applicata, sia all'*extensio*, procedura che permette di applicare una legge che, presa alla lettera, non dovrebbe esserlo, sia ancora a tutta una serie di tecniche che, come l'analogia, la distinzione tra la lettera e lo spirito ecc., tendono a massimizzare l'utilità dell'elasticità della legge, e anche dalle sue contraddizioni, ambiguità e dalle sue lacune»); ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 174-179; ancora GUASTINI R., *Genaro Carriò*, cit., 158 e GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 29, nt. 52; KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 223 («Die Entscheidung darüber, ob man eng auslegt oder durch „teleologische Reduktion“ einschränkt bzw. ob man weit auslegt oder durch Analogie eine Lücke füllt, orientiert sich darum in der Praxis auch nicht an der Frage, welcher „Wortsinn möglich“ ist, sondern daran, wie sich die eine oder andere Interpretationsweise in den Kontext des Rechtsgebiets einordnet und wohin sie führt. Das aber bedeutet, sie orientiert sich letztlich unausgesprochen auch wieder an den Kriterien der Gerechtigkeit»); MONATERI P. G., «*Correct our watches by the public clocks*», cit., 202; SOMERHAUSEN M., *La motivation et la mission normative du juge*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 35.

⁴⁹⁶ MAIELLO V., *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 782.

⁴⁹⁷ VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 24, il quale così prosegue: «Questa attività di completamento (e dunque di *con-formazione*) del diritto di matrice legislativa a opera della giurisprudenza si attua, tipicamente, mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi cui è riconducibile il caso concreto all'esame, ma che conserva carattere *generale e astratto* e funge, come tale, da (reale) premessa maggiore del sillogismo giudiziale. Proprio nella formulazione di tale regola consiste, in effetti, la specificità dell'attività di *interpretazione* della norma, come distinta dalla attività (logicamente successiva) di *applicazione* della norma (interpretata) al caso concreto. A ben guardare, la *regula iuris* di cui qui è discorso altro non è se non il *principio di diritto* che la Corte di cassazione ha l'obbligo di enunciare quando giudica a Sezioni unite o annulla con rinvio una sentenza (art. 173 disp. att. c.p.p.), nonché l'essenza dei «*motivi di diritto su cui la decisione è fondata*» che ciascun giudice ha l'obbligo di enunciare succintamente (art. 546 lett. e) c.p.p.), in adempimento dell'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giudiziali (art. 111, co. 6 Cost.). E altro non è se non quello che gli anglosassoni definiscono come la *ratio decidendi* di ogni provvedimento giudiziale, che rende idoneo – per l'appunto – tale provvedimento a operare come *precedente*, e cioè come *modello di decisione* per casi consimili futuri che si presenteranno all'attenzione di altri giudici. Ciò che si indica usualmente come «giurisprudenza» è dunque l'insieme dei precedenti costituiti dalle *regulae iuris* (o, detto all'anglosassone, dalle *rationes decidendi*) – più o meno uniformi e coerenti, più o meno autorevoli secondo il grado gerarchico e il prestigio degli uffici di volta in volta giudicanti – espressamente enunciati dai giudici come premesse maggiori delle proprie decisioni in quella materia, o comunque deducibili da quelle decisioni. Dal che deriva un'importante conseguenza, decisiva per il prosieguo del discorso: quella, cioè, secondo cui la giurisprudenza (= l'insieme dei precedenti) svolge di fatto, attraverso l'interpretazione, una essenziale funzione *normativa*, anche in una materia come quella penale dominata dalla riserva di legge. I prodotti normativi della giurisprudenza resteranno, beninteso, *subordinati gerarchicamente alla legge*, al cui metro potranno

vano, per dirla con Tullio Ascarelli, è «vano negare il peso delle valutazioni dell'interprete, che sono appunto queste che determinano via via nuove interpretazioni, nuove norme, reale sviluppo del diritto anche rispetto a testi rimasti (e le prove non sono certo infrequenti) lessicalmente identici, che il diritto si muta rivoluzionariamente e magari col sacrificio di Antigone e si muta per sottili interpretazioni e magari col sorriso di Porzia; in un processo inesauribile al quale partecipano legislatore, giudice, giurista (e giurista è alla fine chiunque si faccia comunque ad applicare la norma)»⁴⁹⁸.

Nelle mani dell'organo giudicante – così come, in verità, nelle mani di ogni altro interprete; ma per quanto qui d'interesse è rilevante, in special modo, la posizione di chi ha il potere di pronunciarsi, in nome dello Stato, sulla vita (cioè sulla libertà *lato sensu* intesa: personale, economica ecc.) delle persone; nelle mani dell'organo giudicante, dicevamo – residua un enorme margine di discrezionalità. Un margine che, fisiologicamente (nella generalità dei casi)⁴⁹⁹, ne amplifica visibilmente il potere.

In pratica, come confessa Francesco Mauro Iacoviello, accade di trovarsi «a disposizione un sacco di criteri ermeneutici (l'argomento letterale, quello storico, quello sistematico ecc.) e [di essere] liberi di usare quello che più piace per aprir[s]i un varco nelle anfrattuosità dei testi»⁵⁰⁰.

essere *falsificati* in caso di incompatibilità. Ma, nell'ambito dei confini segnati dai possibili significati letterali di tali disposizioni, i giudici restano di fatto liberi di elaborare soluzioni interpretative *non necessitate* in base al testo delle disposizioni medesime, e che potranno – più che essere radicalmente falsificate – soltanto apprezzate e se del caso criticate nella loro maggiore o minore persuasività, sulla base di tutto il vasto ventaglio di tecniche interpretative a disposizione dell'interprete, non necessariamente tra loro coerenti rispetto alla singola questione; soluzioni interpretative che si cristallizzeranno in autentiche proposizioni normative, nella forma – più in particolare – di regole di giudizio (generali e astratte) di formazione giurisprudenziale, idonee a operare come criteri per la decisione di casi futuri. Regole con cui quotidianamente operano i giudici (che spesso individuano le singole regole con riferimento al nome dell'imputato dei *leading cases*, per lo più delle Sezioni unite, in cui sono state enunciate), e che costituiscono del resto la principale materia di studio per gli aspiranti al concorso di magistratura, a definitiva conferma che il giudice – lungi dal confrontarsi direttamente [e soltanto] con le disposizioni legislative – si misura innanzitutto, nel decidere un caso concreto, con le regole di giudizio enunciate dalla giurisprudenza a proposito della disposizione medesima» (24-26).

⁴⁹⁸ ASCARELLI T., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., 17.

⁴⁹⁹ D'altronde, «non tutti i fenomeni di ampliamento dei poteri ermeneutici del giudice sono la conseguenza di situazioni patologiche nelle quali il giudice travalica il proprio ruolo animato dall'intenzione di manipolare il dato normativo, ma possono essere anche la diretta conseguenza di situazioni del tutto fisiologiche [...] che, nondimeno, finiscono per attribuire agli organi giudiziari veri e propri poteri "creativi"» (PALMA A. U., *Il progressivo ampliamento dei poteri interpretativi del giudice: un vulnus a libertà e garanzie?*, in *Giust. pen.*, 2016, 138).

⁵⁰⁰ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 75. E dato che «i canoni dell'interpretazione, a partire da Savigny, sono stati fatti oggetti di molte discussioni [ma], fino ad oggi, non c'è accordo sul loro numero, la loro esatta interpretazione, la loro gerarchia e il loro valore» (ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 185 [v. anche 195-196]) e, soprattutto, dato che «i metodi interpretativi non dispongono di un chiaro apparato di regole per la loro applicazione» (HASSEMER W., *Metodologia giuridica*, cit., 92), può dirsi che il giudice adotterà quel metodo interpretativo-argomentativo che gli consentirà di raggiungere il risultato "mirato". A tal proposito, cfr. LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, cit., 67-83 e 101 e v. ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 327. Osserva che «nel diritto l'argomentazione (su cosa significhi questa o quella disposizione, o su quale sia la portata di una certa massa di precedenti) è ordinaria amministrazione» WALDRON B., *Il rule of law e l'importanza*

Al giudice, in particolare, tutte queste tipologie di interpretazione e forme di argomentazione assicurano una maggiore apertura della forbice decisoria, nella misura in cui gli consentono di assumere l'una o l'altra decisione a seconda del tipo di canone che sceglie di adottare⁵⁰¹. E ciò è amplificato dal fatto che, nonostante si sia a più riprese insistito sul punto⁵⁰², «non v'è alcuna norma giuridica che imponga di usare un criterio piuttosto che un altro»⁵⁰³.

della procedura, cit., 386. Parla di «libertinaggio ermeneutico» GIUNTA F., *Nota introduttiva. "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, cit., 159. Rileva che «a essere problematica è la varietà di risultati cui può portare l'attività interpretativa della legge; varietà di risultati che in buona parte dipende (e, si noti bene, non già prescinde) dai criteri dell'interpretazione stabiliti dagli stessi ordinamenti giuridici» MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, 34 (la quale afferma ancora che «modi diversi di interpretare le norme che prescrivono l'obbligo di motivare le decisioni giudiziali (nel caso in cui tali norme valgano nell'ordinamento giuridico in relazione al quale il giudice si trova a operare), si riflettono, com'è ovvio, su una simmetrica diversità di modi di stilare la motivazione: si riflettono, cioè, su una simmetrica varietà di modi di selezionare i dati processuali di cui render conto, su una pluralità di modi, cioè, di individuare gli eventuali elementi del processo decisorio che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale da riportare nella motivazione» [138-139]). Sottolinea «la polivalenza che può assumere ai sensi dell'art. 192, co. 1 c.p.p. la singola prova, in ragione della varietà dei criteri che possono essere adottati per valutare l'elemento di prova» MENNA M., *La motivazione*, cit., 76. Sostiene che, in mancanza di una «"piattaforma metodologica" dell'interpretazione sostenibile», non possiamo che «limitarci a constatare che – così come un giudice tra molte leggi è, in fin dei conti, un giudice senza legge – una interpretazione tra molte interpretazioni possibili è arbitrario» MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 26. Su questo specifico punto, propone un raffronto tra quel che avviene nel mondo della scienza e quel che invece avviene nel mondo del diritto, MENEGHELLO B., *Una proposta concreta per la giustizia. Abolire la motivazione delle sentenze* (1969), in www.dirittopenaleeuomo.org, 22 gennaio 2020, 8 (dalla cui proposta – i.e. quella di abolire la motivazione, anche ma non solo alla luce di questa evenienza – fermamente ci distacciamo e prendiamo le distanze; ancorché condividiamo le affermazioni che qui riproduciamo): «Nella scienza, anche quando un problema si può risolvere con due o più metodi, il risultato deve essere sempre lo stesso. Nel diritto accade esattamente il contrario. Esistono numerosi metodi interpretativi delle norme di legge. Si ricorre all'interpretazione razionale quando quella letterale non soddisfa, a quella sistematica o evolutiva per contrastare quella storica o teleologica e così via, nella più allegra anarchia. Non esiste, infatti, una gerarchia né alcuna regola, generalmente accettata, per stabilire quando, come e perché si debba dare la prevalenza all'uno o all'altro criterio, e l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile non risolve il problema».

⁵⁰¹ Cfr. TARUFFO M., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 363: «La pluralità delle possibili interpretazioni di una norma non è ordinabile, a ben vedere, su una scala rigida e a una sola dimensione, poiché non esiste una gerarchia comunemente riconosciuta tra i metodi e gli argomenti ermeneutici. Si può piuttosto pensare (e qui viene a proposito il riferimento al metodo topico [v. *infra*: cap. III, § II.1]) a repertori eterogenei e complessi di argomenti e canoni ermeneutici, che vengono di volta in volta variamente usati dai giudici al fine di individuare l'interpretazione della norma che appare preferibile come criterio di decisione del caso concreto. Si avranno comunque interpretazioni più o meno apprezzabili in funzione dei metodi interpretativi che sono stati usati, e del modo in cui il giudice ne ha fatto uso».

⁵⁰² Sull'opportunità di «scansionare (metodologicamente)» – o di individuare criteri più precisi per – l'atto interpretativo-argomentativo del giudice: ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., *passim*. (es. 8 o 336, nt. 44 [«Affinché il percorso di andata e ritorno non si trasformi in un 'percorso senza fine' sono necessari criteri "che permettano di prendere posizione per una determinata assunzione" (ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, 79). Indicare tali criteri è compito della teoria della giustificazione esterna]); AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 212 («Non può bastare una giustificazione rigida e stereotipata come quella dell'enunciazione della causa a consentire un controllo che può invece trovare esplicazione solo là dove il giudice metta a nudo l'itinerario della propria scelta interpretativa. La motivazione in diritto deve dunque concepirsi come esposizione dei criteri interpretativi di cui il giudice si avvale per fare applicazione della legge»); BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 172 («La decisione, alla fin fine, è affare della discrezionalità del giudice. Onori e oneri compresi. A un potere così grande – tale è – deve contrapporsi un dovere

altrettanto ingombrante: quello di motivare adeguatamente la decisione. Motivare, dare ragione delle scelte compiute, non solo in termini probatori o di ricostruzione fattuale, ma anche sui profili esegetici»); BORSELLINO P., *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 157; CONSULICH F., *Così è (se vi pare)*, cit., 36 («Occorre allora costruire uno statuto dell'interpretazione in sede penale, inteso come complesso di regole la cui trasgressione costituisce un illecito interpretativo dotato di conseguenze processuali certe e che il cittadino possa denunciare di fronte a un giudice di grado successivo. È il caso di munirsi di un minimo di senso pratico. Di fronte a un legislatore ignaro dei rudimenti di scienza della legislazione e in perenne crisi di legittimazione democratica, risulta ingenuo auspicare una nuova attenzione al profilo di tipizzazione delle fattispecie; se si intende incidere un poco sullo stato del diritto penale *in action*, occorre dunque primariamente arricchire la tradizionale legalità illuministica di un nuovo versante, tutto attinente al rapporto tra interprete e testo»); DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 120; cfr. FURFARO S., *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, cit., 91 (il quale rileva criticamente che «a volte pare essere proprio la corretta percezione delle basi reali del diritto a mancare e la ragione di ciò risiede nella mancanza di metodo di approccio alla cosa da interpretare»); GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta online*, 2018, 143 («Mi sembra auspicabile una tendenziale convergenza dei metodi interpretativi utilizzati dai giudici»); HASSEMER W., *Metodologia giuridica*, cit., 93; IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 76-77 e 303 e ss.; IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., 1457-1458; cfr. LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, in *Giust. ins.*, 2009, 2-3, 84 e 85 («Non costituisce motivazione la mera indicazione delle prove o dei risultati probatori, senza esplicitazione dei criteri di rilevanza»); MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 5-6 («Visto che l'attività interpretativa ha un momento intimamente e inevitabilmente politico (come atto di decisione, di valutazione, di volontà), indagare il perimetro attuale dell'interpretazione in materia penale significa, necessariamente, muovere da una premessa stipulativa sui metodi ammissibili, per stabilire i presupposti di legittimità – e di *accountability* – della decisione giudiziale, e dunque le 'condizioni di legittimazione' perché questa possa farsi 'precedente': premessa stipulativa, che presuppone un accordo necessariamente selettivo, perché lo scigno dei metodi interpretativi assomiglia sempre più a un *magic box*, dove si trova un po' di tutto, e i diversi criteri si iscrivono ormai in un *pantheon* nel quale nessun dio domina sugli altri») e 26 (ove si parla di «"piattaforma metodologica" di interpretazione sostenibile»); MASSA M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 7 («Nelle 'ragioni' della decisione vanno chiariti anche i canoni di valutazione seguiti»); MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 6; ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo*, cit., 324 («Sarebbe necessaria una teoria del ragionamento giuridico in grado di verificare e giustificare le condizioni di validità dell'argomentazione e la stringenza delle sue conclusioni. Occorrerebbe, cioè, una meta-giurisprudenza capace di offrire un quadro generale di tutti i processi discorsivi, di tutti i *topoi* dell'argomentazione, in grado di selezionare argomenti cogenti da quelli non cogenti»); PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 7 («Il primo ordine di strumenti cui pensare per realizzare un più intenso grado di legalità effettuale, senza peraltro mettere in discussione la legalità della legge, è costituito da più stringenti regole interpretative, capaci cioè di supplire alla sempre lamentata incapacità della legge di presentarsi con adeguata determinatezza»); PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 68-70 («Il diritto (compreso quello penale) ha bisogno dell'interpretazione perché, senza di essa, resterebbe lettera morta. Ma l'interpretazione può considerarsi legittima solo se è riconducibile in forme metodologicamente corrette ai testi giuridici, sì da affermare gli scopi fondamentali del postulato del vincolo e della fedeltà all'ordinamento, riconducibili alla certezza del diritto, all'eguaglianza di trattamento, alla controllabilità della decisione» [69-70]); PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 114 («Nella propria motivazione il giudicante dovrà dare atto del criterio d'inferenza utilizzato e spiegare le ragioni di questa scelta onde valutarne il grado di debolezza»); SCEVI P., *L'interpretazione della legge penale*, cit., 9 («Riconoscimento della 'creatività' giurisprudenziale non significa necessariamente avvalorare la discrezionalità interpretativa più spregiudicata; viceversa, la consapevolezza degli spazi in cui tale discrezionalità è 'inevitabile' suscita il rigoroso controllo critico dell'approccio ermeneutico, delle forme di argomentazione, nonché delle logiche utilizzate dalla giurisprudenza nella prassi»); TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 278 e nt. 128 («L'attribuzione di un certo significato a una norma è giustificata se è logicamente derivata da canoni interpretativi esplicitati. [...] L'esigenza di motivazione richiede che l'interpretazione della norma sia logicamente giustificata sulla base di criteri ermeneutici che il giudice affermi di aver usato: non si tratta, cioè, di logicità del procedimento interpretativo, ma di logicità del discorso in cui l'esito di tale procedimento viene giustificato. [...] La condizione minima perché la giustificazione sussista è che vengano comunque enunciati i principi interpretativi su cui tale scelta si fonda, poiché la sua validità è controllabile unicamente in relazione a tali principi»); VINCIGUERRA S., *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche*

Nella consapevolezza che si è al cospetto di fenomeni non esattamente governabili, ma tutt'al più controllabili e contenibili/canalizzabili nel loro manifestarsi⁵⁰⁴, riteniamo che la definizione di

rimedio, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 53-59 (il quale, dopo aver rilevato che «la causa dei varchi dischiusi alle interpretazioni contrastanti va ricercata nelle norme che sono formulate male» e che, pertanto, «il primo rimedio per arginare il torrente, altrimenti incontrollabile, delle interpretazioni contrastanti risiede nel redigere ogni legge in modo che sia chiara, uniforme e precisa» [53-54], propone alcune regole rimediali: i) interpretazione preventiva, sulla scorta dell'interpretazione pregiudiziale ex art. 267 TFUE [54; assimilabile, a nostro parere, a una sorta di interpello tributario] o giudizio preventivo anche di legittimità costituzionale, secondo il modello francese di cui all'art. 61, Cost. 1958 [54]; ii) prevalenza dell'interpretazione resa dalle Corti poste ai vertici della gerarchia giudiziaria [55]; iii) regole del ragionamento interpretativo [57-59]: «regole a cui debbono rispondere tutte le interpretazioni e alle quali debbono attenersi tutti gli interpreti, anche le autorità che debbono giudicare delle interpretazioni rese da autorità di grado inferiore ed eventualmente sostituire le proprie alle altrui interpretazioni. [...] Regole che possono essere distinte in tre gruppi: regole secondo le quali prevale l'interpretazione desunta da elementi previsti in fonti normative di rango superiore; regole secondo le quali prevale l'interpretazione desunta da elementi previsti nella normativa vigente e ai quali è attribuita una funzione di guida o di riferimento; regole che si riconnettono al postulato della razionalità dell'ordinamento» [57]); VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E. MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 54 («L'attività di 'disvelamento' dei criteri di valutazione dei dati processuali da parte di chi giudica, non solo agevola la comprensione della decisione, favorendone, tra l'altro, la critica, ma rappresenta anche un *habitus* quanto mai utile per facilitare il processo di 'igienizzazione' della mente del giudice»); cfr. WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, in AA. VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 121 (« Si l'on veut y insérer la décision interprétative justifiée (la norme N dans le sens S) et la décision justifiée concernant la preuve (le fait F qui avait lieu à la place P dans le temps T) alors la formule sera "Selon la norme N qui a le sens S conformément aux directives de l'interprétation DI₁...DI_n et estimations VI₁...VI_n nécessaires pour le choix et l'emploi de ces directive, le fait F dont l'occurrence à la place P et dans le temps T a été prouvée par les moyens admis E₁...E_n conformément aux directives DE₁...DE_n et estimations VE₁... VE_n, a des conséquences légales C₁...C_n conformément aux directive du choix des conséquences DC₁...DC_n et estimations VC₁...VC_n". Cette formule est encore le produit d'une schematisation et d'une simplification, mais elle suffit pour montrer la complexité de la justification de la décision judiciaire du point de vue théorique »); WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico*, cit., 279 e 286 (ove si parla di «direttive interpretative»).

⁵⁰³ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 75-76: «Due interpreti che usano criteri ermeneutici diversi – per esempio, uno usa l'argomento *a simili* e l'altro l'argomento *a contrario* – giungono inevitabilmente a conclusioni opposte. E non v'è alcuna norma giuridica che ci imponga di usare un criterio piuttosto che un altro. Non è forse vero che ogni canone interpretativo può essere neutralizzato da un canone uguale e contrario?». D'altra parte, «non esiste alcuna proposizione rispetto alla quale si possa escludere che qualcuno porti ancora, a favore o contro, un nuovo argomento» (ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 45); e, per dirla con ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 241, gli argomenti inversi – fatti salvi i riscontri nel panorama probatorio di riferimento – tendenzialmente si equivalgono, giacché «la potenza dei contrari, in quanto contrari, è la stessa» (1392a, 10). Similmente, in ambito civile, si esprime IRTIN., «*Verità effettuale*» e *politeismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 651-652 («Di pluralità di criteri discorriamo, per così dire, dall'esterno e dal di fuori, poiché, tosto che sia scelto un criterio, esso è l'unico criterio, l'esclusiva norma del nostro giudicare. Accade come per le religioni, che sono diverse e molteplici se osservate dall'esterno, ma si fanno religione unica ed esclusiva, quando il singolo compie la scelta ed entra in un tempio. Allora non siamo più spettatori delle molteplici religioni, ma credenti e fedeli in un'unica religione. L'adozione di un criterio sempre esige una *scelta*, una decisione selettiva e isolante entro la pluralità delle fonti normative. [...] Nessun criterio è interdetto, nessun criterio è obbligatorio: la scelta è affidata alla volontà del singolo. I criteri di giudizio non sono sottomessi a un criterio di giudizio, che li ordini in gerarchia, e l'uno accetti e l'altro rifiuti. Posto dinanzi ai fatti, o in attesa che essi accadano, ciascuno di noi sceglie una prospettiva e assume un canone di giudizio. L'effettività non basta a se stessa, ma viene piegata al confronto con un criterio di approvazione o disapprovazione, di corrispondenza o discordanza»).

⁵⁰⁴ Con una metafora: non si può controllare il vento; tutt'al più, se ne può canalizzare (e orientare) – nei limiti delle nostre capacità/possibilità – il flusso.

una metodologia di giudizio e di giustificazione a tappe obbligate possa avere ricadute positive anche rispetto alle “infinite” possibilità esegetiche della disposizione di legge e alle implicazioni soggettivistiche caratterizzanti ogni attività interpretativo-argomentativa, compresa quella giuridica.

Nelle ipotesi in cui il ragionamento valutativo-motivativo si scansiona in step o passaggi obbligati, il giudice – nel concretizzare la fattispecie – è tenuto a soffermarsi e a confrontarsi quantomeno con certi prestabiliti argomenti, la cui necessaria trattazione contribuisce a delimitare l’area delle interpretazioni ammissibili e riduce l’eventualità che le scelte della soggettività spazino ovunque, a piacere.

In questa prospettiva, l’attraversamento dell’itinerario logico-argomentativo a tappe obbligate costituisce una sorta di meta-regola ermeneutica alla quale attenersi ogniqualvolta occorra per l’appunto motivare rafforzatamente. Peraltro, a differenza di altre meta-regole ermeneutiche (quali quelle che prevedono criteri utili a dirimere le ambiguità semantiche della fattispecie ma, nel momento in cui vengono applicate, sono a loro volta soggette alle medesime ambiguità che vorrebbero risolvere), questa metodica decisorio-giustificativa non pone problematiche di incertezza semantica, né necessita di disambiguazione per essere applicata, posto che – semplicemente – impone “senza se e senza ma” di attraversare un percorso obbligato: ovverosia, di prendere in considerazione prestabilite problematiche e, apprezzandole liberamente, di risolverle sulla scorta delle specificità della vicenda concreta.

Nel suo svolgersi (*recte*: in una parte del suo svolgersi), l’accertamento deve snodarsi e svilupparsi passando da determinate e ineludibili tematiche argomentative, concernenti profili salienti della fattispecie in esame, di modo che il giudice – su questi aspetti e argomenti – non manchi di soffermarsi e, con il proprio libero (e motivato) convincimento, di esprimersi.

Qualunque sia il tipo di interpretazione prescelto, gli eccessi interpretativi e le divagazioni argomentative, sebbene non vengano eliminati, sono di fatto smorzati da questa regola di metodo⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ L’obbligo di motivazione rafforzata rappresenta una “regola di metodo” che impone l’attraversamento di un percorso valutativo-giustificativo a tappe necessitate, in grado di «dare indicazioni ad alcuni agenti su cosa fare» (SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un’analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), (trad. it.) C. RUSTICI, Bologna, 2000, 351), allorché si trovino davanti ad alcune peculiari fattispecie, cioè le c.d. “fattispecie da motivazione rafforzata” (v. *infra*: cap. III, §§ III e IV). Nel campo dell’interpretazione, esorta a «essere “rispettosi” (*rectius*: ossequienti) del metodo» RAMPIONI R., “*In nome della legge*” (ovvero *Considerazioni a proposito di interpretazione creativa*), in *Cass. pen.*, 2004, 330: «L’interpretazione – su questo si può convenire – non è mai neutrale; ora, proprio per l’infedeltà soggettività del processo ermeneutico è imprescindibile essere “rispettosi” (*rectius*: ossequienti) del metodo, così da obiettivizzarne il risultato; diversamente, il giurista snatura la propria funzione, abdicando al primato della politica». In termini generali, sull’importanza del metodo (*ex plurimis*): BOBBIO N., *Metodo*, in BOBBIO N., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, 81-91; CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, cit., 63-64; DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *La Scuola positiva*, 1965, 35; GARCÍA AMADO J. A., *Tópica, derecho y método jurídico*, in *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1987, 176; FIKENTSCHER W., *Methoden des rechts*, Tübingen, Bd. I-V, 1975-1977 («Notwendig müssen dabei Aussagen zur Methodenlehre des Rechts im allgemeinen gemacht werden. Es geht, auf dieser allgemeinsten Stufe, um nicht weniger als um die

che declina il ragionare giudiziale in tappe di giudizio e di giustificazione obbligate. Anche solamente l'affrontare e il dover rendere conto di aver affrontato predefiniti e non bypassabili passaggi decisionali, concentra e puntualizza l'orizzonte delle letture interpretativo-argomentative immaginabili.

In conclusione, riprendendo – per serrarle – le fila del discorso, possiamo dire che l'interpretazione potenzia il fenomeno giuristocratico, poiché – insieme agli altri fattori (esogeni e endogeni: v. *supra*) – dilata gli spazi del potere discrezionale del giudice⁵⁰⁶.

«Con sano realismo», allora, bisogna riconoscere che oggi ci muoviamo su «un terreno che registra organicamente un ruolo istituzionale sempre più ampio e influente della giurisprudenza, ruolo che evidentemente sottende una dichiarata centralità del momento interpretativo»⁵⁰⁷.

II.5. LEGISLAZIONE (QUALCHE CARATTERE DELLA)

Vi sono alcune caratteristiche della legge che, in modo apparentemente ossimorico⁵⁰⁸, contribuiscono all'avanzamento del potere giudiziale e all'arretramento – o meglio: alla perdita di esclusività e centralità – del potere legislativo: più precisamente, alla perdita di esclusività e centralità della legalità (legale)⁵⁰⁹.

Si tratta di profili che attengono non soltanto alle modalità di fattura della legge, quanto piuttosto ad aspetti contenutistici delle previsioni legali. Non ci si riferisce a patologiche mancanze (es. antinomie, lacune ecc.⁵¹⁰) o a esagerazioni (es. inflazione normativa) o a deficienze sostanziali

Bedingungen des denkens uber Recht» [Prefazione (giugno 1975), XIV)]; KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., XVI (Because the judicial method is central to the performance by judges of their duties, there is no more important debate for the administration of justice»); SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, cit., 553-554 e 559-571; WALDRON B., *Il rule of law e l'importanza della procedura*, cit., 375.

⁵⁰⁶ A tal proposito, HIRSCH G., *Verso uno Stato dei giudici?*, cit., 111 ha osservato che «il metodo interpretativo può decidere l'esito di una controversia giuridica». In senso analogo, HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., 182: «La scelta di un certo metodo (per esempio, dell'interpretazione storica invece di quella grammaticale) implica in modo tipico un certo risultato interpretativo (che sarebbe ovviamente diverso nel caso in cui il metodo scelto fosse stato un altro)».

⁵⁰⁷ ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 29. In termini sociologici, BAUMAN Z., *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti* (1987), (trad. it.) G. FRANZINETTI, Torino, 1992.

⁵⁰⁸ Con riferimento alla normativa europea, LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa*, cit., 121 osserva che «le norme (come quelle di derivazione comunitaria) sono formulate minuziosamente con periodi molto lunghi e farraginosi per il tentativo velleitario di disciplinare ogni dettaglio delle possibili fattispecie in esse ricomprese, con l'effetto [però] di aumentare la frequenza dell'intervento giudiziale». A proposito della normativa sociale, v. BARBERIS M., *Possono governare le leggi? Il dilemma del rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 29.

⁵⁰⁹ Criticamente, in materia, si esprime MAZZA O., *Tradimenti di un codice*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 7, secondo il quale «ci troviamo dinanzi a un sistema penale ancora formalmente concepito e giustificato sul primato della legge che, tuttavia, ha lasciato ampio spazio a un diverso sistema governato e affidato al predominio e al potere del magistrato».

⁵¹⁰ Precisiamo che le lacune non trovano – o comunque non dovrebbero trovare – cittadinanza nel diritto penale, alla luce del principio di stretta legalità (art. 25 Cost. – *nullum crimen sine lege*), che rende l'ordinamento penalistico per sua natura, da un lato, frammentato e, dall'altro, chiuso dalla regola secondo la quale “tutto ciò che non è espressamente

(es. verbosità, erroneità linguistiche ecc.) dell'enunciato legislativo, ma alla ordinaria e fisiologica formulazione del *verbum legis*, composto – oggi più di ieri – da parole ed espressioni che richiedono un apporto integrativo-creativo da parte dell'interprete e, in specie, da parte dell'organo giudicante che amministra la giustizia applicando la legge⁵¹¹.

Se è vero, come abbiamo già notato, che «anche una legislazione veramente perfetta non riesce di per sé a completare l'ordinamento giuridico, non [potendolo] progettare compiutamente in tutti i suoi aspetti [e dovendo comunque] lasciare molte cose e importanti al lavoro indipendente, specifico, approfondito nel particolare [...] del giudice»⁵¹², è altrettanto vero che l'odierna legislazione richiede assai spesso – indubbiamente assai più spesso della legislazione di società meno complesse – di “uscire dal positivo per rientrare di nuovo nel positivo”⁵¹³.

vietato, è consentito”. A tal riguardo, tuttavia, si può dire che – come rilevava SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 11 e 52-53 già un trentennio fa – «oggi è davvero raro rintracciare condotte che possano dirsi con certezza estranee all'area di operatività del diritto penale. Il diritto penale perde così il carattere di frammentarietà per diventare onnicomprensivo, totalizzante. Drastico rovesciamento dei postulati tradizionali: frammentaria ora è la libertà. [...] La fattispecie penale perde le categorie fondamentali su cui si basa la selezione legislativa dei comportamenti illeciti e su cui si basa, quindi, la costruzione della tassatività. È paradossale: l'illecito penale si avvia a diventare più atipico e indeterminato dell'illecito civile *ex art. 2043 c.c.*».

⁵¹¹ Così può dirsi che, oggi, «la sentenza rimane sempre l'applicazione della legge, ma è la legge che è cambiata. Poiché il diritto si fa più flessibile, è la natura stessa della disposizione da applicare che dall'interno rinnova il ruolo del giudice. Il giudice è sì chiamato a creare la legge, ma nella sua stessa applicazione» (CORNU G., *La sentenza in Francia*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 381-382). D'altra parte, nondimeno, anche ieri era «un'illusione credere che la disciplina codificata non present[asse] lacune e che [fosse] diritto vivo e vigente tutto quello che [era] scritto nel codice», giacché «la verità è [sempre stata] che, per avere effettiva attuazione nel comportamento alla cui disciplina è destinata, la legge ha bisogno di una serie di operazioni – di adattamento e di adeguazione, d'integrazione e di sviluppo complementari –, le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordine giuridico cui appartiene» (BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 95). Insomma, come osserva PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 61-62, anche la legislazione più scrupolosa non può annullare «l'inevitabile creatività dell'attività interpretativo-applicativa. Si tratta di una attività fisiologicamente creativa, poiché l'attribuzione di significato alle disposizioni costituisce sempre un arricchimento dello schema semantico in esse contenuto. La giurisprudenza, così, svolge un ruolo di co-produttore del diritto».

⁵¹² BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice*, cit., 218, il quale prosegue affermando che «la legislazione ha a che fare con l'incertezza del futuro: la legge è un frammento della provvidenza terrena e deve sperimentare ampiamente su di sé quanto quest'ultima sia l i m i t a t a, debole, ingannevole! Giorno dopo giorno la vita reale si fa beffe delle previsioni del legislatore. La sua inesauribile molteplicità mostra ogni volta di nuovo quanto presuntuosa fosse la speranza del legislatore di abbracciare con lo sguardo e cogliere in anticipo tutto ciò che il futuro avrebbe apportato, per costringerlo nelle sue regole rigide e morte. Grazie all'esperienza millenaria dei tribunali e della loro produzione del diritto, il legislatore è per così dire ben armato contro un gran numero di situazioni giuridiche usuali, tipiche. Tuttavia, l'esperienza più ricca, la prudenza più avveduta, la fantasia più vivace non sono all'altezza del gioco variopinto messo in opera dall'inquieta volontà degli uomini, dall'inventiva dei loro desideri, dalla loro scaltrezza nel fare il proprio interesse e nel violare la legge. Giovandosi della forza del tutto imprevedibile del Caso, essi creano le questioni giuridiche più strane e aggrovigliate, alle quali il legislatore non ha in alcun modo pensato, per le quali non ha quindi voluto alcuna soluzione, che tantomeno ha potuto approntare» (218-219).

⁵¹³ Parafrasiamo l'icastica affermazione di Feuerbach, citata in ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 183, nt. 27. A ben vedere, «neanche in un sistema pensato come di soli comandi (ordini e *leges*) si riesce a fare a meno del *ius*, che le leggi presuppongono o producono [giacché] il legislatore non può scrivere il *ius*, anche se ne produce una

Invero, è la legge stessa che sovente pretende che si vada oltre la legge – cioè, fuori da sé: fuori dal circuito legalistico – per poi farvi ritorno e poterla quindi applicare. E non ci si riferisce al classico andirivieni dello sguardo tra fatto e diritto, giacché l'esigenza di raffrontarsi con l'accadimento storico (per valutarne la sussumibilità, o meno, entro la previsione legale) è un momento imprescindibile sempre ai fini dell'applicazione della legge. S'intende bensì richiamare quelle circostanze in cui la disposizione normativa reclama un intervento completivo (aggiuntivo-costruttivo, di riordino discretivo-sistematico ecc.) in assenza del quale non si può passare alla valutazione relativa alla sua applicabilità, o meno, al caso di specie. In tal senso, riferendosi all'apporto completivo proveniente dall'autorità giudiziaria, si può sostenere che il contemporaneo «diritto dei giudici [sia altresì] il correlato di una mutata cultura legislativa, immanente al nostro [presente] Stato di diritto»⁵¹⁴.

I “caratteri normativi” che abbiamo in mente quando svolgiamo queste considerazioni sono quelli che consentono di parlare di *open text(ure)* giuridica: caratteri che, di fatto, aumentano decisamente le possibilità operative del giudice, ampliandone la discrezionalità decisoria sì da contribuire all'accrescimento del fenomeno giuristocratico⁵¹⁵. Di questi caratteri ne menzioniamo adesso qualcheduno soltanto, lasciandone irrimediabilmente in ombra tantissimi altri, posto che ci

parte essenziale» (DONINI M., *Iura et leges*, cit., 2). Cfr. LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975), Berlin, 1991, 151 e 214-216, nonché 474-475 e v. ZAGREBELSKY G., *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, 18 e 20 («Quando si è “di fronte alla legge”, si è necessariamente portati, in una misura che per il costituzionalista è massima, “oltre la legge”. [...] Tutti coloro che hanno esperienza pratica del diritto, cioè l'unica esperienza conforme alla natura del diritto, sanno perfettamente che il loro sforzo si concentra precisamente nel determinare ciò che c'è “oltre la legge”, dove stanno concezioni e convinzioni circa le relazioni sociali da cui la legge stessa dipende, e che questa determinazione non è lo scontro di volontà o arbitrii soggettivi ma l'onesta ricerca comune di una sostanza che non è nella legge ma, ciò non di meno, non è solo arbitrio e, quindi, non è il tentativo di prevaricazione della volontà degli uni su quella degli altri, necessariamente in nome della forza»).

⁵¹⁴ HIRSCH G., *Verso uno Stato dei giudici?*, cit., 116.

⁵¹⁵ Con riferimento al diritto criminale, COPPOLA F., *Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1639-1642 scrive che «la produzione del penale nell'[attuale] instabile frammentarietà parlamentare obbliga troppo spesso scelte ‘di compromesso’ rispetto alle diverse istanze, che generano prodotti legislativi ibridi e polivalenti [...] e che rimettono al giudice il compito di selezionare le condotte penalmente rilevanti. Ma non solo. Talvolta, l'ambiguità del testo si deve alla precisa scelta legislativa di offrire all'elettorato una soluzione di simbolico rigore repressivo, salvo poi ‘scaricare’ con altra mano al giudice della comminatoria edittale e a quello dell'esecuzione l'angusto compito di gestire complessivamente l'universo carcerario assicurandone la compatibilità con l'ininterrotto abuso che del carcere ha fatto il legislatore, generando forse in quest'ultimi il desiderio di riaffermare la loro fondamentale funzione a protezione della società e a difesa dei diritti fondamentali. [...] Altre volte, invece, l'oscurità del testo giuridico è dovuta alla scarsa metabolizzazione e ponderazione dello stesso prima della entrata in vigore. [...] Altre volte, è stata la modernità a giocare brutti scherzi al legislatore, mettendolo di fronte all'amletico dubbio se ritoccare (rischiando di peggiorare le cose) la norma, oppure lasciare ai giudici il compito di smussarne i contorni della tipicità. [...] In tale ipotesi, ossia quando la sgualcita carta d'identità dell'atto normativo lo rende disallineato rispetto al mutato contesto sociale, l'individuazione della ‘norma’ concretamente applicabile è inevitabilmente rimessa solo al giudice. [...] La questione non è meramente stilistica, ma di sostanza. Infatti, una disposizione legislativa eccessivamente ambigua, che non riesce a ‘copiare’ il fenotipo criminale già presente nella società è aperta a ogni significato e lascia i giudici pressoché liberi di dargli qualsiasi significato ‘politico-valoriale’».

limitiamo a svolgere un'esposizione meramente esemplificativa della ragione per cui sono proprio certe formule e certi tratti della disposizione legislativa a stimolare l'attivismo giudiziale e, di conseguenza, a concorrere alla *montée en puissance des juges*.

Tenendo fermo quanto già si è detto a proposito della distinzione crisafulliana tra 'disposizione' e 'norma' (§ II.4), possiamo pensare alle implicazioni applicative e alle potenzialità che, in punto di concretizzazione della legge⁵¹⁶, sono dischiuse dalla folta presenza di principi, norme inesprese, clausole generali, standard di giudizio, regole elastiche/flessibili, locuzioni vaghe ed espressioni ambigue fino ai limiti dell'indeterminatezza ecc. ecc.⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Sulla «concretizzazione della norma», MORO A., *Lezioni*, cit., 262 insegna che, «quando parliamo di concretizzazione o subiettivazione della norma, intendiamo dire che la norma non è mai un astratto comandamento emergente nella vita sociale, ma è un criterio di valutazione intorno alla giustizia di certe situazioni, di certi interessi, di certi rapporti tra i soggetti e valori della vita sociale. Quindi, quando diciamo concretizzazione, subiettivazione, noi intendiamo mettere in rilievo questo: che il comando della norma, in realtà, si *incarna* nei soggetti nei quali – e per i quali – quel comando diventa, a seconda dei punti di vista, o un diritto o un obbligo, con riferimento ai beni e valori della vita sociale che debbono essere equamente distribuiti e garantiti tra le persone che compongono la comunità giuridicamente organizzata».

⁵¹⁷ Al riguardo, CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2012, 6 e 9 osserva che, «in diritto penale, non sempre si procede a distinzioni semantiche precise rispetto a fenomeni e a termini analoghi: *norme elastiche* (o *concetti elastici*), *fattispecie aperte* (“offene Tatbestände”), *standard normativi* (“legal standards”), *concetti giuridici indeterminati* (“unbestimmte Rechtsbegriffe”), *disposizioni bisognose di integrazione normativa* (“wertausfüllungsbedürftige Begriffe”), *norme in bianco* (o anche “Blankettbegriffe”), *elementi valutativi* (o *normativi*) *indeterminati*, *organi respiratori*, *concetti-valvola* (o “*Ventilbegriffe*”) ecc. Né si distinguono sempre le clausole generali dalle varie ipotesi di (maggiore) *discrezionalità del giudice* (“Ermessen des Richters”): in particolare, nel contesto della c.d. “commisurazione della pena in senso ampio”. [...] Questi caratteri di vaghezza, apertura, flessibilità sono comuni a varie categorie prossime a (e talora coincidenti con) quella qui presa in esame [*i.e.* la categoria delle clausole generali]. Il che, probabilmente, consente di prescindere da impegnative e difficoltose operazioni definitorie – improntate a una forse inesigibile tassonomia classificatoria – tra vere e proprie clausole generali e “altre” (analoghe) ipotesi di vaghezza». È critico MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*, cit., 12, il quale afferma che, «al di là dei fisiologici adattamenti ermeneutici, è vero pure che ci sono casi dove la lettera della legge è non solo obiettivamente plurivoca, ma volutamente lasca (affidata a “clausole generali”, definizioni tautologiche, concetti vaghi o indeterminati, o veri e propri *Ventilbegriffe*), o persino ambigua e fuorviante, sino a ipotesi in cui il dettato normativo suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili». Parla di «giurisprudenza situazionale, che esercita cioè una *ragione ‘situata’* e non per questo arbitraria o incontrollabile», EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, cit., 23, riferendosi alle «potenzialità di garanzia ed efficienza dell'applicazione di una normazione per principi ai casi vivi». Sul punto, esemplificativamente, v./cfr.: CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 35 e 45, nonché 47 («L'entropia è in qualche modo connaturale alla formula *bard*. [...] Le norme di principio, quale è il canone *bard*, non si prestano per definizione a operare quali paradigmi funzionali, direttamente operativi, in quanto richiedono un lavoro di concretizzazione da parte dell'interprete»); CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 269; CONSULICH F., *Così è (se vi pare)*, cit., 15-17; RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 75 («Il giudice che ricorre alla clausola generale in un certo senso crea diritto, perché pone una regola che altrimenti non sarebbe stata presente nel sistema»); FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, 101 ss. (secondo cui le «norme integrative che costituiscono gli *standards* valutativi» pretendono una «conoscenza sociologica», giacché «tutte le volte in cui il fatto normativo implica, quale suo riferimento costitutivo, il ricorso alla prassi sociale, il rapporto tra scienza giuridica e sociologia diventa più intenso perché la conoscenza sociologica giova al giurista, non soltanto per conoscere il problema sociale che il diritto risolve con le sue norme, ma anche per prendere

Assume ancora particolare rilievo la varietà di combinazioni interpretative consentita dalla sconfinata legislazione speciale, che finisce per scompaginare una lettura piana e unitaria della disciplina codicistica, vieppiù scombinata dall'attuale pluralismo delle fonti (cap. I, § I.1). Nello specifico, la moltitudine e l'imprecisione delle leggi speciali esistenti creano disordine nella trama normativa complessiva dell'ordinamento giuridico⁵¹⁸, fino a rendere vane le indicazioni delle preleggi in materia (in part., artt. 11-14) e al punto da consentire alle parti e al giudice di manovrarne (quasi; verrebbe da dire: praticamente) *ad libitum* l'applicazione e persino gli effetti.

È inoltre significativa quella che possiamo definire la "volubilità o malleabilità" procedimentale. Alcune regole del codice di procedura⁵¹⁹, nel definire la successione ordinata di atti (e attività) a cui è necessario attenersi nel compiere quel determinato tipo di accertamento,

conoscenza della soluzione normativa che il diritto ha apprestato» [125-126]); TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 312-315 («Quando la norma giuridica contiene un riferimento a uno standard, essa è particolarmente 'aperta' dal punto di vista della sua struttura logica e semantica. Questo 'punto di apertura' della norma ha come carattere essenziale di non rinviare, al fine dell'applicazione della norma stessa, ad altre norme o principi rintracciabili all'interno dell'ordinamento giuridico (per ampia che ne sia la concezione), ma di rinviare al di fuori dell'ordinamento, ossia ad altri criteri non fissati nel sistema delle norme giuridiche. La norma in questione deve dunque essere etero-integrata, ossia 'riempita' in base a criteri metagiuridici o extra-giuridici che, secondo il luogo comune tradizionale, esistono nella società. [...] Questa operazione implica che il giudice svolga un ruolo creativo straordinariamente più ampio rispetto a quello che egli svolge normalmente nell'interpretazione delle norme giuridiche. È noto che nell'interpretazione esiste un margine (più o meno rilevante a seconda del tipo, della struttura e del linguaggio della norma) di integrazione valutativa, essendo ormai generalmente riconosciuto che la interpretazione non è mai un'attività meccanica e avalutativa. Per interpretare e applicare la norma che contiene uno standard il giudice deve però creare la norma in tale misura che si potrebbe parlare di un potere creativo complementare diverso (si ha qui, mi sembra, una delle situazioni in cui la quantità incide sulla qualità di un fenomeno). Non si tratta, infatti, solo di stabilire il significato di un enunciato normativo, ma di formulare la norma – o almeno una parte di essa – riempiendo il 'vuoto' lasciato dal legislatore. Non vi è dubbio che tale potere esista, poiché è la legge che lo conferisce al giudice e determina i casi in cui egli può servirsene. Al riguardo si pone tuttavia un problema importante, che attiene al modo in cui il giudice esercita questo potere. Il fatto che la legge attribuisca al giudice ampi poteri creativi non significa, infatti, che essi possano essere esercitati in modo arbitrario, e che il giudice sia svincolato dal dovere di giudicare secondo criteri razionali e controllabili. [...] L'esercizio del potere di integrazione valutativa della norma per mezzo degli standards deve essere razionale e giustificato: ciò significa che questo potere è esercitato in modo accettabile solo se il giudice dà una giustificazione razionale dell'impiego che ha fatto degli standards nel contesto della decisione»).

⁵¹⁸ Peraltro, com'è noto, «se si comincia a permettere delle eccezioni alla regola, in breve la regola resterà affogata dalle eccezioni» (MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 168). Similmente, IRTI N., *L'età della decodificazione*, cit., 54: «Accade (soprattutto in tempi di rapidi mutamenti economici e sociali) che le norme speciali, dettate per certi gruppi di casi o categorie di rapporti, occupino spazi di applicazione sempre più vasti. Il criterio di disciplina, adottato dalla norma speciale, si protrae nel tempo, si espande a fenomeni contigui, determina la nascita di altre norme speciali. L'effetto, corrispondente alle note differenziali della fattispecie, esprime allora un principio di forte capacità espansiva, che mette in ombra il principio accolto nella norma generale. Gli effetti, disposti dalla norma speciale, tendono ad allargarsi ad ogni caso e a diventare caratteristici dell'intera sequenza».

⁵¹⁹ Precisiamo, riformulando come segue. Già "in partenza", prima ancora dell'intervento pratico-applicativo della giurisprudenza (che, come abbiamo detto a più riprese, alle volte giunge finanche a plasmare nuovi istituti, creandoli a partire da quelli previsti dalla legge; già "in partenza", dicevamo), alcune regole del codice di procedura, nel definire la successione ordinata di atti (e attività) a cui occorre attenersi nel compiere quel determinato tipo di accertamento, riconoscono al giudice delle facoltà che gli consentono – di fatto – di modulare l'*iter* procedurale in certi suoi snodi.

riconoscono al giudice delle facoltà che gli permettono – *de facto* – di modulare l’*iter* procedurale in certi suoi snodi. Attraverso l’esercizio di queste facoltà, il giudicante partecipa attivamente – si badi: in modo del tutto regolare, tranne le volte in cui vi partecipa “più che attivamente” (es. abnormemente) – alle dinamiche del giusto processo, acquistando in seno a esso un ruolo decisivo, non soltanto perché decide le sorti del giudizio, ma prima ancora perché – in tali occasioni – ne scandisce in concreto lo svolgimento. Si pensi ai poteri istruttori (es. ammissione del mezzo di prova o del mezzo di ricerca della prova, rinnovazione dibattimentale ecc.) e, più in generale, ai poteri *ex officio* (es. in tema di invalidità) oppure agli ordini d’udienza (es. per la gestione dell’aula) o alle decisioni *de plano* (es. mancato accoglimento della richiesta di archiviazione). In breve, il codice di rito configura un percorso di metodo che si mostra rigido in dati suoi passaggi (es. termini perentori, tassatività impugnatorie, legittimazione ad agire ecc.) e che – oltre ad ammettere eccezioni a tali rigidità (es. deroghe al contraddittorio, sanatorie ecc.) – si rivela invece appositamente duttile in altri suoi frangenti (o non disciplinando l’attività da compiere [es. rinvii, salvo ipotesi tipiche ecc.] o aprendo alquanto alla libertà di scelta giudiziale [es. decidibilità allo stato degli atti, assoluta indispensabilità per la prova dei fatti ecc.]). Nelle ipotesi in cui la normativa codicistica si rivela duttile, presentando quella “variabilità d’uso” indispensabile per adattare il dipanarsi del procedimento alle specificità – anche processuali – della vicenda storica in esame, accade che, per quanto qui d’interesse, normalmente si espandano (*recte*: si espanda l’incisività de) i poteri giurisdizionali.

In ottica giuristocratica, dunque, nelle occorrenze appena rammentate e in molte moltissime altre, la *lex* (sia sostanziale che processuale) – nel farsi *ius*, specialmente⁵²⁰ tramite il giudice – o amplifica la discrezionalità dell’autorità giudicante o, laddove esige di essere costituitivamente completata, dell’autorità giudicante stimola il protagonismo (para-)creativo e *tout court* operativo.

Di ciò che stiamo affermando è possibile esemplare qualche manifestazione sintomatica.

Cominciando dai principi, possiamo dire che questi «sono attratti nella dimensione del *ius* perché servono alla spiegazione e alla lettura delle *leges*, le rendono comprensibili o legittime, orientandole verso contenuti non puramente prescrittivi di comandi, ma descrittivi di *rationes*»⁵²¹. I

⁵²⁰ Cfr. DONINI M., *Iura et leges*, cit., 29: «Non è vero che il diritto abbia molti padroni, e tanto meno che esista solo “*at the bar*” o come *decisum* giudiziale. Il *ius* non ha padroni: il legislatore non lo domina veramente, perché il *ius* non è opera sua; il giudice fa dottrina prima che giurisprudenza, mentre se applica la legge ai casi la sua pronuncia, pur innovativa, non è concorrenziale ma integrativa rispetto alla *lex*; lo studioso non ha potere applicativo, però sul piano intellettuale produce le elaborazioni più generali e significative del *ius*. Chi avesse pensato di ridurre il diritto alla *lex scripta* e certa, si trova smarrito in una rete normativa ed extra-normativa di ‘fonti’, di ‘cause’ e di ‘attori’ che lo chiama continuamente a una attività di lotta per il *ius*, anche per ricostruire il contenuto più tassativo e determinato della *lex*, là dove viga questo dovere ermeneutico. Un risultato mai fissato per sempre, dove tutti i protagonisti si illudono a turno di essere i signori del diritto. Oggi come un tempo».

⁵²¹ DONINI M., *Iura et leges*, cit., 3.

principi «sono, in un loro aspetto, precisamente degli strumenti per meglio raggiungere attraverso la generalità, la sempre sfuggente puntualità dell'azione»⁵²².

A differenza della regola, il cui modo di essere è riassumibile nella «forma del tutto o niente»⁵²³, nell'alternativa secca di «essere sempre realizzat[a] o non realizzat[a]»⁵²⁴, il principio esprime un'«eccedenza rispetto al contenuto delle singole norme»⁵²⁵ e, in questa sua più vasta portata, richiede una più articolata modalità d'attuazione rispetto all'*aut aut* che invece si dà, fin dall'inizio, nel caso della regola.

In particolare, il principio deve previamente «essere “trasformato” in una regola (relativamente precisa)», attraverso un'opera di concretizzazione diretta a «“estrarre” da esso una o più norme (regole) inesprese. Tale concretizzazione consiste in un ragionamento le cui premesse sono il principio in questione, congiunto a una o più assunzioni “teoriche” più o meno arbitrarie»⁵²⁶. E, in dettaglio, le operazioni in virtù delle quali il principio si concretizza sono generalmente le seguenti:

⁵²² LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 581.

⁵²³ DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), (trad. it.) G. REBUFFA, Bologna, 1982, 93. In senso analogo, richiamando Dworkin, si esprime HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 244 e 286. Afferma MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 129 che «la fattispecie delle norme-regola ha la duplice funzione di delimitare l'ambito normativo della regola e di decidere definitivamente tutti i casi riconducibili in tale ambito. Essa è formata da tutte le condizioni necessarie per l'applicazione della regola, incluso il presupposto negativo dell'assenza di eccezioni. Queste non contraddicono la regola, ma concorrono a definirne il campo di applicazione, essendo predeterminate o da un elenco tassativo di casi sottratti alla regola o almeno da una clausola generale: non sono propriamente deroghe o dispense, bensì “sont des règles qui bornent l'étendue des autres”. Il riconoscimento discorsivo di vigenza di una norma-regola e l'argomentazione giustificativa della sua applicazione a una situazione concreta sono coestensivi. La fattispecie delle norme-principio, invece, è delimitata esclusivamente dal contenuto del diritto o del bene garantito e ha la funzione di esprimerne la potenziale portata protettiva, la cui attualità nel caso considerato dovrà essere argomentata con la tecnica logico-pratica del bilanciamento con altri interessi o beni costituzionalmente tutelati».

⁵²⁴ ALEXYS R., *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), (trad. it.) L. DI CARLO, Bologna, 2012, 107, il quale prosegue osservando che «se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede, né più né meno. Le regole contengono, perciò, *determinazioni* nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile. Questo significa che la distinzione tra regole e principi è una distinzione qualitativa e non di grado».

⁵²⁵ RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 127 (ove è citato BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 316): «I principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema». Scrive IRTI N., *I 'cancelli delle parole'*, cit., 15-16 (citando, nella parte riportata tra virgolette – [...] – CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 236) che «espliciti o impliciti che siano, i principi sono norme di grado superiore, nel senso che non descrivono, appunto perché 'generali', una conchiusa classe di fatti, ma generano “una serie indeterminata di ipotesi, ciascuna delle quali è suscettibile di venire assunta a formare altrettante fattispecie diverse”».

⁵²⁶ GUASTINI R., *Saggi scettici sull'interpretazione*, cit., 88. Ritiene che, nel caso dei principi, si utilizzi un'argomentazione c.d. “inclusiva” LUZZATI C., *Il superamento pragmatico dell'opposizione tra regole e principi*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2016, 150 ss. Rileva che «il principio è una struttura normativa aperta, che deve essere integrata da una regola di decisione formata dal giudice in stretta aderenza al caso concreto comparando e soppesando gli interessi in gioco» MENGONI L., *Ermeneutica*, cit., 132-133. Scrive BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 317, che «in essi principi opera una virtualità e una forza di espansione, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì d'indole valutativa e assiologica: forza non già di “verità” e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti».

i) individuazione e selezione del principio calzante per il caso in esame; ii) interpretazione del principio di riferimento, cioè attribuzione di un significato determinato e attagliato alla fattispecie concreta⁵²⁷; iii) bilanciamento del principio con altri principi (e valori ordinamentali) emergenti in quella data vicenda storico-giuridica; iv) declinazione del principio, in tal modo precisato, in una regola idonea a risolvere – combinandosi con le altre regole – il giudizio⁵²⁸.

In questa serie di passaggi giuridici, per dirla con Riccardo Guastini, si appalesa come l'applicazione dei principi sia un'attività «genuinamente creativa di diritto: in particolare, creativa di regole»; e si appalesa altresì come il ragionamento presupposto sia un ragionamento assiologicamente orientato, che «richiede alcune premesse “arbitrarie”: arbitrarie nel senso che sono [...] assunzioni degli interpreti, come asserti fattuali, definizioni e costruzioni dogmatiche»⁵²⁹.

Insomma, l'attuazione dei principi modifica «lo stile del ragionamento giuridico e soprattutto la logica che guida le decisioni. Mentre un tempo il giudice era soprattutto chiamato a decidere con lo sguardo rivolto al passato – in modo, come si suol dire, retrospettivo – oggi è spesso chiamato a scegliere, rispetto alle possibili alternative che gli vengono esplicitamente lasciate aperte, quella che meglio si presta a soddisfare gli obiettivi. In questo modo viene trasferita sul giudice la responsabilità di considerare le possibili soluzioni alternative, di immaginare le loro rispettive conseguenze, di valutarle e infine di prendere una decisione con lo sguardo costantemente rivolto al futuro. Dunque, una logica prospettica e senz'altro simile a quella che è considerata essere propria degli altri attori politici»⁵³⁰.

⁵²⁷ Interpretare un principio, attribuendogli un significato specifico che s'attagli alla fattispecie concreta, è un'operazione che si rinnova a ogni giudizio. In tal senso, ogni interpretazione si rivela ontologicamente relativa, essendo il risultato mai identico a se stesso, poiché determinato dalle irripetibili peculiarità del caso di specie.

⁵²⁸ Le operazioni appena descritte – descrivibili anche in termini diversi da questi e altresì declinabili in ulteriori e/o differenti passaggi – vengono spesso compiute in maniera automatica, senza che quasi ci s'accorga di compierle. «Nondimeno, dal punto di vista logico, ciascuna di queste operazioni merita un'analisi separata» (GUASTINI R., *Saggi scettici*, cit., 91), affinché la loro distinzione emerga chiaramente e delle singole valutazioni compiute possa darsi trasparentemente conto.

⁵²⁹ GUASTINI R., *Saggi scettici*, cit., 102. Leggiamo in HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 283 che «qualunque diritto che si fondi su principi dipende da un'interpretazione costruttiva. Ogni decisione di principio oltrepassa l'interpretazione del testo di legge e ha pertanto bisogno di una giustificazione esterna».

⁵³⁰ GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 13. Sul punto: CASTRONUOVO D., *Crisi della fattispecie e “nullum crimen”*, cit., 93-94; DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 110-111; GROSSI P., *Oltre la legalità*, cit., 63-75; IRTI N., *I ‘cancelli delle parole’*, cit., 32 («Dove non c'è fattispecie, dove essa sia aperta e indeterminata, il giudice si trova solo dinanzi a situazioni di vita, alle quali dà risposta in base a principi e valori soggettivamente intuiti»); LUZZATI C., *Significato liquido?*, cit., 35; NEGRI D., *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 74 («Se si affida al giudice un mero obiettivo non mediato da alcuna fattispecie normativa, quand'anche a struttura aperta, lo si mette direttamente a contatto con scelte di carattere politico di cui l'organo decidente è chiamato a farsi carico, lasciandolo altresì libero di selezionare i mezzi utili al conseguimento della finalità indicatagli all'interno di un orizzonte vastissimo di opzioni. Siamo di fronte – nientemeno – a un giudice di scopo»).

Si rende così evidente la delega di potere (politico-)normativo che i principi attribuiscono agli interpreti; e, nel caso del giudice, questa “logica di principio” assevera un esercizio *lato sensu* di politica giudiziaria che può favorire e consolidare l’avanzare giuristocratico.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento alle c.d. “norme inespresse”, ricavabili – non in ogni ramo del diritto (v. diritto penale: art. 25 Cost.) – da principi o da altre norme espresse. Tali norme si ottengono adoperando «l’argomento *a contrario* (in funzione costruttiva), l’argomento analogico e l’argomento *a fortiori* [notoriamente, nelle varianti *a minori ad majus* e *a majori ad minus*]⁵³¹: tipi di ragionamento che, come nel caso dei principi, «includono premesse che sono [...] arbitrarie teorie e costruzioni concettuali dei giuristi»⁵³²; forme logico-discorsive il cui impiego ha portato e porta a sostenere che «l’elaborazione di norme inespresse [sia] una sorta di legislazione “apocrifia” degli interpreti»⁵³³, che nelle mani del giudice accresce gli spazi di manovra giuristocratici.

Parimenti, la giuristocrazia trova terreno fertile in presenza di clausole generali. Quest’ultime sono delle «porte entropiche», come le ha definite Donato Castronuovo, giacché con esse il legislatore rimette all’interprete, tramite «un rinvio (intenzionale)», il compito di «una disambiguazione [da compiere] in funzione di parametri variabili e (più di frequente) metagiuridici», la cui gestione può – in concreto – arrivare finanche a incidere «sulle dinamiche della separazione dei poteri dello Stato»⁵³⁴. A tal proposito, si è scritto che è proprio attraverso le clausole generali che il ‘diritto dei giudici’ sembra attualmente sovrastare e sopravanzare il diritto codificato⁵³⁵.

Ancorché tali «disposizioni di legge elastic[he]»⁵³⁶ ed «ellittic[he]»⁵³⁷ siano più facilmente individuabili in materia civile (es. buona fede, buon padre di famiglia, ordinaria diligenza, giusta

⁵³¹ GUASTINI R., *Saggi scettici*, cit., 148.

⁵³² GUASTINI R., *Saggi scettici*, cit., 83.

⁵³³ GUASTINI R., *Saggi scettici*, cit., 87. Poco prima l’Autore scrive che «ricavare – “costruire”, elaborare – norme inespresse non è, strettamente parlando, un atto di interpretazione: è un genuino atto di “legislazione interstiziale”, come si usa dire, compiuto dagli interpreti» (80). In altro luogo utilizza, ancora a proposito della costruzione di norme inespresse, l’espressione «attività legislativa dissimulata» (146).

⁵³⁴ CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017, 5-6. Del medesimo Autore, v. altresì (*amplius*) CASTRONUOVO D., *La mappa dell’impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Dir. quest. pub.*, 2018, 11. Similmente, ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 393 e VISSER ’T HOOFT H. PH., *Vers un style de motivation plus concret? (Remarques à partir de la jurisprudence et de la doctrine néerlandaises)*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 161 (il quale parla di « développement effectif d’une ‘semi-législature’ judiciaire favorisée par la complexité croissante de la société, par l’évolution rapide des idées, et par le recours de plus en plus fréquent du législateur à des ‘generalklausel’ »).

⁵³⁵ In termini, STRUCK G., *Topische Jurisprudenz*, cit., 18 («Gerade mit Hilfe der Generalklauseln scheint das Richterrecht zur Zeit die Kodifikationen zu überwuchern»).

⁵³⁶ ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 9.

causa, normale tollerabilità ecc. ecc.), «la presenza di clausole generali non è estranea al diritto penale positivo, né – la loro tematizzazione – al *logos* della scienza giuridico-penale»⁵³⁷. Ciò perché, come si è accennato *supra* (I.1), la legge – pure (e, in epoca di populismi, soprattutto) la legge penale – è «sempre più spesso utilizzata non solo per disciplinare i comportamenti ma anche per sollecitare e guidare lo sviluppo sociale ed economico» della società, con la conseguenza che – «per affrontare la complessità dei nuovi settori di intervento – il legislatore ricorre [frequentemente] a clausole generali, che pongono vincoli molto più deboli di un tempo all’interpretazione e che di fatto delegano potere decisionale al giudice»⁵³⁹.

In effetti, «di fronte alla clausola generale, e nonostante il parametro di riferimento sia costituito dagli stessi valori, cambia il risultato a seconda dell’esperienza e della cultura del [singolo] giudice»⁵⁴⁰. Al riguardo, Natalino Irti ritiene criticamente che «le clausole generali ap[rano] una falla, uno squarcio rovinoso in cui precipita ogni forma di soggettivismo»⁵⁴¹.

⁵³⁷ CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, cit., 14: «La categoria in esame [*i.e.* quella delle clausole generali] si caratterizza come una regola di giudizio elastica ed ellittica, quindi specialmente per il “non detto”».

⁵³⁸ CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, cit., 4. Sul fronte civilistico, v. RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 138: «Le clausole generali rappresentano, dal punto di vista tecnico, un dato ineliminabile di ogni legislazione. Si può rinunciare alle clausole generali, se ripercorriamo la storia delle codificazioni moderne, soltanto con l’adottare – ma i codici da citare come esemplari di questo punto di vista fallirono in maniera vistosa – una legislazione di tipo casistico, che cerchi di fermare e comprendere e quindi di chiudere tutta la realtà dell’esperienza che il legislatore coglie e intende disciplinare in un certo momento storico. [...] Resta da vedere come il giudice reagisca e come interpreti la delega di potere che dal legislatore gli viene conferita». Sull’impiego delle clausole generali in ambito penale, è critico D’AMICO G., *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, 2019, 52: «Mentre in ambito civilistico il ricorso a queste formule normative – “indeterminate” e “aperte” a criteri valutativi extralegali – non suscita (almeno come tale) obiezioni particolari (salvo stigmatizzarne, talora, l’abuso da parte del legislatore), in ambito penalistico le valutazioni sono alquanto diverse, in quanto si ritiene che le clausole generali compromettano la solidità del “tipo”, trasformandolo in un “semilavorato a necessario completamento giurisprudenziale”, che costituisce “la più eloquente riprova del parziale fallimento della garanzia democratica della riserva di legge nel contesto attuale”. Di qui la raccomandazione (in certo senso opposta a quella abituale per un civilista, per il quale la tecnica della clausola generale è funzionale alla ricerca di una regola che tenga conto delle circostanze del caso concreto) di procedere a una interpretazione “tassativizzante” e “tipizzante” (e perciò conforme ai principi costituzionali in materia penale)».

⁵³⁹ GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 12.

⁵⁴⁰ RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 150-151. Per vero, nell’applicazione della clausola generale può ravvisarsi «una forma estrema dell’interpretazione della norma da parte del giudice, poiché quest’ultimo contribuisce a realizzare la fattispecie normativa con l’aiuto di parametri tratti dall’esperienza», in cui «è implicito il riferimento ai valori» (RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 152. Analogamente: ROSELLI F., *Clausole generali*. *Iura novit curia*. *Contraddittorio*, in *Giur. it.*, 2011, 1701), nonché a «elementi “intuitivi” o “soggettivi” (quindi, in questo senso, “valutativi”)» (CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, cit., 3, secondo cui, in tal senso, le clausole generali possono rappresentare «un “tranello” nell’attività ricostruttiva dell’interprete, a causa della loro più o meno accentuata vaghezza»).

⁵⁴¹ IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 15. In ambito penalistico, MICHELETTI D., *Jus contra lex*, cit., 2016, 163 rileva che «ogni referente valoriale svincolato da un parametro conoscibile *a priori* è di per sé stesso sempre pernicioso nella misura in cui, stante la sua indefinitezza, sacrifica la legittima aspettativa di libertà esponendo l’imputato a un possibile arbitrio».

Per evitare allora che di questi «ordigni ambigui» o «tranelli del linguaggio» si faccia un uso “cattivo” e arbitrario⁵⁴², oltre a suggerirne una tipizzazione più stringente⁵⁴³ o una riduzione applicativa (es., in ambito penale, produzione di effetti soltanto *in bonam partem?*), è a nostro parere sicuramente opportuno reclamarne una più esplicita trattazione motivazionale. E preferibilmente, ove ipotizzabile, una trattazione motivazionale rafforzata: ovverosia, un percorso di giudizio e di giustificazione a tappe argomentative obbligate tarato sulle specificità della singola clausola generale da applicare.

In ogni caso, lasciando da parte le varie soluzioni di contenimento e di controllo praticabili rispetto a questi elementi ad alto tasso di discrezionalità, quel che preme sottolineare è che le clausole generali assecondano «un sistema di diritto prevalentemente giudiziario»⁵⁴⁴, in cui la primazia del giudice si fa tanto più netta quanto più diffusamente si fa ricorso a questi istituti caratterizzati da un «coefficiente di vaghezza e indeterminatezza quantitativamente maggiore o qualitativamente diverso da quello implicito in ogni enunciato normativo»⁵⁴⁵.

Il protagonismo giudiziale sollecitato dalle clausole generali, ricollegandosi alla tematica dell'indeterminatezza, chiama peraltro e per l'appunto in causa il principio di determinatezza, le cui smagliature pure rinfocolano la giuristocrazia.

Il principio di determinatezza – principio fondativo per il diritto criminale moderno – è una delle garanzie che assicurano il corretto manifestarsi e il reciproco (e altresì auto-)limitarsi dei poteri legislativo (in punto di formulazione della legge) e giudiziario (in punto di applicazione della fattispecie legale)⁵⁴⁶. Lo sfaldarsi o comunque lo sfilacciarsi di questa garanzia in epoca postmoderna conduce a «una innaturale sovrapposizione di ruoli»⁵⁴⁷, tutta a vantaggio del giudice, perché può avvenire – e infatti è avvenuto e non di rado avviene – che, di fronte a una previsione normativa indeterminata, sia il giudicante – senza sollevare questione di legittimità costituzionale – a definirne i tratti essenziali. In tal senso, l'autorità giudiziaria diventa fautrice di una sorta di

⁵⁴² CASTRONUOVO D., *Crisi della fattispecie e “nullum crimen”*, cit., 106-107 e CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio*, cit., 56-58.

⁵⁴³ La tipizzazione (*recte*: la stabilizzazione) più stringente potrebbe avvenire – quantomeno in un primo momento – anche per via giurisprudenziale. Cfr. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 72-73: «In un sistema che apra largamente all'ingresso delle clausole generali, l'esigenza di assicurare la certezza del diritto impone che sia accolto il principio dell'efficacia vincolante del precedente; un consimile sistema, in cui risulti dunque predominante il diritto giudiziario, mentre crea un problema di compatibilità col principio della divisione dei poteri, è in grado di garantire un alto grado di certezza del diritto, senza con ciò impedire la necessaria evoluzione, resa possibile dal peculiare modo con cui la norma si pone nell'ordinamento e viene individuata dal giudice nel momento dell'applicazione».

⁵⁴⁴ PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 74.

⁵⁴⁵ CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, cit., 2.

⁵⁴⁶ V. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 170 ss.

⁵⁴⁷ Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn.

«tipicità postuma»⁵⁴⁸ (o «umbratile»⁵⁴⁹); e, in tal modo, l'organo che formula la disposizione generale da applicare al caso concreto viene a corrispondere allo stesso che poi, nell'ambito della singola vicenda particolare, la applica. In questa prospettiva, si assiste a un'anomala esaltazione della funzione giurisdizionale e, pertanto, a un'ulteriore occasione di intensificazione del fenomeno giuristocratico.

In conclusione, al termine di questa sommaria ricognizione esemplificativa e tenuto complessivamente conto di quanto affermato nei precedenti paragrafi del capitolo, si può osservare che – come ha rilevato Fausto Giunta – «il potere nullo – un tempo la giurisdizione, secondo l'insegnamento di Montesquieu – sembra essere oggi il legislativo. Non a caso la recente legislazione [aggiungiamo: la recente legislazione anche in campo] penale si caratterizza per la crescita delle norme che amplificano la discrezionalità/libertà valutativa del giudice: sotto forma ora di discrezionalità espressa, ora di ri-definizione ermeneutica di fattispecie nate volutamente lasche. È l'epoca della cogestione: cade la segregazione tra scelta politica e applicazione giudiziaria, in

⁵⁴⁸ L'espressione è di SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., 46. L'Autore, con riferimento al diritto penale sostanziale, individua nella categoria della «condotta impropria» una «figura sostitutiva del fatto tipico nel sistema penale. In luogo della tradizionale formulazione di numerose e distinte incriminazioni che selezionano *ex lege* i fatti da punire, ci si trova di fronte, nella realtà operativa, ad alcune fattispecie generiche onnicomprensive imperniate sulla natura 'impropria' della condotta dell'agente» (45). In tale contesto, continua Sgubbi, può dirsi che «la natura 'impropria' della condotta umana, quale odierno sostituto concettuale e pratico del fatto tipico legislativamente statuito, è determinata volta a volta dalle vittime e dalla loro percezione, da organismi (autorità indipendenti), dal pensiero dominante nella società, o dal giudice. Ma si tratta di una definizione di illiceità *a posteriori, post factum* [sicché] l'agente saprà soltanto successivamente al fatto se il proprio comportamento è da qualificarsi come illecito. E le prove da raccogliere nel processo penale – e il relativo contraddittorio – concernono anche l'*an* della illiceità: nei reati colposi tale profilo può dirsi ormai la regola. Si constata un analogo fenomeno nei casi di incriminazioni di creazione non legislativa, ma giurisprudenziale» (46). Parla di «fattispecie a formazione progressiva» GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., 164 («L'indeterminatezza del tipo delittuoso, un tempo considerata un difetto esiziale del prodotto normativo, è oggi consapevolmente perseguita, in nome della formazione progressiva delle fattispecie incriminatrici. Queste ultime presentano ambiti di imprecisione destinati *ab origine* a essere colmati nella fase applicativa, oltre che dalla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, com'è fisiologico che sia, dalle tempestive relazioni del Massimario della Corte di cassazione, che operano come battistrada ermeneutici»). Parla di «"fattispecie a tipicità sintomatica" costruite su elementi a "tassatività debole"» MANES V., *Diritto penale no-limits*, cit., 93 («Del resto, quando si assottiglia il coefficiente di tassatività/determinatezza del tipo, e il perimetro di rilievo penale è affidato a "fattispecie a tipicità sintomatica" costruite su elementi "a tassatività debole", si atrofizza anche il *thema probandum*, con ricadute simmetriche sul versante della tenuta processuale, dove il pericolo costante è "che la prova si fondi su meri dati presuntivi", in spregho alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio»).

⁵⁴⁹ Riprendiamo il termine da BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 194-195: «Quando il testo della norma, che dovrebbe costituire il solo luogo entro il quale si determina il processo di concretizzazione del diritto, risulta semanticamente aperto a diverse, se non addirittura antitetico, letture interpretative viene meno l'affidamento che i consociati possono riporre nelle parole della legge, che rimangono continuamente esposte al rischio di improvvise virate giurisprudenziali».

nome di una alleanza tra politica governativa e giurisdizione, tra politiche di matrice tecnocratiche e tecnocrazie inevitabilmente politicizzate»⁵⁵⁰.

In questo scenario, si registra l'avanzamento del potere giudiziario e l'arretramento del potere legislativo, da identificarsi – anzitutto – nella crisi del principio di legalità (legale): cioè, nella perdita di esclusività e centralità della legge; profilo di cui ci occupiamo nel successivo capitolo.

⁵⁵⁰ GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., 164. Parla di «vesti tecnocratiche» indossate dal diritto penale, che «nella dimensione attuale del rapporto tra legge e giustizia penale [...] dismette le proprie vesti democratiche», MAZZACUVA F., *Nomofilachia, legalità e giustizia penale*, in *Ind. pen.*, 2018, 290.

CAPITOLO II

L'ARRETRAMENTO DELLA LEGALITÀ

O MEGLIO, LA PERDITA DI ESCLUSIVITÀ E CENTRALITÀ DELLA LEGGE

«Tutte le famiglie felici si assomigliano fra loro; ogni famiglia infelice è infelice a suo modo»⁵⁵¹.

Una lettura possibile degli sviluppi del principio di legalità può compiersi parafrasando Tolstoj. Antropomorfizzando il principio, possiamo dire che la legalità vive – e ha sempre vissuto – in un ontologico “stato di crisi”, in cui a periodi di instabile infelicità si sono alternati periodi di armonica felicità, cioè di ordinato equilibrio con gli altri istituti, principi e valori dell’ordinamento giuridico.

Come qualsiasi altra cosa umana, anche la legalità è caratterizzata dal tratto della precarietà⁵⁵²: «ogni conquista è sempre provvisoria [ed] esposta alla perdita»⁵⁵³, in ragione della metamorfosi continua cui sono soggette le vicende e le faccende (naturali/artificiali) dell’uomo. In ciò, il principio di legalità rinviene il suo essere disgraziatamente infelice. Un simile stato di caducità, sebbene connaturato all’ente stesso⁵⁵⁴, può tuttavia conoscere stagioni di felice stabilità, le quali – con intensità variabile – temporaneamente lo emendano o redimono. Indovinare l’assetto storico di maggior congruenza e coerenza fra il principio di legalità e gli altri istituti, principi e valori dell’ordinamento giuridico è la critica sfida che, fin dalla sua genesi, avvince la legalità e che i giuristi sono chiamati ad affrontare.

⁵⁵¹ TOLSTOJ L., *Anna Karenina* (1877), (trad. it.) L. GINZBURG, Milano, 2017, 29.

⁵⁵² Scrive magistralmente GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 57 che «ogni esperienza giuridica nutre in sé, all’esito del suo arco temporale, le cellule tumorali che la condanneranno a morte. Insomma, vive il suo declino, la sua crisi». E in questo continuo succedersi storico «ci sono momenti che recano impressi nel proprio volto i segni della transizione, quando vecchio e nuovo si mescolano, i confini attenuano la loro linearità, e si colgono, nello stesso tempo, declini e germinazioni» (65).

⁵⁵³ ORDINE N., *L'utilità dell'inutile*, Milano, 2013, 182.

⁵⁵⁴ Cfr. SILVESTRI G., *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2011, 97 (corsivo nostro): «Il modello teorico del principio di legalità, proprio dello Stato di diritto liberaldemocratico diffusi in Europa tra la seconda metà del XIX° secolo e la prima metà del XX° secolo, portava in se stesso le cause della sua crisi. Esso presupponeva implicitamente una omogeneità sociale così forte, da rendere quanto meno non inconciliabili la figura astratta del soggetto giuridico, ideale e potenziale titolare di tutte le situazioni giuridiche, attive e passive, e la figura concreta dell’uomo inserito nei rapporti economici e sociali effettivi. In realtà il *citoyen* in quanto tale non era mai esistito, neppure nel periodo aureo dello Stato borghese post-rivoluzionario; tuttavia all’interno del ristretto ceto degli elettori, tali per censo, era possibile riscontrare una certa omogeneità, che semplificava la sistematizzazione istituzionale e giuridica. Ben presto i sintomi della disgregazione divennero percepibili ai più acuti osservatori, che, identificando lo Stato fondato sull’omogeneità sociale con lo Stato *tout court*, parlarono in modo esplicito, già all’inizio del Novecento, di “crisi dello Stato”. Il fattore più potente di tale crisi era il pluralismo sociale». Per un riepilogo storico sulle dinamiche evolutive del principio di legalità nello Stato di diritto e poi, specificamente, nello Stato di diritto costituzionale italiano, v. CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 2-5.

Ogni epoca, invero, «ha l'impressione precisa di essere epoca di transizione e di crisi»⁵⁵⁵; e questa impressione si riflette altresì sul sistema giuridico, in quanto «le strategie giuridiche si sviluppano e assumono il loro senso storicamente specifico nel vivo della dinamica politico-sociale: né fa eccezione il principio di legalità, che lungi dall'essere un principio a-temporale, sempre e comunque produttivo dei medesimi effetti, incide sulla strutturazione dell'ordine in modo sensibilmente diverso a seconda dei contesti storico-istituzionali nei quali viene enunciato e attuato»⁵⁵⁶.

Trovarsi immersi nella Storia impone di fare i conti con essa. Anche per tale ragione, allora, il principio di legalità si è trasformato – sta continuando e continuerà a trasformarsi – progressivamente⁵⁵⁷, moltiplicandosi e declinandosi nelle più svariate tipologie⁵⁵⁸.

Negli anni, si è infatti parlato di 'legalità legislativa' o 'legale' o 'stat(u)ale', di 'legalità governativa', di 'legalità regionale', di 'legalità costituzionale', di 'legalità convenzionale', di 'legalità europea' o 'comunitaria', di 'legalità internazionale', di 'legalità globale' (e finanche di 'legalità cosmica'), di 'inter-legalità', di 'legalità stratificata', di 'legalità autoprodotta', di 'legalità giurisprudenziale' o 'giudiziale', di 'legalità effettuale' ecc.

⁵⁵⁵ DE ONATE L., *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 25. Analogamente: ROSELLI O., *Uno storico del diritto alla Corte costituzionale*, in GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia*, cit., 10 («Come in ogni epoca di profonde trasformazioni, si torna a parlare di crisi del diritto. Ma oggi come ieri non di crisi del diritto si tratta ma di crisi di una sua concezione storicamente datata. Il diritto, a condizione di essere profondamente ripensato, può offrire un'ancora di salvezza, contribuire a ricostruire radicate basi ordinamentali»); STORTI C., *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi delle legalità'*, in AA. VV., *La legalità e la crisi della legalità*, (a cura di) C. STORTI, Torino, 2016, XIII («Nella storia europea non vi è epoca [...] nella quale la legge non abbia creato campi di tensione, in misura maggiore o minore, con altre fonti di diritto di carattere non legislativo»).

⁵⁵⁶ COSTA P., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. fior.*, 2007, 21. Similmente, GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99: «Nell'affrontare i profili dell'attuale crisi della riserva di legge si dovrebbe tenere conto della perenne relatività che ha caratterizzato il predetto principio sul piano fenomenologico, evitando, altresì, di considerare il diritto penale una sorta di 'monade' isolata, avulsa dai processi di trasformazione della legalità che attraversano il sistema giuridico nel suo complesso».

⁵⁵⁷ Queste trasformazioni – a esser precisi: la proliferazione e la varianza di significati che rappresentano la cifra odierna – del principio di legalità si correlano al fatto che «il fondamento assiologico (la *ratio*) di un principio influisce sul contenuto del principio stesso; e se un principio riposa contemporaneamente su diversi fondamenti assiologici (se può essere ricondotto simultaneamente a differenti *rationes*), le conseguenze applicative di quel principio potranno essere divergenti e anche contraddittorie. Questo [è ciò che] accade esattamente con il principio di legalità penale» nell'epoca attuale (PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 173).

⁵⁵⁸ Sostiene che legalità diventi un sostantivo al plurale (*legalities*) SCODITTI E., *Legalità al plurale*, in *Quad. cost.*, 2013, 1031 ss., il quale – in altra sede (SCODITTI E., *Lo scenario dell'inter-legalità*, in www.questionegiustizia.it, 22 aprile 2020, 2) – afferma in particolare che «nel mondo della legalità al plurale cadono gli assiomi della legalità al singolare» e, riferendosi alla sovrapposizione tra i diversi ordinamenti («i quali mantengono costantemente [o comunque in via tendenziale] la loro efficacia giuridica, anche nel momento in cui si articolano all'altro ordinamento»), rileva l'esistenza di una «inter-legalità» (su cui v. PALOMBELLA G., *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto e il ruolo delle Corti*, in *Dir. quest. publ.*, 2018, 2, 315 ss.).

A prescindere dalla bontà di tali definizioni, la cui architettura teorica può benissimo essere rimodulata e risistemata a seconda della prospettiva d'analisi entro la quale ci si muove, l'aspetto significativo è che un'idea massimalistica del principio di legalità non può più appartenere alle categorie di quella che si è soliti chiamare la post-modernità giuridica⁵⁵⁹.

Una versione esclusivamente legicentrica e formalistica della legalità non è più ammissibile; o, per lo meno, non lo è più in termini assoluti⁵⁶⁰. E questo vale e si ripercuote in ogni ambito ordinamentale, compreso il diritto penale: ove, nondimeno, in forza degli artt. 25, co. 2 e 111, co. 1 Cost., la *lex* resta comunque momento centrale e imprescindibile, sia sul versante sostanziale (*i.e.* delimitazione di ciò che è penalmente rilevante) sia sul versante processuale (*i.e.* disciplina delle modalità di svolgimento del rituale criminale, ai fini dell'accertamento e della repressione del fatto-reato).

Quel che comporta quest'evoluzione – verrebbe da dire: questa rivoluzione – dello scenario sociale e giuridico non è l'eliminazione o l'abbandono della 'legalità legale', cioè della legalità di rango o di marca parlamentare, ma la sua relativizzazione a fronte dell'affiancamento da parte di altre tipologie di legalità.

Ai tempi della giuristocrazia, in particolare, tra le sfaccettate aggettivazioni sostantivate assunte dalla legalità, quella di 'legalità giudiziale' pare essere odiernamente la forma più confacente⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Non avendo in tal sede adeguato spazio per approfondire la portata (altresì sociale) del fenomeno, ci limitiamo a richiamare – *ex multis* – alcuni dei contributi nei quali ricorre l'espressione "post-modernità" applicata al contesto giuridico: BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 555-556 e 582-583; BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, 485; CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2017, 2; GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia*, cit., *passim.*; GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, *passim.*; GROSSI P., *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831 ss.; RONCO M., *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1388 e 1392, nonché 1399.

⁵⁶⁰ Afferma GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 22 che «ciò che si deve respingere è l'utilizzazione del principio di legalità allo stesso modo di quando si adotta l'espedito retorico della sineddoche: ci si riferisce a una parte per esprimere il tutto, ci si riferisce alla legge per ricomprendervi tutta la complessità dell'ordine giuridico e per arrivare sostanzialmente alla identificazione del tutto nella parte». Risuonano – d'altronde essendo, il pensiero di tale Autore, richiamato in più luoghi della produzione giuridica di Grossi – le parole di Santi Romano, per il quale occorre riconoscere l'esistenza di un «*quid*» (12) oltre alle disposizioni normative (v., ad es., SANTI R., *L'ordinamento giuridico* (1917), Firenze, 1945, 18 [analogamente: 79]: «La c.d. "obbiettività dell'ordinamento giuridico" non può circoscriversi e limitarsi alle norme giuridiche. [Essa] si riferisce e si riflette anche su di esse, ma parte sempre da un momento anteriore, logicamente e materialmente, alle norme e, talvolta, anzi spesso, arriva a dei momenti che non si possono identificare e confondere con quelli della posizione delle norme stesse. Il che equivale a dire che queste sono o possono essere una parte dell'ordinamento giuridico, ma sono ben lontane dall'esaurirlo»).

⁵⁶¹ Cfr. CATERINI M., *Il ruolo "politico" del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del 'diritto vivente'*, in *Pol. dir.*, 2016, 509 («Nella realtà del sistema penale italiano emerge sempre più un conflitto tra la "legalità legislativa" e la "legalità giudiziale", caratterizzata quest'ultima da derive interpretative»); GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 49 («Come il legislatore per il razionalismo settecentesco, il giudice per il sociologico dell'inizio del secolo [XX° (e pure del secolo XXI°)] è per definizione interprete fedele della volontà e degli interessi dei cittadini. E nasce un nuovo idolo (che, sia detto per inciso, ha fornito ottime opportunità ai vari totalitarismi). Il diritto non è più a volontà arbitraria del legislatore (la premessa indiscutibile

Per dare ragione a questa nostra affermazione, tenute ferme le riflessioni che abbiamo svolto *supra* (cap. I) intorno alle cause che hanno contribuito e che contribuiscono all'affermarsi e all'espandersi del fenomeno giuristocratico, ci proponiamo di considerare adesso tali fattori da un diverso angolo prospettico: quello della legge⁵⁶². Intendiamo, cioè, analizzare – ancora per sommi capi – l'impatto delle “cause storico-sociali, *lato sensu* extra-giuridiche” e delle “cause giuridiche ordinamentali e procedimentali”, nonché di qualche altro fattore, sulla crisi della legalità (o meglio: sulla perdita di esclusività e centralità della legge).

Passiamo quindi a trattare concisamente – e con gli occhiali del penalista (che orientano l'intero nostro lavoro, benché numerose siano le affermazioni con ricadute di teoria generale del diritto) – i seguenti profili: i) l'odierna erosione della legalità (legale) tra fattori esogeni e fattori endogeni; ii) attività tecnico-processuale (argomentativa e retorica) delle parti; iii) *biases*, umanità e ragionamento giudiziario.

Ricapitolati questi aspetti che rendono l'amministrazione della giustizia un momento caratterizzato da sempre più *droit* e sempre meno *loi*, chiudiamo il capitolo individuando nella (metodica di giudizio e di) giustificazione della decisione un'ancora di salvezza nel mare della discrezionalità giudiziale. Tra gli strumenti immaginabili per coordinare l'avanzamento della giuristocrazia e l'arretramento della legalità, riteniamo che all'obbligo di motivazione – e, in specie, all'obbligo di motivazione rafforzata – debba essere attribuita una posizione di primo piano: sicché su di esso convenga convintamente puntare.

I. L'ODIERNA EROSIONE DELLA LEGALITÀ TRA FATTORI ESOGENI E FATTORI ENDOGENI – CENNI E RICHIAMI

del ragionamento giuridico secondo il modello deduttivo), ma è la volontà arbitraria del giudice (la conclusione incontrollabile del ragionamento giuridico secondo il modello induttivo). Questo, se ve n'è uno, è il significato delle formule: ‘i giudici creano diritto’ e ‘i giudici fanno politica’»); GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia*, cit., 91 («Parlare di ‘giudizialità’ quale carattere tipizzante della esperienza che viviamo non è un'eresia, è piuttosto una constatazione»).

⁵⁶² Puntualizziamo che, secondo il classico principio dei vasi comunicanti, il principio di legalità legale – espressione del potere legislativo – subisce le ripercussioni derivanti dall'aumento delle zone di operatività – nonché dall'incisività dell'intervento – degli altri poteri presenti nell'ordinamento: *su tutti*, quello esecutivo e quello giurisdizionale. Sul punto, riteniamo opportuno specificare ancora che la teoria montesquieuviana della tripartizione dei poteri ha subito e sta subendo critiche nella misura in cui manca di considerare l'esistenza e il rilevante impatto che, soprattutto oggi, altre forme di potere (es. autorità indipendenti; formazioni sociali diffuse; ecc.) hanno sulla società e sul suo stesso assetto ordinamentale, quantomeno ove studiato – come si suol dire – *in action* e non soltanto *in the books*. In conseguenza degli studi avanzati sul tema – e anche alla luce delle analisi foucaultiane relative al ‘potere’ e ai ‘poteri’ – crediamo sia doveroso lasciare aperto lo spazio di immaginazione e di riflessione anche all'influsso che questi ‘altri’ poteri hanno su quelli tradizionali: cioè sul legislativo, sull'esecutivo e sul giudiziario. Questo è dunque l'intento che ci ha spinto a introdurre la locuzione “su tutti”: voler tener conto altresì delle svariate forme di potere circolanti, in un dato frangente storico, all'interno dello Stato e della comunità sociale; forme di potere ulteriori a quelle riconducibili alla tripartizione classica.

«È un dato di fatto incontestabile che le caratteristiche del sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, sono fortemente mutate a seguito della perdita di centralità della legge, se non dal punto di vista quantitativo della sua presenza nell'ordinamento, certamente da quello qualitativo del suo ruolo nell'orientamento dei consociati e nella formazione della decisione giudiziaria. Nell'area del diritto penale, ovviamente, la trasformazione dei rapporti tra legge e cittadino e tra legge e interprete, e segnatamente l'interprete-giudice, viene a mettere in crisi i più consolidati e tipici principi propri di questa materia»⁵⁶³.

Sono estremamente significative le parole di esordio con cui Francesco Palazzo presenta i risultati prodotti dal Gruppo di ricerca – istituito presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze – *La “nuova” legalità e il ruolo della Corte di cassazione*.

Tali parole tracciano infatti le linee fondamentali di un pensiero sempre più diffuso e condiviso, cioè che si sia effettivamente passati «dall'“età della legge” e dei codici all'“età dell'interpretazione” e della giurisdizione; dallo “Stato legislativo” alla *Juristocracy* o alla “giurisprudenza legislativa”, chiamata a fronteggiare le sfide imposte appunto da un “diritto senza codice”, liquido, *flou*, disordinato, policentrico, urgente, compulsivo, turbolento»⁵⁶⁴.

Un simile passaggio storico è l'esito di una pluralità di fattori, tra loro convergenti. Nell'ambito di questa multifattorialità, tipica – invero – di ogni accadimento, vi sono due fenomeni che assumono un indubbio rilievo nel determinare l'arretramento della legge, in termini di esclusività e centralità, all'interno dell'assetto ordinamentale.

Da un lato, la tendenza insita nel potere – in ogni potere, come insegnano Montesquieu e Foucault: insita, quindi, anche nel potere giudiziario⁵⁶⁵ – a espandersi e autoaffermarsi, nel continuo

⁵⁶³ PALAZZO F., *La “nuova” legalità e il ruolo della Corte di cassazione*, in www.sistemapenale.it, 5 marzo 2020, 1, il quale così prosegue: «Ne conseguono tensioni acute e spesso radicali tra posizioni “conservatrici”, che avvertono tutto ciò come un pernicioso regresso illiberale, e posizioni “progressiste”, che vi vedono la smitizzazione di vecchi totem a vantaggio di un'applicazione del diritto (anche penale) più prossimo alla concretezza del fatto. Nel presupposto che si tratti di fenomeno non certo transeunte, almeno allo stato attuale, va prendendo piede un orientamento tanto realistico quanto sensibile all'esigenza che, nel nuovo paradigma della giuridicità, non vadano però disperse le tradizionali garanzie del diritto penale. In questa prospettiva si può parlare di una *nuova* legalità, volendo con ciò fare riferimento al tentativo di costruire strumenti più o meno inediti di garanzia conformati sul diverso e ridimensionato ruolo della legge parlamentare». Fra questi “strumenti più o meno inediti di garanzia”, a nostro parere, trova posto anche l'obbligo di motivazione rafforzata del provvedimento, di cui parleremo *infra*.

⁵⁶⁴ MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 2.

⁵⁶⁵ In merito alla tendenza espansiva del potere, mette conto specificare che – in realtà – per DE MONTESQUIEU C. D. S., *Lo spirito delle leggi* (1748), lib. XI, cap. VI, (trad. it.) B. B. SERRA, I, Milano, 2011, 314 «quello giudiziario è in qualche senso [un potere] nullo». Da questo punto di vista, pertanto, la conclusione alla quale giungiamo, ovverosia che anche il potere giudiziario tende ad affermarsi e a espandersi senza posa, non appartiene alla visione montesquieuviana, dalla quale perciò ci limitiamo a trarre soltanto l'insegnamento relativo all'“espansione del potere”. A questa tendenza espansiva si correla, *ça va sans dire*, l'abuso del potere: a nostro parere, la possibilità/il rischio di abuso del potere; la certezza dell'abuso, a parer d'altri (i quali sposano evidentemente le parole di Giacomo Leopardi, laddove scrive che «chiunque avrà, per un qualsiasi titolo, il potere – sia esso concentrato o ripartito – ne abuserà. Il destino e la natura

tentativo di sopravanzare gli altri poteri e di accaparrarsi gli spazi da quest'ultimi lasciati scoperti. Dimodoché, il terreno lasciato libero dal legislatore viene immediatamente occupato da un altro potere: ad esempio – e per quanto qui d'interesse – dal potere giudiziario.

Dall'altro lato, l'inadeguatezza della legge rispetto alla realtà: evenienza, questa, in parte congenita e fisiologica, ma oggi patologica poiché la distanza della prima rispetto alla seconda è deleteriamente eccessiva⁵⁶⁶. Assai più di ieri, la previsione legale non riesce a inquadrare in modo esaustivo – e dunque non riesce a ordinare in modo appropriato – le dinamiche mobili del vivere sociale. Ciò è dovuto, in larga parte, alla natura «liquida»⁵⁶⁷ e complessa delle società post-moderne nelle quali viviamo, la cui regolamentazione è peraltro sfavorita dallo scadimento qualitativo dell'operato legislativo. A questa situazione si è cercato e si cerca tuttora di porre rimedio con il ricorso – si badi: comunque in via compensatoria e non *in toto* sostitutiva l'attività normativa – a ulteriori tipologie d'intervento, affidate e/o gestite direttamente da soggetti diversi dal legislatore. Così, anche per tale ragione, la legge perde i suoi caratteri di esclusività e centralità in seno all'ordinamento.

Il mutamento delle costanti storiche di riferimento conduce a ricalibrare e a rivisitare i tratti classici del principio di legalità; e questo si ripercuote, in concreto, sull'attuazione (nonché, per l'appunto, sull'"autorità") della *lex*⁵⁶⁸.

scrissero questa legge di diamante» [LEOPARDI G., *Palinodia* (1835), ("trad.") V. PIERINI, Viterbo, 1993, 14-15: «Imperio e forze, quanto più vogli o cumulate o sparse, abuserà chiunque avralle, e sotto qualunque nome. Questa legge in pria scrisser natura e il fato in adamante» (vv. 77-81)].

⁵⁶⁶ È addirittura in termini ontologici che ogni eccesso si rivela, in sé, patologico: giacché la tendenza naturale che accomuna gli organismi viventi è l'omeostasi, ovverosia la propensione al raggiungimento di una relativa stabilità attraverso meccanismi di regolazione utili a garantire l'equilibrio. In tal senso, si può dire che «tutti gli estremi son viziosi» (DE LUCA G. B., *Lo stile legale* (1764), Bologna, 2010, 64 [analogamente: 177; 186]) e che, ossimoricamente, «ogni eccesso tendente a un effetto produce di solito il contrario di ciò a cui si mira» (SCHOPENHAUER A., *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile* (1890), (trad. it.) E. A. KUHN, Milano, 2010, 55). L'idea di evitare gli eccessi (e propendere *sobriamente* – giacché «la virtù è sempre sobria» [ROTH J., *Confessione di un assassino* (1936), (trad. it.) B. GRIFFINI, Milano, 1994, 142] – per la «via di mezzo») si avvicina molto – sino, praticamente, a corrispondervi – al concetto aristotelico di «medietà» (virtuosa): ciò che sta, appunto, nel mezzo tra il troppo e il troppo poco. In questa prospettiva, sul versante più strettamente giuridico, SCIALOJA V., *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 9, 947 osserva che anche nel diritto «le esagerazioni hanno in sé la loro fine, salgono tanto in alto che non possono più reggersi in bilico e precipitano» e ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, Torino, 1992, 32 fa notare che «lo Stato di diritto è nemico degli eccessi, cioè dell'uso 'sregolato' del potere».

⁵⁶⁷ L'espressione, ormai *à la page*, è stata coniata dal sociologo Zygmunt Bauman, tra le cui opere principali rammentiamo: BAUMAN Z., *Modernità liquida* (2000), (trad. it.) S. MINUCCI, Bari-Roma, 2002; BAUMAN Z., *Vita liquida* (2007), (trad. it.) M. CUPELLARO, Bari-Roma, 2006; BAUMAN Z., *Modus vivendi*, (trad. it.) S. D'AMICO, Bari-Roma, 2007; BAUMAN Z., *Futuro liquido. Società, uomo, politica e filosofia*, (a cura di) E. PALESE, Milano, 2014. Parla di «una autentica trasfigurazione della legalità penale, da granitica a liquida» AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 405.

⁵⁶⁸ VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enc. dir.*, Milano, 2013, 371 e 376-377 apre il proprio contributo rilevando che, «come il protagonista del romanzo di Pirandello *Uno, nessuno e centomila*, la legalità vive – da tempo – una profonda crisi d'identità», trattandosi – prosegue Vogliotti – di «una categoria teorica che non significa più quello che significava un tempo». L'Autore precisa in ogni caso che alla domanda «sarebbe dunque giunto il momento di proclamarne la morte?»

In ogni caso, sebbene si possa dire che il principio di legalità abbia subito e stia quotidianamente subendo uno «scotimento concettuale, un vero e proprio terremoto teorico e pratico»⁵⁶⁹, non è tuttavia possibile sostenere che tale principio – «in virtù del quale i pubblici poteri sono soggetti alla legge, di tal che ogni loro atto deve essere [in ultima istanza] conforme alla legge, a pena di invalidità»⁵⁷⁰ – sia stato o sia da ritenersi definitivamente superato⁵⁷¹.

Pur “indebolito” e almeno in parte trasfigurato, il principio di legalità (legale) «continua a svolgere una funzione essenziale, connessa all’idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l’arbitrio decisionale, prescrivendo il trattamento eguale o imparziale»⁵⁷². In questa prospettiva, senz’altro resiste nel suo più autentico significato garantista, individuabile «nell’assegnare alla legge costituzionalmente valida il primato nella creazione delle fattispecie»⁵⁷³,

occorra in realtà rispondere che «non è necessario, perché la storia del diritto ci mostra che – normalmente – le parole cruciali del lessico giuridico non tramontano insieme con le “cose” che designavano, ma si conservano grazie a una loro “risemantizzazione”». In materia, osserva PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quad. fior.*, 2007, 1281 che «l’idea che il diritto penale possa essere impermeabile e immune rispetto ai fenomeni di grave crisi istituzionale della legalità, senza condividere le sorti dell’intera realtà ordinamentale, rimanendo fedele ai propri principi, non può essere realisticamente coltivata». Analogamente: BERTOLDI F., *L’origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *FHI*, 2016, 1, 1; FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1271.

⁵⁶⁹ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1280.

⁵⁷⁰ GUASTINI R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, 35.

⁵⁷¹ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1444 e 1446 («Non sono ancora maturi i tempi, né lo saranno mai in uno Stato costituzionale di diritto, per sostituire la riserva di legge, pietra angolare della legalità penale ex art. 25, co. 2 Cost., con un concetto *flou* di ‘riserva di diritto’ indifferentemente legislativo e giurisprudenziale; anche perché non è ciò che ci chiede, né ci può chiedere, l’Europa. Il *nullum crimen sine lege* non ha allora ceduto il posto al *nullum crimen sine iure*; più semplicemente sta adattando la sua pelle alla complessità della modernità»); FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 702 («I giuristi, nonostante tutto (e nonostante contraddizioni più o meno insanabili), non possono rinunciare a pensare in termini di ‘legalità’»); MAZZA O., *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, 114 («Senza forme, senza legalità processuale, non siamo più nel campo del diritto, non vi è più un processo inteso come concatenazione regolata di atti. Ci si sposta su un altro terreno, che sicuramente può risultare produttivo di risultati, ma non è degno di un ordinamento democratico. Senza le forme del processo penale l’amministrazione della giustizia diventa puro atto politico»); PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 81 («Nonostante la spietata demitizzazione cui sono stati sottoposti dal tempo i principi di riserva e precisione della legge, essi non possono essere archiviati. Lo impongono, prima e oltre che ragioni di legittimazione democratica degli organi della produzione normativa penale, esigenze di salvaguardia di fronte alle sempre onnivore pretese di tutela avanzate, soprattutto oggi, dal diritto penale. È però indispensabile per la sopravvivenza stessa di quei principi che se ne scoprono con coraggio e senza infingimenti gli attuali punti di debolezza e quelli di forza: questi ultimi saranno affievoliti ma pur ci sono»).

⁵⁷² PASTORE B., *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in PASTORE B., *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 37-38. Afferma che «la legalità non muore ma si trasfigura, richiedendo al giurista un impegno nuovo» PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1321.

⁵⁷³ DE CARO A., *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, in *Dig. disc. pen.*, (a cura di) A. GAITO – B. ROMANO – M. RONCO – G. SPANGHER, Torino, 2018, 356. Sostiene MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in www.discrimen.it, 17 luglio 2018, 2 che «nella storia del principio della riserva di legge la finalità della garanzia è sempre stata una costante: fin dai primordi».

sostanziali e processuali, in grado di ‘incidere’ sulla sfera personale (*lato sensu* intesa) delle persone⁵⁷⁴.

Non viene insomma meno la logica di sistema secondo cui «mentre per la condotta dei privati vale il “principio generale di libertà” (detto anche “norma generale esclusiva”), ossia quella norma di chiusura secondo cui ‘tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge è permesso’, per la condotta degli organi statali vale invece la “norma di chiusura” (opposta), secondo cui ‘tutto ciò che non è espressamente autorizzato dalla legge è vietato’»⁵⁷⁵. E in materia penale è direttamente la

⁵⁷⁴ *Ex plurimis*: BALDUZZI R. – SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, 1207 ss.; CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Bari-Roma, 2013, 11 («Colla legalità non vi è ancora libertà; ma senza legalità libertà non può esserci»); CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1-2 e 5 («È lo stesso principio democratico che impone la vigenza della legalità, non certo intesa come mera esigenza di una base legale, ma come effettiva previsione degli interessi da soddisfare»); FOIS S., *Legalità*, cit., 662; GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 136; GUASTINI R., *Legalità*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 149-150 («I diritti soggettivi dei cittadini sono tanto più garantiti nei confronti dei pubblici poteri quanto più intensamente la legge disciplina l'attività di questi ultimi. La garanzia dei diritti è inesistente quanto la legge si limita a conferire un potere senza tuttavia disciplinarne il alcun modo l'esercizio (o si limita a disciplinarlo mediante clausole generali). La garanzia dei diritti è minima allorché la legge circoscrive solo in negativo i poteri che conferisce (ossia conferisce poteri discrezionali). La garanzia dei diritti è massima quando la legge, nel conferire un potere, pone a esso non solo limiti negativi, ma anche vincoli positivi, predeterminando il contenuto dei suoi atti (ossia conferisce un potere vincolato). [...] La Costituzione italiana vigente riserva alla legge – ora in modo “assoluto”, ora in modo “relativo” (così si usa dire) – quasi tutte le materie rilevanti per l'esercizio del potere esecutivo: provvedimenti restrittivi della libertà personale (art. 13, co. 2), richieste di prestazioni personali e patrimoniali (art. 23), sanzioni penali (art. 25, co. 2), trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, co. 2), espropriazioni (art. 42, comma 3, e 43), provvedimenti di spesa (art.81), organizzazione della pubblica amministrazione (art. 97, co. 1) e via enumerando»); MAZZA O., *Il crepuscolo della legalità*, cit., 119 («Se manca una solida base giuridica, la libertà decisionale scade inevitabilmente nell'arbitrio»); PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 128 (per il quale «il fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti la libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell'uomo»); PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 191 («In estrema sintesi, dunque, la legalità penale è una tecnica (o un insieme di tecniche) finalizzata alla limitazione dell'arbitrio nella gestione dello strumento penale: ciò, sia nel caso che l'uso arbitrario sia causato dalla mala fede, per così dire, di chi ha il potere di esercitare lo strumento penale (l'esecutivo, il giudiziario, lo stesso legislatore) e potrebbe usarlo per scopi discriminatori, o persecutori, o comunque in maniera non equa, non imparziale; sia nel caso che l'uso arbitrario dello strumento penale sia determinato da fattori per così dire “oggettivi”, che rendono di fatto imprevedibili i modi in cui le sanzioni penali saranno applicate ai casi concreti») e 205; SPANGHER G. – SURACI L., *Le impugnazioni penali. Modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pisa, 2020, 21-22; VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 305-316 (in part., 307); WEIGEND T., *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI° secolo*, in *Criminalia*, 2014, 87. Cfr. già ARISTOTELE, *Retorica*, (trad. it.) F. CANNAVÒ, Milano, 2014, 3-7 (1354a-1355a).

⁵⁷⁵ GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 42 (il quale scrive ancora che «il sistema del diritto penale è un sistema chiuso: vale, nel suo ambito, la regola secondo cui tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso. Come dire che, in diritto penale, vige l'obbligo di argomentare *a contrario*» [162]; v. anche 162-164 nonché cfr. ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971), Torino, 2005, 179-181).

Costituzione a sancire il principio di legalità⁵⁷⁶, scolpendolo peraltro “in senso stretto”: sia sul versante sostanziale (art. 25, co. 2) sia sul versante processuale (art. 111, co. 1)⁵⁷⁷.

Tanto premesso, se ora caliamo il discorso sul rapporto tra giudice e legge, possiamo vedere che, nonostante quest’ultima resti un punto fermo, la ‘zona di potere’ del primo avanza progressivamente.

⁵⁷⁶ Peraltro, in materia criminale, la Carta costituzionale disegna un formidabile *trait d’union* tra la legalità sostanziale (art. 25) e la legalità processuale (art. 111) in forza del principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112), sia pure soggetto – nella pratica – alla modulazione di realtà data, ad esempio e anzitutto, dai c.d. “criteri di priorità”.

⁵⁷⁷ CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019, 87 («Oggi l’art. 111, co. 1 Cost. stabilisce che il processo dev’essere “regolato dalla legge”, cosicché il principio di legalità abbraccia l’intera esperienza penalistica (artt. 25, co. 2 e 111, co. 1 Cost.), disegnando un sistema governato dalla legge sia nel procedimento sia nel punire»); DI BITONTO M. L., *Giudici e bugie*, in *Cass. pen.*, 2018, 4068 («La predeterminazione legale delle procedure rappresenta il fondamento stesso della legittimità dell’esercizio della funzione giurisdizionale (art. 111, co. 1 Cost.). [...] La legalità penale (*nullum crimen sine lege*) riguarda i profili sostanziali e quelli processuali del punire, poiché la salvaguardia della libertà individuale esige certezze legali in ordine alla norma incriminatrice (tassatività, determinatezza, irretroattività *in malam partem*), ma anche con riguardo alle regole processuali, perché esse costituiscono il principale vettore di quel giudizio finale la cui conseguenza è l’alternativa tra la libertà e la pena»); DINACCI F. R., *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 4; GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989; cfr. *ante litteram* (?) HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio* (1820), (trad. it.) B. HENRY, Bari-Roma, 2010, 178 (§ 222) («Davanti ai tribunali il diritto riceve la determinazione di dover essere un diritto suscettibile di prova. Il procedimento giuridico pone le parti nella condizione di far valere i loro mezzi di prova e le loro ragioni di diritto, e il giudice di prender cognizione della causa. Questi passi sono essi stessi diritti, il loro procedere deve quindi esser legalmente determinato ed essi costituiscono anche una parte essenziale della scienza teoretica del diritto»); LORUSSO S., *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in www.penalcontemporaneo.it, 10 giugno 2015, 3 (ove si richiamano altresì le pronunce della Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317 e della Corte EDU, 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio); MAZZA O., *Tradimenti di un codice*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 8 («Il tema della legalità processuale non è nuovo e non nasce con la riforma dell’art. 111 Cost. Uno dei più evidenti pregi della struttura originaria del codice era proprio quello di essere intrisa di legalità processuale. C’è un filo rosso che lega – o forse, meglio, legava – l’art. 124 c.p.p., laddove si impone ai giudici e in genere all’apparato statale l’osservanza della legge procedurale al di là del sistema delle invalidità, pena la responsabilità disciplinare, all’art. 1 c.p.p., per cui la giurisdizione penale è esercitata dai giudici secondo le norme del codice, all’art. 189 c.p.p., secondo cui le prove sono espressamente disciplinate dalla legge e le prove atipiche rappresentano un’eccezione ben definita, all’art. 220 delle norme di attuazione c.p.p. che segna l’*incipit* della legalità processuale fin dal primo istante in cui emergano indizi di reato, all’art. 272 c.p.p. per cui la libertà personale può essere limitata soltanto a norma delle disposizioni del codice. Per non dimenticare il principio di stretta legalità delle nullità, scolpito nell’art. 177 c.p.p., o delle ipotesi di decadenza, imposto dall’art. 173 c.p.p., o quello di tassatività delle impugnazioni. Il filo conduttore della legalità processuale lo possiamo scorgere ancor più nitidamente nella disciplina costituzionale del processo, dall’art. 25, co. 1, Cost. sul giudice, all’art. 112 Cost. in tema di azione, agli artt. 13 e 27, co. 2 Cost. sulla custodia cautelare e i suoi fini, agli atti incidenti sulle libertà di domicilio e di comunicazione, dettagliatamente regolati dagli artt. 14 e 15 Cost. Senza dimenticare l’art. 101, co. 2 Cost. da cui discende non solo l’indipendenza della magistratura dagli altri poteri statuali, ma per le funzioni interne al processo, la soggezione alla legge di procedura, e l’art. 111, co. 1 Cost. che non lascia dubbi sulla portata del principio volta ad abbracciare tutto il processo»); SPANGHER G., *Introduzione allo studio del processo penale*, Pisa, 2020, 69 («Stante la loro natura, i percorsi sono tutti governati dalla legge, anzi spesso dalla sua più alta espressione, quella della tassatività, secondo il principio di ordine generale che tiene unito tutto il sistema, cioè il principio di ragionevolezza. Invero, una materia quale quella penale, coinvolgente i rapporti tra autorità e individuo e sotto questo profilo i diritti di libertà, non può non essere governata dalla riserva di legge, che fissa le situazioni di illiceità, regola i poteri dell’accusa e della difesa, affida – con le c.d. “finestre di giurisdizione” – al giudice i poteri decisivi relativi»); TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 39 e 233-234.

Su un versante, il principio di legalità rimane saldo momento fondativo e legittimante: «per un verso, ogni provvedimento giurisdizionale deve essere fondato su una specifica norma di legge (condizione formale di validità) e deve essere materialmente conforme alla legge (condizione materiale di validità); per un altro verso, [fatti salvi profili di incostituzionalità,] in nessun caso i giudici sono autorizzati a rifiutare l'applicazione della legge (così come da essi interpretata, s'intende)»⁵⁷⁸.

Sull'altro versante, nell'applicazione della legge (così come interpretata) al caso concreto, si rileva una – in apparenza, contraddittoria – attenuazione della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, co. 2 Cost.). Di fatto, allorché la applica, il giudice – con lo strumentario giuridico di cui odiernamente dispone – va ben oltre di essa.

Mentre la *law in the books* si trasforma, per il tramite del giudizio, in *law in action*, l'assoggettamento del potere giudiziario al vincolo legislativo sbiadisce per una molteplicità di cause: cause tra le quali rientrano gran parte di quelle esposte nel capitolo precedente e che riteniamo opportuno schematicamente riepilogare, stavolta dal lato della legge.

In buona sostanza, quegli stessi «fattori di condizionamento»⁵⁷⁹ che hanno contribuito e che contribuiscono all'avanzamento della giuristocrazia, allo stesso tempo, hanno concorso e concorrono al decentramento della legalità (legale), tanto che la fonte legislativa «non può più considerarsi fonte del diritto privilegiata, com'era un tempo»⁵⁸⁰.

Premettendo che l'espandersi giuristocratico è esso stesso (non solamente effetto, ma altresì) causa dell'arretramento della esclusività e centralità della legge⁵⁸¹, nel breve riepilogo che segue ci limitiamo a richiamare per cenni alcuni degli aspetti già esaminati *supra* (cap. I).

1) È *in primis* il pluralismo delle fonti giuridiche⁵⁸², imperversante in un mondo globalizzato, sempre più tecnologico e pretenzioso di normative settorializzate⁵⁸³, a mitigare il prestigio che – almeno nei sistemi di *civil law* – ha ammantato la *lex* negli ultimi due secoli e mezzo.

⁵⁷⁸ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 147, il quale specifica in ogni caso che «naturalmente, con riferimento all'ordinamento italiano vigente, questa ultima affermazione [*i.e.* il divieto di poter rifiutare l'applicazione della legge] deve essere attenuata sotto un duplice profilo. In primo luogo, i giudici comuni, ove ritengano una legge costituzionalmente illegittima non possono senz'altro disapplicarla (a differenza di ciò che accade negli ordinamenti in cui il controllo di legittimità costituzionale è diffuso), ma possono – e devono – sollevare la questione di fronte alla Corte costituzionale. In secondo luogo, è ormai giurisprudenza costante (e ormai pacifica, anche se per molti versi scandalosa) che i giudici possano – e anzi debbano – disapplicare le leggi (antecedenti o successive, poco importa) in contrasto con il diritto comunitario (o europeo), ivi incluso (con poche eccezioni) il diritto derivato».

⁵⁷⁹ FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79.

⁵⁸⁰ GUASTINI R., *Legalità*, cit., 151. Osserva PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1282 che la legge «se non ha perso il primato, ha visto comunque grandemente scemato il proprio prestigio nella funzione di disciplinamento della realtà».

⁵⁸¹ V. FOIS S., *Legalità*, cit., 697-698 e LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, 2019, 38-39.

Senza diffondersi sulle vicende storiche che hanno traghettato la legalità di stampo illuministico alla legalità vigente (*recte*: ai vari ‘tipi’ di legalità vigenti)⁵⁸⁴, possiamo dire che è deflagrata l’immagine unitaria di un ordinamento sorretto solamente dalla legge⁵⁸⁵: al punto che si è arrivati ad affermare che «l’epoca attuale è caratterizzata dalla “polverizzazione” del diritto legislativo»⁵⁸⁶.

All’unitarietà si è sostituita la «logica del molteplice»⁵⁸⁷, la quale porta con sé un’evoluzione «in senso agerarchico e reticolare»⁵⁸⁸ dell’intero panorama giuridico, ove si moltiplicano gli atti normativi e i livelli di produzione in cui gli stessi si formano. Il diritto, diventato – a dire il vero: tornato a essere – labirintico⁵⁸⁹, «non appare più un universo di regole pronte per l’uso, ma un complesso di materiali, tratti da fonti diverse, che interagiscono tra loro combinandosi in modo mai definitivo»⁵⁹⁰.

Il ‘sotto-principio’ cardine della legalità, ovverosia la riserva di legge, smarrisce le proprie direttrici di fondo ed è chiamato a riassetarsi per riassetarsi.

⁵⁸² Sul punto, v. PASTORE B., *Le fonti, la piramide, la rete*, cit., 19-49 e PINO G., *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, cit., 7.

⁵⁸³ Cfr. IRTI N., *L’età della decodificazione*, Milano, 1989, 96 e 123 («Il movimento delle norme speciali è fedele interprete di una *società pulviscolare*, che non si riconosce in una comune tavola di valori e si scompone nella varietà dei gruppi e delle categorie economiche. La società di massa non esprime un diritto uniforme e indifferenziato. [...] La tutela di singole categorie di interessi [così come di singoli beni giuridici penalmente rilevanti] richiede leggi apposite (ed esprime *logiche settoriali*, ossia criteri e forme di disciplina congruenti con la materia regolata). Età, dunque, di particolarismo legislativo»); ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 85-86 e 88 («Lo straordinario e incessante sviluppo delle applicazioni della tecnologia a manifestazioni dell’esistenza un tempo lasciate alle regole della natura e delle scienze naturali [...] apre nuovi e sterminati campi all’intervento legislativo, concorrendo alla crescita incontrollabile del numero delle norme cui si spera di affidare la loro regolazione e la protezione dagli abusi: leggi, regolamenti, protocolli disciplinari, codici etici ecc. [...] Non c’è dimensione dell’esistenza che non sia oggetto di cura da parte del diritto, nella forma della legge positiva [sicché] il mondo attuale è saturo di leggi. [...] L’inflazione legislativa è un dato strutturale la cui ragione profonda sta nei caratteri della società, altamente instabile e diversificata per strutture e bisogni sociali, cui corrisponde una risposta legislativa che registra, senza poter dominarle, l’instabilità e la diversificazione»).

⁵⁸⁴ *Ex multis*, v. la ricostruzione di AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1408 ss.

⁵⁸⁵ Per uno studio che parte dal modello tradizionale dello Stato liberale, passa dalla forma di Stato pluriclasse novecentesca per giungere al contesto post-moderno, in cui i modelli di regolazione e di gestione dei nuovi diritti e dell’economia globale vengono affidati all’efficienza della giurisdizione (cfr. raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa [2010]; indicatori di prestazioni giudiziali; buone pratiche; razionalizzazione del numero e dei casi tramite lo strumento dell’inammissibilità; rafforzamento dei tribunali d’impresa; stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali; organizzazione degli uffici; criteri di selezione dei dirigenti giudiziari; tecniche di gestione dei flussi di contenzioso; risorse a costo zero o a basso costo (got; vpo; tirocinanti); ecc.), v. LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell’età del disincanto*, cit., 25-36. In quest’ottica, possiamo dire che l’esaltazione della magistratura civile si riflette anche sulla magistratura penale: in una sublimazione *tout court* del “sistema giustizia”, che viene legittimato a sentirsi costruttore – o quantomeno co-costruttore attivo – dell’ordinamento giuridico-sociale.

⁵⁸⁶ ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, Torino, 1992, 43.

⁵⁸⁷ DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell’uomo* (1986), (trad. it.) A. BERNARDI, Milano, 1992, 141 (ss.).

⁵⁸⁸ BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, cit., 552.

⁵⁸⁹ MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

⁵⁹⁰ PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, cit., 162-163.

Sono infatti venuti a mancare i «pilastri dello Stato ottocentesco» sui quali si incentra(va): «a) la supremazia del Parlamento rispetto a ogni altro potere; b) la sostanziale omogeneità culturale tra politici e funzionari dello Stato, compresi i magistrati; c) la sovranità degli Stati nazionali, e in particolare dell'Italia nata dal Risorgimento»⁵⁹¹.

Oggi, com'è stato osservato, «lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che, peraltro, si dispiega su vari livelli, in relazione ai poteri pubblici (infra-statali, statali e sovra-statali), e si ridistribuisce anche tra poteri privati; la volontà del legislatore non è più assunta come un dogma; i poteri interagiscono; le delegazioni del potere normativo si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la giustizia si coglie sempre più in termini di bilanciamento di interessi e valori, diversi e variabili; emergono nuovi soggetti e nuovi oggetti giuridici; la positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi»⁵⁹².

L'impatto di questa complessità storico-sociale porta all'erosione del principio di legalità in ogni settore del diritto. A proposito dello *ius* criminale, Alberto Gargani scrive che «quale categoria storica del diritto penale, il principio di stretta legalità – oltre che delle cangianti dinamiche socio-economiche – risente inevitabilmente delle criticità politico-istituzionali e dei modelli di diritto che si intrecciano a livello di ordinamento nazionale, europeo, e internazionale. Globalizzazione giuridica, condizionamento del diritto europeo, influenza dei mercati, sono solo alcuni dei fattori alla base della “fuga dallo Stato” e della crisi del monopolio statale di produzione normativa»⁵⁹³.

Il giurista, davanti al «policentrismo normativo»⁵⁹⁴, constata la «parabola discendente del diritto legislativo»⁵⁹⁵ e non può sottrarsi dall'ammettere che la legge rappresenta ormai solamente una “parte” – certo: tuttora imprescindibile e di primaria importanza, ma non più esaustiva – della “totalità” in cui si risolve l'esperienza giuridica contemporanea⁵⁹⁶.

Nel complesso, dunque, dal momento che «il perimetro della legalità è definito anche in relazione al sistema delle fonti e al rapporto tra le fonti»⁵⁹⁷, viene a disvelarsi un'«immagine

⁵⁹¹ PECORELLA G., *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 946.

⁵⁹² PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, cit., 158 (ove si richiamano le considerazioni di OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in AA.VV., *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, (a cura di) M. VOGLIOTTI, Torino, Giappichelli, 2008, 32-38).

⁵⁹³ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 100. Sulla «legalità come categoria storica», v. anche GIUNTA F., *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in www.discrimen.it, 12 novembre 2020, 5-6 e 12-14 e VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 285.

⁵⁹⁴ PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, cit., 157.

⁵⁹⁵ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 100.

⁵⁹⁶ Sul tema, *ex plurimis*, VIOLA F., “Rule of Law”. *Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, *passim*.

⁵⁹⁷ PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, cit., 154, per il quale può ritenersi superata la tradizionale distinzione tra “fonte formale” e “fonte materiale” del diritto, in quanto «nel panorama giuridico odierno, nel quale interagiscono fonti di diversa provenienza [...] l'unico concetto rilevante di fonte del diritto è ormai quello

diafana, sfaldata, liquida [e] disgregata» del principio di legalità nella sua veste tradizionale; e, in uno scenario «in cui la riserva di legge continua a perdere terreno a discapito di un disordinato pluralismo di fonti diverse e di una giurisprudenza sempre più pronta a coprire spazi vuoti del diritto, si [vengono a innestare altre forme di legalità, come – ad esempio –] la legalità europea»⁵⁹⁸.

2) Invero, la c.d. “europeizzazione” – da cui scaturisce la legalità europea – è un altro fattore che scalfisce il primato della legge statale, perché – ai sensi dell’art. 117 Cost. e alla luce dei Trattati e delle Convenzioni stipulate e ratificate, nonché sulla scorta delle pronunce della Corte costituzionale in materia – alla normativa nazionale ordinaria si accosta e, in caso di contrasto, di regola (salvo eccezioni: es. “controlimiti”) sopravanza la normativa sovranazionale.

Il vincolo giuridico derivante da quanto viene previsto dalle istituzioni europee si ripercuote almeno sotto due profili. Da un lato, a livello di produzione legislativa: giacché, nel suo intervento, il legislatore interno non solo è affiancato dal “legislatore” europeo (es. regolamenti, decisioni, direttive ecc.), ma è anche condizionato da obblighi di risultato in termini di disciplina e, in certi casi, persino di contenuto. Dall’altro lato, a livello di applicazione giurisdizionale: poiché, nella propria attività di giudizio, l’interprete-giudice deve concretizzare la legge non soltanto rifacendosi ai canoni dell’interpretazione ordinaria (v. art. 12 preleggi) e all’interpretazione costituzionalmente conforme, ma anche alle interpretazioni europeisticamente e convenzionalmente conformi⁵⁹⁹, quali espressioni d’appartenenza allo spazio giuridico europeo.

materiale. Si assiste, infatti, all’impossibilità di ricondurre il sistema delle fonti a schematiche elencazioni, basate, per esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione, ossia su un inquadramento preciso. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete. Vi sono fonti *extra ordinem*, non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione). Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse (si tratta, appunto, delle fonti in senso materiale) rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica, con la conseguenza che “gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l’effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti”» (155-156, richiamando – nella parte riportata tra virgolette [“...”] – ESPOSITO C., *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 468).

⁵⁹⁸ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1422-1423.

⁵⁹⁹ Sulla tematica, oltre a richiamare i riferimenti bibliografici riportati *supra* (cap. I, §§ I.2 e I.3), v. *ex plurimis*: AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di) F. SGUBBI – V. MANES, Bologna, 2007; AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015; DINACCI F. R., *Interpretazione “europeisticamente” orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055 ss.; MANES V., *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 29 ss.; MARTIELLO G., *Dalla crisi della legalità “democratica” alla nuova legalità “convenzionale”: un processo sempre vantaggioso per le garanzie individuali?*, in www.discrimen.it, 26 marzo 2020; VIGANÒ F., *Il giudice penale e l’interpretazione delle norme sovranazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, II, (a cura di) P. M. CORSO – E. ZANETTI, Piacenza, 2010, 617 ss.; VIGANÒ F., *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 167 ss.; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, (a cura di) V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 74 ss.

Si tratta di un «mutamento di paradigma» epocale, perché – nell’ottica legalistica europea – l’esercizio del «potere non è più valutato secondo il parametro unitario, formale, indiscutibile e inflessibile della conformità al tipo legislativo (*dura lex sed lex*), ma secondo una rete di regole e, soprattutto, di principi, che valgono per la loro sostanza valoriale e sono flessibili, sempre oggetto di discussione e necessariamente soggetti a ponderazione e bilanciamenti»⁶⁰⁰.

Un cambio d’approccio visuale: dal formalismo al sostanzialismo. Si pensi, ad esempio, alla garanzia dell’effettività della tutela oppure alla nozione convenzionale di *matière pénale*.

L’esclusività e la centralità della legge formale si disperdono in una visione europeistica della legalità, giacché in tale prospettiva – ove la ‘sostanza’ prevale sulla ‘forma’ – alla *lex* come prodotto legislativo si somma il diritto/formante giurisprudenziale, dal momento che interessa anche – specialmente – come la legge vive nella sua applicazione quotidiana (v. diritto vivente; prevedibilità; ecc.).

Ufficialmente, quindi, non c’è più unicamente la cogenza della legge (in part., della legge ordinaria), ma anche qualcosa di diverso e ulteriore rispetto a essa che determina la decisione; e, nella concretizzazione della legge in conformità al diritto comunitario o/e convenzionale⁶⁰¹, cioè in linea con la legalità europea, ci si pone al di là della legalità (legale) nostrana: esattamente come accade, d’altra parte, quando si offrono letture costituzionalmente orientate delle fattispecie normative.

3) Giustappunto l’interpretazione conforme a Costituzione, da ricomprendere nel più vasto fenomeno della costituzionalizzazione moderna, ha concorso e concorre a stemperare la rigidità della legalità legale, aprendo la concretizzazione della legge a letture ispirate dai valori e dai principi della Carta fondamentale (che è peraltro direttamente applicabile), nonché ponendo la legge sotto la spada di Damocle di un’eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale.

⁶⁰⁰ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 412, il quale afferma ancora che «alla domanda “è quel potere legale?” non si può più rispondere, come rispondeva, ecolalicamente e deresponsabilizzandosi, il giurista moderno, indicando la legge (*ita lex*), ma si deve rispondere, tramite una complessa e prudente attività di tessitura argomentativa di *auctoritates* e *rationes*, valutando se quel potere, in quel particolare contesto, è esercitato conformemente a diritto, ossia rispettando i parametri normativi vigenti (che saranno legislativi laddove una legge vi sia) e una rete di principi tra cui, ad esempio, quelli di ragionevolezza, proporzionalità, trasparenza, imparzialità, motivazione, sussidiarietà, leale cooperazione, cui va aggiunta la costellazione dei principi procedurali racchiusi nelle formule del giusto processo e del giusto procedimento amministrativo».

⁶⁰¹ Ricorda RANALDI N., *L’interpretazione conforme*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 75 che «il principio di interpretazione conforme ha un’applicazione assoluta nel diritto comunitario: infatti, si impone automaticamente rispetto alle fonti comunitarie dotate di efficacia diretta, ossia i regolamenti, le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia (art. 267 Tfu), il diritto UE come interpretato in pronunce rese in sede contenziosa (art. 258 Tfu), le direttive munite d’efficacia diretta (c.d. “*self executing*”) – seppur nei limiti indicati dalla Corte di giustizia». Critico in senso negativo sulle ricadute in materia processuale penale MAZZA O., *Tradimenti di un codice*, cit., 10-11. Critico invece in senso positivo KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia penale e La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, (a cura di) R. E. KOSTORIS, Milano, 2019, 1-120.

A seguito delle esperienze totalitaristiche della prima metà del Novecento, si è preso contezza del «volto oscuro» del positivismo giuridico ‘puro’, che – se inteso in termini assoluti e in assenza di adeguate contro-misure che salvaguardino da derive arbitrarie – può sfociare nell’«“illegalismo legale”», com’è accaduto nel drammatico periodo dei regimi autoritari⁶⁰².

Con tale stagione, si è purtroppo sperimentato che «la tragedia della legalità moderna [*i.e.* della legalità legale, non costituzionalizzata] è di ridursi al rispetto di contenitori vuoti suscettibili dei più aberranti contenuti»: e, conseguentemente, dopo tale stagione si è deciso di recuperare la dimensione *lato sensu* democratica del diritto attraverso «la Costituzione, [che] è esattamente l’opposto di un vaso vuoto: è lettura attenta ed espressione della società»⁶⁰³.

Dando spazio alla c.d. “giustizia sociale”, rispettosa dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, la legalità ha iniziato a plasmarsi non più esclusivamente *ex parte potestatis* ma altresì e principalmente *ex parte societatis* (cfr. principio personalistico); e in quest’opera di “umanizzazione della legge”, i fautori del progetto costituzionale si sono fatti – e ogni giorno si fanno – sia il legislatore sia ciascun singolo operatore giuridico, tra i quali ultimi spicca il giudice.

Al riguardo, Gaetano Silvestri ha osservato che «il tentativo di conciliare Stato di diritto e pluralismo sociale [è passato] attraverso l’inserimento nel livello di macro-legalità costituzionale di una costellazione di principi sostanziali, legati alle rivendicazioni di libertà, ma anche ai bisogni dei cittadini e formulati in modo tale da lasciare – con espressioni indeterminate, ma significative – aperta la porta al fluire della storia. La funzione dei principi sostanziali contenuti nelle Costituzioni del secondo dopoguerra è stata, ed è tuttora, quella di imprimere una spinta dinamica incessante a tutto l’ordinamento, imponendosi parimenti nella sfera della legislazione, dell’amministrazione e della giurisdizione. L’attuazione dei principi costituzionali (veste giuridica dei valori storicamente

⁶⁰² VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 384 e 385 (ove si riprende l’espressione “illegalismo legale” citando CALAMANDREI P., *La funzione parlamentare sotto il fascismo* (1948), in CALAMANDREI P., *Scritti e discorsi politici*, (a cura di) N. BOBBIO, *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, 1966, 329-330: «[La dittatura fascista] non fu una dittatura senza leggi, ma fu anzi una dittatura con molte leggi a doppio fondo, dietro le quali era legalmente organizzato con molta cura un ingegnoso apparato di ipocrisia politica, fatto apposta per annullarle impunemente colla violenza o colla frode. Il fascismo si potrebbe perciò dire, se non paresse una *contradictio in adiecto*, il regime dell’illegalismo legale»). Lapidariamente IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, 90 scrive che «il cammino dei dittatori è, in Italia e in Germania, un percorso di pura legalità» (pur non mancando, in altra sede [IRTI N., *I ‘cancelli delle parole’. Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, 78, nt. 59], di rilevare la corresponsabilità dell’interprete-applicatore). Sul punto, v. AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1412-1413; COSTA P., *Pagina introduttiva*, cit., 16.

⁶⁰³ GROSSI P., *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 7 e 57. In materia, SILVESTRI G., *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, cit., 104-105 appunta che «la differenza tra principio di legalità costituzionale e principio di legalità del tradizionale Stato di diritto consiste nel diverso ruolo della Costituzione pluralistica rispetto a quello del costituzionalismo classico. Se quest’ultimo era una tecnica di limitazione del potere dell’apparato autoritario dello Stato, il primo è contrassegnato dal potere-dovere di attuare la Costituzione, che incombe su chiunque eserciti una funzione in grado di incidere su interessi pubblici, collettivi o anche soltanto di gruppo dei cittadini. La legalità non è più limite esterno, posto a garanzia di spazi negativi di libertà, ma compenetrazione necessaria tra ogni atto funzionale e principi costituzionali».

condivisi dal popolo) non spetta soltanto al legislatore, ma indistintamente a tutti gli organi dei pubblici poteri, dello Stato, delle Regioni e degli enti che comunque esercitano funzioni pubbliche o di rilevanza pubblica. È caduta la necessità dell'*interpositio legislatoris* per l'attuazione della Costituzione, che rappresentava l'ultimo bastione di difesa del vecchio Stato di diritto fondato sul potere illimitato del Parlamento»⁶⁰⁴.

Il baricentro ordinamentale si è spostato – o, se non si è spostato, comunque ha corretto la propria convergenza – dal momento legislativo a quello giurisdizionale; e oggi la legge non è più il fulcro del sistema giuridico, poiché – ribaltando il pensiero di Montaigne – possiamo dire che, diversamente da ieri, “le leggi non si mantengono in piedi perché sono leggi, ma perché sono costituzionalmente giuste”⁶⁰⁵.

La tradizione legicentrica si è indebolita e va gradualmente indebolendosi perché tutti i giorni si mette in discussione la «razionalità intrinseca alla legge, che non è più data in quest'ultima, ma deve essere scoperta, sindacata, valutata, corretta, attraverso la giurisprudenza»⁶⁰⁶.

Si nutre, anche sulla scorta degli esempi storici di una legislazione cattiva e della sua nefasta applicazione, una sorta di diffidenza – se non addirittura di sfiducia – nei confronti dell'organo legislativo. Crolla, anche sotto questo profilo, il «mito del legislatore saggio e incorruttibile, distante dai fatti e dai particolarismi e attento a esprimere la volontà generale sempre buona e giusta»⁶⁰⁷. La legge, «fonte protagonista della modernità, subisce un progressivo declino»⁶⁰⁸ e, per ripararsi dalle strumentalizzazioni della legalità di marca legale, si elaborano nuove forme di legalità (es. costituzionale, convenzionale, comunitaria ecc.), che – assieme ad altri istituti, meccanismi e rimedi – fungano da contrappeso a possibili distorsioni genetiche della legge oppure a sue torsioni d'uso.

Oltre a «questo prospettivismo della legalità (la constatazione, cioè, che vi sono tante legalità quante sono le prospettive da cui la si osserva)»⁶⁰⁹, visto che la Costituzione – *recte*: la legalità

⁶⁰⁴ SILVESTRI G., *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, cit., 103-104, il quale parla di «un movimento circolare, che va dal legislatore ai giudici, passando per l'amministrazione» (105).

⁶⁰⁵ DE MONTAIGNE M., *Saggi* (1580), (trad. it.) F. GARAVINI, Milano, 2012, 1997 – lib. III, cap. XIII: «Ora, le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento misterioso della loro autorità».

⁶⁰⁶ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 100.

⁶⁰⁷ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1413.

⁶⁰⁸ GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, cit., 21.

⁶⁰⁹ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 375. Sottolinea VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 285 che «non si può stabilire un contenuto fisso e immutabile del principio penalistico di legalità, tale che prescindendo dai suoi sviluppi nella storia e dalle caratteristiche dei vari ordinamenti che pure, almeno in linea di massima, lo accolgono». In questa prospettiva, GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 8-9 osserva giustappunto che, «per quanto riguarda il versante storico della legalità, il principio *nullum crimen sine lege parlamentaria* ne rappresenta solo una delle possibili concretizzazioni» (v. anche 10-11 e 14).

costituzionale – vuole lo sguardo del giudice «rivolto alla società e ai diritti dei suoi membri»⁶¹⁰ mentre applica la legge, si diffondono – tra l’altro – tecniche di bilanciamento e valutazioni empiriche di ragionevolezza e di proporzionalità, le quali si reggono su argomenti, parametri e criteri che stanno al di fuori della previsione legislativa. Ancora una volta, non si ha più a che fare solo con la legge; anzi: con un’esegesi valoriale o di principio⁶¹¹ della fattispecie normativa si può finanche porre sopra – o lateralmente, che dir si voglia – alla medesima, tramite ragionamenti e apprezzamenti attinenti a profili che ben poco hanno a che vedere con la mera interpretazione del testo legislativo⁶¹².

Emblematiche manifestazioni di come la legalità (a esser precisi: la disposizione legale, in alcuni suoi aspetti) venga rimodellata – in certe ipotesi, addirittura forgiata creativamente – attraverso una lettura per principi e valori costituzionali la si può rinvenire in tema di diritti sociali.

4) Il riconoscimento e l’affermazione sempre più pervasiva dei diritti e delle libertà fondamentali (ma altresì dei diritti e delle libertà c.d. “emergenti”: arg. *ex art. 2 Cost.*), nonché – per l’appunto – dei diritti sociali (*i.e.* istruzione, lavoro, salute), conducono a un effetto esplosivo, o implosivo a seconda delle circostanze, delle disposizioni normative che li contengono.

⁶¹⁰ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 429.

⁶¹¹ Distingue i valori dai principi HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPA, Bari-Roma, 2013, 285, per il quale i primi hanno un «senso teleologico» mentre i secondi hanno «un senso deontologico». Riteniamo tale distinzione impraticabile a livello concreto, in quanto la differenza – magari teoricamente sostenibile – tra il ‘senso (teleologico)’ di cui si fa portatore il valore e il ‘senso (deontologico)’ di cui si fa portatore il principio scolora, fino a scomparire, una volta che ci si rapporti alla realtà e alle sue infinite sfumature e commistioni. Per tale ragione, crediamo piuttosto che i principi contengano in nuce e – nell’atto della loro applicazione – conducano a concretizzare opzioni valoriali. In quest’ottica, i principi sono – meglio: si fanno – espressione *anche* di valori; cosicché non condividiamo la posizione habermasiana che porta alla conclusione secondo cui «una giurisprudenza orientata ai principi deve giudicare, in un dato conflitto, quale pretesa o quale azione sia giusta, non bilanciare tra loro beni e porre in relazione valori» (292). La pratica fattuale (cioè, «la lezione dell’empirismo» [327]) mostra l’insostenibilità – per lo meno, nei tempi odierni – della ricostruzione di Habermas al riguardo. Basti pensare al giudizio di bilanciamento che opera la Corte costituzionale (v. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 – c.d. “caso Ilva”) oppure alle interpretazioni costituzionalmente conformi in materia di diritti fondamentali che compie la magistratura ordinaria (v., ad es., in tema di videoriprese: Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco). È evidente che oggi si richiede al giudice di saper maneggiare – *cum grano salis*, s’intende – anche i principi (e i valori di cui essi sono intrisi), nell’ambito di un giudizio che si fa molto più complesso e articolato di quello in cui la soluzione riposa nello scioglimento dell’alternativa secca tra applicabilità/non applicabilità della regola.

⁶¹² V., esemplificativamente, IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 17: «L’“applicazione” dei valori non è autentica applicazione, al modo in cui se ne discorre per la legge, ma immediata e dispotica realizzazione. Sprovvisto di fattispecie, il giudicante si trova, in una nudità coperta di “valori”, dinanzi alla “vita”, cioè al groviglio di interessi e bisogni e passioni, che segnano da sempre la storia degli uomini. La sua decisione è risposta del valore alla “situazione di vita”. Il giudizio secondo valori non è propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma presa di posizione dinanzi ad un episodio di vita. *L’asse si sposta, per così dire, dalla legge al giudizio.* Ma un giudizio senza legge, dalla quale si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda decisione, che ha fondamento in se stessa. O lo trova in qualche “principio” o “esigenza” o “valore”, che altri, in diverso processo e luogo, potrà riempire della propria volontà».

La deflagrazione, di origine esterna o interna, della fattispecie si ha in ragione del fatto che i diritti non hanno criteri di autoregolazione e tendono schmittianamente a espandersi e a tiranneggiare. L'«intima progressiva voracità»⁶¹³ delle pretese individuali e collettive – che si connette alla piena manifestazione della personalità umana (rivendicatrice di diritti, interessi e libertà) all'interno della società – scompone l'unitarietà della legge.

Come si è appena detto con riferimento ai valori e ai principi, in questi casi la previsione legale non è in grado di costringere dentro di sé, trattenendola, quell'eccedenza contenutistica di cui sono espressione i diritti e le libertà fondamentali o emergenti. La ricomposizione ordinata di tali categorie – affermano all'unisono Marta Cartabia e Luciano Violante – «difficilmente trova risposta in astratto o sul piano teorico. E tuttavia, ciò che è impossibile da risolvere come questione di principio [e una volta per tutte], può trovare un ragionevole accomodamento nella pratica, in una *praktische Konkordanz* da cercare situazione per situazione»⁶¹⁴.

Qui interviene l'interprete-applicatore – non potendo spettare alla legge tale compito – che assetta e ri-assetta i diritti, gli interessi e le libertà che il legislatore non calibra – né può calibrare – compiutamente *ex ante*, giacché richiedono un'integrazione co-constitutiva da effettuarsi necessariamente *ex post*, alla luce delle specificità della vicenda concreta (v. legalità integrata).

Di nuovo: la legge, pur non venendo meno, arretra nel suo ruolo primario ed esclusivo a livello ordinamentale pure su questo fronte. Per di più, la “legislazione sociale”⁶¹⁵ o comunque la legislazione affermativa di diritti e libertà fondamentali (già riconosciuti oppure emergenti), si caratterizza assai spesso per previsioni a maglie larghe, le quali consentono – a ben vedere, pretendono – un'opera para-costruttiva da parte di chi le attua.

Proprio a partire da quest'ultima circostanza (*i.e.* la presenza di previsioni a maglie larghe) si può cogliere l'impatto di un altro fattore concorrente alla crisi della legalità legale: la formulazione linguistica non propriamente accurata, piuttosto che volutamente incompleta (e – quindi – da completare), della legge.

⁶¹³ CARTABIA M. – VIOLANTE L., *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 118.

⁶¹⁴ CARTABIA M. – VIOLANTE L., *Giustizia e mito*, cit., 130-131.

⁶¹⁵ Peraltro, come osserva BARBERIS M., *Possono governare le leggi? Il dilemma del rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 23, «una legislazione sociale genera quasi inevitabilmente inflazione legislativa». E l'inflazione legislativa è un fenomeno che incrina ulteriormente la tenuta del principio di legalità, laddove – dissolvendo la compattezza e la coerenza delle leggi a livello ordinamentale – riduce (come tipicamente accade agli oggetti inflazionati) il valore e l'autorevolezza della legge in generale e, soprattutto, aumenta i margini di “interpretabilità compositiva” delle disposizioni legislative, consentendo al giudice di comporre e ricomporre praticamente a piacere i testi normativi, in un contesto in cui le letture esegetiche si moltiplicano a dismisura e dunque si ammettono «infinite interpretazioni, corroborate da infinite selezioni di materiali testuali, composti in insieme sempre diversi» (FEMIA P., *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars interpretandi*, 2020, 2, 99). Di conseguenza, è la legge stessa – più esattamente: il legislatore stesso – che, affermando i diritti sociali, contribuisce a sfibrare la legalità di marca legale: cioè, concorre ad auto-erodersi; sia pure, beninteso, per uno scopo nobilissimo e pienamente condivisibile (viepiù in uno Stato di diritto costituzionale).

5) Il rapporto lingua/linguaggio (*i.e.* l'«immanenza della norma nella lingua»⁶¹⁶) coinvolge – come si è accennato *supra* – lo svolgersi dinamico del diritto, posto che sono le parole che compongono la disposizione normativa da applicare che determinano le potenzialità argomentativo-interpretative dell'attività che la concretizza. Quanto più la fattispecie legale contiene vocaboli che necessitano di essere disambiguati o riempiti di contenuto, anziché dover essere meramente riscontrati nella realtà storico-fattuale (così come probatoriamente ricostruita), tanto più aumentano gli spazi per l'interpretazione: la quale, inevitabilmente, “altera” la legge nel momento in cui realizza una traduzione disambiguatrice o un'integrazione rifinitrice per rendere applicabile il testo legislativo⁶¹⁷.

In merito, si è puntualmente scritto che «il legislatore ha tradito la legalità prima di tutto dimenticando qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa. [...] Il guaio è che questo tradimento della legalità della legge non sempre è dovuto solo a insipienza o trascuratezza del legislatore. Non mancano casi in cui esso risulta consapevole e voluto o quantomeno accettato, rivelando così una evidente caduta di sensibilità nei confronti della legalità della legge e ponendo pertanto le premesse per una conseguente flessione della legalità effettuale»⁶¹⁸.

Sebbene le tematiche «della legge oscura e dell'ostico burocratese [siano] proverbiali»⁶¹⁹, l'odierno pullulare di «fattispecie chiaroscurali»⁶²⁰ ha ripercussioni ben più invasive che in passato

⁶¹⁶ FEMIA P., *Ermeneutica dell'opposizione*, cit., 99.

⁶¹⁷ Già DE MONTAIGNE M., *Saggi*, cit., 1997 – lib. III, cap. XIII rilevava che quanto più una prescrizione è «confusa e incostante», tanto più si «giustifica in qualche modo e la disobbedienza e il vizio di interpretazione, di amministrazione e di osservanza». In materia criminale, Cristina de Maglie ritiene che «le tipologie di redazione difettosa della legge penale [siano] quattro»: i) redazione trascurata (la redazione è trascurata quando la norma contiene degli errori di grammatica, delle debolezze nella sintassi, delle falle nella punteggiatura, degli sbagli nell'uso della *consecutio temporum* ecc.); ii) redazione complessa (la formulazione può essere definita complessa, quando la norma abusa di subordinate, utilizza periodi lunghi e complicati in cui il lettore si perde e rischia di non comprendere il significato del precetto); iii) redazione confusamente specialistica (il legislatore utilizza qui una terminologia eccessivamente specializzata perché abusa di sigle e di rinvii); iv) redazione iper-analitica (qui il legislatore abusa di termini, di informazioni, di dettagli che hanno l'effetto di confondere le idee del lettore) [in termini, DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 120 ss.].

⁶¹⁸ PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 5-6, che così prosegue: «Se, ad esempio, si leggono i lavori preparatori di una riforma così delicata come quella delle false comunicazioni sociali, a proposito dell'ancor più delicata questione del 'falso valutativo' e delle incertezze suscitate dalla formula proposta e poi approvata, si legge testualmente quanto segue: “sarà la nostra Corte di cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti”. Esempio plateale di una incondizionata rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi*».

⁶¹⁹ MANTOVANI D., *La lingua del diritto: un programma di ricerca e di insegnamento*, in AA. VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, Roma, 14 aprile 2016, 37, il quale scrive ancora che «la critica all'*obscuritas* della legislazione risale del resto all'antichità romana (v. BIANCHI P., *Confusio e obscuritas iuris: testimonianze dell'esperienza giuridica tardoantica*, in *Annaeus: annales de la tradición romanística*, 2005, 2, 17 ss.), che l'ha trasmessa alle età successive, specialmente al

sul principio di legalità, perché si combina sia con fattori critici “di vecchia data” sia con fattori critici sconosciuti ad altre epoche: tutti, comunque, parimenti disgreganti l’esclusività e la centralità della legge in seno all’ordinamento.

In particolare, le disattenzioni e le deficienze linguistiche – che sfociano, non di rado, nell’«illeggibilità dei testi tecnici»⁶²¹ – giocano a favore dell’interpretazione, allargando a dismisura il potere valutativo-discrezionale dell’interprete, a discapito di una piana e quanto più lineare possibile trasposizione applicativa del testo legale.

6) Il momento interpretativo è – ed è sempre stato – il *punctum dolens* per eccellenza dell’inflessibilità della legge. Al dilatarsi dell’interpretazione, infatti, corrisponde – ed è sempre corrisposto: in rapporto direttamente proporzionale – il ritrarsi dell’area di vincolatività della previsione legislativa, nonché della sua reale (*recte*: effettiva) primazia.

Inoltre, le varie cause che abbiamo passato in rassegna nel primo capitolo (dal lato della giuristocrazia) e che stiamo in parte riepilogando adesso (dal lato della legalità legale), si riflettono – tutte – più in generale sull’interpretabilità dell’oggetto che si prende in esame e distendono notevolmente i margini operativi del soggetto interpretante.

Croce e delizia del vivere giuridico, l’interpretazione è connaturata al diritto.

Come si è già evidenziato *supra* (cap. I, §§ I.7 e II.4), l’interpretare è una condizione co-essenziale dell’applicazione della legge al caso concreto, anche perché – più in alto e prima – è una condizione co-essenziale dell’agire stesso dell’uomo e del suo essere-nel-mondo.

Riflettendovi, neppure in periodi storici e sistemi rigorosamente legalistici possono dirsi assenti l’apporto dell’interprete e gli effetti – alle volte vistosi, altre volte velati – dell’interpretazione⁶²². È quest’ultima, d’altronde, che permette di coronare l’idea (*lato sensu* equitativa⁶²³) di giustizia, che

giusrazionalismo e all’illuminismo, legandolo al tema della certezza, nel quadro di un’ideologia che ha privilegiato l’identificazione del diritto con la legge (e della legge con la lingua)».

⁶²⁰ DE FRANCESCO G., *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1408.

⁶²¹ GARAPON A., *La Repubblica penale* (1996), (trad. it.) S. SINIBALDI, Macerata, 1997, 25, secondo cui – in ambito penale – «illeggibilità dei testi tecnici, elasticità delle incriminazioni e allargamento del potere di valutazione del magistrato fanno sistema».

⁶²² Eloquente il fatto che si siano offerte interpretazioni diverse e contrastanti nientemeno che del concetto stesso di “legge”. La relativizzazione del termine-nozione e della sua portata – in particolare, della sua vincolatività – dimostrano, una volta di più, che non esiste e non può esistere una ricezione e successiva trasposizione passiva e meccanica della disposizione normativa. Leggiamo in BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789), (trad. it.) O. MARCACCI, Milano, 2020, 234: «Appoggiato sul gomito, in atteggiamento di profonda e solenne meditazione, il maestro di danza Marcel esclamò: “Quante cose ci sono in un minuetto!”. Possiamo ora aggiungere “e in una legge?”».

⁶²³ Con la locuzione “*lato sensu*” si vuol puntualizzare che, in quest’occasione, non si intende l’equità nella sua veste di criterio applicabile nelle ipotesi in cui è la legge a prescriverlo (tendenzialmente in via residuale) quale canone di giudizio. Specificando di intenderla “*lato sensu*”, si accoglie l’idea di equità secondo la più ampia nozione aristotelica (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (trad. it.) C. MAZZARELLI, Milano, 2015, 221-223 [1137a, 30 – 1137b, 35]), ovvero sia come adeguamento della generalità e astrattezza legislative alle specificità del caso concreto. In questa

consiste nel “dare a ciascuno ciò che gli spetta”, adattando – per l’appunto, interpretativamente – la singola decisione alle peculiarità dell’accadimento umano sottoposto a giudizio.

L’azione interpretatrice è dunque ineliminabile e indispensabile per amministrare la giustizia; e negli ordinamenti in cui vige il principio di legalità (legale), «legge e interpretazione non si contrappongono come creazione e conoscenza del diritto, ma concorrono nella posizione di norme che sono poi sempre quelle generalmente accettate, sì che il diritto legalmente valido si traduce pur sempre in quello che è inteso come tale e per la cui posizione la legge o la singola interpretazione costituiscono momenti di un processo»⁶²⁴.

In questo senso, la legge non occupa – e non può occupare, né ha mai occupato – da sola l’intera scena giuridica, poiché non è in grado – di per sé – di esprimere e condensare ‘tutto’ il diritto. Compagno e proliferano, oggidì altresì favoriti dalle maggiori possibilità interpretative di cui dispongono, protagonisti ulteriori – aventi ruoli di co-autoria – nella normativizzazione (o *ex ante*, in astratto; o *ex post*, in concreto) dell’ordinamento. E in quest’attività regolatoria compartecipata, una posizione preminente è ricoperta dalla giurisprudenza: vieppiù se “creativa”.

7) Basti pensare alla categoria del c.d. “diritto vivente”, che certifica il fatto che la legge circoli e viva effettivamente quale interpretata – con costanza – dai giudici: specie, a voler essere pragmatici, se appartenenti a organi giudiziari di vertice.

Nel valorizzare la figura del giudice («interprete-applicatore [che] finisce con l’essere ‘creativo’»⁶²⁵, mentre «valuta e decide argomentando»⁶²⁶), tale fenomeno mette in risalto la «creatività normativa giurisdizionale»: nozione che, puntualizza Ferrando Mantovani, «per il suo significato imprecisato, polivalente, viene usat[a] per indicare realtà diverse o contrapposte nell’ambito della crescente espansione dei poteri giudiziari, segnata dal passaggio illuministico del “giudice-bocca della legge” al più realistico “giudice-interprete della legge”, fino all’inquietante “giudice-creatore di diritto [pure] penale”. E, quindi, da creatività giurisdizionali non erosive a creatività giurisdizionali erosive o, addirittura, demolitrici della riserva di legge»⁶²⁷.

Il diritto vivente costituisce una forma di legalità giurisprudenziale che si affianca alla legalità legale, provocandone, *de facto*, se non un’erosione e una lacerazione, sicuramente un affievolimento e un ridimensionamento. L’indubbia alterazione che subisce l’ideale legalistico è

prospettiva, citando MAZZARELLI C., *Sommari analitici*, in ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 465 (che sintetizza appunto il pensiero di Aristotele), possiamo dire che «il giusto e l’equo appartengono allo stesso genere. Ma l’equo è superiore, perché è un correttivo del giusto legale: esso, infatti, adegua la legge, che è sempre universale, al singolo caso particolare». Insomma, «coronamento della giustizia [– quantomeno della giustizia umana –] è l’*equità*» (MAZZARELLI C., *Quadro generale dei contenuti*, in ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 436).

⁶²⁴ LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 521.

⁶²⁵ FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge*, cit., 93.

⁶²⁶ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1288.

⁶²⁷ MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge*, cit., 8.

quotidianamente visibile, *ça va sans dire*, nell'empiria procedimentale: ove, per giunta, vi sono anche altre forme di discrezionalità giudiziale che lo scalfiscono ancora (e ancora e ancora).

8) Volgendo l'attenzione alla dinamica processuale, è possibile accorgersi che la legge (*quaestio[nes] iuris*) – al fine di essere attuata, una volta ricostruito probatoriamente il fatto (*quaestio[nes] facti*) – attraversa un percorso in cui viene analiticamente scomposta e ricomposta, con operazioni altamente discrezionali (in cui si combinano oggettività e soggettività argomentativo-interpretative: v. *infra*, §§ I.1 e I.2)⁶²⁸.

I soggetti che partecipano al processo maneggiano le disposizioni legislative (sostanziali e processuali) con un margine di discrezionalità che molto spesso si rivela assai più ampio di quanto sarebbe fisiologico che fosse; e non raramente, invero, accade che vengano elaborate soluzioni giuridiche che si allontanano dai binari della legalità legale.

A tal riguardo, rilevando simili evasioni dal battistrada legislativo in materia processuale penale, si è ad esempio osservato criticamente che «il *modus procedendi* ci viene quotidianamente “servito” dai magistrati con forme che rivelano forzature e anomalie, chiaramente funzionali»⁶²⁹, al punto che – in certe situazioni – è possibile parlare di una vera e propria «procedura penale giurisprudenziale»⁶³⁰.

Le occasioni strumentali per un intervento finalistico-discretivo dell'operatore giuridico, che – è evidente – amplifica le criticità del principio di legalità (legale), si rinvencono sovente – lo si è appena ricordato poco sopra – nientemeno che nel testo delle stesse fattispecie legislative da applicare, o per come sono (mal)formulate o per le facoltà para-normative che il legislatore cedevolmente riconosce ad altri soggetti: giudice, *in primis*.

9) La crisi della legge è, pertanto, anzitutto una crisi della legislazione.

⁶²⁸ Scrive TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 232-233 che «la scelta interpretativa è strutturalmente complessa, in quanto non si esaurisce in un unico atto immediato di determinazione del significato ‘vero’ della norma, ma consta di un procedimento nel quale si distinguono diversi momenti, tra cui principalmente: la fissazione del problema interpretativo; la determinazione dei diversi significati che alla norma possono attribuirsi secondo le diverse prospettive esegetiche possibili; la scelta tra questi significati, in che consiste in senso stretto l'interpretazione della norma come attribuzione all'enunciato normativo di un significato determinato, destinato a servire come criterio di decisione della controversia».

⁶²⁹ AMODIO E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 433. Parla di «equivoco sull'identificazione della funzione della norma processuale che, da regola superiore e limite al potere del magistrato, si è trasformata in strumento di esercizio del potere stesso» GALANTINI N., *Considerazioni*, cit., 1990 (richiamando, sul punto, lo scritto di NOBILI M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 182).

⁶³⁰ MAZZA O., *Tradimenti di un codice*, cit., 10. L'Autore, in particolare, ritiene criticamente che, «dopo vent'anni dall'inserimento in Costituzione della clausola del *due process of law*, il processo è oggi regolato principalmente dalla giurisprudenza, nel senso che la *regula iuris* non è più quella espressa dal testo formale delle disposizioni ancora contenute nel codice di procedura penale, ma quella desumibile dalle norme di matrice giurisprudenziale, intese quali norme inesprese, ossia norme senza disposizione di riferimento, significati precettivi che non sono riconducibili al testo di legge delle disposizioni» (4-5).

Come si va ripetendo in dottrina da anni, uno fra i maggiori vettori dell'arretramento della legalità di marca legislativa a livello ordinamentale risiede nella fabbricazione delle leggi: «è finito il tempo delle norme scolpite nel marmo»⁶³¹.

Le problematiche attinenti alla 'fattura' delle previsioni legali riguardano sia la loro forma che il loro contenuto⁶³². Ai fini del presente lavoro, dei numerosi fattori di crisi della legislazione

⁶³¹ CORDERO F., *Premessa (dicembre 1992)*, in CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012, V.

⁶³² Al riguardo, ci sia consentito svolgere un breve *excursus* con riferimento al metodo procedurale e, nello specifico, alla metodica motivazionale rinforzata. Indubbiamente, la formulazione non sempre impeccabile della disposizione di legge pone, già in astratto, la base per una sua minore vincolatività in concreto. Cionondimeno, crediamo che il reale nodo da sciogliere attenga al momento operativo, ovvero al modo – meglio: al metodo – con cui si concretizza, attuandola, la disposizione di legge. È inevitabile che, in tale articolata operazione, permanga uno spazio riservato alla discrezionalità dell'operatore giuridico; ma se tale discrezionalità si muove seguendo, in una parte dell'accertamento da compiere, dei passaggi logico-argomentativi obbligati, allora l'esercizio del potere giudiziale diventa più trasparente e maggiormente controllabile: quindi, più garantito e tollerabile (poiché assai più difficilmente arbitrario). È perciò auspicabile orientare, nelle ipotesi in cui ciò è possibile, la discrezionalità del giudizio entro step logico-argomentativi ineludibili: ossia, entro tappe o soste valutativo-motivative che costituiscono dei binari per il ragionare giuridico; binari che, in fin dei conti, sono binari di legalità, giacché della legalità rappresentano un'esecuzione ordinata. La legge, così applicata, trova infatti concretizzazione secondo un metodo – per tutti uguale – che pretende l'attraversamento di un identico percorso decisionale-giustificativo strutturato – in una sua parte: quella in cui bisogna motivare rinforzatamente – in maniera tale da imporre i) che si affrontino i profili argomentativi salienti di quella data fattispecie in esame ii) e che se ne renda poi espressamente conto nella motivazione dell'atto adottato. Con il recupero e la valorizzazione del momento procedurale – sul versante giudiziale valutativo-motivativo, per quanto qui d'interesse (ma altresì su altri versanti, come, ad esempio, il processo di formazione delle leggi [sul quale pare si appuntino e altresì puntino le riflessioni di CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 112-120 e PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1294 e 1321-1323 (secondo cui «la crisi della legalità non significa che si è dissolta la portata garantistica della riserva di legge in penale. Significa piuttosto che il senso garantista della riserva è mutato, è girato l'asse su cui poggia la garanzia. La riserva non è più in grado di garantire sotto il profilo contenutistico la 'bontà' intrinseca della legge, ma può efficacemente assicurare sotto il profilo procedurale una possibilità di controllo democratico sulla legge. Da garanzia di contenuto a garanzia di procedimento»)) – si può avere anche un recupero e una ri-valorizzazione della legalità (legale). Sia che si tratti di risolvere *quaestiones facti* sia che si tratti di risolvere *quaestiones iuris*, è l'iter procedurale secondo il quale si applica la fattispecie che determina la bontà del risultato e altresì la legittimità dell'azione (di natura o rilevanza pubblica) che si va compiendo. L'assunzione di una certa decisione, l'emanazione di un determinato tipo di provvedimento, la presa di posizione risolutoria in un senso piuttosto che in un altro ecc. ecc. sono attività e atti che trovano la loro legittimazione nella procedura che sta dietro alla loro manifestazione (cfr., relativamente al giudice, NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 14-15: «Una legalità in senso assoluto non è possibile se non per taluni istituti (per esempio, la prescrizione); come non è possibile, salvo casi particolari, l'enunciazione di precetti di condotta assolutamente rigidi come una formula matematica; ma una discrezionalità, che non abbia carattere eccezionale, che non obbedisca a precisi principi legislativi e quindi all'obbligo di un'adeguata motivazione, si trasforma in una sovranità legislativa attribuita al potere giudiziario»). È, in definitiva, il percorso da seguire nell'esercizio del potere che garantisce dalla sua arbitrarietà; e quanto più tale percorso è raffinato e puntuale, tanto più si è tutelati circa la bontà della scelta decisoria posta in essere dall'autorità. D'altra parte, lo si è già detto (nt. 56), il Diritto è – in prima battuta e nella sua intima essenza – Procedura: poiché consiste nel tracciare confini giuridici al comportamento umano tramite disposizioni che orientano, indirizzano e in certi casi finanche scandiscono la libertà d'agire della persona, nella sua veste privata o pubblica. Ovviamente, differenti – e diversamente stringenti – sono i vincoli procedurali, a seconda dell'appartenenza dei soggetti al settore privato o pubblico, in quanto per i primi vale il "principio generale di libertà" mentre per i secondi vale la regola opposta, secondo la quale tutto ciò che non è espressamente autorizzato dalla legge è vietato (cfr. GIUNTA F., *Jus legibus solutum*, cit., 2: «Nel diritto civile la legge è solo potenza, nel diritto penale la legge è anche garanzia»). In ogni caso, nell'ambito della convivenza sociale, le attività giuridicamente rilevanti degli individui – dalle più comuni alle più complesse – rientrano in un contesto di proceduralizzazione della loro

conteniamo l'esposizione menzionando solamente quei profili critici più comunemente richiamati dagli studiosi. In questo inventario delle criticità che colpiscono la funzione legislativa e le sue concrete modalità di esercizio, riflettendosi sul prodotto finale (*i.e.* la legge), occorre a nostro parere ricomprendere quantomeno le seguenti circostanze:

i) la diminuzione (e, in alcuni casi, lo smarrimento) del consenso intorno allo schema della rappresentanza parlamentare, da coniugare alla c.d. "corruzione della democrazia"⁶³³ (colpita nei suoi gangli vitali: crisi dei partiti e incongruenze della legge elettorale⁶³⁴; fragilità e disomogeneità delle maggioranze, con ricadute in punto di disorganicità delle scelte legislative; derive populistiche e dispersione della razionalità discorsiva in Parlamento⁶³⁵; ecc. ecc. ecc.)⁶³⁶;

ii) l'ipertrofia normativa di un «legislatore euforico»⁶³⁷ (accompagnata dalla «coscienza di precarietà» delle norme⁶³⁸): evenienza per la quale le leggi – «tanto sottili»⁶³⁹ – vengono «prodotte

manifestazione: proceduralizzazione rispetto alla quale, di fatto, possono poi mostrarsi – legittimamente o illegittimamente (dipende dalle conseguenze giuridiche previste dall'ordinamento in caso di una loro violazione) – conformi o meno al modello legale. Parimenti, anche per le attività delle istituzioni pubbliche si valorizzano le procedure entro cui devono esercitarsi; ed essendo – ancor più di ieri, dinanzi all'odierna complessità storica (e quindi, come insegna Paolo Grossi, anche giuridica) – non preventivabile l'esito della manifestazione del potere, inevitabilmente legato alle specificità del caso concreto, si scommette sul metodo del suo esercizio. In questa prospettiva, strutturare – in alcuni suoi frangenti – il *modus procedendi* dell'autorità pubblica (per quanto qui d'interesse: dell'autorità giudiziaria) secondo un percorso a tappe (per quanto qui d'interesse: logico-argomentative) obbligate può contribuire ad assicurare che l'esercizio di tale potere avvenga in termini di maggiore visibilità e controllabilità.

⁶³³ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1291: «Sul piano politico-istituzionale la legalità si coniuga con la democrazia. Essa, in sostanza, realizza quel principio democratico che nei nostri Stati costituzionali costituisce la fonte di legittimazione del potere normativo e anche del potere punitivo. La legge, in quanto prodotto ed espressione della volontà parlamentare (la persistente premessa volontaristica...!), attua il principio democratico. Sennonché, posto che la legge è per così dire la cinghia di trasmissione della democrazia dalla sede parlamentare alla vita normativa dell'ordinamento, se non c'è più nulla da trasmettere, se la democrazia si è corrotta, allora anche la legalità entra in crisi».

⁶³⁴ Sul tema, v. ad es.: CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 29-30 (ove si richiama altresì SAITTA A., *L'oscillazione del pendolo. Maggioranze e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana*, Milano, 2004); GRANDI C., *Riserva di legge*, cit., 25-27; PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1292; SERGES G., *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Oss. font.*, 2017, 3, 6-9.

⁶³⁵ MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge*, cit., 7.

⁶³⁶ In questo contesto, fra l'altro, «la magistratura, in generale, realizza oggi un rapporto diretto fra il potere pubblico e i singoli cittadini: ciò che la scienza giuridica non ha mai fatto e la politica ufficiale ha ormai smesso di fare da tempo» (DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, (a cura di) B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANO, Milano, 2012, 87).

⁶³⁷ CORDERO F., *Premessa (febbraio 2000)*, in CORDERO F., *Procedura penale*, cit., VI. Dinanzi all'euforia legislativa, MANTOVANI F., *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1222 auspica «un dignitoso "riposo del legislatore", preferibile al legiferare frenetico e scomposto: in una crescente confusione tra l'«agire» e l'«agitarsi»».

⁶³⁸ CACCIARI M. – IRTI N., *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, 126. La proliferazione legislativa non soltanto rende precarie le norme, ma incide anche sulla loro autorevolezza, dal momento che – com'è noto – «perché le leggi siano rispettate e prese sul serio, occorre che esse siano poche» (CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, cit., 47). Parla di «Pan-nomia» FORZATI F., *Il congedo dell'ultima ratio fra sistema sanzionatorio multilivello e penale totale: verso la pena come unica ratio?*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 5 (rifacendosi al neologismo

a ritmi bulimici, successivamente emendate e derogate in maniera altrettanto compulsiva (si pensi alla prassi dei decreti legislativi correttivi e integrativi), formulate in maniera contorta e involuta, con articoli suddivisi in decine o centinaia di commi, spesso eterogenei per materia, e con rimandi a innumerevoli altri testi normativi»⁶⁴⁰;

iii) la difficoltà a disciplinare e a incidere davvero su fenomeni sfuggenti e complessi, quali quelli caratterizzanti l'epoca post-moderna (globalizzata e interconnessa, liquida, plurale, tecnologica e digitalizzata) in cui viviamo⁶⁴¹; consequenzialmente: mancanza di stabilità nella produzione legislativa⁶⁴², tesa a rincorrere – in assenza di un disegno unitario e di una prospettiva d'insieme – l'emergenza di turno⁶⁴³ o i più disparati accadimenti, anche quelli praticamente

adoperato da FRYDMAN B., *Comment penser le droit global?*, in *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, Bruxelles, I, 25), secondo cui «la ragion d'essere di un sistema giuridico senza identità diventa la produzione ossessiva di norme che, prive di un progetto di valori (da preservare) e di scopi (da perseguire), assemblano un universo penale caotico e disarticolato. Il risultato dei tanti produttori di norme e delle diverse finalità perseguite da ciascuno di essi, è uno stato di Pan-nomia a-finalistica (cioè priva di uno scopo razionale e/o programmato)».

⁶³⁹ DANTE A., (*Divina*) *Commedia*, Purgatorio, VI, 142 (ma cfr., per un'accezione sia positiva [139-142] sia negativa [143-151] della sottigliezza legislativa, 139-151: «Atene e Lacedemona, che fenno l'antiche leggi e furon sì civili, fecero al viver bene un picciol cenno verso di te, che fai tanto sottili provvedimenti, ch'a mezzo novembre non giugne quel che tu d'ottobre fili. Quante volte, del tempo che rimembre, legge, moneta, officio e costume hai tu mutato, e rinovate membre! E se ben ti ricordi e vedi lume, vedrai te somigliante a quella inferma che non può trovar posa in su le piume, ma con dar volta suo dolore scherma»).

⁶⁴⁰ PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., 169-170. Sul tema, *ex plurimis*: CAMPANALE A. M., «Hai ragione anche tu, gli disse il giudice». *L'interpretazione tra complessità e certezza del diritto*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 107-108 (il quale parla di «abnorme proliferazione delle leggi, che – nel tentativo di raggiungere un'impossibile completezza – sacrifica inevitabilmente la coerenza del sistema giuridico»); CAMPANALE A. M., *La decisione tra certezza e giustizia*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 6; CASSANO M., *Complessità degli ordinamenti e intervento giudiziario*, in AA. VV., *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 138-140; GALANTINI N., *Considerazioni*, cit., 1992 (la quale parla di «pendolarismo legislativo, fondato sull'esigenza di interventi contingenti ovvero dettato da singoli casi»); MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge*, cit., 7 (secondo cui si è in presenza di una «logorroica produzione, senza tregua a senza riposo, di leggi, non di rado più simboliche che necessarie, volte a declamare la sollecitudine politica a contrastare certe forme di criminalità o a rispondere a certe istanze sociali di sicurezza»); PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Ipertrrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 3-82 e 149-159.

⁶⁴¹ Con la conseguenza che «le ridotte capacità di disciplinare tempestivamente i mutamenti della realtà sociale determinano lo slittamento dal piano dei testi legislativi a quello della loro interpretazione» (LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto*, cit., 90): cioè, l'arretramento della legge e l'avanzamento dell'interprete (e dell'interprete-giudice, in particolare).

⁶⁴² In termini generali, CACCIARI M. – IRTI N., *Elogio del diritto*, cit., 127: «La fabbrica delle leggi obbedisce all'occasionalismo più sfrenato e convulso. La varietà e vastità delle materie regolate, l'assumere in oggetto di disciplina giuridica i campi di fisica e chimica e medicina, e altri ambiti scientifici, imprime alla tecnica normativa un estremo grado di particolarità. Accogliendo dentro di sé la singolarità di innumerevoli materie, ne acquista il ritmo, il linguaggio, l'assidua discontinuità».

⁶⁴³ Sulla «legislazione dell'emergenza o legislazione dell'ordine», PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale*, cit., 54-55 scrivono che si tratta di una realtà «forse accentuatasi negli anni più recenti a causa del sempre crescente ruolo svolto dai *media*, e in particolare dai *media* televisivi, nella rappresentazione della criminalità e della giustizia penale, [che] è stata ora qualificata con l'espressione molto in voga di "populismo penale", quale forma di manifestazione specifica del più generale fenomeno di quel populismo *tout court* cui inclinano – più o meno – quasi tutte le forze politiche [e che] è caratterizzato dalla volontà di instaurare un rapporto tendenzialmente diretto, senza mediazioni che non siano appunto

ingovernabili (perché non inquadrabili, né afferrabili) dalle costruzioni giuridiche (ad esempio, per la loro volatilità);

iv) l'inadeguatezza dell'istruttoria parlamentare come momento di preparazione e di sviluppo dell'attività legislativa, nonché della successiva attività redazionale, con prevedibile consequenziale (e «sconfortante»⁶⁴⁴) «decadimento della qualità della normazione»⁶⁴⁵;

v) il preponderante, «crescente e talvolta schiacciante ruolo assunto dall'esecutivo nella produzione di fonti primarie (atti con forza di legge) e all'interno del procedimento legislativo

quelle – ineliminabili – dei *media*, tra un capo carismatico e il popolo. Si tende, cioè, a fare a meno, in generale, della mediazione degli apparati e delle strutture di partito, con tutte le conseguenze in termini di dibattito e riflessione relativamente agli interessi in gioco e alle loro sfumature, e a prediligere invece toni e soluzioni non sempre adeguatamente meditate e spesso addirittura estreme. In particolare, si tende a progettare la produzione normativa prescindendo da una previa, più o meno accurata, ponderazione relativa alla sua razionalità ed efficacia in termini di adeguatezza agli scopi prefissi». In materia, *ex plurimis*: AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1415 ss.; BORGNA P., *25 aprile e stato d'eccezione*, in www.questionegiustizia.it, 25 aprile 2020, 3 e 7 (il quale – riflettendo sui riflessi giuridici dell'emergenza Covid-19 – ricorda in via generale che «le soluzioni a un'emergenza sono spesso diventate regole e modelli di comportamento della vita ordinaria. Oggi dobbiamo difendere la salute pubblica. Domani ci potrebbero dire che dobbiamo combattere i terroristi, gli evasori fiscali, i maniaci sessuali, i ladri di appartamento. Lo scivolo per trasformare lo stato d'eccezione in norma ordinaria è ripido e assai sdruciolevole. [...] Norma transitoria? Sappiamo che, in Italia, non c'è nulla di più definitivo delle norme transitorie. Sappiamo che le norme eccezionali tendono sempre a estendersi. Non è una nostra opinione. Lo diciamo perché è sempre stato così»); FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000, 844; FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 80; FORZATI F., *Il congedo dell'ultima ratio*, cit., 39-54; LORUSSO S., *Ipertroufia normativa e declino del sistema processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018 286 (il quale parla di «una legislazione emotiva che spesso deborda in una concezione emotiva della giustizia tesa ad arginare “in tempo reale” la domanda di giustizia della collettività, attenta più ai risultati immediati conseguibili che all'esigenza di realizzare un accertamento processuale accurato, meditato, garantito e rispettoso delle regole che l'ordinamento si è dato»); PULITANO D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 136-137; SPINA S., *Il diritto penale nella stagione dei populismi*, in www.questionegiustizia.it, 2 aprile 2019; TARLI BARBIERI G., *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare*, in *Criminalia*, 2016, 226.

⁶⁴⁴ L'espressione è di PALAZZO F., *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 285, il quale parla di un legislatore incapace di «dare una veste adeguata alle proprie intenzioni» (287). L'Autore ritiene in ogni caso «illusorio pensare di risolverla [la crisi della legislazione] con espedienti tecnici o accorgimenti di corto respiro. D'altra parte esistono già strumenti destinati in teoria a intervenire durante l'*iter* di formazione della legge per assicurarle una migliore qualità: uffici tecnici dei ministeri, uffici studi del Parlamento, audizione di esperti da parte delle commissioni parlamentari. Ma tutto questo strumentario, che talvolta reca pregevoli contributi, non riesce però a riportare la qualità complessiva della legislazione a un livello dignitoso. Gli uffici tecnici ministeriali e parlamentari soffrono di un certo burocraticismo e tendono a concentrare il loro lavoro sugli aspetti più di dettaglio dei provvedimenti legislativi *in itinere*. Le audizioni parlamentari, soprattutto quando sono non già dei rappresentanti degli interessi sostanziali toccati dalla progettazione legislativa, ma di giuristi totalmente indipendenti o di operatori della giustizia, danno spesso l'impressione di essere una specie di ornamento *ad pompam* cui il Parlamento indulge senza troppa convinzione. [...] Dunque, che fare? Quando le crisi sono profonde spesso esse sono imputabili agli uomini più che a difetti della macchina istituzionale. E, conseguentemente, la loro soluzione va cercata in un mutamento dei comportamenti o addirittura dell'abito mentale piuttosto che in accorgimenti tecnici e istituzionali destinati a rivelarsi inefficaci, quando non portatori di nuova confusione e complessità nel sistema. Abbiamo bisogno di tornare a mettere in auge la *scienza della legislazione*; abbiamo bisogno che il legislatore torni – come è stato detto – alla *scuola della ragione*. Occorre che la politica legislativa, specie quella in campo penale dove i diritti individuali e i valori sociali sommi sono più esposti, ritrovi umilmente la consapevolezza, diremmo la coscienza, che la legge non è una variabile indipendente: o meglio non è una variabile dipendente solo dalla estemporaneità della volontà politica» (288).

⁶⁴⁵ PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., 171.

stesso»⁶⁴⁶ (c.d. «legalità governativa»⁶⁴⁷ o «legalità delegata»⁶⁴⁸); in particolare, il torrenziale ricorso alla decretazione vincolata alla fiducia oppure d'urgenza, anche in situazioni non propriamente emergenziali⁶⁴⁹;

vi) la presenza di meccanismi completivi o suppletivi la legislazione, quali ad esempio:

a) l'eterointegrazione normativa (es. c.d. “norme penali in bianco”)⁶⁵⁰;

b) la normazione atipica, ovverosia la forgiatura della disposizione rimessa – *de facto* o *ex lege* – nelle mani di soggetti, pubblici e/o privati, diversi dal legislatore e in ogni caso estranei al circuito legislativo tradizionale⁶⁵¹ (es. c.d. “auto-normazione”⁶⁵², trasversale ai diversi settori dell'ordinamento⁶⁵³);

⁶⁴⁶ PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., 170. Analogamente, GRANDI C., *Riserva di legge*, cit., 31. Sul punto, TARLI BARBIERI G., *Il diritto, oggi*, cit., 224 osserva che «l'attività normativa primaria di cui agli artt. 76 e 77 Cost. ha perso del tutto i connotati di eccezionalità per divenire, impropriamente, uno strumento ordinario e, per di più, rivendicato come tale dal Governo come strumento di attuazione del programma: il tutto, come è noto, aggravato dalla prassi dell'utilizzazione della questione di fiducia per l'approvazione tanto delle leggi di delega quanto delle leggi di conversione, che ha pesantemente inciso tanto sui rapporti tra Parlamento e Governo quanto sulla qualità della legislazione».

⁶⁴⁷ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 371.

⁶⁴⁸ CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 32-34 e 91-92, nonché 123-209 (in part., 130-136 e 146-149).

⁶⁴⁹ Come scrive TARLI BARBIERI G., *Il destino delle riserve di legge nell'epoca della centralità del Governo nella produzione normativa statale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 295, «sono note le deviazioni della decretazione d'urgenza dal modello costituzionale, con riferimento all'elusione dei presupposti di necessità e urgenza, ai limiti materiali, ai contenuti delle leggi di conversione».

⁶⁵⁰ V. MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 84 ss.

⁶⁵¹ Come accade, ad esempio, nel caso dell'«esercizio, senza basi legali esplicite, di ampi poteri normativi da parte delle autorità indipendenti» (VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 372) oppure nel caso «di figure e attori sociali, “che si formano al di fuori delle strutture formali dello Stato e che influenzano in modo determinante le scelte e le strategie politiche, con il vantaggio di una sostanziale irresponsabilità” e una trasmigrazione del potere politico-amministrativo dalle sedi istituzionali proprie a “sedi private, rappresentate da lobbies, gruppi di pressione, potentati”» (CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 31, citando – nella parte riportata tra virgolette [...] – GARGANI A., *Verso una “democrazia giudiziaria”?*, cit., 103).

⁶⁵² Osserva PALOMBELLA G., *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, in AA. VV., *Rule of law*, cit., 85 che «la produzione di diritto a opera di attori privati (persino attraverso l'autonomizzarsi di fonti sostanzialmente private, come accade nello strato “spontaneo” del diritto transnazionale e nella *governance* dei rapporti economici) e di organismi sopranazionali ormai incontrollabili dagli Stati, contribuisce alla costruzione di una fascia normativa, generalmente sottratta proprio ai tradizionali poteri pubblici, la quale suscita nuove preoccupazioni, opposte a quelle che confluirono nella richiesta di limitazione dello Stato».

⁶⁵³ Sulla tematica, per una ricostruzione in termini di sistema, v. BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1477 ss. L'Autore evidenzia che «l'autonormazione, intesa quale autoregolazione di un determinato aggregato sociale in rapporto con altri gruppi o istituzioni che riconoscono ma al tempo stesso sono capaci di vincolare giuridicamente il primo, è un fenomeno antico e assolutamente usuale per lo *ius privatorum*, mentre appare quasi antitetico rispetto al diritto penale moderno, contrassegnato dai crismi illuministici della legalità e della statualità. Eppure l'autonormazione non risulta estranea al sistema penale e ciò è sempre più percepibile nell'età contemporanea, in cui quei crismi di legalità e statualità, al cospetto dei “rischi della complessità”, tendono a diluirsi e ad aprire varchi sempre più ampi all'autocontrollo (anche) penale delle organizzazioni non statuali» (1477). La peculiarità del fenomeno – scrive Bianchi – può rintracciarsi nella «coincidenza tra chi produce la norma (le norme) e il destinatario della stessa (delle stesse), ossia l'autoimposizione di un vincolo normativo» (1479), anche se – a ben vedere – l'autonormazione risulta in definitiva «apprezzabile solo in

b-bis) più in generale, la diffusione di fonti totalmente ‘altre’ rispetto alla legge (ancorché dalla legge tali fonti siano di solito facoltativizzate), che contaminano⁶⁵⁴ la legalità legale: è la *soft law*⁶⁵⁵ (i.e. «serie di atti, di natura autoritativa o contrattuale,

rapporto a un ordinamento “altro”, ossia un ordinamento dove vengono prodotte norme sottratte alla disponibilità del gruppo autonormato ma che determinano effetti giuridici anche per quest’ultimo» (1481), risultando altrimenti un qualcosa di fine a se stesso.

⁶⁵⁴ PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, cit., 171-172: «La fonte legislativa risulta contaminata da nuove forme giuridiche. Il sistema delle fonti si destruttura e si sbriciola. Le fonti si moltiplicano e si diversificano; si dispiegano in un arco variegato e mutevole; tendono a sfuggire da un ordine fisso di tipo gerarchico, piramidale, trovando coordinamenti di tipo reticolare. All’indebolimento della capacità regolativa della legislazione fa riscontro l’aumento della rilevanza di strumenti giuridici *soft*, morbidi, “fluidi”, capaci di adattarsi a contesti diversi e di influenzare gli assetti presenti e futuri, restando pronti ad accogliere apporti e *input* che arrivano *in itinere*».

⁶⁵⁵ Sul tema, *ex multis*: BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 536 ss. (il quale specifica in ogni caso che, in materia penale, «segnalare le attuali trasformazioni del diritto criminale atte a incrinare alcuni dei suoi connotati radicalmente antitetici a quelli peculiari della *soft law* non equivale a negare la distanza ancora esistente tra l’uno e l’altra. Ciò non toglie che, sebbene riesca attualmente impossibile conferire alle suddette trasformazioni un senso univoco, sia opportuno sottolinearle, evidenziando come esse determinino, sia pure *in nuce*, ibridismi capaci di porre almeno parzialmente in crisi schemi consolidati. Del pari, è opportuno rilevare che in taluni settori del diritto penale sostanziale e processuale più evidente si manifesta questa tendenza all’ibridazione, attraverso l’immissione di momenti di flessibilità, non obbligatorietà, consensualità peculiari degli strumenti giuridici di regolazione “leggera”» [556]); BIN R., *Soft law, no law*, in AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, (a cura di) A. SOMMA, Torino, 2009, 31 ss.; BOVE V., *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 luglio 2015, 1; 3-4 e 8 (la quale riconosce che – nel settore penale – la l. n. 67 del 2014 ha segnato un’importante «occasione per l’emersione [e lo sviluppo] di linee guida, protocolli e *vademecum* come ausilio per gli interpreti e gli operatori»); MALAGNINO F., *Così lontano, così vicino: garanzie difensive ai tempi del coronavirus*, in www.giurisprudenzapenale.it, 26 marzo 2020, 1 («Se l’emergenza Covid-19 fosse intervenuta solo qualche anno addietro, pur eventualmente a parità di digitalizzazione e *social media*, probabilmente la pronta reazione dell’Esecutivo sarebbe stata l’immediata chiusura dei tribunali o, in gradata alternativa, l’emanazione di norme che consentissero espressamente di fronteggiare l’emergenza mediante l’integrale smaterializzazione delle udienze penali, delocalizzandone i protagonisti tramite collegamenti da remoto. Invece, nell’attuale era dei protocolli, la disciplina dell’interazione (e, quindi, della salute) fisica dei soggetti coinvolti nei procedimenti penali indifferibili è stata affidata alla solerte ed eterogenea iniziativa dei singoli uffici giudiziari, strettamente dipendente – di luogo in luogo – dal più o meno spiccato spirito collaborativo di questo o quel Foro»); MAZZACUVA N., *Opinione a confronto. “Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza”*, in *Criminalia*, 2010, 368 («Si sviluppano protocolli di comportamento nei più svariati settori: protocolli o codici di condotta elaborati per sindaci di società, per medici, per banche; comitati etici, comitati deontologici, conferenze in cui gruppi di esperti cercano di raggiungere un accordo circa lo stato attuale della scienza in ordine alla pericolosità o meno di certe sostanze o di certe attività. Nella ricerca della certezza che viene a mancare sembra riemergere con prepotenza quel diritto pattizio e convenzionale che ha contribuito alla nascita delle società aperte, libere. Ecco allora un risultato del diritto penale incerto che è, al tempo stesso, un rifiuto dell’interpretazione creativa. Rinvenire altri canali, altri percorsi, altri strumenti per ritrovare certezza; non attendere l’intervento creativo in sede applicativa. Il cittadino è indotto a produrre certezza e a recuperare, tramite formazioni secondarie e settoriali, il necessario livello di prevedibilità operativa»); MOSTACCI E., *La “soft law” nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; NEGRI D., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 445 («Circolari, protocolli, *vademecum*, linee-guida, raccomandazioni, direttive, ordini di servizio, affollano il panorama normativo non limitandosi a dirimere questioni organizzative interne agli uffici giudiziari, ma dando vita a un’autentica delegificazione della stessa disciplina processuale. Antesignane di questa tendenza, divenuta massiccia, furono le tavole contenenti i criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale. Oggi quasi ogni istituto, specie se di nuova introduzione, è accompagnato da un florilegio di cataloghi sulle “migliori prassi” escogitate dai magistrati di questa o quella sede. [...] Non sono innocui simili complementi, sia per contenuto, visto l’efficientismo che di solito ne ispira la stesura a detrimento dei diritti individuali; sia con riguardo ai rapporti che sottintendono e prefigurano

che pur non avendo la forma propria delle fonti tipiche e pur essendo sprovvisti di vincolatività, sono tuttavia giuridicamente rilevanti e tenuti in considerazione nel momento dell'interpretazione e dunque di soluzione di concrete controversie giudiziali»⁶⁵⁶ – es. protocolli; circolari; buone pratiche e direttive interne agli uffici; raccomandazioni; accordi e intese; linee-guida; codici di condotta; *vademecum*; modelli e formulari; ecc. ecc.);

- c) l'esistenza di strumenti alternativi di gestione, trattazione e risoluzione del conflitto o del giudizio, previsti dalla legge ma portatori di una logica completamente differente da quella legalistica (es. riparativa; conciliativa; aggiudicativa; premiale; promozionale; ecc.): differenza logica che si riverbera sull'applicazione di tali istituti giuridici, declinati in un'ottica diversa e, per l'appunto, "alternativa" a quella legale (es. mediazione; condotte riparatorie; negoziazione; messa alla prova; conciliazione; particolare tenuità del fatto; ecc.);
- d) la succitata influenza – e, relativamente ad alcuni atti, altresì la preminenza – della produzione normativa europea e internazionale⁶⁵⁷.

Al termine di questa (sia pur non esaustiva) elencazione, possiamo dire che vi sono fattori endogeni e fattori esogeni oppure cause dirette e cause indirette che convergono in una medesima direzione⁶⁵⁸: l'attestazione che, nel panorama giuridico della post-modernità, «il primato del diritto legislativo è insidiato ed eroso»⁶⁵⁹.

Fenomeni interni e fenomeni esterni alla legge segnano «una crisi *filosofica*, una crisi *giuridica* e infine una crisi *istituzionale*»⁶⁶⁰ della legalità (legale). Una «crisi profonda»⁶⁶¹, che si manifesta in

nell'ambito degli uffici promotori: quando coinvolge magistrati giudicanti, l'aspettativa che ciascuno di essi s'adequi ai criteri comuni di indirizzo nell'esercizio della funzione incrina la garanzia dell'indipendenza interna assicurata dalla soggezione "soltanto alla legge"); PASTORE B., *Il "soft law" nella teoria delle fonti*, in "Soft law" e "hard law" nelle società postmoderne, (a cura di) A. SOMMA, Torino, 2009, 117 ss.; PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., 173-176.

⁶⁵⁶ MOSCARINI A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, 1913. Similmente, PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., 167: «L'espressione ["soft law"] è generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto a origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti, potendosi trasformare, grazie al loro uso da parte di organi dotati di competenza normativa, in diritto immediatamente precettivo».

⁶⁵⁷ MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge*, cit., 10.

⁶⁵⁸ Per tali distinzioni: CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 28; FORZATI F., *Il congedo dell'ultima ratio*, cit., 4; GRANDI C., *Riserva di legge*, cit., 23 e 48; MANES V., *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 1924-1935; MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge*, cit., 7-10; TARLI BARBIERI G., *Il diritto, oggi*, cit., 222.

⁶⁵⁹ PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., 171.

⁶⁶⁰ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1286 (il quale precisa che «questa triplice aggettivazione di un fenomeno sostanzialmente unitario serve solo per sottolineare come la caduta di fiducia nella bontà ordinante della legge possa trovare radici che partono da un mutamento delle convinzioni relative allo stesso rapporto tra soggetto umano e realtà oggettiva, per passare poi alle trasformazioni subite dalle concezioni del diritto specie sotto la spinta della

un contesto e in un periodo storico ove il diritto – per rispondere alla complessità – si fa sempre più flessibile, reticolare, «elastico, dissociato dalla rigidità della legge e [sempre più è] rimesso alla prassi interpretativa e applicativa»: anche se tutto «ciò, ovviamente, non significa che la rete non abbia nodi, “noccioli duri”, punti di rigidità, elementi caratterizzati da una normatività “forte”»⁶⁶². Insomma: non una scomparsa, ma certamente un arretramento importante dell’esclusività e della centralità della *lex*.

In aggiunta agli aspetti ora riepilogati, nei prossimi sotto-paragrafi ci proponiamo di svolgere qualche considerazione intorno a due tematiche – vale a dire: l’attività tecnico-processuale (argomentativa e retorica) delle parti e il ragionamento decisionale del giudice – che, oltre a intrecciarsi strettamente con l’oggetto principale della nostra ricerca (*i.e.* la motivazione del provvedimento), rappresentano due profili – di natura prettamente giuridica (quindi: endogeni) – che concorrono, in via ulteriore, all’arretramento sistematico della legalità (legale).

I.1. ATTIVITÀ TECNICO-PROCESSUALE (ARGOMENTATIVA E RETORICA) DELLE PARTI

Nel *De Oratore* Cicerone riconosce che «non c’è niente di più bello del potere, con la parola, dominare gli animi degli uomini, guadagnarsi le loro volontà, spingerli dove uno voglia e, da dove voglia, distoglierli»⁶⁶³.

Riscontrando gli effetti pratici delle abilità retorico-argomentative dei giuristi (in particolare, degli avvocati: ‘bonariamente’ definiti «Azzecca-garbugli»), nei *Promessi sposi* Alessandro Manzoni scrive che «a saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo e nessuno è innocente»⁶⁶⁴.

globalizzazione, per finire con le vicende modificative di quei meccanismi istituzionali sui quali poggiava il ‘pregio politico’ della legge negli stati liberal-democratici»).

⁶⁶¹ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 373.

⁶⁶² PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., 168 e 173. L’Autore, fra gli elementi a “forte” normatività, individua i seguenti: la Carta costituzionale, l’insieme dei diritti fondamentali, la legislazione relativa ai diversi settori ordinamentali, le norme internazionali e sovranazionali applicate, le regole procedurali, le sentenze giudiziarie. Elementi, questi, che – scrive Pastore – «costituiscono le parti resistenti della struttura giuridica. Esse convivono insieme a quelle “elastiche”, talché i sistemi giuridici tendono vieppiù a configurarsi come insiemi complessi che presentano, nel contempo, livelli di *hard law*, ad alta vincolatività, e livelli di *soft law*, dotati di una flessibilità connessa a esigenze difficilmente ingabbiabili entro schemi troppo rigidi. In contesti giuridici caratterizzati da pluralismo normativo, policentrismo, comunicazione osmotica e ibridazione tra ordinamenti, le tecniche di regolazione *hard* e *soft* sono utilizzate tenendo conto delle particolarità delle situazioni».

⁶⁶³ CICERONE M. T., *De Oratore*, I, 30 («*Neque vero mihi quicquam, inquit, praestabilis videtur, quam posse dicendo tenere hominum mentis, adlicere voluntates, impellere quo velit, unde autem velit deducere*»). Dalla traduzione abbiamo rimosso il riferimento personalistico («non c’è niente, *per me*, di più bello ecc.»), in quanto lo intendiamo ricompreso implicitamente nel verbo “riconosce(re)”, con il quale introduciamo il pensiero ammesso (ossia: personalmente riconosciuto, per l’appunto) da Cicerone. In altro luogo, riferendosi all’«oratore perfetto», Cicerone scrive che «il miglior oratore è colui che con il suo discorso spiega, diletta e muove gli animi degli ascoltatori. Spiegare è suo dovere, diletta è gratificante, commuovere è necessario» (CICERONE M. T., *De optimo genere oratorum*, CICERONE M. T., *Opere di retorica*. De inventione – De optimo genere oratorum – Partitiones oratoriae – Topica, (a cura di) G. E. MANZONI, Brescia, 2019, 255 – I, 3).

⁶⁶⁴ MANZONI A., *I Promessi sposi* (1827), (a cura di) A. MARCHESE, Milano, 1985, 49 (cap. III). L'Autore utilizza il termine "Azzecca-garbugli" in più parti del romanzo (42 [cap. III]; 80 [cap. V]; 212 [cap. XI]; 449 [cap. XXV]; 484 [cap. XXVII]; 701 [cap. XXXVIII]). Similmente, CICERONE M. T., *Partitiones oratoriae*, in CICERONE M. T., *Opere di retorica*, cit., 287 – I, 3: «Cicerone Figlio: E in che cosa consiste la qualità specifica dell'oratore? Cicerone Padre: Negli argomenti e nelle parole. Ma sia gli argomenti sia le parole vanno inventati e collocati al posto giusto». Sul linguaggio dell'avvocato: CONTE G., *Il linguaggio della difesa civile*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 40, 43 e 49 (il quale osserva che «il linguaggio degli scritti difensivi rispecchia un sapere di antica, antichissima tradizione», il cui «stile idiomatico di una prosa incline a privilegiare moduli espressivi desueti e retorici» si caratterizza per la folta presenza di «tecnicismi sterili, espedienti retorici involuti, frasari logori [che,] lungi dal nobilitare il segno linguistico forense, sono inveterate abitudini che oscurano la chiarezza espositiva e finiscono per disseminare di ostacoli il circuito comunicativo che si instaura tra le parti e il giudice»); COPPI F., *Il linguaggio della difesa penale*, in AA.VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 111-112 (il quale pone l'accento sull'importanza dell'oralità nel diritto penale, evidenziando che «il linguaggio del penalista è pur sempre il linguaggio parlato. Senza paura di cadere nella retorica, quando penso al linguaggio penso alla parola, alla parola pronunciata, detta e perché no, alla parola recitata nell'aula di un Tribunale. Penso alla parola e penso a questo incantesimo che si rinnova ogni giorno, a questo miracolo che ancora mi commuove. Questo idolo, come è stato detto da un grande avvocato, che ci conquista e al quale abbiamo in fin dei conti dedicato tutta la nostra vita: la parola»); DE LUCA G. B., *Lo stile legale*, cit., 69 e 96 («Lo scopo principale dell'operante deve essere nell'adoprarne que' mezzi, per i quali con maggior facilità si ottenga quel fine, al quale sia indirizzata la sua operazione: e per conseguenza essendo il fine dello scrittore il persuadere il giudice con i motivi e con le ragioni, acciò interponga il suo giudizio a favore di quello per il quale scrive: quindi segue che il suo studio e lo scopo principale debba essere ne' sodi motivi e nelle buone ragioni, mentre in queste consiste a sostanza della scrittura; sicché questo è il panno, ovvero il drappo del vestito e tutte le altre cose sono ornamenti. [...] Con le stesse pietre, ovvero con gli stessi colori, possono così formarsi un angelo come un diavolo, ovvero così un uomo come una bestia. E quando si dispongano per formare una immagine desiderata, poco importerà che la pittura sia ricca e copiosa di colori finissimi, se non corrisponderà al disegno e se non rappresenterà quell'immagine o effigie che si desidera; anzi, l'abbondanza de' colori e delle panneggiature in quelle parti, le quali devono essere ignude, pregiudica: e all'incontro le parti ignude e i scorci, ovvero le ombre, fanno spicca meglio la pittura, e la rendono più perfetta e vaga»); DE MONTAIGNE M., *Saggi*, cit., 1991 – lib. III, cap. XIII («Così le leggi servono, e così si adattano a ciascuno dei nostri affari, per qualche interpretazione contorta, forzata e obliqua»); MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Milano, 1958, 42 («Se tu comparisci in aringo con una sentenza comune a te favorevole, eccoti l'avversario, che ti vien contro con una opposta sentenza e anch'essa comune. A chi sarà allora dovuta la palma?») e 71 («Siccome gente disposta a patrocinare ogni causa e a sostenere oggi una dottrina e a impugnarla poi domani, secondo l'esigenza dei lor clienti, sono andati inventando e cavando dalle miniere feconde dei loro ingegni mille distinzioni e infinite restrizioni per eludere la forza delle leggi loro opposte, per dimostrarle non applicabili ai punti caduti sotto la lor penna, e talvolta ancora prive di giustizia. Hanno inoltre stirate e ampliate le medesime a misura dei lor bisogni. Curiosa cosa è poi il vedere come in una causa vogliono far valere questo loro assioma, *ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus* senza accorgersi che in tant'altre lo rigettano come assioma ridicolo, sciocamente ricavato della *lex non distinguemus ff. de receptis qui arbitrium receperunt* che nulla dice di questo; ma il male maggior della professione legale è proceduto dall'eccesso dell'ingegno, e massimamente dei consulenti. Allorché si presenta a un avvocato da patrocinar qualche causa, purché la medesima non sia evidentemente, o assai probabilmente, decisa dalle leggi e resti alquanto dubbiosa, e molto più se assai dubbiosa, Giove quel di gli ha mandato la buona fortuna per far prova del suo felice ingegno o ha almeno inviata qualche rugiada per la sua borsa. Allora tutto ardore si mette a pescare nella vasta libreria, e più nel mare del suo sapere e del suo ingegno, ragioni e autorità per far toccare con mano ai giudici che quel suo cliente ha ragion da vendere in quella controversia. Altrettanto farà l'avversario avvocato per l'altro cliente. L'uno dirà: qui è il giorno. Anzi che no, dirà l'altro: vi è chiaramente la notte e il mezzo di è dalla parte mia. Né altro sovente vi sarà di certo se non che il giudice, senza veder giorno né notte da questa o da quella parte, resterà egli stesso immerso in un profondo buio. Ora non si può dire di che sia capace l'umano ingegno, e massimamente se acuto, se penetrante, se assai versato nelle battaglie del foro, e in quelle maggiori che s'incontrano nei libri. Trova mirabil sottigliezze, disotterra o inventa cento ragioni, distinzioni, riflessioni, presunzioni, eccezioni che tutte possono dar buon'aria all'assunto suo; e questo vel dipigne con tal garbo di frasi e parole, che vi par tutta giustizia la di lui pretensione. E affinché non si creda a lui solo, conduce una vanguardia e un battaglione d'altri autori, che sentono con lui»).

In frangenti storici diversi e in realtà sociali completamente differenti, Cicerone e Manzoni attestano un fatto da sempre noto: l'impatto che – in qualsiasi ambiente e contesto, specialmente in quelli della politica e del diritto – possono avere le capacità retoriche, dialettiche, interpretative e argomentative di chi sa parlare (o scrivere) appropriatamente. Ed invero, già nell'*Odissea* si osserva che chi «parla sicuro [e] con garbo soave brilla nelle adunanze»⁶⁶⁵; e Aristotele, nella *Retorica*, dopo aver premesso che «tutti, fino a un certo punto, mettono mano a saggiare e a sostenere un discorso, a difendere e ad accusare», precisa che – nel far valere le proprie ragioni – «non è sufficiente avere gli argomenti che si devono dire, ma è necessario avere anche il modo di esporli»⁶⁶⁶. Insomma, fin dall'antichità si è avuto contezza dell'importanza che, per la dimensione pragmatica del sapere, assumono le modalità con le quali – attraverso il linguaggio – il sapere viene espresso (in forma scritta o parlata: generalmente, a fini *lato sensu* probatori⁶⁶⁷).

Da questo punto di vista, essendo il diritto «uno strumento pratico, è inevitabile che il tema della forma e dello stile linguistici [abbia finito e] finisca per intrecciarsi con quello dei contenuti e della finalità comunicativa»⁶⁶⁸. La natura pra(gma)tica del sapere giuridico ha fatto sì e tuttora fa sì

⁶⁶⁵ OMERO, *Odissea*, (trad. it) R. CALZECCHI ONESTI, 1963, lib. VIII, vv. 166-173. Analogamente, nell'*Iliade* si afferma l'importanza di essere un «buon parlatore», cioè «a parlare e agire nel modo migliore» (OMERO, *Iliade*, (trad. it) M. G. CIANI, 2000, 176 [lib. IX, vv. 442-443]). Cfr. il concetto di «atto perlocutorio» elaborato da John Langshaw Austin (AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole* (1962), (trad. it.) C. VILLATA, Genova, 2015, 76). Sulla «sicurezza nel parlare», v. NIETZSCHE F. W., *Per la dottrina dello stile* (1882), (trad. it.) S. PASTORINO, Genova, 2018, 43 (III) e 51 (VII) (secondo cui «anzitutto bisogna sapere con precisione: “così e così direi ed esporrei questo” – prima che si possa scrivere. [...] Lo stile deve dimostrare che si crede ai propri pensieri e che non li si pensa soltanto, ma li si sente»). Sulla «parola sapientemente manipolata» (18), v. *ex multis* MORTARA GARAVELLI B., *Manuale di retorica*, Milano, 2016, *passim*. (in part., 17-53). Sulla «concretizzazione, tramite l'azione, del pensiero e delle 'belle' parole», v. CACCIARI M., *La mente inquieta. Saggio sull'Umanesimo*, Torino, 2019, 34-35 (il quale ricorda, tra l'altro, che «eloquentia non significa [solo] rendere attraente, seducente un discorso, ma farlo concreto, sostanziale, *ad rem*. Ottima messe, ma per produrre nuova semente, dirà Valla prefando le *Elegantiae*. L'*oratio* esalta, non offusca e tantomeno sostituisce, la *ratio*. La retorica, quando *latina*, insegna a rendere compiutamente efficace la ragione, anche, certo, per renderla utile alla vita, perché produca *optima leges*. [...] Si può forse astrattamente separare il coerente ragionamento dall'efficacia con cui esso si esprime? [...] La parola approfondita nel suo *etymon*, sotto il profilo sia linguistico che semantico, vale in quanto esprime la più ferma *intenzione* a designare *ordinate* la cosa. *De re agitur*. E tuttavia nessuna cosa, mai, potrà essere conosciuta dall'uomo se non attraverso la potenza del linguaggio, dono divino»).

⁶⁶⁶ ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 3 (1354a, 5) e 309 (1403b, 15).

⁶⁶⁷ Per una ricostruzione storica dell'evoluzione del concetto di prova (e, in particolare, della prova retorico-argomentativa, nonché degli influssi della logica anche in punto di interpretazione), v. GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, *passim*. (spec., sull'idea di «prova come “argumentum”», che si lega altresì alla «situazione competitiva di cui è espressione il principio del contraddittorio» [63], v. 62-69: ove l'Autore mette in evidenza che «col minore interesse verso l'aspetto sillogistico del ragionamento» [64; anche 253], se non addirittura col vero e proprio «allontanamento dai presupposti ontologici del ragionamento sillogistico» [65], prevale il profilo argomentativo e proprio «in questa luce va valutato il significato del passaggio dall'entimema all'epichierema» (64) [cfr. *infra*, § I.2.1]).

⁶⁶⁸ CONTE G., *Il linguaggio della difesa civile*, cit., 49. Giuseppe Conte si domanda poi se «si p[ossa] essere bravi avvocati pur non avendo padronanza della lingua italiana» e, al quesito, così risponde: «In astratto, potremmo anche fornire una risposta positiva all'interrogativo. Un avvocato può rivelarsi abile sul piano difensivo anche se privo di un'elevata educazione linguistica. Ma nella maggior parte dei casi l'esperienza conferma che difficilmente si realizza una sensibile scissione tra conoscenza linguistica e conoscenza giuridica. Si conferma anche per questa via la semplice

che le discipline dell'oratoria e della buona scrittura interessassero e interessino immediatamente anche il diritto⁶⁶⁹.

In effetti, «la logica del giurista è, ancora oggi, orientata retoricamente»⁶⁷⁰. A maggior ragione se si pensa ad esempio che, come ricorda Franco Cordero, «i fatti esistono in quanto siano detti in un dato modo»⁶⁷¹: soltanto se detti secondo le cadenze giuridicamente prestabilite, le nostre affermazioni – anziché “colpire a vuoto”⁶⁷² – sprigionano i relativi effetti e vincoli giuridici⁶⁷³.

verità di quell'antico proverbio volgare, annotato dal Serdonati, *litterata persona* vissuta tra il Cinquecento e i primi del Seicento, che recita: “*Buon dritto e buona lingua in lite vincono*. Havere buona ragione e saperla dire” (67). Sottolinea CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 138 che «la *probatio artificialis*, la forza sottile dell'argomentazione, può diventare ‘palpabile’ solo se governata con accortezza».

⁶⁶⁹ Cfr. IRTI N., *In cammino verso la domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, 227-228: «Il sapere giuridico è non soltanto sapere di un oggetto instabile, ma anche sapere mio, tuo, di ciascun soggetto che guarda le cose del diritto. Aperta la strada della relatività, il soggetto stesso si frantuma e disperde nella molteplicità dei singoli, e il singolo si sfalda nell'indefinito succedersi di atti e situazioni di vita. [...] *La relatività non risparmia neppure il soggetto*: ogni giurista ha un “modo di guardare il diritto”; ogni giurista apre una finestra, *la sua propria finestra*, sui fenomeni giuridici. La verità si scompone e dissolve nella molteplicità delle prospettive, nei rapporti esistenziali che ogni interprete, carico di “pregiudizi” e “precomprensioni”, stabilisce con il testo. Nessun punto di vista è vero o falso. I concetti giuridici appaiono “relativi”, non soltanto all'oggetto, ma anche e soprattutto al soggetto. Ed anzi non sono né pensabili né enunciabili fuori dalla relazione con me o con te, ossia con ciascun soggetto. Ogni norma è norma per qualcuno. L'interprete diviene padrone del testo. Non c'è alcun vincolo di criteri prestabiliti e di canoni ermeneutici».

⁶⁷⁰ GRIFÒ G., *Introduzione*, VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza* (1953), (a cura di) G. GRIFÒ, Milano, 1962, X.

⁶⁷¹ CORDERO F., *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 22. In campo linguistico, per tutti: AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole*, cit., *passim.*, il quale evidenzia come sia «necessario che le circostanze in cui vengono pronunciate le parole siano in un certo modo, o in più modi, appropriate [e] che o il parlante stesso o altre persone eseguano anche certe altre azioni, azioni ‘fisiche’ o ‘mentali’ o anche atti consistenti nel pronunciare altre parole» (12). Vi sono, insomma, come afferma Austin, delle «condizioni necessarie da soddisfare» (17) affinché il discorso performativo possa riuscire e dirsi «scorrevole o ‘felice’ [nel suo] funzionamento» (16); e, tra tali condizioni, rinveniamo in particolare l'esistenza di «una procedura convenzionale accettata avente un certo effetto convenzionale, procedura che deve includere l'atto di pronunciare certe parole da parte di certe persone in certe circostanze» (25).

⁶⁷² Utilizziamo il lessico che impiega AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole*, cit., 18 con riferimento alla (s)correttezza procedurale – e, quindi, alla (in)felicità – dell'atto illocutorio o performativo (cfr., ad es., anche 37: «Affinché l'enunciato sia felice, certe condizioni devono essere soddisfatte, certe cose devono essere così»).

⁶⁷³ Senza dilungarsi su un profilo che meriterebbe ben più ampia trattazione (per cui rinviamo, su tutti, a CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, *passim.* e CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, 1981, 204-209/214), ai fini del presente lavoro, rammentiamo esemplificativamente uno dei possibili riflessi dell'attività retorico-argomentativa delle parti esercitata secondo le “cadenze giuridicamente prestabilite” (dal codice di rito): il vincolo che – altresì alla luce degli artt. 24 (difesa) e 111 (in part., contraddittorio) Cost. – le memorie difensive generano nei confronti dell'autorità giudiziaria. Il giudice, nell'applicazione della legge al caso di specie, è tenuto a confrontarsi anche (soprattutto) con le richieste e i rilievi retorico-argomentativi delle parti, che in tal senso influenzano l'esercizio dello *ius dicere*. Peraltro, con specifico riguardo alle memorie difensive, è la giurisprudenza stessa a valorizzare espressamente quest'occorrenza, sia pure modulandone l'intensità d'impatto alla decisività (meglio: al carattere decisivo, cioè dirimente – in un senso o nell'altro – per la risoluzione della vicenda in esame) della deduzione difensiva: Cass., Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 7420 («L'omessa valutazione di una memoria difensiva può essere dedotta in sede di legittimità come vizio di motivazione a condizione che, in virtù del dovere di specificità dei motivi di ricorso, si rappresenti puntualmente l'efficacia scardinante dei temi della memoria pretermessa rispetto alla pronuncia impugnata»); Cass., Sez. II, 20 settembre 2019, n. 38834 («L'omesso esame di una memoria difensiva da parte del Tribunale del riesame in materia di misure cautelari reali può essere dedotto in sede di ricorso per cassazione ex art. 325 c.p.p. soltanto quando, con la memoria, sia stato introdotto un tema potenzialmente decisivo e il provvedimento

Pur senza soffermarsi sull'evoluzione delle tecniche retorico-persuasive e sui risultati potenzialmente raggiungibili con l'esercizio accurato delle arti dialettico-espressive⁶⁷⁴, sono

impugnato sia rimasto sul punto del tutto silente»); Cass., Sez. V, 29 aprile 2019, n. 17798 («In tema di ricorso per cassazione, l'omesso esame, da parte del giudice di merito, di una memoria difensiva può essere dedotto in sede di legittimità come vizio di motivazione purché, in virtù del dovere di specificità dei motivi di ricorso per cassazione, si rappresenti puntualmente la concreta idoneità scardinante dei temi della memoria pretermessa rispetto alla pronunzia avversata, evidenziando il collegamento tra le difese della memoria e gli specifici profili di carenza, contraddittorietà o manifesta illogicità argomentativa della sentenza impugnata»); da leggersi *a contrariis*, Cass., Sez. II, 4 aprile 2018, n. 14975 («Qualora le memorie difensive contengano la mera ripetizione di difese già svolte, oppure siano inconferenti rispetto all'oggetto del giudizio, non può ritenersi che il loro mancato esame invalidi il percorso logico-motivazionale del provvedimento decisorio, poiché altrimenti si costringerebbe il giudice a rispondere a tutti i rilievi avanzati dalle parti, anche se del tutto incongrui o persino formulati con scopi diversi»); Cass., Sez. III, 2 febbraio 2018, n. 5075 («L'omessa valutazione di memorie difensive non può essere fatta valere in sede di gravame come causa di nullità del provvedimento impugnato, non trattandosi di ipotesi prevista dalla legge ma può influire sulla congruità e correttezza logico-giuridica della motivazione che definisce la fase o il grado nel cui ambito siano state espresse le ragioni difensive in quanto devono essere attentamente considerate dal giudice cui vengono rivolte»). Leggiamo in MASSA M., *Motivazione della sentenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 6 che «lo schema della motivazione si adagia sul rapporto tra il discorso giustificativo e l'imputazione e il dispositivo. Ma non è sufficiente rilevare che l'imputazione come fonte di doveri decisorii e il dispositivo come attestazione dell'esercizio di essi sono atti che tracciano la mappa dei punti da motivare. Oltre a questi, vi sono [ad esempio anche gli] atti di parte che determinano nel giudice un obbligo di provvedere e quindi un conseguente dovere di fornire enunciati giustificativi». Sul punto, RIGO F., *La struttura della sentenza secondo la legge di riforma n. 103 del 2017*, in *Giur. it.*, 2017, 2282 – considerando l'esistenza di «pronunce di legittimità che hanno affermato che l'omessa valutazione anche di una semplice memoria difensiva prodotta ai sensi dell'art. 121 c.p.p. determina la nullità di ordine generale prevista dall'art. 178, co. 1 lett. c) c.p.p., poiché oltre a costituire violazione delle regole che presiedono alla motivazione della sentenza, comportano la lesione del diritto di intervento o assistenza difensiva, impedendo all'imputato di intervenire nel processo ricostruttivo e valutativo effettuato dal giudice (v. Cass. Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 13085, Amato; Cass., Sez. I., 7 luglio 2009, n. 31245, Pascali; Cass. Sez. I, 14 ottobre 2005, n. 45104, Runfola)» – osserva che, «per quanto sulla specifica questione non manchino sentenze di segno contrario (v. Cass., Sez. V, 23 novembre 2015, n. 4031, Graziano), non sembra peregrino ipotizzare che, alla luce delle modifiche introdotte nell'art. 546 c.p.p. [dalla l. n. 103 del 2017], la produzione, in sede di discussione, di una memoria di parte obblighi il giudice di primo grado a prendere in esame le deduzioni in essa compendiate e a rispondere a ognuna di esse nella motivazione della sentenza, pur essendo pacifico che l'eventuale omissione può – e deve – essere sanata dal giudice d'appello cui la questione sia devoluta con l'atto di impugnazione».

⁶⁷⁴ Sottolinea ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 5-10 che, fino alla metà del 1900, l'attività argomentativa delle parti veniva poco valorizzata in quanto si riteneva di portata dirimente la prova materiale/fisica, essendo ancora in essere il positivismo scientifico e giuridico. Col falsificazionismo popperiano (ma anche col principio di indeterminazione di Heisenberg, la prova matematica di Gödel, le correnti esistenzialistiche e fenomenologiche tedesche e francesi, nonché con le impostazioni pragmatiche statunitensi) si è giunti a riconoscere la portata dell'attività argomentativa, cioè la possibilità – tramite l'argomentazione – di indirizzare l'interpretazione anche degli elementi di prova fisici/materiali, di per sé non (più) portatori di una conoscenza assoluta, oggettiva e immutabile. Sul tema, v. *amplius* (e su tutti) l'oramai classico *Trattato dell'argomentazione* (i.e. lo «studio delle tecniche discorsive atte a provocare o accrescere l'adesione delle menti alle tesi che vengono presentate al loro assenso» [6]) di Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca: PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), (trad. it.) C. SCHICK – M. MAYER, Torino, 1989, *passim*. (analisi concernente «le prove che Aristotele chiama dialettiche, prove che egli esamina nei *Topici* e di cui mostra l'impiego nella *Retorica*» [7]). Al *Trattato* hanno fatto seguito numerosi studi – anche di natura non strettamente giuridica – in materia, tra i quali rammentiamo: AA.VV., *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin*, (a cura di) A. CATTANI – P. CANTÙ – I. TESTA – P. VIDALI, Napoli, 2009; AA.VV., *Retorica e scienze del linguaggio. Teorie e pratiche dell'argomentazione e della persuasione*, (a cura di) BONFIGLIOLI S. – COSTANTINO M., Roma, 2005; AMATO N., *Logica simbolica e diritto*, Milano, 1969; CANTÙ P. – TESTA I., *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006; CATTANI A., *Botta e risposta. L'arte*

facilmente intuibili le rilevanti ripercussioni che, in concreto, l'“attività tecnico-processuale (argomentativa e retorica) delle parti” può avere sulla decisione che sarà assunta all'esito del giudizio⁶⁷⁵.

Ripercussioni parimenti incisive di tale attività sono altrettanto prevedibili rispetto al principio di legalità (legale)⁶⁷⁶, dal momento che le dinamiche retoriche e argomentative si inseriscono nell'opera di concretizzazione – tramite l'interpretazione e alla luce degli elementi probatori disponibili – della legge e contribuiscono, insieme ad altri fattori, a individuare – di più: a co-determinare – il significato della disposizione normativa⁶⁷⁷.

della replica, Bologna, 2001; CATTANI A., *Forme dell'argomentare. Il ragionamento tra logica e retorica*, Padova, 1990; FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2000, 115 ss.; GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013; HINTIKKA J., *Is Logic the Key to All Good Reasoning*, in *Argumentation*, 2001, 15, 1, 35 ss.; IACONA A., *L'argomentazione*, Torino, 2005; KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica* (1965), (a cura di) M. CORSALE, Milano, 1971; LO CASCIO V., *Grammatica dell'argomentare*, Firenze, 1991; MORTARA GARAVELLI B., *Manuale di retorica*, cit.; TAMMELO I. – TEBALDESCHI I., *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976; TOULMIN S. E., *The Uses of Argument* (1958), Cambridge, 2003.

⁶⁷⁵ Cfr. WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 122: « La discussion est déterminée par la situation concrète de la controverse. Le champ de la discussion est limité par les alternatives possibles de solution. La richesse des alternatives dépend des informations et des attitudes des juges. Les informations sont en partie le résultat des arguments des parties du procès qui s'efforcent aussi de suggérer les estimations favorisant leurs intérêts. Or ce champ dépend de la complexité du cas et du niveau de la technique argumentative des parties ».

⁶⁷⁶ Pragmaticamente, sia pure in modo romanzato (e con tono [forse] iperbolico), DERSHOWITZ A. M., *Il demone dell'avvocato* (1994), (trad. it.) R. RAMBELLI, Milano, 1995, 195 afferma che «tutta la legge è sofisma. Le società civili sono fondate su questo tipo di sottigliezza». Sull'oratoria forense, per una rassegna (anche aneddotica), v. CALAMANDREI P., *Della cosiddetta oratoria forense*, in CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935-1956/9), Firenze, 2014, 71-104.

⁶⁷⁷ Cfr. CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., 213-214 («Le leggi son formule vuote, che il giudice volta per volta riempie non solo colla sua logica, ma anche col suo sentimento. Prima di applicare una legge, il giudice come uomo è portato a giudicarla: secondo che la sua coscienza morale e la sua opinione politica la approvi o la biasimi, la applicherà con maggiore o minor convinzione, cioè con maggiore o minor fedeltà. L'interpretazione delle leggi lascia al giudice un certo margine di scelta: entro questo margine chi comanda non è la legge inesorabile, ma il mutevole cuore del giudice»); GIULIANI A., *Il concetto di prova*, cit., 15 («Non esiste, nel dominio dell'argomentazione, un 'fatto' come qualcosa di esterno, assoluto: il 'fatto' si identifica col procedimento di ricerca ed è condizionato dalla esistenza di prove che sono a sostegno d'una certa ipotesi. La razionalità consiste nel processo di ricostruzione: ed è una conoscenza che si attua attraverso l'opposizione di valori»); cfr. KOSTORIS R. E., *Giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, 12 («Non esistono [salvo poche eccezioni: es. alibi; difformità, *per tabulas*, delle false generalità; ...] prove dotate di intrinseca capacità dimostrativa: ogni elemento è 'muto' se non gli si dà significato in rapporto agli altri dati disponibili»); MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 74 («Senza l'attività argomentativa gli elementi raccolti sarebbero dati privi di senso ai fini dell'interpretazione globale dell'accaduto. [...] Gli elementi di prova valgono in quanto inseriti in argomenti vincolati a punti di vista e a prospettive interpretative»); MORSELLI M., *La sentenza penale*, Torino, 2003, 49 («È l'attività argomentativa delle parti che, come un volano, permette di creare una condizione tecnica per l'inserimento del risultato di quella nel solco dell'elaborazione del giudice: difensori, pubblico ministero e magistrato giudicante sono unificati dalla necessità d'intervenire nella valutazione del sapere comune, costituito dal materiale istruttorio, ognuno nel proprio ordine»); REHBOCK K., *Topik und Recht. Eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, München, 1988, 111; TONINI P., *Manuale*, cit., 756 («Non esistono prove che abbiano un significato univoco. Ogni elemento di fatto deve essere collocato logicamente in una struttura argomentativa al fine di sostenere come si è svolta una condotta umana e se questa sia punibile. Anche quando

Come si è già detto, infatti, la legge è quale interpretata; ma non basta. Al riguardo, occorre ancora specificare che ogni soluzione interpretativa è data dalla combinazione irripetibile di una serie di elementi pratici, oggettivi e soggettivi (es. v. *infra*, § I.2), che intervengono nel corso dell'operazione esegetica (o ermeneutica).

Uno dei fattori influenzanti l'opera interpretativo-applicativa della legge lo si rinviene, per l'appunto, nell'agire processuale – sia argomentativo sia retorico – delle parti che partecipano al processo.

L'applicazione della legge al caso concreto è una procedura che continuamente si rinnova in un succedersi di attività rituali, di tempistiche e di modalità di svolgimento che, pur guidate da un medesimo canovaccio metodologico, non sono mai – contenutisticamente parlando – identiche e sovrapponibili. L'irripetibilità degli accadimenti di realtà rende ogni storia processuale una storia a sé. Di volta in volta, mutano sia l'evento storico di riferimento (*i.e.* il fatto verificatosi) sia lo svolgersi del rituale accertativo (in part., le condotte e gli atteggiamenti procedurali dei soggetti che partecipano al procedimento). E il modo in cui, nell'ambito del processo, si agisce e si interagisce è senza dubbio una circostanza condizionante e decisiva⁶⁷⁸ per l'attuazione della previsione legislativa al caso concreto.

Con l'argomentazione, ad esempio, è possibile dare o togliere forza – nel senso che si preferisce o, realisticamente, che ci torna più utile – alle prove esistenti (c.d. “prova argomentata”) e altresì, al contempo, ricavare da tali prove le ragioni a sostegno della ricostruzione giuridica che si sceglie di rappresentare, in qualità di parti, oppure di adottare, in qualità di decisori (c.d. “argomentazione provata”)⁶⁷⁹.

qualcuno afferma che siamo in presenza della c.d. “pistola fumante”, occorre che sia provato quale mano impugnava l'arma, per quale motivo ha sparato e contro chi era diretto il colpo. A tal fine, è necessario che il pubblico ministero motivi le sue affermazioni e che altrettanto sia permesso alle parti private»; v. anche 763 e *amplius* 216-269); VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E. MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 43-44 («In realtà ogni ‘traccia’ è sostanzialmente ‘muta’ se non è il giudice a esprimere un significato facendo ‘reagire’ la stessa con gli altri dati disponibili alla luce di una determinata ipotesi esplicativa. [...] Nessun elemento probatorio contiene in sé una spiegazione esauriente del delitto. Questa è sempre il risultato di una valutazione approfondita di tutte le informazioni raccolte durante il processo e non si impone mai come l'unica soluzione ‘valida’ o ‘necessaria’, residuando sempre un margine più o meno esteso di incertezza»).

⁶⁷⁸ L'incidenza dei comportamenti delle parti sull'esito del giudizio è un'evenienza apprezzabile in ogni settore dell'ordinamento. Senza dubbio, assume maggior evidenza nelle ipotesi in cui siano in gioco diritti disponibili o semi-disponibili (es. in sede civile, amministrativa o tributaria), ove le parti possono praticamente arrivare addirittura a disporre della controversia giuridica e comunque della controversia le parti definiscono i margini (arg. ex art. 112 c.p.c.; v. il brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*). Cionondimeno, anche laddove si abbia a che fare con diritti indisponibili (v. la libertà personale, in materia penale), il modo in cui le parti si comportano ed esercitano i propri poteri – sebbene sussista, in via residuale, la possibilità per l'autorità giudicante di intervenire *ex officio* (v., ad es., artt. 190 e 507 c.p.p.; v. nt. 384) – impatta decisamente sulle sorti della decisione che sarà assunta dal giudice.

⁶⁷⁹ A proposito dell'attività argomentativa, che «è il pane quotidiano di tutti gli operatori del diritto, sia pratici sia teorici» (COMANDUCCI P., *L'analisi del ragionamento giuridico*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 496), ORLANDI R., *L'attività*

Se prendiamo in considerazione la decisione giudiziale, è evidente che questa «nasce dal confronto e dal conflitto di posizioni diverse, di parte, che nel discorso pubblico accampano pretese di validità obiettiva, ma hanno un fine strategico, orientato (con piena legittimità) a un risultato pratico che corrisponda al meglio (nella situazione data) all'interesse [parteggiato]»⁶⁸⁰.

Se poi caliamo lo sguardo sul giudice penale in sede dibattimentale, si può osservare che egli, essendo fisiologicamente all'oscuro di numerosi atti di indagine, applica la legge ricavando «la materia del proprio convincimento soprattutto dalle argomentazioni delle parti. A queste ultime la legge [stessa] offre molte occasioni per impressionare la psiche del giudicante e, quindi per influire sul contenuto della decisione»⁶⁸¹. Le parti, con la propria attività retorico-argomentativa, hanno occasione – in contraddittorio⁶⁸² – di «sfoderar buone ragioni e farle gustare a chi deve profferir la

argomentativa delle parti nel dibattimento penale, cit., 29 scrive che «l'argomentazione si salda, fin quasi a confondersi, con l'attività di formazione della prova». Analogamente, in REHBOCK K., *Topik und Recht*, cit., 122 troviamo scritto che «die juristische Argumentation spielt in der Alltagsarbeit des Juristen eine entscheidende Rolle: jeder Schriftsatz, jeder Antrag, jedes Plädoyer dient der Überzeugung des Gerichts bzw. der Überzeugung der Parteien. Dabei kommt es in erster Linie nicht darauf an, die absolute Wahrheit zu finden – der Begriff der „absoluten Wahrheit“ ist in philosophischer Hinsicht ungeklärt – wichtig ist vielmehr „Überzeugungsarbeit“ zu leisten, d.h. entweder das Gericht von der Plausibilität des eigenen Rechts – oder Sachvortrags zu überzeugen oder umgekehrt die Parteien von der Richtigkeit des gefundenen Urteils zu überzeugen».

⁶⁸⁰ PULITANÒ D., *Populismi e penale*, cit., 134. Scrive FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions*, cit., 120 e 125-126 che «in a critical discussion the parties jointly see to it that the discussion rules are being observed and they jointly decide about the result of the evaluation and the outcome of the discussion. In a legal process, for reasons of impartiality, it is the task of the judge to see to it that the rules of procedure are observed. It is also the task of the judge to evaluate the argumentation and to give a decision about the final outcome. So, in a legal process the judge does what the parties to a critical discussion do jointly. [...] In the justification of his decision the judge responds to the argumentation put forward by the other parties or anticipates criticism which may be raised as to his own argumentation».

⁶⁸¹ ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 13. In termini (filosofico-)generali, si pensi alla difficoltà – impossibilità (?) – di «sottoporre una cosa al giudizio di un altro, senza influenzare il suo giudizio con il modo stesso di sottoporrgliela» (PASCAL B., *Pensieri* (1669), (trad. it.) F. DE POLI, Milano, 2010, 43 [pensiero 61]).

⁶⁸² Sulla centralità del principio del contraddittorio in materia processuale penale, v. *ex plurimis*: AMODIO E., *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, 3589 ss.; BACCARI G. M. – CONTI C., *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata degli atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 872 ss.; BONZANO C., *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1413 ss.; CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019, 52-54 e 140-149; CESARI C., «Giusto processo», *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 56 ss.; CHIAVARIO M., *Contraddittorio e “ius tacendi”: troppo coraggio e troppa prudenza nell'attuazione della riforma costituzionale “a rime (non sempre) obbligate”?*, in *Leg. pen.*, 2002, 139 ss.; CONTI C., *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, 627 ss. (in part., 629-630 e 633-634, nonché 637-641); CONTI C., *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova (I): Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 592 ss.; CONTI C., *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197 ss.; CORDERO F., *Procedura penale*, cit., 887-959; DANIELE M., *Primi contrasti sull'applicazione dell'art. 111 Cost. e sul principio del “giusto processo”*, in *Cass. pen.*, 2000, 2451 ss.; DI CHIARA G., *La “nuova” istruttoria dibattimentale: attuazione del “giusto processo”, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 291 ss.; DINACCI F. R., *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, *passim.*; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., *passim.*; FERRUA P., *La Corte costituzionale promuove la*

sentenza»⁶⁸³, perorando la propria causa tramite la valorizzazione sia di aspetti logico-razionali sia di aspetti per così dire emotivo-sensoriali emergenti e legati alla vicenda in esame. Il giudice, dal canto suo, nell'ideale stato di ignoranza rispetto agli avvenimenti pregressi al dibattimento e nella posizione di soggetto terzo e imparziale, «non può [comunque] essere considerato un'entità che trascende il procedimento probatorio, un osservatore passionato messo di fronte ai nudi fatti percepiti direttamente o grazie alla narrazione altrui. Tutt'altro: nel partecipare attivamente alla ricostruzione processuale dell'addebito descritto nell'imputazione e degli altri fatti rilevanti per la decisione, egli finisce inevitabilmente col distillare il giudizio di fatto attraverso l'alambicco della propria soggettività, condizionando così, anche senza rendersene conto, l'esito dell'accertamento»⁶⁸⁴.

“regola d'oro” del processo accusatorio, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 403 ss.; FERRUA P., *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, cfr. 35-59 e v. 87-116 (in part., 87-98); FILIPPI L., *A proposito di “giusto processo”: l'imputato diventa attore della cross examination?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1235 ss.; GARUTI G., *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, (a cura di) G. DEAN, Torino, 2007, 180 ss.; GALANTINI N., *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 1 ss.; GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Roma, 2001, 4 ss.; GREVI V., *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 844 ss.; LOZZI G., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 669 ss.; MAZZA O., *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Roma, 2014, 247 ss.; NAPPI A., *Il contraddittorio dimenticato*, in *Dir. giust.*, 2000, 26, 5 ss.; SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, (a cura di) G. DI CHIARA – V. PATANÈ – F. SIRACUSANO, Milano, 2018, 18 e 265-267, nonché 697-698; SIRACUSANO D., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1425 ss.; TONINI P., *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 360 ss.; TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1388 ss.; TONINI P., *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cass. pen.*, 2001, 688 ss.; TONINI P., *Manuale*, cit., 8-10 e 40-44; UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2096 ss.

⁶⁸³ MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 136, secondo cui «il forte di chi si dà alla giurisprudenza deve consistere nel ben sapere le leggi e nel suo buon uso del raziocinio. [...] Ma inoltre giova non poco al conseguimento della palma nelle liti il saper ben ordinare e proporre con chiarezza e con forza le ritrovate ragioni, di maniera che i giudici senza far fatica se le sentano penetrar nell'intendimento e le gustino» (218). Leggiamo in ARISTOTELE, *Rhetorica*, cit., 337-339 (1408a, 10-20) che «l'elocuzione sarà detta ‘in modo conveniente’, se sarà idonea a esprimere passioni e caratteri e se sarà proporzionata ai temi trattati. Vi è ‘proporzione’ se non si parli con sciatteria su cose importanti e in tono solenne su cose frivole, né si conferisca ornamento a parola ordinaria. [...] Anche l'elocuzione appropriata rende credibile il fatto: infatti l'anima è fuorviata come se l'oratore dicesse con sincerità che, in queste situazioni, le cose stanno effettivamente così, di conseguenza vi si crede anche se i fatti non fossero così come li racconta chi parla, e chi ascolta è sempre emotivamente coinvolto da chi è in grado di parlare con passione, anche se non dice nulla».

⁶⁸⁴ ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 8. L'Autore osserva inoltre che «un simile assunto trova riscontro in una varietà di riflessioni che hanno caratterizzato, in senso marcatamente antipositivistico, il dibattito filosofico della prima metà del XX° secolo: si va – per stare alle manifestazioni più note – dal pragmatismo (W. James, C. Morris) all'approccio fenomenologico (E. Husserl, M. Scheler, N. Hartmann), dall'esistenzialismo (K. Jaspers, M. Heidegger) all'ermeneutica (H. G. Gadamer), dalla teoria del consenso (J. Habermas) alla teoria dell'argomentazione (C. Perelman), dalla teoria degli atti linguistici (J. L. Austin, J. R. Searle) alla teoria dei sistemi (N. Luhmann). Comune a queste e ad altre correnti del pensiero contemporaneo è l'affermazione che la verità di un fatto è più il risultato di una attività di ‘costruzione’ del soggetto conoscente che il frutto di un'asettica *adaequatio rei ad intellectum*» (8, nt. 14). Scrive UBERTIS G., *Prova, verità e processo*, cit., 3 (ma v. 3-6) che «di un fatto non è mai compiuto un ‘accertamento’ immediato nella sua ‘datità’. Di esso, piuttosto, viene ottenuta

L'accertamento, "in fatto" e "in diritto", non risolvendosi in una meccanica meramente deduttiva, né potendo risolversi – in un sistema di stampo accusatorio, sia pur temperato⁶⁸⁵ – in un'avventura solipsistica dell'autorità giudiziaria (giacché sarebbe un illegittimo atto arbitrario), viene dunque a compiersi secondo un modello procedimentale partecipato⁶⁸⁶. Un modello procedimentale in cui l'interazione argomentativa e retorica – ma non solo – dei vari partecipanti si riverbera (A) tanto sul fronte della decisione giudiziale (B) quanto sul versante della legalità (legale).

una definitiva ricostruzione (ossia una enunciazione descrittiva) attraverso la verifica delle contrapposte tesi patrocinata dalle parti; per cui l'esito del processo scaturisce non "da una passiva recezione delle risultanze istruttorie da parte del giudice, ma da un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale influenzandone inevitabilmente il corso" (UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 93)». Breve, con Luigi Ferrajoli: «in ogni giudizio, insomma, è sempre presente una certa dose di pregiudizio» (FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 30: «L'impegno del giudice a non lasciarsi condizionare da finalità esterne alla ricerca del vero, l'onestà intellettuale che come in ogni attività di ricerca deve precludere l'interesse preventivo al raggiungimento di una determinata verità, l'atteggiamento 'terzo' e 'imparziale' rispetto agli interessi delle parti in conflitto e alle diverse ricostruzioni e interpretazioni da esse avanzate, l'indipendenza di giudizio e l'assenza di preconcetti nell'esame e nella valutazione critica delle prove nonché degli argomenti pertinenti alla qualificazione giuridica dei fatti da lui ritenuti provati. Tutti questi atteggiamenti sono certamente indispensabili per dar vita al modello di processo che Beccaria denominava "informativo" (e che qui ho chiamato "cognitivo"), in opposizione a quello che egli chiamava "offensivo", dove "il giudice diviene nemico del reo" e "cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quell'infallibilità che l'uomo si arroga in tutte le cose". Ma essi non bastano a escludere interamente la soggettività del giudizio. Al di là delle disoneste e partigiane alterazioni del vero, sono infatti possibili e in qualche misura inevitabili le deformazioni involontarie, dovute al fatto che ogni ricostruzione giudiziaria minimamente complessa degli avvenimenti passati equivale comunque a una loro *interpretazione*, cui il giudice perviene muovendo da ipotesi di lavoro che, per quanto precisate o modificate nel corso delle indagini, lo portano a valorizzare alcune prove e a trascurarne altre e gli impediscono talvolta non solo di capire ma perfino di vedere i dati disponibili ma con esse contrastanti. In ogni giudizio, insomma, è sempre presente una certa dose di pregiudizio»).

⁶⁸⁵ A tal proposito, per quanto adesso d'interesse, occorre tener conto che – come scrive ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 23-25 – «tale organo [*i.e.* il giudice] può intervenire nei momenti cruciali dell'argomentazione: in particolare, quando le parti formulano le loro richieste di prova; mentre l'imputato rende dichiarazioni spontanee; quando si tratta di autorizzare l'esame incrociato del teste minorenni o incapace e quando le parti formulano domande o contestazioni nell'esame testimoniale; infine, durante la discussione conclusiva. Nell'espletare simili funzioni, il giudice finisce necessariamente col condizionare l'attività argomentativa e i relativi esiti. Mai, in simili contesti, il suo ruolo si limita a quella direzione meramente formale del dibattimento cui allude, in via generale, l'art. 470 c.p.p. e che si esprime, ad esempio, nei provvedimenti adottati per la disciplina dell'udienza. Si intuisce che c'è qualcosa di più e di diverso nel potere di impedire eccessi di argomentazione durante l'esposizione introduttiva, nel non ammettere contestazioni e domande in sede di esame testimoniale, ovvero nel provvedimento che espone il teste minorenni all'esame incrociato. Quel che residua, rispetto al potere di direzione formale, è – precisamente – il potere di influire sull'andamento dell'attività argomentativa e, quindi, di contribuire all'esito del giudizio. Il giudice interagisce con le attività di parte segnalando limiti o impedendo eventuali eccessi e, così facendo, enuncia la norma del caso concreto: il suo intervento è, al contempo, attuazione della norma legale e regola di comportamento per la parte».

⁶⁸⁶ Invero, «nel processo penale moderno – e, in particolare, nel nostro ordinamento, alla luce dell'art. 24, co. 2 Cost. – l'attività di giustizia non si svolge unilateralmente lungo l'*iter* che sfocia nella pronuncia irrevocabile, ma tende a far propria la sostanza dialettica del contraddittorio, e quindi ad arricchirsi, e comunque a integrarsi, sul ritmo di una necessaria bilateralità» (PISANI M., *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988, 23-24): bilateralità nell'ambito della quale, per i partecipanti che vi prendono parte, vale l'affermazione di TOULMIN S. E., *The Uses of Argument*, cit., 11, secondo cui «a man who makes an assertion puts forward a claim – a claim on our attention and to our belief».

(A) In merito al momento decisorio (e altresì giustificativo del provvedimento che si emana), si può agevolmente constatare che «le argomentazioni delle parti aspirano a farsi motivazione (*in facto* e *in iure*): le conclusioni (o richieste) preconizzano il dispositivo»⁶⁸⁷. Nel testo della sentenza dibattimentale (art. 546 c.p.p.; ma pure dell'ordinanza cautelare: art. 292 c.p.p.), che assume non a caso “carattere binario”⁶⁸⁸, l'esposizione delle ragioni e delle contro-ragioni sulla scorta delle quali

⁶⁸⁷ ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 51. Sul punto, v./cfr.: ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 221 («L'uso dei discorsi persuasivi è mirato a un giudizio» [1391b, 5]); CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, 14 («Le premesse vanno formate dai giudicanti nel corso e all'esito del processo, sulla base delle argomentazioni prodotte dalle parti e delle ulteriori considerazioni che siano legittime e pertinenti. Occorrono ragioni per stabilire la verità o correttezza delle premesse. Il che comporta l'elaborazione di altri argomenti oltre al sillogismo prescritto da Beccaria. In sintesi: oltre al nesso fra premesse e conclusione del sillogismo, occorrono ragioni per assumerne le premesse»); DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *La Scuola positiva*, 1965, 43 («Il giudice non accerta un fatto qualsiasi, ma un fatto controverso: il che postula una tecnica del ragionamento c.d. “argomentativo” diversa dalla tecnica del ragionamento c.d. “dimostrativo”»); GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati*, Roma, 1968, 60; GUERNELLI M., *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 507 («Poiché la decisione del giudice è in gran parte il risultato dell'attività delle parti del processo, la stessa rifletterà il materiale e gli argomenti degli atti dei difensori, la cui attività consiste fra l'altro in una proposta al giudice di interpretazione nel singolo caso (e del singolo caso)»); MENNA M., *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1545 ss. (ove si evidenzia «l'incidenza del contraddittorio sulla formazione degli argomenti da adottare in sede di decisione e, poi, di elaborazione della sua giustificazione» [1549; v., in part., 1552-1554]; es.: «Se non si vuole mortificare la funzione conoscitiva della contrapposizione delle prospettive di lettura dei fatti bisogna estendere tale confronto dall'ambito della ricerca degli elementi di prova al piano del ragionamento del giudice. Se a tutti gli elementi raccolti in contraddittorio, cioè, corrispondono risultati argomentativi o di prova, in sede decisoria il giudice non può non utilizzare i primi per stabilire un confronto di argomenti attraverso cui dotare di resistenza critica le valutazioni probatorie poste a base della decisione» [1547]).

⁶⁸⁸ Sul carattere binario (o dialogico) della motivazione nell'attuale sistema processuale penale, *ex multis*: CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 92 (la quale parla di «modello normativo di stampo dialettico tracciato dagli artt. 192 e 546 c.p.p.»); DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, 95 e 99; DIDI A., *Art. 546 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di) GIARDA A. – SPANGHER G., Milano, 2017, 2753; IACOVIELLO F. M., *Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 356; IACOVIELLO F. M., *Il controllo della Cassazione sulle prove: prove invalide, prove travisate, prove ignorate*, in *Cass. pen.*, 1994, 1247; IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 780-781 («La struttura della motivazione assume un “carattere binario”, nel senso che essa deve dar conto del conflitto dialettico delle parti processuali, conflitto sulle prove e conflitto sulle ipotesi. Questo non significa che il giudice deve passare analiticamente in rassegna le argomentazioni *ex adverso*. Egli però deve saggiare la fondatezza delle contro-ipotesi e deve prendere in considerazione le prove contrarie a quelle da lui ritenute decisive ai fini del decidere. Una motivazione che prendesse in considerazione solo le prove e non anche le controprove, solo l'ipotesi e non anche le contro-ipotesi, certamente potrebbe costruire un discorso coerente e pertanto non sarebbe affetta da illogicità manifesta. Ma perderebbe quella struttura binaria, legalmente imposta: più che manchevole, sarebbe mancante»); MAFFEO V., *La motivazione della sentenza. Art. 1, co. 52 L. n. 103 del 2017*, in *Arch. pen.*, 22 maggio 2018, 19 (la quale sottolinea, peraltro, che «la riforma [Orlando ha] accentua[to] il carattere dialogico della sentenza»); MORSELLI C., *La sentenza penale*, Torino, 2003, 64 e 66 (il quale ricollega lo schema binario a «quel formidabile metodo abelardiano del *Sic et non*»); NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C. IASEVOLI, Napoli, 2018, 364; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale. Obblighi di motivazione fra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006, 115 («La novità introdotta dall'art. 546 c.p.p. sta proprio nel fatto che il giudice non può limitarsi a scegliere un'ipotesi ricostruttiva del fatto e a enunciare le prove che lo confermano, ma deve indicare anche i motivi che lo hanno portato a escludere le ipotesi

il giudice ha deciso rispecchia la dinamica dell'attività retorico-argomentativa delle parti⁶⁸⁹. In questa prospettiva, fermo restando che «la giustificazione non è riducibile alla persuasione»⁶⁹⁰, quanto più sarà preciso e puntuale il modulo motivazionale redatto tanto più il giudicante avrà dato prova della propria imparzialità decisionale⁶⁹¹.

(B) In rapporto all'incidenza sul principio di legalità (legale), può osservarsi che l'attività processuale (argomentativa e retorica) delle parti, più o meno partecipata anche dall'autorità giudiziale, influisce sulla esclusività e centralità della legge, nella misura in cui concorre a far sì che, in concreto, la legge applicata non sia solamente legge. I comportamenti processuali e, soprattutto, l'argomentazione giuridica – ancorché nei ranghi delle sue «condizioni limitative»⁶⁹² –

antagoniste e a ritenere inattendibili le prove contrarie: con il che la struttura della motivazione viene ad assumere un carattere binario, dovendo dar conto del confronto dialettico fra le parti») e 124; SANTORIELLO C., *Motivazione (controlli sulla)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2008, 719-721 e 726; TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 157 («La struttura della motivazione assume un *carattere dialogico* (alcuni dicono 'binario') nel senso che essa deve dar conto del conflitto sulle prove e di quello sulle ipotesi. Una motivazione che prendesse in considerazione solo le prove a favore e non anche le prove contrarie (oppure soltanto l'ipotesi e non le contro-ipotesi) certamente potrebbe costituire un ragionamento coerente, ma perderebbe quella struttura dialogica che è legalmente imposta e che costituisce uno specchio fedele delle risultanze processuali»); TONINI P., *Manuale*, cit., 764-765; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione dibattimentale di primo grado*, Milano, 2019, 133.

⁶⁸⁹ Facciamo il caso della deposizione testimoniale. Quante sfaccettature diverse possono assumere, a seconda del punto di vista interpretativo-argomentativo adottato, le dichiarazioni – sia pure messe nero su bianco, cioè verbalizzate – di un medesimo testimone? Rifacendoci a Martin Kriele (v. KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, 67), possiamo rilevare come le parti, basandosi sullo stesso testo – nel nostro caso: il verbale contenente la deposizione del teste – sostengano il proprio singolare punto di vista. Il testo preso in esame (sul quale le parti esercitano la propria attività interpretativo-argomentativa) ovviamente non risponde alla domanda su chi abbia ragione: a tale domanda risponde – in ultima istanza – il giudice, basandosi su quanto emergente dalla argomentata dialettica processuale.

⁶⁹⁰ SCARPELLI U., *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Riv. fil.*, 1985, 23. L'Autore osserva in particolare che «l'argomento, nella retorica quale dottrina delle tecniche per un discorso persuasivo, vale solo in quanto efficace, mentre nel concetto di ragione è presente un elemento che trascende l'efficacia. Ce ne fa avvertiti la nostra competenza linguistica. Possiamo ben affermare che taluno, a giustificazione di un'azione, ha portato eccellenti ragioni, anche se – con l'uditorio rozzo che si trovava davanti – le sue ragioni non sono riuscite per nulla persuasive. Perelman aggira la difficoltà facendo ricorso alla nozione di uditorio universale. Ragioni sono gli argomenti che si rivolgono all'uditorio universale, efficaci per gli esseri ragionanti che, in quanto tali, costituiscono appunto l'uditorio universale. [...] La giustificazione, insomma, non è riducibile alla persuasione: chiunque voglia giustificatamente sostenere che il giustificare va ridotto al persuadere, si trova costretto ad auto-smentirsi proponendo (se ci riesce) una meta-giustificazione trascendente l'efficacia persuasiva, con ragioni valide indipendentemente dall'efficacia persuasiva» (25 e 28). Sulla volubilità dell'uditorio, scrive COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a MACCORMICK N., *La congruenza nella giustificazione giuridica*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 267 che «le stesse ragioni, nello stesso momento, possono essere più persuasive in un uditorio e meno in un altro, o addirittura non esserlo per niente in un altro ancora».

⁶⁹¹ V., in termini generali, PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., 65. A proposito della precisione e della puntualità del modulo motivazionale, nella prospettiva dell'obbligo motivativo rinforzato (di cui parleremo *infra*: cap. III), un affinamento del ragionamento giustificativo in tal senso lo si ottiene tramite la definizione, per alcune fattispecie, di un percorso logico-argomentativo a tappe obbligate, il cui attraversamento è indispensabile affinché non si bypassi la trattazione di problematiche salienti nell'ambito di quel determinato tipo di accertamento.

⁶⁹² CONTE G., *Il linguaggio della difesa civile*, cit., 54 (rifacendosi alla *Teoria dell'argomentazione* di Robert Alexy: ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1998, 170 ss.) afferma che, in ambito giuridico, sono «condizioni limitative dell'argomentazione» le seguenti circostanze, ovverosia che l'attività argomentativa: i) debba svolgersi con riguardo a

influenzano il modo in cui viene attualizzata la disposizione legislativa e addirittura ne plasmano il contenuto, in certi casi manipolandola in modo tale da poter estrapolare dalla medesima ‘tutto’⁶⁹³ e – come si suol dire – ‘il contrario di tutto’⁶⁹⁴. Pertanto, facendo o potendo far dire alla legge – nei limiti del possibile e del ragionevole, s’intende – ‘quel che si vuole’, quest’ultima arretra nella sua rilevanza e autorevolezza, perché, oltre alla sua correttezza applicativa, si è consapevoli che la decisione si gioca tanto (troppo?) sulla capacità di porre – meglio: indurre – il giudice «in una certa disposizione d’animo»⁶⁹⁵, affinché decida orientato – *recte*: “magnetizzato” – verso la direzione risolutiva abilmente prospettata dall’oratore.

disposizioni legislative, inscrivendosi nel perimetro e assumendo la forma di una interpretazione delle stesse (‘vincolo’ legale); ii) debba assoggettarsi al confronto e istituire un dialogo con i precedenti giurisprudenziali (‘vincolo’ giurisprudenziale); iii) debba attingere dalle costruzioni e dai concetti giuridici il substrato che fa da cornice teorica della riflessione, mostrando consapevolezza di quella che in passato veniva definita ‘dogmatica’ giuridica (‘vincolo’ dottrinale); iv) debba soggiacere ai limiti derivanti dal rispetto delle regole processuali (‘vincolo’ procedurale).

⁶⁹³ Icastiche le “spietate” parole di Rudolf Wiethölter, secondo cui «nulla come il diritto è adatto a offrire, con formule vuote ma magiche, spesso perfino imponenti, con mere tautologie (in breve: con vuote *chiacchiere*), seducenti pseudo-motivazioni, che vanno dall’ingenuità di quella miseria che deriva dalla povertà spirituale fino alle gesta di un barone di Münchhausen, che tira se stesso per i capelli dalla palude. Una volta smascherati, tali pseudo-giudizi suonano così: questo o quello è vietato, perché è vietato; Tizio è indegno di fiducia, perché desta l’impressione di essere indegno di fiducia; il matrimonio è indissolubile, perché è indissolubile; il finanziamento dei partiti è inammissibile, perché è inammissibile. Ovviamente, nessuna sentenza si espone così nuda e cruda alle critiche» (WIETHÖLTER R., *Le formule magiche della scienza giuridica* (1968), (trad. it.) L. R. AMIRANTE, Bari-Roma, 1975, 13-14. Analogamente, KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, cit., 88). Scrive MARINELLI V., *I dadi del giudice Bridoye*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2002, 531 e nt. 10 che «l’esperienza mostra che su tutto si può argomentare e che ogni decisione, giusta o ingiusta che sia, è motivabile. È buon insegnamento, nel tirocinio degli uditori giudiziari, che un giudice preparato debba, sotto il profilo *puramente tecnico*, essere in grado di motivare sia la decisione che viene adottata sia la decisione opposta: *quidquid dixeris argumentabor*». Quest’influenza dell’argomentazione e della retorica sull’applicazione della legge non deve tuttavia essere letta esclusivamente in negativo; e ciò quantomeno per due ragioni: i) perché rientra nel fisiologico manifestarsi del procedimento; ii) perché, in un’ottica ‘felice’, come osserva Norberto Bobbio, «in quanto tende a giustificare e a guidare le scelte, il procedimento argomentativo è un antidoto alle tentazioni opposte del fanatismo e dello scetticismo, i quali, se pure con opposte ragioni, tendono a disconoscere il valore del ragionamento non vincolante, non accettando altra alternativa che tra la caparbia infatuazione in una verità assoluta che non ammette altre prove che quelle dimostrative e l’inerte e sfiduciata indifferenza là dove prove dimostrative non possono essere offerte. Tanto il fanatico quanto lo scettico sono vittime del miraggio della verità ultima, definitiva, non sottoponibile a revisione una volta assunta: la differenza tra l’uno e l’altro è che il primo è convinto di esserne in possesso, il secondo è convinto che questo possesso sia un’illusione. La teoria dell’argomentazione rifiuta le antitesi troppo nette: mostra che tra la verità assoluta e la non-verità c’è posto per le verità da sottoporsi a continua revisione mercé la tecnica dell’addurre ragioni pro e contro. Sa che quando gli uomini cessano di credere alle buone ragioni, comincia la violenza» (BOBBIO N., *Prefazione* (1966), in PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell’argomentazione*, cit., XIX. Similmente, NEUMANN U., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2010, 70 afferma che «l’alternativa all’argomentazione giuridica sarebbe la decisione priva di forza di giustificazione»).

⁶⁹⁴ Osserva LUHMANN N., *Il diritto della società* (1993), (a cura di) L. AVITABILE, Torino, 2012, 283 che «la decisione ha sempre a che fare con un’alternativa che consta minimo di due e spesso di più vie selezionabili». In termini generali, viene in mente Protagora, che – nelle *Antilogie* – dimostra la sostenibilità, attraverso la parola e la retorica, di due discorsi in contraddizione tra loro su di un medesimo argomento.

⁶⁹⁵ ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 151 (1377b, 20). Aristotele definisce la “retorica” «come la facoltà di contemplare cosa può essere persuasivo a proposito di qualsiasi argomento» (13) [1355b, 25], mentre riconosce nella “dialettica” «un metodo (*méthodos*) grazie al quale è possibile ragionare (*sylogízesthai*) su qualsiasi tema proposto» (*Topici*, 101a, 25-30). A tal proposito, annota CANNAVÒ F., *Aristotele e la retorica che convince*, in ARISTOTELE, *Retorica*, cit., XVI che

I.2. BIASES, UMANITÀ E RAGIONAMENTO GIUDIZIALE

L'influsso che i comportamenti processuali delle parti e la loro attività retorico-argomentativa, così come molti altri fattori che intervengono nella dinamica procedimentale, esercitano sul giudice – e, in particolare, sul momento decisionale – si correla al fatto che «l'*homo cogitans* che si appresta a decidere non è rinchiuso in un recinto impermeabile ai sentimenti»⁶⁹⁶.

In nessuna operazione decisoria umana esiste la razionalità pura, anzi: in realtà, «senza emozioni, non si decide»⁶⁹⁷. È perciò inevitabile che anche in ambito giuridico, per dirla con Piero Calamandrei, «l'ossigeno dell'irrazionale» entri all'«interno del diritto razionalizzato»⁶⁹⁸.

«entrambe [*i.e.* retorica e dialettica] sono metodi, in entrambe cioè si può agire con metodo, con arte, in una parola: entrambe le materie sono disciplinate dalla *technè*». Sulle ragioni e sull'efficacia di comunicarle, diverse – scrive ancora Cannavò, chiosando Aristotele – sono le “ragioni probatorie”, giacché «ve ne sono alcune che non possono essere trasformate da un'operazione dell'oratore [...] delle ‘persuasioni’ *átechnoi*, degli argomenti probatori, che si ottengono indipendentemente dal soggetto della *technè* oratoria, indipendentemente dalla possibilità che l'oratore ha di produrle. [...] Gli argomenti che invece sono interamente in mano all'oratore, che dipendono dal suo potere di intervento nel discorso, sono le *pisteis éntechnoi*: “persuasioni tecniche che è possibile procurarsi con il metodo e con il nostro operato” (*Retorica*, 1355b, 35)» (XVIII). Poeticamente, in questa prospettiva persuasoria, GOETHE J. W., *Faust*, parte II, atto II (Boschetto ombroso) scrive che «deve venire dal cuore ciò che vuole agire sul cuore» (cfr. altresì PLATONE, *Fedro*, 271d: «Il vero retore deve possedere, oltre alla conoscenza della materia trattata, anche la conoscenza dell'anima alla quale il discorso si rivolge, per trovare il tipo di argomento adatto a persuaderlo»). Significativo, sia detto *en passant*, è che a tal fine (*i.e.* persuadere il giudice) spesso le parti si informino – del tutto lecitamente, salvo casi eccezionali – sul giudice che si troveranno davanti nell'aula di giustizia (cfr. CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., 25-28 e 309; DE LUCA G. B., *Lo stile legale*, cit., 68-69 e 152 [il quale ricorda la necessità di adattare lo stile legale, non mancando di «distinguere secondo le diverse qualità de' giudici ovvero de' magistrati, avanti i quali si scrive. [...] Perché non basta avere le buone ragioni e i motivi, se non si capiscono e non si apprendono per tali dal giudice. [...] [Ed] anche in una stessa causa, e con giudici d'uno stesso tribunale, non si deve tenere uno stile uniforme, dovendo questo variare secondo la diversa qualità delle persone, le quali s'informino. [...] In somma, si devono somministrare i cibi a misura e a proporzione de' stomachi»]; DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 35 [«Chi ha pratica giudiziaria sa perfettamente che solo conoscendo la persona fisica del giudicante può tentare più facilmente di indovinare la decisione, che risente di numerose variabili, anche individuali, sia sulle questioni di fatto e sia anche su quelle di diritto»]). Parimenti significativo è che, nell'immaginario sociale e letterario, sia diffusa la tendenza a riconoscere l'importanza delle «relazioni personali dell'avvocato [ritenendosi che] in esse st[i]a il valore principale della difesa» (KAFKA F., *Il processo* (1925), (trad. it.) C. MORENA, Milano, 2017, 96).

⁶⁹⁶ AMODIO E., *Prefazione*, in FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 9. L'incidenza che la retorica e l'argomentazione possono avere sull'animo dell'uomo (e, quindi, anche sull'animo dell'uomo che decide) è evidente almeno fin dai tempi di Aristotele: v. ARISTOTELE, *Retorica*, cit., 383 (1415a, 35 – 1415b, 5).

⁶⁹⁷ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 51. Gli Autori – richiamando lo studio svolto da PANSKEPP J. – BIVEN L., *Archeologia della mente. Origini neuroevolutive delle emozioni umane* (2012), (a cura di) A. CLARICI – A. ALCARO, Milano, 2014 sul nucleo ancestrale della coscienza emozionale – rilevano in particolare che «l'attività mentale è, sin dalle sue origini, a partire dai suoi livelli più profondi, un'attività finalizzata e intrinsecamente affettiva. [...] Le emozioni indotte da uno stimolo producono una variazione dello stato corporeo in modo automatico, non necessariamente cosciente e non controllabile dalla volontà, quale strategia dell'organismo di interazione con l'ambiente circostante. Le emozioni, quindi, operano nei processi della memoria, dell'attenzione e dell'anticipazione degli scenari possibili: elementi, questi, tutti necessari e imprescindibili nella presa di decisione» (57).

⁶⁹⁸ CALAMANDREI P., *Processo e democrazia* (1954), in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 648. D'altronde, per dirla con Pascal, «il sentimento appartiene al giudizio» (PASCAL B., *Pensieri*, cit., 12 [pensiero 4]).

Il decisore non agisce alla maniera di una macchina calcolatrice, ma – *naturalmente* – come una persona: cioè, con influenze emozionali inevitabilmente dipendenti dalla situazione in cui si trova⁶⁹⁹ e dalla sua personalità⁷⁰⁰. In virtù della “duale natura” dell’uomo (contenente al suo interno gli opposti⁷⁰¹ e perennemente alla ricerca – caso per caso – di una loro sintesi equilibrata: razionalità/irrazionalità; ragione/passione; pensiero/azione; ecc.), come si legge nell’*Etica*

⁶⁹⁹ Scrive HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 69 che « il ne suffit pas, pour bien connaître et pour régler fructueusement une activité mentale, d’en analyser le jeu; il faut aussi la replacer dans son contexte et en explorer les arrière-plans ».

⁷⁰⁰ Nel decidere, assume un «ruolo insostituibile l’esperienza emotiva, la quale si rivela idonea a fornire un contributo fondamentale alla razionalità» (AMODIO E., *Prefazione*, cit., 9, ove si cita altresì il pensiero di LEDOUX J., *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni* (1998), (a cura di) S. COYAUD, Milano, 2003, 27, secondo cui «una mente senza emozioni non è per nulla una mente, è soltanto un’anima di ghiaccio: una creatura fredda, inerte, priva di desideri, di paure, di affanni, di dolori e di piaceri»). Analogamente: CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Padova, 1964, 52-53 («Il giudice è ben lontano dal possedere l’automatica tranquillità di una macchina calcolatrice. Talune sue decisioni sono facili, altre più difficili, altre così angosceose che egli lungamente combatterà con sé medesimo e non sarà mai sicuro di averle prese secondo giustizia e verità. Le sue angosce sono le angosce stesse della vita: quelle di chiunque deve capire, studiare, interpretare, decidere, e per far ciò adeguarsi il più possibile alle cose, vivere profondamente la sua esperienza, intendere quel che è e quel che deve essere, insomma lavorare e pensare»); CRUGNOLA C. R. – SCAPARRO F., *Decisione e giustificazione*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 258-263; IACOVIELLO F. M., *Postfazione*, in FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 220-221 («È illusorio pensare che la ragione possa – per così dire – depurarsi dalle emozioni. Non c’è ragione senza emozioni. Allora il mistero del giudizio è qui: governare le emozioni della ragione. [...] Chi decide è un uomo che giudica altri uomini. E – per fortuna – l’uomo non è solo ragione. Il giudizio è una cosa troppo seria per affidarlo alla sola ragione...»). In materia, trattando della “neutralità giudiziale” (e partendo dall’«idea che il giudice, persona terza rispetto al *thema decidendum* e imparziale rispetto all’epilogo del suo deliberare (in punto di colpevolezza o estraneità dell’accusato), si avvalga, prima nell’assunzione della prova e, poi, nella decisione in camera di consiglio (con maggior o minor gradiente di necessità e/o di consapevolezza), di una sequenza di percezioni soggettive e di criteri valutativi, rispetto al fatto e alle persone (compiacimento, fastidio, angoscia, ira, irritazione, attrazione, condivisione, partecipazione, simpatia, repulsione, noia, stanchezza ecc.), che trovano fondamento nella sua singolare e specifica storia di vita e intelligenza emotiva e che, spesso, possono anche essere esteriormente percepibili dalle parti e dagli spettatori del processo» [365]), LANZA L., *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011, 376 – a fronte dell’«esperienza accumulata per quarant’anni come giudice dibattimentale di I° e II° grado» (366) – osserva sinteticamente che, «in ogni caso, si può prospettare che l’emozione del giudice, direttamente percepita, o *aliunde* desunta, sia il crinale forte che differenzia una giustizia umana rispetto a una gestione asettica della vicenda processuale, fondata su obsolete gerarchie di “prove tariffate”, che non ammetterebbe dubbi o incertezze. [In tal senso,] da ultimo occorre riflettere con A. Turchi che “sarà quegli un buon giudice, colui che unirà ai lumi profondi un’integrità superiore a ogni sospetto. Incapace di convertire le più chiare questioni in problemi oscuri e difficili, d’alterare la semplicità delle leggi con sottili interpretazioni, di crederci abile a misura che trovasi ingegnoso e fecondo, nell’inventare temperamenti che snervano la forza e il vigor delle leggi. Di questa integrità il più stabile fondamento è il puro disinteresse, non quello soltanto che ricusa i regali e per sé e per gli altri, ma quello ancora che dispregia l’ambizione, il favore, la gloria umana, il desiderio finanche di essere applaudito e lodato nella propria integrità”». Più che di “disinteresse”, a nostro parere, si tratta di “atarassia” applicata al campo giuridico).

⁷⁰¹ V. nt. 311. Cfr., con gli opportuni adattamenti, HEGEL G. W. F., *Scienza della logica* (1812/1816-1831), (trad. it.) G. CASTEGNARO – P. GIUSPOLI – F. ORSINI, I – *Logica oggettiva*, II – *Dottrina dell’essenza*, Padova, 2018, 7-11 e 41-88, nonché (relativamente al rapporto di ‘compatibilità’/superamento tra principio di identità e principio di non contraddizione, v.) 44-49.

Nicomachea, può dirsi che «la scelta è intelletto che desidera o desiderio che ragiona»⁷⁰². È altresì attraverso il *sentire* – che lo aiuta peraltro a *capire* – che l'essere umano comprende, decide e si muove nel mondo⁷⁰³.

E ciò vale altresì per il mondo del diritto. Per quanto qui d'interesse, infatti, la decisione giudiziale «si muove su un terreno personologico ed emozionale»⁷⁰⁴, che «è il frutto non solo di una valutazione di prove legittimamente assunte ma anche dell'elaborazione di concetti, pregiudizi, spinte emotive, psicologiche, ideologiche e suggestioni dettati dalla gravità e importanza del caso»⁷⁰⁵. L'assommarsi di tutte queste circostanze non può che riversarsi sulla concretizzazione della legge da parte del giudice, suggestionandone l'applicazione. La rigorosa, diretta o immediata e meccanica attuazione della previsione legislativa viene smorzata da quella che possiamo definire una sorta di “intromissione emotiva” del (*recte*: operante nel) giudicante. Di risulta, ne esce

⁷⁰² ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 231 (1139b), il quale in altra parte dell'opera osserva che «poiché l'oggetto della scelta è una cosa che dipende da noi, desiderata in base a una deliberazione, anche la scelta sarà un desiderio deliberato di cose che dipendono da noi: infatti, quando, in base a una deliberazione, arriviamo a un giudizio, proviamo un desiderio conforme alla deliberazione» (123 [1113a, 5-10]).

⁷⁰³ Suggestivamente, COSTANZO A., *Bi-logica e giudizio*, in AA. VV., *L'operazione decisoria da emanazione divina a prova scientifica. Passando per Rabelais*, (a cura di) L. DE CATALDO NEUBERGER, Padova, 2014, 267 ricorda che «l'inconscio non può essere analizzato se non con il pensiero raziocinante, il quale, però, a sua volta, ha radici in quell'area del 'pensare-non pensato' dalla quale nasce il processo di simbolizzazione che consente il pensiero astratto».

⁷⁰⁴ LANZA L., *Emozioni e libero convincimento*, cit., 370.

⁷⁰⁵ DACQUI G., *La sentenza e le variabili indipendenti*, in AA. VV., *L'operazione decisoria*, cit., 41. Leggiamo in CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., 237 che «in realtà è difficile che il giudice, nell'interpretare la legge (che vuol dire ripensarla e farla rivivere da sé), riesca a distaccarsi da sé, fino al punto di non far entrare nel suo giudizio, anche senza accorgersene, le proprie opinioni politiche, la sua fede religiosa, la sua condizione economica, il suo ceto sociale, le sue tradizioni regionali o familiari, e magari i suoi pregiudizi e le sue fobie». Parla di «patrimonio di essenziale emotività di cui il giudice penale è portatore, come persona, in tutti i processi cognitivi e valutativi che attraversano il suo convincimento, al di là di ogni ragionevole dubbio» LANZA L., *Emozioni e libero convincimento*, cit., 373. Riguardo a tale patrimonio di essenziale emotività, causticamente CORDERO F., *Procedura penale*, cit., 579 ritiene che, «tutto sommato, giova alla quiete sociale che l'interno psichico delle sentenze sia così poco trasparente». Cfr. MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 32 e 34-35: «[Il vizio] vien dalle teste, cioè dagli intendimenti dei giudici. Non si può dire a quante debolezze, a quanti capricci, a quanta varietà sieno sottoposti gli uomini. Chi in una, chi in un'altra maniera la stessa cosa intende. Noi miriamo tutto di sentenziato nella medesima causa *pro e contra* da diversi tribunali, parendo deboli agli uni quelle ragioni che paiono sì forti agli altri. [...] Il che proviene da quella prima cagione, che abbiamo indicato di sopra, cioè dall'aver noi bensì delle idee generali del giusto e dell'ingiusto, ma per adattar queste ai casi particolari ci troviamo imbrogliati, perché non sappiamo quale di questa, o di quella idea, regola e assioma s'abbia qui più tosto da valere che di un'altra. E poi perché sovente si tratta di volontà e intenzione altri, a interpretare la quale non abbiam regola alcuna sicura, e tutto dipende dalla prudenza, e per lo più dall'opinione, che è varia secondo la varietà dei cervelli. [...] Oltre di che gl'intelletti umani son diversi troppo fra loro o per la forza e debolezza d'essi, o per la maggiore o minore scienza, o per varii influssi della volontà e delle passioni che inclinano ad approvare o disapprovare or questo, or quello, e a preferire un sentimento all'altro. “*Quot capitum vivunt, totidem studiorum millia*” diceva Orazio (ORAZIO, *Satire*, 2, 1, 27-28: “Quante persone esistono, ciascuna ha le sue inclinazioni”): perciò noi miriamo la stessa causa agitata in un tribunale composto di più persone sopra la quale così facilmente si trovano divisi i pareri dei giudici, anche nel supposto che cadauno abbia soddisfatto al suo dovere come ben ventilarla e studiarla. E quand'anche concorrano unanimi i voti d'essi giudici a sentenziare più in una, che in altra maniera, eccoti passare ad altra unione di giudici la causa medesima, e trovarsi anch'ivi dei dispareri, e talvolta uscirne una sentenza contraria alla prima; e così di mano in mano: tanto è vero che o per la diversità degl'intelletti, o per l'astruso ripostiglio del giusto e dell'ingiusto, il mondo è sottoposto a tanta incertezza e varietà di giudizi».

indebolito il principio di legalità (legale), compromesso nella sua algida e obiettiva rigidità e sicuramente ridimensionato – una volta di più – nella sua esclusività e centralità ai fini del giudizio.

Dagli studi svolti in materia, quello che emerge è che quando si tratta di prendere posizione relativamente a una questione, nell'atto decisionale convergono profili oggettivi e profili soggettivi, elementi controllati (e/o controllabili) ed elementi incontrollati (e/o incontrollabili)⁷⁰⁶.

Soprattutto nel periodo recente, si è molto approfondito la figura del giudice c.d. “emotivo”.

Gli scritti che si sono succeduti e tuttora si susseguono sulla psicologia giudiziaria rivelano che, come in qualsiasi altro ambito, l'emotività è un fattore positivo che consente la comunicabilità tra la sfera intellettuale e la sfera affettiva di chi decide: sicché, invece di rappresentare il dominio totale dell'irrazionale, la «cifra affettiva ha una funzione guida della cognizione»⁷⁰⁷ (v. razionalismo emotivo).

Al contempo, tuttavia, i risultati ottenuti dagli studiosi documentano anche le fatali «deviazioni sistematiche e prevedibili del pensiero umano dalle regole della teoria del ragionamento corretto (in particolare la logica e la teoria della probabilità)»⁷⁰⁸, causate dall'emotività. In buona sostanza, si attesta che «“anche i giudici sono umani” [e che] si affidano più o meno consciamente a euristiche e scorciatoie di ragionamento che possono portarli a trarre conclusioni sbagliate o a prendere decisioni irrazionali»⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ In questa prospettiva, come sottolinea TONINI P., *Le fallacie del giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1129, «le neuroscienze hanno chiarito che il modo comune di ragionare risente di meccanismi istintuali».

⁷⁰⁷ AMODIO E., *Prefazione*, cit., 13.

⁷⁰⁸ CEVOLANI G. – CRUPI V., *Come ragionano i giudici: razionalità, euristica e illusioni cognitive*, in www.discrimen.it, 22 ottobre 2018, 3, i quali affermano ancora che «le implicazioni di questi risultati per il ragionamento giudiziario e in generale giuridico sono piuttosto chiare. Giudici, giurati e investigatori devono quotidianamente valutare le probabilità relative di diversi eventi sulla base di indizi, testimonianze, referti e informazioni ambigue, in condizioni di alta incertezza e di scarsità di tempo e risorse (anche cognitive). Queste sono le condizioni ideali che favoriscono uno stile di pensiero “veloce”, intuitivo e basato su euristiche, a scapito del pensiero “lento” e deliberativo. Inoltre, gli esperimenti suggeriscono che gli esseri umani faticano a ragionare correttamente su eventi incerti e ad applicare le regole della probabilità anche in condizioni apparentemente più favorevoli, per esempio nell'ambiente “asettico” di un laboratorio e senza pressioni emozionali o temporali. D'altra parte, i giudici sono senz'altro ragionatori esperti, attenti a evitare trappole e conclusioni affrettate ed esplicitamente istruiti a considerare attentamente i diversi aspetti di ogni problema decisionale» (18).

⁷⁰⁹ CEVOLANI G. – CRUPI V., *Come ragionano i giudici*, cit., 8. Sul tema, *ex multis*: ALTAVILLA E., *Psicologia giudiziaria. Il processo psicologico e la verità giudiziale*, Torino, IV, 1955 (sui profili fisiologici di influenza psicologica, v. 4-144; sui profili patologici di influenza psicologica, v. 145-249); BONA C., *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, 2010; FORZA A., *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2010; VAN EEMEREN F. H. – GROOTENDORST R., *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, 2004, 158-196; FORZA A., *Razionalità e decisione nel giudicante*, in *Criminalia*, 2011, 353 ss.; GIGENZERER G., *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo* (2007), (trad. it.) G. RIGAMONTI, Milano, 2009. In una prospettiva per così dire (un poco più) tranquillizzante, può comunque osservarsi che dagli studi svolti in materia emerge che, generalmente, i giudici compiono ragionamenti e assumono decisioni con un grado di ragionevolezza maggiore a quello della media delle persone c.d. “comuni” (in tal senso, ancora CEVOLANI G. – CRUPI V., *Come ragionano i giudici*, cit., 23, ove si richiamano – a sostegno – i seguenti contributi: RACHLINSKI J. J. – WISTRICH A. J., *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*, in *Annual Review of Law and*

In ogni caso, ammessi gli equivoci e le inesattezze cui possono condurre, bisogna riconoscere che «le emozioni svolgono un ruolo fondamentale [e insostituibile] in tutti i processi decisionali»⁷¹⁰. Posto allora che si tratta di variabili non eliminabili perché connaturate all'individuo e visto che, in fin dei conti, sono ciò che rendono effettivamente umano il giudizio dell'uomo sull'uomo, occorre «non aver paura delle emozioni; e l'unico modo per non averne paura è capirle e gestirle: dominare le emozioni, non farsi dominare»⁷¹¹.

Senza comunque incorrere nell'«irrealistica sopravvalutazione della ragione nei confronti delle motivazioni [*recte*: dei motivi] emozionali dell'animo umano»⁷¹², avere contezza degli stati emotivi e delle sensazioni affettive, che influiscono – più o meno incisivamente – sull'itinerario conoscitivo e decisionale di chi giudica, significa poter modulare (*ex ante*) e poter meglio controllare (*ex post*) le operazioni che si compiono 'condizionati' da tali stati e sensazioni⁷¹³.

Con riferimento all'obbligo di *reddere rationem*, nonostante «l'impossibilità di concepire la motivazione come una specie di *reportage* dei meccanismi psichici del giudice in rapporto alla

Social Science, 2017, 13 (1), 203 ss.; RACHLINSKI J. J. – WISTRICH A. J. – GUTHRIE C., *Predictably Incoherent Justice*, in *SSRN Electronic Journal*, 2012, 7).

⁷¹⁰ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 19.

⁷¹¹ IACOVIELLO F. M., *Postfazione*, cit., 219. Relativamente ai *biases*, evidenziano l'importanza del *debiasing*, «cioè l'analisi e la progettazione di procedure e tecniche in grado di contrastare l'influenza delle illusioni cognitive e ridurre l'impatto negativo, sia in generale sia relativamente a situazioni e compiti specifici», CEVOLANI G. – CRUPI V., *Come ragionano i giudici*, cit., 23. Puntano sull'aspetto formativo degli operatori giuridici, in specie dei giudici, nonché sull'opportunità di introdurre test psicologici e attitudinali (68), FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., *passim*. (in part., 17-18: «Come il giocatore di scacchi professionista, rispetto al dilettante, è in grado di organizzare le informazioni in maniera strategicamente più efficiente, così il giudice, rispetto alle persone non esperte, è in grado di esprimere attraverso la professionalità acquisita una più affidabile capacità di analisi dei dati. Ma tutto ciò non è sufficiente per superare i condizionamenti ai quali è comunque sottoposta la mente umana. Nei piani formativi dei magistrati e, prima ancora nei loro sistemi di reclutamento mancano le più elementari nozioni condivise dalla *scienza cognitiva*: si tratta di conoscenze che consentirebbero di acquisire un adeguato grado di consapevolezza sul funzionamento della mente umana e, in particolare, sui processi cognitivi, meccanismi emotivi che concorrono nella decisione, meccanismi attentivi di acquisizione dei dati mnestici, immagazzinamento nella memoria ed elicitazione nel momento del ricordo. E quando si parla di scienza cognitiva si deve intendere quell'insieme di discipline che hanno per oggetto la *cognizione* in un sistema pensante e che, fin dal loro nascere, si sono costituite attraverso una multidisciplinarietà»). Analogamente, fa appello a una «“preparazione antropologica” dei giudicanti così come degli altri operatori della giustizia» (in un'ottica *lato sensu* culturale, comprensiva anche del fenomeno emotivo [es., relativamente ai reati culturalmente orientati: v. 139] PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Soc. dir.*, 2016, 135. Rimarca «l'importanza di un progetto virtuoso di ricostruzione dei modelli di informazione e formazione del giudice, che lo rendano effettivamente consapevole delle fallacie che possono indurre all'errore valutativo e, talora, all'arbitrio decisionale» CANZIO G., *Alle radici dell'errore giudiziario: “Heuristics and Biases”*, in AA. VV., *L'errore giudiziario*, (a cura di) L. LUPÀRIA, Milano, 2021, 89(-91).

⁷¹² GADAMER H. G., *Poscritto*, in GADAMER H. G., *Verità e metodo. Trattati fondamentali di una ermeneutica filosofica* (1960), (trad. it. – ed. 1986) G. VATTIMO, Milano, 2019, 1029.

⁷¹³ Com'è stato osservato, il giudizio deve caratterizzarsi per la sua «essenza prevalentemente 'conoscitiva' e non emotiva o meramente volontaristica»; e «con ciò non si intende affatto obliterare dalla giurisdizione quella componente di potere e di a-razionalità a cui essa è indissolubilmente legata, ma soltanto precisare che questi fattori – fisiologici, ma inquinanti – devono essere il più possibile marginalizzati» (VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, cit., 37-38).

decisione»⁷¹⁴, se si conoscono (almeno alcuni de)gli errori del ragionamento nei quali si può emotivamente incorrere è possibile prevenirne (a monte) o curarne (a valle) forme di manifestazione patologica⁷¹⁵.

⁷¹⁴ TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 121, secondo cui tale impossibilità è dovuta alle due seguenti ragioni: «sia perché [i meccanismi psichici] non sono comunque esauribili nei limiti della motivazione sia per l'incidenza di atteggiamenti e condizionamenti inconsci». In ogni caso, continua Taruffo, «va d'altronde rilevato che, quand'anche non sussistesse l'accennata impossibilità, si potrebbe pur sempre negare l'opportunità di una motivazione costruita come resoconto psicologico: essa fornirebbe infatti una spiegazione (nel senso in cui il termine è usato nelle scienze della natura) della decisione, ma non una giustificazione in senso giuridico: ciò porterebbe a una migliore conoscenza del giudice come individuo, ma farebbe venir meno ogni possibilità di controllo razionale, giuridico e politico sulla fondatezza e sulla validità della decisione» (121-122). Sul punto, v. NEUMANN U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, 6 e NEUMANN U., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 52-53 («Occorre operare una netta distinzione tra i moventi dell'azione, da un lato, e le motivazioni addotte per queste ultime, dall'altro lato. Con riguardo alla motivazione della decisione giudiziale, la quale si trova al centro della teoria dell'argomentazione giuridica, ciò significa: gli argomenti che sostengono la sentenza non possono essere (fra)intesi come formulazioni dei moventi giudiziali della decisione. "Movente" è una categoria psicologica, "argomento" una categoria epistemologica»).

⁷¹⁵ Invero, trattando della "dottrina degli idoli (o idòla)", lo stesso BACONE F., *Nuovo Organo* (1629), (a cura di) M. MARCHETTO, Milano, 1998, 93, afferma che «ricavare le nozioni e gli assiomi attraverso l'induzione vera è certamente un rimedio adatto a tener lontani e a respingere gli idoli; è tuttavia di grande utilità anche l'individuazione degli idoli». *Mutatis mutandis*, con riferimento alla tematica *de qua*: CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 145-147 («L'identificazione delle fallacie – e l'attribuzione a esse di provocatorie etichette – contiene le premesse per il loro superamento» [145]); CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 836-842; COSTANZO A., *Bi-logica e giudizio*, cit., 260 e 275 («Gli stati emotivi possono distorcere il processo decisionale. Lo stato d'animo prevalente di un soggetto può focalizzare l'attenzione su aspetti congruenti con quello stato emotivo e orientare il recupero in memoria di conoscenze connesse a quello stato, rendendo maggiormente disponibili per formulare i giudizi alcune informazioni e non altre. La vigilanza psicologica in termini meta-cognizione ha un costo psichico ma può considerarsi un investimento a lungo periodo: l'impegno a pensare alla situazione decisionale prima di intraprendere una qualche condotta solutoria riceve come beneficio un miglioramento del controllo sulle azioni cognitive e delle capacità di scelta»); DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 283 (la quale, a proposito dei *biases*, osserva che «si tratta di meccanismi che, se conosciuti, possono essere inibiti o comunque contenuti negli effetti, favorendo un maggior auto-controllo e cioè mettendo il giudicante quanto meno *sul chi vive* rispetto a rischi di distorsione che diversamente opererebbero in modo inconscio (com'è chiaro, il discorso potrebbe però valere anche per chi non giudica, ma difende)»); FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, 17-18 («Prendere atto del ruolo tutt'altro che secondario dei fattori riconducibili alla categoria della precomprensione, lungi dal far temere una elusione grave dei vincoli imposti dal principio di legalità, dovrebbe piuttosto favorire anche in proposito un effetto contrario: cioè proprio una più matura riflessione ermeneutica dovrebbe consentire all'interprete di divenire più consapevole dei propri pregiudizi e delle proprie preferenze assiologiche, in modo da controllare razionalmente i margini più o meno ampi di discrezionalità interpretativa e in modo da sottoporre a una verifica autocritica e a un confronto intersoggettivo le pregiudiziali opzioni soggettive»); FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 138; HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, cit., 73-76; cfr. GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 553 («Ogni interpretazione corretta deve difendersi dall'arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da inconsapevoli abitudini mentali, guardando 'alle cose stesse'») e 557-559 (ove si parla di «uscire dal cerchio delle proprie private presupposizioni» e di «apertura», di «sensibilità all'alterità», che «non presuppone né un'obiettiva 'neutralità' né un oblio di se stessi, ma implica una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi. Bisogna esser consapevoli delle proprie prevenzioni perché il testo si presenti nella sua alterità e abbia concretamente la possibilità di far valere il suo contenuto di verità nei confronti delle presupposizioni dell'interprete»).

A tal proposito, in relazione al procedimento penale, Francesco Mauro Iacoviello rileva che «il codice processuale è attrezzato per fronteggiare alcune fallacie delle emozioni. Per esempio, la *tunnel vision* porta a un vizio di motivazione (mancata considerazione di ipotesi alternative). La fallacia del saltare alle conclusioni provoca il vizio di contraddittorietà logica (le premesse non sorreggono la conclusione)»⁷¹⁶.

In questa prospettiva, è possibile richiamare – a titolo esemplificativo – qualche processo cognitivo-emozionale tra quelli che vengono in gioco allorché il giudice prende una decisione, applicando la legge al caso concreto. Ribadendo ancora che – come evidenziano Antonino Forza, Giulia Menegon e Rino Rumiati – «la componente emotiva è costitutiva della presa di decisione,

⁷¹⁶ IACOVIELLO F. M., *Postfazione*, cit., 220. In una prospettiva rimediata dell'influsso delle fallacie, propone di evitare che il dispositivo di una sentenza sia pronunciato prima della stesura della motivazione COSTANZO A., *Bi-logica e giudizio*, cit., 275 («L'attività argomentativa non può procedere disgiunta dalla consapevolezza che il ragionamento tende a incorrere in fallacie (soprattutto derivanti dalle carenze di pertinenza ai problemi e di completezza delle loro rappresentazioni), anche perché ordinariamente non procede applicando scientemente schemi logici ma riorganizzando e interpolando fluidamente rappresentazioni mentali delle premesse iniziali. In modo caratteristico, l'elaborazione del contenuto delle decisioni è condizionata dalla consapevolezza di doverle giustificare con un discorso scritto. La componente emotiva della decisione, la precomprensione del risultato, la costruzione di una decisione sulla base di dati assunti come miliari e non refutabili sono aspetti ineliminabili. La accresciuta consapevolezza (oggi anche su basi scientifiche) del loro agire non può farli venire meno: non ve ne è la possibilità e neanche la necessità. Quel che occorre – invece – è che l'opera razionalizzatrice della logica non segua la decisione ma la preceda. La fase argomentativa della decisione in concreto nel nostro ordinamento processuale penale oggi segue al giudizio e alla decisione. Invece è opportuno favorire la auto-emenda del giudicante prima che egli decida. Come? In modi semplici. Ad esempio, evitando che il dispositivo di una sentenza sia pronunciato prima della stesura della motivazione»). A nostro parere, uno strumento utile (anche in una prospettiva di contenimento dell'influenza patologica della componente emotiva sulla decisione) può individuarsi nell'obbligo di motivare rafforzatamente, cioè in un percorso di metodo logico-argomentativo a tappe obbligate. Attraverso questa metodica di giudizio e di giustificazione, che consiste nel percorrere step argomentativi ineludibili, concernenti profili e aspetti salienti – perciò imprescindibili – della fattispecie (sostanziale o processuale) in esame, la scelta decisoria ha minori possibilità di sfociare in risoluzioni meramente arbitrario-soggettivistiche e irrazionali. Invero, l'accertamento – prodromico e funzionale (anzi: costitutivo, in quanto finalizzato) al *decisum* – che le tappe obbligate comportano, con l'attraversamento delle questioni argomentative in esse contenute, fa sì che l'attività valutativa (e poi giustificativa) del giudice avvenga alla luce di un vaglio sempre più razionalizzato e oggettivizzato. Proviamo a fare un esempio: la motivazione rafforzata in tema di prova scientifica nuova. Se il giudice, davanti a due diverse ricostruzioni prospettategli dagli esperti, predilige la teoria A anziché la teoria B, questa sua mera predilezione non è sufficiente affinché possa fondatamente (di più: legittimamente) accogliere – per l'appunto sulla base della sua mera preferenza personale – la teoria A. È necessario che si attraversino dei passaggi logico-argomentativi obbligati, dati – in questo caso – dalle tappe oramai consolidate che si rinvergono nei c.d. “criteri Daubert” (raffinati e arricchiti dalla sentenza Cozzini e dalle successive pronunce nostrane che si sono susseguite in materia: es. Cantore, Sollecito, Bossetti, Bordogna, Cirocco, Pesenti, Beduschi ecc.). Una volta affrontati tali step valutativo-motivativi obbligati (es. tasso di errore della teoria scientifica; sperimentabilità e sottoposizione a tentativo di falsificazione della teoria scientifica; condivisione della teoria scientifica nella comunità degli esperti; *curriculum* del perito o del consulente tecnico che la sostiene; ecc.) si potrà scegliere, concretizzando ciascun singolo argomento sulla scorta delle peculiarità del caso di specie, quale delle due teorie accogliere. Soltanto nell'ipotesi in cui la teoria A si riveli scientificamente – e, quindi, secondo un parametro sicuramente più obiettivo della preferenza personale del singolo giudice – più fondata della teoria B, allora si potrà legittimamente porla a fondamento della decisione. Altrimenti, si dovrà abbandonare l'iniziale predilezione – ossia, quella sorta di suggerimento interno – che inizialmente induceva a prediligere la teoria A e, dopo la disamina compiuta, bisognerà a ragione basarsi sulla teoria B, in quanto scientificamente migliore. In tal modo, gli influssi personalistici dell'autorità giudiziaria si riducono, fino quasi a disperdersi, e risulta garantita una maggiore bontà epistemologica del giudizio.

perciò da un lato può mettere al riparo il decisore dal fare scelte rischiose e dall'altro può sollecitarlo a prendere delle decisioni distorte proprio a causa delle emozioni che non ha saputo controllare»⁷¹⁷, possiamo ad annoverare alcuni meccanismi – consci e inconsci – che operano sia sul versante recettivo (*i.e.* la percezione, ‘attiva’ e ‘passiva’, della realtà esterna) sia sul versante valutativo-deliberativo (*i.e.* la rielaborazione, ‘razionale’ e ‘irrazionale’, dei dati percepiti e immagazzinati, al fine di adottare una risoluzione⁷¹⁸), la cui presenza consente di parlare di una vera e propria “razionalità limitata” del giudicante⁷¹⁹.

Accade invero che il convincimento giudiziale «molto spesso si formi sotto l'impulso di fattori diversi dalla [sola] disamina razionale» (cfr. “teoria del doppio processo”: ‘sistema 1’ e ‘sistema 2’) ⁷²⁰. L'analisi cognitivista ha individuato varie evidenze e condizioni che fungono da tracce

⁷¹⁷ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 213.

⁷¹⁸ Rileva ad esempio RUMIATI R., *Meccanismi ed errori sistematici nelle decisioni*, in AA. VV., *Il processo invisibile. Le dinamiche psicologiche nel processo penale*, (a cura di) A. FORZA, Venezia, 1997, 76-77 che «gli input sensoriali possono permanere in una sorta di “registro sensoriale” per un brevissimo tempo, circa tre secondi, dopo di che l'informazione risulta quasi completamente deteriorata. Questo aspetto del livello di immagazzinamento sensoriale crea seri problemi, in assenza di un flusso continuo di informazioni dall'ambiente. Così quello che viene perso in entrata viene in qualche modo integrato dalle informazioni già acquisite, come nel caso di riconoscimento delle parole. I problemi non mancano nel funzionamento degli altri due livelli della memoria umana, e cioè la *memoria a breve* [che presenta problemi inerenti alla capacità di immagazzinamento] e *a lungo termine* [che manifesta problemi inerenti al corretto recupero delle informazioni]».

⁷¹⁹ Con l'espressione “razionalità limitata” si fa riferimento al fatto che, durante il processo decisionale, (inter)agiscono una pluralità di fattori che l'individuo non è in grado né di prevedere né di controllare compiutamente, come – al contrario – avviene nel caso della “razionalità assoluta”. Conseguentemente, il fine della scelta compiuta – in condizioni di razionalità limitata – è quello di assumere decisioni soddisfacenti, che siano il più “ottimizzate” possibile, sia pure in condizioni approssimative e, alle volte, proprio per ciò semplificate. Per approfondimenti sul tema, v. – su tutti – gli scritti di Herbert Simon, il padre di tale concetto (poi ripreso e in parte esteso anche da altri Autori, quali ad esempio Antonio Cocozza, Gerd Gigerenzer, Daniel Kahneman, Ariel Rubinstein, Reinhard Selten): SIMON H. A., *A Behavioral Model of Rational Choice*, in SIMON H. A., *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, 1957; SIMON H. A., *Bounded Rationality and Organizational Learning*, in *Organization Science*, 1991, 2, 125 ss.; SIMON H. A., *Rational Choice and the Structure of the Environment*, in *Psychological review*, 1956, 2, 129 ss.

⁷²⁰ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 126, ove così si prosegue: «Le ricerche sulle incongruenze della logica umana e sugli errori cognitivi hanno portato in epoca recente gli studiosi a indagare in modo più ampio sui meccanismi sottostanti al pensiero umano. Negli ultimi anni si è venuta ad affermare la cosiddetta “teoria del doppio processo”, oggi ormai ritenuta la spiegazione più convincente sulle modalità operative del ragionamento umano (KAHNEMAN D. – FREDERICK S., *Representativeness revisited: Attribute Substitution in intuitive judgment*, in GILOVICH T. – GRIFFIN D. – KAHNEMAN D., *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, New York, 2002, 49 ss.). Secondo questo paradigma, sostenuto da vari ricercatori con una terminologia spesso differenziata, che riflette specifiche particolarità, esistono *due sistemi* responsabili delle nostre decisioni che interagiscono fra loro per rendere possibile il processo di scelta. Da un lato opererebbe un *sistema 1*, caratterizzato da processi mentali automatici, intuitivi, associativi, cioè tendenti a saltare alle conclusioni, privi del controllo consapevole e della supervisione cosciente. Sarebbe questo il sistema più antico e, da un punto di vista evolutivo, più primitivo, con ogni probabilità derivato dalla percezione sensoriale, ma non per questo meno capace o affidabile. È grazie al sistema 1, per esempio, che riusciamo a capire istantaneamente la paura sul volto di una persona. Dall'altro lato sarebbe attivo un *sistema 2*, caratterizzato da processi cognitivi lenti, controllati, coscienti, sottoposti al pieno controllo razionale del soggetto. Si tratterebbe di un sistema evolutivamente più recente, che richiede uno sforzo mentale più consistente dell'altro e capacità di analisi e di comparazione. Si attiva in compiti mentali più difficili e articolati, come può essere la soluzione

conduttrici del giudizio (col rischio, sempre presente, che si trasformino in *idola*). Di queste evidenze e condizioni ci pare opportuno rammentare quantomeno le seguenti: a) la condizione psico-fisica del giudice⁷²¹ (al punto che si è parlato, in taluni casi, di “giudizio gastronomico”⁷²²); b)

di un problema di matematica. Le etichette di “sistema 1” e “sistema 2”, coniate in origine dagli psicologi Stanovich e West (STANOVICH K. E. – WEST R. F., *Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 2000, 23, 645 ss.), sono oggi ampiamente usate in psicologia e indicate più brevemente con le sigle *S1* e *S2*. [...] I due sistemi sono perfettamente integrati tra loro, al punto da non consentirci di distinguerli nel momento della loro operatività. Il sistema 1 si fa carico del problema, nei termini in cui esso si presenta, e azzarda subito una soluzione. Il sistema 2 interviene, se necessario, per convalidare e se del caso correggere o ‘cestinare’ la soluzione presa dal primo. Spesso riformula il problema in varianti logicamente equivalenti, ma più facili da risolvere. [...] Se corroborate dal sistema 2, le impressioni e le intuizioni si trasformano in credenze e gli impulsi si convertono in azioni volontarie. Alle volte, però, l’interazione dei due sistemi può dar luogo a inconvenienti. La maggior parte dei nostri errori è infatti il prodotto di giudizi intuitivi riconducibili al sistema 1, che non sono passati al vaglio del sistema 2» (126-128). Sul punto: KAHNEMAN D. – TVERSKY A., *Availability: A heuristic for judging frequency and probability*, in *Cognitive Psychology*, 1972, 4, 207 ss.; KAHNEMAN D. – TVERSKY A., *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, in *Science*, 1974, 1124 ss.; KAHNEMAN D., *Thinking, Fast and Slow* (2011), (trad. it.) L. SERRA, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; LEDOUX J., *Tracing Emotional Pathways*, in BLAKESLEE S., *Dr. Joseph Ledoux: Using Rats to trace Routes of Fear*, in *New York Times*, 5 novembre 1996 (ove si distingue tra “via bassa” [una “Low Road” assimilabile a quello che è stato definito “sistema 1”] e “via alta” [una “High Road” assimilabile a quello che è stato definito “sistema 2”]). Osserviamo *en passant* che, a nostro parere, l’introduzione di un obbligo di motivazione rafforzata (sia in generale, cioè con riferimento a problematiche – ovviamente compatibili con tale metodica, s’intende; ma – non concernenti la tematica degli influssi soggettivistico-emotivi sulla decisione; sia in termini particolari, ovverosia per quanto d’interesse in questo sotto-paragrafo, cioè un onere valutativo-motivativo strutturato *ad hoc* per fronteggiare, nei limiti in cui sia possibile, le specifiche e delicate questioni attinenti alla materia *de qua*) incentiva l’attivazione del “sistema 2”.

⁷²¹ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 54: «La condizione psico-fisica di chi giudica può assumere un valore determinante. Un giudice riposato produrrà infatti decisioni più meditate di quello stanco e provato dalla routine della giornata. [...] Quanto più si prolunga l’udienza tanto più la decisione finale può essere condizionata dall’affaticamento mentale del giudice e di converso, e, di conseguenza, può diminuire la sua propensione a rendere sentenze favorevoli».

⁷²² Utilizzando il lessico di CALAMANDREI P., *Prefazione alla seconda edizione*, in CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., XXVII si può parlare di «stimolo dell’ora meridiana (*mala suada fames*)» e, più in generale, di «servitù fisiche» (CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., 305, ove ancora può leggersi che «anche i giudici sono povere creature soggette alle gastralgie: e sotto l’apparente impassibilità della toga nascondono spesso la angosciosa lotta di chi cerca di soffocare, senza che nulla trapeli all’esterno, i capricci dei propri visceri irrequieti» [303]). Sul «fermento degli umori» del giudice (per dirla con BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) G. CARNAZZI, Milano, 2010, 33 – cap. IV), tra gli altri, si veda: DANZIGER S. – LEVAV J. – AVNAIM-PESSO L., *Extraneous factors in judicial decisions*, in *PNAS*, 2011, 108 (17), 6889 («Are judicial rulings based solely on laws and facts? Legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner. In contrast, legal realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain the decisions of judges and that psychological, political, and social factors influence judicial rulings. We test the common caricature of realism that justice is “what the judge ate for breakfast” in sequential parole decisions made by experienced judges. We record the judges’ two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the day into three distinct “decision sessions.” We find that the percentage of favorable rulings drops gradually from ≈65% to nearly zero within each decision session and returns abruptly to ≈65% after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions»). Riguardo all’analisi svolta dai tre studiosi precisiamo che tale ricerca è stata criticata per non aver considerato alcuni fattori [es. assistenza difensiva; organizzazione dei tempi di udienza con selezione di casi analoghi; variabilità dei livelli di stanchezza da giudice a giudice; ecc.]. Successivamente, rispondendo alle critiche, Danziger, Levav e Aynaim-Pesso hanno riconfermato le loro previsioni; salvo poi incontrare di nuovo ulteriori censure, al momento rimaste prive di replica); FRANK J., *Law and the Modern Mind* (1930), New York, 1963, 108-126; KOZINSKI A., *What I ate for breakfast and other mysteries of*

l'abitudine della prestazione⁷²³ e l'illusione del controllo⁷²⁴; c) le scorciatoie del pensiero (c.d. "euristiche", tra le quali – esemplificativamente – ricordiamo: l'euristica dell'affetto⁷²⁵, l'euristica della disponibilità⁷²⁶, l'euristica della rappresentatività, l'euristica della inusualità, l'ancoraggio e l'aggiustamento⁷²⁷, gli stereotipi⁷²⁸ e i pregiudizi⁷²⁹, l'effetto *priming* o innesco⁷³⁰, l'effetto

judicial decision making, in *Loyola and Los Angeles Law Review*, 1993, 26, 993 ss. Insomma, almeno in parte, il giudizio è – feuerbachianamente – il frutto *anche* di quello che mangiamo (cioè: delle sostanze che introduciamo nel nostro corpo e delle reazioni che queste suscitano o scatenano in noi), dal momento che «è ormai chiaro che nei processi valutativi un ruolo cruciale venga svolto dal sistema limbico, costituito da un gruppo di strutture interconnesse: ipotalamo, talamo, amigdala nonché alcune strutture più recenti del cervello costituite dalla corteccia cingolata e dalla corteccia orbito-frontale. Grande importanza è ulteriormente stata attribuita alle funzioni della dopamina, un neurotrasmettitore che aiuta a regolare le nostre emozioni e che pare contribuisca, tra l'altro, a far scegliere tra le alternative» (FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 54).

⁷²³ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 125: «Un lavoro ripetitivo, accompagnato dalla necessità di assumere decisioni quasi sempre dello stesso genere, esaurisce un po' alla volta le risorse mentali dell'individuo, le sue capacità di programmare, modificare e verificare un'azione. La routine affievolisce le cosiddette "funzioni esecutive" e si determina, per converso, un condizionamento nella presa di decisioni tra loro quasi analoghe. La stanchezza mentale porta ad aumentare la tendenza alla semplificazione dei problemi, inducendo il decisore per lo più ad appiattirsi sul precedente simile appena risolto. La capacità di dare una soluzione più ponderata ai problemi viene infatti ripristinata – e la fatica mentale superata – dopo una breve pausa e dopo che vengono aumentati i livelli di glucosio nel sangue, con l'assunzione di una bevanda o di cibo».

⁷²⁴ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 168: «Così come una persona normale che per lavoro, negli anni, ha fatto sempre molto uso della macchina crede di non correre particolari rischi quando va a elevata velocità, allo stesso modo il professionista di grande esperienza crede di poter facilmente avere un pieno controllo delle situazioni grazie alle sue maturate abilità. Il magistrato per l'esperienza maturata riterrà così magari di essere in grado di individuare, rapidamente, la responsabilità dei soggetti che deve giudicare».

⁷²⁵ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 71-73 e 91: «Le persone utilizz[ano] un'euristica dell'affetto o affettiva quando giudicano o decidono sulla base dell'etichetta affettiva associata al presentarsi dello stimolo. [...] Ognuno di noi presenta un "pool affettivo", un insieme di sensazioni formatesi attraverso le singole esperienze: la risposta positiva o negativa immediata al problema dipenderà dal tipo di associazione che lo stimolo ambientale imporrà rispetto all'esperienza individuale e alla rappresentazione mentale del problema. La sensazione affettiva provata, a sua volta suscitata dalla rappresentazione, richiamata alla memoria dalla situazione contingente, ci indurrà a focalizzarci su quest'ultima nel dare una risposta immediata (cosiddetta "illusione della focalizzazione"). [...] Nei processi decisionali le persone *consultano* automaticamente il loro pool affettivo, che costituisce una specie di ancora per le scelte e i giudizi [sicché] la cifra affettiva si inserisce prepotentemente nella valutazione delle singole questioni e ciò avviene quasi sempre in modo inconsapevole, concorrendo a determinare la decisione insieme alle altre informazioni».

⁷²⁶ RUMIATI R., *Meccanismi ed errori sistematici nelle decisioni*, cit., 83: «Quando gli individui devono valutare l'occorrenza di eventi o devono stimare probabilità, utilizzano una strategia euristica basata sulla "disponibilità o evocabilità" con cui certi eventi, associati a quello che deve essere valutato, si presentano alla memoria. Intuitivamente noi sappiamo che elementi appartenenti a un'ampia classe sono ricordati meglio e più velocemente di elementi che appartengono, invece, a classi più ristrette; oppure che eventi ritenuti molto probabili sono ricordati meglio di eventi ritenuti poco probabili».

⁷²⁷ L'aggiustamento dei ricordi nella memoria può essere tale che – per dirla con un richiamo letterario (confermato, peraltro, anche scientificamente) – una «qualsiasi verità può essere dimenticata per far posto a una piacevole illusione» (WASSERMANN J., *Il caso Maurizio* (1928), (trad. it.) L. SGUEGLIA, Roma, 2016, 81).

⁷²⁸ Vi sono, peraltro, alcuni «stereotipi impliciti [che] vengono mantenuti anche quando gli stessi soggetti a livello cosciente non condividono i contenuti dello stereotipo, anzi si dicono contrari agli stessi» (FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 113).

priorità⁷³¹, il conservatorismo⁷³² ecc. ecc. ecc.) e le fallacie del ragionamento (es. la negazione dell'antecedente e l'affermazione del susseguente⁷³³, la circolarità del tautologica [*petitio principii*], la *ignoratio elenchi* [l'argomento 'fuori tema'], le fallacie causali [es. *post hoc ergo propter hoc*; *slippery slope* (o fallacia del piano inclinato: trarre arbitrariamente le conseguenze, presentandole come inevitabili); l'illusione del giocatore sul numero uscente; ecc. ecc. ecc.], la generalizzazione impropria ecc. ecc. ecc.); d) i *biases* (tra cui, esemplificando⁷³⁴: *bias* del senno del poi⁷³⁵, *bias* del

⁷²⁹ Rispetto al pregiudizio – con FERRONI F., *La scienza tra verità e balle*, Roma, 2017, 7 – ribadiamo criticamente che, soprattutto in ambito sia scientifico che specialistico-professionale, «ci sono vari modi di sbagliare e quasi tutti sono modi onesti, tranne uno: il pregiudizio».

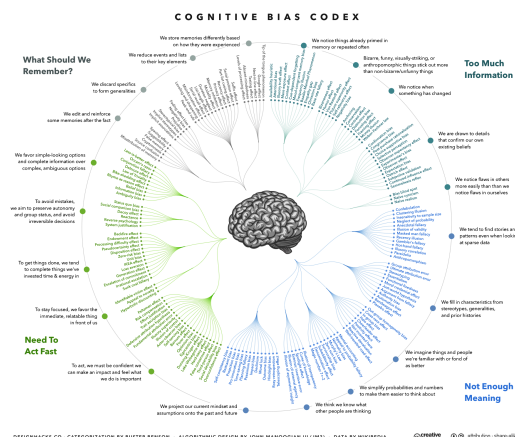
⁷³⁰ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 112: «Esistono informazioni nella nostra memoria a lungo termine che sono attivate dalle sollecitazioni sensoriali o da suggerimenti linguistici: l'informazione attivata, divenuta così accessibile, può cambiare la percezione di una cosa o la concatenazione dei pensieri di una persona [es. completamento dello spazio vuoto nella parola “Z...PPA” con il termine “zuppa” piuttosto che con il termine “zappa” da parte di individui ai quali è stata mostrata la parola “fame”]. Il meccanismo di attivazione non opera a livello conscio, anche se influenza la coscienza».

⁷³¹ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 104: «L'informazione che giunge per prima ha un maggior impatto rispetto alle successive. Anche se successivamente si scopre che l'impressione iniziale era falsa i suoi effetti possono comunque persistere. È difficile per ognuno di noi cancellare completamente gli effetti di quell'impressione, anche se poi ci convinciamo che quelle originarie opinioni erano sbagliate. Il modo più efficace per ridurre o eliminare l'errore di persistenza è di prendere in considerazione la possibilità opposta. Dovremmo sempre porci la domanda, in relazione alle informazioni sulle quali basiamo le nostre inferenze: come sappiamo ciò che pensiamo di sapere?».

⁷³² RUMIATI R., *Meccanismi ed errori sistematici nelle decisioni*, cit., 79: «Gli individui tendono a rivedere le proprie ipotesi in misura minore di quanto l'evidenza richiederebbe o, in altri termini, a non utilizzare in maniera economica l'informazione proveniente dall'ambiente».

⁷³³ Con la “negazione dell'antecedente” si giunge a negare la conclusione sulla base della negazione di una premessa, non tenendo conto del fatto che quella data conclusione può aversi anche in mancanza di quella data premessa. Con la “affermazione dell'antecedente” si ricava l'esistenza di una causa dalla semplice presenza di un effetto, non considerando che quell'effetto può essere l'esito di ben altre e differenti cause.

⁷³⁴ Segnaliamo – e riportiamo in immagine di dimensioni ridotte – il progetto di categorizzazione dei *biases* cognitivi (sistemati[zzati] in un diagramma circolare; originariamente ideato e descritto da Buster Benson, realizzato da John Manoogian III e implementato dalle descrizioni delle differenti tipologie di *biases* con gli articoli di TilmannR) denominato “*Cognitive Bias Codex*”, liberamente consultabile al seguente link: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:The_Cognitive_Bias_Codex_-_180%2B_biases,_designed_by_John_Manoogian_III_\(jm3\).png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:The_Cognitive_Bias_Codex_-_180%2B_biases,_designed_by_John_Manoogian_III_(jm3).png)). Per la lista ‘completa’ dei *biases* cognitivi, v. il seguente indirizzo: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases.



risultato⁷³⁶, *slow motion intentionality bias* [v. ‘dilatazione temporale dell’agire’], *bias* della conferma⁷³⁷ [cfr. fallacia del cecchino texano], *forensic confirmation bias*⁷³⁸, *social media bias* ecc.

⁷³⁵ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 159-160: «Questo del senno del poi è un *bias* connaturato al modo di funzionare della nostra memoria. Noi, infatti, non abbiamo ricordi statici: la memoria è un processo dinamico che implica una costante ricostruzione, un *puzzle* di frammenti che vengono assemblati e richiamati alla mente quando ci occorrono, sempre in bilico e pronti a essere sostituiti o modificati da informazioni successivamente sopravvenute. Nella rielaborazione dei dati a noi presenti siamo portati a credere che un determinato accadimento, già verificatosi, sia stato molto più probabile di quanto lo potessimo stimare inizialmente. In altri termini, il nostro pensiero nella rielaborazione dei dati non si va a collocare nel momento che precede l’evento, per verificare se esistessero condizioni evidenti che consentivano di temere il verificarsi dell’accadimento. Al contrario, esso va a porsi *a posteriori*, quando l’evento si è ormai realizzato e quando quindi è più facile spiegarlo, anche se le probabilità di partenza potevano essere minime. Partendo da questa modalità implicita di funzionamento della memoria, le informazioni che traggono spunto dal fatto accaduto vengono enfatizzate e più facilmente ricordate, mentre quelle che, viceversa, gli si contrappongono – seppure altrettanto probabili – vengono sminuite o svalorizzate, senza motivo apparente». Sul *bias* del senno del poi (*hindsight bias*) e sul *bias* del risultato (*outcome bias*), v. altresì GROSSO S., *Il giudizio di prevedibilità dell’evento e l’incidenza dell’hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 583 ss. (ove, per ridurre l’impatto dei *biases*, si valorizzano il metodo e la motivazione. Nello specifico, esemplificando in materia di colpa [596-603], l’Autrice esalta appunto l’obbligo motivazionale – vera e propria «chiave di volta» [602] del nostro sistema – affermando che meriterebbe, *anche* in punto di prevedibilità colposa, un «ispessimento argomentativo» [603]).

⁷³⁶ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 162: «Si tratta di una tendenza sistematica che ci porta a proiettare nel passato le nuove conoscenze acquisite, senza che ci si renda conto dell’influenza delle nuove informazioni sulla nostra primaria percezione su quanto già accaduto. Diversamente dall’*hindsight bias* [o *bias* del senno del poi], che incide sulla *probabilità* della decisione assunta, facendola apparire la più probabile o l’unica possibile, l’*outcome bias* [o *bias* del risultato] si riflette sulla valutazione della *qualità* della decisione inizialmente presa in relazione alle sue conseguenze. Le persone hanno la tendenza a rileggere il passato sulla base delle conoscenze acquisite in momenti successivi, senza considerare che le nuove conoscenze finiscono per modificare la loro visione di quello stesso passato».

⁷³⁷ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 103, nt. 4 e 154: «Una volta che le nostre convinzioni si sono formate sugli altri, queste sono dure a cambiare e tendono a confermarsi e ad autoperpetuarsi. [...] Quell’inclinazione del pensiero, altamente pervasiva, che non solo ci porta a *selezionare* quasi esclusivamente le informazioni che confermano la nostra ipotesi iniziale, ma che induce anche i nostri meccanismi mnestici a *richiamare*, selettivamente, solo quei dati utili a supportare la nostra tesi. Ancora, essa ci spinge, senza che ce ne avvediamo, a *interpretare* gli indizi disponibili nel senso più favorevole ai nostri convincimenti». In particolare, osservano gli Autori in rapporto al processo penale, «il pericolo di questo errore si realizza, in tutta la sua gravità, soprattutto nei processi indiziari [giacché] l’atteggiamento verificazionista [indotto dal *confirmation bias*] si amplifica e prende il sopravvento nel sovrastimare tutti gli elementi di valutazione affermativi della colpevolezza dell’imputato, piuttosto che quelli che deporrebbero a favore della sua innocenza» (155). Sul tema: già BACONE F., *Nuovo Organo*, cit., 97 («L’intelletto umano, quando abbia adottato una certa concezione (o perché ricevuta da altri e ritenuta vera, o perché soddisfacente), induce anche tutto il resto a convalidarla e ad accordarsi con essa. Anche se la forza e il numero delle istanze contrarie sono maggiori, tuttavia o non le considera o le disprezza o, introducendovi delle distinzioni, le rimuove e le respinge, non senza grave e dannoso pregiudizio, pur di mantenere inviolata l’autorità di quelle prime concezioni»); RUMIATI R., *Meccanismi ed errori sistematici nelle decisioni*, cit., 80 («I soggetti non tentano di confermare le ipotesi per sé, ma, più semplicemente, sembrano incapaci di pensare di sottoporle a prova in maniera negativa»). Fuori dall’ambito strettamente scientifico, questa tendenza sistematica alla conferma delle proprie convinzioni, per cui «quando uno ha una teoria non lo si smuove nemmeno con le cannonate» (WASSERMANN J., *Il caso Maurizius*, cit., 77), è ben riassunta da DOSTOEVSKIJ F. M., *Memorie dal sottosuolo* (1864), (a cura di) I. SIBALDI, Milano, 2016, 35: «L’uomo è talmente attaccato al sistema e alla deduzione astratta che sarebbe pronto ad alterare premeditatamente la verità, e pronto a non vedere vedendo e a non udire udendo, pur di giustificare la propria logica».

⁷³⁸ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 156: «Quell’insieme di fattori che possono derivare da un pregiudizio, una credenza o un convincimento preesistente [e] possono influenzare non solo la raccolta, ma anche

ecc. ecc.⁷³⁹); e) l'atteggiamento da «psicologi ingenui»⁷⁴⁰; f) lo schematismo mentale⁷⁴¹; ecc. ecc.

Queste – e tante altre – meccaniche cognitive si svelano particolarmente utili per la vita in società (e/o in natura). Le ricadute di una simile funzionalità di convivenza (e/o di sopravvivenza) appaiono nondimeno pericolose se si traslano, senza le dovute cautele e contro-misure, nell'ambito del processo; vieppiù se si considera che, avuto riguardo alla decisione giudiziale, queste

la percezione e l'interpretazione delle evidenze probatorie, da parte dei protagonisti della vicenda giudiziaria, durante l'intero procedimento penale, cioè dalle indagini al dibattimento. [...] Risulta, ad esempio, particolarmente pervasiva l'influenza che ha la confessione (anche quando, per varie ragioni, può essere stata falsamente resa) rispetto ad altri dati processuali. Convinti della colpevolezza del loro indagato, gli investigatori hanno la tendenza ad attivarsi per ottenere da lui una confessione, sollecitando reazioni evidenti che lo colpevolizzerebbero o a interpretare le risposte del sospetto, magari innocente, come indizi della sua colpevolezza».

⁷³⁹ In merito alla pervasività del fenomeno, cioè per evidenziare quanto incisivi e diffusi siano i *biases* nell'agire dell'essere umano, è interessante notare che persino quando l'uomo si avvale dell'apporto delle macchine tecnologiche la sua soggettività finisce per manifestarsi nel loro utilizzo. Com'è stato osservato, infatti, nel caso dei sistemi algoritmici «l'affidabilità degli esiti ottenuti da un algoritmo risulta direttamente proporzionale alla qualità dei dati che lo “alimentano” e in quanto selezionati e immessi dall'uomo ne mutuano i valori e il c.d. “bias”» (SACCHETTO E., Face to face: *il complesso rapporto tra Automated facial recognition technology e processo penale*, in *Leg. pen.*, 16 ottobre 2020, 10-11). Si tratta del *bias* induttivo dell'algoritmo, alla luce del quale l'individuo influenza – più o meno involontariamente e comunque – umanamente l'operare (e, quindi, l'operato) della macchina: v. SACCHETTO E., Face to face, cit., 11, nt. 50 («Il *bias* nei sistemi di *machine learning*, c.d. “*bias* induttivo dell'algoritmo”, indica la produzione di risultati con errori sistematici dovuti, per esempio, alla presenza di ipotesi di errore nel processo di apprendimento automatico»).

⁷⁴⁰ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 95-96: «Tutti gli esseri umani sono per loro natura psicologi, più precisamente *psicologi ingenui*. Tutti gli esseri umani, insomma, avrebbero la stessa caratteristica di valutare i tratti salienti della personalità e gli atteggiamenti delle persone che incontrano attraverso l'esteriorità del loro comportamento percepito. E tutti, attraverso il comportamento agito, cercano di interpretare il pensiero dell'altro. [...] Come nella vita di tutti i giorni, dunque, anche nella vicenda processuale, da bravi “psicologi ingenui”, i giudici intuitivamente si formano un'impressione sulla personalità altrui, in base ai comportamenti percepiti o, addirittura, in base alla descrizione sommaria di questi che deriva dalla testimonianza di altri».

⁷⁴¹ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 100: «Gli individui non solo valutano gli altri sulla base del loro comportamento, ma interpretano la loro condotta anche in base a quanto fanno o credono di sapere sul loro conto, sul loro carattere. L'insieme organizzato delle convinzioni, più o meno documentate, che ognuno di noi possiede su un certo tipo di persona, ma anche su un certo argomento, su una certa entità, viene definito *schema*. Lo schema è una struttura dinamica che si costituisce e si modifica nel corso del tempo con l'esperienza. È una rappresentazione mentale essenziale e sintetica che guida i processi cognitivi, che ci aiuta a percepire, organizzare, elaborare e utilizzare l'informazione. Specifica le proprietà generali di un oggetto, di un evento e prescinde da ogni aspetto specifico e contingente. Già prima di vederlo per la prima volta, di quell'individuo, di quella persona, possiamo avere uno schema mentale nel quale abbiamo fatto rientrare le informazioni che abbiamo avuto a disposizione su di lui, per averle attinte da altre fonti; nell'ambito del processo, per esempio, per aver letto il verbale di sommarie informazioni, per aver letto un rapporto di polizia, un certificato penale, o semplicemente una qualche notizia di stampa. Questi elementi di conoscenza indiretta della persona influenzano facilmente le nostre interpretazioni dei comportamenti di quel soggetto e normalmente viziano le attribuzioni che formuliamo su di lui». Sullo schematismo mentale (e sul costruttivismo conoscitivo), v. altresì VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, Torino, 2012, 146-147: «Quando noi specifichiamo i fatti eliminiamo sempre le caratteristiche che non sono considerate rilevanti. [...] Non è possibile “far riferimento al mondo” senza uno schema di descrizione. [...] Ogni discorso conoscitivo impone strutture, concettualizza, ascrive proprietà, organizza gli elementi di un dato campo di esperienza in “singoli oggetti”, li raggruppa in “generi” e così via. [...] Quello che possiamo fare è soltanto ritagliare delle “porzioni di realtà”, selezionate sulla scorta di uno schema concettuale di riferimento, all'interno del quale vanno a collocarsi le nostre concezioni, i nostri interessi (conoscitivi e pratici), le nostre aspettative».

meccaniche cognitive si intrecciano altresì con tutti quei «fattori spirituali, caratteriali, culturali e di coscienza» del giudice⁷⁴² che pure contraddistinguono, come si è detto, l'intrinseca umanità che – nell'attuale sistema giurisdizionale – caratterizza il giudizio dell'uomo sull'uomo.

Riepilogando, il quadro tratteggiato in tema di “*biases*, umanità e ragionamento giudiziale” consente di affermare che il giudice, nell'applicare la legge, è fisiologicamente influenzato⁷⁴³ sia da

⁷⁴² LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto*, cit., 99-100 («Nella logica della decisione giudiziaria rimangono preponderanti fattori spirituali, caratteriali, culturali e di coscienza»). Sull'influenza dei fattori per così dire extra-giuridici sulla decisione giudiziaria, *ex plurimis*: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 40 («L'eventualità, non remota, di essere contraddetto dai giudici dei gradi successivi è un elemento che concorre, per forza di cose, a incidere sul concreto operare della discrezionalità del giudice c.d. "inferiore"»); COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 236 («L'attività interpretativa, per lo meno entro moderne società democratiche, è attività sottoposta a molteplici controlli, alcuni dei quali istituzionalizzati, altri diffusi. Fra gli altri, il "potere dell'opinione" sembra essere abbastanza efficace. Interpretazioni cervellotiche o inusitate andrebbero incontro a pesanti reazioni di disapprovazione e rigetto sociali. I superiori e i colleghi per il giudice; i giudici, i colleghi e i clienti per l'avvocato; i colleghi e i lettori per il giurista teorico: l'opinione di ciascuno di questi soggetti funziona da strumento di controllo nei confronti delle interpretazioni più bizzarre»); COSTANZO A., *Bi-logica e giudizio*, cit., 270 («Non deve trascurarsi che anche fattori personali di tipo ideologico e culturale possono influire sul processo decisionale»); FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 44 e 86; GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, cit., 53-54 («L'attesa di un avanzamento o il timore di una sanzione si prestano infatti ad alimentare il conformismo alle attese del potere, qualunque sia la sua collocazione istituzionale: che si tratti del dicastero della giustizia, dei superiori gerarchici o anche di un organo di autogoverno, come il CSM»); metaforicamente (con un richiamo letterario), KAFKA F., *Il processo* (1925), (trad. it.) C. MORENA, Milano, 2017, 144 («Quando si vive in quell'ambiente [*i.e.* in Tribunale] è difficile sottrarsi a certe idee»); KIRBY M., *Judicial Activism*, cit., 68 («It would be foolish to deny that complex factors affect the inclination of judges, either generally or on particular occasions, to respond to a call for a novel legal approach or to opt for restraint when invited to restate an old rule or make a new one»); LUCIANI M., *Interpretazione conforme*, cit., 470 (citando – nel passo riportato tra virgolette ["..."] – PINELLI C., *Interpretazione conforme (rispettivamente a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. cost.*, 2008, 1368: «Quando la loro questione di costituzionalità è liquidata da una pronuncia di (manifesta) inammissibilità, [i giudici che l'hanno sollevata] vi leggono un apprezzamento molto negativo del proprio operato e tendono – dunque – a evitare il rischio d'essere nuovamente trattati da "scolari che non abbiano ripassato la lezione", procedendo direttamente alla riconduzione delle fonti primarie a costituzionalità, anche quando i margini interpretativi per farlo sono, in realtà, assai ridotti») e 468, nt. 571 («Non mancano, adesso, *vademecum* pratici per evitare al giudice di subire lo smacco dell'inammissibilità della q.l.c.»); PAONESSA C., *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, 2017, 309-310; RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 37-38.

⁷⁴³ Scrivono FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 151-152 che «è comunque appena il caso di sottolineare che ciò di cui stiamo parlando non è un aspetto patologico della mente umana ma rappresenta una sua espressione fisiologica. Non stiamo discutendo di determinazioni lucide e consapevoli volte a ignorare le prove favorevoli all'indagato per una sorta di sbrigativa scorciatoia colpevolista. Non stiamo parlando di atteggiamenti prevenuti o, peggio ancora, dell'ostilità di operatori poco professionali. La quasi totalità degli operatori della giustizia sono professionisti preparati e pronti ogni giorno a compiere con scrupolo il loro dovere istituzionale. Ciò non di meno, anche loro – come tutti gli "umani" – possono incorrere nei medesimi *biases* cognitivi». In ogni caso, devono ritenersi escluse dalla fisiologia tutte quelle situazioni di condizionamento e quei fattori di indebita pressione che possono, in ipotesi patologiche, coinvolgere l'autorità giudiziaria (cfr. artt. 36-37 e 45 c.p.p.). In questi casi, la perdita di impregiudicatezza può essere superata e l'illegittimo stato di cose che si è venuto a creare può essere rimosso ricorrendo ad appositi rimedi processuali (*i.e.* astensione, ricusazione e rimessione del processo). Le condotte improprie o finanche illecite che si sono manifestate possono infine dar luogo a sanzioni di tipo disciplinare o finanche penale.

fattori esterni (es. comportamenti processuali e attività argomentativa-retorica delle parti)⁷⁴⁴ sia da fattori interni (*in primis*, i *biases* e le fallacie)⁷⁴⁵, che ne scuotono la – oggettiva e soggettiva – capacità decisionale⁷⁴⁶.

La componente emotiva si proietta, insieme ad altri elementi⁷⁴⁷, sulla concretizzazione della disposizione normativa⁷⁴⁸. In questo senso, le condizioni soggettive (*i.e.* emozioni, affettività,

⁷⁴⁴ PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., 335-337 riportano, ad esempio, l'influenza del c.d. “*argumentum ab auctoritate*”, ovvero il peso dell'argomentazione proveniente da un soggetto ritenuto autorevole sulla valutazione del decisore. Testualmente: «L'enunciato non è lo stesso quando emani da un autore o dall'altro, ma cambia significato; non c'è semplice trasferimento di valori, ma una reinterpretazione in un nuovo contesto, fornito da ciò che si sa del presunto autore. Ne risulta che l'influsso che si riconosce al prestigio, e al potere di suggestione che esercita, si manifesta in modo meno irrazionale e meno semplicistico di quanto si sia creduto. [...] Le funzioni esercitate, così come la persona dell'oratore, costituiscono un contesto la cui influenza è innegabile: i giurati terranno conto in modo ben diverso delle stesse osservazioni pronunciate dal giudice, dall'avvocato o dal procuratore. Se la persona dell'oratore fornisce un contesto al discorso, quest'ultimo, d'altra parte, determina l'opinione che si avrà di esso».

⁷⁴⁵ Peraltro, i *biases* possono combinarsi con le ragioni argomentative: possono, cioè, essere sorretti e ‘portati avanti’ argomentativamente. In particolare, il ragionamento giudiziale – più o meno influenzato emotivamente (coscientemente o/e inconscientemente) – può ricorrere a quegli ‘argomenti’ (pseudo-deduttivi, *a priori*, *a posteriori*, strutturali, pragmatici ecc.), a quei luoghi comuni e a quelle – sì, anche a quelle – fallacie (deduttive, definitorie, *a priori*, *a posteriori*, strutturali, pragmatiche ecc.) che nell'ambito del ragionare (giuridico-)argomentativo è possibile sfoggiare, a differenza di quanto è invece (im)possibile fare avuto riguardo a inferenze di carattere strettamente o rigorosamente dimostrativo. Osserva MANES V., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale*, cit., 1927-1928 (citando altresì GIUSBERTI F. – BENSÌ L. – NORI R., *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Bari-Roma, 2013, VI) che «emerge il profilo di un giudice molto distante da quella “macchina per sillogismi” predicata dagli illuministi, ossia un giudice “limitato” e “fallibile”, che decide secondo “strategie cognitive” (“euristiche”) “veloci e frugali” (“*fast and frugal*”): l'euristica della disponibilità, della rappresentatività, della simulazione (con tutto il loro corredo di distorsioni, *fallacies* e *biases*: la fallacia della frequenza di base, dell'evento disponibile, del senno di poi o *hindsight bias* ecc.), sono tutte “strategie cognitive che le persone mettono in atto in modo automatico, senza rendersene conto, inconsapevolmente”, e che spesso conducono chi decide a pronunciare “sentenze imperfette”. [...] La sensibilità, dunque, appare oggi profondamente mutata. L'oggettivismo dell'illuminismo e l'idea del giudice *Subsumptionsautomat* sono stati messi sotto scacco dall'esplosione della soggettività che caratterizza ogni momento del giudicare».

⁷⁴⁶ Cfr. CANZIO G., *Alle radici dell'errore giudiziario*, cit., 82-83; ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., *passim.*; HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, cit., 76; MANES V., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale*, cit., 1930 (richiamando altresì – nel passo riportato tra virgolette [...] – PALAZZO F., *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in AA. VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, (a cura di) G. CHIODI – D. PULITANÒ, Milano, 2013, 153: «Il giudice penale, rispetto a quello civile appa[ia] ‘naturaliter meno imparziale’, perché naturalmente meno distaccato dagli interessi in gioco (che sono fuori della disponibilità delle parti e attengono invece a esigenze fondamentali), e “anche psicologicamente più esposto a privilegiare un atteggiamento culturale o nel senso di sentirsi a salvaguardia della libertà individuale così gravemente compromessa nel penale, ovvero nel senso di sentirsi in qualche modo coinvolto nella tutela delle esigenze sociali pregiudicate dai fatti criminosi”»).

⁷⁴⁷ Tra questi elementi, ritiene fattori d'influenza il «Collegio decisorio come microgruppo sociale» (v. 26-27), «la designazione dell'estensore e i contrasti sulla redazione della motivazione» (v. 27-28) LANZA L., *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare*, Roma, 14-16 settembre 2009, il quale sottolinea come il giudice «de[bba] rispettare le indicazioni che eventualmente il Collegio gli abbia imposto a fondamento dei singoli punti della decisione» (25); e, più in generale, rileva che «la sentenza, come prodotto formale di certezze, e come esito ragionevole e persuasivo del trattamento delle informazioni processuali, non è indifferente al tipo di organo che la produce, e, all'interno dello stesso organo, risulta sensibile alle concrete dinamiche e interazioni che ivi si determinano» (26). Similmente, DACQUÌ G., *La sentenza e le variabili indipendenti*, in AA. VV., *L'operazione decisoria*, cit., 41-43: «In una decisione collegiale quale apporto fondamentale rilevante, decisivo è dato dal relatore della causa? Qual è il grado

processi mentali non controllati ecc.) interessano sia il giudicante, di cui co-determinano i comportamenti, sia – conseguentemente – il principio di legalità (legale), di cui annacquano la ‘neutralità’ che dovrebbe caratterizzarne l’attuazione per far sì che lo *iudicium* sia espressione quanto più possibile rigorosa, diretta e meccanica della *lex*.

Ancora una volta e su un fronte ancora diverso, è possibile sostenere che l’applicazione della disposizione legislativa non avviene con un atto meramente sussuntivo, ma tramite una serie di operazioni complesse – e non sempre manifeste, né tutte (e né del tutto) manifestabili in verità, perché non interamente conosciute persino da chi le sta vivendo – che assumono, *de facto*, una

di influenza del relatore sugli altri componenti il Collegio? E in una Corte d’assise quale ruolo effettivo hanno i giudici popolari spesso ascritti delle più elementari cognizioni giuridiche? Ma oltre a ciò quale variabile non controllabile può ragionevolmente manipolare la decisione? Non è affatto da trascurare l’appartenenza ideologica politica del decidente: se è marcata, il caso sarà risolto non in maniera scientifico-giuridica ma politica. Altre situazioni, che possiamo definire esterne o ambientali, possono condizionare la decisione. [...] Un giudice che vive una propria lacerante crisi coniugale, nella trattazione dei casi di maltrattamenti, *stalking*: fino a che punto potrà mantenere uno stato di imparzialità? E dinanzi all’evidenza della prova del reato la sanzione che applicherà sarà proporzionata e adeguata al caso concreto oppure si schiererà, per una sorta di immedesimazione inconsapevole, a favore di una parte a scapito dell’altra?».

⁷⁴⁸ Scrive IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 753 e 762 che «l’intuizione inventa le ipotesi, ma non è in grado di verificarle. La ragione non inventa le ipotesi, ma è la sola in grado di verificarle, avvicinandoci in tal modo alla verità. [...] Dove c’è [solo] intuizione, non ci può essere motivazione. L’intuizione procede per guizzi, per salti fino a verità autoevidenti. La motivazione procede per gradi, attraverso argomenti, fino a verità che non sono mai autoevidenti e che, anzi, non perderanno mai il carattere della problematicità. L’*intime conviction* è un evento psicologico, la motivazione è un fenomeno logico». Osserva LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., 18 che «un giudice può emanare una certa decisione perché nutre avversione verso una certa parte, o perché nutre simpatia verso l’altra; questo è il ‘motivo’ della sua decisione. Tale ‘motivo’ spiega la sussistenza empirica della decisione, ma non ci dice ancora nulla sulle ‘ragioni’ addotte dal giudice per motivare (‘giustificare’) la sua sentenza. Tali ‘ragioni’ sono indipendenti dai ‘motivi’, e sorprendentemente possono anche essere ‘buone’ in presenza di motivi assai ‘dubbi’. Ciò in quanto ‘motivi’ e ‘ragioni’ sono logicamente mutuamente indipendenti. Sebbene – si badi – nulla impedisce che si possa assumere una ‘ragione’ come ‘motivo’ della propria condotta; cosa anzi che sarebbe obbligo d’ogni giudice». Sul punto, svolgono interessanti riflessioni sulla «simbolizzazione del proprio ruolo da parte del giudice» (279) CRUGNOLA C. R. – SCAPARRO F., *Decisione e giustificazione*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 245 ss. (in part., 279-280), nel rendicontare la (oramai datata, tenuto conto della rilevanza del contesto ai fini dell’)indagine compiuta, «volta a esplorare, avvalendosi di un campione limitato di giudici penali, monocratici e collegiali, le modalità attraverso le quali il giudice penale si rappresenta il nesso decisione-motivazione» (249). Sulla tematica, ricorda in ogni caso SCARPELLI U., *Introduzione all’analisi delle argomentazioni giudiziarie*, in *Foro it.*, 1970, suppl. al n. 1, *La formazione extralegislativa del diritto nell’esperienza italiana – Atti delle giornate di studio di Ancona, 2-3 maggio 1968*, 77, che «le intuizioni e in generale le attività individuali e collegiali per cui i giudici arrivano alle decisioni sono, se ci riferiamo ai giudici togati, ai professionisti del giudicare, le intuizioni e le attività, appunto, di professionisti preparati e allenati a muoversi e a trarre conclusioni in uno specifico orizzonte culturale, l’orizzonte del diritto con le sue strutture tecniche; e sono pertanto connesse a tali strutture e orientate da tali strutture, così come l’invenzione teorica dello scienziato è connessa alle e orientata dalle strutture teoriche in cui egli è abituato a lavorare. Il contesto di decisione e il contesto di motivazione possono essere concettualmente separati con nettezza, ma nell’esperienza della decisione giudiziaria il trascorrere dall’uno all’altro è continuo: il giudice singolo non attende, per controllare le soluzioni che gli si presentano circa le varie questioni da affrontare, di essere giunto alla decisione finale, ma via via le sottopone al controllo della giustificabilità nella motivazione; e la maggior parte della discussione nella camera di consiglio di un giudice collegiale riguarda la giustificabilità con la motivazione delle soluzioni e decisioni che il relatore, o il presidente o altri in alternativa al relatore, vanno proponendo».

rilevanza ancor più determinante, sia consentito dirlo, dello stesso testo di legge sul quale tali operazioni si esercitano o a partire dal quale tali operazioni si orientano⁷⁴⁹.

Pragmaticamente, allora, il principio di legalità (legale) arretra in termini di esclusività e centralità all'interno dell'ordinamento, perché il giudizio che traspone la *law in the books* in *law in action* non è un giudizio puramente logico-deduttivistico, né – come si è appena visto – completamente razionale. Nella traduzione della disposizione (generale e astratta) in norma (particolare ed effettiva, adattata) al caso concreto, intervengono elementi di soggettività e illogicità, nonché finanche di irrazionalità, che rappresentano un'ulteriore frapposizione tra la legge e la sua immediata realizzazione. Insomma: c'è la legge, certo, ma vi è molto di più rispetto alla legge; e questo vale in qualsiasi ambito giuridico-ordinamentale.

Come scrive Massimo La Torre, quindi, dal momento che «rievocare l'antico mito del giudice come potere nullo o automa o macchina della legge (*Paragraphen Automat*, come dice Max Weber) significa solo occultare la deliberazione e la decisione che non mancano mai, [è] meglio allora – per assicurare la certezza del diritto – che i passi argomentativi che conducono alla decisione siano resi espliciti e pubblici, e dunque effettivamente criticabili, ben al di là della retorica del richiamo e dell'omaggio tutto formale alla legge scritta e alla sovranità del legislatore»⁷⁵⁰.

Riguardare in punto di motivazione (specie con l'adozione di un metodo di giudizio e di giustificazione *ad hoc*, quale l'onere motivativo rinforzato) quello che si perde altrove può essere

⁷⁴⁹ A livello logico, invero, posto che in ambito giuridico le conclusioni si traggono da premesse soltanto probabili (e non necessarie) e che il giudizio ha per oggetto accadimenti storici particolari, irripetibili e solo parzialmente costanti (anziché universali e assoluti), l'esito conoscitivo della decisione alla quale si giunge non può che avere carattere approssimativo e verosimile: mai rigorosamente dimostrativo (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 233 [1139b, 25]). In tal senso, nel mondo del diritto, il ragionamento decisorio non si risolve in un mero atto formalistico-deduttivo, sebbene continui comunque a indossare le vesti del sillogismo. La struttura discorsiva resta infatti quella sillogistica – dalle premesse (meglio: dalla combinazione delle premesse) si ricava, traendola consequenzialmente, la conclusione – ma il modo di ragionare intorno alle premesse non è quello della deduzione meccanica, bensì quello opinabile dell'ermeneutica e dell'argomentazione (cfr. *infra*, § I.2.1, con riferimento all'obbligo di motivazione rafforzata). Scrive CONTE G., *Il linguaggio della difesa civile*, cit., 61 che «le moderne teorie dell'argomentazione hanno chiarito che, affinché un ragionamento logico-formale di stampo deduttivo possa realizzarsi appieno, occorrerebbe quantomeno che si verificassero le seguenti quattro condizioni: a) la premessa maggiore del sillogismo dovrebbe essere precostituita, univoca e a portata di mano; b) i fatti rilevanti ai fini della decisione dovrebbero essere oggettivamente accertati; c) il giudice dovrebbe essere animato da spirito di fedeltà alla legge; d) il giudice dovrebbe astenersi dal perseguire determinate finalità sue proprie e quindi dovrebbe astenersi dal valutare le conseguenze prevedibili della sua decisione. Queste condizioni – si può convenire – non si realizzano facilmente o forse, più esattamente, non si realizzano mai».

⁷⁵⁰ LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., 101 (corsivo nostro). Analogamente, COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [ad AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre*], cit., 234: «L'ideale illuminista di un giudice 'bocca della legge', meccanico applicatore di una norma eteronoma precostituita al giudizio, costituisce lo strumento più radicale per eliminare l'incertezza sul versante dell'applicazione. Ma si tratta appunto di un ideale, mai realizzato e, per molti, neppure troppo desiderabile. Ciò che mina alla radice la praticabilità del giudizio 'meccanico' è infatti la insopprimibile incertezza del diritto sul versante della produzione: tale incertezza rende necessitata una scelta (più spesso: molte scelte) da parte del giudice. *Maggiore praticabilità pare allora avere un'altra strada: quella di elaborare, o rielaborare, un insieme di regole, quanto più possibile precise ed esaustive, che guidino il giudice nella scelta tra le diverse alternative aperte di fronte a lui*».

una soluzione – lo si è ripetuto più volte: sicuramente da affiancare ad altre forme d'intervento – idonea a salvaguardare valori di sistema non più adeguatamente tutelati da altri istituti, in modo da riassetare – ricalibrandolo – l'equilibrio del sistema.

Inoltre, un affinamento dell'obbligo motivazionale (specialmente se lo si affina nei termini dell'obbligo di motivazione rafforzata: cioè, di un ragionamento a step logico-argomentativi obbligati) può avere una risonanza positiva sullo specifico versante delle distorsioni cognitive e dell'emotività⁷⁵¹, poiché – com'è tipico dell'onere motivativo⁷⁵² (*a fortiori*, nell'ipotesi in cui sia rafforzato) – si riduce la possibilità che si faccia «ricorso a scorciatoie del pensiero, le “euristiche” appunto, che sicuramente rendono il processo decisionale più spedito e talvolta con un risultato accettabile ma, purtroppo, spesso meno affidabile»⁷⁵³.

Più precisamente, imponendo la trattazione di determinati argomenti, concernenti profili salienti della fattispecie in esame, si viene a incanalare l'*esprit de finesse* (i.e. il libero convincimento del giudice, razionalmente e irrazionalmente ispirato) nelle forme ordinate dell'*esprit de géométrie* (i.e. le tappe obbligate da affrontare e da riempire contenutisticamente, adattando la decisione alle peculiarità della vicenda storica sottoposta a giudizio).

⁷⁵¹ Cfr., per ciò che concerne l'influsso degli stereotipi, DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 229 e 231: «Una cosa è l'attivazione dello stereotipo, che risponde al modello del processo automatico e sarebbe dunque inevitabile; altra e successiva la sua applicazione, emendabile attraverso un processo controllato. [...] Meccanismi di inibizione, come la 'direzionabilità del processo' per il tramite, ad esempio, dell'onere di dover dar conto ad altri dell'impressione formatasi».

⁷⁵² L'obbligo motivazionale, infatti, «tende a minimizzare il potere di chi è chiamato a giudicare e a massimizzare il suo sapere giudiziario» (FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 21-22), rendendo tra l'altro maggiormente individuabili (e quindi emendabili, ove esistenti) gli errori giudiziari: giacché, la riproduzione (quantomeno nelle sue linee essenziali) dell'itinerario logico-argomentativo percorso dal giudice per assumere (o perlomeno per giustificare l'assunzione) di una determinata decisione, piuttosto che di un'altra, permette di rintracciare più facilmente «in quale tappa del suo cammino il giudice ha smarrito l'orientamento» (CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., 170). La motivazione, quindi e in special modo per quanto d'interesse in questo sotto-paragrafo, «è garanzia intrinseca di un buon giudicato in quanto che il giudice, enunciando le ragioni per le quali si determina, è costretto a riflettere, decidendo per giusti motivi e non per una momentanea impressione» (LANZA P., *Nullità delle sentenze fondate su motivazioni erronee*, in *Giust. pen.*, 1909, 547). A tal riguardo, LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., 66-68 afferma che, «ammesso e non concesso che i giudici decidano “gastronomicamente”, ovvero secondo motivi inconfessati e inconfessabili, i loro sforzi di razionalizzazione *a posteriori*, di giustificazione *ex post factum*, potrebbero – sia pure in minima misura – avere un effetto retroattivo sul contenuto della loro decisione “gastronomica”, imponendo a questa qualche tipo di limite all'arbitrarietà della motivazione, per esempio costringendo il giudice a essere comprensibile pubblicamente e a risultare coerente nell'esposizione delle sue ragioni. [...] D'altra parte, una decisione, sebbene presa su base irrazionale, potrebbe rivelarsi, una volta sottoposta al *test* di giustificazione e di razionalità, come la decisione corretta. In tanto in quanto poi una decisione può essere appellata o impugnata (o pubblicamente esaminata e criticata), ciò che è decisivo in essa è proprio il contesto di giustificazione, ovvero gli argomenti presentati in tale contesto, e non i motivi di fatto o gli impulsi o le intuizioni per i quali la decisione è stata presa, vale a dire non ciò che è accaduto, nel contesto di decisione».

⁷⁵³ FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 35 (secondo i quali «il sapere utile nel processo è quello che scopre i limiti di questo mondo e costruisce un'interpretazione via via meno condizionata dalla nostra limitatezza» [178]).

Tramite questa raffinatura o rifinitura motivazionale, che consiste nello «scomporre i passi del ragionamento»⁷⁵⁴ e nell'imporre l'attraversamento di determinate questioni e problematiche argomentativo-accertative, si rinsalda il giudizio anche in punto della sua 'neutralità' emotiva.

Gli influssi soggettivistici del giudice – inevitabilmente sempre presenti, giacché fisiologici⁷⁵⁵ – si mitigano – così evitando eccessi e derive patologiche – declinandosi entro un percorso valutativo-giustificativo a tappe obbligate, avente a oggetto tematiche e aspetti in grado di rendere più oggettivo lo *iudicium*, laddove lo vincolano a rispondere a domande che, oltre ad aumentarne la qualità epistemologica, sono obiettivamente connotate (e, pertanto, obiettivamente connotanti il giudizio che su di esse si sofferma e si svolge)⁷⁵⁶.

Nelle fattispecie in cui ciò è possibile (c.d. “fattispecie da motivazione rafforzata”), giudicando e giustificando il *decisum* rafforzatamente, ovverosia secondo passaggi logico-argomentativi obbligati, non si disperde lo sguardo critico e personale del decisore, ma lo si orienta verso la

⁷⁵⁴ Parla di «passi del ragionamento» argomentativo COSTANZO A., *Bi-logica e giudizio*, cit., 258, il quale sostiene che «i passi sono atomici solo per convenzione e in pratica nell'analisi di una argomentazione non si ripercorrono tutti i passi, ma soltanto li si riscrive in un maggior numero di passi 'più corti'. Una argomentazione può venire espressa saltando o condensando volutamente dei passaggi in un modo che si suppone innocuo fra gli esperti del campo del settore». Ecco: precisiamo che i pass(agg)i argomentativi obbligati dell'obbligo di motivazione rafforzata – come si dirà poi *infra*: cap. III – non ammettono d'essere saltati, giacché non possono darsi per implicito. Per la loro natura, gli “argomenti rinforzati” contenuti nelle tappe obbligate devono essere espressamente attraversati se li si vuol concretizzare: altrimenti, rimangono per così dire inavasi. In questo senso, l'onere motivazionale rafforzato è incompatibile con la c.d. “motivazione implicita”, che potrà riguardare altri passaggi della giustificazione del provvedimento, ma non quelli attinenti a quei profili dell'accertamento che richiedono d'essere concretizzati secondo la metodica valutativo-giustificativa a step obbligati.

⁷⁵⁵ Leggiamo in MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 12 258-259 che «il giudizio si presenta contemporaneamente alla sfera conoscitiva e a quella emozionale del soggetto, senza alcuna possibilità che i due momenti possano essere tra loro distinti. Si può dire anzi che non vi sia una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale e che una presa di coscienza rispetto al dato implichi l'inferenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venir isolato dall'altro, in un'operazione densa di apporti scambievoli». Scrive ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 109 che, «per quanto ci si sforzi a disciplinare una regola di giudizio, quest'ultimo resta comunque affidato a una componente emozionale del giudicante. E vi sono anche altri fattori che possono influenzare la decisione del giudice: la sua cultura, la sua sensibilità morale e politica, le sue ideologie, la sua educazione e altri fattori ancora». Osserva NATALE A., *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 16 che «l'ineliminabilità della componente umana nel momento del giudizio rende ovviamente quest'ultimo *fallibile* e, talora, imprevedibile».

⁷⁵⁶ Ferma restando la duplice impossibilità sia di rimuovere sia di poter completamente gestire e di saper fedelmente riprodurre (v., ad es., BIN R., *A discrezione del giudice. ordine e disordine in una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, 63 e 102 e SCARPELLI U., *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, cit., 76-78) “i sotterranei meandri delle correnti sentimentali” che agitano l'agire umano (per utilizzare il lessico di CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, cit., 170), a nostro parere, se l'agire umano del giudice lo si orienta – nelle ipotesi in cui ciò sia possibile – alla luce di un percorso valutativo-giustificativo costituito da tappe argomentative obbligate, concernenti profili razionali salienti della fattispecie in esame, lo si salvaguarda altresì da patologiche derive soggettivistico-emotive. Riprendiamo l'obbligo di motivazione rafforzata in materia di prova scientifica nuova (nt. 716). Il fatto che il giudice debba vagliare la bontà della teoria prospettataagli sulla scorta di argomenti e parametri obiettivizzanti il giudizio (*i.e.* tasso di errore; pubblicazione su riviste scientifiche; sperimentabilità e tentativi di falsificazione; *curriculum* dell'esperto; ecc.) impedisce che la scelta avvenga *ad libitum* o, se non riesce a impedirlo, rende agevolmente – e, soprattutto, fondatamente – contestabile l'illegittimità della decisione assunta.

disamina di punti (argomentativi) salienti e specifici per quel determinato tipo di accertamento, il cui vaglio rende la scelta che si compie non meno umana e eppure più neutrale e oggettiva.

I.2.1. IL SILLOGISMO GIUDIZIALE: “QUEL CHE RESTA, QUEL CHE SE NE VA”⁷⁵⁷

In ragione di quanto si è detto intorno al ragionamento decisorio e in vista di quanto diremo nei prossimi capitoli, s’impone ora una breve riflessione sul sillogismo giudiziale, o meglio: sul ragionare per sillogismi del giudice. Riflessione che svolgiamo, per l’appunto ai fini del presente lavoro, nella prospettiva specifica dell’obbligo di motivazione rafforzata.

Anzitutto, si può con tranquillità affermare che l’amministrazione della giustizia – nell’attuale ordinamento: l’applicazione della legge al caso concreto – consiste in una attività non meramente meccanico-deduttiva⁷⁵⁸. La concretizzazione della previsione legislativa in base alle peculiarità della vicenda storica in esame⁷⁵⁹, infatti, si compie tramite operazioni decisionali che, pur adagiandosi entro la struttura logica del sillogismo⁷⁶⁰, a livello contenutistico non si riducono – né mai si sono ridotte – a formali deduzioni sillogistiche⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ Il titolo del sotto-paragrafo ricalca quello del contributo che abbiamo avuto occasione di pubblicare come gemmazione – contenente considerazioni analoghe, ma sviluppate in termini più generali (vorremmo dire di “teoria generale del diritto”) – delle riflessioni qui svolte: CECCHI M., *Il sillogismo giudiziale: “quel che resta, quel che se ne va”*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1525 ss.

⁷⁵⁸ Il giudice compie sempre qualche passaggio valutativo mentre, applicandola (*recte*: sussumendo in essa il caso concreto), conforma la legge alla realtà. Quest’operazione di *inveramento giudiziale* della disposizione legale, che si compie di solito tramite valutazioni, integrazioni, conformazioni ecc., conosce diverse modulazioni operative. Infatti, ci sono fattispecie in cui il contributo dell’interprete – in part., del giudice – è massimo (es. clausole generali), altre in cui è assente (es. termini perentori; legittimazione processuale; ecc.) e altre ancora in cui è minimo, quasi inesistente (es. soglie nei reati tributari). Nondimeno, anche in tali ultime ipotesi un apporto discrezionale comunque residua (es. scelta della teoria matematica con la quale effettuare il calcolo di soglia), essendo insito a qualsiasi umana attività applicativo-interpretativa il momento assiologico (v. cap. I, §§ II.4 e II.7).

⁷⁵⁹ Sul dipanarsi del ragionamento giudiziale, si veda il pensiero di Giovanni Canzio, che – in svariate sedi (di cui ci limitiamo a richiamarne alcune soltanto) – ripercorre “le linee di fondo dello statuto epistemologico dell’inchiesta e del processo penale”: CANZIO G., *Alle radici dell’errore giudiziario*, cit., 84-88; CANZIO G., *La “Dike” degli antichi e la “Giustizia” dei moderni*, cit., 3-5; CANZIO G., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, (a cura di) G. CANZIO e L. LUPÀRIA, Padova, 2017, 3-21.

⁷⁶⁰ Peraltro, come osserva TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 162 e nt. 27, il sillogismo può rivelarsi «un comodo strumento, nel senso di lasciare nell’ombra gli apprezzamenti [discrezionali del giudice], realizzando l’apparenza di una giustificazione obiettiva e logicamente stringente. La tendenza a “sillogizzare” la motivazione non deriva soltanto da condizionamenti storici e culturali di vario genere, ma coinvolge anche l’atteggiamento ideologico del giudice nei confronti della motivazione, che può tradursi nell’uso cosciente e strumentale di una certa forma logica allo scopo di dare un’apparenza di necessità alla motivazione, e quindi alla decisione che essa giustifica, eliminando dal proprio discorso i momenti di scelta valutativa, come tali non passibili di obiettiva dimostrazione. Il risultato di tutto ciò è che la motivazione deduttiva non solo non esprime il reale *iter* che il giudice percorre per giungere alla decisione, ma finisce col non esprimere neppure il procedimento logico e valutativo che il giudice pone in essere al momento in cui razionalizza *a posteriori* i fondamenti della decisione stessa: nei limiti in cui ciò si verifica, la motivazione si riduce realmente a un cattivo esercizio di logica formale». D’altra parte, in questa opaca prospettiva di apparente (*recte*: fittizia) trasparenza, mette conto evidenziare che – come rileva GIANFORMAGGIO

Se, da un lato, lo schema “premessa maggiore - premessa minore - conclusione”⁷⁶² resiste logicamente ed è tuttora valido, sicché non deve essere abbandonato⁷⁶³; dall’altro lato, la natura non

L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 85 – «il ‘postulato della deduttività’ è altra cosa dal ‘postulato del vincolo alla legge’» e, pertanto, «nessuna inferenza deduttiva potrà mai garantire la fedeltà alla legge».

⁷⁶¹ Cfr. – *a contrariis* – TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 157-158: «Quanto all’uso del sillogismo nell’attività decisoria, esso è senz’altro possibile, ma non si tratta dell’unico strumento logico necessariamente utilizzabile. Inoltre, va rilevato che il sillogismo è applicabile solo in quanto le proposizioni che esso dovrebbe collegare presentino determinati caratteri logici: ciò porta ad affermare che solo in casi eccezionali il giudizio di fatto può seguire un ordine logico di tipo deduttivo, e che solo raramente ed entro certi limiti assai ristretti un ordine di tal genere determina la fissazione della norma da applicare alla fattispecie concreta».

⁷⁶² Sul sillogismo (spec., sul ‘sillogismo dialettico’), non può mancare il riferimento ad Aristotele: in part., ARISTOTELE, *Analitici primi, passim.* (es. 24b, 15-20; 25b, 30-35; 31; 40b, 20-25; 41a, 5-10; 41b, 5-10; 46a, 5-20; ecc.) e ARISTOTELE, *Analitici secondi, passim.* (es. 71b, 15-20; 72b, 20; 74b, 5-10; 75a, 10; 75b, 20-25; 76a, 5; 80a, 25; 81b, 10-25; 87b, 20-25; 91a, 15; 92a, 10; ecc.).

⁷⁶³ V. DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 34 (corsivo nostro): «*Il sillogismo giudiziale, operato ex post facto dal magistrato, ma anche quello previsionale condotto ex ante da parte di qualsiasi interprete e da parte del cittadino, è ancora uno strumento indispensabile, anche se non come lo voleva applicare Beccaria, senza interpretazione, cioè “al posto” della interpretazione.* Si provi del resto a stabilire la prevedibilità di una possibile qualificazione giuridica di un fatto, per non parlare di una decisione, senza fare un sillogismo. È chiaro che la stessa esigenza “costituzionale” della prevedibilità del diritto, della sua conoscibilità, dell’accessibilità delle norme, richiede che il cittadino possa compiere un’operazione di sussunzione di una fattispecie concreta in una regola astratta o in un precedente. E come lo deve poter fare il destinatario della legge, dovrà farlo il giudice, per non “dribblare” e “incastrare” l’imputato *a posteriori*». Sul punto, *ex plurimis*: ALEXY R., *Die logische Analyse juristischer Entscheidung*, in ALEXY R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, 19; cfr. ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 195 («È sempre necessaria l’indicazione di premesse empiriche o normative, la cui verità o correttezza possa essere in ogni momento oggetto di discussioni»); BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Cesare Beccaria*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2015, 172-173 («Quanto ai rapporti con il principio di legalità, non si può negare che DSG, o meglio la sua maggiore applicazione istituzionale – la formulazione sillogistica delle sentenze – abbia ancora un ruolo da giocare, come mezzo a fine di una dottrina normativa del garantismo penale del tipo di quella di Luigi Ferrajoli. Da questo punto di vista, e per le specifiche esigenze del diritto penale, credo che la formulazione sillogistica delle sentenze, impostasi nel mondo di *civil law* a seguito delle dottrine di Montesquieu e di Beccaria, sia più trasparente delle circonvolute *opinions* tipiche delle sentenze di *common law* e più idonea a svolgere le funzioni tipiche della motivazione della sentenza: esibire le ragioni della decisione, permettendone un controllo intra- ed extra-giuridico»); BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale*, in BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976, 164; COMANDUCCI P., *Su Taruffo* [a margine dello scritto di TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*], in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 353 («Una giustificazione che non possa mettersi in forma sillogistica non è una giustificazione razionale perlomeno nei sensi forte e fortissimo di questa espressione»); CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 542; DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo?*, cit., 276-277; FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario. In difesa del positivismo giuridico*, Modena, 2018, 29-30 («La sussunzione non è mai stata uno strumento di individuazione e neppure, a rigore, di conoscenza del diritto. Essa non garantisce affatto la “verità processuale”, dato che è solo la forma logica della conclusione del ragionamento giudiziario, operata dopo che siano state acquisite – siano esse fondate o meno – le premesse, frutto – esse si – di conoscenza empirica e perciò di decisioni argomentate sulla loro “verità”: frutto, anzitutto, dell’argomentazione probatoria, consistente in un’induzione che può pervenire a una “verità fattuale” soltanto probabilistica; e frutto, in secondo luogo, dell’argomentazione interpretativa, che a sua volta può pervenire a una “verità giuridica” soltanto opinabile. E tuttavia, dopo che sono state argomentate e accettate le premesse, qualunque pronuncia di merito consiste in una sussunzione; e qualunque suo controllo di legittimità consiste nell’affermazione della conformità o meno delle sue premesse alle norme, formali e sostanziali, sulla sua produzione. [...] In breve, la sussunzione ricorre sempre, ma di per sé non legittima nessuna pronuncia, non potendo garantire la “verità” delle sue motivazioni ed essendo anzi

compatibile con la loro falsità»); GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 85-86 («Il ‘postulato della deduttività’ non diventa, tutto sommato, irrilevante una volta mostrato che non basta a salvaguardare la certezza del diritto, la separazione dei poteri, la subordinazione del giudice alla legge? Evidentemente no: quel postulato, infatti, non può essere considerato meno *necessario* a garantire la certezza del diritto per il fatto di non essere *sufficiente* a garantirla; esso, poi, anche per chi non consideri la certezza del diritto o la separazione dei poteri come dei valori degni di speciale considerazione e tutela, resta a salvaguardia di quella fondamentale esigenza di giustizia consistente nella controllabilità delle decisioni giudiziarie»); KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 245; KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 47 (e ss.); LA TORRE M., *Teorie dell’argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un’approssimazione*, in ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 359 («L’uso del sillogismo è in un certo senso una banalità. Parlare è già operare sillogisticamente, almeno in quanto si applichi un termine con una estensione – significato – inevitabilmente generale a uno specifico oggetto, denotando dunque quest’ultimo mediante quel termine») e 360-362; LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975), Berlin, 1991, 158; MASSA M., *Contributo all’analisi del giudizio*, cit., 12-21 e 37-44, nonché 239; MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, 54-55; MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 103 («Una volta stabilito il significato del testo o integrata la fattispecie normativa in relazione al caso concreto, la decisione procede con la tecnica logico-formale della sussunzione»); MEGALE F., *Lo stile delle sentenze francesi e angloamericane. Analisi delle variabili e strategie di traduzione*, in *inTRAlinea*, 2011, 2; MENNA M., *La motivazione*, cit., 51-52; MORSELLI C., *La sentenza penale*, cit., 63 («Il sillogismo ‘perfetto’ diviene la struttura strettamente consecutiva nel cui ambito inserire il *climax* della decisione»); NEUMANN U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., 17-18; NEUMANN U., *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, 83 ss. (es. 84: «Gli scettici hanno ragione a ritenere indifendibile un *modello deterministico*, rappresentato metaforicamente dall’immagine dell’automa della sussunzione. Malgrado oggi questo punto non sia più dibattuto, il modello riveste pur sempre una funzione euristica come punto di riferimento virtuale della discussione. Le ragioni della sua insufficienza devono essere pertanto brevemente riassunte. Intesa in senso più debole, quale vincolo della decisione a una regola, la sussunzione risulta invece costitutiva della prassi giudiziale, così come dell’attività di preparazione della decisione, svolta dalla scienza giuridica»); NEUMANN U., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 56-59; cfr. PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 103-106 e 111; ROSELLI F., *La motivazione della sentenza civile*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 394; SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 9-43 («Lo schema sillogistico tradizionale risulta adeguato a descrivere il processo mentale che costituisce il ragionamento giudiziale, indipendentemente dai contenuti che lo stesso è destinato, di volta in volta, ad assumere in concreto» [12]; «Lo schema sillogistico ritrae con precisione l’aspetto “strutturale” del ragionamento giudiziario» [14]); SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 719; SIRACUSANO D., *Rapporti tra questione di fatto e questione di diritto con particolare riguardo all’applicabilità dell’art. 152 c.p.p. nel giudizio di rinvio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 904 (ove si parla di «questioni composte ordinatamente nello schema del sillogismo»); TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 163; TONINI P., *La prova penale*, Padova, 2000, 55-58 («Pur dando atto dei limiti che sono connaturali al sillogismo giudiziario e al sillogismo probatorio e pur avendo presente che con il metodo induttivo non si potrà raggiungere la certezza, ma soltanto una probabilità, eventualmente anche alta, nell’accertamento di un fatto storico, lo strumento proposto da Cesare Beccaria resta ancora valido. Il sillogismo giudiziario e il sillogismo probatorio, intesi non in modo automatico, bensì con la consapevolezza dei margini di scelta che rimangono, sono strumenti ancora utili e idonei per inquadrare entro limiti razionali e controllabili l’attività del giudice» [58]); VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, cit., 39-50 (in part.: 46, nt. 9); WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell’interpretazione del diritto*, in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico*, cit., 300 («La giustificazione di una decisione interpretativa posta in forma di ‘deduzione’ conferisce alla decisione un certo tipo di oggettività, ed è un fattore vitale per qualsiasi controllo su tale decisione»); ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., 167 («Lo schema logico del sillogismo normativo non è affatto abbandonato, ma da gran tempo ormai si è fatta strada l’idea che la premessa maggiore (la norma da applicare) non sia quasi mai integralmente determinata dalla legge e che, quindi, per la parte carente le decisioni del giudice contengano elementi creativi che dipendono dalla sua scelta, cioè dalla sua volontà discrezionale»); ZAZA C., *La sentenza penale. Struttura e casistica*, Milano, 2011, 28.

formalistica dei ragionamenti che si intrecciano e si susseguono nel corso dell'accertamento⁷⁶⁴, richiede che il modulo sillogistico si arricchisca sostanzialmente in certi suoi passaggi inferenziali.

Sicuramente, un simile arricchimento lo pretendono le ipotesi in cui occorre motivare rafforzatamente.

Anche nell'ottica dell'obbligo di motivazione rafforzata – ossia, di un metodo di giudizio e di giustificazione a tappe argomentative obbligate – si mantiene il sillogismo come struttura del

⁷⁶⁴ Sull'intrecciarsi – caratteristico della “trama” o del “tessuto” – di ragionamenti, di argomenti e «sub-argomenti (che costituiscono particolari segmenti dell'intera motivazione)» (CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 253), v. LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 555: «Mentre il modello fisico della deduzione razionale è la catena, che non è mai più solida del più debole dei suoi anelli, il modello dell'argomentazione ragionevole, tipicamente formata dalla convergenza di argomenti non necessitanti, è il tessuto, senza confronto più solido dei singoli fili che lo compongono». Afferma SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 9 che «il ragionamento può essere ricondotto a un meccanismo deduttivo rappresentabile mediante gruppi di sillogismi concatenati e illustrati nella motivazione del provvedimento giudiziale». Negli *Analitici primi*, Aristotele parla di “prosillogismo” (ARISTOTELE, *Analitici primi*, in ARISTOTELE, *Organon*, cit., es. 161 [42b, 5]) e di “concatenazione sillogistica” (ARISTOTELE, *Analitici primi*, cit., es. 252 [65b, 15]). Sulla “catena di sillogismi”, v. CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 13-15 e ss. (es. «complicate deduzioni concatenate» [15]) e SIRACUSANO D., *Rapporti tra questione di fatto e questione di diritto*, cit., 898 (in part., con riflesso in punto di controllabilità della *quaestio facti* e della *quaestio iuris* in sede di legittimità). Il fenomeno è richiamato altresì da TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 150-151, il quale – nell'ambito della ricostruzione storica relativa al sillogismo giudiziale (allorché tratta della dilatazione del modello di giudizio «da sillogismo a polisillogismo», che comunque mantiene in ogni caso il medesimo «modulo logico-strutturale, ossia la deduzione sillogistica») – descrive l'esistenza di una «corona di sillogismi strumentali, concatenati in modo tale che le loro conclusioni costituiscono le premesse del sillogismo finale».

ragionare giudiziale e si supera l'idea "iper-semplificata"⁷⁶⁵ di una deduzione diretta, meccanica e necessitata della soluzione giuridica a partire dal testo di legge⁷⁶⁶.

In verità, una simile concezione è già da tempo⁷⁶⁷, se non addirittura fin dalla sua genesi (e finanche dallo stesso Beccaria), considerata come utopistica e volta semplicemente a richiamare il

⁷⁶⁵ BORSELLINO P., *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 150 (e nt. 24) e 151 (corsivo nostro), la quale sottolinea «l'ipersemplificazione in cui i sostenitori del modello sillogistico incorrono quando omettono di sottolineare che il ragionamento del giudice non si esaurisce nella formulazione di un unico sillogismo, ma comporta una lunga catena di sillogismi, dal momento che il sillogismo, per così dire, conclusivo, con cui il giudice applica il diritto ai fatti del caso, ricavando la norma-sentenza, presuppone altri ragionamenti di ordine logicamente superiore (ad esempio, quelli ai quali si deve far ricorso per poter affermare l'esistenza della norma generale e astratta da assumere come criterio di decisione, escludendo l'esistenza di lacune). [...] In questa direzione, il limite principale del modello sillogistico va individuato nella mancata focalizzazione del problema delle premesse di diritto e di fatto, con le quali la decisione può essere considerata in rapporto di derivazione logica, premesse a loro volta bisognose di una giustificazione, per la quale le tecniche argomentative di tipo logico-deduttivo non appaiono, per lo più, né adeguate né sufficienti. [...] Il modello logico-deduttivo, che – attraverso la motivazione – tende a far apparire la decisione come necessaria e inevitabile, presentandola come l'unica soluzione possibile della controversia, è apparso criticabile nella sua portata descrittivo-esplicativa, non meno che nella sua valenza prescrittivo-ideologica». Scrive che «gli automi della sussunzione sono creazioni di fantasia» HASSEMER W., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 80. Richiamando Karl Larenz (LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., 154), Robert Alexy osserva che «nessuno può seriamente affermare [...] che l'applicazione delle norme di legge non sia nient'altro che una sussunzione logica secondo premesse maggiori astrattamente formulate». Questa affermazione di Karl Larenz individua uno dei pochi punti su cui esiste un accordo all'interno dell'odierna discussione sul metodo giuridico. Esprimibile in un enunciato normativo particolare, la sentenza che decide un contenzioso in un gran numero di casi non consegue logicamente dalla combinazione delle formulazioni delle norme giuridiche, che vanno presupposte come vigenti, con enunciati empirici da riconoscere come veri o provati» (ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 7).

⁷⁶⁶ V. il celebre passo di BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., 32-33 – cap. IV: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza». Nella prospettiva della "motivazione rafforzata" (i.e. nella prospettiva di un ragionamento logico valutativo e argomentativo-decisionale costruito a step obbligati), in una sorta di "Pizzica d'addio", ci si accosta – richiamandola nella forma – e ci si allontana – 'superandola' nei contenuti – dall'idea avanzata oltre duecentocinquanta anni fa da Cesare Beccaria. Da un lato, ci si accosta e si mantiene tale idea perché la struttura entro cui si inquadra il ragionare giudiziale (pur diverso, di regola, dalla mera deduzione logico-formale) resta quella sillogistica. Dall'altro lato, ci si allontana e si abbandona il modo di ragionare e di argomentare formalistico-deduttivo perché l'apprezzamento del giudice si dipana, in generale e prevalentemente, entro un percorso in cui si susseguono una molteplicità di operazioni sostanzialistico-valutative (declinate, nell'ottica di un onere motivazionale rinforzato, in una serie di passaggi argomentativi obbligati).

⁷⁶⁷ Osserva per l'appunto PALAZZO F., *Un limite o un sostegno per le procure della Repubblica?*, in www.sistemapenale.it, 7 ottobre 2020, 1 (corsivo nostro) che «l'illusione che la legge penale contenga già *in nuce* la decisione giudiziaria è tramontata da un pezzo e il vagheggiamento di quell'ideale suona per lo più come argomento retorico per contrastare certe derive del sistema verso uno sbilanciamento a favore del formante giurisprudenziale. La consapevolezza dell'odierna dura realtà, però, non deve far tacere la voce di chi pretende dal legislatore il recupero di un'ars legiferandi che gioverebbe prima di tutto alla sua dignità e alla centralità democratica del suo potere; e dal giudice un maggiore esercizio del senso del limite. Ma soprattutto quella consapevolezza deve essere la molla per cercare di recuperare *altrove* la legalità perduta». A nostro parere, uno dei luoghi – non l'unico, certo! – ove si può cercare di "recuperare la legalità (legale) perduta" e che, al contempo, può rivelarsi in grado di indurre il "giudice all'esercizio del senso del limite" è rinvenibile nella motivazione del provvedimento: in particolare, in quella tipologia motivazionale (intesa come metodo di giudizio e di giustificazione) a tappe obbligate che analizziamo *infra*, ovvero sia

giudice all'applicazione rigorosa della legge, piuttosto che a vincolarlo effettivamente nel suo modo di decidere⁷⁶⁸. D'altra parte, poi, i vari fattori fin qui analizzati mostrano con evidenza che la legge

la c.d. "motivazione rafforzata". Questa, fra le altre, ci pare una «strada [sulla quale] occorrerà lavorare, con cautela e serenità» (3), per recuperare l'equilibrio del sistema e un suo più ordinato funzionamento.

⁷⁶⁸ Sull'inadeguatezza del sillogismo giudiziale – nella sua versione formalistico-deduttiva – a compendiare l'effettiva attività decisionale del giudice, *ex multis*: AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 217; AMARELLI G., *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Oss. cost.*, 2015, 2, 23-24; AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 213-216; BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 167 («Che quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza», infine, è ovviamente insostenibile. Beccaria e il suo *atelier*, interpretati caritatevolmente, vogliono solo dire che la vita, la libertà e i beni degli accusati non possono dipendere dagli incerti del ragionamento giuridico. In effetti, se resta qualcosa di DSG, oggi, è l'esigenza di controllare l'iter logico della sentenza: esigenza per soddisfare la quale tutti i passaggi della decisione andrebbero riformulati come sillogismi»); cfr. BATESON G., *Mente e natura. Un'unità necessaria*, (trad. it.) G. LONGO, Milano, 1984, 84 ss. («Il "se... allora" del sillogismo logico è molto diverso dal "se... allora" della causalità [...] Il "se... allora" della causalità contiene il tempo, mentre il "se... allora" della logica è atemporale; ne segue che la logica è un modello incompleto della causalità [non potendo la logica (peraltro e *ad esempio*) simulare tutte le sequenze causali allorché le medesime diventano complesse]» [84-86]); BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (1949), Milano, 1971, 283 («L'attenzione del giurista volto a rendersi conto del senso della legge deve naturalmente concentrarsi sulla logica del diritto, della cui applicazione si tratta. Ma qui egli deve guardarsi [...] dall'equivoco consistente nello scambiare la logica del diritto con la logica formale e nel ridurre il compito dell'interpretazione a un'operazione di sussunzione sillogistica somigliante nel suo rigido automatismo alle operazioni aritmetiche»); BOBBIO N., *Prefazione*, cit., XIII-XIV («Dove sono in gioco valori [e nel diritto sono in gioco anche i valori], non importa se sublimi o volgari, la ragione dimostrativa, quella cui si riferisce la logica in senso stretto, è impotente»); CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, cit., 647 («La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, [anche] dell'intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. Insomma, il sistema della legalità e in genere la teoria normativa del diritto è uno schema didattico, utile per i giuristi; ma questa scomposizione logica della sentenza somiglia alle analisi dei chimici, che anche quando sono arrivati a individuare tutte le sostanze elementari di cui è composto un organismo vivo, non sono riusciti però a imprigionare in formule quella scintilla da cui, dalla misteriosa combinazione di questi elementi, è scaturita la vita»); CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit., 68-69; CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 24 («Si potrebbe dire che il modello di Beccaria è troppo forte e troppo debole, per ragioni diverse: troppo debole perché non rende conto della giustificazione delle premesse e troppo forte perché richiede di presentare deduttivamente delle argomentazioni che non lo sono»); cfr. CARLIZZI G., *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, 6-8 (il quale rileva la mancata distinzione, e anzi «una certa *commistione*», tra "sussunzione" e "prova" all'interno della logica meccanica formalistico-deduttiva del sillogismo); CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 199 («L'adozione del canone *bard*, nel dissolvere quel che resta del mito del giudice *bouche de la loi* e della visione meccanicistica della motivazione, scolpisce la responsabilità della funzione che i giudici si assumono»); COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*], cit., 234; DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, cit., 44 («Il giudice, nell'effettuare quell'operazione intellettuale che è diretta alla formulazione delle premesse di fatto della decisione, basata sulle prove, non si limita a enunciare sillogismi, ma procede umanamente nella ricerca, attraverso tentativi e assaggi»); DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 6-7 e 19, nonché 67-68 («L'ideale di matrice illuministica del giudice come 'bocca della legge' [...] presuppone che il procedimento decisionale possa essere configurato come concatenazione di sillogismi con struttura deduttiva, che attribuirebbero al ragionamento giudiziale una struttura dimostrativa piuttosto che argomentativa, e si muoverebbe secondo una logica formale, piuttosto che secondo una logica 'dei motivi' e 'delle ragioni'. [...] Come in tutte le inferenze induttive, il

contenuto informativo della conclusione non è interamente compreso nelle premesse, ma contiene un *quid pluris* rispetto a esse: il che, di certo, non assicura la certezza assoluta della decisione. [...] L'idea dell'interpretazione giudiziaria in chiave di sillogismo (l'utopia deduttiva) è offuscata dai meccanismi di formazione delle sue premesse, maggiore e minore. Essa crolla al cedere dei postulati positivistici, travolgendo altresì la pretesa della tanto agognata certezza. Il ragionamento giudiziario, in quanto forma di ragion pratica, non si lascia rappresentare sotto forma di mera inferenza, potendo essere piuttosto ricondotto al paradigma della giustificazione»; cfr. FRANK J., *Law and the Modern Mind* (1930), New York, 1963, 127-158; GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., cfr. 85 («L'attività del giudizio di sussumere un particolare sotto un universale, di riconoscere qualcosa come caso particolare di una regola generale non si lascia ricondurre a una dimostrazione logica») e v. 681 («L'idea di una dogmatica giuridica perfetta, nella quale ogni giudizio sia solo un puro atto di sussunzione, è insostenibile»); GALLO M., *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016, 72; GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 177; GRÖSCHNER R., “Justizsyllogismus? Jurisprudenz!”, in AA. VV., *Die Sprache des Rechts. Studien der Interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, II – Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, (a cura di) K. D. LERCH, Berlin, 2005, 203-204 («Der syllogistische Dreisatz eines deduktiven Schlusses vom gesetzlichen Tatbestand als Obersatz über den lebensweltlichen Sachverhalt als Untersatz auf die Rechtsfolge als Schlusssatz trägt zur Erhellung der Entscheidungsfindung nichts bei; er bietet noch nicht einmal ein adäquates Modell der Entscheidungsbegründung. [...] Was ist damit gewonnen, die Schlussfolgerung als eine formal-logische Konklusion aus Ober- und Untersatz darzustellen, wenn die innerhalb des Untersatzes stattfindende Subsumtion ein juristisches Urteil erfordert, das seinerseits von der rechtlichen Würdigung des Obersatzes abhängt? Ist die Subsumtion erst einmal erfolgt, vollzieht sich der Schluss auf die Rechtsfolge von selbst, ohne juristisches Zutun und ohne logische Schwierigkeit. Mehr als ein Kinderspiel der Logik ist der Justizsyllogismus demnach nicht»); HASSEMER W., *Metodologia giuridica*, cit., 82 («Ben presto a dire il vero divenne chiaro che questo tipo di logica giuridica non è di questo mondo, che le leggi, anche con le migliori intenzioni, non possono essere formulate completamente e univocamente, che dunque al giudice non saranno mai sufficienti procedimenti deduttivi per trasporre la legge nella realtà dei casi, o detto altrimenti: per decidere i casi esclusivamente con le informazioni della legge. E si mostrò che non ci si doveva dolere di questa impossibilità di fatto del concludere logico, e che piuttosto bisognava esserne contenti. Essa era un guadagno e non una perdita. Che le leggi vengano formulate nel linguaggio ordinario, cangiante e ricco di collegamenti, non è un caso e non è nemmeno un incidente, sebbene sia proprio questo linguaggio a far nascere i problemi interpretativi»); HORN N., *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 2016, 132-133 («Die tieferen Gründe dafür, dass das juristische Denken sich nicht in rein formallogische Operationen auflösen lässt, liegen darin, dass die hier behandelten Fragen zu komplex und ständig von Wertungsfragen bestimmt sind, die sich einer logischen Formalisierung entziehen» [133]); IACOVIELLO F. M., *Postfazione*, cit., 217; cfr. KELSEN H., *Diritto e logica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 92; KOSTORIS R. E., *Giudizio*, cit., 6-7; KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, cit., 72; KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 138 («Den juristischen Problemen ist es, wie sich zeigte, eigentümlich, daß sie sich gerade nicht auf deduktivem Wege lösen lassen»); cfr. LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 4-5; LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., 150 («L'applicazione della legge non si esaurisce nella sussunzione, ma esige da colui che applica la legge una gran quantità di valutazioni»); citazione che traiamo da ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 10); LUZZATI C., *Significato liquido?*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 32; MACCHIA A., *Il percorso logico-giuridico del giudice*, in *Cass. pen.*, 2016, 3991; MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., 13-14 e 38-39, nonché 159-160; MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, (a cura di) F. TRITTO, Bari, 2005, 273-274 e 280, nonché 312; NEUMANN U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., 19-20 e 26-27; NEUMANN U., *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, cit., 84-87 e 94-97; ONDELLI S., *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un'analisi pragmlinguistica*, Padova, 2012, 29 («La sentenza non può essere considerata un sillogismo, ma la concretizzazione di ragionamenti più complessi e aperti»); ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 61-62 e nt. 128 («La tradizionale figura del sillogismo appare inadeguata a dar conto del complesso lavoro che il giudice deve compiere prima di decidere. Il giudizio non è un percorso lineare che dalla premessa maggiore, certa e condivisa (vale a dire, la norma generale e astratta) perviene alla conclusione (sentenza) passando per il termine intermedio (il fatto). Esso viene piuttosto concepito come il risultato di un progressivo raffronto fra il termine superiore e quello intermedio, un procedere per tentativi dove il fatto e la norma sono pensati insieme e si delimitano vicendevolmente: una sorta di *trial and error* dove la norma, almeno in prima battuta, è posta ipoteticamente per evidenziare gli aspetti rilevanti del fatto, mentre le conoscenze fattuali sono dal giudice impiegate per ‘trovare’ – magari fra molte possibili – la ‘giusta’

soluzione normativa. [...] Questa componente euristica dell'attività giudiziale ha un significativo riscontro terminologico nel lessico processuale tedesco, dove l'atto del giudicare viene di solito reso con *rechtsfinden*, vale a dire 'trovare il diritto', evidentemente dopo che si è cercato di rintracciare la 'giusta' soluzione fra diverse, plausibili opzioni normative»; ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea* (1977), Milano, 1999, 397; RIGO F., *La sentenza dibattimentale*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, (diretto da) G. SPANGHER – A. MARANDOLA – G. GARUTI – L. KALB, II, (a cura di) A. MARANDOLA, Milano, 2015, 1491 («Nel dettaglio, la forma e il contenuto della motivazione si presentano in termini assai complessi e variegati, dal momento che, in concreto, la sua struttura dipende dalla specifica natura delle prove assunte, dal tipo di percorso argomentativo che il giudice è chiamato a svolgere nell'esame delle prove e, soprattutto, dai criteri volta per volta utilizzati dal giudice per ritenere provato un determinato fatto storico. Lo schema sillogistico non esaurisce le molteplici forme che la struttura della motivazione può assumere»); PROSPERI F., *Presentazione*, in RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., 71 («La teoria sillogistica del ragionamento giudiziale, secondo cui il giudice, lungi dall'operare valutazioni o scelte, troverebbe la norma applicabile al caso concreto sulla base della sussunzione logica della premessa minore (fattispecie concreta) nella premessa maggiore (fattispecie astratta), si rivela del tutto inattendibile, occultando l'effettiva complessità dell'interpretazione giuridica, in quanto nulla dice sul modo attraverso il quale si perviene all'individuazione delle due premesse, che costituisce l'aspetto più essenziale dell'attività interpretativa»); PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 16 («Bocca della legge il giudice non è stato mai, non sarà mai e non potrebbe mai essere, per la semplice ragione che l'attività ermeneutica è chiamata a gettare il ponte tra il necessariamente astratto (che è tale se la legge rinuncia ad affondare nella casistica minuta e inconcludente) e l'inevitabilmente concreto (qual è il fatto della vita che il giudice si trova a dover valutare): due dimensioni eterogenee possono ricomporsi soltanto dando per scontata la necessità di colmare uno scarto, un dislivello, e quindi di attribuire un margine di discrezionalità affinché il raccordo si compia»); SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 699; SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 17 («La falsità del sillogismo giudiziale non ha più bisogno di essere dimostrata») e 69 («Quella formula convenzionale che fa della legge il centro dell'esperienza giuridica, e tutta la volontà fa risalire al legislatore, ridotta la funzione del giudice alla mera dichiarazione della sua volontà, non inganna più nessuno. Oggi noi sappiamo che il giudice condanna e assolve, non la legge: e per questo la sua opera è tanto esaltata e maledetta»); STRUCK G., *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1977, 45-47; TARUFFO M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 6-7 («La natura eterogenea del giudizio deriva dal fatto che esso si articola in fasi e momenti non riconducibili ad alcuna natura unitaria. In esso entrano infatti operazioni logiche, [ma anche] inferenze probabilistiche, scelte conoscitive, giudizi di valore, operazioni di analisi e di trasforazione semantica di enunciati, argomentazioni topiche e retoriche, luoghi comuni e leggi scientifiche, opzioni individuali e valori sociali» [7]); TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 245-246 e 248; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 149-170 (spec., 150-151); UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 3; cfr. VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 105; WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 280; ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., 363-364 («L'idea che la decisione giudiziaria, già bella e pronta nella legge, debba essere solo dedotta mediante un'operazione logica, l'idea cioè della giurisdizione come automatismo giuridico: ecco un modo di costruire falsi concetti per poi combatterli più facilmente!»). Sulla tematica, in particolare sull'«ambiguità del sillogismo» giuridico formalistico-deduttivo (100) e sulla sua incompletezza, v. – altresì in termini non esclusivamente giuridici – TOULMIN S. E., *The Uses of Argument*, cit., *passim*. (in part., 87-134; es.: «The logician's 'all' imports ~~unfortunate~~ [unpleasant/inappropriate] expectations, which in practice are bound on occasion to be disappointed» [109]; «Once we bring into the open the backing on which (in the last resort) the soundness of our arguments depends, the suggestion that validity is to be explained in terms of 'formal properties', in any geometrical sense, loses its plausibility» [110]; «Most of the arguments we have practical occasion to make use of are, one need hardly say, not of this type. [...] In most of our arguments, therefore, the statement obtained by writing 'Datum; backing; and also conclusion' will be far from a tautology – obvious it may be, where the legitimacy of the step involved is transparent, but tautological it will not. In what follows, I shall call arguments of these two types respectively substantial and analytic. An argument from D to C will be called analytic if and only if the backing for the warrant authorizing it includes, explicitly or implicitly, the information conveyed in the conclusion itself. Where this is so, the statement 'D, B, and also C' will, as a rule, be tautological. (This rule is, however, subject to some exceptions.) Where the backing for the warrant does not contain the information conveyed in the conclusion, the statement 'D, B, and also C' will never be a tautology, and the argument

– di per sé – non è da sola sufficiente a risolvere né la *quaestio facti*, né la *quaestio iuris*⁷⁶⁹. Infine, ancora e soprattutto, la logica del giudizio «non è una logica formale, ma una “logica degli argomenti”: una logica, appunto dei “motivi” e delle “ragioni”»⁷⁷⁰. Motivi e ragioni che non si

will be a substantial one» [115-116]; «Simplicity, however, has its perils. It is one thing to choose as one’s first object of theoretical study the type of argument open to analysis in the simplest terms. But it would be quite another to treat this type of argument as a paradigm and to demand that arguments in other fields should conform to its standards regardless, or to build up from a study of the simplest forms of argument alone a set of categories intended for application to arguments of all sorts: one must at any rate begin by inquiring carefully how far the artificial simplicity of one’s chosen modal results in these logical categories also being artificially simple. The sorts of risks one runs otherwise are obvious enough. Distinctions which all happen to cut along the same line for the simplest arguments may need to be handled quite separately in the general case; if we forget this, and our new-found logical categories yield paradoxical results when applied to more complex arguments, we may be tempted to put these results down to defects in the arguments instead of in our categories; and we may end up by thinking that, for some regrettable reason hidden deep in the nature of things, only our original, peculiarly simple arguments are capable of attaining to the ideal of validity» [133]).

⁷⁶⁹ Come osserva BARBERIS M., *Legge e giudice nell’Italia del Novecento*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2013, 539, al riguardo «Calogero considerava irriducibile alla logica sillogistica sia la scelta della premessa minore, ossia la qualificazione del fatto, sia la scelta della premessa maggiore tramite l’interpretazione: rimarcando che si possono dedurre le conclusioni solo dopo aver scelto le premesse». Difatti, scrive(va) CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit., 51 che «la difficoltà è tutta nel giungere allo stabilire quelle due premesse (per continuare a usare il linguaggio aristotelico): difficoltà che, com’è noto, può essere maggiore o minore per l’una o per l’altra, o magari così tenue da parere insussistente per entrambe, a seconda della natura stessa delle cause, di più ardua o più agevole decisione». E, con specifico riguardo alla *quaestio facti*, osserva(va) ancora CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit., 69-70 che «la sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall’essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale [è] una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore. Già solo il capire che cosa propriamente dica e voglia la legge è cosa a cui gli strumenti della logica scolastica soccorrono esattamente tanto quanto i sillogismi a gustare la bellezza di una poesia. A meno di credere che occorra sillogizzare persino per comprendere il significato delle parole». Sul punto, rileva DONINI M., *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in www.sistemapenale.it, 20 dicembre 2019, 3 che «i sillogismi, necessari per qualificare fatti del passato e anche per prevedere future responsabilità, suppongono e non sostituiscono l’interpretazione, che è parte del *ius*. Non è vero dunque che *quod non est in lege non est in iure*. L’interpretazione della legge non è mera analisi del linguaggio e il *ius* entra nella *lex* e co-determina il sillogismo».

⁷⁷⁰ IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 759, il quale scrive ancora 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. Come è ovvio, una logica siffatta non si accontenta della mera coerenza formale del ragionamento, ma tende alla sua congruenza, cioè alla ragionevolezza delle premesse e quindi all’assennatezza delle conclusioni. Una logica, dunque, che mira a cercare le premesse valide delle inferenze probatorie, che entra nel merito delle questioni, che opera delle scelte di valore, fondandosi sul vaglio critico della bontà degli argomenti e della persuasività delle ragioni addotte. Ora, poiché al di là di un nucleo duro di conoscenze, che il buon senso non è disposto a mettere in dubbio (per esempio, che a mettere una mano sul fuoco ci si brucia e così via), il resto è controvertibile e non da tutti condiviso, è facile comprendere che la logica argomentativa è la logica tipica della conoscenza incerta: di una conoscenza, cioè, che si muove nel malagevole campo del probabile e del confutabile, procedendo attraverso la dialettica delle opinioni contrapposte, in vista non di un’inattinguibile verità, ma di una pragmatica e fruttuosa accettabilità razionale. [...] Se la logica del giudizio penale è una logica argomentativa, essa è destinata a convivere con lo spettro dell’errore. Il problema del giudizio, allora, non è quello di cercare una certezza impossibile, ma di aumentare il grado di probabilità e, correlativamente, ridurre il margine di errore a una soglia razionalmente e socialmente accettabile. Ecco che la logica del giudizio si riversa nella teoria del processo. Se il

limitano a riepilogare uno stato di cose già esistente e bell'è dato o pronto nelle premesse del ragionamento che si svolge, ma che costituiscono e costruiscono essi stessi – nel loro esplicitarsi argomentativo – il significato della soluzione che si decide di adottare⁷⁷¹. In ciò (e perciò: non essendo consequenzialmente obbligato il contenuto della decisione giuridica argomentata), come osservano Paolo Tonini e Carlotta Conti, «il ragionamento del giudice non [possiede] il carattere dell'inconfutabilità logica, bensì quello – meno cogente – della accettabilità razionale»⁷⁷².

Per motivare rinforzatamente, oltre all'immagine classica della sussunzione formalistico-deduttiva, bisogna inoltre sopravanzare la rappresentazione del giudizio come operazione automatica, unica e immediata⁷⁷³.

giudizio è argomentazione razionale, il processo va costruito intorno a questo nucleo e in funzione delle caratteristiche del giudizio». Icastico, GRÖSCHNER R., “*Justizsyllogismus? Jurisprudenz!*”, cit., 211: «Wollte jemand ernsthaft behaupten, der Weg zur Entscheidung sei nicht mit juristischen Argumenten gepflastert, sondern [nur] mit logischen Schlüssen?».

⁷⁷¹ Mentre nella logica formale-deduttiva «processo e risultato sono equivalenti (perciò nessuna sorpresa)» (WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, in WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus* [1921] e *Quaderni 1914-1916*, (trad. it.) A. G. CONTE, Torino, 2009, 97 – proposizione 6.1261), giacché «in una dimostrazione tutto è dato» (PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., 515 [v. ARISTOTELE, *Confutazioni sofistiche*, in ARISTOTELE, *Organon*, cit., 647-648 (165a, 5)]), vale a dire che «Syllogismen sind tautologisch, erschließen also nichts außerhalb ihrer eigenen Prämissen» (GRÖSCHNER R., “*Justizsyllogismus? Jurisprudenz!*”, cit., 217), viceversa, nella logica processuale – pratica, dinamica e abduzione (salvo eccezioni) – il procedimento inferenziale che dalle premesse porta argomentativamente alla conclusione sfocia in un esito non già scontato e totalmente contenuto nelle premesse, ma in una decisione costitutivo-applicativa frutto della discrezionale combinazione tra le premesse, peraltro previamente individuate e poste con altrettanta discrezionalità.

⁷⁷² TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 157.

⁷⁷³ Sul tema, cfr. inoltre le considerazioni svolte da ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi*, cit., 109-111: «Tra i giuristi (e non solo) esiste un radicato pregiudizio che tende a configurare la logica deduttiva come un'attività automatica, come se tutte le operazioni nell'ambito della logica non fossero altro che operazioni meccaniche. [...] Tuttavia, l'identificazione della deduzione logica con una mera attività meccanica è un gravissimo errore che è opportuno denunciare con il massimo risalto, dal momento che conduce a numerose confusioni nella teoria del diritto. Un'attività teorica può essere qualificata come meccanica soltanto se esistono dei procedimenti effettivi per la soluzione dei problemi ch'essa tratta. Con “procedimento effettivo” intendiamo l'esistenza di un insieme di regole che determinino in modo univoco ciascun passaggio del procedimento, il quale, in tutti i casi di applicazione, conduce alla soluzione ricercata in un numero finito di passaggi. In particolare, un procedimento di decisione effettivo per una classe di enunciati permette di determinare in un numero finito di passaggi: nella sintassi logica, se un enunciato di tale classe sia un teorema derivabile dagli assiomi; nella semantica, se l'enunciato sia vero o falso. [...] In alcune aree della matematica esistono dei procedimenti effettivi: trovare il prodotto di 2×2 , la radice quadrata di 25, o calcolare il numero π fino al ventesimo decimale, sono operazioni puramente meccaniche, che differiscono tra loro per il grado di complessità. Tuttavia, non vi è nulla di più falso che immaginare che il matematico compia mere operazioni di calcolo. Trovare un nuovo teorema fecondo e interessante – nella logica, nella geometria o nel calcolo infinitesimale – è un problema per il quale non esistono, in generale, dei procedimenti effettivi. È un'attività nella quale si combinano i fattori razionali e quelli meramente intuitivi: non vi sono regole fisse capaci di guidare “meccanicamente” questa attività, che richiede talento, intuizione, immaginazione creativa e, a volte, fortuna. Gran parte del lavoro dei logici e dei matematici consiste in questo tipo di attività. [...] La scoperta di un teorema è un'attività che sfugge a regole razionali. La stessa cosa accade con la costruzione di una prova, benché esistano delle regole logiche che disciplinano la deduzione di un teorema. Ma queste regole indicano soltanto quali siano i passaggi permessi e quali siano quelli vietati; non dicono quali passaggi (tra quelli permessi) debbano essere svolti in concreto per la costruzione della prova che si

Osservando il *decisum* da vicino, ci si accorge che questo – nella sua parte razionale, quindi giustificabile e pertanto legittimabile⁷⁷⁴ – si manifesta, di regola, in una pluralità di passaggi logico-(retorico-)argomentativi⁷⁷⁵. Tali passaggi, che non sempre e non tutti vengono resi manifesti, sono ciò che l’obbligo di motivazione rafforzata valorizza. Per l’esattezza, la motivazione rafforzata si appunta su alcuni passaggi logico-argomentativi salienti della fattispecie (che – s’intende – ammetta

ricerca. Soltanto nelle parti più elementari della logica deduttiva, per esempio nella logica proposizionale, esistono dei procedimenti di decisione effettivi, come il metodo delle tavole di verità».

⁷⁷⁴ Dato che i provvedimenti giurisdizionali devono essere giustificati, ovverosia motivati (art. 111, co. 6 Cost.), una decisione irrazionale è limitata nella misura in cui – come ricorda BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 171 – anche «una decisione presa per qualsivoglia motivo psicologico o ideologico va poi comunque giustificata, se vuole valere giuridicamente». Insomma, «la soluzione regge (se regge) in forza delle ragioni addotte appunto con la giustificazione» (SCARPELLI U., *Gli orizzonti della giustificazione*, cit., 28).

⁷⁷⁵ Sul carattere argomentativo e non deduttivo della decisione giuridica, v. BORSELLINO P., *La motivazione della sentenza*, cit., 151-152: «La teoria alternativa o, potremmo forse meglio dire, antagonistica rispetto alla concezione logico-deduttiva del giudizio e della motivazione è quella che attribuisce al ragionamento giuridico e, in particolare, alla motivazione come discorso in funzione giustificativa, il carattere di tipo retorico-argomentativo. [...] Muovendo da una vera e propria insofferenza nei confronti della sovrapposizione/identificazione dell’ambito del razionale con l’ambito del deduttivo e dall’esigenza di avvalorare un modello di razionalità appropriato all’ambito dei giudizi di valore, alternativo rispetto a quello logico/dimostrativo, Perelman sostiene che i discorsi/argomenti che rappresentano il risultato del ragionamento giuridico in generale, e soprattutto quelli in cui consiste la motivazione, non sono identificabili con ragionamenti di tipo logico/dimostrativo, stante la netta distinzione e il rapporto di mutua esclusione tra argomenti/discorsi di tipo logico/dimostrativo e argomenti/discorsi di tipo retorico/argomentativo, nonché la natura retorico/argomentativa della giustificazione che si realizza nella motivazione». La ricostruzione perelmaniana, tuttavia, porta – come sottolinea l’Autrice – a non considerare sottoponibili al controllo della logica i ragionamenti del giudice, se non nella prospettiva – poi individuata dallo stesso Perelman, con la formulazione del concetto di “uditorio universale” – di una razionalità comune condivisa (*i.e.* «controllabilità e condivisibilità intersoggettiva» [158]). Tale ultima prospettiva, però, poggia comunque non tanto sulla razionalità quanto, piuttosto e prevalentemente (esclusivamente?), sulla persuasività. I concetti di “razionalità comune condivisa” e di “uditorio universale”, infatti, sono concetti difficilmente afferrabili e condensabili in termini razionali. Ecco allora che Patrizia Borsellino individua una «terza via praticabile» tra il “modello logico-deduttivo” («che si caratterizza per la sottovalutazione delle premesse di diritto e di fatto, con le quali la decisione è in rapporto di derivazione logica, e per l’occultamento dei momenti di valutazione e di scelta presenti nella decisione, così come nella sua motivazione») e il “modello retorico-argomentativo” («che riconosce sì nella giustificazione – in generale – e nella motivazione come tipico discorso giustificativo giuridico – in particolare – un esempio, uno dei più importanti esempi, di ragionamento pratico, cioè relativo a valori e a scelte valutative, ma fa discendere da tale configurazione la tesi che nessuno spazio vi sia in esso per la logica e per i controlli di razionalità delle argomentazioni che essa consente»). Nelle riflessioni degli esponenti della «teoria analitica del ragionamento giuridico», scrive l’Autrice, può rinvenirsi «un chiarimento fondamentale per la messa a punto di un modello di motivazione, come giustificazione razionale delle decisioni, suscettibile di essere considerato prescrittivamente, oltre che descrittivamente adeguato. Il chiarimento in questione è quello derivante dalla distinzione tra un profilo di giustificazione interna e un profilo di giustificazione esterna della decisione (v. WRÓBLEWSKI J., *Legal Decision and its Justification*, in *Logique et analyse*, 1971, 14, 409-419)» (155). Un modello di motivazione possibile nell’ottica indicata da Borsellino (*i.e.* come giustificazione razionale delle decisioni, suscettibile di essere considerato prescrittivamente, oltre che descrittivamente adeguato) ci pare possa esserlo la c.d. “motivazione rafforzata”, intesa come percorso metodologico di giudizio e di giustificazione strutturato a tappe logico-argomentative obbligate (concernenti profili salienti della fattispecie, la cui concretizzazione avviene alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili). Tale metodica valutativo-motivativa, come abbiamo a più riprese detto e come vedremo nel capitolo III, scompone analiticamente il ragionamento giuridico e peraltro si confà – persino affinandola, attraverso i passaggi logico-argomentativi obbligati – alla bipartizione wróblewschiana tra giustificazione interna e giustificazione esterna.

d'essere trattata con tale metodica), rendendone obbligatoria la disamina esplicita (e, *a contrariis*, impedendo che su di essi possa darsi motivazione implicita)⁷⁷⁶.

Di conseguenza, si viene a configurare un percorso accertativo che, in certi suoi tratti, presenta tappe valutativo-motivate obbligate⁷⁷⁷. Queste tappe, o step, di giudizio e di giustificazione puntellano argomentativamente il 'calvario' che l'organo giudicante⁷⁷⁸ è tenuto ad attraversare per giungere alla deliberazione; e, a ben vedere, realizzano un adeguamento – più precisamente: un (r)affinamento – della «dottrina del sillogismo giudiziale, ormai entrata nel senso comune dei giuristi continentali, tanto da rendere impensabile sbarazzarsene»⁷⁷⁹, né – a nostro parere – affatto utile farlo.

In questi termini e da questo punto di vista, del sillogismo giudiziale qualcosa resta e qualcosa se ne va.

⁷⁷⁶ Lo spacchettamento o la scomposizione della decisione e della sua giustificazione in plurime tappe argomentative obbligate dà vita a una sorta di "struttura topica" del ragionamento giudiziale. Le operazioni decisorio-giustificative vengono difatti a snodarsi in veri e propri *tòpoi* (i.e. gli step obbligati, intesi quali "luoghi topici") che il giudice deve previamente e necessariamente attraversare, al fine di pronunciarsi relativamente a quelle determinate fattispecie per le quali è previsto un obbligo di motivazione rafforzata. Il giudicante, adottando questo modo di ragionare, avanza – passo dopo passo – all'interno di una griglia ordinata, strutturata secondo riquadri (o step o tappe o passaggi obbligati) che contengono "questioni topiche" sulle quali è tenuto a soffermarsi, con il proprio libero convincimento, prima di esprimersi e scegliere quale soluzione adottare e, quindi e infine, espressamente giustificare. Facciamo un esempio: accertamento della presenza fisica di una persona sul luogo del delitto tramite il *match* delle impronte digitali rinvenute sulla scena del crimine. In questo caso, il luogo argomentativo topico dal quale la verifica giudiziale deve obbligatoriamente passare – in modo comunque non esclusivo ai fini della decisione, restando ovviamente valutabili anche altri profili al riguardo – è quello concernente il riscontro delle minuzie, in numero superiore o minore a "x" (generalmente: x = 16-17). Si tratta di un profilo accertativo che, nell'identificazione tramite dattiloscopia, costituisce un argomento sul quale il giudizio e la sua giustificazione debbono indispensabilmente passare. Si potrà discutere e si potranno sostenere tesi diverse sulla bontà dell'operazione accertativa compiuta (es. modalità di svolgimento; esito non corrispondente al numero di minuzie richiesto; ecc. ecc.), ma da questo momento – *recte*: argomento – decisorio-giustificativo occorre ineluttabilmente passare. Sui «luoghi argomentativi» (85), che in questa sede accostiamo – ancorché, almeno in parte, *mutatis mutandis* (essendo, ad esempio, meno incerti e più definiti dei *tòpoi* i nostri passaggi obbligati) – agli step costitutivi l'onere motivativo rinforzato, v. – in termini generali – MORTARA GARAVELLI B., *Manuale di retorica*, cit., 78-88, nonché – in termini marcatamente giuridici – STRUCK G., *Topische Jurisprudenz*, cit., *passim*. (in part., 14-63 e 104-118) e VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., *passim*. (in part., 6 e 31-46).

⁷⁷⁷ Una simile metodica di giudizio e di giustificazione, scomponibile in plurime tappe logico-argomentative, è resa possibile *altresì* dal fatto che pure per la decisione e la sua motivazione vale quanto rileva VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 119 e 115 a proposito dell'interpretazione, ovverosia che «il significato si forma progressivamente. [...] Il significato non è prodotto "tutto in una volta", ma costituisce l'esito di un processo che attraversa più fasi, o comunque di un processo che può essere analiticamente distinto in più fasi, pur se, dal punto di vista psicologico, tale processo può anche durare solo un attimo nella mente dell'interprete. [...] In questo processo il significato di una disposizione tende a specificarsi progressivamente, man mano che entra in contatto con situazioni applicative concrete (nel caso del giudice) o con situazioni applicative-tipo (nel caso del giurista)».

⁷⁷⁸ Il 'calvario' delle tappe argomentative obbligate è affrontato non soltanto giudice, ma *altresì* dalle parti. Invero, le parti – ancor prima del giudice – sono chiamate a vagliare quei profili argomentativi che saranno poi oggetto di decisione, in quanto *anche* alla luce di tali argomenti devono far valere le proprie ragioni.

⁷⁷⁹ BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 163, secondo cui – per l'appunto – la dottrina del sillogismo giudiziale (DSG) è possibile «adeguarla a una teoria davvero generale del diritto, ricentrata sulla giurisdizione piuttosto che sulla legislazione».

Resta la struttura della giustificazione, che viene comunque arricchita con l'espresso riferimento alle tappe logico-argomentative obbligate.

Se ne va – almeno per alcune fattispecie e per una parte dell'accertamento (*i.e.* nei casi [c.d. “fattispecie da motivazione rafforzata”] e nei frangenti [porzioni accertative da trattare rinforzatamente] in cui bisogna adottare questo approccio)⁷⁸⁰ – la tradizionale metodica decisorio-giustificativa, sostituita da un metodo valutativo-motivativo a step obbligati, che definisce un percorso cadenzato da argomenti (la cui concretizzazione è orientata da parametri e criteri di giudizio condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili) da prendere necessariamente in considerazione prima della decisione.

Il momento giustificatorio (*statico* e logico-riepilogativo) indossa ancora l'abito sillogistico⁷⁸¹: premessa maggiore - premessa minore - conclusione⁷⁸². Una volta stabilite le premesse, si trae logicamente⁷⁸³ (cfr. art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p.) la conseguente conclusione.

Sul fronte decisorio (*dinamico* e fenomenologico-formativo), invece, il ragionamento con cui si sviluppano le premesse non è un ragionamento formalistico-deduttivo ma sostanzialistico-argomentativo. L'impostazione e la risoluzione delle *quaestio(nes) facti* e *quaestio(nes) iuris* non si risolvono in «operazioni sillogistiche o logiche di carattere quasi aritmetico», ma in «apprezzamenti

⁷⁸⁰ Cfr. MACCHIA A., *Il percorso logico-giuridico del giudice*, cit., 3998 (corsivo nostro): «Più che di un “ragionamento giuridico” mi sembra, dunque, che il giudice sia in qualche modo sollecitato dal sistema a fare appello a *modelli razionali costruiti sulla falsariga delle singole esigenze “dimostrative e comunicative”* che la legge impone o presuppone, manifestando il relativo percorso attraverso lo strumento elitario della motivazione».

⁷⁸¹ ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi*, cit., 112; DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, cit., 44 («La verifica sillogistica del ragionamento è imposta dalla necessità di giustificare presso gli altri la conclusione raggiunta»); KOSTORIS R. E., *Giudizio*, cit., 7; NEUMANN U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., 18 («Nicht der Entscheidungsprozeß, sondern die Begründung des Urteils soll den von dem „juristischen Syllogismus“ vorgezeichneten Strukturen folgen»); WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico*, cit., 284-285 («L'ideologia della decisione giudiziale in uno Stato di diritto deve essere quella della decisione giudiziale legale e razionale. E la condizione necessaria per una tale decisione è la sua giustificazione, che può essere adeguatamente espressa nello schema del ragionamento specificamente sillogistico. [...] Il mio assunto è, perciò, che il sillogismo – come schema di ragionamento – sia un mezzo appropriato per giustificare le decisioni giudiziali come decisioni razionali, ammesso che sia garantito l'impiego di forme logiche per il ragionamento giudiziale. Questo ruolo del sillogismo come strumento di giustificazione è indipendente dai processi psicologici di decisione, ma il suo uso dipende dal postulato della decisione giudiziale legale e razionale»).

⁷⁸² Di talché, per dirla con CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 142, nt. 412, «la figura del sillogismo giudiziale non merita d'essere relagata tra le anticaglie».

⁷⁸³ Invero, «gli spazi che risultano ‘aperti’, ossia non dominati dalla forza cogente della logica deduttiva, non perciò sono del tutto alogici: rimane pur sempre la possibilità di analizzarne la struttura secondo le forme della logica induttiva, o comunque secondo criteri non deduttivi ma pur sempre logici» (TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 203; ma v. anche 140 e 143, nonché 209, 236, 288-289 e 297). La logica formale, in questi termini, «è uno strumento intellettuale utilizzabile per gli scopi più diversi, ma avente la funzione di rendere più semplice e rigoroso, schematizzandolo, un ragionamento» (CORSALE M., *Presentazione*, in KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica*, cit., IX).

interpretativi (nei quali entrano in vibrazione la sensibilità dei valori giuridici, [...] l'occhio clinico e diagnostico, l'esperienza)» del giurista⁷⁸⁴.

Posto quindi che «i giochi si svolgono non nell'esecuzione del sillogismo, ma nella definizione delle sue premesse»⁷⁸⁵, è fondamentale attenzionare questo frangente: cioè, il frangente dedicato

⁷⁸⁴ Le espressioni sono tratte da BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 124 (il quale, a proposito dell'esperienza del giurista-interprete, scrive «che tale esperienza debba essere sorretta da un'attrezzatura dogmatica, è ben naturale, dato che tipi e schemi concettuali sono alla base del procedimento normativo, ma non significa che la valutazione degli interessi debba essere soppiantata da una vuota logica formale»).

⁷⁸⁵ DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 114, nt. 66. Nel suo proverbiale stile, CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 542-543: «L'ingiustamente biasimato metodo deduttivo è uno strumento adatto, anzi l'unico al mondo (infatti, ogni evasione segna una caduta nel *verbiage* inarticolato, fenomeno intellettualmente pietoso sebbene talvolta renda, coltivato da uogle furbe): chiunque abbia sottomano la premessa buona, essendo una testa educata, esegue il gioco senza fatica; le difficoltà stanno nell'*inventio*'; tale scoperta esige fantasia, oltre a una tecnica sperimentata; "*ut igitur earum rerum, quae absconditae sunt, demonstrato et notato loco facilis inventio est, sic cum pervestigare argumentum aliquod columus, locos nosse debemus*"; indagini sulle matrici – "*sedes e quibus argumenta promuntur*" – costituiscono una 'topica' del diritto». Sul punto, *ex multis*: ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 182 («A ragione Engisch [ENGISCH K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, 13] osserva che «la conclusione in quanto tale [...] ci [procura] il minimo sforzo, la difficoltà principale consiste nel trovare le premesse»); cfr. ARISTOTELE, *Analitici secondi*, in ARISTOTELE, *Organon*, cit., 322 (81b, 20; «Quanto a coloro che deducono sulla base dell'opinione e in modo unicamente dialettico, è chiaro che essi dovranno considerare un solo punto, cioè se il sillogismo si sviluppi a partire da premesse, che nei limiti del possibile risultino massimamente fondate sull'opinione»); BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 22-23 e 53; CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit., 51 ss.; CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 17 («Di fatto la gran parte delle controversie verte proprio sulle premesse, non sulle conclusioni, una volta stabilite le premesse») e 58 («Ancora una volta, la morale del discorso è che si deve controllare la correttezza delle premesse degli argomenti in gioco, non solo la correttezza delle conclusioni dal punto di vista formale»); CORDERO F., *Giudizio*, cit., 885 («Indubbiamente, la maggior fatica sta nel porre le premesse; ma non si può negare che lo svolgimento dimostrativo, naturalmente soggetto alle regole della sillogistica, rappresenti un momento insopprimibile dei procedimenti mentali del giudice»); ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 38-69 (ma v. *passim*: in part., 8 [«Il problema del giudizio non risiede nel sillogismo dell'applicazione del diritto, bensì nella valutazione verificabile di entrambe le premesse»] e 25, nonché 54 [«Nella preparazione c'è già la decisione»], 57 [«Il processo della sussunzione è molto chiaramente secondario rispetto a una corretta formulazione della premessa maggiore e di quella minore da applicare nel sillogismo»], 59 e 102); EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 163; impeccabilmente, IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 755-756 («Il "mistero del processo" è proprio quello di accertare il fatto e il diritto. [...] Per riassumere. La sentenza è un'affermazione (innocenza o colpevolezza) giustificata. La giustificazione di un'asserzione è subordinata a due condizioni: la verità delle premesse e la correttezza logica dell'argomento (cioè la coerenza tra premesse e conclusione). Ora, il sillogismo garantisce la seconda condizione, ma non la prima. Il ragionamento dimostrativo assicura la logicità della conclusione, ma non la sua verità. Il ragionamento dimostrativo infatti è un ragionamento formale proprio perché prescinde dal contenuto delle premesse. Tanto è vero che un sillogismo può essere valido anche se le sue premesse sono false e può essere invalido anche se le sue premesse sono vere. Il sillogismo "Gli uomini hanno le ali; gli alberi sono uomini; quindi, gli alberi hanno le ali" è un sillogismo valido anche se le premesse e la conclusione sono false. Il sillogismo "Gli uomini sono mortali, gli alberi hanno radici, quindi gli uccelli hanno le ali" è un sillogismo invalido anche se le premesse e la conclusione sono vere. Pertanto, non c'è alcun rapporto fra validità del sillogismo e verità delle premesse e della conclusione. Si tratta di affermazioni rinvenibili in qualsiasi testo di logica elementare. Ora, il problema del giudice non è quello di stabilire una coerenza tra le premesse e la conclusione. Se il problema del giudizio fosse tutto qui, il giudizio non avrebbe alcun "mistero". Si potrebbe benissimo sostituire al giudice un *computer*, con risparmio di tempo e di tormenti: basterebbe immettere nella macchina le premesse di diritto e di fatto. Non è un caso che la teorica del sillogismo giudiziario si sia sempre accompagnata alla svalutazione della funzione conoscitiva delle garanzie processuali: a che servono, se il diritto è certo e il valore della prova è fissato dalla legge o è colto infallibilmente dalla *recta ratio* del giudice? Ma il vero problema

del giudizio è, bensì, quello di stabilire le premesse. Il giudizio del giudice aspira alla verità: ora, la coerenza logica è una condizione necessaria, ma non sufficiente della verità. La verità del giudizio dipende in primo luogo dalla verità delle premesse. Ecco allora che il baricentro del ragionamento del giudice si sposta: non più all'interno del sillogismo (cosiddetta "giustificazione interna"), ma al suo esterno. Il giudice non va alla ricerca di una conclusione, ma alla ricerca delle premesse (cosiddetta "giustificazione esterna"). Per il giudice, conoscere è fissare le premesse. Il sillogismo arriva troppo tardi (v. PERELMAN C., *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979, 263: "Spetta alla logica formale rendere la conclusione solidale con le premesse, ma spetta alla logica giuridica mostrare l'accettabilità delle premesse"), quando il più è stato fatto con la scelta delle premesse. Questo non significa che il ragionamento dimostrativo sia estraneo alla logica del giudizio; se tutte le inferenze che fa il giudice fossero dubitabili, saremmo alla disintegrazione della razionalità umana: la sentenza sarebbe allora il monologo più riuscito di un personaggio di Samuel Beckett (anche per il giudice gli uomini continuano a essere mortali, la forza di gravità esiste ancora e la somma degli angoli di un triangolo rettangolo è di centottanta gradi e così via). Quel che si vuol dire è che: 1) il ragionamento del giudice non è qualificabile come ragionamento dimostrativo, cioè ragionamento corretto a premesse certe; 2) il ragionamento dimostrativo interviene solo in alcuni passaggi dell'accidentato percorso che porta il giudice al giudizio finale, perché è veramente un colpo di fortuna per il giudice imbattersi in una massima di esperienza (premessa maggiore) incontrovertibile applicabile a un dato di fatto (premessa minore) incontrovertibile. Di qui, una conclusione. Se l'unico ragionamento che può portare alla certezza è quello dimostrativo e se il ragionamento del giudice non è assimilabile al ragionamento dimostrativo, dunque il ragionamento del giudice non può portare alla certezza, ma si muove – direbbe Locke – nel crepuscolo della probabilità»; IACOVIELLO F. M., *Postfazione*, cit., 217 («Se davvero la razionalità decidesse da sola i processi e se davvero la razionalità fosse qualcosa di comune e di immutabile per ogni uomo (pensiamo alla Dea Ragione degli illuministi) basterebbe un *software* – neppure tanto complicato – per sostituire qualche migliaio di giudici e assicurare prevedibilità e uniformità alle decisioni. Questa credenza nel sillogismo giudiziario è smentita clamorosamente dalla realtà e dalla stessa logica: il sillogismo funziona se le premesse di fatto e di diritto sono state già fissate e sono certe. Ma il dramma del processo è proprio trovare il fatto e il diritto! Quando li hai trovati, il più è fatto. *Tot capita tot sententiae*. Altro che sillogismo»); KOSTORIS R. E., *Giudizio*, cit., 6; KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 50-51; MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio*, cit., 16 («La considerazione del giudizio in termini di sillogismo è possibile soltanto in un momento posteriore alla conclusione dell'operazione mentale del giudice, quando la sentenza, attraverso il chiarimento del punto di diritto e del punto di fatto, ha posto sia la premessa maggiore che la premessa minore del sillogismo») e 236; cfr. MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., 33 («I dubbi sulla natura logico-deduttiva (nel senso della logica classica) delle decisioni giudiziali concernono almeno tre ordini di problemi relativi, rispettivamente: a) alla formulazione della premessa maggiore (o giuridica); b) alla formulazione della premessa minore (o fattuale); c) alla possibilità di operare inferenze logiche fra enunciati che esprimono norme giuridiche») e 34, nonché 54-56 e 101; cfr. MENGONI L., *Presentazione*, in ALEXYS R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., VII («Una volta riconosciuto che il lavoro del giurista non si riduce a mere operazioni logico-formali, ma in molti casi implica un'attività valutativa, le regole e i modi argomentativi della filosofia della pratica diventano uno strumento indispensabile per la ricerca e la giustificazione della decisione nei casi non risolvibili in via di sussunzione logica»); cfr. MENNA M., *Formazione e previsione degli argomenti*, cit., 1546; PELLINGRA B., *La sentenza nei suoi aspetti della metodologia e della tecnica*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, 417 («I problemi specifici della logica giuridica in tema di motivazione non si pongono quando si tratta di dedurre le conseguenze logiche delle premesse, ma allorché si tratta di stabilire le premesse stesse rapportate poi al dato normativo»); PERELMAN C., *Prefazione*, in KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica*, cit., XVIII («L'utilizzazione del sillogismo giudiziale non presenta alcun problema una volta che ci si accordi sulle sue premesse»); SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 13-14 e nt. 11 («Il percorso inferenziale presenta un aspetto "inventivo" o "euristico", proprio dell'operazione di "scelta" della regola da includere nella premessa maggiore e un aspetto "automatico" o "strutturale", proprio del passaggio verso le conclusioni. La sfera "inventiva" delle premesse del ragionamento, nella quale intervengono fattori teleologici, culturali e ambientali, è necessariamente precedente al sillogismo»), nonché 18 («Esiste un valore di verità del meccanismo deduttivo che è legato a un semplice automatismo logico e che è distinto dal valore di verità attribuibile al contenuto delle asserzioni [*i.e.* delle premesse] che danno vita al ragionamento») e 30-31; cfr. VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 18 e 40 («La topica deve indicare proprio in quale modo si trovino le premesse. La logica accetta codeste premesse e le elabora. Dipende da ciò il fatto che il modo di rintracciare le premesse influisce sulla natura delle conclusioni e, viceversa, la natura di queste forme conclusive dà indicazioni per la scoperta delle premesse»); WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, in AA. VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 120.

alla ricerca e all'apposizione delle premesse, la cui trattazione e risoluzione porta a formulare quella data conclusione giuridica, piuttosto che un'altra⁷⁸⁶.

Senza immaginare di poter predeterminare il giudice in questa sua attività, poiché è in essa che si esercita appieno lo *ius dicere*, è cionondimeno possibile richiamare l'autorità giudicante a esprimersi – con il proprio libero convincimento – su prestabiliti aspetti argomentativi (attinenti a problematiche giuridiche non eludibili) della fattispecie e a esplicitare chiaramente le «direttive che [hanno] guida[to] le sue scelte»⁷⁸⁷ nell'affrontare tali step obbligati.

Attraverso una simile «scomposizione analitica [del] processo di formazione progressiva del significato [delle premesse] in più fasi»⁷⁸⁸ si ordina un poco di più, proceduralizzandolo metodicamente, «quel fenomeno complesso – mix di interpretazione, argomentazione e deduzione –

⁷⁸⁶ Cfr. REDONDO M. C., *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2009, 35: «Se accettiamo che entrambe le premesse del ragionamento giudiziale presuppongono una – o meglio più decisioni – e, contemporaneamente, che tali decisioni siano tutte rivolte a conoscere quali siano il diritto applicabile e i fatti in discussione, per poi decidere sulla loro base, allora entrambe le premesse sono frutto di atti volitivi di decisione e a sua volta il contenuto di entrambe deve essere giustificato sulla base di criteri di razionalità epistemica. Se assumiamo che tanto i fatti come il diritto a essi applicabile siano preesistenti alla sentenza giudiziale, dobbiamo anche assumere che le decisioni che in quest'ultima si prendono attorno all'identità degli stessi non siano infallibili, ma possano invece essere corrette o scorrette. Per questo motivo, l'esigenza di giustificare il contenuto delle decisioni che identificano i fatti o le norme giuridiche consiste proprio nella richiesta di mostrare quali siano state le basi di tali decisioni, basi in virtù delle quali potremo valutare se siano state decisioni corrette o no». Invero, come scrive SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 17, «la forza del modulo sillogistico è tale da risultare invariata anche se il contenuto delle singole premesse del ragionamento [è] palesemente falso o erroneo»: sicchè – come sottolinea CORSALE M., *Presentazione*, cit., VI e XIV – bisogna sempre tenere a mente «il pericolo di considerare la logica come una scienza capace di fornire un sapere valido assolutamente, a prescindere dai presupposti che si scelgono per elaborarlo»; e, conseguentemente, «per poter svolgere rigorosamente il suo discorso, il giurista-logico deve dichiarare esplicitamente le assunzioni da cui intende partire». In una prospettiva generale e non strettamente giuridica, sull'importanza fondamentale della scelta e dell'apposizione delle premesse a partire dalle quali trarre la conclusione, è illuminante la poco diffusa opera di logica 'comica (ma non troppo)' di CARROLL L. (alias DODGSON C. L.) *Logica simbolica* (1894 [1977]), in cui si espongono le fallacie contenutistiche possibili di ragionamenti sillogistici e polisillogistici formalmente impeccabili (opera apprezzabile, in alcuni suoi estratti, in CARROLL L. (alias DODGSON C. L.) *Logica fantastica*, (trad. it) C. MUSCHIO, Viterbo, 1994).

⁷⁸⁷ COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine* [a WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 307, il quale così prosegue: «Direttive che [pragmaticamente parlando] in parte possono essere espresse da norme giuridiche, in parte possono essere canoni elaborati dalla cultura giuridica cui il giudice appartiene, in parte possono dipendere dal paradigma scientifico accettato entro la comunità in cui il giudice vive, in parte possono essere il frutto di ideologie politiche, morali, religiose che il giudice condivide». D'altronde, come ha rilevato KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 23, «l'individuo che ragiona, qualunque sia lo schema cui può essere riferito il suo concreto ragionamento, obbedisce sempre a una *regola di ragionamento*, la quale, a sua volta, corrisponde allo schema prescelto».

⁷⁸⁸ Riprendiamo le parole che Vittorio Villa (VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 116) utilizza con riferimento all'interpretazione e le applichiamo, nello specifico, al momento decisorio (che, lo si è detto *supra* [cap. I, §§ I.7 e II.4], implica sempre un profilo interpretativo). Nella propria analisi, l'Autore parla di «monismo sequenziale» riferendosi al fatto che «nel processo interpretativo il significato della disposizione tende a specificarsi, in un processo che però rimane unitario perché muove da una base semantica comune [e] mano a mano che il processo di interpretazione si sviluppa passa attraverso più fasi, raggiungendo livelli sempre più elevati di specificazione e di concretizzazione». A un simile modo di procedere ci sembra accostabile lo svilupparsi, in concreto, della metodica di giudizio e di giustificazione a tappe argomentative obbligate in cui consiste l'obbligo di motivazione rafforzata.

che è il ragionamento giudiziale»⁷⁸⁹, così vincolato a un *procedere per passi*: passi, come scrive Winfried Hassemer (relativamente al rapporto pragmatico tra giudice e legge), «che si possono assennatamente distinguere, passi la cui distinzione è così ragionevole che ha senso esplicitarla tramite la retorica e i setting»⁷⁹⁰.

Come quando si salta da un masso a un altro e poi a un altro ancora, per passare alla sponda opposta del fiume senza cadere in acqua, così – nell’adempiere l’impegno richiesto dalla motivazione rafforzata – ci si muove da un profilo saliente all’altro della fattispecie in esame, attraversando un ordinato e predefinito percorso argomentativo a tappe obbligate.

In questo modo, il giudizio – sia ‘in fatto’ sia ‘in diritto’⁷⁹¹ – si forma avanzando lungo un itinerario scandito da argomenti, criteri e parametri di riferimento che, senza costringerlo, guidano il

⁷⁸⁹ BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 170. Cfr. HASSEMER W., *Metodologia giuridica*, cit., 85: «Possiamo di nuovo parlare di “decidere”, di “comprendere” e di “interpretazione della legge”, quando ci riferiamo al giudice. E possiamo ancora interrogarci sulle condizioni di possibilità di un metodo giuridico; per intenderci: possiamo chiedere come possa essere assicurato nel migliore dei modi il principio costituzionale del vincolo del giudice alla legge, una volta che la deduzione della decisione da una legge completa e univoca si è rivelata una strada sbagliata. E possiamo finalmente anche aprire la porta a una concezione della metodologia giuridica che sia adeguata alla ricchezza del suo oggetto: all’interpretazione della legge, alla sua applicazione alla realtà».

⁷⁹⁰ HASSEMER W., *Metodologia giuridica*, cit., 99. Parla di «passi elastici dell’inferenza giudiziale» FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P. – GRIFANTINI F. M. – ILLUMINATI G. – ORLANDI R., *La prova nel dibattito penale*, Torino, 2007, 329 (per il quale, tuttavia, il metodo costruibile – legislativamente – in astratto è solamente «un metodo di formazione delle prove» e non un metodo di valutazione delle stesse, poiché quest’ultimo finisce per «predeterminare il loro significato»). A nostro parere, invece, la libertà di valutazione del giudice non viene affatto predeterminata dall’esistenza di un metodo – ancorché legale – che lo orienti nella decisione da assumere (come accade, ad esempio, nelle ipotesi di cui agli artt. 192, co. 3-4 e 526, co. 1-bis c.p.p.), guidandolo – o vincolandolo, che dir si voglia, ma non sostanzialmente (perché è sempre il giudice a dover concretizzare la fattispecie, alla luce delle peculiarità della vicenda storica in esame) – lungo l’itinerario (meglio: in una parte dell’itinerario) accertativo-deliberativo. Tra la prova legale (solo legge; niente giudice) e l’intimo convincimento immotivato (solo giudice; niente legge) residua uno spazio, occupato dal libero convincimento giustificato (legge e giudice; giudice e legge), entro il quale si colloca ad esempio la metodica di giudizio e di giustificazione che qui analizziamo: la motivazione rafforzata. Attraverso la motivazione rafforzata si orienta il libero convincimento del giudice verso alcuni ineludibili profili argomentativi della fattispecie, che debbono essere necessariamente presi in considerazione in quella determinata tipologia d’accertamento. Con tale metodica di giudizio e di giustificazione, che impone di affrontare e trattare esplicitamente predefinite questioni argomentative, concernenti profili problematici salienti e ricorrenti nell’applicazione di quella particolare fattispecie, non si prestabilisce – a monte – l’esito del *decisum*, in quanto ci si mantiene comunque e sempre «al di qua o al di là delle esigenze imposte dal caso concreto», non potendo anzi fare a meno delle specificità probatorie emergenti dal caso concreto, per riempire contenutisticamente gli argomenti che debbono essere obbligatoriamente vagliati, in quanto costitutivi le tappe obbligate da percorrere).

⁷⁹¹ Sulla distinzione tra “giudizio probatorio” (‘di fatto’) e “giudizio sussuntivo” (‘di diritto’) e sull’opportunità di (parlare oltre che approfondire l’analisi di) una «processualizzazione della sussunzione» e di una «sostanzializzazione della prova» (16), v. CARLIZZI G., *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione*, cit., 1 ss. (in part., 5-22). In merito all’applicabilità di un approccio di giudizio e di giustificazione rafforzato, tanto alla *quaestio facti* quanto alla *quaestio iuris*, ci limitiamo a osservare che la metodica motivazionale che qui si propone – *i.e.* giudicare e motivare a tappe argomentative obbligate, scandite da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, per singole fattispecie – non dipende dalla natura o dall’essenza del ragionamento retrostante l’attività di *ius dicere* (“prova” ≠ “sussunzione”), ma allo sviluppo di tale attività lungo un percorso a step obbligati, che impone la trattazione – con le caratteristiche tipiche del ragionamento in questione (“probatorio” ≠ “sussuntivo”) – di ineludibili

giudicante. Argomenti, parametri e criteri orientativi che, in ogni caso, costituiscono «quel *tertium comparationis* dalla cui scelta [e concretizzazione contenutistica] dipendono, in modo decisivo, le conclusioni»⁷⁹².

II. SEMPRE PIÙ *DROIT* E SEMPRE MENO *LOI*. UN'ANCORA DI SALVEZZA NEL MARE DELLA DISCREZIONALITÀ: LA (METODICA DI GIUDIZIO E DI) GIUSTIFICAZIONE DELLA DECISIONE

Il catalogo – comunque incompleto⁷⁹³ – di fattori (giuridici ed extra-giuridici) che abbiamo esposto con riferimento all'avanzamento della giuristocrazia e all'arretramento della legalità legale, ci restituisce – almeno nelle sue linee fondamentali – la cifra attuale della nostra epoca: il «deciso spostarsi del *focus* dell'esperienza giuridica dalla legislazione alla decisione giudiziale e il correlato trasferirsi dei criteri di decisione al di là e al di sopra della legge»⁷⁹⁴.

argomenti (*i.e.* problematiche e questioni argomentative) concernenti profili salienti e peculiari di quella determinata fattispecie (da motivazione rafforzata) in esame.

⁷⁹² Caliamo, nella prospettiva della motivazione rafforzata, le parole di ZACCARIA G., *L'ermeneutica e la filosofica del diritto*, in ZACCARIA G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, 63 («Il vero problema non solo del procedimento analogico, ma più ampiamente di ogni prospettiva del diritto come corrispondenza tra essere e dover essere, sta nella necessità di lanciare un ponte tra norma e caso vitale, tra essenza ed esistenza del diritto, di individuare con maggior precisione quel *tertium comparationis*, dalla cui scelta dipendono, in modo decisivo, le conclusioni»).

⁷⁹³ L'incompletezza del catalogo dipende – oltre che dalle mancanze di chi scrive, più in generale – dalla «misericordia» da cui sono affetti gli uomini (CORDERO F., *Criminalia*, cit., 51): ovverosia, dalla limitata capacità umana di cogliere tutti quei fattori e quei fenomeni che, intrecciandosi tra loro, danno vita alla complessità del reale. Tali fattori e fenomeni, invero, sono babelici e infiniti (come la biblioteca intuita da BORGES J. L., *La biblioteca di Babele*, in BORGES J. L., *Finzioni* (1935-1944), (trad. it.) F. LUCENTINI, Torino, 2014, 69 ss.), al punto da non consentire all'uomo di afferrarli – e quindi poter (anche solo provare a) comprenderli – integralmente. Fascinosamente, sul tema dell'impossibilità – per l'essere umano – di spiegare compiutamente la quintessenza delle cose e la loro dinamica definitiva, v. BOITANI P., *L'ombra di Ulisse*, Bologna, 1992, 96: «L'esperienza in quanto conoscenza ultima, dei principi e della fine, risulta ontologicamente impossibile. L'uomo infatti è sospeso, nella massa datagli dalla natura, tra i due abissi dell'infinito e del nulla: un nulla rispetto all'infinito, un tutto rispetto al nulla, qualcosa di mezzo tra il tutto e il nulla. Infinitamente lontano dalla comprensione di questi estremi, il termine delle cose e il loro principio restano per lui invincibilmente celati in un segreto imperscrutabile: egualmente incapace d'intendere il nulla donde è tratto e l'infinito che lo inghiotte». Leggiamo in BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, cit., 66 che, «fra tutte le circostanze di tutti i tipi che effettivamente influenzano un evento, è solo un numero molto piccolo che si può scoprire con il massimo sforzo delle facoltà umane, ed è un numero ancora più piccolo che effettivamente cattura la nostra attenzione». In questa consapevolezza *lato sensu* scientifica, tuttavia, l'umanità si riscatta: riconoscendo – per dirla con GORLA G., *Lo stile delle sentenze*, cit., 41 – che «la scienza è anche scienza dei limiti!».

⁷⁹⁴ ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 2019, 8. Sul punto, scrive GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta online*, 2018, 138 che «sono esistiti periodi nei quali al centro del fenomeno giuridico si collocavano vuoi la dottrina-sapiente vuoi il legislatore-codicistico. Oggi è il momento del giudice». Afferma GIUNTA F., *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Studi senesi*, 2013, 35-36 che «il pianeta giustizia sta abbandonando l'orbita costituzionale e la tradizione illuministica. La sua evoluzione segna il passaggio dal primato della legge e del diritto sostanziale a quello del giudice e del processo; ma senza un adeguato ripensamento dei necessari contrappesi garantistici. Il potere dei giudici nella gestione dei conflitti sociali, già molto ampio con riguardo alla ricostruzione del fatto, è cresciuto a dismisura sul piano interpretativo, al punto che non manca chi attribuisce alla

Siffatta tendenza impone di concentrarsi sul rafforzamento di quegli istituti di garanzia tesi ad assicurare la legalità (*lato sensu* intesa) del sistema e l'equilibrato esercizio dei poteri all'interno dell'ordinamento.

La proceduralizzazione – meglio: la proceduralizzazione funzionale – delle attività e, in special modo, dell'attività giurisdizionale ci pare possa apportare un contributo importante in questa direzione.

Ancor più specificamente, crediamo che si debba 'scommettere' sull'affinamento dell'obbligo di motivazione del provvedimento. Per l'esattezza, su un onere motivazionale rinforzato: ovverosia, su un metodo di giudizio e di giustificazione che si dipana secondo un percorso logico-argomentativo scansionato a tappe obbligate. Tappe obbligate che calibrano una parte dell'accertamento intorno a problematiche salienti e a questioni argomentative ricorrenti nell'applicazione della fattispecie (sostanziale o processuale) in esame, le quali debbono essere affrontate e sciolte alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili.

Di seguito, proviamo a spiegare perché – a nostro parere – occorra puntare su questo nuovo e paradigmatico metodo valutativo-motivativo.

Come si è appena detto, l'avanzata giuristocratica e la perdita di esclusività e centralità della legalità (legale) a livello ordinamentale inducono ad affermare, rifacendosi al lessico di Jean Bodin, che il fenomeno giuridico – nel suo manifestarsi – è sempre più *droit* e sempre meno *loi*⁷⁹⁵.

È «un passaggio ormai in atto da molto tempo quello che [anche] nel campo del diritto penale vede corrispondere al declino della “legalità della legge” una crescente valorizzazione della “legalità effettuale”. [...] In questo contesto, emerge con forza l'esigenza di approntare strumenti idonei a consolidare le – nuove – garanzie offerte dalla legalità effettuale, facendo però attenzione anche a perseguire l'equilibrio tra legalità della legge e legalità effettuale, e a scongiurare i rischi di cortocircuito in sede applicativa»⁷⁹⁶.

magistratura la funzione di diretta partecipazione alla *governance* sociale, nella misura in cui il diritto giudiziario si è posto come erede della legislazione».

⁷⁹⁵ La citazione, che abbiamo ribaltato, è tratta da GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 96 (il quale richiama BODIN J., *Les six livres de la République* (1576), Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), lib. I, cap. VIII).

⁷⁹⁶ PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 4 (cfr. già PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 175: «L'accrescersi del potere giudiziario rischia di creare uno squilibrio nei reciproci rapporti tra i poteri dello Stato, e fa sorgere la necessità di ancorare da un lato questo vasto potere a una base di legittimazione democratica e di sottoporlo, dall'altro, a certe forme di controllo, per evitare che il suo esercizio sia sostanzialmente irresponsabile»). Sottolinea FERRARESE M. R., *Magistratura e diritti: virtù passive e Stato attivo*, in *Democrazia e diritto*, 1997, 37, 129 che «in Italia l'attivismo giudiziario si è espresso prevalentemente come interventismo penale». In senso analogo, DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 88-89 (il quale non manca di evidenziare che, in ambito penale, l'«interventismo legittimo del giudice» è – dovrebbe essere – soltanto quello diretto a estendere i diritti del reo: sicché, «portando all'estremo il discorso, il giudice potrebbe solo

In particolare, nell'ambito dei mutati assetti di potere tra giudice e legge, l'accrescere dell'attivismo giudiziale porta – o dovrebbe portare – a perseguire «una politica istituzionale sensibile, in pari grado, a esigenze di garanzia dal giudiziario»⁷⁹⁷, cioè dall'esercizio arbitrario della funzione giurisdizionale⁷⁹⁸.

In tale prospettiva, il primo baluardo contro l'arbitrio decisorio è il fondamento razionale e normativo delle scelte giudiziali possibili. È per il tramite della razionalità – normativamente sostenuta – che «il giudice si libera dal sospetto di esercizio arbitrario del potere (e di parzialità) e, con la giustificazione della decisione, legittima il proprio operato»⁷⁹⁹. In quest'ottica, la discrezionalità decisionale – intrinseca al momento applicativo della previsione legale – è tanto più legittimata quanto più è razionalmente fondata.

Ed invero, nell'attuale impianto costituzionale e codicistico, «il giudice ha il dovere di dare ragione della sua decisione: la risoluzione deve essere giustificata espressamente [e] giustificare o fondare una decisione consiste nel costruire una inferenza o un ragionamento logicamente validi, tra le cui premesse figura una norma generale»⁸⁰⁰ (c.d. «principio di legalità della giurisdizione»⁸⁰¹).

estendere la non punibilità, effettuare interpretazioni restrittive delle incriminazioni o estensive delle cause di giustificazione, oppure ridisegnare norme di parte generale in funzione limitatrice della responsabilità, secondo una logica di *extrema ratio* e sussidiarietà: diminuendo così la sofferenza che la pena reca con sé, mai accrescendola»).

⁷⁹⁷ CARBONE E., “Candidus iudex”. *Il diritto dei giudici e lo scetticismo sulle norme*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2007, 155. Invero, come ricorda GIUNTA F., “Dimmi che giudice hai, ti dirò che diritto avrai”. *La riscoperta di un'ovvietà?*, in AA.VV., *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 117, nell'attuale sistema giuridico e specialmente «nell'assiologia penalistica, la garanzia conta più della giustizia e, in caso di conflitto, deve prevalere. È meglio che soffra il senso di giustizia sostanziale dell'interprete, nel caso di denegata punizione, che il cittadino, nel caso della punizione non consentita».

⁷⁹⁸ Sulla problematica, da secoli *à la page*, vengono alla mente le parole di FILANGIERI G., *Riflessioni politiche: su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia* (1774), Napoli, 1982, 25-26: «Quale è quella causa che rende i governi dispotici incompatibili colla libertà de' Cittadini? L'arbitrio del Despota. Datemi dunque un governo nel quale i Magistrati possono arbitrare e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti, il quale tenderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto, quanto il numero de' Magistrati supera quello dell'unità».

⁷⁹⁹ SCARPELLI U., *Gli orizzonti della giustificazione*, cit., 10. Riguardo alla razionalità, l'Autore specifica che «chiamiamo razionale ogni universo di discorso in cui abbiamo (o ci diamo) procedure e criteri (stretti, o eventualmente meno stretti) per la selezione, la conferma o il rifiuto di proposizioni: procedure e criteri attinenti alla coerenza interna del discorso, ai rapporti delle proposizioni con principi, ai rapporti delle proposizioni con dati di esperienza ecc.» (45-46). A nostro parere, è possibile accostare le “procedure” e i “criteri” attinenti alla “coerenza interna del discorso”, che fanno del discorso un discorso razionale, alle ‘tappe argomentative obbligate’ e ai ‘parametri e criteri’ alla luce dei quali declinare gli argomenti rinforzati, che fanno del discorso razionale giustificativo un discorso razionale giustificativo rafforzato (c.d. “motivazione rafforzata”). In tal senso, motivare rafforzatamente determina un affinamento della razionalità della decisione e, di risulta, della sua giustificazione.

⁸⁰⁰ BULYGIN E., *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, cit., 310. Sulla soggezione del giudice alla legge, v. GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 49-51 e 57-58, nonché 115-120 (in part., sugli assiomi ricavabili dall'art. 101, co. 2 Cost.: da leggersi comunque alla luce delle più recenti evoluzioni intervenute in materia, successivamente alla metà degli anni Novanta). In ogni caso, come puntualizza peraltro lo stesso Guastini, occorre specificare che la soggezione alla legge vale per qualsiasi giudice ma con l'eccezione dei giudici della Consulta. Invero, «la Corte costituzionale non è per nulla soggetta alla legge formale in un senso importante: nel senso che essa non ha affatto l'obbligo incondizionato di applicare la legge. Neppure – si osservi – le leggi (anche di rango

Come rileva Giovanni Canzio, «i giudici trovano nell'esercizio della giurisdizione un duplice *anchorage* nella Costituzione: la “legge” (art. 101, co. 2) e la “ragione” (art. 111, co. 6)»⁸⁰².

costituzionale) che disciplinano la sua stessa attività: dal momento che la Corte costituzionale può, su tali leggi, sollevare una questione di legittimità costituzionale di fronte a sé medesima, ed eventualmente pronunciare una sentenza di accoglimento. Lungi dall'aver l'obbligo di applicare la legge, la Corte costituzionale ha anzi il potere di dichiararne la illegittimità costituzionale, provocandone così l'annullamento e quindi inibendone l'applicazione da parte degli organi di ogni altra autorità giurisdizionale. In breve, la Corte costituzionale non è soggetta alla legge: è soggetta solo alla Costituzione (ed entro certi limiti alle leggi costituzionali [entro certi limiti giacché anche le leggi costituzionali sono soggette al controllo di legittimità costituzionale: cfr. Corte cost., 1146/1988 (114, nt. 56)]). Per conseguenza, si deve ritenere che nel designato del termine “giudici”, quale è impiegato nel contesto dell'art. 101, co. 2 Cost. non sia inclusa la Corte costituzionale» (114).

⁸⁰¹ Parla di «principio di legalità della giurisdizione», che obbliga il giudice a motivare ogni sua decisione e, più precisamente, a motivarla facendo riferimento a una norma giuridica preesistente GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 159. Peraltro, in ambito penale, ove vige il principio di stretta legalità (artt. 25, co. 2 Cost. e 1 c.p.), se il provvedimento giurisdizionale non fosse fondato su una precisa disposizione di legge, si avrebbe non soltanto una violazione della separazione dei poteri, poiché il giudiziario si arrogerebbe capacità legislative o comunque invadrebbe illegittimamente il terreno legislativo, ma altresì una violazione del principio di irretroattività della *lex poenalis* (v. GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 161-163, nt. 6). Similmente, *ex plurimis*: ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi*, cit., 222 («[Il principio di legalità] è complemento del principio precedente [*i.e.* quello della motivazione]: si ritiene infatti non soltanto che le sentenze debbano essere motivate, ma che le ragioni addotte debbano essere di un tipo particolare; e, precisamente, che debbano essere delle norme giuridiche»); COLSON R., *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Clermont, 2006, 237; cfr. GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 41 (ma v. altresì 42-43); cfr. NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 14-15 («Una legalità in senso assoluto non è possibile se non per taluni istituti (per esempio, la prescrizione); come non è possibile, salvo casi particolari, l'enunciazione di precetti di condotta assolutamente rigidi come una formula matematica; ma una discrezionalità, che non abbia carattere eccezionale, che non obbedisca a precisi principi legislativi e quindi all'obbligo di un'adeguata motivazione, si trasforma in una sovranità legislativa attribuita al potere giudiziario»); WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, cit., 122.

⁸⁰² CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo: motivazione, linguaggio, stile*, in www.discrimen.it, 6 aprile 2020, 2, il quale evidenzia ancora che «il processo assolve una funzione aletica e cognitiva in ordine ai fatti dedotti in giudizio, sicché il giudice ha il dovere di spiegare le ragioni della decisione». Sul punto, *ex multis*: CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, in AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) L. GIULIANI – R. ORLANDI, Torino, 2018, 297-298 («La motivazione della sentenza contribuisce significativamente a strutturare il processo in funzione cognitiva, perché anzitutto impone al giudice di primo grado di valutare preventivamente se la decisione verso cui si orienta possa essere razionalmente argomentata e poi fornisce al giudice dell'impugnazione la possibilità di verificare la coerenza logica del giudizio»); CASSANO M., *Complessità degli ordinamenti e intervento giudiziario*, in AA. VV., *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 140; FERRAJOLI L., *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, 11-13 e 16-17; GIUNTA F., *Dal governo della legge al governo degli uomini?*, cit., 29; IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 753-754 («Il principio fondamentale della decisione giudiziaria è il “principio di razionalità”. Il volto di uomo che la Carta costituzionale delinea è quello di un essere razionale: la razionalità del legislatore ordinario (art. 3), la razionalità di chi trasgredisce ai precetti (art. 27), la razionalità di chi li applica (art. 112). Dunque, una legge razionale applicata da uomini razionali per uomini razionali. La razionalità della sentenza è però cosa diversa dalla razionalità della legge. La razionalità della legge non è altro che una manifestazione del principio di universalizzabilità (che impone di trattare allo stesso modo casi simili: art. 3 Cost.). La razionalità della sentenza è, invece, la manifestazione di un principio di conoscenza, che impone a chi giudica di procedere per argomenti e di scegliere la soluzione sorretta da quelli migliori. Le due forme di razionalità non coincidono: può essere razionale la legge e irrazionale la sentenza (interpretazione irrazionale di una legge razionale) o può avvenire il contrario (applicazione corretta di una legge assurda). Il processo penale moderno è sempre meno regolato dalla legge e sempre più dal giudice. La procedura non evoca più l'immagine di un congegno automatico minuziosamente regolato dalle norme con pochi momenti di discrezionalità del giudice. Dal processo come “complesso di regole” si è passati al

Nell'alveo del "giusto processo" legalmente definito, la motivazione rappresenta un presidio di razionalità di rango costituzionale, che costituisce «la necessaria conclusione del contraddittorio, la sintesi che pronuncia la ragione del diritto fra le ragioni delle parti»⁸⁰³: la garanzia, riconosciuta anche a livello sovranazionale⁸⁰⁴, di «un examen effectif des arguments [et] d'une réponse permettant de comprendre les raisons de leur rejet [ou de leur acceptation]»⁸⁰⁵.

processo come "complesso di giudizi" (giudizio sull'archiviazione, sull'incidente probatorio, sul rinvio a giudizio, sui riti alternativi, sulle misure personali e patrimoniali, sull'utilizzabilità dei mezzi di prova ecc.). Dalla procedura come linea retta alla procedura come reticolo. Diminuendo il potere della legge, è aumentato il potere del giudice. Ma per bilanciare questo potere, si è ampliato il suo dovere: come correlato – o meglio – come condizione di legittimazione del potere. Quello del giudice è davvero un potere-dovere: non solo nel senso tradizionale di obbligatorio esercizio del potere, ma nel senso che il suo potere di decidere è circoscritto dal suo dovere di giudicare razionalmente»); LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 118; MENNA M., *La motivazione*, cit., 57; VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, cit., 38.

⁸⁰³ IRTI N., *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Cont. imp.*, 2017, 1, 21. Come scrive DACQUI G., *La sentenza e le variabili indipendenti*, cit., 48, può dirsi che «è la sentenza che arriva dopo un rito predefinito, giusto e imparziale che dà l'essenza al vivere civile». A tal proposito, v. tra i molti: BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto di impugnazione*, in www.sistemapenale.it, 16 dicembre 2019, 2; CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 150; DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 7 e 128; IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 798; MACCHIA A., *Il percorso logico-giuridico del giudice*, cit., 3995; MENNA M., *La motivazione*, cit., 2 e 57; SALVI G., *La motivazione delle sentenze penali tra tecnica argomentativa e finalità comunicative. Appunti per una discussione*, Firenze, 5 febbraio 2019, 11 («Un'argomentazione razionale non potrà non dar conto in maniera logicamente consequenziale delle diverse componenti che hanno concorso al processo decisionale, dalla formazione della prova alla sua utilizzabilità, ai criteri di valutazione, fino ai criteri di deliberazione. In un processo *adversary*, quale pretende di essere il nostro, il percorso argomentativo non potrà essere meramente assertivo della verità della scelta operata, ma dovrà dar conto della dialettica *tra e con* le parti»); VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, cit., 36-68.

⁸⁰⁴ BORE L., *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2002, 121 e 126 («La Cour européenne des droits de l'homme juge que l'art. 6 § 1 de la Convention oblige les tribunaux à motiver leurs décisions. Cette obligation est la conséquence du droit à être entendu par un tribunal, car ce droit serait théorique et illusoire si ce tribunal n'avait pas l'obligation de répondre aux moyens invoqués par le requérant. Elle tende aussi à prouver l'impartialité du juge. Cependant, cette obligation n'est pas générale et absolue. [...] En matière de contrôle de motivation, tout se tient. À partir du moment où l'on consacre le droit à être entendu par un tribunal, ce droit n'est véritablement effectif que si le tribunal a l'obligation de répondre aux moyens invoqués par le requérant, sans les dénaturer, c'est-à-dire sans leur faire dire ce qu'ils ne disent pas. Si le tribunal ne répond pas au moyen qui a été invoqué, parce qu'il en dénature le sens, le requérant n'aura pas été entendu par un tribunal »); DINACCI F. R., *L'obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema di inammissibilità delle impugnazioni*, in *Arch. pen.*, 2020, 13 («Nonostante la C.e.d.u. non disciplini espressamente l'obbligo di motivazione, la Corte dei diritti ha sempre ritenuto che lo stesso costituisca una componente essenziale del processo "equo"»); LEROY J., *La force du principe de motivation*, in AA.VV., *La motivation*, III, Paris, 2000, 36 («La motivation oblige le juge à vérifier la pertinence de son raisonnement et permet au justiciable de savoir si les arguments qu'il a présentés ont été bien compris. Si le justiciable est convaincu, le jugement aura une plus grande autorité morale. Aussi la motivation n'est-elle pas seulement une obligation pour le juge ; elle est également un droit pour le justiciable. L'interdépendance entre ce devoir et ce droit fait que la force du principe de motivation, au départ législative, devient supra-législative ») e 42-43 («Assurer que le juge a statué concrètement sur le bien-fondé de sa prétention. [...] La notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne n'ayant que brièvement motivé sa décision ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises »); UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, 32-33. Tra le pronunce della Corte EDU in materia ci sembra opportuno rammentare almeno le seguenti: Corte EDU, 16 dicembre 1992, Hadjianastassiou c. Grecia; Corte EDU, 19 aprile 1994,

A livello sistematico, la motivazione rappresenta un presidio di legalità, nella misura in cui salvaguarda la corretta e non opaca applicazione della legge: di quella stessa legge che, per prima, pretende che vi siano motivate e argomentate *rationes* a sostegno del *decisum* (peraltro, sempre ricorribile in Cassazione – non a caso, “per violazione di legge” – laddove il provvedimento emanato concerne la libertà personale: art. 111, co. 7 Cost.). *Rationes* che, s’intende, devono essere ragioni non viziate (es. contraddittorie, manifestamente illogiche, mancanti ecc.) e, soprattutto, ragioni espresse sinceramente⁸⁰⁶, chiaramente⁸⁰⁷ e puntualmente⁸⁰⁸, in modo tale da rendere il più

Van de Hurk c. Paesi Bassi; Corte EDU, 23 novembre 1994, Hiro Balani e Ruiz Torija c. Spagna; Corte EDU, 29 maggio 1997, Gorgiadis c. Grecia; Corte EDU, 1° luglio 1997, Rolf Gustafson c. Svezia; Corte EDU, 19 dicembre 1997, Helle c. Finlandia; Corte EDU, 19 febbraio 1998, Higgins c. Francia; Corte EDU, 21 gennaio 1999, Garcia Ruiz c. Spagna; Corte EDU, 11 gennaio 2000, Quadrelli c. Italia; Corte EDU, 21 marzo 2000, Dulaurans c. Francia; Corte EDU, 29 agosto 2000, Jahnke e Lenoble c. Francia; Corte EDU, 7 dicembre 2000, Zoon c. Paesi Bassi; Corte EDU, 27 settembre 2001, Hirvisaari c. Finlandia; Corte EDU, 15 novembre 2001, Papon c. Francia; Corte EDU, 7 aprile 2005, Dimitrillos c. Grecia; Corte EDU, 15 febbraio 2007, Boldea c. Romania; Corte EDU, 16 novembre 2010, Taxquet c. Belgio; Corte EDU, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia.

⁸⁰⁵ Corte EDU, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, § 31 (« La Cour considère que le requérant n’a pas bénéficié d’une procédure lui garantissant un examen effectif de ses arguments ni d’une réponse permettant de comprendre les raisons de leur rejet. Il en résulte que la Cour de cassation a manqué à son obligation de motiver ses décisions découlant de l’article 6 § 1 de la Convention. Partant, il y a eu violation de cette disposition »). A margine della pronuncia, rileva DINACCI F. R., *L’obbligo di motivazione*, cit., 1 che «in sostanza il Consesso europeo ha ritenuto la violazione [dell’obbligo di motivazione] talmente rilevante da non potere nemmeno essere “compensata” da altri diritti che potessero concorrere a comporre un sistema di garanzie accettabile». *Contra*: BELTRANI S., *L’obbligo di motivazione nella Corte di cassazione nel giusto processo al vaglio della Corte EDU*, in *Cass. pen.*, 2020, 3418-3424.

⁸⁰⁶ Parla di «sincerità metodologica» ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 398. Peraltro, da un punto di vista etico-sociale (e nel solco dell’imperativo categorico kantiano), possiamo dire – con ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 173 (il quale, a sua volta, richiama [nt. 16] LADD J., *The Place of Practical Reason in Juridical Decision*, in AA. VV., *Nomos VII: Rational Decision*, (a cura di) C. J. FRIEDRICH, New York, 1964, 144) – che «spiegare a qualcuno mediante delle ragioni perché si è presa una decisione che ha effetti negativi sui suoi interessi significa trattare un essere razionale in modo razionale, cioè come un essere razionale».

⁸⁰⁷ Al riguardo, in modo particolarmente critico, a metà anni Ottanta (ma con affermazioni che – in larga parte – corrispondono tuttora al vero), si esprime CORDERO F., *Stilus curiae*, cit., 33-34: «Lessico opaco, gergale, criptico, elusivo e sintassi tortuosa. Persino i lettori esperti ogni tanto faticano a capire. Spira ipnosi dagli stereotipi: parole, sintagmi, frasi, interi discorsi passano tali e quali in mille testi; l’asfissiante mimetismo esclude ogni parola viva. Quasi una scrittura automatica, alimentata dal ciclo sonnolento delle massime, dove astrazioni a maglie larghe sorvolano su qualità nient’affatto inutili alla diagnosi giuridica; alcune non corrispondono al *clou* deciso; e tali distonie riproducono i vecchi *arcana*. Povero lo scandaglio nomenclatorio, deboli trame sintattiche: ai due difetti supplisce l’enfasi; quanto meno dicono, tanto più declamano. Correlativamente al deperimento espressivo-logico, proliferano segnali allusivi, o così recepibili». Sempre intorno alla chiarezza, stavolta in termini logico-filosofici (ancorché pianamente e pienamente trasponibili in campo giuridico), risuonano – verrebbe da dire: rimbombano (ma l’impatto è smorzato dall’evenienza che, a ben vedere, l’Autore, «nonostante tutto [e per l’appunto nonostante il proprio monito], riesce [comunque] a dire molte cose intorno a ciò che non può essere detto» [RUSSELL B., *Introduzione*, in WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, cit., 18]) – le parole di Ludwig Wittgenstein: «Tutto ciò che può essere detto si può dire chiaramente; e su ciò di cui non si può parlare si deve tacere» (WITTGENSTEIN L., *Prefazione*, in WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, cit., 23 [v. anche 50 – proposizione 4.116 («Tutto ciò che possa essere pensato può essere pensato chiaramente. Tutto ciò che può formularsi può formularsi chiaramente») e 109 – proposizione 7 («Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere»)]).

⁸⁰⁸ Sull’importanza di un linguaggio giuridico puntuale, oltre ai riferimenti di cui al cap. I, § I.6, v. *ex plurimis*: CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo*, cit., 3-6 e 11; già DE LUCA G. B., *Lo stile legale*, cit., 62-63; GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice*, cit., 151 («Il mestiere del giudice [è] collocabile esattamente a metà tra il dire niente e il dire

trasparente⁸⁰⁹ e controllato/controllabile⁸¹⁰ possibile l'agire del giudice (che, in ogni caso, resta – e deve restare – autonomo⁸¹¹ e indipendente: art. 104, co. 1 Cost.).

troppo»); DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., 133-142; IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 315 («Stile asciutto e passaggi logici: ecco il modo di motivare»); RAMAT M., *Significato costituzionale della motivazione*, cit., 697-698 («Il problema del linguaggio giudiziario – che ha la sua manifestazione più importante nella motivazione della sentenza – non è dunque un problema di sola forma. Ridurlo alla sola forma sarebbe ipocrisia. È infatti tipica dell'ipocrita la pretesa di circoscrivere alla sola forma tutti i più gravi problemi, nel tentativo di convincere, e di convincersi, che sotto la forma, che può essere quella che è: sgradevole, avvilente, compromettente, ci sia sempre, e nonostante la forma, una sostanza buona, pura e incorruttibile. La forma finisce sempre con l'incidere nella sostanza; se la forma è cattiva, anche la sostanza finirà con il divenire cattiva»); SALVI G., *La motivazione delle sentenze penali*, cit., 3.

⁸⁰⁹ La trasparenza costituisce uno dei valori cardine delle odierne società (v. HAN B., *La società della trasparenza*, Milano, 2014, 80, il quale parla di «trasparenza come nuovo imperativo sociale») e, conseguentemente, della civiltà giuridica post-moderna: il giudice non deve soltanto essere imparziale, deve anche (di)mostrare di esserlo, apparendo tale (cfr. Corte EDU, 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio; Corte EDU, 16 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio; Corte EDU, 28 gennaio 2003, Dell'Utri c. Italia; v. ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 330: «La trasparenza e con ciò la possibilità di una critica aperta degli atti di valutazione posti alla base delle decisioni giudiziali e degli atti amministrativi si fa sempre più pressante nelle democrazie moderne»). Ammoniscono CAROFIGLIO G. – ROSATELLI J., *Con i piedi nel fango. Conversazioni su politica e verità*, Torino, 2018, 69-70 circa il fatto che «bisogna fare molta attenzione alla possibile, pericolosa torsione caricaturale della trasparenza. Perché non tutto deve essere trasparente e ci sono cose che devono avvenire in modo riservato. [...] Ciò che deve essere ostensibile è la giustificazione delle scelte, in base ad argomentazioni razionali compatibili con le premesse. I giudici decidono in camera di consiglio segreta, ma la Costituzione dice che le sentenze devono essere motivate, cioè che i giudici devono illustrare il percorso logico-argomentativo delle loro decisioni. Il segreto della camera di consiglio è un valore e a nessuno (se non in una dittatura) piacerebbe un sistema in cui è possibile osservare, scrutare, controllare i giudici nel momento in cui discutono della decisione da prendere. Quello che conta è la giustificabilità delle decisioni. Questo, con i dovuti adattamenti, vale anche per altri ambiti, ivi inclusa la politica. La cosa fondamentale è che le tue azioni siano coerenti con le tue dichiarazioni, che non siano viziate dall'interesse personale, e che le argomentazioni a sostegno di quello che hai deciso o che hai fatto siano razionalmente giustificabili». In materia, dallo scritto di DEMPSEY J. – TENINBAUM G., *May it Please the Bot*, in *MIT Computational Law Report*, 14 agosto 2020 può apprendersi l'esistenza di un dibattito in corso circa la possibilità – a nostro parere azzardata, giacché semplicistica rispetto alle articolate dinamiche del diritto: per lo meno, di un diritto che voglia dirsi ancora “umano” (come peraltro è noto agli stessi Autori [v. 7], i quali ciononostante propendono per la «adoption of [this] digital transformation» [8]); la possibilità, dicevamo – di modificare addirittura il modo di redigere le motivazioni giudiziali affinché queste siano «structured, machine-readable decisions» (4), ovverosia a tal punto trasparenti da divenire processabili a livello informatico (v. 6-7; 1: «We argue that judges should write opinions in anticipation of later machine processing, and that in doing so they can increase the efficiency and predictability of the legal system»).

⁸¹⁰ IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 760-761: «La funzione processuale della motivazione è in realtà duplice: una di prevenzione e l'altra di controllo. C'è una funzione di controllo. Questa, in un sistema giudiziario a gradi gerarchici, consente al giudice superiore di snidare l'errore di decisione della sentenza impugnata. Errore che può assumere tre forme: decisione contro il giudizio (contraddittorietà tra dispositivo e motivazione); decisione senza giudizio (dispositivo oltre o senza motivazione); decisione secondo un giudizio viziato. Ma, ancor prima, la motivazione (o meglio, l'obbligo di motivare) svolge una funzione conoscitiva di cautela preventiva contro il rischio di errore. Infatti, se è vero che la motivazione è successiva alla decisione, è pur vero che l'obbligo di motivare fa sentire il suo peso già al momento di decidere. Il giudice decide nei limiti in cui può motivare. La capacità di motivare circoscrive le alternative decisorie. L'obbligo di motivare “costringe” il giudice a decidere razionalmente, cioè a decidere in base a un giudizio in grado di affrontare i controlli processuali e sociali. È un vincolo non da poco. Non tutto ciò che è conoscibile è anche razionalmente esprimibile».

⁸¹¹ Cass., Sez. un., 24 settembre 2010, n. 20159: «L'autonomia del magistrato nell'amministrazione della giustizia deve trovare il suo limite nella motivazione dei provvedimenti».

Non è quindi sufficiente aver superato la prova concorsuale, né basta il continuo aggiornamento formativo (c.d. “competenza tecnica”⁸¹²). Il giudice è quotidianamente tenuto a legittimare il proprio operato esplicitando le modalità con cui esercita il potere di cui è personalmente, in veste monocratica o collegiale, titolare⁸¹³. Per questo, si può dire che l’impegno del motivare costituisce uno fra gli aspetti principali, se non addirittura l’«aspetto più nobile e, al contempo, più importante, della funzione giurisdizionale»⁸¹⁴.

Sempre a livello sistematico, la motivazione rappresenta più in generale un punto di raccordo tra i vari poteri dello Stato e – nella teorica dell’ordinamento – consente che questi raggiungano tra loro un perfetto e circolare equilibrio.

⁸¹² La competenza tecnica, presupposto – fra gli altri – principale per la corretta applicazione della legge, si fonda, com’è evidente, sulla razionalità. Di nuovo, quindi, il momento fondativo della funzione giurisdizionale si rintraccia nella razionalità, che distingue l’attività giurisdizionale del giudice professionale dal mero atto di arbitrio e la differenzia altresì dalla scelta immotivata e prevalentemente emozionale della giuria. Parla di «legittimazione razionalistica del giudice» GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 274 (il quale, da tempo, sollecita a riflettere sull’importanza, non soltanto della formazione, ma anche – a monte – della selezione dei «decisori di scelte così incisive sulle nostre libertà fondamentali», dato che – a ben vedere – «il mazziere non è meno importante delle carte da gioco» [GIUNTA F., *Dietro la crisi della legalità. Spunti per la prosecuzione di un dibattito*, in www.discrimen.it, 22 novembre 2020, 2]).

⁸¹³ Cfr. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 176-177: «Se è indubitabile che nei Paesi nei quali, per le più varie ragioni storiche, non accolgono sistemi di legittimazione democratica consistenti in particolari meccanismi di elezione o di nomina dei magistrati (giudici elettivi, giudici popolari estratti per sorteggio ecc.) ma mantengono il sistema di reclutamento per concorso, la fonte di legittimazione democratica dell’attività giurisdizionale può essere correttamente vista nella sottoposizione del giudice alla legge, tuttavia, allorché tale vincolo si allenta per le ragioni anzidette, l’esigenza del controllo si fa più pressante per poter così recuperare – in un certo senso – ciò che del principio di legittimazione democratica viene perduto proprio con l’accrescimento dei poteri del giudice. È necessario, pertanto, esaminare più dettagliatamente il problema del controllo, per accertare se il suo potenziamento possa per così dire compensare un’attenuazione del principio di legalità. I tipi di possibile controllo sull’esercizio del potere giurisdizionale sono vari. Così, ad esempio, non si è mancato di parlare anche di una sorta di autocontrollo che ogni singolo giudice dovrebbe svolgere su se stesso e sul procedimento adottato per giungere alla sentenza, dopo aver acquistato la piena consapevolezza della grande responsabilità che gli attribuiscono le leggi indeterminate. Unico, prezioso strumento di questa personale forma di controllo dovrebbe essere la razionalità, che – malgrado tutti gli inevitabili soggettivismi – è pur tuttavia da esigere sempre lucida e attiva nel giudice per renderlo costantemente vigile contro il pericolo o la tentazione di inquinare, magari inconsapevolmente, il procedimento interpretativo con le proprie passioni ed emozioni».

⁸¹⁴ FILIPPI L., *Il ricorso in cassazione per “violazione di legge”*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, 246. Leggiamo in CANZIO G., *Intervento*, in AA. VV., *Trascrizione degli interventi – Tavola rotonda: La motivazione dei provvedimenti giudiziari*, Firenze, 8 maggio 2017, 12-13 quanto segue: «Oggi stiamo trattando un tema [*i.e.* la motivazione dei provvedimenti giudiziari] che è strettamente legato a quello che noi chiamiamo la *Rule of Law*, cioè lo Stato di diritto, e cioè la democrazia di un Paese. Stiamo parlando del tessuto democratico di un Paese in cui la giurisdizione si esercita in determinati termini e in determinati modi e che gode di uno statuto di indipendenza e di autonomia assolutamente inedito in altri Paesi, anche europei, e quindi parliamo anche della fiducia dei cittadini nei confronti della giustizia e della legittimazione della magistratura. Perché dico questo. Perché – e non lo dico solo io insomma, ne sono però molto convinto – il processo è intessuto di ragionamenti di tipo inferenziale-probabilistico e le conclusioni del giudice, le decisioni del giudice, giacché attengono a fatti del passato, hanno necessariamente questo connotato probabilistico, di più o meno alta probabilità, e quindi la decisione deve avere una forte credibilità razionale per poter apparire la decisione giusta, quella più corrispondente alla verità dei fatti, il che mette nelle mani dei giudici un potere straordinario, che è quello della ricostruzione dei fatti attraverso le prove e della valutazione dei fatti dopo aver ricostruito probatoriamente il fatto medesimo. È un potere che la nostra Costituzione attribuisce ai giudici, ma, come tutti i poteri, per il sistema di *check and balance* che caratterizza la *Rule of Law*, ha bisogno di contrappesi».

Convergenndo su tale istituto, infatti, l'ideale circuito democratico disegnato dalla Carta costituzionale si chiude, per poi riaprirsi e rigenerarsi di nuovo, senza soluzione di continuità.

La legge⁸¹⁵ (potere legislativo), generalmente⁸¹⁶ ispirata dalle direttive governative (potere esecutivo) ed emanata dall'organo di massima rappresentanza dei cittadini (sovranità popolare), viene discrezionalmente applicata dal giudice (potere giudiziario)⁸¹⁷, che su di essa si basa e di ciò *reddes rationem* nella parte motiva del provvedimento adottato (al termine dello svolgimento di un processo corredato dalle garanzie di cui all'art. 111 Cost.⁸¹⁸).

Tramite la giustificazione della decisione, sia le parti in giudizio (interesse particolaristico; funzione endo-processuale⁸¹⁹) sia l'opinione pubblica (interesse sociale; funzione extra-

⁸¹⁵ La legge, "generale" e "astratta", viene divulgata con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Attraverso tale adempimento, al quale è peraltro sottoposta la sua entrata in vigore, si persegue una funzione di conoscibilità della disposizione legislativa. L'accessibilità delle leggi che regolamentano il vivere sociale è infatti un profilo che assume un valore fondamentale in ogni ramo dell'ordinamento (e – *ça va sans dire* – ha particolari ripercussioni in quello penalistico: v. artt. 25 Cost. – 5 c.p. e 7 CEDU).

⁸¹⁶ Con l'utilizzo dell'avverbio "generalmente" si intende descrivere quanto avviene nella maggior parte dei casi, fermo restando che le sollecitazioni a formulare e a emanare leggi possono pervenire anche per vie diverse da quella governativa (es. iniziativa legislativa popolare; singoli parlamentari; CNEL; Consigli regionali). Inoltre, nelle dinamiche di realtà, occorre tener conto anche delle "direttive" e delle "influenze" – dirette e indirette – che provengono dalle Istituzioni sovranazionali (es. europee) circa la necessità o l'opportunità di provvedere legislativamente in determinate materie.

⁸¹⁷ Ovviamente, la legge – eccezion fatta per la legge penale – viene applicata anche da altri organi pubblici o con funzioni di rilevanza pubblica (v. P.A.; a.d.r.; ecc.), oltre che dal giudice: ferma restando la possibilità di adire tale ultima autorità. Inoltre, puntualizziamo ancora che la concretizzazione della legge – da parte di qualsivoglia operatore giuridico – è un momento applicativo-interpretativo che implica sempre qualcosa di più della sola legge (v. *supra*, in part.: cap. I, § II.4). In ogni caso, lo schema circolare appuntato sulla motivazione, che si è appena esposto, si ripropone – *mutatis mutandis* – anche con riferimento a tali altri soggetti, laddove sono per l'appunto tenuti a motivare espressamente le proprie decisioni. Nel complesso, la prospettiva ordinamentale è quella – di matrice anglosassone – dei pesi e contrappesi tra poteri ordinamentali (*checks and balances*).

⁸¹⁸ Già *ante* riforma costituzionale (l. cost. n. 2 del 1999), DENTI V., *Art. 111*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, IV (artt. 111-113), (a cura di) G. BRANCA, Bologna, 1987, 1 individuava nell'art. 111 Cost. «la chiave di volta di tutta la costruzione della funzione giurisdizionale, anche per i riferimenti impliciti a una serie di altri principi, da quello di legalità (art. 101, co. 1 Cost.) a quello della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia (art. 102, co. 3 Cost.), allo stesso diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.)».

⁸¹⁹ Sulla funzione endo-processuale della motivazione, *ex plurimis*: AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 185-196; ANDRONIO A., *Art. 111*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, III (artt. 101-139), (a cura di) R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, 2006, 2120; BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione*, cit., 164; BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 177; CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, cit., 665; CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 150; DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 43-46 e 50-51/77; EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, cit., 159; IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 760; LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2018, 1-2; MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 3; MENNA M., *La motivazione*, cit., 12-14 e 26-29; MORSELLI C., *La sentenza penale*, cit., 116-119 e 226; MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 150-151 («I giudici hanno da motivare, cioè sinceramente esporre nei contraddittorii o allorché i giuristi vanno a informarli, quelle difficoltà che loro occorrono contro le ragioni dell'una parte e i motivi d'inclinare più all'altra. [...] Quel palesare schiettamente ai contendenti le ragioni che più li muovono in favore di questo che di quello, alfine d'illuminarsi se, per avventura, si vengano a sciogliere le palesate difficoltà e si faccia conoscere salda più che mai la ragione di quella parte»); NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C.

processuale⁸²⁰) possono controllare l'operato dell'autorità giudiziaria. Dinanzi a tale operato, reso pubblico ed eventualmente divulgato anche per mezzo dei *mass media* (cronaca giudiziaria), la

IASEVOLI, Napoli, 2018, 335; PALMA A. U., *Agnosticismi metodologici nel redde rationem giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4828 e 4830; PANIZZA S., *Il significato della motivazione*, in *Foro it.*, 1998, V, 374-376; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 98; RAMAT M., *Significato costituzionale della motivazione*, cit., 696; ROSELLI F., *La motivazione della sentenza*, cit., 392; SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 14; SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 696 e 703; SCAPARONE M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 473-474; SPANGHER G. – SURACI L., *Le impugnazioni penali*, cit., 135; TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., 240-241; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 334-344; TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 157; TONINI P., *Manuale*, cit., 762, nt. 187; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., XII; ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 81.

⁸²⁰ Sulla funzione extra-processuale della motivazione, *ex plurimis*: AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 185-196; BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 178-179 e 191-196; CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 150; CANZIO G., *Intervento*, cit., 21 («La motivazione lo mette [il giudice] in contatto con l'opinione pubblica, con l'opinione pubblica generale, e quindi con i *media*, la stampa e la critica dei *media* e della stampa, ma anche con il mondo della dottrina, con la dogmatica, con l'Università»); DACQUI G., *La sentenza e le variabili indipendenti*, cit., 44; DELL'ANNO P., *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 522, nt. 3; DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 6, e 43-46 nonché 50-51/77; DI DONATO F., *La riforma e le pignatte. Dalla mediazione patriarcale alla demotivazione delle sentenze. Diritto e politica nella Napoli del Settecento*, in *Mat. Storia giur.*, 2016, 29 («La logica insita nella non motivazione o nella motivazione posticcia dei provvedimenti giurisdizionali, così come di tutti i provvedimenti che rivestono una forma giuridica, fondandosi sul principio dell'irresponsabilità, produce il collasso dello spirito cooperativo, delle solidarietà sociali e della fiducia tanto orizzontale (dei cittadini tra loro) quanto verticale (ascendente e discendente: la prima dei cittadini verso le istituzioni e la seconda dei gruppi dirigenti verso i cittadini); e, in definitiva, vanifica la democrazia giuridica e politica riducendola a un simulacro a copertura di un mondo ancora radicato in logiche profondamente micro-feudali»); DINACCI F. R., *L'obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi*, cit., 6 («La società civile accetta la decisione come vera e lo stesso destinatario della pronuncia, partecipando al modo di produzione della medesima, di fatto accetta se non il verdetto, almeno la regolarità delle forme che lo hanno prodotto»); FILANGIERI G., *Riflessioni politiche*, cit., XIV e XVI («Che le decisioni così ragionate si stampino [...] e se non vengono rese pubbliche, non si possa avere il passaggio in giudicato: "vuole il Re, che la decisione la quale non sia così stampata, non faccia passaggio in cosa giudicata e si abbia per non fatta"») e 49-50; FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 22 («Il giudice ha il dovere di convincere la comunità attraverso un percorso argomentativo credibile e plausibile. Un percorso razionale, senza debordare in un discorso emozionale, che potrebbe magari interpretare gli umori della gente, ma non raggiungerebbe l'obiettivo prefigurato dall'impianto normativo»); IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 760; IASEVOLI C., *Motivazione e filtri di ammissibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 448; LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 9-10 e 25; LANZA P., *Nullità delle sentenze*, cit., 547; LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, cit., 1-2; LYONS D., *Justification and easy cases*, in AA.VV., *Conditions of validity and cognition in modern legal thought*, (a cura di) N. MACCORMICK – S. PANOU – L. L. VALLAURI, Stuttgart, 1985, 166; MACCHIA A., *Il percorso logico-giuridico del giudice*, cit., 3990; MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 3; MENNA M., *La motivazione*, cit., 12-14 e 26-29; MORSELLI C., *La sentenza penale*, cit., 123-126 e 226; NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 335; NOBILI M., *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Crit. dir.*, 1997, 126 («Mentre la sentenza controlla la società, questa controlla – nella motivazione – come fu esercitato il potere»); PALMA A. U., *Agnosticismi metodologici*, cit., 4828-4829; PANIZZA S., *Il significato della motivazione*, cit., 373 (ove si parla dell'obbligo di motivazione come di «un principio di portata più generale, in grado di connotare la stessa democraticità dell'ordinamento, attraverso la predisposizione di uno strumento di controllo da parte dei consociati sul funzionamento dei pubblici poteri») e 374-376; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 98; POSENATO N., *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, 2017, 64-66; RAMAT M., *Significato costituzionale della motivazione*, cit., 697; ROSELLI F., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 393; ROSELLI F., *Sentenze creative?*, cit., 16; SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 14; SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 696 e 703; SAUVEL T., *Essai sur la notion de précédent*, in *Cronique XVIII*, 1955, 93; SCAPARONE M., *La motivazione*

comunità⁸²¹ può – conseguentemente e consapevolmente – sollecitare, nelle forme e nei limiti in cui ciò è costituzionalmente legittimo, la creazione di nuove leggi o la modifica di quelle esistenti⁸²².

In questo movimento circolatorio di atti, attività e poteri, la macchina statale si (auto)alimenta senza posa.

Ebbene: in linea teorica, una simile architettura risulta impeccabile. Dal punto di vista pratico, invece, emergono purtroppo non poche imperfezioni: dovute sostanzialmente alle difficoltà e alle incongruenze operative che destabilizzano quest'articolata impalcatura, incidendo sul suo corretto funzionamento in ciascuno degli snodi appena rammentati⁸²³.

Focalizzando lo sguardo, per quanto qui d'interesse, sulle disfunzioni attinenti alla motivazione del provvedimento, si nota che la gran parte degli inconvenienti dipende dall'ampia motivabilità delle decisioni: evenienza, questa, strettamente legata alla natura epistemologica – probabilistica 'in fatto' e opinabile 'in diritto' – del sapere giuridico.

Mentre, da un lato, l'obbligo motivazionale modera e vincola entro certi limiti il potere giudiziario, dall'altro lato, consente viceversa al giudice di fare praticamente “quello che vuole”, e pure legittimamente, se è in grado di motivare la propria azione (che, beninteso, non può comunque evadere i limiti della sua sfera di competenza)⁸²⁴.

della sentenza penale, cit., 474; SPANGHER G. – SURACI L., *Le impugnazioni penali*, cit., 136; TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., 241-243; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 334-344 e 407 («L'ottica 'privatistica' del controllo esercitato dalle parti e l'ottica 'burocratica' del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell'ottica 'democratica' del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata»); TEXIER P., *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences*, in AA.VV., *La motivation*, cit., 6; TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 157; TONINI P., *Manuale*, cit., 762, nt. 187; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., XII; ZANCHETTA P. L., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)* (1999), in *Quest. giust.*, 2016, 4, 82; ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 81. Nell'ottica della funzione extra-processuale della motivazione, è peraltro significativo che anche le pronunce non più soggette a impugnazione vengano motivate.

⁸²¹ Meglio ancora: il popolo. Ancor più in particolare: il cittadino (v. elezioni) e, in special modo, il giurista (sia pratico [v. prassi] sia teorico [v. studi, convegni, scritti ecc.]).

⁸²² GIOSTRA G., *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 58: «La credibilità e la funzione di “collante” culturale della giurisdizione poggiano su una circolarità virtuosa, che in termini elementari potrebbe essere così riassunta: il potere legislativo fissa le regole della convivenza e il procedimento per accertarne la violazione; un organo “terzo”, a ciò preventivamente deputato per legge, applica le norme nel caso concreto; la collettività controlla il modo in cui si amministra giustizia in suo nome e lo valuta, in genere orientata dalla propria élite culturale, cioè dalla “sfera pubblica”, intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica; se insoddisfatta, la collettività cambia – per il tramite dei suoi rappresentanti politici – le regole che fissano i comportamenti di intollerabile disvalore sociale o il procedimento per accertarne la commissione. Si riattiva così il moto circolare che esprime la vitalità democratica e civile di un Paese».

⁸²³ Alla “prova del fuoco” della realtà pratica, nei punti di intersezione e di raccordo tra i poteri, non sempre si manifestano condotte diligenti da parte di chi, di tali poteri, si fa espressione: sicché l'esistenza di azioni e di atteggiamenti che possiamo definire impropri e, in certi casi, finanche illegittimi rischia di inceppare gli ingranaggi dell'ideale armonico meccanismo delineato dalla Costituzione.

⁸²⁴ Cfr. COLSON R., *La fonction de juger*, cit., 130-131 (citando, nel passo riportato tra virgolette – [...] – ZENATI F., *La jurisprudence*, Paris, 1991, 62): « Élevée au rang de règle constitutionnelle par la Convention, la motivation

Preso atto dei margini di argomentabilità del *decisum*, che – negli anni – si sono fatti e si vanno facendo progressivamente più dilatati, riteniamo che il problema della motivazione sia essenzialmente un problema di metodo.

D'altra parte, come ricorda Margherita Cassano, «parlare di motivazione significa innanzitutto interrogarsi sul metodo del ragionamento giuridico»⁸²⁵.

Convieni allora concentrarsi sul modo di giudicare e di giustificare ciò che si è deciso.

Su questo piano di idee (e consapevoli dei riflessi che, in materia, il *quomodo* esercita sull'*an*), emergono in particolare due profili del provvedimento giudiziale⁸²⁶ che ci sembrano meritevoli di attenzione: i) lo stile redazionale, nel significato esteso di *stilus curiae*; ii) l'approccio per così dire "metodico-contenutistico" in forza del quale il giudice valuta e decide (giudizio), dandone poi espressamente conto (giustificazione), il caso di specie. Dunque: una «funzione, squisitamente retorico-argomentativa, della motivazione formale (la *forma* della *sostanza*)», quella che si connette allo stile; e una «funzione sostanziale della forma-garanzia (la *sostanza* della *forma*)»⁸²⁷, quella che si connette al metodo e al contenuto.

(i) Avuto riguardo allo *stilus curiae*, il tema principale è quello della «visibilità», vale a dire «delle forme in cui essa [*i.e.* la motivazione] viene comunicata»⁸²⁸.

La necessità è che ci si esprima in modo lineare e chiaro⁸²⁹; e ciò richiede un impegno non meramente formalistico, ma anche sostanzialistico, dato che non si può esporre efficacemente e

obligatoire est essentiellement conçue par les révolutionnaires comme un gage de légalité des jugements. Le visa de textes légaux atteste de la soumission du juge à la volonté de la loi. Mais, paradoxalement, en voulant brider l'action des juges, "la Révolution a en fait créé les conditions de leur émancipation". En effet, les motifs ont été investis par les magistrats et utilisés comme vecteur d'un discours judiciaire autonome ».

⁸²⁵ CASSANO M., *Intervento*, in AA. VV., *Trascrizione degli interventi*, cit., 7.

⁸²⁶ Ribadiamo ancora una volta che le nostre considerazioni sono svolte dall'angolo visuale del (processual)penalista, nonostante – riteniamo – abbiano, quantomeno in alcuni loro aspetti e ovviamente *mutatis mutandis*, portata generale.

⁸²⁷ PAONESSA C., *Parola e linguaggio nel diritto penale*, cit., 312.

⁸²⁸ BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 183-184. Dopo aver chiesto ed essersi chiesto «come dire, scrivere, fare il diritto nel XXI° secolo, nell'età del postmoderno?», CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo*, cit., 1 risponde affermando che «si avverte l'esigenza di un serio cambio di passo nella *razionalizzazione* del linguaggio degli atti e dei provvedimenti giudiziari. Occorre fare della qualità degli atti un tema di politica giudiziaria, non di mera tecnica legislativa o redazionale. La trasparenza e la leggibilità/comprendibilità dall'esterno della comunicazione giudiziaria hanno ormai assunto la veste di parametro di qualità e di efficacia dell'amministrazione della giustizia, nel segno dell'uguaglianza di accesso e di trattamento dei cittadini (art. 3 Cost.)». In questa prospettiva, CURZIO P., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020. Considerazioni finali*, Roma, 29 gennaio 2021, 13 richiama la necessità di «un impegno specifico [che] dovrà essere dedicato alla ricerca della essenzialità e chiarezza espositiva nelle motivazioni dei provvedimenti, doverosa per chi ha il compito di sciogliere i nodi e le ambiguità delle disposizioni normative».

⁸²⁹ Sull'importanza della chiarezza espositiva, valga il monito di Stendhal (il quale – come noto e dallo stesso Autore peraltro confessato – era solito, «per prendere il tono giusto, ogni tanto legge[re] qualche pagina del codice civile» [v. *Il confronto tra Balzac e Stendhal a proposito del romanzo* (riprodotto «a mo' di Postfazione»), (a cura di) M. DI MAIO, in STENDHAL, *La Certosa di Parma* (1839), (trad. it.) M. CUCCHI, Milano, 2017, 590]): «Io vedo solo una regola: 'essere chiari'. Se non sono chiaro, tutto 'il mio mondo' si riduce a nulla».

limpidamente quello che non si possiede – con padronanza⁸³⁰ – anche contenutisticamente: *rem tene, verba sequentur*⁸³¹.

In un’accezione positiva, lo «*stylus judicandi*»⁸³² dà luogo a un ordine stilistico-strutturale dell’argomentazione, costitutivo una trama logica (di struttura, appunto) e non solo estetica affinché

⁸³⁰ SCHOPENHAUER A., *Filosofia dell’Università* (1845-1851), (trad. it.) G. COLLI, Milano, 1992, 56: «I buoni scrittori si sono sempre vivamente sforzati di condurre i loro lettori a pensare proprio ciò che essi stessi hanno pensato: chi ha qualcosa di buono da comunicare, infatti, si preoccuperà che ciò non vada perduto. Il buono stile è basato quindi principalmente sul fatto che si abbia davvero qualcosa da dire».

⁸³¹ PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 97: «Al fondamentale problema del ‘controllo’ si aggiunge quello della ‘forma espositiva’ della motivazione in una prospettiva non di priorità/subalternità, bensì di interazione e completezza. La regola ciceroniana del *rem tene, verba sequentur* ben esprime i termini del problema che potrebbe così sintetizzarsi: il ‘decidere bene’ (ossia secondo diritto e giustizia) dovrà produrre come conseguenza, quasi meccanica, il ‘motivare bene’».

⁸³² MILLETTI M., *Stylus judicandi. Le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998 (cfr. 114-115: «Va precisato che per *stylus* i giuristi d’età moderna intendevano, nell’accezione più ampia, l’orientamento costante, sia pure ufficioso, tenuto da un Tribunale di fronte a fattispecie concrete uniformi, e desumibile dall’esame diacronico della relativa giurisprudenza. Non si trattava d’un concetto statico, né astratto: si riconosceva anzi che la sua natura *variabilis* richiedeva un accurato esame condotto ‘*intellectualis cum actuali scientia*’»; v. altresì 121). In termini analoghi e con riferimento a contesti storico-sociali tutt’affatto diversi: CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 660; DE LUCA G. B., *Lo stile legale*, cit., 57-59 e 169-170, nonché 183; GAMBARO A., *Il linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*, Roma, 16 giugno 2016, 1 («Gli è che la stessa parola “stile”/“style”, con il suo ampio spettro di significati denota un oggetto dai contorni sfuggenti che pone assieme aspetti di struttura della narrazione e della motivazione con aspetti attinenti al lessico, al tono e al registro del discorso svolto dal giudice. D’altro lato, in ambito normativo, è da osservare che stile della sentenza è locuzione che denota un modello di redazione delle decisioni giudiziarie il quale è in gran parte determinato da consuetudini di carattere culturale, piuttosto che da prescrizioni legislative, o regolamentari, le quali, quando esistono, sono connotate da una elevata vaghezza e da ampia lacunosità, lasciando ampio margine alle interpretazioni individuali del singolo giudicante che ben potrebbe redigere la sentenza secondo il proprio stile personale senza violare alcuna disposizione vigente»); GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18^e siècle*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, cit., 43; GORLA G., *Lo stile delle sentenze*, cit., 5-6 e 42 («Per stile della sentenza s’intende non soltanto quello determinato dalle norme di legge in proposito, quanto – soprattutto – quello che vive nella prassi giudiziale. [...] Il modo di fare la sentenza[, ovverosia il] particolare modo di rappresentarvi i fatti della causa, lo svolgimento del processo e le questioni da decidere e di darne la soluzione. [...] Lo stile della sentenza fa parte integrante della giurisprudenza (con riflessi anche sul contenuto delle sentenze)». Adesivamente, LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, in *Giust. ins.*, 2009, 2-3, 88); MEGALE F., *Lo stile delle sentenze francesi e angloamericane. Analisi delle variabili e strategie di traduzione*, in *inTRAlinea*, 2011, 4 («Il “genere testuale sentenza” non è mai univoco. Il suo stile dipende da numerose variabili, in particolare dall’ordinamento di appartenenza nonché dal grado della giurisdizione e dalla tipologia della causa. Inoltre, ciascuna parte di una sentenza possiede un suo “stile”, ma numero e contenuto delle parti cambiano in base a dette variabili»); POSENATO N., *Lo stile delle sentenze*, cit., 7 e 9 («Quando si parla di analisi dello stile della sentenza si vuol far riferimento allo studio della conformazione dei provvedimenti decisori e, in particolare, del processo argomentativo alla base della statuizione su una concreta controversia, come prodotto dell’interazione di componenti di natura non solo giuridica, ma anche sociale, culturale e politica relative a diverse tradizioni giuridiche nazionali». Tra tali componenti l’Autrice rammenta il tipo di linguaggio, il procedimento argomentativo, le modalità di funzionamento della Corte, le modalità di adozione della decisione e le forme dell’esposizione, il ruolo degli attori procedurali ecc., precisando che «lo stile delle sentenze non dipende interamente dal diritto positivo, ma discende anche – e forse soprattutto – dalle tradizioni e dalla prassi degli organi competenti, dalla formazione giuridica e dall’ambiente professionale d’origine della magistratura, oltre che da diversi altri elementi esterni al modello normativo che costituiscono l’espressione di atteggiamenti profondamente e storicamente radicati nell’ordinamento giuridico; nelle parole di Gorla: il “paragiuridico”») e 15-16; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 301.

le ragioni siano esposte con precisione e per intero (cioè, senza che se ne tralascino alcune di imprescindibili)⁸³³.

In questo senso, la puntualità dello schema redazionale favorisce la trasparenza e la correttezza del giudizio *tout court*, vincolando il giudice a disporre stilisticamente la propria decisione entro «una vera e propria mappa da seguire»⁸³⁴: una mappa che si svela come «sequenza di passaggi cui il giudice deve adeguarsi perché possa dirsi osservato il dovere di motivare»⁸³⁵.

⁸³³ Si può parlare di una sorta di «coerenza stilistica» (v. SERIANNI L., *Prima lezione di grammatica*, Bari-Roma, 2006, 77: «Esiste anche una coerenza stilistica, vale a dire la capacità di usare un registro omogeneo rispetto a una data tipologia testuale»), alla quale paiono contribuire e rifarsi – ad esempio – i *Criteri per la redazione dei provvedimenti delle Sezioni penali [della Corte di cassazione]*, contenenti specifiche “impostazioni” e “altri criteri” formali (nonché “avvertenze varie”, “aspetti denominativi o stilistici”, “abbreviazioni” e modalità di citazione “dei precedenti giurisprudenziali” o “di leggi, di articoli e commi” all’interno) per la redazione del provvedimento, del quale si imposta la “struttura” sino a partire dal “frontespizio”. Sul tema, v. CANZIO G., *Intervento*, cit., 33-35: «Perché non immaginare motivazioni in cui i motivatori si impegnino a esercitare l’etica del limite, distinguendo i temi per paragrafi e sotto-paragrafi? Cominciamo col mettere i paragrafi e i sotto-paragrafi, cominciamo a mettere i numeretti, cominciamo a decidere tutti insieme. Io non voglio dire nulla, a me piace uno stile, all’altro gliene piace un altro, però decidiamo tutti insieme, come abbiamo fatto in Cassazione. Insomma, può scrivere Margherita [Cassano] col Times New Roman e io scrivere con Garamond e un altro con l’Arial? Ma il cittadino che cosa capisce, dice: ma quanti giudici ci stanno in questo territorio? Può scrivere uno con spazio 1, strettissimo, o spazio 0, e l’altro con spazio 4 o un altro con un corpo di 10, piccolissimo, che uno si cieca gli occhi per leggerlo, e un altro con corpo 12, 14 o 16, con i margini di un tipo, i margini di un altro e così via? Questo “gruppo di lavoro” che si riunisce decida: la Corte d’appello di Firenze fa le sentenze in questo modo. E si presenta alla Regione Toscana e agli italiani – perché poi ci si presenta all’Italia – come una *Court (Court management)* che offre i suoi elaborati con uno stile. Perché la giurisdizione ha bisogno anche dello *stilus curiae*, dello stile dei magistrati, dello stile della giurisdizione, e anche le procure della Repubblica hanno bisogno di uno stile allorquando formulano le loro imputazioni, il che fa chiarezza. E poi: ma dove sta scritto che gli argomenti devono essere tutti quanti mescolati? Altro che sintetica, quella è una sintesi altamente negativa. Facciamo un esempio banale nel processo penale: ma un processo con quattro capi d’imputazione, ma vogliamo trattare un capo ciascuno, separatamente? Capo 1. In ordine al capo 1: rapina; queste sono le fonti di prova; e da queste fonti di prova, io, attraverso criteri inferenziali, ho dedotto i seguenti risultati di prova e quindi esprimo il mio convincimento in ordine alla responsabilità; e poi, a seguire, in ordine alla pena; e poi in ordine a tutte le altre cose accessorie. Secondo capo d’imputazione ecc. ecc. In appello: ma voglio rispondere o no ai singoli motivi, sia pure raggruppandoli, se possono essere raggruppati, ma tenendoli in ordine: motivo numero 1 accorpato al numero 4 e al numero 7, perché toccano gli stessi temi. [...] Questo ordine fatto di titoli, di paragrafi, di sotto-paragrafi, di forme, o fatto di sintassi, perché il linguaggio è anche sintassi. Perché non proviamo a sciogliere le subordinate (lo dico anche a me stesso) e facciamo tante coordinate? Invece di mettere tanti gerundi – facendo, dicendo, argomentando, andando, tornando, che praticamente un viaggio intero da Roma a New York facciamo, a volte – perché non sciogliere, mettere un bel punto e cominciare con una frase che va in parallelo con l’altra e diventa coordinata all’altra? Ma quanto ne guadagniamo in chiarezza e in semplicità?! [...] Sono tecniche? Sì, forse sono tecniche, però le tecniche discorsive, per quello che è un metalinguaggio, sono fondamentali. Cioè un linguaggio alla seconda potenza non può essere – già il nostro stile, ripeto, è uno stile narrativo, discorsivo – non può essere un linguaggio oscuro, un linguaggio privo di chiarezza». Sul punto, v. altresì: BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza*, cit., 6-7; LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 49-50; MARCHESIELLO M., *Il linguaggio della legge*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 146-147; TRIA L., *Il linguaggio e lo stile delle Corti Supreme*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, cit., 193.

⁸³⁴ CANZIO G., *Intervento*, cit., 37, il quale – altrove (CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo*, cit., 10; v. anche CANZIO G., *Alle radici dell’errore giudiziario*, cit., 88) e a titolo esemplificativo – richiama «la mappa del ragionamento probatorio» delineata dalle Sezioni Unite Tuzzolino (Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1), che si articola nei seguenti punti: i) accertamento del fatto; ii) attribuzione di esso all’imputato; iii) qualificazione giuridica; iv) inesistenza di cause di giustificazione; v) colpevolezza; vi) accertamento delle circostanze aggravanti e attenuanti;

Il discorso giudiziale, invero, non è un discorso a struttura aperta o a trama completamente libera, ma è un discorso discrezionale strutturalmente orientato; a tratti, persino obbligato (v. declaratoria *ex art. 129 c.p.p.*). E qui si rintraccia la stretta corrispondenza fra il modulo stilistico e il profilo contenutistico dell'onere motivazionale: il giudice «“deve” decidere in base a precise regole guida e “deve” motivare la sua decisione in una forma che non è libera, ma strutturalmente programmata dalla legge. Il contesto di decisione è dunque vincolato e risulta collegato a quello di motivazione da una rete di obblighi»⁸³⁶, definiti e differenziati (e sempre più specializzati) in rapporto al *thema decidendum* di riferimento⁸³⁷, i quali contribuiscono ad allontanare l'atto decisorio dall'arbitrio⁸³⁸ e a renderlo più compiuto – meglio: completo – possibile.

(ii) Proprio riflettendosi sulla compiutezza o “completezza” della motivazione⁸³⁹, lo *stilus curiae* s'incrocia con l'approccio metodico-contenutistico dell'obbligo di *reddere rationem*.

vii) comparazione delle circostanze; viii) determinazione della pena; ix) sospensione condizionale della pena; x) altre eventuali questioni dedotte dalle parti o rilevabili d'ufficio. La tematica dello *stilus curiae* non è una questione soltanto estetica, ma anche contenutistica. L'aspetto stilistico del provvedimento, oltre che sui profili redazionali (es. tipo e dimensione del carattere di scrittura; spazi e margini del foglio; allineamento del testo; ecc. ecc.), incide anche sulla struttura logico-contenutistica dell'atto (es. suddivisione in paragrafi e sotto-paragrafi, dedicati a specifiche problematiche da trattare e da riempire di contenuto, in relazione alle specificità del caso concreto), definendo un «percorso nell'ambito del quale [ci] si deve mantenere» e che non consente di «motivare come [ci] pare» (FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, cit., 31). Quanto più l'apparato motivativo è dettagliato nel suo aspetto strutturale, tanto più aumentano la completezza e la precisione della decisione che entro tale apparato è tenuta ad accomodarsi. Invero, per rispondere effettivamente ai punti sui quali è necessario motivare esplicitamente, bisogna che la valutazione decisoria su tali punti si soffermi e li svolga concretamente, altrimenti non si è poi in grado di giustificarli compiutamente.

⁸³⁵ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 204.

⁸³⁶ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 217. D'altra parte, come rileva CORDERO F., *Stilus curiae*, cit., 30, «motivazione libera significa scelta sovrana, né più né meno».

⁸³⁷ La “rete di obblighi”, che vincola – ancorché non contenutisticamente (giacché i passaggi motivazionali devono essere, di volta in volta, concretizzati – *i.e.* riempiti di contenuto – in relazione alle specificità della vicenda storica in esame) – la decisione, è una rete che si diversifica in base al *thema decidendum* di riferimento (es., in materia penale e in termini generali, il capo di imputazione: AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 219) e alla tipologia di provvedimento da adottare (es., la sentenza piuttosto che l'ordinanza), dando di conseguenza luogo a moduli giustificativi differenziati strutturalmente. Trattando dei giudizi predittivi, o meglio dei giudizi prognostici e dei criteri di tali giudizi, GIALUZ M., *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2019, 19 osserva come disposizioni quali l'art. 274 c.p.p. – in particolare la sua lett. c – e l'art. 133, co. 2 c.p. delineino veri e propri «tracciati motivazionali per il giudice».

⁸³⁸ Come scrive IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 788 e nt. 132, «più complessa è la struttura della motivazione, più ristretta diventa l'area di discrezionalità del giudice. Infatti, non a caso quando si è voluto limitare il potere discrezionale di custodia cautelare del giudice, si è resa più complessa e stringente la struttura della motivazione dei provvedimenti cautelari (art. 292 co. 2 lett. c-bis) c.p.p.». Parla di «meccanismo di riduzione della discrezionalità motivazionale del giudice» riferendosi all'art. 275, co. 3-bis c.p.p. (richiamato dall'art. 292 c.p.p.) SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 210.

⁸³⁹ Sulla completezza della motivazione, *ex multis*: AMODIO E., *Motivazione della sentenza*, cit., 192-194; CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 151; DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 12-13 (ove, sul punto, è altresì richiamato CHIAVARIO M., *Processo e*

Quest'ultimo, peraltro, è odiernamente chiamato a (r)innovarsi in alcuni suoi aspetti, per adeguarsi al mutato assetto di poteri, ove arretra la legalità (legale) e avanza la giuristocrazia.

Difatti, innalzandosi il potere, «si innalza il dovere, si innalza la responsabilità»: e posto che fra i doveri del giudice vi è, *in primis*, quello di «spiegare fino in fondo come è pervenuto a quella decisione, qual è il percorso logico per il quale è pervenuto a quella decisione»⁸⁴⁰, ecco che all'espandersi del suo ruolo e all'aumentare dei suoi poteri effettivi, aumenta – deve aumentare – proporzionalmente anche il coefficiente di razionalità e specificità della motivazione che egli è tenuto a redigere, come garanzia di legittimità del suo operare e del suo operato⁸⁴¹.

Metaforicamente parlando, l'àncora motivazionale – appiglio che consente all'imbarcazione ordinamentale di mantenersi stabile, pur fluttuando, nel mare della discrezionalità giudiziale (le cui onde sono sempre più impetuose nelle società post-moderne) – deve adattare le proprie sembianze al fondale d'attracco, in parte conformandovisi per non perdere la propria capacità di ormeggio.

Fuor di metafora, i vincoli metodico-contenutistici – in specie, i vincoli di argomentazione – dell'onere motivativo devono farsi maggiormente stringenti e dettagliati perché maggiormente complicate e articolate sono le questioni e le problematiche da sciogliere delle fattispecie (fattuali; giuridiche: sostanziali e processuali) da giudicare.

Interviene e si rinviene qua l'importanza del metodo, giacché «la metodologia consiste in una forma di controllo del potere, o, meglio, può agevolare e rendere possibile tale controllo sia, sul versante tecnico giuridico, da parte delle istanze superiori e della comunità dei giuristi, sia, sul versante sociale, da parte dell'opinione pubblica informata»; e, oggi più di ieri, «la sfida sta nel vagliare la correttezza degli argomenti e dei percorsi decisionali degli interpreti “soggetti” alla legge»⁸⁴².

garanzie della persona, Milano, 1982, 76); GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale*, cit., 260; LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 85; MARANDOLA A., *L'appello riformato*, Padova, 2020, 110; MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 4; MENNA M., *La motivazione*, cit., 38; NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 333 e 360; NAPPI A., *Principio di completezza della motivazione e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1988, 1237-1238; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 98 e 133; SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 252; SPANGHER G. – SURACI L., *Le impugnazioni penali*, cit., 140-141 (ove si parla di «effettività esplicativa»); TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 306-307; TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 158; TONINI P., *Manuale*, cit., 763 e nt. 188; ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 6-9.

⁸⁴⁰ CANZIO G., *Intervento*, cit., 23.

⁸⁴¹ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 120: «Le asimmetrie tra quadro formale e realtà sostanziale della funzione giurisdizionale, gli squilibri tra politica e giurisdizione, sono tali da rendere necessaria la compensazione del difetto di rappresentatività democratica del giudice-funzionario con un maggior controllo sui percorsi argomentativi che conducono alla decisione, con la ridefinizione dei termini della soggezione al diritto e dei vincoli e limiti atti a far sì che la decisione possa essere quanto più 'obbiettivizzata', così da farne un autentico 'atto di giustizia' e non l'espressione di un arbitrio».

⁸⁴² PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2016, 63. Significativamente, ricollega la «pretesa di correttezza» all'obbligo generale di motivazione

Nell'attuale contesto storico, un (r)affinamento della legalità del motivare⁸⁴³, secondo un metodo di giudizio e di giustificazione costruito a step argomentativi obbligati (motivazione rafforzata), può concorrere a scongiurare impropri allontanamenti – o, perlomeno, a rendere ancora più evidenti tali allontanamenti e, pertanto, a porvi più facilmente rimedio – da quell'*iter* di legalità e di razionalità che guida – deve guidare – il giudice verso la decisione.

In effetti, com'è stato scritto, «la possibilità di nascondersi dietro argomenti apparenti è tanto minore quanto più forti sono le richieste di ragioni palesi della decisione. [...] Quanto più articolata è l'argomentazione e quanti più numerosi sono i passaggi giustificativi che vengono richiesti a chi deve decidere, a condizione – certo – che ci siano controlli istituzionali efficaci e/o che l'opinione pubblica sia sufficientemente vigile, tanto più difficile e rischioso è, per chi ha l'onore e l'onere di dover decidere, barare»⁸⁴⁴.

Inoltre, questo modo di procedere a tappe obbligate arricchisce la qualità dell'accertamento, perché lo richiama – in certi suoi passaggi (e, ovviamente, nelle ipotesi in cui è praticabile) – alla trattazione di tematiche che ne aumentano la bontà epistemologica (*i.e.* quelle di cui agli argomenti

ALEX Y R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 171-172. A tal proposito, evidenzia come «solo la fase della rappresentazione rend[er] visibile quali sentieri dell'apparato di regole metodologiche sono stati percorsi, quali sono stati forse non visti e quali sono stati abbandonati» HASSEMER W., *Metodologia giuridica*, cit., 100. Ritiene ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., XIV che «l'influenza inevitabile e determinante che sulla motivazione della sentenza esercita il caso concreto pone un ostacolo probabilmente insuperabile alla definizione di uno schema dettagliato, integralmente applicabile a tutte le situazioni. Ma questo non impedisce di individuare una serie di elementi sufficienti per definire quantomeno una metodologia per la motivazione della sentenza penale. Metodologia ugualmente utile a rispondere alle esigenze sopra specificate: per l'estensore della sentenza, in quanto gli consente di disporre comunque di un percorso, segnato nei termini fondamentali, e dei punti fermi attorno ai quali costruire la motivazione nella generalità dei casi; e per il lettore della sentenza, perché sia posto nella condizione di apprezzare e comprendere il senso di determinate scelte motivazionali».

⁸⁴³ Parla di «metodo legale di motivare» e sottolinea il fatto che «la legalità del processo implica anche la legalità del decidere» IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 303. Analogamente, ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 107 («Dove c'è obbligo di motivazione c'è obbligo di metodo: v'è una struttura legale di motivazione che riflette un modello legale di prova»). Scrive CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo*, cit., 831 che «da tempo immemore Giovanni Canzio ha coniato il sintagma della “motivazione legale e razionale” prendendo le mosse da norme come gli artt. 192 e 546, lett. e c.p.p.; oggi si sta lavorando a livello di *soft law* sulla qualità dell'apparato giustificativo affermando i principi della chiarezza, esaustività, sinteticità e concisione dello stesso e immaginando anche alcuni *steps* necessari del percorso espositivo che si ripercuotono a ritroso imponendo anche un percorso conoscitivo. È proprio la redazione dei motivi che permette di esternare il metodo di valutazione utilizzato, avviando un cammino di comprensione e condivisione dello stesso anche grazie all'esistenza del sistema dei controlli». Afferma RIGO F., *La sentenza dibattimentale*, cit., 1490 che «il libero convincimento assume un significato ancora oggi accettabile se lo si intende come emancipazione del giudice da prove legali o da valutazioni predeterminate per legge, non certo quale facoltà di affrancarsi dall'utilizzo di tecniche argomentative legalmente e razionalmente riconosciute e oggettivamente verificabili. Ma affinché la motivazione non diventi una razionalizzazione *a posteriori* di una decisione assunta su basi irrazionali, l'applicazione dei criteri di valutazione delle prove deve essere necessariamente anticipata alla fase deliberativa».

⁸⁴⁴ KOCH H. J. – RUSSMANN H., *Juristische Brgründungslehre*, München, 1982, 116 (riferimento che traiamo da GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 87 e 105).

rinforzati, da declinare in base a parametri e criteri condivisi e/o consolidati⁸⁴⁵, nonché intersoggettivamente verificabili, individuati dalla tradizione giuridica – legislativa, giurisprudenziale o dottrinale – come temi salienti e ricorrenti nell’applicazione di quella determinata fattispecie).

In definitiva,

- se leggiamo l’obbligo di motivazione come obbligo di *m e t o d o* (di giudizio e di giustificazione), intendendolo quindi «come un percorso: come un andare verso la meta»⁸⁴⁶ e un rendere espressamente conto di tale tragitto;
- se ammettiamo che, in campo scientifico (e quantomeno per il momento⁸⁴⁷), «è con il metodo che la ragione dà i suoi frutti migliori»⁸⁴⁸;
- se muoviamo infine da quel principio di civiltà giuridica⁸⁴⁹ secondo cui, nel diritto (e nel diritto processuale penale in particolare), il *m o d o* attraverso cui si giunge a un dato risultato decisionale vale più del risultato decisionale stesso⁸⁵⁰;

⁸⁴⁵ Cfr. PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 64 e 68-69: «Nel procedimento di giustificazione della decisione molteplici sono gli argomenti utilizzati: non solo quelli riguardanti le norme giuridiche generali presupposte valide e quelli relativi alle proposizioni descrittive dei fatti (a sostegno della loro verità, plausibilità, attendibilità), ma anche quelli volti a rendere accettabili certi significati normativi e quelli concernenti le varie conseguenze delle diverse scelte ipotizzabili. [...] La comunità dell’interpretazione giuridica può rappresentare un ulteriore criterio regolativo, intersoggettivamente caratterizzato, in base al quale controllare le scelte e le soluzioni sul versante della consistenza delle argomentazioni fornite».

⁸⁴⁶ In termini, FIKENTSCHER W., *Methoden des Rechts*, Tübingen, I, 1975, 22.

⁸⁴⁷ Utilizziamo l’espressione “campo scientifico” in senso lato, ricomprendendovi sia le c.d. “scienze dure” che le c.d. “scienze molli”: facendovi quindi rientrare anche la scienza giuridica. Con la precisazione temporale “quantomeno per il momento” si vuol sottolineare che – attualmente – l’approccio scientifico basato sull’esperimento e sul metodo, cioè la c.d. “scienza sperimentale”, «è il miglior strumento che possediamo», ma «può darsi che in futuro comparirà una nuova forma di esplorazione del mondo» che ci porti ad abbandonare, in tutto o in parte, tale metodica (BONCINELLI E., *La storia di tutte le storie*, Roma, 2019, 42).

⁸⁴⁸ PECORELLA G., *Più luci che ombre nella riforma della motivazione e dell’appello penale*, in *Cass. pen.*, 2019, 487.

⁸⁴⁹ All’interno dei principi di civiltà giuridica è da ritenersi senza dubbio ricompreso altresì l’obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie. In modo esemplare, SAUVEL T., *Historie de jugement motivé*, in *Revue de droit publique et de science politique en France et à l’étranger*, 1955, 51-52: « Les philosophes [à propos du jugement motivé] avaient bien souvent parlé du droit naturel. Nous en sommes, je crois, très loin, et il s’agit tout au contraire d’un droit né de l’état de civilisation atteint par un peuple ; il est la résultante de tous les progrès faits par celui-ci et il a précisément pour but de défendre ces progrès. Une société moins avancée n’y songeait pas [...] Aussi bien est-il permis de penser que la présence des motifs dans les décisions juridictionnelles et plus encore leurs mérites, leurs qualités, le degré de franchise et de clarté atteint par eux sont des indices très nets qui montrent où nous en sommes. Nous ne demandons pas seulement au hege de mettre fin à nos différends, nous lui demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions être non pas seulement jugés, mais si possible persuadés [o, au moins, traités comme êtres rationnels], qui est bien autre chose. Meilleurs sont les motifs exprimés par la justice d’un Pays à une date donnée, meilleur apparaît l’esprit des justiciables à qui ces motifs viennent apporter des réponses. Et, comme il est bien peu d’idées qui ne se prolongent et ne s’enchantent, ces motifs eux-mêmes vont agir sur cet esprit et servir à l’affiner ».

⁸⁵⁰ Sul punto (cioè, sul fatto che nel rituale – e il processo giuridico è un rituale – «il medium produce il messaggio [ed è] in questo [che] consiste la forza dei riti» [HAN B., *La scomparsa dei riti. Una topologia del presente*, (trad. it.) S. BUTTAZZI, Milano, 2021, 35]): ASCARELLI T., *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 858 («La giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato»); CORDERO F., *Diatribes sul processo accusatorio* (1965),

possiamo riconoscere nell'onere motivativo c.d. "rafforzato" un istituto di garanzia che perfeziona lo strumentario metodologico esistente, rivelandosi adatto – in concreto e fin d'ora: nell'immediato – a fronteggiare le sfide dell'attualità.

in CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220 («La caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce vale più del risultato. Si possono immaginare un processo dal quale, comunque le cose vadano, la civiltà riesce umiliata e un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori»); IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 172 («Non c'è decisione giusta se il processo non è stato giusto. Il processo conta più del risultato»); TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., esergo (in dedica d'opera): «Il processo penale si celebra nei tribunali nel rispetto delle regole e delle garanzie stabilite dal codice, dalla Costituzione, dalla Convenzione europea. Non sulla stampa e alla televisione, senza regole e senza garanzie. Noi corriamo verso un ideale di Giustizia, anche se esso è paradossalmente irraggiungibile come la tartaruga per Achille. Non dobbiamo mai smettere di correre, con lo sguardo rivolto alle regole e alle garanzie. *La Giustizia si incontra nel percorso, prima ancora che alla meta*».

CAPITOLO III

LA MOTIVAZIONE RAFFORZATA

Il paradigma^{851 [852]} della “motivazione rafforzata”, che estrapoliamo dalla realtà ordinamentale (per tentare di dargli una veste teorica uniforme⁸⁵³), ci sembra appartenere a quel genere di idee che,

⁸⁵¹ Intendiamo la nozione di “paradigma” à la Kuhn, cioè come conquista scientifica universalmente riconosciuta che – per un certo periodo – fornisce un modello di problemi e di soluzioni accettabile a coloro che praticano un certo campo di ricerca (in termini, KUHN T. S., *Prefazione*, in KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009, 10; ma v., ovviamente, *passim*). L’impatto della metodica di giudizio e di giustificazione che andiamo analizzando è tale, nelle ipotesi in cui trova applicazione, da comportare una vera e propria “rivoluzione scientifica” à la Kuhn (es. 24-26 e 29). Invero, il paradigma dell’obbligo di motivazione rafforzata – ove applicabile – ridefinisce, ancorché non «completamente [ma sol]o in parte» (119), l’ordinario metodo motivazionale. D’altronde, per essere definita paradigmatica, «una nuova teoria non deve necessariamente venire in conflitto con quelle che l’hanno preceduta» (122), né «deve necessariamente essere un grande cambiamento, né [infine] apparire rivoluzionario a coloro che sono al di fuori di una singola comunità» (*Poscritto* [1969], 218). Il ‘normale’ obbligo motivazionale resta intatto nei suoi tratti caratteristici, ma subisce un arricchimento contenutistico – l’arricchimento, cioè, che motivare rinforzatamente comporta (v. *infra*: § III) – il quale determina una sua «ulteriore articolazione» (125). Si ha un «raffinamento» (89) dell’onere motivativo e, in questa sua veste, tale onere si mostra «sufficientemente nuov[o]» e «sufficientemente apert[o]» (29) da consentire di affermare che si è in presenza di un “riorientamento” delle sue “impalcature teorico-pratiche” (v. anche 149). Di fatto, nelle fattispecie in cui si applica, la motivazione rinforzata perfeziona, tramite l’introduzione di un nuovo modo di vedere e di affrontare le questioni giuridiche rilevanti, il campo «dei problemi da proporre all’indagine scientifica e dei criteri secondo i quali [in questo caso, in ambito giuridico, s’intende, si stabilisce] che cosa si [debba] considerare come un problema ammissibile o come una soluzione legittima di esso» (25).

[⁸⁵² Sempre a livello di paradigma, volendo essere esaustivi, appuntiamo una ulteriore possibilità: quella secondo cui la teoria qui proposta non abbia una collocazione paradigmatica a sé stante, ma si inserisca – come una sua forma di specificazione – entro la «concezione proceduralista del diritto» delineata da Jürgen Habermas (quale «terzo paradigma giuridico», volto a «superare i due precedenti» paradigmi dominanti la storia del diritto moderno, ovverosia il paradigma del diritto formale borghese e quello del diritto materializzato dello Stato sociale: HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPEA, Bari-Roma, 2013, 219). Riteniamo una simile ‘categorizzazione’ condivisibile (per la centralità e per l’essenzialità che il momento procedurale vanta anche nell’ambito della metodica in cui consiste la motivazione rafforzata) ma soltanto in parte, giacché – a fronte di tale collocazione – ci sembra restino fuori alcune importanti ricadute parimenti paradigmatiche della teoria da noi avanzata, la quale ha implicazioni ulteriori rispetto a quelle strettamente proceduraliste. Così, ad esempio, nella prospettiva habermasiana «l’istituzionalizzazione dei discorsi giuridici attraverso i codici di procedura non deve mai spingersi fino al punto da interferire nella logica dell’argomentazione [posto che] il diritto procedurale non regola l’argomentazione giuridico-normativa in quanto tale, ma assicura soltanto – in termini temporali, sociali e di merito – il quadro istituzionale entro cui mettere in libertà processi comunicativi obbedienti alla logica dei discorsi di applicazione» (265). Viceversa, nella nostra (ma, in realtà, non solo nostra) prospettiva è invece possibile spingersi sino a interferire nella logica dell’argomentazione, non certo predeterminandone l’esito contenutistico (da adattare, ogni volta, alle peculiarità del caso concreto), ma imponendo che si attraversino step o passaggi obbligati di giudizio e di giustificazione: come, del resto, in alcune circostanze è lo stesso legislatore a pretendere (v. art. 292, co. 2 lett. c-bis), in combinato con l’art. 275, co. 3 e 3-bis) c.p.p.).]

⁸⁵³ Difatti, «costituisce il *proprium* della scienza giuridica» la funzione di «astrazione [con la quale] il giurista elabora dei concetti, vale a dire, comprende, secondo l’etimologia della parola, la realtà, ne scopre e ne fissa l’essere, cioè la forma essenziale, l’ordine per cui essa è giuridica» (SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 95). Del fenomeno analizzato, poi, si tenta di coglierne «le evoluzioni nel lungo periodo (...) osserva[ndolo] da una sufficiente distanza e con adeguato distacco» (CONTI C., *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il “discorso sul metodo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 848) e, in alcune (non comuni) ipotesi, è possibile ricavare dei veri e propri «paradigmi giuridici

negli anni, vivono l'avventura di essere elaborate e rielaborate, poste e riproposte, avanzate ma non accolte: finché un giorno, giunto il loro tempo⁸⁵⁴, vengono adottate e recepite *tout court* dal sistema, proprio come se si trattasse di qualcosa che da tanto si andava cercando⁸⁵⁵.

Di una sorta di rafforzamento delle modalità di giustificazione del provvedimento si è infatti ripetutamente parlato negli ultimi decenni. Si è più volte puntato il dito, per così dire, sulla “legalità del motivare” (cioè, sul metodo attraverso cui giustificare la decisione) e sui possibili riflessi del

[che] consentono di elaborare diagnosi orientative della situazione» presente e di quella avvenire (HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 490). Insomma, «dal modo in cui il mondo [nel nostro caso, giuridico] cammina» bisogna trarre insegnamento (KANT I., *Per la pace perpetua* (1795), (a cura di) L. T. FERENTE, Milano, 2010, 84), affinché si elaborino teorie accurate e praticamente efficaci (v. KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 161). Similmente, avuto riguardo al tema specifico della motivazione, MASSA M., *Motivazione della sentenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 7: «Un approccio “autentico” alla tematica della motivazione non può certo scaturire da un mero esame dei precetti in materia; solo il “concreto giudiziario” è, infatti, in condizione di svelare se e fino a che punto il nuovo processo sia in grado di favorire la realizzazione di fondamentali e irrinunciabili principi naturali». In questa prospettiva teorico-pratica, il nostro lavoro di analisi e di sintesi intende – o per lo meno tenta di avvicinarsi quanto più possibile all’impresa di – portare avanti, alexyanamente parlando (ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1998, 27), un’«indagin[e] analitic[a] integrat[a] da ricerche empiriche sul comportamento decisionale dei giuristi» (in particolare, dei giudici), in modo da realizzare uno «studio analitico sulla struttura di [alcuni dei principali] argomenti delle singole decisioni» nelle ipotesi in cui occorra motivare rinforzatamente e trarre così le ‘linee fondamentali’ di questa peculiare metodica di giudizio e di giustificazione. Nel far ciò, le pagine che seguono si soffermano altresì – sia pure non approfonditamente come auspicato da Alexy, ma esclusivamente ai fini occorrenti a delineare le caratteristiche generali della “motivazione rafforzata” – «sulle regole seguite nei diversi settori del diritto [in part., civile e amministrativo] e sulle forme di argomenti in essi utilizzate», nonché «sulla struttura di argomentazione impiegata nelle catene decisionali, così come sulla struttura di argomentazione dei processi» in cui si è tenuti a motivare rinforzatamente.

⁸⁵⁴ Invero, «come insegna già la antica sapienza sacra, ogni cosa ha il suo tempo e ogni tempo ha le sue cose» (GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 38. Cfr. KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 24 (corsivi nostri): «La novità non rimarrà soppressa per molto tempo. Talvolta un problema normale, cioè un problema che dovrebbe essere risolvibile per mezzo di regole e procedimenti noti, resiste al reiterato assalto dei più abili membri del gruppo entro la cui competenza viene a cadere. In altre circostanze, uno strumento dell’apparato di ricerca, progettato e costruito per gli scopi della ricerca normale [ove per «scienza normale»] Kuhn intende «una ricerca stabilmente fondata su uno o su più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore» (29)], non riesce a funzionare nella maniera aspettata, rivelando una anomalia che, nonostante i ripetuti sforzi, non può venire ridotta a conformarsi all’aspettativa professionale. In questi e in altri modi ancora, la scienza normale va a finire ripetutamente fuori strada. E quando ciò accade – *quando cioè la professione non può più trascurare anomalie che sovvertono l’esistente tradizione della pratica scientifica* – allora cominciano quelle indagini straordinarie che finiscono col condurre la professione ad abbracciare un nuovo insieme di impegni, i quali verranno a costituire la nuova base della pratica scientifica». Queste affermazioni possono a nostro parere trovare applicazione, ovviamente *mutatis mutandis* (cfr. *Poscritto* [1969], 250), altresì nel mondo del diritto. Tra le dovute ricambilrazioni riflessive che occorre operare, bisogna ad esempio considerare che all’interno del contesto giuridico i fenomeni tendono generalmente a subire *perfezionamenti* piuttosto che ad essere nettamente superati o stravolti: sicché, spesso (verrebbe da dire: praticamente sempre, salvo ipotesi del tutto eccezionali), la rivoluzione in questo campo avviene con la conservazione dell’esistente sotto forme inedite e (r)affinamenti che consentono a ‘vecchie’ categorie di “stare al passo coi tempi”.

⁸⁵⁵ Ci si confronti, ancora, con le caratteristiche tipiche dell’emergere e dell’affermarsi dei “paradigmi” secondo l’insegnamento di Thomas Samuel Kuhn: «La previa presa di coscienza dell’anomalia [nel funzionamento della ‘scienza normale’ rispetto a un problema], la graduale e simultanea emergenza del loro riconoscimento [cioè, del riconoscimento dei paradigmi] sia sul piano delle osservazioni che su quello dei concetti e il conseguente mutamento, spesso accompagnato da resistenze, di procedimenti e categorie paradigmatiche» (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 86).

momento motivativo sul momento, più o meno legalmente formalizzato/formalizzabile⁸⁵⁶, valutativo-decisionale.

In particolare, limitando l'accento al panorama italiano, le parole di Ennio Amodio e di Francesco Mauro Iacoviello – presenti nelle voci enciclopediche “*Motivazione della sentenza penale*” redatte, rispettivamente, nel 1977 e nel 2000 – ci paiono «già a [loro] volta [aver] pensato i pensieri [qui] espressi o, almeno, pensieri simili»⁸⁵⁷ a quelli che qui tentiamo di esprimere, cosicché ci sembra di poter rinvenire in questi due scritti i tratti archetipici di quel modo di *reddere rationem* che oggi si compendia nella formula “motivazione rafforzata”.

Si è invero già sostenuto che, «senza coinvolgere problemi di fondatezza, correttezza o legittimità *in iure* delle argomentazioni, si può cercare di descriverne la ‘forma’ concepita come *sequenza di passaggi cui il giudice deve adeguarsi perché possa dirsi osservato il dovere di motivare*»⁸⁵⁸.

Si è altresì già messo in luce che, in seno a un «apparato giustificativo del *decisum* che non tollera amputazioni o riduzioni»⁸⁵⁹ e che la legge regola «tanto come atto processuale (‘struttura

⁸⁵⁶ Sulla tematica, si rievocano le opposte posizioni sostenute rispettivamente da FERRUA P., *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 3, 83 (per il quale mentre la formazione – *i.e.* ammissione ed esclusione – delle prove è regolata dalla legge, l'attività di valutazione probatoria è rimessa al giudice e rappresenta un'area non invadibile in alcun modo dal legislatore, una zona «da salvaguardare rispetto a ogni incursione legislativa» [FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P. – GRIFANTINI F. M. – ILLUMINATI G. – ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 329; analogamente: FERRUA P., *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2017, 748]) e da IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 763 (secondo cui «la legge non si ferma sulla soglia della camera di consiglio, ma vi entra assieme ai giudici ed è il loro assillante interlocutore», potendo – entro certi limiti [es. artt. 192, 500, 526, 527 c.p.p.] – introdursi nel territorio valutativo delle prove e ‘disciplinarlo’ secondo un metodo, «perché la legalità del processo implica anche la legalità del decidere»).

⁸⁵⁷ WITTGENSTEIN L., *Introduzione*, in WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus* [1921] e *Quaderni 1914-1916*, (trad. it.) A. G. CONTE, Torino, 2009, 23. Cfr. KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 100: «La soluzione di ciascuno dei problemi in gioco era stata almeno parzialmente anticipata in un periodo in cui non esisteva ancora una [vera e propria] crisi nel campo scientifico corrispondente; e in mancanza della crisi [vera e propria] quelle anticipazioni erano state trascurate».

⁸⁵⁸ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 204 (corsivo nostro), per il quale tuttavia «una teoria processuale della motivazione non deve trasformarsi in un inventario degli argomenti di fatto e di diritto di cui i giudici si servono o sono tenuti a servirsi per fondare il dispositivo delle loro sentenze». A nostro parere, invece, una teoria processuale della motivazione deve, in certi casi (*i.e.* in presenza di “fattispecie da motivazione rafforzata”: *v. infra*), trasformarsi in un inventario degli argomenti di fatto e di diritto di cui i giudici si servono o sono tenuti a servirsi. Ciò, a patto che tale inventario non venga inteso come insieme di argomenti esclusivo e da solo sufficiente a risolvere l'intero giudizio. Gli “argomenti da motivazione rafforzata”, come diremo, costituiscono invero un *quantum minimum* ineludibile ma non bastano, di per sé, a svogere l'iaccertamento nel suo complesso, rappresentandone una parte soltanto (cioè, quella dedicata al profilo o ai profili cui si applica questa peculiare metodica di giudizio e di giustificazione).

⁸⁵⁹ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 204.

esterna⁸⁶⁰) quanto come costruzione del discorso argomentativo ('struttura interna'⁸⁶¹)⁸⁶², esistono «tappe necessarie della sequenza argomentativa del discorso giudiziale»⁸⁶³.

Si è ancora già affermato che, «poiché il dovere di motivare è accessorio al dovere di decidere, le singole valutazioni frutto dell'applicazione della legge o dell'esame delle prove devono trovare il loro supporto nella motivazione», sicché è possibile «parlare di “correlazione quantitativa” per distinguere questo particolare aspetto da quello della “correlazione logica”, esistente tra motivazione e dispositivo»⁸⁶⁴. E a tal riguardo si è per l'appunto elaborata la metafora di una «mappa dei punti su cui deve esprimersi la motivazione» e si è detto che «sono i 'punti del dispositivo' a vincolare il *quantum* in estensione della motivazione in diritto», cioè del discorso argomentativo *in iure*⁸⁶⁵.

Il giudice, nel rendere conto dell'«itinerario della propria scelta interpretativa»⁸⁶⁶, deve necessariamente confrontarsi con «alcune norme [che] segnano per così dire le *tappe obbligate* del discorso giustificativo in relazione a certi punti della decisione»⁸⁶⁷. Vi è, insomma, una «predeterminazione dei passaggi in cui deve articolarsi il giudizio [e da ciò] ne deriva *un giudizio*

⁸⁶⁰ *Id est*, obbligo di motivare inteso come atto facente parte di quella serie di atti in cui si realizza il procedimento penale.

⁸⁶¹ *Id est*, obbligo di motivare inteso come sequenza delle argomentazioni giustificative il *decisum*.

⁸⁶² AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 198.

⁸⁶³ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 205 (corsivo nostro). A proposito delle 'sequenze argomentative', anche da un punto di vista linguistico, DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Firenze, 2017, 87-88 scrive che «nelle sequenze argomentative l'impianto valutativo e giustificativo della motivazione emerge in tutta la sua portata. Esse costituiscono gli anelli di aggancio tra motivi in fatto, strumenti giurisprudenziali e fondamenti normativi».

⁸⁶⁴ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 218.

⁸⁶⁵ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 219. Adesivo alla posizione di Amodio, ZAZA C., *La sentenza penale. Struttura e casistica*, Milano, 2011, 69: «In effetti la sentenza penale presuppone per questo aspetto [*i.e.* la disposizione dei temi di prova e delle argomentazioni che vi si riferiscono] uno schema sufficientemente articolato e completo; tanto da costituire quella che è stata definita come una mappa naturale, un percorso predeterminato da seguire. Tale percorso è tracciato dagli elementi costitutivi del reato, dalle cause e circostanze che possono intervenire nella fattispecie concreta, dalla pena e dagli altri effetti del reato; e le sue tappe non potranno che ricalcare la successione di questi elementi così come proposta dal sistema del diritto penale sostanziale». Nell'ottica della motivazione rafforzata, il percorso obbligato da seguire si fa ancora più specifico, posto che si delineano dei sentieri di giudizio e di giustificazione – segnati da tappe costituite da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili – attinenti ad aspetti ancor più particolari delle 'categorie' generali appena richiamate da Zaza. Così, ad esempio, all'interno dell'elemento soggettivo del fatto-reato, la trattazione della problematica concernente il discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente può dirsi soddisfacente, nella prospettiva dell'onere motivazionale rinforzato, se la disamina valutativa, prima, e giustificativa, poi, si svolge prendendo in considerazione – quali argomenti ineludibili (ancorché da soli non necessariamente sufficienti) – i c.d. “criteri Thyssenkrupp”, da concretizzare in base alle peculiarità della vicenda storica in esame).

⁸⁶⁶ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 212.

⁸⁶⁷ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 226 (corsivo nostro).

“*pilotato*” su certe questioni che non può non avere riflessi sullo sviluppo argomentativo della motivazione»⁸⁶⁸.

Si è infine già precisato che l'autorità giudicante è tenuta a «*seguire l'itinerario fissato dalla norma penale*»⁸⁶⁹, senza eludere il campo argomentativo da questa delimitato: di talché, l'obbligo di decisione può dirsi correlato all'obbligo di motivazione fino a esserne persino compenetrato.

Quest'ultimo principio, cioè quello di correlazione tra dovere di decidere e dovere di motivare, è derogabile solo in presenza di «quelle norme che ricollegano conseguenze automatiche a certe decisioni» e tolgono qualunque profilo di discrezionalità valutativa all'organo giudicante, cosicché è la legge stessa a far discendere direttamente un dato effetto in presenza di una data situazione giuridica (es. pene accessorie obbligatorie; calcoli aritmetici di conversione; termini processuali; ecc.)⁸⁷⁰.

Al di là di queste eccezionali circostanze di esonero, possiamo dire che «*i limiti del potere di giudicare sono fissati dai limiti del potere di motivare*: si deve motivare tutto ciò che si decide e si può decidere solo ciò che si può motivare»⁸⁷¹.

Nel suo compiersi, l'odierna attività giurisdizionale si fonda sulla libertà decisionale del giudice, che può tutt'al più essere orientata ma non soppressa da previsioni legali o para-legali (es. fonti di *soft law*).

Com'è possibile orientare il giudizio senza sopprimere il libero convincimento giudiziale? La legge, ad esempio, orienta e non sopprime la libertà decisoria del giudice rinunciando «a fissare normativamente il “peso” delle singole prove e puntando invece a delineare un *metodo* legale di giudizio (e quindi di motivazione) attraverso regole flessibili», che operano «a tre livelli: a) fissando regole d'uso del materiale probatorio; b) prescrivendo delle regole decisorie; c) stabilendo una procedura logica di decisione e quindi uno schema vincolante di motivazione»⁸⁷².

⁸⁶⁸ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 226 (corsivo nostro), il quale così prosegue: «Si pensi, anzitutto, al modo di operare dell'art. 133 c.p. che prescrive di tener conto di specifici criteri relativi alla gravità del reato e alla capacità a delinquere ai fini della determinazione della pena e, secondo la tesi che appare più corretta, anche ai fini di altri giudizi strutturati in chiave discrezionale».

⁸⁶⁹ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 226 (corsivo nostro).

⁸⁷⁰ AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 226. Sottolinea come «motivazione e giudizio [siano] realtà correlate» altresì IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 767, secondo cui «la motivazione altro non è che la giustificazione razionale di un giudizio razionale».

⁸⁷¹ IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 761 (corsivo nostro), il quale prosegue affermando che «in questo senso, la motivazione – oltre che una ‘garanzia epistemologica’ (una garanzia per il giudice) – è anche una ‘garanzia processuale’ (una garanzia nei confronti del giudice)».

⁸⁷² IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 764. Riportiamo per esteso il seguito del passo citato, per evitare che un richiamo parziale possa rischiare di far travisare il pensiero dell'Autore (quantomeno relativamente alle tematiche di cui alle lettere “a)” e “b)”, che non saranno oggetto di approfondimento in questa sede): «a) Non bisogna equivocare tra ‘prova legale’ e ‘regole d'uso’ delle prove. La prova legale entra nel merito della prova: la valuta, cioè dice “cosa” la prova significa e quale è il suo valore rispetto al *factum probandum*. La regola legale d'uso non entra affatto nel merito, lo lascia impregiudicato: dice solo “come” valutare la prova. La prova legale sostituisce la legge al

Nella prospettiva che qui portiamo avanti, ovvero quella della “motivazione rafforzata”, è particolarmente interessante quest’ultimo profilo: ossia, quello costituito da “procedure logiche” di decisione e “schemi vincolanti” di motivazione.

giudice. La regola d’uso non si sostituisce al giudice, ma gli impone di adottare una certa “tecnica” nel valutare le prove. Per esemplificare. È valutazione legale della prova quando si dice: la testimonianza del teste estraneo è più attendibile di quella della parte lesa. È regola legale d’uso quella (esempio: art. 500, co. 4) che stabilisce che le dichiarazioni difformi utilizzate per le contestazioni “sono valutate come prova dei fatti in essa affermati se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità”. In questo caso la legge non dice che il giudice è obbligato a credere alle dichiarazioni difformi in presenza di riscontri. Se così fosse, la disposizione o sarebbe inutile o sarebbe assurda. Sarebbe inutile se leggessimo la disposizione come se dicesse: “il giudice è obbligato a credere a quelle dichiarazioni se ‘tutti gli altri elementi di prova in atti’ ne confermano l’attendibilità”. La norma sarebbe di un’abbagliante banalità. Chi non crederebbe a quelle dichiarazioni se in atti tutto le conferma e niente le confuta? Ma la legge, per fortuna, non dice “tutti gli altri elementi di prova”, ma “altri elementi di prova”. La disposizione sarebbe, invece, assurda se dicesse: “bastano alcuni riscontri per credere a quelle dichiarazioni” E allora, se alcuni riscontri convalidano quelle dichiarazioni e altri riscontri invece le confutano, il giudice cosa fa? Dovrebbe, per legge, dar retta solo alle conferme e ignorare le smentite? Il senso della disposizione è invece chiaro, se la si intende come regola d’uso: “tu giudice non puoi usare quelle dichiarazioni, se non ci sono elementi di riscontro. Una volta che questi elementi ci siano, tu poi stabilirai – secondo [motivabile] buon senso – quale valore dare a quelle dichiarazioni”. Come si vede, la regola d’uso lascia impregiudicato il significato e il valore della prova e, soprattutto, lascia libero il giudice di “valutare la prova”. L’unico vincolo è che ci siano in atti elementi di conferma di quelle dichiarazioni: se questi elementi vi sono, la dichiarazione difforme viene “presa in considerazione”; se non vi sono, quella dichiarazione viene ignorata. L’autonomia concettuale delle regole d’uso si chiarisce ulteriormente se le si confronta con le regole di utilizzabilità (o meglio di inutilizzabilità). L’inutilizzabilità attiene al momento della formazione del materiale probatorio e riguarda i profili di legittimità della prova (e in particolare la violazione di divieti probatori). Le regole d’uso attengono invece a una fase successiva, quella dell’organizzazione logica del materiale probatorio già formato. L’inutilizzabilità attiene al mezzo di prova, la regola d’uso invece riguarda – appunto – l’uso delle informazioni trasmesse dai mezzi di prova legittimamente acquisiti. Le regole d’uso, dunque, stabiliscono a quali condizioni e come il giudice può maneggiare il materiale probatorio. Una garanzia della legge nei confronti del giudice. Come nel sistema a verdetto immotivato ci sono le istruzioni del giudice alla giuria, così nel nostro sistema ci sono le istruzioni della legge al giudice. b) La legge fissa delle regole per decidere “il caso”. Dal principio costituzionale di non colpevolezza sono ricavabili due regole: una riguardante la singola prova; l’altra concernente l’ipotesi accusatoria nella sua globalità. La prima regola decisoria è insita nel concetto di onere della prova e vuol dire: il “rischio” della prova (cioè gli effetti sulla decisione della prova mancata) è tutto a carico dell’accusa. La seconda regola fissa lo statuto epistemologico dell’ipotesi dell’innocenza e dice: nel momento in cui inizia la fase decisoria, l’ipotesi dell’innocenza e l’ipotesi della colpevolezza non sono sullo stesso piano, perché l’ipotesi dell’innocenza possiede uno *status* privilegiato. Infatti, mentre l’ipotesi dell’accusa è, all’inizio del giudizio, una ipotesi “gratuita”, cioè semplicemente verosimile, l’ipotesi dell’innocenza è l’ipotesi “probabile”, l’ipotesi da confutare: l’ipotesi da battere. Essa non ha bisogno di prove per sorreggersi. La sorregge la legge: la plausibilità iniziale dell’ipotesi dell’innocenza è una plausibilità legale. Ed è in questo *status* che trova giustificazione la regola decisoria dell’*in dubio pro reo*. Essa non significa: essendo dubbio se l’imputato è innocente o colpevole, questi va assolto. Ad essere coerenti, tale ragionamento dovrebbe portare alla formula assolutoria dell’insufficienza di prove, perché a un giudizio dubbio deve corrispondere la formula decisoria del dubbio. Stando così le cose, la formula dell’art. 530, co. 2 sarebbe un abuso logico perpetrato dalla legge. Invece la formula si spiega, se si rovescia il ragionamento: “dove è dubbia l’accusa, è certa l’innocenza”» (764-765). Sul punto, v. altresì DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, 36 e, in part., nt. 54 (il quale parla di «discrezionalità “normativamente orientata”» ed evidenzia come «il risultato dell’accertamento dipend[a] dalle regole fissate per conseguirlo, cosicché il giudizio non scaturisce mai da una esclusiva e assoluta libertà cognitiva del giudice») e SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 36-37, nonché cfr. UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 16-31 (in part., 16-17).

Nel suo svolgersi, la serie concatenata di operazioni logico-valutative che precede la decisione è guidata da una metodologia, definita da regole legali e altresì extra-legali (es. pratico-operative, filosofico-epistemologiche ecc.), che *indirizza – comunque senza predeterminarne l'esito*⁸⁷³ – l'apprezzamento giudiziale⁸⁷⁴.

Ogni dato processuale viene filtrato alla luce del metodo seguito: «*variando il metodo, varia il risultato*»⁸⁷⁵. Così, «per esempio, un giudice che opera una valutazione separata degli indizi, verosimilmente, perverrà a conclusioni diverse da quelle di un giudice che procede con una valutazione globale e integrata degli stessi. Ancora: il giudice che opera secondo un metodo verificazionista (cioè [che] si acquieta una volta trovati gli elementi che confermino l'ipotesi dell'accusa) potrà giungere a conclusioni diverse da quelle di un giudice che operi secondo un metodo falsificazionista (cioè che si preoccupa di trovare gli elementi che confutino l'ipotesi accusatoria)»⁸⁷⁶; ecc. ecc. ecc.

⁸⁷³ D'altronde, come osserva GÜNTHER K., *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, (trad. it.) L. CEPPI, Torino, 2010, 35, «l'atto performativo con cui una persona “decide di risolversi” [in un senso o nell'altro] resta sempre delegato a lei e a nessun altro».

⁸⁷⁴ A differenza di quanto sostiene IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 766-767 (secondo cui «il giudice non è libero di scegliere il metodo che vuole. È la legge, non il giudice a scegliere il metodo di valutazione delle prove»), riteniamo che non soltanto la legge ma anche fonti extralegali (es. prassi costanti; protocolli; ‘metodi di lavoro condivisi’; moduli e atti definiti all'interno dell'Ufficio; ecc.) contribuiscano a definire il metodo (di giudizio e di giustificazione; di decisione e di motivazione) cui si atterrà il giudicante, per quanto – auspicabilmente – la fonte prediletta dovrebbe sempre essere la legge.

⁸⁷⁵ IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 766 (corsivo nostro). Sull'accezione di metodo, cfr. GARCÍA AMADO J. A., *Tópica, derecho y método jurídico*, in *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1987, 176: «Por método se entiende, en consonancia con la etimología del término, la vía a seguir para alcanzar una meta, un resultado correcto (FIKENTSCHER W., *Methoden des Rechts*, Tübingen, I, 1975, 22). Se dice que esa vía consiste en una serie de indicaciones para la solución de problemas (DUBISCHAR R., *Vorstudien zur Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1974, 33); o en el conjunto de los procedimientos intelectuales requeridos para llevar una investigación al fin deseado [BOBBIO N., *Metodo*, in BOBBIO N., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, 81]; o en “una serie de operaciones-tipo dispuestas en razón de un cierto resultado” [SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 554] etc. Y la metodología será “la disciplina que se ocupa de los métodos” [SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, cit., 554], “la doctrina de los caminos que conducen hacia la meta final del trabajo científico” (HECK P. N., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), (a cura di) R. DUBISCHAR, Bad Homburg, 1968, 146). En cuanto a la finalidad del método jurídico, parece existir un acuerdo generalizado en las doctrinas modernas que consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma (V., por ejemplo, KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 24)».

⁸⁷⁶ IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 766. In termini non strettamente giuridici, per un'esemplificazione analoga, v. PIZZI C., *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 196, ove – richiamando la posizione dei postpositivisti, che assumono «la descrizione dei fatti [essere] sempre ‘carica di teoria’ e, specie nelle scienze sociali, orientata assiologicamente» – viene proposto il seguente «esempio banale: 1) la Terra si abbassò rispetto al Sole alle ore 6.00 del 20 dicembre 1990; 2) il Sole si alzò rispetto alla Terra alle ore 6.00 del 20 dicembre 1990; sono due descrizioni dello stesso fenomeno, la prima delle quali è corretta nel quadro della teoria copernicana, mentre la seconda è corretta nel quadro della teoria tolemaica».

Seguendo la metodica di riferimento, il giudice “attiva” «una successione logicamente ordinata di operazioni mentali»⁸⁷⁷ che gli consente di trattare la problematica in esame e di risolverla secondo un approccio di lavoro condiviso e consolidato⁸⁷⁸. Considerata la loro importanza, le metodiche di riferimento dovrebbero essere sempre previste o comunque canonizzate dalla legge (arg. ex artt. 3 e 111, co. 1 Cost.⁸⁷⁹), mentre invece accade che solitamente sia la giurisprudenza – alle volte *motu proprio*, altre volte d’intesa con gli altri protagonisti del processo – a elaborarle e a gestirle (in attesa della recezione, che in realtà non sempre avviene, da parte del legislatore).

Tra le metodologie di giudizio e di giustificazione costruite in via prasseologica per approcciare – valutativamente, prima; in sede motivativa, poi – situazioni giuridicamente rilevanti che si manifestano con ricorrenza nel tempo, vi è anche l’obbligo di motivazione rafforzata.

⁸⁷⁷ L’espressione è utilizzata da IACOVELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 767.

⁸⁷⁸ Cfr. PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2016, 62-63: «Alla metodologia giuridica spesso è assegnato (esclusivamente) il compito di esame della via interpretativa che il giurista segue. Si tratterebbe di un compito descrittivo, consistente nell’indagare quali sono i tipi di argomento mediante i quali gli interpreti compiono le loro operazioni. Tale idea, però, va rifiutata. La metodologia, invero, svolge ulteriori compiti. Nel riflettere sugli argomenti, soppesandone le ragioni *pro* e *contro*, essa predispone strumenti per controllare le argomentazioni degli interpreti, le loro scelte e, dunque, le loro decisioni. La controllabilità delle decisioni ha a che fare con un insieme di regole (accettate all’interno di una cultura giuridica), tendenti tutte, in vario modo, a restringere per quanto possibile l’ambito di quel che può essere, in relazione a una situazione concreta, correttamente deciso. Si tratta delle regole sulle fonti e sull’interpretazione, che riguardano la selezione delle premesse di diritto dell’argomentazione giuridica; delle regole di procedura (o del gioco processuale); delle regole di svolgimento dell’argomentazione stessa. Tali regole, invero, lasciano all’organo decidente spazi di discrezionalità. Ciò, in ogni modo, non comporta necessariamente incertezza e arbitrio. Gli spazi di discrezionalità sono ineliminabili. È da evitare, però, che l’organo decidente possa esimersi dall’assumere su di sé l’onere della giustificazione delle scelte compiute e la relativa responsabilità». Entro le “regole” indicate dall’Autore, a nostro parere, possono ricomprendersi anche i criteri e i parametri condivisi e/o consolidati che orientano la trattazione dei profili (argomentativi) salienti che costituiscono le tappe obbligate del percorso di giudizio e di giustificazione che il giudice deve attraversare nel caso in cui debba motivare rafforzatamente.

⁸⁷⁹ È attraverso il rispetto del *metodo accertativo* (i.e. di giudizio e di giustificazione) – uguale per tutti: con riferimento, s’intende, alla trattazione di medesime e ricorrenti problematiche giuridiche, da adattare contenutisticamente alle particolarità del caso di specie (così facendo salvo il libero, ancorché motivato, convincimento del giudice) – che è possibile recuperare e garantire, anche in concreto, l’uguaglianza stabilita in astratto in merito all’applicazione della legge. Nel caso della metodica motivazionale rafforzata, l’accertamento giudiziale – nella parte in cui tratta una data problematica giuridica “da motivazione rafforzata” – deve attenersi a un percorso argomentativo scansionato a tappe obbligate, che rende impossibile eludere (o quantomeno rende evidente il fatto che si sia eluso) la trattazione di determinati *profili salienti* della fattispecie in esame. Resta fermo l’indispensabile adattamento giudiziale del metodo alle specificità del singolo caso concreto, perché sono le peculiarità fattuali della vicenda storica a riempire contenutisticamente il passaggio argomentativo saliente e non eludibile (o i passaggi argomentativi salienti e non eludibili) di cui alla “previsione di metodo”, generale e astratta. Ebbene, così facendo, senza far venire meno la diversità e ricchezza decisionali in capo a ciascun giudice, si garantisce che giudici differenti approccino e trattino la medesima problematica giuridica seguendo la stessa tecnica risolutoria, cioè in egual modo: ossia, applicando un metodo logico-valutativo e argomentativo-decisionale a tappe obbligate; ancor più precisamente: percorrendo step o passaggi obbligati puntualmente calibrati su profili argomentativi la cui disamina è orientata da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, elaborati proprio per affrontare e risolvere i nodi più spinosi che solitamente emergono nell’applicazione di quella data problematica giuridica.

In rapporto a determinate fattispecie (sostanziali o processuali; di stretto diritto o fattuali), si sono ideati degli «identici moduli di accertamento giudiziale»⁸⁸⁰ contenenti profili argomentativi salienti da prendere obbligatoriamente in esame⁸⁸¹, adattandoli contenutisticamente – caso per caso – alle specificità della vicenda concreta.

In queste ipotesi, si è tenuti ad affrontare – tra le altre problematiche – determinate e ineludibili questioni argomentative che puntellano, come *step* o passaggi obbligati, una parte dell'accertamento da compiere (e, per la loro natura, lo arricchiscono epistemologicamente: v. *infra*, § III). L'attraversamento di tali tappe con la trattazione degli argomenti in esse contenuti, assommandosi allo svolgimento anche di altri argomenti (non “da motivazione rafforzata”) nel corso del processo, conduce alla deliberazione: una deliberazione che, almeno in una sua parte, è «libera nei contenuti, non nella sua struttura»⁸⁸².

Tutto ciò, a nostro parere, si ricollega alle parole scritte per l'*Enciclopedia del diritto* da Ennio Amodio e Francesco Mauro Iacoviello e ne costituisce, se vogliamo, uno sviluppo o comunque l'articolata declinazione pratica.

L'idea di una motivazione cadenzata secondo tappe obbligate che il giudice è chiamato a percorrere è un'idea, presente *in nuce* nei contributi citati *supra*, che si è concretizzata con l'obbligo di motivazione rafforzata.

La giurisprudenza ha in buona sostanza valorizzato e tradotto pragmaticamente “qualcosa che era già concettualmente nell'aria” e lo ha fatto esaltando uno dei tratti caratteristici dell'onere motivativo, che è quello di procedere «per gradi [e] attraverso argomenti»⁸⁸³.

Peraltro, la metodica valutativo-motivazionale rinforzata – oltre a rivelarsi affine all'essenza stessa del procedimento, inteso come concatenazione ordinata di atti⁸⁸⁴ (di cui la motivazione è

⁸⁸⁰ TRAPPELLA F., *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4014.

⁸⁸¹ Calibrato sulle specificità argomentative della fattispecie “da motivazione rafforzata” in esame, l'accertamento motivativo rinforzato si fa portatore – per utilizzare il lessico di MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 64 (corsivo nostro) – di un vero e proprio «dovere di esprimere la *sequenza completa di ragionamento*» in merito a profili (argomentativi) salienti dell'apprezzamento giuridico-fattuale da compiere.

⁸⁸² IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 767. L'assetto di struttura valutativo-motivazionale è peraltro variabile: «come varia la struttura del giudizio (a seconda della natura, della fase e dei fini), così varia la struttura della motivazione» (767).

⁸⁸³ IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 762 (ove si differenzia la motivazione dall'intuizione, la qual'ultima procede «per guizzi [e] per salti»).

⁸⁸⁴ Il “procedimento penale”, secondo la tradizionale definizione di Giovanni Conso, può essere definito come quella «serie cronologicamente ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione penale, ciascuno dei quali, in quanto validamente compiuto, fa sorgere il dovere di porre in essere il successivo e, al contempo, è esso stesso realizzato in adempimento di un dovere posto dal suo antecedente» (CONSO G., *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955, 132).

d'altronde parte integrante ed essenziale: art. 111, co. 1 e 6 Cost.) – si confà precisamente alla «ratio procedurale della nuova legalità»⁸⁸⁵.

Una legalità che oggi, come abbiamo detto nel capitolo precedente (cap. II), «guarda più alla *ratio* che all'*acutoritas*, più al modo di esercitare il potere e al suo contenuto che alla sua origine»⁸⁸⁶. Una legalità che s'interessa di «curare i nessi argomentativi» e che «mira all'agire bene»⁸⁸⁷ e che, pertanto, trova un appiglio sicuro nell'obbligo di motivazione (specie in questa sua declinazione rinforzata e maggiormente proceduralizzata).

Queste nostre considerazioni sembrano trovare conferma nelle iniziative – di rango legislativo e non legislativo – che mirano a intervenire sull'obbligo di motivazione, al fine di migliorarlo e (r)affinarlo ancora. Tramite il perfezionamento di questo istituto si cerca di compensare o rimediare – almeno un poco – alcune criticità del sistema, tra le quali la c.d. “crisi della legalità (legale)”.

In particolare, per quanto la disciplina processuale penale riguardante il modello di motivazione (*recte*: i modelli di motivazione) degli atti giudiziari appaia – in astratto – completa così com'è e non bisognosa di ritocchi o rimaneggiamenti, vieppiù a fronte dei recenti innesti legislativi dedicati alla struttura della sentenza e a quella dell'ordinanza cautelare (l. n. 103 del 2017 e l. n. 47 del 2015), all'opposto – in concreto – la normativa relativa all'obbligo di *reddere rationem* manifesta tutta la propria incompiutezza e, in qualche circostanza, addirittura la sua scarsa “efficacia”⁸⁸⁸.

Uno sguardo alla realtà svela infatti che le modalità con le quali quotidianamente si motivano i provvedimenti non rispecchiano esattamente le prescrizioni legali. Ci sono *format* consolidati, moduli stilistici tipici, “spartiti giuridici” che si ripetono, tecniche e metodi di lavoro condivisi, “regole d'ingaggio” di problematiche ricorrenti ecc. ecc. che – in maniera più o meno ortodossa: a volte *praeter*, il più delle volte *secundum* e altre volte *contra legem* – vengono adoperati dai giudici

⁸⁸⁵ VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enc. dir.*, Milano, 2013, 410 (v. anche 431-432).

⁸⁸⁶ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 410.

⁸⁸⁷ VOGLIOTTI M., *Legalità*, cit., 432.

⁸⁸⁸ Cfr., altresì dal punto di vista linguistico, AGHINA E., *Il giudice e la “penalizzazione” della lingua*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 109-110 (corsivo nostro): «Il percorso dibattimentale vede nella sentenza il suo naturale approdo finale, e proprio in questo atto scritto, funzionale a esplicitare i contenuti e le motivazioni della decisione, lo scarto tra teoria e prassi è imbarazzante. A partire dall'epilogo decisorio del giudizio: il dispositivo della sentenza che, letto in udienza dal giudicante, determina molto spesso ansia e sconcerto nell'imputato presente che è costretto a rivolgersi al suo difensore (in funzione di “traduttore simultaneo”) per comprendere quale sia stato il suo destino processuale. Il disposto dell'art. 546 c.p.p., che prevede come requisito della sentenza “la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata”, molte (troppe) volte resta mera declamazione di principio. La prassi giudiziaria ci consegna motivazioni debordanti, ridondanti, con eccessi di aggettivazioni e circonlocuzioni: modalità espressive derivate da pigrizia, eccesso di narcisismo o tensione verso una sorta di sacralità del testo. Le ampollosità retoriche come *prova vestita*, *prova regina*, *è d'uopo*, *in punto di (...)*, *in odio a (...)* [ecc.] costituiscono un serbatoio pressoché inesauribile cui attingono ripetutamente i giudici. Più in generale, la “forma libera” della sentenza, in assenza di modelli precostituiti, favorisce un individualismo che si traduce in esasperazione dell'autonomia di cui ciascun giudice è geloso custode, per cui ognuno – metabolizzando a volte anche inconsapevolmente le indicazioni mutate nella fase del tirocinio iniziale – si costruisce nel tempo un personale modello espositivo di sentenza».

nel giustificare le proprie decisioni. Inoltre, anche laddove le previsioni di legge siano formalmente rispettate, capita spesso che le argomentazioni motivative non siano soddisfacenti in termini di sostanza, mancando di trattare o – peggio – trattando soltanto superficialmente aspetti salienti del *decisum*.

Ed è in questo panorama che ha fatto breccia va diffondendosi la concezione di un onere motivazionale “a passaggi obbligati”: la motivazione rafforzata del provvedimento, appunto.

Di questo peculiare metodo di giudizio e di giustificazione, che riteniamo trattarsi di un vero e proprio paradigma giuridico⁸⁸⁹, intendiamo ripercorrerne la genesi, definirne i caratteri strutturali fondamentali e, infine, prospettare i futuribili.

Procedendo in tale direzione, crediamo opportuno riepilogare preventivamente il contesto normativo-giurisprudenziale (§ I) e la tendenza storico-ordinamentale (§ II) in cui ha trovato spazio e sta prendendo campo l’istituto della “motivazione rafforzata”.

I. UNA PLURALITÀ DI MODULI DECISORI A DISPOSIZIONE DEL GIUDICE

Se sfogliamo l’attuale codice di procedura penale, vi troviamo oltre centosettanta diversi ‘tipi’ di motivazione: espressione attuativa dell’art. 125 c.p.p. (e – più in alto e prima – dell’art. 111, co. 6 Cost.)⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ A nostro parere, la metodica motivazionale rinforzata, nei casi in cui essa è applicabile (c.d. “fattispecie da motivazione rafforzata”: v. – ad es. – *infra*, § IV), costituisce una «dottrina del metodo giuridico [in grado di] risolvere [non del tutto, ma comunque in larga parte] il problema relativo alla motivazione delle sentenze», giacché ci sembra riuscire «a indicare delle regole o delle procedure le quali consent[ono] di passare dalla connessione di N [*i.e.* “norma giuridica vigente”] (1), N (2), ... N (n) con A [*i.e.* “enunciato empirico”] (1), A (2), ... A (n) a U [*i.e.* “sentenza/provvedimento”], anche nel caso in cui U non consegu[a] logicamente da N (1), N (2), ... N (n) e A (1), A (2), ... A (n)» (ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 8). Peraltro, laddove questo metodo di giudizio e di giustificazione è già positivizzato (es. artt. 292 e 275 c.p.p.) e nelle ipotesi in cui potrà essere positivizzato (es. § IV e conclusioni) riteniamo che trovi realizzazione anche la seconda condizione indicata da Alexy affinché possa risolversi il problema relativo alla motivazione dei provvedimenti giudiziari, ovvero sia la possibilità di «ulteriormente acquisire, sia rispetto alle formulazioni delle norme da presupporre come vigenti sia rispetto agli enunciati empirici da accettare, così tanti enunciati con contenuto normativo [*i.e.* le ‘tappe (argomentative) obbligate’ canonizzate dal legislatore] N’ (1), N’ (2), ... N’ (n) tali che U consegua logicamente dalla connessione di N (1), N (2), ... N (n) con N’ (1), N’ (2), ... N’ (n) e A (1), A (2), ... A (n)». Ci sembra, infine (ma non vorremmo “provare troppo” e così disperderci, come si suol dire), che la metodica di giudizio e di giustificazione rinforzata che tentiamo di approfondire in queste pagine possa rappresentare altresì una specificazione della *Teoria del discorso (giuridico)* avanzata da Alexy (giacché tale teoria si fonda su due proprietà che sono entrambe ricomprese – e affinate/dettagliate – nell’ambito della metodologia motivazionale *de qua*: «la prima di queste proprietà consiste nel fatto che la teoria del discorso comprende anche la dimensione pragmatica della giustificazione; la seconda nel fatto che in essa non si cerca di fornire criteri così forti da determinare di volta in volta il risultato con sicurezza già sulla base della conoscenza della teoria del discorso. Vengono fornite regole e forme il cui rispetto, ovvero il cui impiego, aumenta la probabilità che in una discussione venga trovato un risultato corretto, cioè razionale. Sulla sola scorta di queste regole non si può dire – eccetto nel caso di necessità discorsiva – quale debba essere il risultato» [ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 196]).

⁸⁹⁰ Nel vigente codice di procedura penale, l’obbligo di motivazione – calato nelle tre diverse forme di provvedimento giudiziale previste dall’art. 125 c.p.p. (*i.e.* sentenza, ordinanza e decreto), ma non solo (v. altri provvedimenti decisorii: es. parere motivato, ordine motivato messo a verbale ecc.) – è previsto nelle seguenti ipotesi: ordinanza *ex art.* 3 c.p.p.

(cfr. art. 246 disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 19 c.p.p. (e decreto ex art. 2 disp. att. c.p.p.); sentenza ex art. 20 c.p.p.; ordinanza ex art. 22 c.p.p.; sentenza ex art. 22 c.p.p.; sentenza ex art. 23 c.p.p. (v. anche artt. 24-25 c.p.p.); ordinanza ex art. 30 c.p.p.; sentenza ex art. 32 c.p.p.; ordinanza ex art. 33-*sexies* c.p.p.; ordinanza ex art. 33-*septies* c.p.p.; sentenza ex art. 33-*octies* c.p.p.; decreto ex art. 36 c.p.p.; ordinanza ex art. 41 c.p.p.; ordinanza ex art. 47 c.p.p.; ordinanza ex art. 48 c.p.p.; ordinanza ex art. 71 c.p.p.; ordinanza ex art. 72 c.p.p.; ordinanza ex art. 73 c.p.p.; ordinanza ex artt. 80-81 c.p.p.; decreto ex art. 83 c.p.p.; ordinanza ex artt. 86-87 c.p.p.; ordinanza ex art. 95 c.p.p.; decreto ex art. 103 c.p.p.; decreto ex art. 104 c.p.p.; ordinanza ex art. 106 c.p.p.; ordinanza ex art. 108 c.p.p.; ordinanza ex art. 113 c.p.p. (cfr. art. 41 disp. att. c.p.p.); decreto ex art. 117 c.p.p.; decreto ex art. 118 c.p.p.; decreto ex art. 127 c.p.p.; ordinanza ex art. 127 c.p.p.; sentenza ex art. 32 c.p.p.; ordinanza ex art. 41 c.p.p.; ordinanza ex art. 48 c.p.p.; ordinanza ex art. 130 c.p.p.; ordinanza ex art. 233 c.p.p.; provvedimento ex art. 240 c.p.p.; provvedimento ex art. 269 c.p.p.; ordinanza ex art. 263 c.p.p.; ordinanza ex art. 309 c.p.p.; ordinanza ex art. 310 c.p.p.; ordinanza ex art. 311 c.p.p.; ordinanza ex art. 324 c.p.p.; ordinanza ex art. 366 c.p.p.; ordinanza ex art. 406 c.p.p.; ordinanza ex art. 409 c.p.p.; provvedimenti ex art. 428 c.p.p.; provvedimento ex art. 435 c.p.p.; ordinanza ex art. 464-*quater* c.p.p.; ordinanza ex art. 464-*octies* c.p.p.; sentenza ex art. 599 c.p.p.; ordinanza ex art. 624 c.p.p.; provvedimenti ex art. 625-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 629-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 646 c.p.p.; ordinanza ex art. 724 c.p.p.; sentenza ex artt. 734-735 c.p.p.; sentenza ex art. 743 c.p.p.; sentenza ex art. 129 c.p.p.; ordinanza ex art. 130 c.p.p.; decreto ex art. 132 c.p.p. (cfr. art. 490 c.p.p.); ordinanza ex art. 133 c.p.p. (cfr. art. 47 disp. att. c.p.p.); decreto ex artt. 143 e 143-*bis* c.p.p. (cfr. artt. 51-*bis*, 146-*bis* e 147 disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 145 c.p.p.; decreto ex art. 150 c.p.p.; decreto ex art. 160 c.p.p.; ordinanza ex art. 175 c.p.p.; ordinanza ex art. 190 c.p.p. (cfr. artt. 190-*bis* e 495 c.p.p.); ordinanza ex art. 200 c.p.p.; ordinanza ex art. 219 c.p.p.; ordinanza ex art. 223 c.p.p.; ordinanza ex art. 224 c.p.p. (cfr. artt. 67 e 74 disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 224-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 231 c.p.p.; decreto ex art. 232 c.p.p.; decreto ex art. 233 c.p.p.; provvedimento ex art. 240 c.p.p.; decreto ex art. 244 c.p.p.; decreto ex art. 247 c.p.p.; ordinanza ex art. 263 c.p.p.; decreto ex art. 267 c.p.p.; ordinanza ex art. 268-*quater* c.p.p.; ordinanza ex art. 292 c.p.p. (cfr. artt. 309-311 c.p.p.); decreto ex art. 294 c.p.p.; ordinanza ex art. 299 c.p.p.; ordinanza ex art. 301 c.p.p.; ordinanza ex art. 304 c.p.p.; ordinanza ex art. 305 c.p.p.; ordinanza ex art. 306 c.p.p.; ordinanza ex art. 307 c.p.p.; ordinanza ex art. 313 c.p.p. (cfr. art. 95 disp. att. c.p.p.); provvedimento ex art. 314 c.p.p. (cfr. artt. 102 e 102-*bis* disp. att. c.p.p.); provvedimento ex art. 315 c.p.p. (cfr. artt. 102 e 102-*bis* disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 317 c.p.p.; ordinanza ex art. 321 c.p.p. (cfr. art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 324 c.p.p.; decreto ex art. 338 c.p.p.; ordinanza ex art. 359-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 391 c.p.p. (cfr. artt. 121-123 disp. att. c.p.p.); decreto ex art. 391-*septies* c.p.p.; decreto ex art. 393 c.p.p. (cfr. art. 124 disp. att. c.p.p.); ordinanza ex artt. 397-398 c.p.p.; decreto ex art. 400 c.p.p.; ordinanza ex art. 406 c.p.p.; decreto ex art. 409 (co. 1) c.p.p.; ordinanza ex art. 409 (co. 5) c.p.p.; decreto ex art. 410 c.p.p. (cfr. art. 125 disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 410-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 411 c.p.p.; decreto ex art. 411 c.p.p.; decreto ex art. 414 c.p.p.; decreto ex art. 415 c.p.p.; ordinanza ex art. 420-*bis* c.p.p. (cfr. art. 143-*bis* disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 420-*ter* c.p.p.; ordinanza ex art. 420-*quater* c.p.p.; ordinanza ex art. 420-*quinquies* c.p.p.; ordinanza ex art. 421-*bis*; sentenza ex artt. 425-427 c.p.p. (cfr. art. 131-*bis* disp. att. c.p.p.); decreto ex art. 429 c.p.p.; ordinanza ex art. 436 c.p.p.; ordinanza ex art. 438 c.p.p. (cfr. art. 247 disp. att. c.p.p.); sentenza ex art. 442 c.p.p. (cfr. artt. 529 e ss. c.p.p.); sentenza ex art. 444 c.p.p. (cfr. artt. 529 e ss. c.p.p.; cfr. art. 248 disp. att. c.p.p.); ordinanza ex art. 452 c.p.p.; decreto ex artt. 455-456 c.p.p.; sentenza ex art. 458 c.p.p.; decreto ex art. 460 c.p.p.; ordinanza ex art. 461 c.p.p.; ordinanza ex art. 464-*quater* c.p.p.; ordinanza ex art. 464-*quinquies* c.p.p.; sentenza ex art. 464-*septies* c.p.p.; ordinanza ex artt. 464-*septies* e 464-*octies* c.p.p.; decreto ex art. 465 c.p.p.; ordinanza ex art. 162-*bis* c.p. (cfr. art. 141 disp. att. c.p.p.); sentenza ex art. 162-*bis* c.p. (cfr. art. 141 disp. att. c.p.p.; v. artt. 555 e 604 c.p.p.); sentenza ex art. 469 c.p.p.; ordinanza ex art. 473 c.p.p.; ordinanza ex art. 475 c.p.p.; ordinanza ex art. 478 c.p.p.; ordinanza ex art. 479 c.p.p.; ordinanza ex art. 482 c.p.p.; ordinanza ex art. 491 c.p.p.; ordinanza ex art. 498 c.p.p.; provvedimento ex art. 500 (co. 7) c.p.p.; provvedimento ex art. 507 c.p.p. (cfr. art. 422 c.p.p.); ordinanza ex art. 508 c.p.p.; ordinanza ex artt. 521 e 521-*bis* c.p.p.; sentenza ex art. 521 c.p.p. (raff. art. 522 c.p.p.); ordinanza ex art. 525 c.p.p.; sentenza ex art. 546 c.p.p. (cfr. artt. 544, co. 1 c.p.p. e 154 disp. att. c.p.p.; cfr. artt. 549 e 559 c.p.p.; cfr. art. 32, d.lgs. 274 del 2000; cfr. art. 205 c.p.); sentenza ex art. 529 c.p.p.; sentenza ex art. 530 c.p.p.; sentenza ex art. 531 c.p.p.; sentenza ex art. 533 (e ss.) c.p.p.; ordinanza ex art. 550 c.p.p.; ordinanza ex art. 591 c.p.p.; sentenza ex art. 597 c.p.p.; sentenza ex art. 599 c.p.p.; ordinanza ex art. 599-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 600 c.p.p.; ordinanza ex art. 603 c.p.p.; sentenza ex art. 604 c.p.p.; sentenza ex art. 605 c.p.p.; provvedimenti ex art. 610 c.p.p.; ordinanza ex art. 612 c.p.p.; sentenza ex artt. 615 e 617 c.p.p. (cfr. artt. 173-174 disp. att. c.p.p.); provvedimento ex art. 616 c.p.p.; ordinanza ex art. 618 c.p.p.; sentenza ex art. 619 c.p.p.; sentenza ex art. 620 c.p.p. (cfr. artt. 621 e 624-*bis* c.p.p.; cfr. artt. 622-623 c.p.p.); ordinanza ex art. 624 c.p.p.; ordinanza ex art. 625-*bis* c.p.p.; sentenza ex artt. 627-628 c.p.p.; ordinanza ex art. 629-*bis* c.p.p.; ordinanza ex art. 634 c.p.p.; ordinanza ex art. 635 c.p.p.; sentenza ex art. 637 c.p.p.; ordinanza ex art. 641 c.p.p.;

A tali modelli, o moduli, si assommano poi le molteplici previsioni *extra codicem* (es. ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: art. 23, l. 87 del 1953⁸⁹¹), nonché la variegata casistica di tipologie motivazionali elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁸⁹².

Di tutto ciò, una panoramica – sia pure ‘minima’ – può ben offrire un’esemplificazione i) sia dell’attuale contesto giuridico che l’operatore del diritto si trova davanti allorché si parli di giustificazione del provvedimento giudiziale ii) sia della tendenza storica a motivare sempre più specificamente, cui si farà cenno nel prossimo paragrafo (§ II).

Nonostante l’unicità della tematica, *i.e.* la motivazione del *decisum*, non riteniamo possibile individuare un singolo criterio o una serie di criteri in grado di classificare in modo ordinato e coerente il disparato arcipelago normativo, dottrinale e giurisprudenziale esistente in materia⁸⁹³. Ci

ordinanza *ex art.* 642 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 646 c.p.p.; sentenza *ex art.* 649 c.p.p.; ordine di esecuzione *ex art.* 656 c.p.p. (cfr. art. 69-*bis*, l. 354 del 1975); ordinanza *ex art.* 660 c.p.p.; provvedimenti *ex art.* 664, co. 1 c.p.p. (v. art. 184 disp. att. c.p.p.); decreto *ex art.* 666 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 666 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 667 c.p.p. (cfr. artt. 676 e 678 c.p.p.; cfr. art. 183-*ter* disp. att. c.p.p.); ordinanza *ex art.* 668 c.p.p.; ordine di esecuzione *ex art.* 669 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 670 c.p.p.; provvedimenti *ex artt.* 673-675 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 678 c.p.p.; provvedimenti *ex art.* 679 c.p.p.; parere motivato *ex art.* 681 c.p.p.; provvedimento *ex art.* 683 c.p.p.; provvedimento *ex art.* 684 c.p.p.; sentenza *ex artt.* 704-705 c.p.p.; ordinanza *ex artt.* 714-715 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 716 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 721 c.p.p.; ordinanza *ex art.* 721-*bis* c.p.p.; ordinanza *ex art.* 724 c.p.p.; sentenza *ex artt.* 734-735 c.p.p. (cfr. artt. 740-*ter* e 740-*quater* c.p.p.); ordinanza *ex art.* 737 c.p.p.; sentenza *ex art.* 743 c.p.p. La lista è aggiornata al 31 dicembre 2020. L’elencazione, in ogni caso, vuol valere a mero titolo esemplificativo: pertanto, posto che ci scusiamo se – nonostante l’impegno riepilogativo – abbiamo lasciato fuori qualche previsione di obbligo motivazionale presente nel codice di rito, quel che preme evidenziare è la sempre più pervasiva presenza di un onere motivativo specificamente adattato alle peculiarità della decisione da adottare.

⁸⁹¹ In materia, per una ricostruzione sul versante penalistico, rinviamo a MANES V. – NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019.

⁸⁹² Rileva «l’esistenza di plurime tipologie di giudizio e di argomentazione giustificativa», tra gli altri, MENNA M., *La motivazione*, cit., 42, il quale parla anche di «prototipi razionali di giudizio e di motivazione» (49; così titola infatti il capitolo II dell’opera monografica: «Struttura ‘interna’ e prototipi razionali di giudizio e di motivazione»). Osserva DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 106-107 che vi è una «oggettiva impossibilità di rinvenimento, nell’impianto codicistico, di una disciplina generale della motivazione, valevole per tutti i provvedimenti giurisdizionali. [...] D’altra parte, la previsione di un modello unico di motivazione, riferito a qualsiasi provvedimento, avrebbe determinato, in presenza di diversità strutturali e funzionali profonde, un generale e assai poco comprensibile appiattimento. Va, tuttavia, rilevato che anche la scelta in favore di modelli differenziati non è corredata da disposizioni particolarmente incisive: non è certamente tale l’art. 125, co. 3 c.p.p., che non contiene alcuna indicazione, se si esclude la previsione di nullità, per la motivazione delle sentenze, delle ordinanze e dei decreti; né sembra assolvere tale funzione l’art. 426 c.p.p., che prescrive, alla lett. d), la semplice esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su cui si fonda la sentenza di non luogo a procedere. Gli unici modelli di motivazione adeguatamente strutturati sono, per un verso, quello delineato nell’art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. per le sentenze conclusive dei giudizi di merito e, per altro verso, quello prospettato dall’art. 292, co. 2 c.p.p. in relazione alle ordinanze applicative di misure cautelari personali».

⁸⁹³ Ciò è dovuto *anche* ai diversi ‘tipi’ di ragionamento che caratterizzano le differenti ‘tipologie’ di decisioni (e le relative giustificazioni), cui il giudice è tenuto a rifarsi in relazione alle peculiarità della materia, della fattispecie di riferimento e – *ça va sans dire* – delle specificità della vicenda concreta. Cfr. MACCHIA A., *Il percorso logico-giuridico del giudice*, in *Cass. pen.*, 2016, 3995 e 3998 («Le difficoltà maggiori che si incontrano nel tentare di pervenire a una sorta di *reductio ad unitatem* dei modelli di ragionamento, si rinvergono – al di là del tema della prova, oggetto centrale degli studi di filosofi e teorici del diritto – ove ci si rapporti alla varietà delle “prospettive” secondo le quali il “percorso” del giudice è chiamato a svilupparsi. [...] Più che di un “ragionamento giuridico” mi sembra, dunque, che il giudice sia in qualche modo sollecitato dal sistema a fare appello a modelli razionali costruiti sulla falsariga delle

pare perciò conveniente prendere piuttosto atto del fenomeno, criticarlo (in positivo e in negativo) e provare a coglierne il *leitmotiv* che lo caratterizza. In questo senso, evitiamo suddivisioni e “criterizzazioni” sterili (quantomeno ai nostri fini) e procediamo a passare in rassegna alcuni dei ‘tipi’ motivazionali più rilevanti, con peculiare riferimento al settore giudiziario penale.

A livello generale, possiamo dire che si tratta di costruzioni giustificative – o teorico-pratiche (se di fonte legislativa: la teoria della *law in the books*, prima; la pratica della *law in action*, poi) o teoriche soltanto (in quanto non cogenti, se provenienti dalla dottrina)⁸⁹⁴ o meramente pratiche (se emergenti dal magma della prassi) – utili a fronteggiare in modo *funzionale* le esigenze che emergono in seno al procedimento e che vengono ritenute meritevoli di essere assoggettate a tale garanzia di razionalità⁸⁹⁵.

single esigenze “dimostrative e comunicative” che la legge impone o presuppone, manifestando il relativo percorso attraverso lo strumento elitario della motivazione, destinata a rendere condivisibile e persuasiva la relativa decisione»); MENNA M., *La motivazione*, cit., 83-182 (ove si analizzano i diversi tipi di motivazione – meglio: di giudizio e di giustificazione – in relazione alla fase o al grado del procedimento, nonché altresì in rapporto allo standard probatorio di riferimento [es. relativamente al primo grado: ammissione prove; misure cautelari; riti speciali; incidente probatorio; udienza preliminare; non punibilità]); TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 765-776.

⁸⁹⁴ Riteniamo applicabile anche alla “scienza giuridica” l’affermazione di CACCIARI M., *Il lavoro dello spirito*, Milano, 2020, 60 secondo cui «la scienza aiuta a prevedere, ma non a prendere decisioni». C’è uno scarto tra conoscere e decidere. Per quanto sia auspicabile che la decisione venga presa scientemente e dopo aver vagliato le informazioni – quante più informazioni possibile si riesca ad avere – a disposizione (affinché si scelga, insomma, *causa cognita*), il momento conoscitivo non è da solo sufficiente a determinare la risoluzione decisoria. L’atto decisionale, infatti, contiene un aspetto (*lato sensu* politico) che sta oltre la – più o meno ampia – base scientifico-conoscitiva di riferimento e sulla quale si fonda, o comunque dovrebbe fondarsi. Sul punto, cfr. POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi. Scritti sulla conoscenza, la storia e la politica* (1994), (trad. it.) D. ANTISERI, Milano, 2001, 317 («Né la natura né la storia possono dirci cosa dobbiamo fare. I fatti, siano essi fatti della natura o fatti della storia, non possono prendere decisioni per noi; non possono determinare i fini che noi sceglieremo. Siamo noi che introduciamo fini e senso nella natura e nella storia») e v. WEBER M., *La scienza come professione*, in WEBER M., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi* (1919), (trad. it.) A. GIOLITTI, Torino, 1966, *passim*. (es., per quanto qui d’interesse, 27).

⁸⁹⁵ Nel nostro caso, la *funzionalità* può declinarsi in un caleidoscopio di ragioni dirette a imporre, oppure no, la giustificazione dell’atto compiuto. E invero accade che alcuni atti giudiziari richiedano una motivazione più puntuale di altri (sul punto, v. ad esempio la distinzione tra atti “tipici” [decreto, ordinanza e sentenza] e atti “atipici” [adottati senza formalità e, spesso, oralmente] proposta da PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale. Obblighi di motivazione fra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006, 147) oppure che vi siano decisioni rispetto alle quali il giudice non è tenuto ad adempiere l’obbligo di motivazione (es. la quasi totalità degli ordini giudiziari verbali dati in udienza; i vari decreti che la legge non assoggetta a motivazione; ecc.). Quest’ultima evenienza parrebbe porsi in contrasto con l’art. 111, co. 6 Cost., secondo cui “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”. Sulla tematica non abbiamo modo di soffermarci nell’economia del presente lavoro e pertanto ci limitiamo a rilevare che in dottrina non si è mancato di confrontarsi con tale problematica; v., esemplificativamente: DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 14-16 (il quale sottolinea il contrasto tra art. 111, co. 6 Cost. e art. 125, co. 6 c.p.p., ma parla però di ‘contrasto apparente’ in quanto i provvedimenti giurisdizionali non motivati sono solo quelli procedurali [ordinatori] e non «strettamente giurisdizionali» [provvedimenti, quest’ultimi, «che risolvono questioni controverse oppure incidono, in maniera apprezzabile, su situazioni giuridiche soggettive» (16)]); EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 155-157; ONDELLI S., *Il genere testuale della sentenza penale in Italia*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Carmen Sánchez Montero*, (a cura di) G. BENELLI – G. TONINI, Trieste, 2006, 298-299 (ove si richiamano altresì gli studi compiuti da MAROTTA S., *La sentenza penale*, Torino, 1997 e NAPPI A., *Guida al Codice di procedura penale*, Milano, 2000, 141-149); VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E.

Nel prosieguo, per ragioni di spazio e di sintesi esemplificativa, ci concentriamo soltanto sulle particolari forme di motivazione definite, a partire dai lineamenti legislativi esistenti, dal lavoro di cesello della dottrina oppure «apprestate dalla giurisprudenza, nella presenza o nella assenza di un regolamento legale, secondo una applicazione ormai consolidatasi»⁸⁹⁶. Analizzando l'intervento giurisprudenziale, peraltro, corroboriamo indirettamente le considerazioni che abbiamo svolto *supra* (cap. I e cap. II) circa l'attività para-creativa – o comunque integrativa – della legittà da parte del giudice, la quale trova esplicitazione anche in quest'occasione.

Tra i costrutti motivazionali – meglio: decisori (di giudizio) e giustificativi (di giustificazione) – non previamente disciplinati dal legislatore, le ipotesi principali e più significative ci paiono le seguenti.

La “motivazione apparente”, «caratterizzata da una rappresentazione esteriormente completa delle risultanze processuali e della valutazione delle stesse, ma in realtà affidata a espressioni testuali generiche o stereotipate, che dissimulano la sostanziale mancanza di una giustificazione

MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 33. Tornando alla *funzionalità*, possiamo riscontrarne due possibili declinazioni teorico-pratiche in PANIZZA S., *Il significato della motivazione*, in *Foro it.*, 1998, V, 375-376 (che esalta il profilo – meglio: la natura – del ragionamento giuridico svolto dal giudice nella motivazione del provvedimento: «Altro aspetto problematico legato all'efficacia e alle *finalità* della motivazione, anche questo in larga misura mutuato dall'esperienza delle giurisdizioni ordinarie, è quello rappresentato dalla natura da riconoscere al ragionamento giuridico svolto dal giudice nella motivazione del provvedimento, e, più specificamente, se essa debba prevalentemente intendersi in chiave descrittiva del procedimento decisorio ovvero giustificativa del suo risultato. In accordo con la prima tesi, nella motivazione il giudice esporrebbe il resoconto dell'*iter* logico e psicologico seguito per giungere alla decisione, esplicitando i vari passaggi argomentativi che hanno condotto al dispositivo della pronuncia, in una prospettiva che, se non anche sul piano della sequenza temporale, tende a rappresentare la motivazione come un *prius* logico della decisione, la fase dove il giudice pone le premesse rispetto alle quali il dispositivo risulterà essere la conclusione (in qualche modo) sillogistica. Al contrario, chi privilegia la natura giustificativa della motivazione ritiene che in essa il giudice esprima, fondamentalmente, le ragioni sulle quali dovrebbe fondarsi l'accettazione e il consenso dei destinatari della pronuncia; intesa, dunque, quale razionalizzazione degli argomenti idonei a far ritenere valida ovvero convincente la decisione, la motivazione rappresenterebbe una giustificazione elaborata *ex post*, il luogo giuridico-argomentativo dove le ragioni reali che hanno ispirato il dispositivo trovano espressione (non necessaria ma) soltanto eventuale. Questa seconda prospettiva, in genere maggiormente condivisa dalla dottrina, è parsa oltretutto idonea a dar conto delle ipotesi nelle quali il giudice redige la motivazione a distanza di un certo lasso di tempo dalla deliberazione e, *a fortiori*, allorché si tratti dell'estensore di una decisione collegiale, dal momento che, in questi casi, appare meno probabile che egli sappia e possa ricostruire con esattezza, fedeltà e assoluta precisione il modo e le fasi attraverso cui la maggioranza dei componenti è pervenuta all'approvazione del dispositivo») e ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione dibattimentale di primo grado*, Milano, 2019, 112 (che dà privilegiata rilevanza alla prospettiva del controllo della decisione, direttamente correlato alla sua giustificazione: «Mentre la Costituzione esprime un significato di motivazione come principio ideologico, le disposizioni del codice sono *funzionali* allo svolgimento tecnico del processo, che necessita della motivazione della decisione per rendere possibile l'impugnazione, il controllo, la cognizione in seconda istanza. Se per un verso la motivazione serve al giudice per dar conto della fondatezza della sua determinazione, per altro verso va riconosciuto ad altri soggetti – chiaramente diversi dall'organo decidente – la potestà di valutare se l'esposizione dei motivi sia idonea al raggiungimento dello scopo»).

⁸⁹⁶ Utilizziamo le parole di SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite*, per *relationem e summarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 351, che l'Autore spende con riferimento specifico alla motivazione implicita e alla motivazione *per relationem*.

effettiva delle decisioni assunte»⁸⁹⁷. In questa circostanza, il giudice si limita «a un esame sommario e superficiale degli elementi processuali, senza una approfondita disamina logico-giuridica»⁸⁹⁸, cosicché non può far altro che simulare il proprio (inesistente) apprezzamento e la sua relativa razionalizzazione. Il provvedimento, nella sua parte motiva, si risolve in un «“guscio vuoto”»⁸⁹⁹, insomma, in un «simulacro di giustificazione»⁹⁰⁰.

La “motivazione (manifestamente) illogica”, che si ha «quando l’argomentazione esiste, ma manca la logicità del contenuto: è un vizio della logica argomentativa. [...] Si ha manifesta illogicità quando la sentenza ha fatto pessimo uso delle massime di esperienza o delle leggi scientifiche. [...] All’interno della manifesta illogicità si ritiene che si collochi il vizio di contraddittorietà logica della decisione: si tratta di un vizio di logica formale, che prescinde dal contenuto della motivazione. Si ha contraddittorietà logica quando vi è un contrasto tra le argomentazioni, a prescindere dal contenuto di queste, perché il giudice non ha fatto [buon] uso della logica comune, e cioè dei principi di non contraddizione, di identità e del terzo escluso. Una argomentazione contraddittoria è di per se stessa errata»⁹⁰¹.

La “motivazione contraddittoria”, sebbene simile – almeno nominativamente – alla motivazione viziata da illogicità per violazione dei principi della logica comune, consiste invece nella discordanza valutativo-giustificativa rispetto al panorama probatorio. Com’è stato scritto, «poiché la contraddittorietà logica è un vizio interno alla illogicità, la contraddittorietà, che è stata aggiunta dalla legge n. 46 del 2006, deve intendersi in senso processuale: essa esiste quando vi è un contrasto tra gli atti processuali e la motivazione della sentenza impugnata. Si tratta di tutti quei casi

⁸⁹⁷ ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 8.

⁸⁹⁸ BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale*, in BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976, 197.

⁸⁹⁹ MUSCELLA A., *La motivazione apparente tra disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 600.

⁹⁰⁰ LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 42, secondo cui la motivazione apparente si risolve in «un simulacro di giustificazione, in quanto sorretta da una serie di stilemi auto-supportantisi». Ritiene TONINELLI C., *L’“autonoma valutazione” nella motivazione delle ordinanze de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1533 che «il difetto di autonoma valutazione costituisca una *species* del concetto più generale di motivazione apparente. [...] D’altronde, se l’apparenza di motivazione consta nell’impossibilità di individuare le ragioni logico-giuridiche poste a fondamento della decisione, quando la motivazione risulti non autonoma la trama argomentativa eventualmente presente non è riferibile al giudice, bensì a un altro soggetto che non è funzionalmente legittimato ad assumere tale decisione».

⁹⁰¹ TONINI P., *Manuale*, cit., 943-944. Sul punto, vedi anche LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 39-41. In presenza di una sentenza che, «nella valutazione di tutti gli elementi acquisiti singolarmente e nel loro complesso, partendo da premesse accettabili, sia pervenuta a conclusioni aberranti secondo la comune logica o abbia palesato perplessità dubbio di confusione di idee nel pervenire alle conclusioni adottate», BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione*, cit., 197 parla di “motivazione confusa”. Nel caso, invece, di «una motivazione che sia in flagrante rapporto di contraddizione o *inter se* (più raramente), o col dispositivo (più frequentemente)», ancora Girolamo Bellavista – in altra sede: BELLAVISTA G., *La sentenza suicida*, in BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976, 108 – parla di “sentenza suicida” (e ricorda che «il primo che nella letteratura processualpenalistica, con cinque acute memorie difensive avanti la Suprema Corte di cassazione [poi raccolte in volume: *Le sentenze suicide*, Milano, 1942], abbia usato la terminologia [“sentenza suicida”] fu Gennaro Escobedo in occasione del famoso caso Mulas, intorno al 1938. Ma già a quell’epoca il fenomeno di patologia processuale di cui trattasi era ben noto» [107]).

nei quali la motivazione non fotografa fedelmente le prove acquisite nel processo. Il vizio di contraddittorietà processuale si ha quando la motivazione non rispetta le acquisizioni processuali perché distorce i risultati acquisiti (c.d. “travisamento delle risultanze probatorie”). O anche quando si motiva su di una prova non risultante dagli atti (c.d. “travisamento degli atti per invenzione”). O, ancora, quando la sentenza non motiva su di una prova che è stata acquisita (c.d. “mancata valutazione di una prova o travisamento per omissione”)⁹⁰².

La “motivazione *per relationem*” si riscontra quando il giudice, per motivare, rinvia alle ragioni espresse in un altro atto (*relatio* esterna)⁹⁰³. Sull’atto di riferimento e sulle modalità di rinvio si gioca la legittimità di questo m(et)odo di *reddere rationem*. Secondo il costante orientamento giurisprudenziale (v., ad es., Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera), la motivazione *per relationem* o «*aliunde*»⁹⁰⁴ di un provvedimento giudiziale è da considerarsi legittima quando: i) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all’esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; ii) fornisca la dimostrazione che il giudice abbia preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento, le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; iii) l’atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dagli interessati o almeno a questi ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l’esercizio delle loro facoltà di critica e di gravame, nonché, conseguentemente, di controllo da parte dell’organo dell’impugnazione⁹⁰⁵. La previsione di simili oneri per l’emanazione di una pronuncia che nella sua parte motiva si fondi sulla *relatio* esterna, o comunque – anche se non si fondi, cioè non si regga esclusivamente, sulla *relatio* esterna – a essa faccia comunque ricorso, costituiscono una guarentigia che si è rivelata vieppiù necessaria alla luce dell’impatto della tecnologia sulle modalità di scrittura dei provvedimenti. Si pensi specialmente alla prassi redazionale (abusata, soprattutto in fase cautelare) del c.d. “copia-incolla”, per fronteggiare la quale è intervenuto direttamente il legislatore (introducendo il requisito

⁹⁰² TONINI P., *Manuale*, cit., 944 (il quale, sul punto, chiosa affermando che, «in definitiva, il codice vuole impedire la infedeltà della motivazione rispetto al processo»).

⁹⁰³ V. AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 230: «Mentre la *relatio* implicita determina un collegamento all’interno di un unico provvedimento, il modo di motivare *per relationem* presuppone il rinvio a un atto distinto da quello esaminato da chi intende desumere l’apparato di una decisione. E il rinvio esterno costringe a indagare sulla struttura dell’atto richiamato».

⁹⁰⁴ L’espressione è tratta da GIANNINI M. S., *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 265. Sulla “motivazione *per relationem*”, nella dottrina penalistica, *ex multis*: AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 230-234; MENNA M., *La motivazione*, cit., 198-199; MANGIARACINA A., “L’eterno ritorno”, cit., 523-524; SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali*, cit., 367-372 (in part., 369, nt. 91) e 394; TONINI P., *Manuale*, cit., 460, nt. 65.

⁹⁰⁵ In termini, Cass., Sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53420.

dell'“autonoma valutazione” in seno all'ordinanza *ex art.* 292 c.p.p., con la legge n. 47 del 2015)⁹⁰⁶. Quel che emerge dal quadro normativo e giurisprudenziale è che «al giudice è concesso rinviare alle ragioni espresse da altri, a condizione [però] che dall'apparato motivazionale risulti che esse siano state interiorizzate dal decidente, che questi le abbia valutate, comprese, e – trovandole coerenti e adeguate al soddisfacimento dell'onere motivazionale che gli incombe – abbia ritenuto di aderirvi e, quindi, di recepirle nel provvedimento da motivare»⁹⁰⁷.

L'indispensabilità di una “partecipazione attiva”, cioè in prima persona, del giudicante all'atto valutativo e giustificativo spiega altresì perché forme di motivazione quali la “motivazione su modulo prestampato”, seppur ritenute (anche se non unanimemente) ammissibili, possano incidere negativamente sull'apprezzamento personalistico dell'organo decidente e si prestino peraltro a essere facilmente utilizzate in modo improprio. Non a caso, a proposito dei modelli prestampati, la giurisprudenza ha evidenziato che «nella stesura dei provvedimenti giudiziari è legittimo l'uso di moduli prestampati, purché gli stessi siano adeguatamente completati con argomentazioni specificanti le ragioni concrete della singola decisione adottata»⁹⁰⁸. Diversamente, è da considerarsi «apparente la motivazione del provvedimento consistente nell'impiego di un modulo prestampato, recante la mera pedissequa riproduzione della formulazione della norma, senza alcuna personalizzazione dello stampato da parte del giudice»⁹⁰⁹.

Abbiamo poi, ancora, la “motivazione implicita”, nell'ambito della quale – specularmente all'ipotesi della motivazione *per relationem* (ove la *relatio* è esterna e manifesta) – viene a

⁹⁰⁶ Al riguardo, si è parlato di «“motivazione *per incorporationem*”» in LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, in *Giust. ins.*, 2009, 2-3, 89. Sulla motivazione dell'ordinanza cautelare, v. *ex multis* GIULIANI L., *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del Tribunale della libertà (alle soglie di una ‘storica’ riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 358-361. In giurisprudenza, sulla tecnica del c.d. “copia-incolla”, *ex plurimis*: Cass., Sez. II, 4 maggio 2017, n. 25750, Persano; Cass., Sez. VI, 17 novembre 2016, n. 51936, Aliperti; Cass., Sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 7031, Conti; Cass., Sez. V, 8 aprile 2011, n. 28434; Cass., Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 12679, Mercadante. A livello disciplinare: Cass. civ., Sez. un., 15 maggio 2014, n. 10628; Cass. civ., Sez. un., 15 maggio 2014, n. 10627.

⁹⁰⁷ MICHELI G., *I limiti dell'autonoma valutazione nelle ordinanze de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 237-238. Le affermazioni dell'Autore, espresse annotando una pronuncia della Suprema Corte in materia cautelare (Cass., Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 31370), hanno a nostro parere valenza generale, giacché si rifanno a principi applicabili in qualunque sede procedimentale.

⁹⁰⁸ Cass., Sez. I, 21 ottobre 1994, n. 4665, Pastorella. Negli stessi termini: Cass., Sez. I, 7 novembre 2002, n. 135, De Santis; Cass., Sez. I, 12 marzo 1998, n. 1502, Previrenti. Analogamente: Cass., Sez. I, 3 novembre 1993, n. 4581, Maugeri; Cass., Sez. I, 30 novembre 1992, Bottaro («Il dovere del giudice di dimostrare, con la motivazione, di avere compiutamente esaminato le risultanze sottoposte alla sua decisione, risulta violato qualora, utilizzando un modulo prestampato per la redazione del provvedimento, non si sia dato conto, mediante opportune integrazioni, delle ragioni che consentono di superare elementi rilevanti, confliggenti con la soluzione»). Sul punto, v. PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 4.

⁹⁰⁹ In termini, Cass., Sez. I, 8 novembre 2005, n. 43433, Costa (in tema di riabilitazione; nel caso di specie il modulo faceva generico riferimento alle condizioni di legge per denegare la riabilitazione e conteneva una mera indicazione, inserita a penna, di una nota “in atti”). In senso conforme: Cass., Sez. V, 23 settembre 2004, n. 43118, Ventura; Cass., Sez. IV, 18 febbraio 1999, n. 520, Reitano.

compersi una *relatio* interna e non esplicitata⁹¹⁰. Si motiva implicitamente, infatti, «allorquando il discorso testuale non fa cenno di passaggi argomentativi che tuttavia sono stati percorsi durante l'itinerario decisionale giustificativo»⁹¹¹, sicché «l'esame di *tutti* i punti della decisione, anche se non espressamente, esplicitamente compiuto, risulti *per implicitum* adempiuto nel complesso della sentenza, secondo le regole della logica quali, ad esempio, *l'inclusio unius exclusio alterius, qui dicit de uno negat de altero ecc.*»⁹¹². A proposito di tale tecnica giustificativa, oramai ampiamente stabilizzata, è stato osservato che «non appare incompatibile con il principio di completezza, a condizione che questa scelta espositiva abbia a oggetto singoli passaggi della motivazione, i quali trovino il loro fondamento nel richiamo, per l'appunto, implicito ad altri punti nei quali un'argomentazione ugualmente valida sia stata invece esplicitamente proposta»⁹¹³. Il ricorso

⁹¹⁰ V. AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 230.

⁹¹¹ PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 145. Analogamente, IACOVIELLO F. M., *Scelta decisionale "giusta" e motivazione insufficiente: gli incerti poteri del giudice di legittimità*, in *Cass. pen.*, 1994, 146-147 («Si ha motivazione implicita quando il discorso testuale non fa cenno di passaggi argomentativi che, però, sono stati percorsi durante l'itinerario decisionale-giustificativo: pertanto, i passi espliciti implicano, con necessità logica, quelli impliciti. Quindi il discorso testuale sintetizza, ma è fedele al discorso logico. La motivazione implicita è una tecnica legittima di redazione del testo: essa rimanda alla concisione e la concisione è un valore che incontra il *favor* dei legislatori (art. 544 c.p.p.). Siamo nella fisiologia della motivazione: c'è concisione espressiva, ma non c'è lacuna logica. Dunque, non c'è bisogno di alcuna integrazione»). Sul punto, v. altresì: FROSALI R. A., *Motivazioni implicite o presunte. Le circostanze, nei rapporti con gli elementi costituiti del reato e nella loro applicazione di ufficio*, in *La Scuola Positiva*, 1938, XVIII, 262; MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 6; NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C. IASEVOLI, Napoli, 2018, 347; NAPPI A., *Principio di completezza della motivazione e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1988, 1237 («Si ammette generalmente che il discorso giustificativo espresso rispetto a un punto o a un capo della sentenza possa essere implicitamente riferito anche ad altro punto o capo dello stesso provvedimento, che risulti privo di motivazione esplicita, quando tra di essi vi sia un collegamento logico o giuridico. [...] Il principio è indiscusso»). Considerata la trasversalità ordinamentale della motivazione implicita, ci sembra opportuno rammentare anche alcune pronunce civilistiche ove – riconnettendosi altresì al principio della ragione più liquida (cfr. *Cass. civ.*, Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242; *Cass. civ.*, Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243; *Cass. civ.*, Sez. II, 31 ottobre 2011, n. 22662; *Cass. civ.*, Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883; *Cass. civ.*, Sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356) e alla tecnica dell'assorbimento (cfr., per la sua operatività – nel caso appunto di motivazione implicita – anche in materia penale: SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni*, cit., 366) – la Cassazione riconosce la possibilità di motivare implicitamente (ad esempio: per giustificare il mancato esame di domande ed eccezioni dipendenti da altre domande o eccezioni presupposte e non accolte; in ipotesi di domande alternative tra loro incompatibili oppure di domande subordinate; ecc.): *Cass. civ.*, Sez. I, 6 aprile 2018, n. 8571; *Cass. civ.*, Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28663; *Cass. civ.*, Sez. I, 28 maggio 2012, n. 8451; *Cass. civ.*, Sez. II, 18 maggio 2011, n. 10921.

⁹¹² BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione*, cit., 191. In materia, v. anche: DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 122, nt. 96; SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni*, cit., 361. Criticamente, tra gli altri, SCAPARONE M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 480-481 e SCAPARONE M., *Prove a difesa e motivazione implicita*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 4, 1 (il quale, in particolare, rileva che «non infrequentemente accade che il giudice, nel motivare una sentenza di condanna, ometta di indicare le ragioni per cui ha considerato inattendibili le prove addotte a discarico dell'imputato. Un tale modo di operare viola l'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. e prima ancora l'art. 111 Cost.»).

⁹¹³ ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 9. Esemplificativamente, rifacendoci a un passo riportato dall'Autore in altra parte dell'opera appena citata, possiamo pensare «alla massima per la quale è solitamente attendibile la deposizione di un testimone disinteressato alla vicenda. Nel momento in cui si riferisc[e] in motivazione, a sostegno dell'attendibilità del testimone oculare di un evento criminoso, della sua posizione soggettiva di mero passante e si menzioni espressamente

all'«“implicazione necessaria” [da intendersi come *relatio* interna], sia dal punto di vista negativo che dal punto di vista positivo, per *escludere* o per *svolgere* motivi non espressi», è dunque da ritenersi un'operazione legittima nella misura in cui «permanga, nonostante la incompletezza del contenuto del provvedimento, la certezza in ordine alla individuazione dei nessi attraverso i quali si articola la motivazione stessa»⁹¹⁴. Il “contenuto minimo” di motivazione che deve essere sempre assicurato (e che serve altresì come «“entità” indispensabile per il controllo»⁹¹⁵), nel caso della motivazione implicita, è rappresentato i) dalla possibilità di cogliere *immediatamente* – cioè, “a prima impressione” o “a impatto”⁹¹⁶ – il contenuto di quel che viene dato per implicito e, soprattutto, ii) dalla impossibilità di sottendere implicitamente momenti o profili decisivi⁹¹⁷ dell'accertamento⁹¹⁸.

Un altro modulo giustificativo è dato dalla “motivazione semplificata”, che si contraddistingue per la snellezza argomentativa delle ragioni poste a fondamento della decisione. Spesso si adopera

il carattere disinteressato delle sue dichiarazioni, la massima di cui sopra viene a essere sostanzialmente enunciata, sia pure in forma sintetica [meglio: implicita] e attraverso la sua dimensione effettuale» (52).

⁹¹⁴ SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni*, cit., 361-362 e 387 (per il quale è inoltre «facile comprendere che il punto implicante possa concernere la soluzione di una questione di merito o di una di rito» [364]).

⁹¹⁵ SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni*, cit., 340.

⁹¹⁶ Cogliere nell'immediatezza, cioè “a prima impressione” o “a impatto”, come quando ad esempio ci capita *senza sforzo e con naturalezza* di completare mentalmente la frase che è già stata scritta prima ancora di aver finito di leggerla oppure, leggendo, ci accade di pensare *conseguenzialmente* qualcosa che nel libro troverà conferma soltanto pagine e pagine dopo (facendoci poi retrospettivamente pensare «mentre leggevo mi era già chiaro» [RECALCATI M., *A libro aperto. Una vita è i suoi libri*, Milano, 2018, 99]).

⁹¹⁷ Il carattere di “decisività” di un profilo accertativo (sostanziale o processuale) si lega alle peculiarità delle singole fattispecie. Di regola, ciò che è “decisivo” viene indicato già in astratto dal legislatore (es. elementi del fatto-reato; modalità di compimento della perizia coattiva; ecc. ecc. ecc.), per poi essere concretizzato a livello applicativo sulla scorta della specificità del caso concreto. Profili e argomenti decisivi per e dell'accertamento vengono tuttavia altresì individuati dalla dottrina e dagli operatori giuridici, i quali individuano e selezionano aspetti dirimenti per la trattazione di una determinata problematica giuridica, sia essa ‘di fatto’ o ‘di diritto’ (es. distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente in tema di elemento soggettivo del fatto-reato; numero di minuzie da riscontrare per verificare la corrispondenza – *match* – di un'impronta digitale; ecc. ecc. ecc.). Il profilo da accertare può consistere o in un ‘elemento’ o in un ‘argomento’ della fattispecie in esame. Sulla distinzione tra ‘elementi’ e ‘argomenti’ e sul loro intridersi, v. *infra*: § III (tenendo fin d'ora conto che si tratta di una differenziazione utile anche ai fini della praticabilità, o meno, della metodica motivazionale rinforzata, la quale si declina con riferimento agli “argomenti” [da motivazione rafforzata, appunto] e non invece avuto riguardo ai meri “elementi” della fattispecie, sui quali in ogni caso e necessariamente lo svolgimento dell'argomentazione rinforzata ricade).

⁹¹⁸ Così, ad esempio, in dottrina si è affermato che «il concetto di motivazione implicita non può far ritenere irrilevante l'omessa indicazione in motivazione delle ragioni di inattendibilità delle prove addotte nel processo a sostegno di una tesi incompatibile con quella accolta in sentenza. Un diverso discorso vale allorché due distinte questioni si pongano in un rapporto di presupposizione o dipendenza, per cui la soluzione data alla prima, se avente un determinato tenore, può fungere da premessa alla soluzione data alla seconda» (SCAPARONE M., *Prove a difesa e motivazione implicita*, cit., 4. Sul punto, cfr. MORSELLI C., *La sentenza penale*, Torino, 2003, 226-227: «L'art. 546 c.p.p. riporta le parti su di un piano simmetrico attraverso la garanzia di uno specifico trattamento delle prove di segno contrario (motivazione negativa). Così lo schema binario del metodo abelardiano confutatorio del *Sic et Non* riceve veste giuridica e la prova contraria non residua quale ‘prova abbandonata’ (come nel codice abrogato), stante l'obbligo del giudice di assumerla nel suo libero apprezzamento, ancorché per svalorizzarla (apprezzamento critico [negativo])»).

tale modello allorché si richiamino i precedenti conformi⁹¹⁹ ai quali, come si suol dire, ci si appoggia. La scelta giudiziale si allinea al precedente giurisprudenziale citato (v. motivazione *per relationem*) e semplifica il proprio apparato motivazionale poiché evita di diffondersi sul punto (cfr. motivazione implicita) ripercorrendo di nuovo, daccapo, l'*iter* argomentativo inerente alla questione in esame. Rispetto a tale questione, infatti, si ha già a disposizione – ovviamente, se condivisa e ritenuta compatibile con il caso concreto⁹²⁰ – il prodotto finito, al quale ci si può rifare. Ove ci si avvalga della motivazione semplificata, la redazione del provvedimento diventa più agile, con un guadagno sia temporale che spaziale (*i.e.* estensione grafica). Questa metodica, alla quale sarebbe peraltro opportuno dire chiaramente di far ricorso (scrivendolo, ad esempio, in apertura della parte motiva dell'atto)⁹²¹, può d'altra parte divenire uno strumento foriero di atteggiamenti impropri, se non addirittura processualmente abusivi. Banalmente, si può affermare di aver motivato in modo semplificato un determinato profilo mentre, di fatto, lo si è al contrario *bypassato*. Una motivazione, infatti (e sia pure ai limiti dell'apparenza motivativa, avuto riguardo alla problematica *bypassata*), vi sarebbe e da questo formalistico punto di vista il provvedimento passerebbe indenne un eventuale controllo di legittimità. Pertanto, nonostante a livello pratico se ne stia valorizzando

⁹¹⁹ Invero, il *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16 – *Provvedimento sulla motivazione semplificata delle sentenze penali*, Roma, 29 aprile 2016 invita espressamente i giudici di legittimità a ricorrere alla motivazione semplificata proprio nel caso in cui si richiamino precedenti consolidati, anche allo scopo di «adottare prassi lavorative più rapide e idonee sia a far fronte all'enorme mole delle sopravvenienze e al possibile formarsi di arretrato sia a contenere i tempi di trattazione dei procedimenti entro termini di durata ragionevole». Si legge nel provvedimento che «la sentenza può limitarsi a richiamare i precedenti [allorché siano] sollevate questioni la cui soluzione comporta l'applicazione di principi già consolidati, dai quali il Collegio non ritenga di discostarsi, ovvero atteng[er]e alla soluzione di questioni semplici o prospett[iv]i motivi manifestamente fondati o infondati o non consentiti» (1). In ogni caso, «la motivazione in forma "semplificata" deve comunque fornire una spiegazione della *ratio decidendi*, riferita alla fattispecie decisa, pure se espressa in estrema sintesi e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia» (4).

⁹²⁰ Trattandosi di un richiamo a un altro atto (ancor meglio: di una *relatio* esterna), valgono le considerazioni espresse in merito alla motivazione *per relationem*. Il giudice, prima di riportare il precedente (o qualsiasi altro argomento) che semplifichi – snellendolo – il percorso argomentativo-giustificatorio del provvedimento, deve previamente valutarne e giustificarne l'applicabilità: salvo, s'intende, quest'ultima non appaia *ictu oculi* evidente. Ad esempio, in tema di causalità, si giustifica oramai da sé il rinvio all'insegnamento della sentenza Franzese, che rappresenta «tradizionalmente» una via semplificata per spiegare – ovviamente, salvo si ritenga di non condividerla – la ricostruzione teorico-pratica del rapporto o nesso causale, che si scioglie entro lo schema del giudizio controfattuale (se reato commissivo) o doppiamente controfattuale (se reato omissivo), corredato da leggi scientifiche di copertura (da apprezzare in termini di probabilità logica) e da massime di esperienza.

⁹²¹ In tal senso, nel *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16, cit., 3 (dedicato alla tematica *de qua* per il giudizio di legittimità) si ritiene «opportuno che l'opzione del Collegio in favore della redazione della motivazione in forma semplificata sia documentata attraverso un'esplicita indicazione nel dispositivo interno, redatto sull'apposito modulo predisposto dalla cancelleria, e nell'epigrafe della sentenza, allo scopo di favorire la diffusione di tale tecnica motivazionale e di segnalare, con scelta responsabile del Collegio, che la Corte non ha esercitato la funzione di nomofilachia, in tal modo agevolando, al contempo, l'attività del Massimario nella selezione delle pronunce da non avviare alla massimazione».

l'utilizzo anche tramite previsioni di *soft law*⁹²², a nostro parere occorre fare un uso parco di questa tecnica motivazionale e anzi riflettere sulla possibilità di individuare alcune zone franche, concernenti problematiche applicative e aspetti argomentativi giuridico-fattuali che non ammettono risoluzioni in via semplificata⁹²³.

Ulteriore configurazione giustificativa è la “motivazione plurima o multipla”, strutturata argomentativamente in più *rationes decidendi*. Ciascuna di queste *rationes* è solitamente in grado di sorreggere da sola l'intera decisione, o la parte della decisione, cui si riferisce; eppure sono ciononostante adottati più motivi, l'uno in aggiunta all'altro, come se dovessero reciprocamente sostenersi. Tra gli effetti derivanti da una simile forma motivazionale una delle possibili ricadute la si ha in sede di impugnazione, nel fatto che le parti che intendono impugnare il provvedimento così motivato devono confutare ogni singola autonoma ragione, giacché è sufficiente che persista anche una sola *ratio* giustificatrice per far sì il *decisum* rimanga in piedi (e passi pure in giudicato, in virtù di essa). D'altro canto, tuttavia, una motivazione siffatta rischia, da un lato, di far apparire il decisore insicuro, perché alla ricerca di conferme, quando invece la sua parola dovrebbe mostrarsi salda, univoca e autorevole, per quanto comunque contestabile, cioè impugnabile; ma, soprattutto, rischia, dall'altro lato, di sfociare in una “motivazione superflua (o *ad abundantiam*)”.

⁹²² V., ad esempio, i seguenti atti: *Protocollo d'intesa* tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale Forense – *Regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria. Regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale*, Roma, 17 dicembre 2015; *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16, cit. (decreto di cui il Segretario generale, Dott. Giovanni Mammone, «raccomand[a] la massima diffusione tra tutti i colleghi magistrati, in ragione del carattere innovativo dei criteri di redazione introdotti e dalla novità costituita dalla previsione che la capacità di adozione della forma semplificata costituisca uno dei parametri che i Presidenti di Sezione dovranno considerare ai fini della redazione dei rapporti informativi per le valutazioni di professionalità dei colleghi, in occasione delle progressioni di carriera»); *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016 – Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*, Roma, 5 luglio 2017, 10, nt. 7 («La pianificazione di udienze dedicate alla trattazione di medesime questioni giuridiche – una casistica non tanto per tipologia di reato quanto per *problematiche applicative* – può permettere uno studio specifico più approfondito delle articolate problematiche giuridiche e, quindi, in un'ottica di migliore utilizzazione della risorsa tempo, contribuire all'implementazione di modelli di motivazione semplificata»). In materia civile, v. *Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze e di ordinanze decisorie civili*, Roma, 22 marzo 2011 e *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 132/16 – *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*, Roma, 14 settembre 2016.

⁹²³ Comunque dubitando della legittimità della “motivazione semplificata” (posto che «nel codice di rito penale è previsto un modello unitario di sentenza, valido tanto per i gradi di merito quanto per il giudizio di legittimità, sicché l'affermazione di un parametro motivazionale sintetico [anche] solo per le sentenze della Corte di cassazione presenterebbe già da questo punto di vista alcuni profili di criticità»), NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C. IASEVOLI, Napoli, 2018, 355 osserva – a nostro parere compatibilmente con quel che andiamo affermando (circa l'opportunità di non estendere indiscriminatamente a qualunque ipotesi che sia l'impiego della motivazione semplificata) – che «la semplificazione, in mancanza di parametri normativi, deve essere modulata in ragione del processo e della decisione che definisce il giudizio».

Con tale ultima locuzione – *i.e.* “motivazione superflua (o *ad abundantiam*)” – ci si riferisce all’argomentazione giustificativa che trasmoda⁹²⁴ oltre i limiti di quel che è necessario. La motivazione superflua si dilunga in aspetti o questioni che si potrebbe ben evitare di approfondire. Se nel caso della motivazione semplificata o della motivazione implicita ci si espone all’eventualità che possano essere tralasciati o non accuratamente apprezzati alcuni profili decisori, qui, viceversa, ci si estende inutilmente in sovrappiù discorsivi⁹²⁵. Così facendo, oltre a minare la trasparenza e la chiarezza della spiegazione decisoria (coi relativi riflessi in punto di funzionalità endo- ed extra-processuale), si indebolisce⁹²⁶ la tenuta stessa del provvedimento, poiché lo si espone a censure su profili in realtà non attinenti, o non propriamente attinenti, all’oggetto decisorio⁹²⁷. Dal dire troppo

⁹²⁴ In senso critico negativo, parla in questo caso di «motivazione ridondante» – distinguendola dalla motivazione *ad abundantiam*, invece apprezzata positivamente – LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 45-46: «La ridondanza, riferita a qualsiasi prodotto di logica giustificativa, va intesa come una marcata sovrabbondanza al limite dell’eccesso, e, comunque un superare, un soverchiare, uno straripare oltre gli argini fissati da una semplice spiegazione funzionale. La ridondanza, più che alla struttura e alla ragionevolezza del motivare ha a che fare con lo stile dello scrivente. [...] La motivazione pletorica e smodata ha purtroppo il limite di indurre nel lettore, proprio perché sfuocata, sbiadita e non concentrata, una cattiva predisposizione al necessario approfondimento, soprattutto laddove si scopra che l’inutile sovrabbondanza nasce da finalità che toccano il narcisismo del suo autore o da esigenze di natura accademica o altro che poco ha a che dividere con le qualità richieste dal legislatore all’art. 544, co. 1 c.p.p.».

⁹²⁵ Relativamente agli *obiter dicta*, vista la loro inidoneità a giustificare la decisione (giacché si tratta di affermazioni e considerazioni incidentali rispetto all’oggetto della pronuncia e in ogni caso estranee ai fini motivativi), può dirsi che sarebbe opportuno ridurne quanto più possibile l’impiego, se non escluderlo del tutto.

⁹²⁶ *Contra* LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 46, secondo cui la motivazione *ad abundantiam* è «una specie di motivazione di scorta che alcuni colleghi, soprattutto nei processi con gravi imputazioni, sono soliti accompagnare la motivazione centrale. Tale modalità giustificativa va apprezzata come motivazione doviziosa e accettabile, perché la doppia motivazione in sede di merito rafforza la tenuta dell’intero impianto, nell’eventualità che un gruppo delle ragioni prospettate sia ritenuto viziato o probatoriamente malfermo».

⁹²⁷ Sul punto, si esprime criticamente FIANDACA G., *Il peso della giustizia ingiusta*, in *Il Foglio*, 21 gennaio 2020: «È intuibile che le sentenze mastodontiche presentano inconvenienti e sollevano problemi di varia natura. Cominciamo da una domanda ovvia: chi ha voglia, interesse, risorse intellettuali e tempo sufficiente per imbarcarsi con attenzione vigile e tensione critica costante, senza perdere mai il filo e senza stancarsi o peggio annoiarsi, nella lettura di chilometri di fatti ed episodi, di ricostruzioni di contesti, di descrizioni di fenomeni o ambienti criminali, di interpretazioni di norme e disquisizioni giuridiche di vario genere, il tutto per di più fittamente intrecciato con dichiarazioni di pentiti, deposizioni testimoniali o analisi di documenti non di rado inserite entro parentesi all’interno di lunghe frasi, a loro volta scritte in maniera non sempre perspicua e con prevalente stile burocratico? Certo, dovranno sobbarcarsi questo ingrato compito gli addetti ai lavori, tra cui alcuni studiosi accademici interessati a studiare i materiali giurisprudenziali per scrivere le cosiddette note a sentenza. Ma, come mi è capitato di constatare da giurista avvezzo ad analizzare la giurisprudenza, le sentenze straripanti non sono un problema soltanto per chi deve studiarle. Lo sono, ancor prima, per il giudice che le deve scrivere, e non solo per la fatica di farlo. Il magistrato impegnato a stendere su una stessa vicenda migliaia e migliaia di pagine, infatti, si imbatte anche in una difficoltà tutt’altro che trascurabile: come fa a mantenere un rigoroso e perdurante controllo intellettuale sulla complessiva tenuta logica e sulla coerenza di argomenti e ragionamenti disseminati in tantissimi rivoli? Siccome non è facile, appunto diventa elevato il rischio di incorrere in contraddizioni, incoerenze e carenze motivazionali. Inoltre, lo studio delle sentenze mastodontiche mette in evidenza come, in non pochi casi, la quantità delle circostanze, delle dichiarazioni testimoniali, dei documenti ecc. richiamati sia direttamente proporzionale alla mancanza o all’insufficienza di elementi probatori certi e univoci. Insomma, all’assenza di vere prove si cerca di sopperire con una accumulazione a valanga di dati a possibile valenza indiziante. Ma l’ammasso quantitativo non può mai equivalere a verifica processuale al di là di ogni ragionevole dubbio».

poco si passa al dire troppo⁹²⁸; e certe volte ci si perde persino in evitabili divagazioni extra-giuridiche⁹²⁹ o in vere e proprie discettazioni teorico-dottrinali (c.d. “motivazione-trattato”⁹³⁰).

Tra le svariate altre tipologie motivazionali possiamo ancora rammentare tutte quelle motivazioni contrassegnate da “aggettivazioni”. Occorre tuttavia distinguere tra “aggettivazioni sostantivate” e “aggettivazioni semplici”, perché soltanto nel primo caso si ha un ‘tipo’ motivativo a sé stante, dal momento che l’attributo qualificatorio incide anche sulla struttura motivazionale del provvedimento, il quale deve manifestare al suo interno un certo assetto contenutistico: così accade,

⁹²⁸ Idealmente, quindi, dovrebbe trovare applicazione – una volta di più – l’insegnamento aristotelico della medietà. Sull’eccesso di motivazione e «sul piano dei rimedi volti ad arginare l’ipertrofia motivazionale», LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 91 propongono l’idea «di istituire presso la Corte di cassazione una Commissione mista, formata da magistrati, avvocati e professori universitari, con il compito di forgiare raccomandazioni e direttive destinate a operare nella prassi giudiziaria. Seguendo un *modus operandi* diffuso nei paesi di *common law*, la Commissione potrebbe elaborare anche regole per la redazione dei motivi non solo con riguardo allo stile in senso stretto, ma anche con riferimento alle modalità operative della stesura. Ovviamente queste *rules* non devono investire materie riservate alla disciplina legislativa».

⁹²⁹ Anche all’interno della stessa magistratura un simile fenomeno viene criticato, poiché «quello che dalla sentenza deve emergere» è «la rigorosa aderenza alle tematiche della responsabilità, senza *viraggi in terreni non consentiti o inammissibili interventi di pedagogia sociale o di rimprovero etico*, né tanto meno, per i giudici di merito, “ostentate esigenze” di fare dottrina o mirabile giurisprudenza oppure decisioni esemplari. La sentenza deve essere “controllabile” sulle articolazioni elementari suggerite dall’ordine storico e giuridico prospettato dall’art. 129 c.p.p. e il “controllo concreto” va svolto sulle espressioni e le realtà che ruotano attorno al binomio fisiologico “accusato-imputazione” in relazione a ciò che deve essere oggetto di prova *ex art.187 c.p.p.*» (LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 22).

⁹³⁰ Ritiene affetti da «elefantiasi motivazionale» i «provvedimenti giudiziari di enorme mole, mastodontici» FIANDACA G., *Il peso della giustizia ingiusta*, cit. («Le sentenze lunghe migliaia di pagine non aiutano la ricerca della verità. [...] È il caso di affrontare un tema che, forse, non ha finora ricevuto sufficiente attenzione. Alludo al fenomeno dei provvedimenti giudiziari (sentenze, ordinanze ecc.) di enorme mole, mastodontici, fatti di migliaia e migliaia di pagine distribuite in più volumi o tomi. Simili, più che a cicli romanzeschi, a opere enciclopediche. Di questo gigantismo scrittoriale-giudiziario, di questa elefantiasi motivazionale rinveniamo esemplificazioni emblematiche, in particolare, nell’ambito dei grandi processi di criminalità politico-terroristica o di criminalità mafiosa»). Si ricorre all’espressione «trattato-giudiziario», riferendosi a una «sentenza superponderosa, intesa a ridisegnare il sistema in chiave di dottrina (delle Corti, va da sé)», in PARDOLESI R. – SASSANI B., *Motivazione, autorevolezza interpretativa e “trattato giudiziario”*, in *Foro italiano*, 2016, V, 299 (ove si parla altresì di «motivazione “extra large”»). Parla, al riguardo, di «motivazioni *monstre*» LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2018, 8. Riferendosi al fenomeno della redazione di «sentenz[e]-trattato», ONDELLI S., *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un’analisi pragmalinguistica*, Padova, 2012, 80 afferma trattarsi di una «tradizionale propensione» del giudice italiano. Sulla tematica *de qua*, GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati*, Roma, 1968, 29 annota che «in quella che è stata definita l’epoca d’oro della nostra giurisprudenza, nel secolo XVIII°, presso i grandi Tribunali d’Italia, ma presso la Rota romana anche prima, la sentenza trattato aveva caratteri e funzioni ben diversi da quelli che essa ha oggi. Essa fu un modello nell’ambito del diritto continentale (a parte la Francia). La nostra odierna sentenza dottrinale rappresenta una degenerazione di quella e una trasposizione dei metodi della dottrina concettualistica (da noi imperante dopo la prima decade del secolo XX°) nel campo della decisione giudiziale». In ogni caso, come rammenta PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il Protocollo d’intesa tra Cassazione e Cnf*, in *Giur. it.*, 2016, 2792, in un’ottica ‘ottimistica’, possiamo dire che «talvolta servono anche le c.d. “sentenze-trattato”, così come ci sono delle questioni che richiedono atti di parte più lunghi del solito: irreggimentare il discorso giuridico non sempre è opportuno, purché chi scrive, nel costruire il ragionamento sulla tesi accolta, mostri passo per passo, nel procedere di quella tesi, come ciò che ne ricava discenda senza incongruenze e senza salti dalle premesse e, quanto alle scelte interpretative che intende respingere, rappresenti gli argomenti contrari e indichi specificamente quali ragioni li confutino».

ad esempio, per la “motivazione complessa”⁹³¹, per la “motivazione succinta”⁹³², per la “motivazione frazionata”⁹³³, per la “motivazione incompleta”⁹³⁴, per la “motivazione sintetica”⁹³⁵, per la “motivazione approfondita”⁹³⁶ ecc.⁹³⁷. Nel secondo caso, invece, l’aggettivo non impatta sul

⁹³¹ Cass., Sez. III, 2 maggio 2019, n. 18043: «La giurisprudenza di questa Corte ha da tempo affermato – e il principio deve qui essere ribadito – che non vi è incompatibilità logica tra la dichiarazione di inammissibilità dell’istanza di ricusazione, basata su motivi manifestamente infondati, e la circostanza che il provvedimento dichiarativo illustri le ragioni della ritenuta manifesta infondatezza con *motivazione complessa* (Cass., Sez. II, 19 giugno 2007, n. 27611, Berlusconi)». Si parla di “motivazione complessa” altresì, ad esempio, in CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019, 151 (ove la si intende come struttura motivazionale «tipica delle sentenze dibattimentali e delle ordinanze *de libertate*») e in IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 310 («Non esiste un modello standard di motivazione. C’è una motivazione sintetica che si limita a indicare solo le fonti di prova: tali erano le prime forme di motivazione nel diritto comune e nell’epoca preilluministica. C’è una motivazione di media complessità: che indica, oltre alle fonti di prova, anche le informazioni probatorie e i criteri di inferenza utilizzati. C’è una motivazione di grande complessità: che, in aggiunta ai passaggi argomentativi della struttura precedente, opera un confronto dialettico fra le ipotesi antagoniste saggiandone il relativo grado di probabilità logica. Il codice (artt. 192, co. 1 e 2 e 546, co. 1 lett. e c.p.p.) ha imposto quest’ultimo tipo»), nonché – negli stessi termini di Iacoviello – in PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 123 («Teoricamente, la motivazione potrebbe avere strutture logiche molteplici: da una struttura estremamente semplificata (che si limiti a indicare solo le fonti di prova) a una struttura di media complessità (che indichi anche le informazioni probatorie e i criteri di inferenza utilizzati) fino a una struttura di grande complessità (che, in aggiunta ai passaggi argomentativi della struttura precedente, operi un confronto dialettico fra le ipotesi antagoniste saggiandone il relativo grado di probabilità logica)»).

⁹³² CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 151 qualificano come «motivazione succinta la sentenza di patteggiamento (art. 444, co. 2 c.p.p.), così come delineata dall’elaborazione giurisprudenziale».

⁹³³ ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 101-102, nt. 35: «In realtà, vi è anche l’ipotesi a sé stante disciplinata dall’art. 544, co. 3-bis c.p.p., sulla c.d. “motivazione frazionata”, che ricorre nei casi di processi per reati di particolare gravità ed in presenza di imputati in stato di custodia cautelare, quando il giudice, contestualmente alla lettura del dispositivo, dispone la separazione dei procedimenti».

⁹³⁴ IACOVIELLO F. M., *Scelta decisionale “giusta” e motivazione insufficiente: gli incerti poteri del giudice di legittimità*, in *Cass. pen.*, 1994, 147: «Con motivazione incompleta entriamo nella patologia dell’argomentazione: il testo omette fatti e argomenti, che neppure il ragionamento del giudice ha preso in considerazione. Il discorso testuale e quello logico combaciano e pertanto sia l’uno che l’altro presentano le stesse lacune».

⁹³⁵ Cfr. Cass., Sez. IV, 21 aprile 2010, n. 31392: «In tema di motivazione della sentenza di patteggiamento, anche se non è richiesto al giudice l’accertamento e la valutazione delle prove del reato, egli deve pur sempre *esprimere, con la sinteticità connotata al rito*, di aver accertato l’inoperatività dell’art. 129 c.p.p. (assenza di cause di non punibilità), l’esatta qualificazione del fatto (affinché l’accordo sulla pena non si trasformi in accordo sul reato) e la correttezza della valutazione delle circostanze e l’adeguatezza della pena. (Nel caso di specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di patteggiamento perché costituita solo dall’intestazione, dalla esposizione delle imputazioni, dal richiamo del verbale del dibattimento con l’accordo sulla pena e dal dispositivo, ma priva del tutto di motivazione, affidata a tre righe di un modulo prestampato in cui non vi era neanche cenno all’art. 129 c.p.p.)».

⁹³⁶ VANNI R., *Motivazione approfondita per i provvedimenti de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 352 ss. A proposito dell’ordinanza cautelare, parlano di «motivazione analitica» LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 86 e, analogamente, parla di «motivazione oltremodo stringente» NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell’atto motivazione*, cit., 336.

⁹³⁷ Con riferimento al settore civile, ma le considerazioni – di carattere generale – valgono anche in ambito penale, TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 302-303 e nt. 174 utilizza l’espressione “motivazione apodittica e burocratica” per riferirsi a quella motivazione «in cui non sono espresse le scelte del giudice, ma le premesse della decisione sono presentate come auto-evidenti; in cui non vengono espresse, e quindi non sono giustificate, le valutazioni metagiuridiche; in cui non sono riferiti i criteri di inferenza in base ai quali i fatti sono ritenuti provati; e in cui, infine, prevale la tecnica dell’argomentazione chiusa e logicamente necessitante. Un’ipotesi

contenuto giuridico della parte motiva del provvedimento, ma svolge una funzione meramente descrittiva di tale contenuto: le qualifiche possibili, allora, sono tante quanti gli epiteti linguistici⁹³⁸; es. “motivazione lacunosa”, “motivazione approfondita”, “motivazione tautologica”, “motivazione coerente”, “motivazione perplessa”⁹³⁹, “motivazione adeguata”⁹⁴⁰, “motivazione insufficiente”⁹⁴¹, “motivazione concisa”⁹⁴², “motivazione difettosa”⁹⁴³, “motivazione congrua” ecc. ecc. ecc.

tipica e frequente consiste nel fondare l’argomentazione giustificativa sulla finzione che vi sia una sola norma (in un solo significato) applicabile al caso, mentre invece ne esistono altre (tali da consentire una diversa configurazione giuridica della controversia) e sulla correlativa finzione che il giudice non abbia compiuto alcuna scelta al riguardo, ma si sia limitato a prendere atto della necessità di una certa soluzione».

⁹³⁸ Fermo restando, però, che la “categoria” della motivazione aggettivata in modo semplice (e non sostantivato) opera in via residuale, poiché se l’epiteto linguistico corrisponde a un attributo qualificatorio che descrive già un ‘tipo’ motivazionale a sé stante, cioè un attributo che non soltanto descrive ma definisce anche la struttura contenutistica del provvedimento, è quest’ultima qualificazione – ovviamente – a prevalere.

⁹³⁹ LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 30-31 («[La] motivazione meramente perplessa si risolve in un vizio della motivazione solo allorquando le argomentazioni svolte nella sentenza manifestino dubbi che non consentono di determinare con sufficiente chiarezza quale, di due o più ipotesi o fatti considerati, sia stato realmente posto a sostegno della decisione, così che quest’ultima non appare come la logica espressione di un preciso convincimento del giudice. [...] Il vizio di perplessità, peraltro, non sussiste tutte le altre volte in cui gli elementi assunti, come alternativi o subordinati o meramente eventuali rispetto ad altri, conducano invece tutti al medesimo risultato»); PALMA A. U., *Agnosticismi metodologici nel redde rationem giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4824, nt. 8 («Per “perplessa” si intende quella motivazione da cui traspaiono dubbi, incertezze, confusione di idee e che non risolve il contrasto dialettico tra le diverse alternative prospettate: cfr. *Cass.*, Sez. III, 24 aprile 2018, n. 39678; *Cass.*, Sez. II, 4 marzo 2010, n. 12329; *Cass.*, Sez. V, 6 aprile 1988, B.; *Cass.*, Sez. 20 febbraio 1980, M.; *Cass.*, Sez. V, 6 ottobre 1977, R.»); SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, (a cura di) G. DI CHIARA – V. PATANÈ – F. SIRACUSANO, Milano, 2018, 704.

⁹⁴⁰ LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 35-36 (ove si richiama la pronuncia *Cass.*, Sez. VI, 25 giugno 2009, n. 32850, Longo): «Il concetto di adeguatezza, applicato alla motivazione – della sentenza, dell’ordinanza o del decreto – è “una qualità riassuntiva e unificante” della validità delle argomentazioni, che sono state singolarmente utilizzate e poste a sostegno del *dictum* giurisdizionale, in relazione alle specifiche e ragionevoli deduzioni delle parti. L’adeguatezza nel motivare deve produrre quindi, “*naturaliter*” e senza forzature, quel grado accettabile di condivisibile certezza, il quale: a) si ponga in diretta e simmetrica relazione con la quantità di conoscenza, garantita in quello specifico processo; b) sia in corrispondenza puntuale al tenore del capo di imputazione e a ciò che è stato oggetto di prova (art.187 c.p.p.) legittimamente acquisita (art. 191 c.p.p.); c) dia risposta alle deduzioni delle parti sul *thema decidendum* e sulle relative *quaestiones juris* che sono state ritualmente sollevate. In altre parole: è adeguata quella motivazione che spiega e scioglie le incertezze sui fatti, attraverso inferenze logiche e metodi controllabili, così consentendo l’applicazione corretta della norma nel caso concreto. Va ancora precisato che “l’adeguatezza nel motivare”, negli atti formali indicati dall’art. 125 c.p.p., non può significare in diritto totale e inarrivabile “completezza”, essendo tale ultima qualità un cerchio concentrico di maggior ampiezza – esigibile nelle scienze esatte – ma che invece, nel campo della ricostruzione dei comportamenti e delle relazioni interpersonali, penalmente rilevanti, può essere correlata soltanto a quella “quantità bastevole di proposizioni ragionevoli” che, tra loro interrelate, siano in grado di produrre certezze umane verificabili. Pertanto, in tale ottica, motivazione inadeguata risulta essere: a) quella che non consente all’interprete (giudice, parte pubblica o parte privata) l’agevole verificabilità delle scansioni e degli sviluppi critici che connotano il provvedimento stesso, in relazione a ciò che è stato oggetto di prova *ex art. 187 c.p.p.*; b) quella che impedisce (per la sua oscurità o incongruenza), oppure vanifica (per connotazioni di tautologia o autoreferenzialità) la possibilità del controllo della ragionevole e convincente affidabilità – fattuale, logica e giuridica – dell’esito decisorio, avuto necessario e risolutivo riguardo alle acquisizioni processuali e alle prospettazioni formulate dalle parti. Peraltro non tutte le inadeguatezze, difformità o disarmonie, nella spiegazione della decisione del giudice, quale che sia la forma del provvedimento, sono suscettibili di censura in sede di giudizio di legittimità, ma lo sono solamente quelle capaci di determinare esiti viziati, nella lettura o nella comprensione, che siano inquadrabili in almeno uno dei tre profili prospettati dal legislatore nell’art. 606., co. 1 lett. e) c.p.p.».

A proposito di attributi in tema di motivazione, preme osservare che è lo stesso legislatore a impiegare, in certe occasioni, espressioni qualificanti che si riflettono – almeno in via tendenziale – sull’aspetto strutturale della giustificazione dell’atto. All’interno della normativa processuale penale, ad esempio, si prevedono la “motivazione succinta” (v. artt. 125, co. 5 e 219 c.p.p.), la “motivazione [*recte*: esposizione] sommaria dei motivi di fatto e di diritto”⁹⁴⁴ (v. art. 426, co. 1 lett. d) c.p.p.), la “motivazione [*recte*: esposizione] concisa dei motivi di fatto e di diritto”⁹⁴⁵ (v. artt.

⁹⁴¹ IACOVIELLO F. M., *Scelta decisionale “giusta” e motivazione insufficiente*, cit., 146 («La motivazione insufficiente ha un testuale riconoscimento normativo (art. 547 c.p.p.), ma c’è da chiedersi se abbia davvero un proprio spazio concettuale. Innanzitutto, motivazione insufficiente rispetto a cosa? Non rispetto a un modello legale di motivazione, perché la legge fissa (artt. 192 e 546 c.p.p.) le strutture fondamentali della motivazione e una sua difformità rispetto a tale modello non potrebbe che comportare un vizio invalidante. Si potrebbe dire: motivazione insufficiente rispetto alle conclusioni. Ma allora l’insufficienza sarebbe tutt’altro che un vizio formale e inessenziale come dovrebbe desumersi dagli artt. 547, 546, 125 e 130 c.p.p. Non rimane che pensare a una insufficienza rispetto a un modello logico e stilistico di motivazione. Per motivazione insufficiente dovrebbe intendersi pertanto quella motivazione che presenta oscurità, incompletezza o inesattezze della trama espositiva, pur in presenza di un processo decisionale corretto e di una struttura del discorso argomentativo rispondente al modello legale. Ma anche così inteso, il concetto di motivazione insufficiente rimane vago e impreciso, e, soprattutto, di poca o nulla utilità»); LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 37 («La motivazione insufficiente presuppone una mancanza non totale, né assoluta della motivazione; si sostanzia in argomentazioni inadeguate; può essere conseguente anche a un incompleto esame degli atti. Talora trattasi semplicemente di una motivazione, redatta da un giudice svogliato e per tale ragione proposta in modo disadorno e sciatto, una motivazione la quale spesso si astiene dall’esprimersi proprio sui punti che, se esaminati, avrebbero consentito l’accoglimento della tesi alternativa a quella adottata nella deliberazione. Altre volte la motivazione insufficiente è l’indice della sopravvenuta scarsa convinzione dell’estensore, oppure della oggettiva pochezza delle giustificazioni, proponibili a sostegno del dispositivo, malamente valutata all’atto della formazione del convincimento in sede di deliberazione»).

⁹⁴² SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni*, cit., 378: «“Conciso” non vuole dire né incompleto, né approssimativo, né frettoloso; non vuol dire nemmeno breve: vuol dire soltanto non diluito, non sovrabbondante, senza sfoggi di dottrina, senza divagazioni, senza ripetizioni inutili». Ritengono che sia una «norma proporzionale» quella che prescrive che «la motivazione deve essere ‘concisa’, ma se è prolissa non è viziata da nullità» LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 83 (i quali osservano ancora che lo stesso può dirsi per «la sentenza di non luogo a procedere [la quale] deve essere motivata in via “sommaria”, ma se è analitica non c’è invalidità. Si tratta di norme che contengono consigli e non comandi»).

⁹⁴³ Richiamiamo il titolo dello scritto di SIRACUSANO D., *Distinzioni in tema di motivazione difettosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 939 (il quale, in via generale sui vizi motivazionali, ci ricorda che «quando si afferma che il difetto di motivazione rende incontrollabile l’intelaiatura della sentenza impugnata, non può trascurarsi la profonda differenza che intercorre fra le ipotesi in cui il controllo sia impossibile perché il giudice “non ha detto” e le ipotesi in cui il controllo sia impossibile perché il giudice “non ha pensato”»).

⁹⁴⁴ Cfr. CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale del giudice di pace*, Torino, 2006, 24 (ove si ritiene che la “motivazione sommaria” ex art. 426 c.p.p. sia quella «sufficiente a giustificare il proscioglimento adottato, ma senza che sia richiesto un dettagliato e specifico esame di ogni questione proposta o proponibile»). A titolo esemplificativo, evidenziamo che di “enunciazione sommaria” (dell’oggetto delle indagini) si parla altresì della giustificazione dell’ordinanza che dispone la perizia ai sensi dell’art. 224 c.p.p.

⁹⁴⁵ Cfr. CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale*, cit., 24 (per i quali la “motivazione concisa” di cui all’art. 546 c.p.p. è una motivazione «sobria, ma nello stesso tempo chiara e completa»); RIGO F., *La sentenza dibattimentale*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, (diretto da) G. SPANGHER – A. MARANDOLA – G. GARUTI – L. KALB, II, (a cura di) A. MARANDOLA, Milano, 2015, 1489 («La “concisione” non deve essere intesa in senso quantitativo. È evidente, infatti, che l’estensione e il grado di approfondimento della motivazione non può che dipendere caso per caso dalla complessità della fattispecie processuale, dall’ampiezza dell’istruzione dibattimentale, dalla quantità degli elementi di prova dedotti dalle parti e dalle questioni, in fatto e in diritto, che il giudice è chiamato a

460, co. 1 lett. c), 544 e 546, co. 1 lett. e) c.p.p.), la “motivazione in forma abbreviata”⁹⁴⁶ (v. art. 32, co. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 [GdP]) ecc.

A ben vedere, tuttavia, queste aggettivazioni – al pari delle ‘tipologie’ motivazionali suesposte – si risolvono in caratterizzazioni formali del provvedimento che – salvo eccezioni⁹⁴⁷ – non tracciano alcun percorso logico da seguire a livello contenutistico-argomentativo.

Cosa significa “percorso logico da seguire a livello contenutistico-argomentativo”? Con tale espressione intendiamo riferirci a un percorso che impatta sull’argomentazione decisoria e, quindi, sul contenuto del provvedimento, poiché impone al giudice di valutare, prima, e di giustificare, poi, alcune problematiche giuridiche ineludibili, tipicamente ricorrenti nell’applicazione di quella data fattispecie. Tale ‘vincolo’, in ogni caso, non è un vincolo tale da condizionare certo l’esito del

risolvere. La concisione, dunque, deve essere intesa in un’accezione diversa, quale dovere etico-professionale di evitare apparati motivazionali che si disperdano in dotte argomentazioni in diritto. [...] L’aggettivo *de quo* va interpretato come equivalente di motivazione sobria e chiara, che non divaghi su temi irrilevanti e non indugi in discorsi privi di razionalità o in argomenti superflui o inutili»). Leggiamo nella *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 9 che «la concisione si coniuga necessariamente con la completezza della motivazione, con la sua fedeltà ai dati probatori, con la sua logicità. Requisiti tutti che formano un valore complessivo inestimabile: la stabilità della decisione. In altri termini, concisione, chiarezza, sinteticità, essenzialità, proporzionalità, adeguatezza costituiscono il DNA della motivazione dei provvedimenti del giudice del terzo millennio».

⁹⁴⁶ Cfr. CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale*, cit., 26 (secondo cui prevedere la redazione “in forma abbreviata” della motivazione della sentenza del giudice di pace «non significa ammettere che taluni punti della materia del giudizio possano mancare di argomentazione. Anche il giudice onorario deve esaurire la *regiudicanda* in funzione della sua complessità, valutando la situazione di fatto e di diritto, da un lato e, dall’altro, la situazione precettiva e la situazione dispositiva, dando altresì conto della correlazione con la difesa espletata. Pertanto, anche se non si esige, per la sua completezza, un distinto e particolare esame di ogni punto, dall’insieme della motivazione dov[anno] risultare desumibil[i] il giudizio e l’argomento logico posto a suo fondamento. L’aggettivo utilizzato in tema di sentenza del giudice di pace appare indicare un elemento più quantitativo che qualitativo»). Analogamente, NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell’atto motivazione*, cit., 347-348.

⁹⁴⁷ L’art. 292, co. 2 lett. c-bis) c.p.p., ad esempio, non soltanto delinea l’assetto formale del provvedimento, ma impone al giudicante un vincolo sostanziale di giudizio e di giustificazione. Tra i requisiti della motivazione dell’ordinanza cautelare (c.d. “motivazione specifica”), il legislatore ha previsto un elemento che impatta anche sul contenuto argomentativo della decisione: il giudice che vuol disporre la custodia cautelare in carcere, ai sensi dell’art. 292, co. 2 lett. c-bis) c.p.p., deve infatti prima valutare e poi motivare in merito alle «concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all’art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure». Si tratta di un passaggio (valutativo e motivazionale) ineludibile, che costituisce una tappa (argomentativa) obbligata dell’accertamento giudiziale. In questo senso, la previsione legislativa rappresenta un vincolo di giudizio e di giustificazione: vincolo che certamente non invade il ‘giardino proibito’ della valutazione probatoria, in quanto il giudicante resta libero di concretizzare il proprio apprezzamento alla luce delle specificità della vicenda in esame. Semplicemente, si esprime un *quantum minimum* di motivazione, che rispecchia la necessità che – tra le altre valutazioni da compiere – ci si soffermi *anche e immancabilmente* su questo profilo argomentativo e se ne dia espressamente conto. Analogo discorso può svolgersi per la “motivazione *per relationem*”, la quale traccia il percorso che il decisore deve seguire allorché intenda giustificare il provvedimento (o, in sede di controllo, debba verificare la legittimità di una giustificazione compiuta) tramite il riferimento (*relatio*) ad altri atti. In questo caso, come abbiamo già avuto modo di dire, il giudice è vincolato ad affrontare *quantomeno* questi tre argomenti: i) congruità del rinvio e legittimità dell’atto richiamato; ii) effettività dell’apprensione cognitiva e dell’appropriamento, a fini giustificativi, dell’atto richiamato; iii) conoscenza o ostensibilità dell’atto richiamato, quando lo stesso non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare. Solo un riscontro positivo di questi punti consente di ritenere che si è legittimamente adoperata la motivazione *per relationem*.

giudizio, giacché non predefinisce in alcun modo l'apprezzamento che – caso per caso – dovrà essere compiuto dal giudice nel merito, alla luce delle peculiari circostanze della vicenda storica in esame.

Si pensi – e questa è una delle eccezioni di cui al precedente inciso (v. nt. 947) – all'art. 292, co. 2 lett. *c-bis*) c.p.p. In questo caso, si impone al giudicante un vincolo argomentativo-contenutistico, tanto di giudizio quanto di giustificazione. Si prevede infatti un obbligato passaggio valutativo-motivativo che incide anche sulla sostanza della decisione: il giudice che intenda disporre la custodia cautelare in carcere deve prima valutare e poi motivare in merito alle «concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure». Si tratta di una tappa argomentativa ineludibile, che costituisce uno step obbligato dell'accertamento che deve essere compiuto. In questo senso, l'art. 292, co. 2 lett. *c-bis*) c.p.p. rappresenta un vincolo di giudizio e di giustificazione. Un vincolo che certamente non invade il giardino proibito della valutazione probatoria, perché il decisore resta libero di concretizzare il proprio apprezzamento in base alle specificità dell'accadimento storico. Un vincolo che, semplicemente, individua – meglio: prescrive – un *quantum minimum* di motivazione e che esprime la seguente necessità: il convincimento del giudice, tra le altre valutazioni, deve soffermarsi *anche e immancabilmente* su questo determinato profilo argomentativo e di ciò deve darne espressamente conto nella parte motiva del provvedimento che adotta.

Riprendendo il discorso sui vari modelli di motivazione che abbiamo esemplificativamente esposto, possiamo dire – e questo vale, in generale, per qualunque modulo motivativo (anche per quei 'tipi' motivazionali che non abbiamo passato in rassegna⁹⁴⁸) – che tutti i «moduli, diversi ed elastici, adeguati alle differenti necessità giustificative»⁹⁴⁹, rispondono a un medesimo problema.

⁹⁴⁸ Non ci siamo soffermati, tra gli altri, sui 'tipi' di motivazione previsti dal codice di rito penale (v. artt. 292, 426, 429, 444, 546).

⁹⁴⁹ Riprendiamo le parole di TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 267 (il quale ritiene che sia «probabilmente impossibile delineare uno schema strutturalmente omogeneo e unitario del ragionamento del giudice, decisorio e giustificativo, che al contempo dia conto di tutti i momenti in cui il ragionamento stesso si articola. Invero, ogni modello omogeneo rischia di essere unilaterale, sicché l'omogeneità rimane fittizia, ed è conseguita a condizione di considerare inesistenti o non essenziali tutti gli aspetti con essa contrastanti. Viceversa, appare fondata la linea di tendenza che mette in evidenza l'eterogeneità delle operazioni in cui il ragionamento del giudice si articola» [208 e nt. 1]). Sull'adattabilità dei diversi modelli motivazionali alle differenti esigenze giustificative che si manifestano nell'ambito del procedimento, *ex multis*: BREGGIA L., *La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 18 (ove si parla di «modelli di atti e provvedimenti per specifiche tipologie di cause»); CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 151 («La motivazione è strutturalmente modulabile, tenuto conto della specificità e dell'importanza dei singoli provvedimenti e del contesto procedimentale in cui vengono adottati»); CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale*, cit., 29-30 («La struttura della motivazione è condizionata dalla maggiore o minore complessità della vicenda. [...] Il dettato costituzionale, inderogabile nel pretendere una qualche motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali, nulla dice circa le modulazioni che possono caratterizzare l'adempimento dell'obbligo. Queste emergono dalle norme del codice, concepite con riferimento

I molteplici tipi di ragionamento giustificativo⁹⁵⁰, cui corrispondono «tecniche decisorie e processuali [adattate] alla complessità delle *regiudicande*»⁹⁵¹, convergono inequivocabilmente su un punto: garantire un *minimum* di motivazione che, al di là della varie metodiche di riferimento, custodisca la tenuta della decisione e ne salvaguardi la legittimità.

La questione di fondo che permane si riassume nel quesito “quale e quanta motivazione”? Cioè, «fino a che punto deve spingersi il *redde rationem* del giudice per soddisfare il precetto costituzionale?»⁹⁵².

A tale domanda, in positivo, una risposta (per lo meno, una risposta definitiva) non può essere fornita. La variabilità delle fattispecie e l'irripetibilità degli avvenimenti umani oggetto di giudizio impediscono di elaborare uno schema «strutturalmente completo, nel cui ambito vengano ricompresi tutti i momenti essenziali del ragionamento giudiziale»⁹⁵³.

Quel che allora si può fare è ribaltare l'approccio e fornire una risposta in negativo: più esattamente, *a contrariis*. Occorre individuare un *quantum* di base motivazionale, una soglia minima inderogabile, un «contenuto minimo richiesto affinché una [pronuncia] possa dirsi motivata»⁹⁵⁴. Oltre agli aspetti formali, bisogna rintracciare profili contenutistico-argomentativi,

alla pluralità di fasi e di oggetti in relazione ai quali il giudice può trovarsi a dover decidere»); DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 10 («Le considerazioni sui contenuti della motivazione – e sui criteri logico-giuridici da seguire nella sua redazione – non possono non tenere conto della diversa tipologia dei provvedimenti adottati dal giudice nel corso del procedimento penale, atteso che lo stesso legislatore non delinea un modello unico di motivazione, al quale uniformarsi per qualunque decisione»); IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 309 («La motivazione è libera nei contenuti, non nella sua struttura. Questo però non implica che ogni provvedimento giurisdizionale deve avere la medesima struttura motivazionale. Come varia la struttura del giudizio (a seconda della natura, della fase e dei fini), così varia la struttura della motivazione. Anzi, dalla struttura legale della motivazione (es. art. 292, per le misure coercitive; art. 426, per la sentenza di non luogo a procedere; art. 429, per il decreto che dispone il giudizio; art. 546, per la sentenza; art. 444, per la sentenza di patteggiamento) è possibile risalire alla struttura legale del corrispondente giudizio (e quindi del suo oggetto e dei suoi limiti cognitivi). Motivazione e giudizio sono realtà correlate. E non potrebbe essere diversamente»); MENNA M., *La motivazione*, cit., 147 («Dopo l'esercizio dell'azione penale il potere decisorio e giustificativo in sede di introduzione o di pronuncia conclusiva dei riti differenziati si atteggia in modo differente a seconda del rapporto con gli accertamenti delibati e delle caratteristiche delle regole di giudizio incidenti sulla tipologia di ragionamento del giudice») e 176; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 123 e 141.

⁹⁵⁰ MENNA M., *La motivazione*, cit., 70: «Non è identico il tipo di ragionamento a cui è chiamato il giudice nell'emissione dei vari provvedimenti da motivare». L'esistenza di «finalità specifiche» e i particolari «presupposti dei singoli provvedimenti» finiscono per riflettersi in «altrettanti contenuti dell'apparato giustificativo» (109 e 111). Analogamente, DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 110 (per cui è «essenziale uno sviluppo argomentativo completo e autonomo, pur tenendo conto della necessità di adeguarlo alle peculiarità di ogni singolo provvedimento»).

⁹⁵¹ LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, 2019, 114.

⁹⁵² AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 445.

⁹⁵³ PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 141.

⁹⁵⁴ Riprendiamo le parole di FRASSINETTI A., *Il contenuto “minimo” per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 668 (espresse dall'Autore con riferimento agli interventi legislativi succedutisi

cioè sostanziali, che non possono mancare in quella tipologia di accertamento e nel relativo provvedimento. Elementi – per meglio dire, argomenti – che rappresentino passaggi essenziali del ragionare decisionale.

Come nella succitata ipotesi dell'ordinanza cautelare con la quale si intenda disporre la custodia cautelare in carcere. Ricontrati i requisiti legalmente prescritti per applicare la cautela (artt. 272 e ss. c.p.p.) e verificati i presupposti formali dell'atto (art. 292 c.p.p.), se si vuol ordinare la carcerazione non si può evitare di valutare (giudizio) e motivare (giustificazione), tra gli altri argomenti, quello consistente nell'apprezzamento delle «concrete e specifiche ragioni per le quali» altre misure, come ad esempio gli arresti domiciliari, risultino inidonee (art. 292, co. 2 lett. *c-bis*) c.p.p., da leggersi in combinato con l'art. 275, co. 3 e *3-bis*) c.p.p.).

Nel tentativo di «definire gli spazi e i limiti di un discorso argomentativo che deve essere convincente ed esaustivo, ma, nello stesso tempo, sintetico ed efficace»⁹⁵⁵, ci pare che soprattutto la giurisprudenza abbia da qualche tempo cominciato a battere proprio la via di una motivazione sempre più dettagliata e specifica in rapporto a determinati profili dell'accertamento.

Si mira, in particolare, all'«individuazione degli argomenti ritenuti decisivi per lo sviluppo espositivo della motivazione»⁹⁵⁶; e si persegue sempre più la «definizione dei presupposti argomentativi della decisione»⁹⁵⁷, con riferimento – beninteso – a quelle fattispecie che permettono di farlo.

nell'ultimo decennio in materia civile, volti a semplificare la fase decisoria «al fine di garantire una maggiore celerità del giudizio». Criticamente, su tali interventi, si esprime TARUFFO M., *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss.), il quale – in altra sede: TARUFFO M., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 410-416 – mette altresì in guardia dai rischi di un uso distortivo che può farsi del concetto di “minimo di motivazione”. In materia penale, osservano come esista già «un reticolo di disposizioni processuali [che] stabilisce il *quantum* del discorso giustificativo in profondità e in estensione (*macrostruttura*) [e che] delinea lo *standard* tipico della motivazione con riguardo a una decisione assunta su un singolo tema (*microstruttura*)» LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 83 (riferendosi agli artt. 192, co. 1 – 546, co. 1 lett. *e* – 606, co. 1 lett. *e* c.p.p.). A nostro parere, quel che è opportuno – vorremmo: dire ‘necessario’ – fare è specificare, affinare e dettagliare tale *quantum* motivazionale. In che modo? Tramite l'individuazione di questioni giuridiche, cioè di argomenti giuridici concernenti profili salienti della fattispecie in esame, da affrontare alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente. Così facendo, si arricchisce il *quantum* di motivazione, introducendovi passaggi ineludibili del ragionamento valutativo e altresì giustificativo aventi a oggetto tematiche imprescindibili per quel determinato tipo di accertamento).

⁹⁵⁵ DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 104 (il quale, riferendosi in particolare alla “forma abbreviata” della motivazione ex art. 32, co. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, scrive ancora che «nessuna motivazione, anche se riassuntiva, può mai privare le parti del diritto di conoscere le ragioni per le quali i fatti prospettati non sono stati, dal giudice, ritenuti attendibili, poiché è questa regola a dare la misura, in concreto, della garanzia che necessariamente deve afferire al processo penale [105]).

⁹⁵⁶ DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 109, per il quale in ogni caso (e diversamente da quanto sta avvenendo a livello prasseologico) è – o meglio: dovrebbe essere (tenuto conto della realtà dei fatti) – «pur sempre la legge a dover orientare queste scelte».

⁹⁵⁷ SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 700, per il quale «occorre individuare quali siano i presupposti e i dati su cui deve esercitarsi [il] discorso giustificativo».

In questa prospettiva, si sono elaborati «modelli di atti e provvedimenti per specifiche tipologie di cause»⁹⁵⁸; e tra questi moduli trova a nostro parere collocazione anche quel format motivazionale che approfondiremo *infra* (§ III): la “motivazione rafforzata”.

È un’evoluzione storica progressiva.

Se l’assenza di una giustificazione razionale del *decisum* ha per molto – moltissimo – tempo rappresentato la regola nel mondo del diritto, nell’attuale contesto storico-giuridico è divenuta l’eccezione⁹⁵⁹. Oggi, «la motivazione è una “componente strutturale necessaria” dei provvedimenti del giudice e costituisce una conquista della nostra civiltà»⁹⁶⁰, tant’è che ormai anche «l’homme de la rue sait au fond de lui-même que s’il gagne ou perd un procès le tribunal est tenu de lui dire pourquoi»⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ BREGGIA L., *La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali*, cit., 18.

⁹⁵⁹ Per completezza, evidenziamo che non sono mancate – anche in tempi non troppo lontani – proposte tese ad abbandonare l’obbligo di motivazione. Tuttavia, con la forza tipica delle conquiste di civiltà (non soltanto giuridica), le quali – una volta che si sono affermate – tendono a stabilizzarsi al di là delle loro fisiologiche espansioni e regressioni, il principio *de quo* ha resistito agli attacchi che gli son stati mossi. In particolare, una delle ragioni per cui viene solitamente messo in discussione l’obbligo motivativo è l’opinabilità argomentativa (specie, in diritto) della decisione in sede di giustificazione (v. MENEGHELLO B., *Una proposta concreta per la giustizia. Abolire la motivazione delle sentenze* (1969), in www.dirittopenaleeuomo.org, 22 gennaio 2020, 6: «Una motivazione si fa sempre presto a trovarla»). Com’è stato scritto, infatti, «se la consapevolezza circa l’opinabilità della decisione del giudice rende ancor più irrefutabile l’esigenza di una sua compiuta giustificazione, è anche vero che proprio la natura incerta di tale conoscenza sembra deporre per l’inutilità del ricorso alla motivazione della decisione, giacché la correttezza di quest’ultima non sarebbe in alcun modo dimostrabile proprio in virtù della ineliminabile discutibilità delle sue premesse argomentative. È proprio in ragione della considerazione esposta nel testo che per un certo periodo hanno trovato ascolto tesi intese a negare ogni rilievo alla motivazione del provvedimento giudiziale, ritenendo irrilevante la giustificazione di una decisione presa dal giudice in virtù di un atto di intuizione trascendente, di una mera reazione psicologica a stimoli indeterminati» (SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 700). Su questo crinale si appunta anche la posizione critica di MENEGHELLO B., *Una proposta concreta per la giustizia. Abolire la motivazione delle sentenze*, cit., 11, il quale sottolinea il peso – *recte*: lo “spreco” – temporale del dover *reddere rationem* sulla complessiva amministrazione della giustizia (5). Secondo Meneghello, invero, se «si ammette che non vi sono ‘vie regie’ per la giustizia, cioè che la motivazione non consiste normalmente in un processo logico-deduttivo, ma che possono coesistere nello stesso caso diversi procedimenti mentali ugualmente validi e rispettabili, allora si deve riconoscere la superfluità della motivazione» (13) e ammettere peraltro che la sua abolizione non inciderebbe negativamente sulla bontà della decisione assunta (4). Eppure tuttavia, lo stesso Meneghello – a ben vedere – non intende eliminare l’obbligo di motivazione, ma si propone piuttosto di rimodularlo contenutisticamente (v. 13-14). Non a caso, infatti, all’esordio del contributo egli confessa di «cerca[re] di mostrare l’inutilità e addirittura gli svantaggi della motivazione, almeno nella sua struttura tradizionale» (2 – corsivo nostro).

⁹⁶⁰ TONINI P., *Manuale*, cit., 762. Analogamente, SAUVEL T., *Essai sur la notion de précédent*, in *Cronique XVIII*, 1955, 93: «La règle du jugement motivé est de nos jours une des bases essentielles de la vie publique ». Sul punto, cfr. anche KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, 43-44.

⁹⁶¹ SAUVEL T., *Historie de jugement motivé*, in *Revue de droit publique et de science politique en France et à l’étranger*, 1955, 5, ove è altresì possibile percepire il nesso esistente tra obbligo di motivazione e principio di legalità (cui abbiamo fatto cenno a più riprese nel corso del nostro lavoro): « Sans avoir besoin de lire aucune de nos lois, l’homme de la rue sait au fond de lui-même que s’il gagne ou perd un procès le tribunal est tenu de lui dire pourquoi, et qu’il est tenu aussi de lui dire en vertu de quelle règle, loi ou règlement, il se prononce de la sorte. On ne peut appliquer une règle sans avoir affirmé qu’elle existe. C’est là une notion qui a si bien pénétré en nous que nous croyons de posséder d’instinct, et nous sommes portés à croire qu’elle a existé de tous temps. Elle est valable en toutes matières, au

In tale prospettiva, sebbene «l'obligation de motiver est relativement récente»⁹⁶² (per lo meno in quei tratti che odiernamente consideriamo caratteri tipici del *reddere rationem*: es. suddivisione in motivazione e dispositivo; bipartizione in motivi di fatto e di diritto; riferimento alle ragioni contrarie; ecc.), può riconoscersi che molto è stato fatto e tuttora si sta facendo per affinarlo e renderlo mano a mano sempre più puntuale.

La storia – sicuramente, la storia recente – dell'obbligo di motivazione manifesta una direzione chiara.

L'orientamento perseguito – nonostante fisiologiche battute d'arresto, alcune proposte di segno contrario e qualche ripensamento – è quello di un continuo perfezionamento analitico delle modalità di giustificazione dell'atto, nonché – di riflesso – del modo in cui si giudica (e quindi, in senso più lato, del modo in cui si amministra la giustizia)⁹⁶³.

C'è un interesse che si va specificando intorno al contenuto motivazionale del provvedimento e questa maggiorata attenzione analitica altresì per gli aspetti sostanziali della decisione si rintraccia, ad esempio, allorquando si richiede che «sia indicato anche il *contenuto*» degli elementi di prova che si utilizzano, non potendosi accontentare che si «afferma genericamente di aver utilizzato le prove assunte nel processo» o ci si limiti semplicemente a elencarle⁹⁶⁴. Agli esordi non si motivava affatto, ma si decideva senza esprimere le ragioni; successivamente, è comparso l'onere di addurre motivi razionali a sostegno della decisione e, a poco a poco, i motivi decisori si sono estesi sia sul versante formale che su quello sostanziale⁹⁶⁵. Si è passati dalla mera indicazione dei dati probatori alla spiegazione argomentata del ragionamento che, a partire da tali dati, si è effettuato per applicare la legge al caso di specie. Lungo questo itinerario, ci si è accorti che «la giustificazione giudiziale è

civil comme au criminel, et devant les tribunaux judiciaires aussi bien que devant les juridictions administratives. Elle est un de ces grands principes dont on dit volontiers qu'ils 'dominent' le droit ».

⁹⁶² PERELMAN C., *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 416. In senso analogo, CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 261 («L'obbligo di motivazione delle sentenze imposto per legge è solo un fatto storico e piuttosto recente». [...] La necessità di motivare e ragionare nel diritto ha radici più essenziali e profonde di quelle che possono emergere dalla contingenza dei fatti storici, radici che non la storia ma una riflessione filosofica potrebbero meglio rivelare. Questa verità più profonda è che il diritto nasce come trasformazione della forza fisica in forza argomentativa»).

⁹⁶³ Sulla distinzione tra “giudizio” (decisione o conclusione) e “giustificazione” (motivazione) valgano, qui e altrove nel testo, le parole di COMANDUCCI P., *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 217: «Se configuriamo la motivazione come giustificazione e la decisione come conclusione, non sembra particolarmente problematico distinguere tra decisione e motivazione. La motivazione è costituita dagli argomenti addotti in favore della decisione: con i tradizionali strumenti semantici e pragmatici che sono in dotazione a qualunque parlante la lingua nativa, risulta di solito agevole discernere, in ciascun contesto discorsivo, tra motivazione e decisione».

⁹⁶⁴ TONINI P., *Manuale*, cit., 762-763.

⁹⁶⁵ Si allinea a queste considerazioni il rilievo di chi constata, ad esempio, che «nella disciplina del codice di rito [penale] del 1930 l'obbligo motivazionale si presentava meno dettagliato» di com'è adesso (PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 133. Analogamente, MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 4).

costituita, nel suo complesso, dalla giustificazione [della] conclusione finale, ma vi sono numerose *conclusioni intermedie* nella procedura di giustificazione giudiziale, costituite sia da enunciati fattuali sia da enunciati valutativi e prescrittivi»⁹⁶⁶. E si è pertanto preso ad analizzare sempre più a fondo tali tappe o “decisioni intermedie”. Con un approccio particolaristico, si è andati e si va attualmente scomponendo nell’intimo il giudizio e la sua giustificazione. In questa dinamica, la tendenza corrente ci sembra quella volta ad «approfondire una metodologia della motivazione che individui alcuni canoni da seguire in relazione alle diverse questioni che si affrontano, o comunque si possono affrontare, in una sentenza»⁹⁶⁷.

A quest’ultima tendenza appartiene la “motivazione rafforzata”, istituto di cui tratteremo nel paragrafo III del presente capitolo, dopo aver richiamato – per cenni – i principali eventi storici che attestino la bontà di quanto si è appena affermato circa il progressivo orientamento verso il perfezionamento, anche in materia di motivazione.

II. LA TENDENZA ATTUALE: MOTIVARE SEMPRE PIÙ SPECIFICAMENTE

Dalla pluralità di moduli giustificativi (e, di riflesso, decisori) esistenti è possibile ricavare quella che riteniamo essere una conferma dell’incline aderenza delle forme giuridiche a una delle tendenze dell’attuale tempo storico: la tendenza alla specificazione, alla miniaturizzazione, al dettaglio⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ COMANDUCCI P., *La motivazione in fatto*, cit., 217, il quale prosegue affermando che «tali decisioni intermedie hanno, ciascuna, una decisione che può essere raffigurata come parte della giustificazione complessiva della conclusione finale del giudice».

⁹⁶⁷ MARINARI M., *La motivazione della sentenza ed il confronto con la giurisprudenza inglese tra requisiti sostanziali e struttura formare*, in *Corr. giur.*, 2006, 1168, secondo cui sarebbe peraltro opportuno dotarsi «non solo di una metodologia, ma anche di una struttura ideale, ovviamente non vincolante, che gioverebbe molto a un *perfezionamento dell’istituto*».

⁹⁶⁸ Scrive PASSAROTTI M., *Non esistono lingue geniali: geniali sono i loro Autori*, in *Corriere della sera*, 23 dicembre 2018 (corsivo nostro) che «uno dei tratti caratterizzanti la ricerca del XX° secolo è stata la *miniaturizzazione* del livello di analisi. Si pensi alla fisica, alla biologia, o alla chimica: nuovi strumenti, come il microscopio, consentono di entrare per la prima volta nell’intimo degli oggetti da indagare. [...] In ambito umanistico e specialmente linguistico, filologico e letterario, questo significa usare metodi e strumenti per gestire e maneggiare i dati testuali a un livello sia quantitativo che qualitativo impossibile prima dell’avvento del computer» (su quest’ultimo profilo, v. – anche storicamente – HARARI Y. N., *Homo Deus. Breve storia del futuro*, (trad. it.) M. PIANI, Milano, 2017, 559-604 [il quale profila una vera e propria «religione dei dati», nell’ambito di quella che possiamo definire – con DE KERKHOVE D., *Il futuro della memoria*, Roma, 2018, 27 – una “datacrazia”]; nonché – in particolare, sull’«esorbitanza dei dati»... in grado persino di “parlare da soli” rispecchiando di per sé la realtà, in forza del loro numero – ANDERSON C., *The End of Theory: the Data Deluge makes the Scientific Method obsolete*, in www.wired.com, 23 giugno 2008). Entro questa “tendenza al dettaglio”, cioè alla specificazione sempre più accurata, è a nostro parere possibile inserire – come fenomeno, tra gli altri fenomeni, emergente – la comparsa del format (logico-argomentativo) di giudizio e di giustificazione che analizzeremo *infra*: la motivazione rafforzata, ovvero sia un modulo decisorio (prima) e giustificativo (poi) caratterizzato dal fatto di specificarsi in tappe obbligate concernenti profili essenziali della fattispecie, costituite da argomenti da declinare concretamente alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente.

Il progressivo arricchimento – specie contenutistico – delle modalità di giustificazione del provvedimento testimonia un movimento orientato verso la trattazione sempre più particolareggiata (altresi) delle cose del diritto. Si ha un deciso incremento dell’articolazione e della specializzazione (pure) dello strumentario giuridico.

A tal proposito, già solo la messe di previsioni legislative e di elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali esistente in tema di motivazione può considerarsi eloquente. A una simile pervasività dell’onere motivazionale, infatti, corrisponde gioco-forza una maggiore analiticità delle ragioni giustificatorie, dato che quest’ultime sono chiamate ad adattarsi alle specificità settoriali di questa o dell’altra fattispecie o disciplina di settore. E si tratta di un rapportarsi (cioè, di un adattarsi) alle peculiarità delle singole fattispecie che è qualitativamente diverso rispetto a quello di ieri. Mentre prima – tralasciato il periodo in cui si decideva senza motivare – si doveva sì giustificare la concretizzazione della fattispecie ma si poteva farlo in termini vaghi e generalisti, oggi – soprattutto, in certi casi – la decisione deve essere motivata con un’argomentazione serrata e assai circostanziata⁹⁶⁹. Questo determina, di risulta, anche un (r)affinamento del modo di valutare da parte di chi decide, dal momento che *la valutazione trova un orientamento sempre più particolareggiato nell’onere della sua razionalizzazione*.

Sullo sfondo del perfezionamento dell’atto motivativo⁹⁷⁰, per quanto qui d’interesse, viene a stagliarsi un’ulteriore forma di precisazione delle cadenze contenutistico-argomentative del provvedimento decisorio. Si tratta di quell’obbligo motivazionale, che abbiamo a più riprese rammentato (e che sarà finalmente oggetto di approfondimento nei successivi § III e cap. IV), secondo cui *alcuni* – si badi: *alcuni, non tutti i* – momenti valutativi e giustificativi dell’attività giudiziale sono tenuti a declinarsi in tappe obbligate: tappe costituite da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente, concernenti profili argomentativi essenziali dell’accertamento giuridico, sui quali è imprescindibile che ci si soffermi, al fine di applicare correttamente la fattispecie in esame.

“Motivare sempre più specificamente”, dunque⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ Ci riferiamo alla fisiologia dell’obbligo di motivazione, non alla sua patologia. Dal punto di vista patologico, d’altra parte, ancor oggi è possibile leggere motivazioni vaghe e generaliste anche laddove il legislatore richiede giustificazioni particolarmente dettagliate (si pensi, ad esempio, alla parte motiva di alcune “sgangherate” ordinanze cautelari).

⁹⁷⁰ Il concetto di “atto motivativo”, per come qui lo intendiamo, ricomprende sia il profilo strettamente giustificativo del provvedimento (*i.e.* la motivazione) sia il momento valutativo a esso preordinato (*i.e.* il giudizio). Come si è detto, il rapporto tra giustificazione e valutazione è – di regola – un rapporto circolare. La giustificazione influenza la valutazione, imponendo a quest’ultima limiti di razionalità, in vista della sua motivabilità. Al contempo, la valutazione si ripercuote sulla giustificazione essendo, di questa, l’essenza stessa: giacché la motivazione altro non è – o dovrebbe essere – l’espressione razionale dell’attività (logico-)valutativa compiuta dal giudice per decidere.

⁹⁷¹ In un’ottica comparatistica, segnaliamo che l’obbligo di motivazione si specifica e si arricchisce anche in Francia, ove si parla di «*motivation en forme développée*» o di «*motivation enrichie*». Con tali espressioni si richiama un concetto che corrisponde (sebbene non esaurisca) il nostro concetto di “motivazione rafforzata”. Sul recente evolversi

dell'onere motivazionale nel sistema francese: CALZOLAIO E., *La Corte di cassazione francese abbandona gli attendus que: verso un nuovo "stile delle sentenze"?*, in *Foro it.*, 2019, V, 315 ss. («A partire dal 1° ottobre 2019 sarà abbandonata la "frase unica", le decisioni saranno strutturate in modo diverso, in alcuni casi sarà prevista una motivazione rafforzata. [...] Una prima novità investe tutte le sentenze, che perderanno la caratteristica struttura a frase unica introdotta dagli *attendus que*, in favore di uno stile più diretto. Ogni paragrafo sarà numerato e avrà una specifica titolazione. La sentenza sarà articolata in tre parti: fatto e processo, esame dei motivi di ricorso, dispositivo. Una seconda novità consiste nella previsione di una motivazione rafforzata (*motivation en forme développée*) in tutta una serie di ipotesi in cui la Corte affronta questioni di maggiore importanza. In particolare, la motivazione rafforzata sarà adottata per le sentenze in cui la Corte muta un precedente orientamento (*revirement de jurisprudence*), oppure decide su una questione di principio o di rilevante interesse per lo sviluppo del diritto, o applica per la prima volta una nuova disposizione normativa, o dirime un contrasto di giurisprudenza, o affronta una questione avente a oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona, o, infine, decide su una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Ue o di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In sostanza, ci si avvia verso un modello articolato in due tipologie di sentenze: in via ordinaria, tutte le decisioni si conformeranno a criteri di redazione uniformi e in grado di assicurare una maggiore leggibilità, pur conservando sostanzialmente i tratti distintivi dello stile asciutto e impersonale da sempre adottato; in via straordinaria, alcune sentenze avranno una "*motivation en forme développée*", con uno stile più disteso, che consentirà di *dettagliare il percorso argomentativo* seguito nella decisione dei casi di rilevante interesse. [...] Secondo le intenzioni della Corte, tutto ciò dovrebbe permettere un "*accès au droit plus précis et plus informé*", assicurare una maggiore certezza e prevedibilità del diritto e facilitare la diffusione internazionale della giurisprudenza francese» [315, 318 e 319]); CAPASSO V., *La motivation arricchie: controtendenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 539-540 («Le stesse modifiche formali proposte dalla *Commission de réflexion* paiono suscettibili di avere riflessi sulla qualità della motivazione; in particolare, ove si pensi alla struttura, finora adottata dalla Corte, della *phrase unique* – in cui una o più premesse maggiori (ciascuna costruita secondo lo schema: "Atteso che [la tal disposizione] prevede che..."), seguita dalla premessa minore ("Atteso che la Corte d'appello, [nell'agire in un certo modo] ha violato/non ha violato la disposizione di cui sopra"), sfociano direttamente nel dispositivo –, appare lampante che l'abbandono della stessa, in favore di uno schema quadripartito condurrebbe già, e di per sé, a esplicitare le ragioni sottostanti la decisione. Non pare, quindi, un caso che uno studio, condotto dal *Service de documentation, des études et du rapport (SDER)* presso la *Cour de cassation* su 59 sentenze, rese con motivazione approfondita, nel periodo compreso tra il primo gennaio 2015 e il 31 marzo 2017, al fine di estrapolare dalla stessa prassi alcuni dei possibili *types d'enrichissements* della motivazione, menzioni tra questi ultimi: i) l'utilizzo di uno stile diretto; ii) un più corposo riferimento alle decisioni dei gradi precedenti; iii) l'adozione di uno schema che dedichi un paragrafo specifico alla motivazione; iv) l'arricchimento di una o più *tappe* del sillogismo (tutti elementi che, allo stato, non trovano e non possono trovare spazio nel modello degli "*Attendu que*", se non al prezzo di un appesantimento tale da rendere verosimilmente incomprensibile l'intero testo)»); *Dossier de presse – Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change*, 5 aprile 2019; DUFOUR O., *Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation*, in *Gazette du Palais*, 9 aprile 2019; *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 5 giugno 2019, in part. 8 (« 1.3 Style –1.3.1 Style direct et abandon de la "phrase unique". Quelle que soit la nature de la décision (arrêt, ordonnance ...), elle doit être rédigée en style direct (abandon de la phrase unique et des paragraphes introduits par "attendu"). La formule alternative, souple, consistant – comme le font les juridictions administratives – à introduire les développements de l'arrêt par la locution "considérant ce qui suit: ..." n'est pas retenue, les titres introduisant chacune des parties du plan-type assurant des transitions suffisantes »); MOLFESSIS N., *La fin d'un monde*, in *La semaine juridique*, 2019, 447 ss.; *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, dicembre 2018 (« Les développements enrichis de l'arrêt doivent rendre compte fidèlement des motifs délibérés et adoptés par la formation de jugement. On doit avoir conscience de ce que l'extension de la motivation rend cet exercice plus exigeant et plus délicat. Il n'est d'ailleurs pas à exclure que le recours à une motivation en forme développée réclame un renouvellement des techniques de délibéré, en particulier de rédaction des projets d'arrêts » [7]); PIREYRE B., *L'arbre qui cachait la forêt*, in *La Semaine Juridique*, 2019, 25, 1178 ss. (« La Cour de cassation, en toutes ses chambres, a, dès décembre 2015, commencé à pourvoir ses arrêts les plus importants d'une *motivation enrichie*. La finalité poursuivie est, en chaque occurrence, de parvenir à un arrêt qui, même complexe, doit se suffire à lui-même, de mieux armer sa *force persuasive*, de faire avantage apparaître les raisons qui ont déterminé une solution » [1178]).

È questa una delle direzioni della storia recente del diritto⁹⁷². Ed è in questa direzione che, tra le varie letture possibili (che – come per ogni accadimento – possono offrirsi di un fenomeno storico⁹⁷³) intendiamo leggere l'affermarsi dell'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziali.

Con uno sguardo panoramico, si può in una battuta compendiare l'intero 'percorso evolutivo' avvenuto in materia: si è passati dalla *Prammatica ferdinanda* ai protocolli.

Si è passati dall'affermazione del principio – meglio: dalla sua affermazione in modo definitivo, una volta per tutte⁹⁷⁴ – alla sua graduale estensione applicativa; e ci si è poi mossi – in realtà, ci si sta ancora attualmente muovendo – verso la sua particolarizzazione, verso una sua strutturazione sempre più analitica⁹⁷⁵.

Possiamo riscontrare quanto ora detto, osservando a volo d'uccello alcuni degli «appunti» che (in generale) intorno alla motivazione e (in particolare) «per la storia della motivazione nel processo penale»⁹⁷⁶ sono stati presi dalla dottrina⁹⁷⁷.

⁹⁷² A livello di metodologia espositiva, preme evidenziare che l'«accenno alla storia» che tratteggeremo nelle prossime pagine è ben consapevole delle critiche sollevate da Thomas Samuel Kuhn (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009, 166-174; ma v. [già] BACONE F., *Novum Organum* (1629), (a cura di) M. MARCHETTO, *Nuovo Organo*, Milano, 1998, 53) circa la generale «distorzione» che gli scienziati (*lato sensu* intesi: quindi anche gli scienziati del diritto, i giuristi) pongono in essere, allorché pretendono di «vedere lo sviluppo passato della propria disciplina come un progresso lineare verso il suo stato presente» e, in tal modo, finiscono per «scrivere la storia all'indietro» (168). Dal canto nostro, non intendiamo «far apparire la storia della scienza [giuridica] come un processo [necessariamente] lineare o cumulativo» (169) che conduce al paradigma (della motivazione rafforzata) che qui esponiamo. In termini molto più semplicistici – e lo riconosciamo/confessiamo apertamente – miriamo a offrire una chiave di lettura possibile, fra le molte che si danno, ai fini della «ricostruzione della storia» (170) di un fenomeno che di fatto esiste nella realtà delle cose. È dalla realtà delle cose, invero, che – come diremo (§ III) – si estrapola il paradigma della motivazione rafforzata. Pertanto, quello che intendiamo fare non è dimostrare l'esistenza del fenomeno (poiché lo stesso si dimostra da sé, manifestandosi nell'esistente), ma di *capirlo*. Quel che ci proponiamo di fare è insomma di applicare a tale fenomeno un'etichetta teorica e offrirne una ricostruzione utile ai fini di una sua migliore comprensione e applicazione.

⁹⁷³ Cfr. HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPA, Bari-Roma, 2013, 10: «Dai processi storici la filosofia della storia può ricavare solo quel *quantum* di ragione ch'essa vi ha preventivamente inserito tramite concetti teleologici».

⁹⁷⁴ Posto che la necessità di motivare la decisione già era emersa nel corso della storia, ove era stata affermata espressamente oppure indirettamente presupposta (quale *prius* – quantomeno logico – per all'applicazione di altri istituti). In ogni caso, la stabilizzazione dell'onere motivazionale non può essere fatta risalire a un periodo anteriore alla seconda metà del XVIII° secolo.

⁹⁷⁵ Cfr. SAUVEL T., *Histoire du jugement motivé*, cit., 53: « Elle [la justice moderne] doit être, non seulement motivée, mais 'suffisamment motivée', et je ne prétends pas exposer ici toutes les exigences que, dans l'état présent de notre droit, cette formule laisse entendre ».

⁹⁷⁶ Richiamiamo il titolo dello scritto di PISANI M., *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1970, 317 ss. La voce dell'Autore si unisce a quelle voci che riconoscono nell'obbligo di motivazione «soprattutto il necessario punto d'attacco e di riferimento contro possibili lassismi o arbitri, per il legislatore e per il potere giudiziario» (321).

⁹⁷⁷ Per quanto concerne i profili storici dell'obbligo di motivazione del provvedimento giudiziale, gli studi compiuti dalla dottrina francese rappresentano – a nostro parere – un punto di riferimento imprescindibile per approcciarsi alla tematica *de qua*.

Si è condivisibilmente sostenuto che l'obbligo di *reddere rationem* ha "radici remote"⁹⁷⁸. È questo un pensiero la cui veridicità appare banale e scontata, ma che tuttavia cela dietro di sé le insidie legate all'umana abitudine. Invero, siamo talmente abituati al fatto che le decisioni vengano motivate, che motivare ci risulta un'esigenza così «forte» da rendere difficile anche solo immaginare che ci siano stati periodi in cui i giudici abbiano potuto decidere senza fornire alcuna spiegazione delle loro scelte, a quel tempo parvendo il silenzio la miglior forma di giustificazione⁹⁷⁹.

Eppure, «ha una lunga storia l'ermetismo togato»⁹⁸⁰ e l'obbligo di motivazione si è imposto come « principe [que] ne sera plus contesté »⁹⁸¹ solamente a partire dal XIX° secolo⁹⁸², in buona sostanza dopo la Rivoluzione francese⁹⁸³.

⁹⁷⁸ In tal senso, ad esempio, si esprime NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 331.

⁹⁷⁹ In termini, TEXIER P., *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences*, in AA.VV., *La motivation*, III, Paris, 2000, 6. Al riguardo, *ex multis*: EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza*, cit., 154; GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18^e siècle*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 37-38 e 52, nonché 59 (« Encore convient-il d'expliquer ce qui peut paraître au juriste contemporain comme une anomalie: pour lui, un jugement doit être motivé; il y va d'un des principes fondamentaux de notre droit judiciaire. Pourquoi ce principe a-t-il été longtemps ignoré? [...] L'une des raisons fondamentales de l'absence de motivation est le statut privilégié des juges, considérés comme voix qualifiées de la coutume ou représentants du souverain, source de toute justice. [...] Il vaut mieux faire apparaître le moins possible la motivation réelle de la décision, pour ne pas inciter les justiciables à relever les contradictions pouvant exister entre deux décisions traitant du même problème, pour éviter de voir une sentence rendue en équité contrairement au droit strict, faire jurisprudence. [...] N'oublions pas, enfin, qu'il est plus facile de ne pas motiver une décision... »); MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 2 («L'idea di una decisione non giustificata è per la coscienza moderna un'idea ripugnante: nessuno può [più] arrogarsi il diritto di scegliere – condanna, assoluzione, provvedimento restrittivo della libertà personale ecc. – senza spiegarne il perché oppure facendolo sommariamente [salvo intenda discostarsi, con tutte le conseguenze che poi ne discendono, dal sentire comune e altresì, soprattutto, dalla legge (costituzionale e ordinaria)]»).

⁹⁸⁰ CORDERO F., *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 26. Con il proprio proverbiale e inarrivabile stile, l'Autore sintetizza così la tematica: «Ha una lunga storia l'ermetismo togato: apparsi negli "Olim" duecenteschi ("iudicatum est quo... quia..."), i motivi spariscono nel secolo seguente; "cavere etiam habet reportator quod in conclusione arresti non ponat aliquam causam", avverte un anonimo addetto al *Parlement de Paris*, informatissimo sull'uso curialesco, nello "style de la chambre des enquêtes"; bastano i nomi delle parti e clausole vuote quali "facta inquesta" o "auditis partibus"; "nec debet reportator ponere ista verba, videlicet 'quia probatum est hoc vel hoc'" (SAUVEL T., *Histoire du jugement motivé*, cit., 11 e 20 ss.). Anche i dottori italiani raccomandano reticenze: mai "exprimere causam", essendo "nulla ipso iure" una decisione affetta da premesse storiche o giuridiche sbagliate. Giustizia occulta, giudici onnipotenti. Nel tardo XIII° secolo Jacques d'Ableiges nota come gli atti del Parlamento, da poco radicato a Parigi, cadano nel *vacuum* normativo: non lo vincolano regole codificate né costumi; avendo scelto in un senso, quando voglia, punta sull'opposto, quale "*cour capitale du royaume*"; condivide le prerogative regie e "*le roi est empereur en son royaume*". Agli Stati Generali, Orléans 1560, il re oppone una *fin de non recevoir* ai nobles de sang, quando, in polemica con i gens de robe, chiedono giudizi motivati ("*contentant les points péremptoires de la décision des causes, soit par titre, témoins ou confessions des parties, articles de coutumes et lois...*"): "*il ne se pouvait rien ordonner sur cet article*"; materie simili cadono fuori dalle norme positive; "*il fallait les laisser à la religion des juges*" (SAUVEL T., *Histoire de jugement motivé*, cit., 24 e 28). "*Causa expressa*" nelle sentenze milanesi *de peste manufacta*, [...] ma può darsi che siano eccezioni imposte dall'evento clamoroso. [...] Alla routine basta una formula stereotipa, "*pour le cas résultant du procès*": consta che il tale sia condannato alla tal pena; nemmeno una sillaba sul fatto né sul *nomen delicti*. [...] I magistrati difendono strenuamente "*les mystères de la jurisprudence*", come li chiama Henri-François d'Aguessau (*Oeuvres*, Parigi, 1759, I, 267). [...] I Messieurs protestano, sopraffatti dal solito *lit de*

justice. È avvenuto anche a Napoli, 14 anni prima: Bernardo Tanucci aveva indotto Ferdinando a un *coup de foudre* sul parassitismo togato; l'editto 23 settembre 1774, infatti, esige sentenze motivate, ma, rimasto lettera morta, viene revocato nel 1791. Alla rivoluzione ripugna l'esoterismo curialesco: l'art. 15, tit. 15, l. 16-24 agosto 1790 decompone le decisioni in quattro membri, collocando nel terzo "*le résultant des fait reconnus*", dalle parti, "*ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le jugement*", ossia gli argomenti *in iure*, qualora manchi un "*texte de la loi*"; "*les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée*", ripete l'art. 208 *Constitution* 5 frimaio, anno III. Diventa uno stereotipo "*jugement motivé*". Art. 163 *code d'instruction criminelle*: davanti ai *tribunaux de police*, "*tout jugement définitif de condamnation sera motivé, et les termes de la loi appliquée y seront insérés à peine de nullité*". Molto dipende da cosa significhi quel participio passato; la *Cour de cassation* lo coniuga nel senso più debole: "*il fut jugé, le 14 août 1829, qu'il n'est pas exigé, sous peine de nullité, quel es jugements de police contiennent l'énoncé sommaire du point de fait, comme doivent le faire les jugements rendus en matière civile*", l'art. 141 del relativo codice non essendo applicabile. Art. 195: davanti ai *tribunaux correctionnels*, "*dans le dispositif... de condamnation seront énoncés les faits dont les personnes citées seront jugées coupables ou responsables...*"; il secondo comma impone una lettura pubblica del "*texte de la loi dont on fera l'application*", trascritto nel verbale "*sous peine de cinquante francs d'amende contre le greffier*". Dunque, "*jugement motivé*" significa "*causa expressa*", apoditticamente, su fatto e diritto: "*si l'on s'écartait une fois de ce principe, sauvegarde de l'honneur, de la vie et de la liberté des citoyens*", declama un commento, "*on retomberait dans cette dangereuse formule de prononcer des anciens tribunaux, 'pour les cas résultant du procès', qui à été proscrite par la sagesse de nos lois nouvelles, et qu'il n'a certainement pas été dans l'esprit du code d'instruction criminelle de reproduire*". Garantismo a buon mercato: "*les arrêts... doivent être motivés sous peine de nullité*", insegna la *Cour de cassation*, "*mais qu'ils l'eussent été bien ou mail, pourvu qu'ils l'eussent été, le vœu de la loi aurait été rempli*", se no sarebbe un riesame "*au fond*" (6 novembre 1817 e 29 gennaio 1824); è sufficiente che "*le motif donné ait un trait direct à ce qui était à juger*" (7 ottobre 1825)).

⁹⁸¹ TEXIER P., *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences*, cit., 15. Parla di « force supra-législative du principe [de motivation] » LEROY J., *La force du principe ed motivation*, in AA.VV., *La motivation*, cit., 42.

⁹⁸² V. TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 322 (« Si può ritenere prevalente, sino al secolo XVIII° , la prassi della sentenza priva di motivazione») e 350 (« Dalle vicende che l'istituto conosce nell'Europa continentale a partire dal secolo XVIII° [risulta che] negli ordinamenti di *civil law* [...] il principio di obbligatorietà della motivazione viene affermato in coincidenza con mutamenti rilevanti di ideologia politica in genere, e dell'amministrazione della giustizia in particolare, che intervengono a segnare la crisi dell'*Ancien Régime* e il passaggio alle forme moderne di organizzazione del potere giurisdizionale. Ciò vale specialmente con riguardo all'emersione del principio di obbligatorietà della motivazione come principio politico di garanzia – nei confronti dell'arbitrio del giudice – del controllo democratico sulla gestione del potere: non a caso, il fenomeno si propone in questi termini con la Rivoluzione francese, ossia nel momento in cui si verifica lo scontro diretto tra l'*Ancien Régime*, ormai in piena crisi, e le nuove ideologie della giustizia. La stessa considerazione vale peraltro, sia pure in termini diversi, per le ipotesi in cui l'obbligo di motivazione viene introdotto, sulla linea della concezione endo-processuale della motivazione, nelle riforme processuali dei sovrani illuminati. Anche in questi casi, pur non trattandosi di traumi violenti conseguenti al collasso totale dei regimi anteriori, si verifica pur sempre un netto mutamento del modo di concepire la funzione del giudice, nel quadro nuovo di una volontà razionalizzatrice delle forme di amministrazione della giustizia, con cui è solidale l'istituto dell'obbligo di motivazione»).

⁹⁸³ V. CALZOLAIO E., *La Corte di cassazione francese*, cit., 317-318; DAUCHY S. – DEMARS-SION V., *La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage?*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, 171 (« La non-motivation des jugements demeure la règle jusqu'à la Révolution »); PANIZZA S., *Il significato della motivazione*, in *Foro it.*, 1998, V, 374 (« Il pieno riconoscimento nella motivazione di un elemento tipicamente connotante l'esercizio della funzione giurisdizionale si consolida e appare ormai largamente diffuso durante il XIX° e soprattutto il XX° secolo »); SAUVEL T., *Essai sur la notion de précédent*, in *Cronique XVIII*, 1955, 93 (« La nécessité d'appuyer toute décision de justice sur un raisonnement et de rendre public ce raisonnement, autrement dit de motiver cette décision, est incontestablement une des 'conquêtes de la Révolution' »); TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 319-320 e nt. 1 (« La diffusione, e in molti casi l'origine, del principio di obbligatorietà della motivazione negli ordinamenti processuali dell'Europa continentale è un fenomeno che trova la sua collocazione tipica nella seconda metà del secolo XVIII°. In Inghilterra, e in generale negli ordinamenti di *common law*, il principio non trova mai una formulazione normativa espressa, malgrado l'esistenza di una prassi diffusa di motivazione della sentenza civile, ed è anzi un fenomeno relativamente recente la sua enunciazione a livello dottrinale. Si tratta, peraltro, di un'indicazione valida soltanto in via di prima approssimazione, dato che essa non è vera nella stessa misura per tutti gli ordinamenti;

Non può invero negarsi che la necessità di “*exprimere causam*” sia stata presente in frangenti storici più antichi, come ad esempio nel diritto romano⁹⁸⁴, nell’ambito del diritto ecclesiastico o, ancora, in certe realtà medievali⁹⁸⁵. Ma, oltre a trattarsi di oneri motivazionali di ben altro e

inoltre, non si può neppure ritenere che si tratti di un medesimo fenomeno che si verifica a livello europeo, data la varietà di soluzioni che esso conosce nei singoli sistemi processuali; né di esso si può dare una spiegazione unitaria sul piano storico-politico, data la differenza delle finalità che i diversi legislatori sembrano aver perseguito nell’imporre al giudice civile l’obbligo di motivare le proprie decisioni. L’affermazione compiuta appena sopra ha dunque un’indubbia utilità orientativa, ma la sua portata finisce col suscitare più problemi di quanti in realtà ne risolva, anche se certamente consente di cogliere nella seconda metà del ‘700 l’origine dell’istituto, in termini analoghi a quelli che emergono nell’ambito degli ordinamenti processuali moderni»); TARUFFO M., *L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e Illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 265 («L’ipotesi a prima vista più attendibile intorno al principio di obbligatorietà della motivazione, presente – com’è noto – nella maggior parte degli ordinamenti processuali moderni, è che la matrice da cui derivò la formulazione di tale principio sia costituita dal *corpus* delle dottrine giuridico-politiche dell’Illuminismo in ordine alla natura e alla funzione del potere giurisdizionale. Tale ipotesi può richiamarsi a considerazioni di vario genere, che convergono però nel senso di collocare il principio in questione, sia pure in maniera assai generica, nel clima culturale e ideologico dell’Illuminismo». Per un «approfondimento dell’intera concezione illuministica della giustizia e della funzione del giudice, nonché [per un’]analisi dei modi e dei limiti entro i quali essa si è tradotta in normazione positiva», v. 267-292 [spec., per quanto concerne l’Italia: 279 ss.], ove si mettono «in evidenza alcuni fattori rilevanti rispetto alla genesi del principio di obbligatorietà della motivazione della sentenza civile, con particolare riferimento all’emersione di tale principio nella legislazione del ‘700 in Europa» [267]).

⁹⁸⁴ È interessante notare che – nel diritto romano – «*exprimere causam in sententia* [era] un obbligo» soltanto in alcuni casi (MANCUSO F., *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell’età del diritto comune classico*, Milano, 1999, 229), così come – nel sistema attuale – “motivare rafforzatamente” è obbligatorio esclusivamente in certe evenienze. Ieri si doveva motivare solo in certe ipotesi, mentre nelle restanti si poteva non motivare; oggi si deve motivare rafforzatamente solamente in certe ipotesi, mentre nelle altre è ‘sufficiente’ motivare (e basta, in modo non rafforzato; cfr. MANCUSO F., *Exprimere causam in sententia*, cit., 217). Le circostanze nelle quali occorre la motivazione nel diritto romano, al pari di quelle in cui odiernamente occorre la motivazione rafforzata, erano quelle portatrici di situazioni/posizioni/interessi giuridicamente rilevanti e peculiari (es. la sentenza di scomunica doveva essere redatta per iscritto ed essere altresì motivata, a pena di nullità: v. decretale *Quum medicinalis* VI.3, 11, 1 di Innocenzo IV [228]). In materia: GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18^e siècle*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 37 ss. (in part., con riferimento a quanto si è qui sostenuto, cfr. 46-49; 53 [« [dans] les sentences rendues par les juges ecclésiastiques [...] on y trouve les noms des juges et des parties, la teneur de la *petitio*, la mention des étapes essentielles de la procédure: *litis contestatio*, *iuramentum calumniae*, audition des témoins et publication des enquêtes »]; 60-61); MOLE M., *Sentenza (diritto romano)*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1969, 3 ss. (cfr. in part., 16, nt. 3); TEXIER P., *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences*, in AA.VV., *La motivation*, Paris, 2000, 6-15, ove si sottolineano peraltro altre più “recenti” ipotesi in cui, in mancanza di un generale obbligo di motivazione, si era comunque tenuti a motivare la decisione (es. « En 1502, la Rote de Florence était tenue de motiver ses sentences lorsque les juges ne étaient pas unanime où qu’une partie le demandait » [12]). Premettendo che « il serait vain de rechercher une justification commune à des situations [*i.e.* les situations où le juge est tenu motiver] aussi disparates » NORMAND J., *Le domaine du principe de motivation*, cit., 29 rileva che « une idée commune » è quella per la quale « doivent être motivées les décisions qui vont à l’encontre du cours normal des choses. [...] Les décisions qui vont à contr-courant ont à justifier des raisons pour lesquelles elles le font ». Nella prospettiva del presente lavoro, l’ipotesi a cui si riferisce Normand (e similmente GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences*, cit., 61) si rapporta e si avvicina all’obbligo di motivazione rafforzata in caso di *overruling* giurisprudenziale (v. cap. IV, § II), mentre il caso richiamato da GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences*, cit., 49 (« Il faut y indiquer le motif pour lequel la décision *a quo* est réformée ») si ricollega e può essere assimilato all’obbligo di motivazione rafforzata in tema di mutamento decisionale tra primo e secondo grado (v. cap. IV, § I).

⁹⁸⁵ Sul punto: DI DONATO F., *La riforma e le pignatte. Dalla mediazione patriarcale alla demotivazione delle sentenze. Diritto e politica nella Napoli del Settecento*, in *Mat. Storia giur.*, 2016, 18 ss.; cfr. DAUCHY S. – DEMARS-SION V., *La non-motivation des décisions judiciaires dans l’ancien droit*, cit., 173-187, in part. 175; EVANGELISTA S., *Motivazione*

della sentenza, cit., 154-155; GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 40 e nt. 17 (ov'è richiamato anche ASCHIERI M., *Repubblica, principato e crisi del diritto comune a Firenze: dalla motivazione della sentenza all'edizione delle pandette*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Siena*, Siena, 1985, 114 ss.); GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences*, cit., *passim*. (dalla cui ricostruzione ricaviamo giustappunto che prima del XIX° secolo – e comunque dopo il XIII° secolo [« [Avec] des textes écrits conservés en séries » (50)] – l'obbligo di motivazione 'è andato a periodi alterni' [es. 65: « Au 18° siècle, l'obligation de motiver les arrêts n'est pas inconnue en Europe occidentale: elle est assez fréquente en Italie, existe au Portugal et commence à se répandre dans les Länder allemand. En Espagne, par contre, l'autorité centrale la supprime là où elle existait, en Aragon et en Catalogne. Ailleurs, les Cours continuent à garder secrets les motifs de leurs décisions »], mentre a partire dal XIX° secolo, non viene più rimesso in discussione: sebbene venga modulato e rimodulato nella sua portata, a seconda delle stagioni storiche [67]); LANZA L., *La motivazione della sentenza penale*, cit., 7; SAUVEL T., *Histoire du jugement motivé*, cit., *passim*. (il quale ritiene che i 'motivi' appaiano, quantomeno in Francia, nel XIII° secolo, con la ripresa della procedura giudiziaria scritta [10-18], per poi sparire nel XIV° secolo [18-29] e finalmente ricomparire nel periodo rivoluzionario [39, ove si richiama altresì la posizione di Condorcet (CONDORCET J. D. C., *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu* [1786], in CONDORCET J. D. C., *Œuvres complètes*, Paris, 1804, XI, 214] e la sua celebre considerazione che ricollega 'diritto naturale' e obbligo motivazionale: « [Le droit naturel] exige que tout homme qui emploie contre des membres de la société la force qu'elle lui a confiée lui rende compte des causes qui l'y ont déterminé »); TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 319-352 (la ricostruzione storica che l'Autore svolge è relativa all'ambito civile, ma a nostro parere è esportabile – nei suoi termini generali – anche in ambito penale. In particolare, scrive Taruffo che «nella seconda metà del secolo XVIII° il fenomeno [i.e. il principio di obbligatorietà della motivazione] si generalizza, estendendosi anche a ordinamenti che mai in precedenza avevano conosciuto tale principio; tuttavia, non mancano esempi nei quali l'obbligo di motivazione appare prescritto, sia pure con limiti di varia natura, già a partire dal secolo XIII°: e, ciò che più rileva, del tutto al di fuori delle condizioni giuridico-politiche che si verificano nell'Europa del secondo '700. Si tratta di un fenomeno caratteristico dell'Italia, ove l'obbligo di motivazione appare in qualche caso prescritto nella legislazione statutaria (cfr., ad es., lo Statuto di Reggio Emilia del 1265, lib. II, cap. XVIII, in *Consuetudini e Statuti reggiani del sec. XIII*, Reggio Emilia, 1933, 174) e conosce poi manifestazioni di rilievo nella legislazione fiorentina (cfr. le Riforme della Ruota Fiorentina del 14 maggio 1532, del 31 maggio 1542, del 18 giugno 1560 e del 1° settembre 1678 [riportate in CANTINI L., *Legislazione toscana*, Firenze: 1800, I, 42 e 207; 1802, IV, 37; 1805, XIX, 97], nelle quali viene imposto e ribadito l'obbligo di motivazione, con diverse limitazioni che variano nel tempo e man mano vengono meno col succedersi delle norme sul punto. In particolare, nel 1560, l'obbligo di motivazione viene esteso alle sentenze di prima istanza, mentre era stato escluso dalle leggi del 1532 e del 1542) e, sia pure entro un ambito più ristretto, in quella piemontese (cfr. la legge di Carlo Emanuele I del 7 gennaio 1615, poi confermata in una Costituzione del 1632 [v. *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, MDCCLXX, I, lib. III, tit. XXIII, artt. 19 e 20], con la quale si prevede che i giudici debbano motivare su richiesta delle parti, che però è ammessa solo in cause di particolare importanza, o per ordine di chi 'regge il Magistrato', qualora si tratti di una questione di diritto importante o nuova, o comunque di decisioni che possono 'fare stato e conseguenza'). Al riguardo, un dato assai significativo è costituito dall'indifferenza della dottrina, fedele all'insegnamento tendenzialmente negativo del Durante e dei canonisti in ordine alla necessità della motivazione. Il principio uniformemente accolto è che la sentenza è valida anche se non esprime le ragioni della decisione, e anzi è opportuno che il giudice eviti di motivare, sia perché facendolo potrebbe incorrere nell'*error expressus* che produce nullità della sentenza sia perché indebolirebbe l'autorità della sentenza aprendo la via alle impugnazioni [322-323 e nt. 8, 9, 10 e 11]). [...] Anche i temperamenti che tale dottrina ammette, sottolineando la necessità della motivazione in alcuni casi specifici, rimangono alquanto staccati sia dalla prassi sia dalla portata delle norme testé ricordate. Il caso più antico – l'unico in cui vi fosse una previsione espressa nel diritto canonico – era quello della sentenza di scomunica, regolato da una decretale di Innocenzo IV (cfr. *Sexti decretal.*, lib. V, tit. XI, cap. I *De sententia excommunicationis*, in *Corpus Iuris Canonici*, Graz, 1959, I, 1098). La dottrina aggiunge alcune altre ipotesi, tipiche dello *ius civile*, in cui la motivazione appariva opportuna al fine di consentire la precisa determinazione dell'oggetto della sentenza e degli effetti di questa sulle situazioni giuridiche delle parti, pur senza giungere ad affermare che si trattasse di una condizione di validità della sentenza [324]. [...] La diffusione del principio di obbligatorietà della motivazione a livello europeo, che come fenomeno globale si colloca in un momento storico ben determinato, è difficilmente configurabile come lo sbocco e la conseguenza unitaria di premesse omogenee, a loro volta individuabili in termini analoghi nei diversi ordinamenti processuali dell'Europa continentale. Ciò vale non solo con riferimento alle situazioni preesistenti al periodo indicato come decisivo quanto al problema in esame, ma anche – e specialmente – con riguardo alle modalità con cui questo viene affrontato e risolto dai legislatori della

modesto tenore contenutistico rispetto a quelli moderni e specialmente rispetto a quelli contemporanei⁹⁸⁶, si è trattato di previsioni o prescrizioni stabilite *una tantum* e nient'affatto saldamente radicate⁹⁸⁷. Evidentemente, i tempi non erano adatti al consolidamento del principio secondo cui le ragioni di una decisione devono essere rese manifeste⁹⁸⁸.

seconda metà del secolo XVIII°» [325]. Precisiamo che questo dipanarsi storico interessa precipuamente il mondo del diritto continentale, poiché negli ordinamenti di *common law* – come puntualmente osserva Taruffo – «una caratteristica costante è rappresentata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione; a essa si è però accompagnata una prassi non meno costante, benché non assolutamente generalizzata, nel senso di corredare la decisione con l'esposizione delle relative ragioni. È anzi proprio l'esistenza di questa prassi, consolidatasi progressivamente in un lungo arco di tempo, che probabilmente spiega come né il legislatore, né la giurisprudenza abbiano sentito la necessità di formulare una regola espressa al riguardo. In Inghilterra, l'esistenza di decisioni motivate è documentata a partire dal secolo XII°, sulla base dei *Rolls* in cui sono verbalizzate le procedure giudiziarie [344-345]. [...] Negli Stati Uniti, anche dopo il distacco delle colonie, viene recepita la prassi inglese, e continua – analogamente – a mancare qualsiasi norma diretta a prescrivere la motivazione» [348]; TARUFFO M., *L'obbligo di motivazione della sentenza*, cit., 292-293 («Sul problema se i principi politico-giuridici dell'Illuminismo siano da considerare come la diretta matrice culturale del principio di obbligatorietà della motivazione, il panorama che si è delineato [v. 267-292] esclude la possibilità di una risposta unitaria, sia perché sono diverse le componenti dell'Illuminismo giuridico che hanno manifestato influenza sull'evoluzione del problema nelle riforme del secolo XVIII° sia perché queste prospettano una pluralità di soluzioni normative non riconducibili a un'unica prospettiva. D'altronde, occorre anche rilevare che non sussiste un collegamento biunivoco tra il diffondersi, in Europa, delle dottrine illuministiche e l'affermazione, a livello normativo, del principio di obbligatorietà della motivazione. Da un lato, infatti (come accade ad esempio per la legislazione fiorentina, oltre che per alcuni statuti), diverse ipotesi di formulazione di tale regola si manifestano prima e indipendentemente dall'influenza dei principi enunciati dall'illuminismo, e si mantengono fino al secolo XVIII° su basi politico-giuridiche eterogenee, ma comunque non ispirate a tali principi. Analogamente, la prassi dei Grandi Tribunali italiani, che pure rappresenta una delle condizioni concrete che favoriscono l'introduzione dell'obbligo di motivazione con le riforme settecentesche, si forma chiaramente prima e al di fuori delle condizioni culturali che danno luogo a tali riforme. Dall'altro lato, si è messo in evidenza come, specialmente in Francia, la filosofia politica dell'Illuminismo non giunga di per sé alla formulazione del principio di obbligatorietà della motivazione e come spesso le stesse legislazioni più chiaramente ispirate alla concezione illuministica della giustizia prospettino soluzioni limitative o incerte. [...] Siffatte discontinuità, tra diffusione dell'Illuminismo e formulazione dell'obbligo di motivare e pubblicare la sentenza civile, non bastano peraltro a escludere che la cultura giuridico-politica risalente all'illuminismo abbia influito in modo rilevante nel senso di stimolare e favorire l'introduzione a livello normativo del principio di obbligatorietà della motivazione, sia innestandosi – come in Italia – su elementi già presenti nella legislazione e nella prassi sia reagendo – come in Francia – alle degenerazioni della prassi sia ispirando – come in Prussia – una riforma organica, in cui anche il problema della motivazione pervenne a una soluzione coerente. Va peraltro rilevato che tale influenza non operò dovunque in modo univoco e con i medesimi contenuti, ma in diverse direzioni, ognuna delle quali caratterizzò in maniera differenziata gli effetti risultanti a livello di intervento normativo»).

⁹⁸⁶ Cfr. SAUVEL T., *Histoire du jugement motivé*, cit., 7: « Rencontrer à Rome la nécessité de jugements motivés susceptibles d'être comparés aux nôtres serai chose assez surprenante. [...] Il y avait pourtant dans tout ceci [*i.e.* dans la procédure romaine, aussi dans la procédure *formulaire*] de véritables motifs, mais que la sentence n'exprimait pas ».

⁹⁸⁷ In ciò, trovano generica conferma le parole di SAUVEL T., *Histoire du jugement motivé*, cit., 18, secondo cui « accomplir un progrès ne suffit jamais. Il faut savoir le conserver ». In merito al fatto che l'obbligo di motivazione fosse previsto soltanto per alcune circostanziate ipotesi, ci suggerisce o comunque ci stimola a un raffronto con l'odierno obbligo di motivazione rafforzata. Quel che accadeva ieri all'applicabilità generalizzata dell'obbligo di motivazione, accade oggi all'applicabilità particolarizzata dell'obbligo di motivazione rinforzata: ieri, non motivare era la regola e motivare era l'eccezione; oggi, motivare è la regola e motivare in modo rinforzato l'eccezione – o meglio: la specificazione, in determinate ipotesi – dell'obbligo di motivazione generalmente previsto.

⁹⁸⁸ Cfr., per quanto qui d'interesse, TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 344: «Si può forse ipotizzare che, se il principio di obbligatorietà della motivazione è stato così ampiamente recepito dagli ordinamenti processuali nel momento storico in esame [*i.e.* seconda metà del XIX° secolo], ciò sia stato in larga parte dovuto al fatto che già nella

Per quanto riguarda l'Italia, l'evento storicamente determinante per la fissazione dell'obbligo di motivazione lo si rinviene nella *Prammatica ferdinandea* (o *napoletana*, che dir si voglia) del 23 settembre 1774⁹⁸⁹.

Squadrando gli Stati italiani dell'epoca, com'è stato detto, ci si accorge di essere dinanzi a un «panorama estremamente composito, non solo perché fino al secolo XVIII° convivono ordinamenti in cui la motivazione non esiste o è segreta, ordinamenti in cui essa è obbligatoria e pubblica solo in casi limite e, infine, ordinamenti in cui il principio di obbligatorietà e pubblicità della motivazione è generalizzato, ma anche perché le riforme processuali settecentesche non eliminano, pur incidendo notevolmente sul panorama globale, l'eterogeneità delle soluzioni normative che lo compongono. Da un lato, si verificano interventi legislativi che, sul tema in esame, non introducono innovazioni di rilievo rispetto al regime anteriore [es. Piemonte]. [...] In altri casi, si introduce l'obbligo di motivazione laddove non esisteva in precedenza, ma con modalità fortemente limitative [es. ducato di Modena]»⁹⁹⁰. In questa varietà di posizioni, si colloca la risoluzione di Re Ferdinando IV: «risoluzione di spiegare il fatto e la legge, per riparare serenamente alli molti abusi, che [il Re] osserva essersi corsi finora nella maniera tenuta nel giudicare»⁹⁹¹.

Con l'onere motivazionale, invero, si «sconfigge la regola medioevale del *sic volo, sic jubeo, stat pro razione voluntas*»⁹⁹² e trova spazio «il segno più importante e più tipico della 'razionalizzazione' della funzione giurisdizionale»⁹⁹³.

prima metà del secolo [XIX°] era avvenuta la radicale attenuazione delle componenti più prettamente politiche che tale principio aveva manifestato nel breve momento rivoluzionario».

⁹⁸⁹ Ritieni che «a Napoli il Reale Dispaccio 23 settembre 1774 apport[i] novità capitali» CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 663 (per il quale si tratta di un esempio «illuminato» in un contesto storico in cui «i motivi letti dal pulpito mirano a un incantesimo ipnotico»; v. *amplius*, 663-671). Parla di «innovazione radicale, nel senso dell'introduzione dell'obbligo di motivazione in ordinamenti cui esso era del tutto estraneo», TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 331, riferendosi alla *Prammatica napoletana* del 1774 e al *Codice c.d. "barbacoviano"* (promulgato nel Principato di Trento) del 1788.

⁹⁹⁰ TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 330-331.

⁹⁹¹ È la conclusione della «risposta del Re Ferdinando IV, ispirata dal suo ministro Bernardo Tanucci, alle lamentele dei giudici del Regno di Napoli, ai quali era stato imposto con la *Prammatica* del 23 settembre 1774 l'obbligo di motivazione». Riprendiamo tale passaggio da CAPONE A., *Diritto alla prova e obbligo di motivazione*, in *Ind. pen.*, 2002, 49 (il quale, a sua volta, richiama LEGGIO F., *Supplementum pragmaticarum edictorum decretorum interdictorum regirumque sanctioui Regni neapolitani*, II, Napoli, 1790, 236: «“Tutto ciò ha il Re ascoltato. E siccome avea creduto che, non potendo il Consiglio decidere se non sopra fatti appurati, e leggi certe, agevole gli sarebbe riuscito il manifestare que' fatti stessi, e quelle leggi, sulle quali avea deciso; così ora con suo gran rincrescimento ha veduto nella ingenua confessione fatta dal Consiglio, colla sua rappresentanza, che né il fatto né la legge si esamina; anzi, per l'opposto, conosciuto che in tutto ha regnato lo arbitrio illimitato de' Giudici, per occultare il quale si è voluto e vuole continuarsi a fare un mistero della verità e della ragione. Onde tanto più necessaria e opportuna ha trovata la Sovrana sua risoluzione di spiegare il fatto e la legge, per riparare serenamente alli molti abusi, che osserva essersi corsi finora nella maniera tenuta nel giudicare”»). Sul punto, v. anche PISANI M., *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1970, 317-321.

⁹⁹² BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale*, in BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976, 163 (il quale scrive ancora che l'obbligo di motivazione «caratterizza, insieme

Avviene un passaggio di civiltà e coscienza giuridica, al quale possono applicarsi le icastiche righe scolpite – in termini generali e di principio – da Piero Calamandrei: «Il giudice non si contenta più di comandare, non si limita più al *sic volo, sic iubeo* pronunciato dall'alto del soglio, ma scende al livello del giudicabile: e, mentre comanda, cerca di spiegar[e] la ragionevolezza di quel comando. La motivazione è prima di tutto la giustificazione, che vuol essere suavisiva, della bontà della sentenza. Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accettar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta; e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna è stata il necessario punto di arrivo di un meditato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione»⁹⁹⁴.

Con la *Prammatica* del 1774 assistiamo, insomma, a un cambio d'approccio⁹⁹⁵.

al dispositivo, la sentenza stessa come atto di intelligenza e atto di volontà. L'atto di intelligenza, la motivazione, serve a illuminare il processo logico-giuridico della interpretazione del fatto e del diritto che ha guidato la decisione del giudice, mentre l'atto di volontà, il dispositivo, determina concretamente la decisione»).

⁹⁹³ CALAMANDREI P., *Processo e democrazia* (1954), in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 664, il quale paragona la motivazione del giudice al «giornale di viaggio della sua logica» (665).

⁹⁹⁴ CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, cit., 664. Similmente, EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza*, cit., 154-155: «Invero la fiducia degli uomini nella giustizia si costruisce non solo attraverso le decisioni giuste, ma anche attraverso le forme che tali le facciano apparire. In epoche primitive lo strumento che consentiva la soggezione del giudicabile al potere giurisdizionale era costituito dall'intrinseco collegamento tra religione e giustizia e dal diffuso convincimento della diretta provenienza della decisione dalla divinità per il tramite del giudice che mutuava, dunque, la sua autorità da virtù soprannaturali, come tali non suscettibili dell'umano sindacato: di qui il carattere quasi liturgico del processo del quale resta ancora oggi qualche traccia nel peculiare abbigliamento previsto per il giudice che siede in udienza e per gli avvocati che ne sollecitano l'attività. Il tramonto del misticismo processuale e la conseguente sostituzione del razionale al divino rende necessaria la produzione di regole formali idonee ad assicurare nel miglior modo possibile la razionalità o, ed è lo stesso, la giustizia della decisione, visto che l'acquiescenza al potere giurisdizionale è, in questa fase storica, il frutto della fiducia nella ragione. Di tale trasformazione, di tale processo di razionalizzazione della funzione giurisdizionale, l'introduzione del dovere della motivazione rappresenta uno dei più tardi, ma anche dei più tipici segni».

⁹⁹⁵ V., ad es., DI DONATO F., *La riforma e le pignatte*, cit., 18: «Nel contesto del Regno di Napoli quella riforma [*i.e.* la *Prammatica* ferdinandea (1774)] fu una prima incrinatura delle vecchie categorie culturali diffuse tra i giuristi (e non solo) e in certa misura preparò il terreno all'idea che i provvedimenti giurisdizionali dovessero essere più trasparenti e palesare le ragioni che li avevano ispirati». L'Autore osserva in ogni caso che, al di là della tematica motivazionale e «sotto il profilo squisitamente storiografico, sarebbe un'evidente forzatura considerare i dispacci tanucciani del 1774 sulla motivazione delle sentenze un definitivo passaggio alla modernità giuridica e un concreto apporto della cultura giuridica meridionale al futuro regno unitario. Più corretto e fedele alla realtà storica è affermare, invece, che il maggiore contributo del Regno di Napoli al nuovo Stato italiano risiede certamente in quella *cultura critica* che prese forma in vivaci e innovativi circoli intellettuali di piccole minoranze attive, come l'Accademia degli Investiganti (Francesco D'Andrea e i suoi discepoli) o la scuola genovesiana (con i più bei nomi della cultura economico-giuridica meridionale: da Longano a Galanti, da Palmieri a Dragonetti, da Delfico a Filangieri, da Cuoco a Pagano). Fu lì il lascito critico più significativo dell'esperienza giuridica meridionale all'Europa. Quella cultura – statuale e solidale, minoritaria e di opposizione alla *forma mentis* giuridica tradizionale – continua, ancor oggi, una dura, strenua e impari

All'interno del contesto socio-politico matura una coscienza storica e ideologica in virtù della quale l'obbligo di motivazione viene eletto a principio che, al di là delle rimodulazioni (peggiorative o migliorative) che potrà subire nel corso degli anni, non può più sparire dai radar del mondo del diritto.

Sebbene «la Prammatica [sia rimasta in] vigore per pochi anni» e pur ammettendo che «il solo momento, di durata assai breve, nel quale si [sia] assist[ito] all'emersione [– specie, a livello costituzionale⁹⁹⁶ –] di una tendenza più diffusa e omogenea all'introduzione del principio generale di obbligatorietà della motivazione [sia stato] quello coincide[nte] con la formazione delle Repubbliche giacobine, in seguito alla conquista napoleonica»⁹⁹⁷, riteniamo che l'onere di *reddere rationem* – da quel momento in poi (*i.e.* dal 1774, quantomeno in Italia) – non abbia più abbandonato il discorso giuridico.

La memoria di quest'esperienza, potremmo dire, ha lasciato il segno e – diversamente da quanto accaduto in passato (ad esempio, nel XIII° secolo) – ha segnato un effettivo “punto di non ritorno”

lotta contro la palude morale del formalismo, del conformismo ipocrita a valori astratti e impossibili e dell'indifferente assuefazione al declino» (29-30).

⁹⁹⁶ TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 336-337 e nt. 41.

⁹⁹⁷ TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 338, nt. 44 e 333, nonché nt. 37, il quale prosegue affermando che «nelle Costituzioni di tali Repubbliche, modellate fedelmente sulla Costituzione francese del 1795, viene di regola affermato tale principio (cfr. l'art. 129 della Costituzione della Repubblica di Bologna del 1796; l'art. 228 della Costituzione della Repubblica Cispadana del 1797; l'art. 208 della Costituzione della Repubblica Cisalpina del 1797 e l'art. 207 della Costituzione dell'anno successivo; l'art. 222 della Costituzione del Popolo Ligure del 1797; l'art. 207 della Costituzione della Repubblica Romana del 1798; l'art. 207 della Costituzione della Repubblica Napoletana del 1799). Non si tratta, però, evidentemente, di un frutto dell'illuminismo italiano, né dell'ideologia dei giacobini italiani, ma di una componente dell'operazione imitativa compiuta nei confronti della legislazione rivoluzionaria francese». Taruffo precisa ancora – pur non condividendone la posizione – che Amodio (AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., 447 ss.; adesivo: MENNA M., *La motivazione*, cit., 7-8) «contesta il “pregiudizio” consistente nel ritenere che le legislazioni italiane dell'800 non abbiano fatto altro che ricalcare il modello francese» (così, invece, SCAPARONE P., *La disciplina costituzionale dell'intervento di “laici non tecnici” nell'amministrazione della giustizia*, in *Giur. cost.*, 1968, 2363 ss.) e suggerisce che «il modello che esse avrebbero costantemente seguito fosse quello della Prammatica napoletana del 1774» (338, nt. 44). Secondo Taruffo, invero, un simile «rilievo appare fondato soltanto nel senso che la legislazione rivoluzionaria non ebbe influenza determinante in Italia; d'altronde, non si può neppure escludere che la Prammatica napoletana abbia avuto un certo valore d'esempio per i legislatori della Restaurazione, proprio per la sua “anima” burocratica e autoritaria. Tuttavia, ciò non equivale a ritenere in tutto fondata l'opinione di Amodio: da un lato, se per modello francese si intende quello costituito dal codice napoleonico, è indubbio che esso abbia avuto larghissima influenza. Al riguardo, vanno ricordate non solo le ipotesi di recezione di tale codice come legge vigente, ma soprattutto l'amplessissima circolazione che ebbero – specialmente proprio a Napoli – le opere di dottrina francesi (come, ad esempio, il *Commentario* del Carré, la cui traduzione fece parte di una raccolta di traduzioni di commenti sul codice francese) che, in alcuni casi, vennero addirittura adattate a commento delle norme vigenti in Italia. Dall'altro lato, non va dimenticato che la Prammatica del 1774 ebbe vigore per pochi anni, trascorsi i quali la concezione che in essa si era espressa cessò di avere rilevanza nello stesso ordinamento napoletano, e continuò a essere ricordata più come un episodio isolato che come un modello realmente influente». Al di là di questa disputa storica, ai nostri fini interessa poter dire che a partire dal XIX° secolo l'obbligo di motivazione ha trovato *definitiva* affermazione, nel senso che ha certamente subito rimodulazioni – alle volte peggiorative, altre volte migliorative – nel corso degli anni, ma non è più sparito dai radar del mondo del diritto (anche in virtù della mutata considerazione della coscienza storico-sociale nei confronti di tale principio).

per l'onere motivazionale. Da questa data, l'obbligo di motivazione si è andato progressivamente sviluppando all'interno della cultura giuridica e si è gradualmente specificato, nella direzione di una sua maggiore analiticità contenutistica⁹⁹⁸.

Breve (in materia criminale): dalle generiche “ragioni” (1774)⁹⁹⁹ si è passati alle “ragioni di fatto” e quindi – anche, poi – alle “ragioni di diritto” (1865, 1913, 1930), per giungere successivamente all'esposizione altresì delle “ragioni contrarie” (in seno a una motivazione dialogica, in quanto frutto ed espressione dell'avvenuto contraddittorio tra le parti: 1988)¹⁰⁰⁰, arrivando infine a esaltare “ragioni specifiche” (cioè, profili specifici e pre-individuati di singole fattispecie e tipologie accertative; es., in sede cautelare: 1995, 2001, 2015; in sede ordinaria: 2001, 2006, 2017). Da ultimo (v. protocolli; ma, in realtà, è un movimento iniziato a partire dagli anni Novanta del secolo scorso), si è fatto e si va facendo spazio un format motivazionale¹⁰⁰¹ che

⁹⁹⁸ Significativa, ad esempio, la distinzione che si è andata definendo tra i vari tipi di provvedimento (differenziati in base alla tipologia di accertamento, alle funzioni, alla fase o al grado di riferimento ecc.) e i relativi apparati argomentativo-motivazionali. In CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale*, cit., 9 si fa notare che «il codice di procedura penale del 1865 non definiva né la sentenza né l'ordinanza, onde sorgevano non poche difficoltà nel delineare la differenza tra le due figure. Viceversa, il codice del 1913 segu[iva] un criterio opposto, stabilendo con l'art. 98 c.p.p. che “la sentenza è la decisione che definisce l'istruzione o il giudizio. La sentenza è pronunciata in nome del Re. Ordinanza è la decisione pronunciata su istanza incidentale o d'ufficio, nel corso dell'istruttoria, o nel giudizio, in sede di esecuzione. È dato mediante decreto ogni provvedimento pronunciato in sede di istruzione, di giudizio o di esecuzione, fuori dei casi preindicati, o per il quale sia particolarmente stabilita questa forma”». Questa più serrata definizione contenutistica dei provvedimenti giudiziari è stata poi rivista nel codice del 1930 e altresì nel codice del 1988, dato che non era «rimas[ta] comunque immune da critiche, in quanto risultava, da un lato, meramente residuale la definizione del decreto [e], dall'altro, quella di sentenza e ordinanza era incompleta». Nonostante si sia tornati a una «classificazione meramente formale» della sentenza, dell'ordinanza e del decreto (v. art. 125 c.p.p.), e quindi si potrebbe dire che non si è andati affatto e non si sta affatto andando verso una “maggiore analiticità contenutistica” dei provvedimenti motivativi (come invece noi stiamo qui sostenendo), permane un'evidenza concreta che avvalorava le nostre affermazioni. A prescindere dalle etichette legislative, l'affinamento delle diverse categorie di atti in questione persiste, giacché – di fatto – sia la dottrina che la giurisprudenza (e a ben vedere anche il legislatore, se si considera il contenuto di disposizioni quali la sentenza *ex art.* 546 c.p.p., l'ordinanza *ex art.* 292 c.p.p. o il decreto *ex art.* 267 c.p.p.) continuano a impiegare la «definizione [in senso] sostanziale» che della sentenza, dell'ordinanza e del decreto si è andata formando negli anni. La specificazione (anche contenutistica) che si era raggiunta, dunque, non è stata – se non in apparenza – affatto abbandonata.

⁹⁹⁹ Ritiene che già la Prammatica ferdinanda discerna tra ragioni fattuali e ragioni giuridiche, AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., 450: «Nell'imporre l'obbligo di motivazione la Prammatica ferdinanda esige che il giudice spieghi le ragioni del decidere tanto nel fatto che nel diritto e non solo per i provvedimenti di merito ma anche per quelli interlocutori che risolvono questioni incidentali. E motivare in fatto vuol dire sicuramente esporre le fonti probatorie da cui è tratto il convincimento, altrimenti non si capirebbe perché mentre il *code d'instruction criminelle* del 1808 si limita a richiedere la sola enunciazione del fatto enunciato (artt. 195 e 163), la codificazione processuale napoletana del 1819, di poco posteriore a quella francese, contempla una norma esplicita secondo la quale “il fatto dal quale deriva la risoluzione delle questioni (di fatto) dev'essere espresso a pena di nullità della decisione” (art. 293)».

¹⁰⁰⁰ Cfr. AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., 456-457; CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale*, cit., 17 («Nel nuovo codice di procedura penale, *risulta ampliata* la parte enunciativa della sentenza, che comprende anche l'indicazione delle conclusioni. Tutto questo rende palese come sia stretto il rapporto tra le scelte delle parti e la decisione del giudice»).

¹⁰⁰¹ Un format motivazionale che dà vita a un metodo di giudizio e di giustificazione a sé stante, che si fonda su una nuova forma di ragionamento giuridico (che assume finanche rilievo, ci sembra, a livello di teoria generale del diritto).

pretende, in certe ipotesi particolari, che nel provvedimento vi siano alcune “ragioni obbligate”¹⁰⁰²: ragioni obbligate non nei contenuti, bensì nella struttura; ragioni obbligate nel senso che la loro presenza fa sì che, nei casi in cui esse occorrono, la decisione e la sua razionale argomentata spiegazione attraversino step o tappe ineludibili¹⁰⁰³ del ragionamento, quali passaggi obbligati tipici di un determinato ‘tipo’ di accertamento. Stiamo parlando della c.d. “motivazione rafforzata” (su cui v. *infra*: § III).

Dalle “ragioni” alle “ragioni obbligate”; dalla *Prammatica* del 1774 ai protocolli del terzo millennio.

Senza anatomizzare la storia dell’obbligo di motivazione e rilevando – rilevando soltanto – che, in concomitanza al mutare delle ragioni decisorie, muta anche il rapporto tra giudice e prova¹⁰⁰⁴, ci sembra opportuno menzionare tre recenti occorrenze storiche a sostegno della nostra ricostruzione.

Anzitutto, possiamo richiamare le modifiche legislative che hanno investito, nel 1995 (l. n. 332) e nel 2015 (l. n. 47), passando per il 2001 (l. n. 63), l’apparato motivazionale dell’ordinanza cautelare e, nel 2017 (l. n. 103), passando di nuovo dal 2001 (l. n. 63 – ‘giusto processo’) e dal 2006 (l. n. 46 – in part., ‘bard’), la struttura della sentenza dibattimentale. Con queste riforme, «il legislatore ha certamente voluto esaltare il vincolo del giudice a motivare, a connettere strettamente gli anelli delle sue argomentazioni»¹⁰⁰⁵. E lo ha fatto, *specificando* l’onere motivazionale.

Invero, gli interventi sulla struttura dell’ordinanza cautelare ne hanno arricchito¹⁰⁰⁶ e migliorato¹⁰⁰⁷ l’apparato motivativo, ritoccandone il contenuto. In tal senso, «al fine di rafforzare

¹⁰⁰² “Ragioni obbligate” non in termini di sostanza e di contenuto, bensì in termini di forma e di struttura. Il fatto che, in certe ipotesi, il provvedimento debba contenere delle “ragioni obbligate” non significa che l’atto sia bell’e definito in astratto. Tali ragioni, infatti, non comportano alcuna predeterminazione dell’esito decisorio, che deve piuttosto essere contenutisticamente definito in concreto da parte del giudice, nell’ambito del proprio libero (e motivato) convincimento. La presenza di quelle che abbiamo definito “ragioni obbligate” determina piuttosto la necessità che, nei casi in cui è prevista la presenza di queste ragioni (v. *infra*: § III), il giudice affronti specifiche questioni argomentative non eludibili, le quali orientano – di nuovo: senza predeterminarla – la decisione giudiziale e che devono trovare riscontro esplicito nella parte motiva del provvedimento che giustifica la scelta al riguardo compiuta.

¹⁰⁰³ Step, passaggi o tappe ineludibili del ragionamento concernenti profili essenziali (e, perciò, decisivi: ma non esclusivi) dell’accertamento, costituiti da argomenti da prendere in esame alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili.

¹⁰⁰⁴ La correlazione tra giudice e prova, in punto di motivazione, si rinviene nella circostanza che «la libertà del giudice di assegnare un valore alla prova [...] risulta bilanciata dal dovere di giustificare ogni singola scelta valutativa» (CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 150).

¹⁰⁰⁵ PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 59. L’Autore fa specifico riferimento alle «puntualizzazioni» introdotte dalla legge n. 332 del 1995 in materia cautelare, ma riteniamo applicabili le sue affermazioni anche alle riforme del 2015 (l. n. 47) e del 2017 (l. n. 103).

¹⁰⁰⁶ Nota MARANDOLA A., *Ambiti e limiti dell’autonoma valutazione del giudice cautelare*, in *Cass. pen.*, 2017, 1667 che «quello che emerge anche dalle più recenti interpolazioni cui è stato soggetto l’art. 292 c.p.p., finalizzato a individuare il contenuto “essenziale” del provvedimento *de libertate*, è un modello d’atto alquanto complesso e articolato». Con riferimento all’ordinanza cautelare reale, rileva un «percorso di arricchimento dei contenuti e delle sfumature dei requisiti del sequestro “impeditivo”» PRESSACCO L., *La motivazione del decreto che dispone il sequestro*

l'obbligo di motivazione», sono stati previsti «nuovi requisiti» tesi a «rendere “la motivazione più puntuale, articolata e cogente” in modo da conformarla, sebbene con alcuni accorgimenti, al modello legale delineato dall'art. 546 c.p.p. per la sentenza»¹⁰⁰⁸.

Ad oggi, «il giudice deve esporre le “specifiche esigenze cautelari” e gli specifici “indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza”, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato. Tutto ciò deve essere frutto di “autonoma valutazione”, nel senso che non sono accettabili formule di stile, né sono valide motivazioni *per relationem* appiattite sulla richiesta del pubblico ministero e prive di rielaborazione logica da parte del giudice. Se applica la custodia in carcere, il giudice deve spiegare, sempre con “autonoma valutazione”, perché tale misura non può essere sostituita con altre meno gravi. Inoltre, il giudice deve esporre i motivi per i quali ritiene “rilevanti” gli elementi a carico, e cioè deve dimostrare la loro idoneità a sostenere l'ipotesi di accusa: da ciò deriva che non sono più ammesse ipotesi a tavolino o teoremi accusatori senza prove. Infine, il giudice deve esporre i motivi per i quali ritiene “non rilevanti” gli elementi a

“impeditivo”, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 112 (il quale osserva tuttavia che questa struttura motivazionale sta «emerge[ndo] faticosamente» tramite un procedere «per tentativi ed errori»).

¹⁰⁰⁷ Parla di «miglioramento dello *standard* qualitativo della motivazione» MARANDOLA A., *Ambiti e limiti*, cit., 1669.

¹⁰⁰⁸ GIUNTI D., *Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di cassazione conferma le proprie posizioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 81 (ove – nella parte riportata tra virgolette [...] – si cita TURCO E., *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 3102), ma v. anche 84 e 99 («[Si] grava il giudice del dovere di effettuare un accertamento più rigoroso dei presupposti applicativi della misura, da cui consegue per lo stesso un onere della motivazione rinforzato»). Sul rafforzamento dell'obbligo di motivazione, v. il testo della *Relazione* dell'on. Anna Rossomando (http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0014360.pdf), in cui si parla della «finalità di rafforzare gli obblighi di motivazione del giudice». Sul punto, v. ancora: BONZANO C., *Norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, cit., 421 ss.; CAIANIELLO M., *La valutazione autonoma del giudice*, cit., 1682; DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione “in fatto” della sentenza penale?*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2017, 244 («Evidentemente, richiedendo al giudice di non “appiattirsi” sull'apparato argomentativo dell'organo inquirente, e di dare altresì conto della dialettica sviluppatasi nel procedimento *de libertate*, si perseguiva l'intento di rafforzare l'obbligo di motivazione dell'ordinanza coercitiva, al fine di ricondurre la carcerazione cautelare entro il perimetro tracciato dal principio di *extrema ratio*»); LA ROCCA E. N., *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, 7; LARICCHIA M. D., *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, in *Giur. it.*, 2016, 987 («Viene prevista una maggiore responsabilizzazione del giudice della cautela, al quale spetta di dare conto nella motivazione delle scelte compiute e di effettuare un puntuale vaglio critico degli elementi che giustificano l'applicazione della misura. Il richiamo alla autonoma valutazione consente, infatti, di rafforzare l'iter logico-argomentativo che il giudice è tenuto a osservare al momento dell'adozione del provvedimento e permette di ricondurre il provvedimento al giudice»); MANGIARACINA A., *“L'eterno ritorno”*, cit., 517(-520). *Contra*: BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida Dir.*, 20, 2015, 48 (per i quali si tratta di una “mera enfattizzazione” e non di un rafforzamento vero e proprio). Sull'assimilazione della struttura motivazionale dell'ordinanza cautelare a quella della sentenza dibattimentale, *ex multis*: cfr. (anche se in parte *contra*) MACCHIA A. – GAETA P., *L'ordinanza cautelare e il suo controllo in Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1164; MENNA M., *La motivazione*, cit., 71; TONINELLI C., *L'“autonoma valutazione” nella motivazione*, cit., 1524-1525; TONINI P., *Manuale*, cit., 461 («Il giudice deve motivare l'applicazione della misura cautelare secondo cadenze simili a quelle della sentenza dibattimentale»).

difesa raccolti sia dal pubblico ministero sia dal difensore. Ai sensi dell'art. 292, co. 2-ter, l'ordinanza è nulla se non contiene la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, tratti sia dalle indagini del pubblico ministero (art. 358) sia dalle investigazioni difensive (art. 327-bis). E ancora, se la misura è basata sull'esigenza cautelare di impedire l'inquinamento della prova (art. 274, lett. a), deve essere fissata la "data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere"»¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ TONINI P., *Manuale*, cit., 460-461, il quale precisa ancora che, «in base all'art. 292, co. 2-quater, introdotto dal d.l. n. 161 del 2019, quando la motivazione dell'ordinanza necessita che siano esposti gli indizi e questi si ricavano dalle intercettazioni, allora il giudice deve riprodurre soltanto "i brani essenziali" delle comunicazioni e conversazioni rilevanti per le indagini. La disposizione si propone di tutelare i dati privati che non sono rilevanti a fini probatori. È opportuno che il giudice eserciti il dovere di motivazione con molta attenzione, poiché l'ordinanza cautelare può essere pubblicata nel suo testo integrale sui mezzi di informazione (art. 114, co. 2)». In merito al declinarsi in concreto del requisito dell'"autonoma valutazione", v. GIORDANO L., *Autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela: ancora disorientamenti di giurisprudenza?*, in www.ilpenalista.it, 7 gennaio 2019, 4-6 (analogamente, altresì con segnalazioni in punto di eventuali profili di responsabilità del magistrato [12], già in GIORDANO L., *Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2015, 11): «La previsione dell'obbligo di autonoma valutazione, presidiato dalla sanzione dell'annullamento, non può comportare per il giudice della cautela il dovere di 'originale esposizione'. La necessità del vaglio critico degli elementi indiziari e delle esigenze di cautela non impone necessariamente una riscrittura originale del testo proveniente dal pubblico ministero (cfr. Cass., 13864/2017; Cass., 31450/2018), che si risolverebbe un mero 'impegno letterario' e che nulla aggiungerebbe alla tutela del diritto di difesa. Esso, invece, obbliga il giudice a dare dimostrazione di aver valutato criticamente il contenuto degli atti dell'indagine e di averne recepito il tenore perché funzionale alle proprie determinazioni. Il giudice, pertanto, può operare un richiamo, anche integrale, agli atti del procedimento o alla stessa richiesta cautelare. Può, in alternativa, procedere alla materiale incorporazione degli elementi contenuti nella domanda di cautela, come evidenziati dal pubblico ministero per dimostrare che, nel caso concreto, sussistono gravi indizi di colpevolezza e i pericoli previsti dall'art. 274 c.p.p. (cfr. – tra le altre – Cass., 33051/2016). In entrambi i casi, si fa riferimento alla parte dell'ordinanza dedicata all'esposizione dei profili descrittivi del fatto, che riguarda, ad esempio, il contenuto delle dichiarazioni di persone informate sui fatti, i risultati delle intercettazioni compiute, gli esiti delle attività investigative espletate. La pedissequa riproposizione nell'ordinanza di questi profili non ingenera alcuna conseguenza negativa per il diritto di difesa del destinatario del provvedimento, il quale, anzi, nel caso in cui riceva la notificazione di un provvedimento che contiene pressoché integralmente il materiale probatorio raccolto nelle indagini è certamente favorito nel reperimento dei risultati delle indagini. Quanto meno non deve affrettarsi a chiedere il rilascio di copia degli atti per iniziare a preparare la sua difesa. All'esposizione del materiale indiziario raccolto e di quello che dimostra la sussistenza delle esigenze cautelari, tuttavia, deve seguire la valutazione critica dello stesso. Quest'ultima ben può essere minima o succinta (cfr. – tra le altre – Cass., 33051/2016), soprattutto nel caso di indizi "auto-evidenti"; ma il giudice è tenuto a dare conto della valutazione compiuta (cfr. Cass., 643/2017), senza il ricorso a formule stereotipate (Cass., 38505/2018). La prescrizione della necessaria autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza, contenuta nell'art. 292, co. 1 lett. c) c.p.p., come modificato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, dunque, impone al giudice di trarre dagli atti di indagine e dai mezzi di ricerca della prova le proprie valutazioni, manifestando di aver compiuto il concreto esame della fattispecie oggetto della richiesta di misura cautelare (cfr. – tra le altre – Cass., 13838/2016). [...] Nella redazione del provvedimento, in altri termini, il giudice della cautela deve mostrare i "segni concreti" della valutazione compiuta (cfr. – tra le altre – Cass., 41767/2015). Non è la 'percentuale grafica' di conformità dei contenuti espressivi a determinare il vizio del provvedimento emesso dal giudice per le indagini preliminari (ferma restando l'auspicabile tendenza alla valorizzazione di elaborazioni espressive che rendano, pure in caso di condivisione dei contenuti della richiesta, più chiara l'avvenuta rielaborazione), quanto l'assenza di una percezione visibile di adeguato vaglio critico (cfr. Cass., 5787/2016). In questa prospettiva, ad esempio, non è affatto escluso il ricorso al 'copia e incolla', ma, per esempio, al fine di evitare di ingenerare qualsiasi confusione, gli atti copiati con il mezzo informatico andrebbero indicati esplicitamente, se non evidenziati con diverso carattere ("Si riportano le pag. X e ss. della richiesta del pubblico ministero ...oppure dell'informativa della polizia giudiziaria n. Y

Il «modello legale di motivazione dei provvedimenti cautelari» che emerge dalle interpolazioni operate dalla «legge n. 332 del 1995, meglio precisata dalla legge n. 47 del 2015»¹⁰¹⁰, è un modello motivazionale caratterizzato da un ordito giustificativo sempre «più serrato»¹⁰¹¹.

Considerazioni analoghe possono svolgersi per la trama contenutistica della sentenza dibattimentale. La riforma Orlando (l. n. 103 del 2017), invero, ha infittito l'onere di motivazione, scomponendolo ancora più analiticamente. Dei requisiti dell'art. 546 c.p.p. (*i.e.* intestazione, generalità, imputazione, conclusioni delle parti, enunciazione dei motivi, dispositivo, data e sottoscrizione)¹⁰¹² è stata in particolare arricchita la lettera e)¹⁰¹³.

...»). L'incorporazione di questi atti dovrebbe essere seguita da commenti del giudice, con i quali si esprime il giudizio su tali elementi, sottolineandone il valore probatorio ovvero escludendone la portata dimostrativa. La chiosa è, di per sé, un indice del fatto che gli atti richiamati o incorporati sono stati adeguatamente ponderati dal giudicante. Appare altresì auspicabile, in alternativa o in aggiunta ai 'segnali' dell'autonoma valutazione dapprima indicati, la redazione di punti di sintesi relativi ai gravi indizi di colpevolezza e alle esigenze di cautela relativi a ciascun imputato e a ciascuna imputazione (cfr. – ad esempio – Cass., 3289/2015). In tale caso, gli opportuni riferimenti agli elementi di prova illustrati, come pure l'indicazione delle pagine del provvedimento in cui sono riportati, rivelano senza alcun dubbio l'approfondimento critico compiuto. Il richiamo agli atti del procedimento, in ogni caso, non può essere generico (del tipo, ad esempio, "cfr. l'informativa della polizia giudiziaria n. ..."), ma deve essere preciso ("si veda pagina X dell'informativa n. Y"). Nell'ipotesi frequente di provvedimenti cautelari di notevoli dimensioni, per numero di imputazioni o di indagati, appare indispensabile una rigorosa progettazione della struttura, se non la compilazione di un indice. Quest'ultimo, se per un verso potrebbe spingere le parti a una consultazione selettiva, che potrebbe far perdere la visione d'insieme del provvedimento, per altro verso è un chiaro indice del rigore logico e dell'approfondimento con il quale il giudice ha vagliato il materiale offerto dalla pubblica accusa. L'ordinanza cautelare, comunque, deve essere considerata nel suo complesso, prescindendo dalla sua struttura formale e dalla sua eventuale suddivisione in paragrafi dedicati all'analisi di singoli reati. Il vaglio critico in ordine a un singolo reato, pur mancando un paragrafo specifico allo stesso dedicato, può essere contenuto in altre parti del provvedimento, anche riferibili ad altre fattispecie criminose (Cass., 3067/2017, dep. 2018). La strutturazione in capitoli e in paragrafi, tuttavia, evita che il provvedimento sia percepito come una mera raccolta di 'carte'».

¹⁰¹⁰ TONINI P., *Manuale*, cit., 460.

¹⁰¹¹ MARANDOLA A., *Ambiti e limiti*, cit., 1669.

¹⁰¹² Sul punto, v. – *ex plurimis* – D'AMBROSIO M., *Art. 546 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (coordinato da) M. CHIAVARIO, Torino, 1991, 587-592 e DIDI A., *Art. 546 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di) GIARDA A. – SPANGHER G., Milano, 2017, 2746-2747.

¹⁰¹³ Sull'intervento legislativo, *ex multis*: BARONE G., *L'onere di motivazione dopo la riforma Orlando. La ratio e le novità dietro le (tante) ripetizioni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2018, 397 ss.; BASSI A., *Come cambia la motivazione della sentenza con la riforma Orlando*, in www.ilpenalista.it, 12 luglio 2017; CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, in AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) L. GIULIANI – R. ORLANDI, Torino, 2018, 297 ss.; CATERINI M., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2019, 334-335 («Il nuovo testo della norma codicistica – com'è noto introdotto con l. 23 giugno 2017, n. 103 – sebbene non brilli per chiarezza, arricchisce la sentenza nei suoi contenuti» [334]); DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e, cit.*, 241 ss.; IASEVOLI C., *Motivazione e filtri di ammissibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 446 ss.; GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando*, cit., 185-190; LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2018, 3; MAFFEO V., *La motivazione della sentenza. Art. 1, co. 52 L. n. 103 del 2017*, in *Arch. pen.*, 22 maggio 2018; PALMA A. U., *Agnosticismi metodologici nel redde rationem giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4831 (il quale parla di «ordine 'espositivo-reticolare' delle *rationes decidendi*»); PECORELLA G., *Più luci che ombre nella riforma della motivazione e dell'appello penale*, in *Cass. pen.*, 2019, 481-482; RIGO F., *La struttura della sentenza secondo la legge di riforma n. 103 del 2017*, in *Giur. it.*, 2017, 2279 ss.; SURACI L., *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di*

Se *pre novam* si richiedeva “la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie”, *post novam* si richiede “la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo: 1) all’accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all’imputazione e alla loro qualificazione giuridica; 2) alla punibilità e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell’articolo 533, e della misura di sicurezza; 3) alla responsabilità civile derivante dal reato; 4) all’accertamento dei fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali”.

In buona sostanza, all’interno della novellata lettera e) dell’art. 546 c.p.p. – «cuore pulsante della sentenza»¹⁰¹⁴ – vengono letteralmente riportati gli artt. 192, co. 1 e 187 c.p.p., due previsioni che, a dire il vero, erano già – o comunque dovevano già essere – considerate nel fisiologico dispiegarsi dell’obbligo di *reddere rationem*. Con ciò si conferma, da un lato, la “complementarità”¹⁰¹⁵ tra l’art. 192 c.p.p. e l’art. 546 c.p.p., vale a dire la stretta correlazione tra giudizio e prova¹⁰¹⁶. Dall’altro lato, si evidenziano i profili – quelli di cui all’art. 187 c.p.p. – sui quali l’accertamento deve esercitarsi e renderne poi espressamente conto¹⁰¹⁷. Una sorta di tracciato legale, in cui i “risultati acquisiti” si riversano sugli aspetti giuridici che il decisore non può

procedura penale e Ordinamento penitenziario, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 221 ss.; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 122-126 e 139-142.

¹⁰¹⁴ ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 126.

¹⁰¹⁵ Sulla complementarità tra artt. 192, co. 1 e 546, co. 1 lett. e) c.p.p. v., ad es.: DIDI A., *Art. 546 c.p.p.*, cit., 2752; IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 768; TONINI P., *Manuale*, cit., 763-764.

¹⁰¹⁶ Sottolinea come venga altresì confermata l’impostazione dialogica della motivazione, strutturata sul principio del contraddittorio (che si concretizza tramite la necessità di indicare le ragioni per cui non si ritengono attendibili le prove contrarie), SURACI L., *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, cit., 228. In materia, v. altresì: CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 309-311 e 318-319; IASEVOLI C., *Motivazione e filtri di ammissibilità*, cit., 448; MAFFEO V., *La motivazione della sentenza*, cit., 2-3 e 10 («Il rapporto tra contraddittorio e motivazione risulta rafforzato ed esteso a tutti i settori di interesse, non solo ai profili della responsabilità penale, ma anche a quelli della punibilità e del trattamento sanzionatorio, alle tematiche della responsabilità civile e alle questioni relative all’applicazione delle norme processuali»); MARANDOLA A., *L’appello riformato*, Padova, 2020, 107-110; NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell’atto motivazione*, cit., 341; RIGO F., *La struttura della sentenza*, cit., 2281 («È indubbio che la riforma ha accentuato il carattere dialogico della sentenza, la cui motivazione deve tener conto delle argomentazioni svolte dalle parti alle quali il giudice deve dare adeguata risposta, *modus procedendi* che costituisce il presupposto funzionale per una efficace applicazione dell’art. 581 c.p.p.»); ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., XI-XII e 233-234.

¹⁰¹⁷ Parla di «maggior spettro operativo» dell’obbligo di motivazione, a fronte del fatto che «il testo [dell’art. 546 c.p.p.] adotta la formula dell’art. 187 c.p.p.», MAFFEO V., *La motivazione della sentenza*, cit., 2. Analogamente, ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 233.

mancare di apprezzare e rappresentano l'esito di un ragionamento argomentativo svoltosi sulla base dei "criteri (o parametri di riferimento) adottati". Ecco quel che si va a dettagliare.

A ben vedere, tuttavia, anche ieri occorre passare necessariamente in rassegna – cioè, giudicare e giustificare – i) l'accertamento del fatto e delle circostanze di cui all'imputazione, ii) la punibilità e la determinazione della pena, nonché della misura di sicurezza, iii) la responsabilità civile e iv) i fatti utili all'applicazione di norme processuali.

Non si tratta, allora, né si trattava, di profili esclusivi dell'apprezzamento decisorio. E non si tratta, né si trattava, di profili necessariamente presenti in ogni fattispecie. Non per forza, infatti, ci si pronuncia sempre sulla determinazione della pena: lo si fa soltanto in caso di condanna. Né, in caso di condanna, trova sempre applicazione una misura di sicurezza, anzi. Non è parimenti detto che ci si debba per forza esprimere in merito alla responsabilità civile: magari, in quel processo, non è stata sollevata alcuna domanda al riguardo.

Si tratta, però, e per l'appunto già si trattava (o meglio: avrebbe dovuto trattarsi, posto che il legislatore è intervenuto anche per rimediare ad alcune di queste mancanze pratico-operative), di vagliare *effettivamente* tali aspetti. Il giudice, ad esempio, deve sempre prendere in considerazione se, nel caso sottoposto alla sua attenzione, debba o meno pronunciarsi sulla responsabilità civile. Se non è stata presentata alcuna specifica domanda al riguardo, allora non è tenuto a scrivere una riga sul punto. Se, invece, la domanda è stata avanzata, allora è chiamato a valutarla esplicitando le ragioni – probatoriamente sostenute – per cui sceglie di accoglierla o di rigettarla (ad es., dichiarandola inammissibile)¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁸ Cfr. MAFFEO V., *La motivazione della sentenza*, cit., 17-18 («Qualora, poi, vi sia stata costituzione di parte civile, il giudice della condanna, o il giudice dell'impugnazione nelle ipotesi di cui all'art. 578 c.p.p., deve dare conto delle statuizioni civili, che formano un capo autonomo della decisione, in particolare motivando sulla sussistenza del nesso tra la condotta illecita accertata e il danno lamentato dalla parte civile. Se in forza dell'art. 185 c.p. vi è necessaria coincidenza tra la condotta di reato e quella produttiva di responsabilità civile e, dunque, l'accertamento dei fatti costitutivi della responsabilità penale è titolo per l'affermazione anche di quella civile, il giudice dovrà fornire motivazione in merito alla sussistenza del nesso di causalità tra fatto reato e danno civilistico; dovrà altresì indicare i criteri seguiti per la determinazione dell'ammontare del danno, patrimoniale e non patrimoniale, oppure della provvisoria, qualora ritenga di non essere in grado di liquidare integralmente il danno patito dal danneggiato, nonché delle spese processuali di cui è richiesta la rifusione. La completezza che oggi richiede l'art. 546 c.p.p. esige che il giudice fornisca motivazione in merito a tutte le questioni eventualmente dedotte dalle parti (come ad esempio il concorso di colpa nella realizzazione del danno), nonché dei criteri seguiti per la liquidazione delle spese e degli eventuali danni. Va infine argomentata ogni decisione riguardante le ulteriori questioni oggetto della pronuncia, come quelle concernenti la richiesta di esclusione della parte civile o del responsabile civile se non già decise e argomentate con ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 491 c.p.p. Nel caso in cui, poi, sia presente anche il responsabile civile, la motivazione dovrà necessariamente contenere anche l'indicazione delle fonti in ragione delle quali, secondo le leggi civili, è originata l'obbligazione del terzo»). Sul punto, v. altresì: CAMON A – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 607; RIGO F., *La struttura della sentenza*, cit., 2280-2282; SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., 711-712; TONINI P., *Manuale*, cit., 775-776.

Ma dato che si è ripetuto quel che già era – o avrebbe comunque dovuto essere, esistendo già sia l’art. 192, co. 1 che l’art. 187 c.p.p.¹⁰¹⁹ – si è dunque davanti a un “pleonasma legislativo”?

Giuridicamente parlando, all’azione parlamentare – pur criticandola, altresì con mezzi in grado di toglierle efficacia (v. questione di legittimità costituzionale) – un valore il giurista è ‘costretto’ a riconoscerglielo¹⁰²⁰. E, anche al di là di questa necessità giuridico-sistemica di portata ordinamentale, l’efficacia dell’innesto normativo *de quo* – lo si ritenga ridondante oppure no¹⁰²¹ – si ricava dalle conseguenze a esso ricollegabili.

¹⁰¹⁹ V., ad es., DI PAOLO G., *L’art. 546 comma 1 lett. e*, cit., 257 e 259-260 («È utile ricordare come l’apparato argomentativo della sentenza fosse minuziosamente regolato dalle norme del codice di rito vigente, sia in estensione che in profondità, già da prima della riforma Orlando. Dottrina e giurisprudenza erano infatti concordi nel ritenere che l’intelaiatura della motivazione della sentenza andasse desunta facendo leva non soltanto sull’art. 546 c.p.p., ma anche valorizzando le altre norme processuali relative all’esposizione dei motivi della decisione e del ragionamento probatorio. [...] Punto fermo degli approdi dottrinali e giurisprudenziali in materia era l’assunto che il giudice, per assecondare gli obblighi giustificativi derivanti dal modello normativo di motivazione desumibile dal collegamento delle varie norme processuali già menzionate (artt. 192, 526, 546 lett. e), 606, comma 1, lett. e) fosse tenuto a esplicitare le linee seguite nel ragionamento probatorio, in particolare il canone argomentativo utilizzato per passare dal fatto noto al fatto ignoto. Del pari, era dato per acquisito che imponendo al giudice di illustrare le ragioni della ritenuta inattendibilità delle prove contrarie, il legislatore del 1988 avesse dimostrato di recepire uno specifico modello d’argomentazione razionale, organizzato in forma dialettica. [...] Ciò premesso, la principale differenza rispetto all’impostazione originaria del codice Vassalli è dunque da ravvisarsi nella fonte di riferimento: se prima della recente novella all’interprete era chiesto di “estrarre” il modello normativo di motivazione dal collegamento di varie norme, ora la descrizione dell’ordito argomentativo è racchiusa per intero nell’art. 546 lett. e), che diviene per così dire “autosufficiente”») e ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 132, nt. 59 e 151 («A ben guardare, anche prima della riforma il giudice aveva l’obbligo ai sensi dell’art. 125 c.p.p. di motivare ciascuno dei punti esplicitati nel nuovo testo dell’articolo in esame. La portata della novella, con riferimento a tale aspetto, è da considerarsi più “esplicativa” che “innovativa”. [...] In chiave di sintesi, possiamo pacificamente affermare che la riforma dell’art. 546 c.p.p., nel rimodulare la struttura della motivazione, abbia seguito due direttrici: a) da un lato, importando la formula già impiegata nel primo comma dell’art. 192 c.p.p., ha implementato l’obbligo di motivazione imposto al giudice, sostituendo alla generica “indicazione delle prove” a sostegno della decisione una più accurata “indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione adottati”; b) dall’altro, importando la formula già impiegata dall’art. 187 c.p.p., ha ampliato l’estensione dell’obbligo di motivazione, prevedendo che il giudice debba soffermarsi in modo puntuale sull’accertamento del fatto e delle circostanze descritte nell’imputazione, sulla loro qualificazione giuridica, sulla punibilità, sul trattamento sanzionatorio, sulla responsabilità civile e sull’accertamento dei fatti da cui dipende l’applicazione delle norme processuali»).

¹⁰²⁰ Arg. ex art. 1367 c.c. (“Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”). La disposizione relativa alla “conservazione del contratto” rappresenta, a nostro parere (ma non solo a nostro parere, ovviamente), un volano per la “conservazione *tout court* delle previsioni e degli atti giuridici”. La validità della legge (così come dei provvedimenti amministrativi o giudiziari) può essere criticata e altresì avversata con le procedure legalmente previste, quale il vaglio di costituzionalità (oppure, per ciò che concerne le pronunce dell’Amministrazione o del giudice, il sistema dei ricorsi e delle impugnazioni). Allorché un atto giuridico (*lato sensu* inteso) esiste, questo non può essere bypassato a piacere e *d’emblée*. Eventualmente, ci sono legittime modalità (procedurali) per farlo; ed è una pratica non solo eticamente discutibile ma proprio illegittima quella di non tener conto dell’esistenza di tale atto (normativo o d’altro genere) e, facendo finta di nulla, non applicarlo.

¹⁰²¹ V. PECORELLA G., *Più luci che ombre*, cit., 482: «Poco importa stabilire se la nuova formula dell’art. 546 c.p.p. abbia dettato un più stringente onere motivazionale o si riduca a un semplice *restyling* di quanto era già previsto dal combinato disposto degli artt. 546, 192 e 187 c.p.p. Il legislatore ha voluto richiamare i giudici a una più rigorosa stesura della motivazione delineando un modello che deve sempre guidare la mano di chi scrive la sentenza».

In primo luogo, e pragmaticamente parlando: le ricadute in punto di controllo. Le modifiche intervenute creano una lente focale su alcuni dei contenuti della decisione. Definendo uno schema vincolante¹⁰²² al quale il giudice deve rifarsi, si facilita il vaglio del suo operato¹⁰²³. La sentenza che non rispetti questo schema è viziata (cfr. art. 606, co. 1 lett. c) ed e) c.p.p.). In quest'ottica, da un lato, si introduce un motivo ulteriore tra i motivi spendibili dalle parti in sede d'impugnazione e, dall'altro lato, si irrigidisce nondimeno il filtro giudiziale di inammissibilità sia in grado d'appello che in Cassazione nei confronti, rispettivamente, dell'atto e del ricorso.

In secondo luogo, vi sono gli effetti interpretativi. La riforma Orlando, al pari di qualsiasi altra legge, è interpretabile alla luce della sua *ratio* (v. art. 12 preleggi). In questo caso, l'intento del legislatore è pacificamente quello di costruire un modello di motivazione analitica¹⁰²⁴, affinché –

¹⁰²² Con “schema vincolante” intendiamo dire che il giudice è per l'appunto “vincolato” a seguire un itinerario di giudizio e di giustificazione, non potendo evitare di soffermarsi su alcune tematiche e renderne espressamente conto. Ma, rispetto a tali tematiche, il giudice resta ovviamente libero di apprezzare e riempire contenutisticamente gli argomenti che le compongono in base alle peculiarità – storiche e giuridiche – della vicenda in esame. Si tratta di un vincolo di metodo: “per giudicare, bisogna valutare e poi motivare la valutazione compiuta riguardo *quantomeno* alcuni determinati profili argomentativi salienti della fattispecie in esame”. Il giudizio e la sua relativa giustificazione devono passare *perlomeno* da questi punti argomentativi, fermo restando che è certamente possibile – anzi, necessario (posto che gli “argomenti da motivazione rafforzata” non esauriscono l'intero *thema decidendum*) – prendere in considerazione anche altri aspetti della faccenda – storica e giuridica – sulla quale si è chiamati a pronunciarsi.

¹⁰²³ NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 343: «L'obbligo, per il giudice, di seguire questi “snodi” motivazionali [*i.e.* quelli di cui all'art. 187 c.p.p., oggi inseriti nella trama narrativa dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p., da concretizzare sulla scorta delle prescrizioni di cui all'art. 192, co. 1 c.p.p., innestato – anch'esso – nell'ordito dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p.] – anche se non è prevista una sanzione specifica che non sia, per la parte, il ricorso per vizio di motivazione e, per il giudice, quella disciplinare ricavabile dall'art. 124 c.p.p. – oltre che riflettere l'obbligo in capo all'impugnante di formulare motivi specifici in sede di impugnazione ex art. 581 c.p.p., sicuramente più agevole in virtù degli snodi motivazionali che deve contenere la sentenza, si prefigge lo scopo di ridurre le ipotesi di ricorso per cassazione per vizio di motivazione dell'apparato della sentenza – ipotesi molto frequente e, quindi, ancillare a deflazionare il carico di lavoro della Corte di cassazione – sempre che il giudice nel motivare in ordine a quanto impone la nuova lett. e) non incorra in vizi sul piano della logicità e della coerenza».

¹⁰²⁴ In particolare, «la necessità di una motivazione espressa» (CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 314) si rinviene nella *Relazione* al d.d.l. AC n. 2798 del 2014 (https://giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=hOpT1VZbc-8L3-K4bG6friEd?contentId=SAN1114627&previousPage=mg_1_2), ove si afferma di «ispira[rsi] innanzitutto all'esigenza di costruire, nel contesto del libero convincimento del giudice, il modello legale di motivazione ‘in fatto’ della decisione, nella quale risulti esplicito il ragionamento probatorio sull'intero spettro dell'oggetto della prova, che sia idoneo a giustificare razionalmente la decisione secondo il modello inferenziale indicato per la valutazione delle prove. Solo la motivazione in fatto, rigorosamente costruita con riguardo alla tenuta sia informativa che logica della decisione, può costituire l'effettivo paradigma devolutivo sul quale commisurare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione, con specifico riferimento alle parti della decisione alle quali si riferisce l'impugnazione, nonché alle prove di cui si deduce l'omessa assunzione o erronea valutazione». A tal proposito, ricorda MAFFEO V., *La motivazione della sentenza*, cit., 2-3 (ma v. anche MARANDOLA A., *L'appello riformato*, cit., 106-107 e ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 131) che si sono «fedelmente recepit[i] i lavori della c.d. “Commissione Canzio”, ossia della Commissione ministeriale presieduta dal Dott. G. Canzio e istituita con d.m. 10 giugno 2013 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale. Peraltro, prospettazioni analoghe si ritrovano già nei lavori della “Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale” presieduta dal Prof. G. Riccio, istituita con d.m. 27 luglio 2006. In particolare nella direttiva 25.1 si afferma: “si è previsto di articolare maggiormente la sentenza così

sempre di più rispetto al passato – si possa «rendere compiutamente conto delle ragioni per le quali ogni questione attinente all'accertamento penale [sia] stata in un determinato modo definita»¹⁰²⁵. La struttura motivativa della sentenza traccia un sentiero, anche se in termini (forse) ancora troppo generici¹⁰²⁶, per l'attività giurisdicente: «alcuni passaggi necessitati»¹⁰²⁷. Un seminato in cui sono segnate le (macro-)tematiche imprescindibili intorno alle quali occorre soffermarsi¹⁰²⁸.

da prefigurare una sorta di schema legale vincolato, nel quale possano essere ricompresi tutti gli elementi decisori e gli snodi motivazionali. Questo elemento dovrebbe costituire la premessa per un più penetrante controllo di ammissibilità ex artt. 581 e 591 c.p.p., sia per una più chiara determinazione del *devolutum*». Attraverso un preciso ordine espositivo il legislatore ha inteso richiamare il giudice affinché ogni aspetto rilevante sia frutto di un'autentica e approfondita riflessione sul materiale probatorio, e dunque la motivazione enunci con accuratezza e rigore il percorso logico della decisione. In tal modo, ovvero mediante il richiamo a una *sequenza ordinata* di esame del *thema decidendum*, si incide sulla formazione del convincimento, perché si pongono le condizioni di una sua maggiore robustezza logica e, in aggiunta, si rende più efficiente il sistema dei giudizi di impugnazione».

¹⁰²⁵ SURACI L., *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, cit., 231.

¹⁰²⁶ In tal senso, anche GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando*, cit., 186 e nt. 48 (e, adesivamente, MAFFEO V., *La motivazione della sentenza*, cit., 7-8): «I quattro macro contenitori in cui dovrebbe essere ripartita la motivazione appaiono ancora troppo ampi per fungere da valido spartiacque fra le argomentazioni del giudicante. Si poteva forse pensare a una suddivisione ancor più analitica, che riprendesse uno per uno i singoli 'punti' della decisione. A tal fine poteva essere utile l'elenco esemplificativo a suo tempo redatto dalle Sezioni unite della Cassazione, il quale ricomprende "l'accertamento del fatto, l'attribuzione di esso all'imputato, la qualificazione giuridica, l'inesistenza di cause di giustificazione, la colpevolezza e, nel caso di condanna, l'accertamento delle circostanze aggravanti e attenuanti e la relativa comparazione, la determinazione della pena, la sospensione condizionale di essa e le altre eventuali questioni dedotte dalle parti o rilevabili d'ufficio" (Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1)». Valgono allora (e ancora) le parole di DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano*, cit., 38, secondo cui «i riferimenti normativi al contenuto della sentenza riguardano macro-aree di contenuto, il profilo formale complessivo e i requisiti costitutivi minimi (l'assenza di alcuni dei quali, come punti del dispositivo o la motivazione, comporta la nullità della sentenza stessa). Alla precisa normazione della forma del provvedimento non corrisponde un'analoga previsione sui contenuti specifici o sulle modalità di stesura del testo, che è un atto creativo e ogni volta unico del giudice». Il Consiglio Superiore della Magistratura (con *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 8) ritiene invece che «il nuovo disposto normativo focalizz[i] con precisione l'ambito dell'ordito argomentativo. Infatti, il legislatore definisce l'*iter* argomentativo che il giudicante deve seguire nello stendere la motivazione, avendo indicato in modo esauriente i quesiti cui il medesimo deve dare risposta nel *decisum*. È, dunque, necessario, ma, si badi bene, è anche sufficiente, che il giudice motivi quanto all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica, nonché in ordine alla punibilità, alle modalità di determinazione della pena e della misura di sicurezza; in caso di costituzione di parte civile, quanto alla responsabilità civile derivante dal reato. Infine, occorre dar conto delle vicende processuali e delle ragioni per cui si sono tenute determinate decisioni in punto di applicazione di norme processuali. Il legislatore, inoltre, detta anche istruzioni di metodo, nel senso che nel far ciò il giudicante deve indicare i risultati acquisiti, i criteri di valutazione della prova adottati (elemento di novità rispetto alla formulazione previgente), nonché enunciare le ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie. Al contempo, tale disposizione richiede che l'esposizione [sia] "concisa". La concisione si coniuga necessariamente con la completezza della motivazione, con la sua fedeltà ai dati probatori, con la sua logicità. Requisiti tutti che formano un valore complessivo inestimabile: la stabilità della decisione. In altri termini, concisione, chiarezza, sinteticità, essenzialità, proporzionalità, adeguatezza costituiscono il DNA della motivazione dei provvedimenti del giudice del terzo millennio».

¹⁰²⁷ TONINI P., *Manuale*, cit., 761.

¹⁰²⁸ Com'è stato condivisibilmente scritto, il legislatore «ha scandito i temi che il giudice deve toccare nel suo discorso giustificativo» (CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 609): sicché può dirsi che «la nuova lettera e) fornisce una precisa mappa dei temi/punti su cui il giudice dovrà soffermarsi nella stesura del proprio discorso argomentativo, che corrispondono ai quesiti a cui il medesimo dovrà dare risposta nel *decisum*» (DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e*, cit., 261).

In terzo luogo, la rivisitazione organica – e altresì grafica¹⁰²⁹ – dell'apparato giustificativo del provvedimento, volta a rafforzare l'obbligo di motivazione, vale pure come sprone etico e morale per il giudicante a farsi comprendere nella razionale argomentata spiegazione della decisione assunta¹⁰³⁰.

Ed è qui, in rapporto alla (esortata) trasparenza dell'agire giudiziale¹⁰³¹, che ci possiamo ricollegare alle altre due recenti occorrenze storiche che abbiamo detto essere di sostegno alla nostra ricostruzione, secondo la quale una delle «*tendenze evolutive* dell'ordinamento processuale nel suo complesso»¹⁰³² consiste nel fatto che l'onere motivazionale è andato, negli anni, e si va tuttora facendo progressivamente più specifico¹⁰³³.

¹⁰²⁹ Al riguardo, v.: NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 359 («La novità di maggior rilievo è costituita dall'introduzione di un modello standard di motivazione che si articola in quattro parti, ciascuna delle quali ha a oggetto specifici punti della decisione. Sembra verosimile che nelle intenzioni del legislatore dette parti debbano risultare ben distinte anche graficamente nel corpo della sentenza»); ONDELLI S., *La sentenza penale*, cit., 81 (il quale, *ante* riforma Orlando e con speciale riguardo al versante linguistico, ha osservato che, «sebbene il codice di procedura non preveda la necessità di segnalare tipograficamente la suddivisione interna della sentenza, ai vari elementi indicati dal primo comma dell'art. 546 corrisponde un'impostazione grafica del periodare che ne evidenzia i diversi nuclei informativi»); PECORELLA G., *Più luci che ombre*, cit., 481 («Il giudice dovrà, anche graficamente, dividere la sentenza in capitoli che corrispondano agli argomenti elencati nell'art. 546 c.p.p. In ciascuno di questi capitoli dovranno trovare applicazione i criteri indicati nella prima parte della lett. e) dello stesso articolo»); RIGO F., *La struttura della sentenza*, cit., 2279-2280; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 233.

¹⁰³⁰ DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e*, cit., 263-264; GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando*, cit., 186 («Rendendo più chiara e schematica la struttura della motivazione, si auspicava di aumentare l'intelligibilità del suo contenuto e facilitare così, fra l'altro, l'esercizio del diritto di impugnazione e il successivo lavoro del giudice di grado superiore»); MARANDOLA A., *L'appello riformato*, cit., 109; NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 343 («L'art. 1, co. 52 l. 23 giugno 2017, n. 103 ha "irrobustito" la lett. e) dell'art. 546 c.p.p. nella prospettiva di imporre uno schema di motivazione che il giudice è chiamato a seguire. Ciò all'evidente scopo di rendere la decisione il più possibile fedele al processo e di offrire trasparenza al percorso motivazionale del giudice») e 360; PECORELLA G., *Più luci che ombre*, cit., 479 («Lo scopo della nuova norma [*i.e.* art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p.] è quello di rendere la motivazione più completa, più trasparente»); SURACI L., *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, cit., 231; TONINI P., *Manuale*, cit., 761; ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 129 e 133 («Il legislatore ha voluto sensibilizzare il giudice affinché ogni aspetto rilevante sia frutto di una autentica e approfondita riflessione sul materiale probatorio; il giudice, dunque, nella motivazione deve enunciare con accuratezza e rigore il percorso logico della decisione. [...] Prescrivendo l'adozione di un modello strutturale [di motivazione] dal quale risultino, anche graficamente, i punti essenziali sui quali si regge il dispositivo, si è inteso sensibilizzare il giudicante affinché ogni aspetto della decisione sia frutto di un'autentica e approfondita riflessione avente a oggetto il materiale probatorio acquisito»).

¹⁰³¹ Non può invero negarsi che «l'obiettivo di raggiungere un ragionamento giuridico trasparente è strettamente connesso al tema della motivazione e delle tecniche impiegate per redigerla» (FALORNI F., *Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 92).

¹⁰³² NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 351, per la quale «la recente modifica dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. rappresenta l'ultimo tassello di una serie di interventi che hanno in vario modo inciso sulla garanzia costituita dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. Se si volge lo sguardo ad altri settori si vede come norme che impongono un certo stile nella redazione della motivazione siano state previste in più occasioni dall'ordinamento per via legislativa e tramite strumenti di *soft law*».

¹⁰³³ La progressiva tendenza al dettaglio e alla specializzazione (miniaturizzata e miniaturizzante) è, come abbiamo detto, una tendenza storica che investe *anche* il mondo del diritto. In campo penale, l'avanzamento della normativa in tal senso è particolarmente evidente: si pensi all'evolversi della disciplina cautelare; ma non solo. Così, ad esempio, a proposito dell'art. 546 c.p.p. del codice del 1988, Massimo D'Ambrosio osserva trattarsi di una disposizione che

Tanto i protocolli¹⁰³⁴ istituzionali – in particolare, quelli del Consiglio Superiore della Magistratura¹⁰³⁵ – quanto la giurisprudenza si concentrano sull'«*iter* argomentativo che il

«*approfondisce ulteriormente l'esigenza di analiticità nella determinazione dei contenuti della motivazione*, già in parte riconosciuta dai codici del 1930 (art. 474, n. 4) e del 1913 (art. 414), mentre l'art. 323, n. 3 del codice del 1865 parlava genericamente di “motivazione obbligatoria”. Anche nel sistema del nuovo codice la motivazione continua a dover consistere nella “concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto” che fondano la decisione; ma, a questa definizione, ci si preoccupa di aggiungere qualcosa di più specifico, che tocca direttamente il rapporto tra prove e giudizio» (D'AMBROSIO M., *Art. 546 c.p.p.*, cit., 588 – corsivo nostro). E in questa prospettiva, richiamando la novella Orlando, Giovanna Napoletano afferma a sua volta che il nuovo art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. «*approfondisce, ulteriormente rispetto al passato, l'esigenza di analiticità della determinazione dei contenuti della motivazione*» (NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 340-341 – corsivo nostro). Per completezza, segnaliamo che nel «settore del processo civile, con l'adozione della legge 18 giugno 2009, n. 69, il legislatore si è mosso nell'opposta direzione di “allentare” – in una logica puramente deflattiva – gli obblighi motivazionali dell'organo giurisdizionale» e che, sempre «per esigenze deflattive e di speditezza analoghe a quelle avvertite nel settore civile, il citato principio della concisione ha infine trovato riconoscimento anche nell'ambito della giustizia amministrativa, tanto che l'art. 3 del codice del processo amministrativo (c.p.a.) ha sancito un vero e proprio dovere – per il giudice e le parti – di “sinteticità degli atti”. In aggiunta a ciò, va ricordato che l'art. 74 c.p.a. ha previsto espressamente che il giudice, in certi casi e a certe condizioni, possa decidere con “sentenza in forma semplificata”. In tali evenienze, la motivazione può consistere – prosegue la norma – “in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, a un precedente conforme”» (DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e*, cit., 244 e 245-246). A nostro parere, fermo restando che di “motivazione semplificata” si parla anche in materia penale (specie in relazione alle pronunce della Suprema Corte: es. *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16, cit.), non vi è in realtà contraddizione tra la tendenza al dettaglio – alla quale noi ci riferiamo – e la «tendenza [ad] alleggerire gli oneri giustificativi, nella speranza che la redazione in forma “sintetica” e/o semplificata dell'apparato giustificativo contribuisca alla riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti (e, quindi, all'efficientamento del processo, nei vari gradi in cui esso si dipana)» (DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e*, cit., 247). La contrapposizione tra maggiore specificazione (tendenza alla miniaturizzazione o al dettaglio) e minore corposità della pronuncia (tendenza alla semplificazione) è soltanto apparente e si risolve facilmente se si riflette sul fatto che le due cose non si escludono tra loro. Chiedere di semplificare l'esposizione delle ragioni decisorie non impedisce infatti che queste possano – anzi, debbano – comunque articolarsi su profili specifici e determinati, nonché – e proprio perché – decisivi ai fini dell'accertamento. Quel che interessa è che non ci si diffonda su aspetti collaterali della decisione ma che ‘si vada dritti al punto’: che, poi, questo punto decisivo sia più o meno specifico e, quindi, scenda più o meno in profondità e attenga, oppure no, a profili di dettaglio della fattispecie, questo, ai fini della semplificazione, poco importa. L'interesse principale è l'individuazione di quell'aspetto – che non può mancare nella trattazione, sia o non sia esso specialistico – dirimente, da solo o insieme ad altri, per la risoluzione della questione in giudizio, di cui in tal modo si semplifica – ‘andando dritti al sodo’ – la trattazione.

¹⁰³⁴ Sull'impiego di fonti di *soft law* quali i protocolli nell'attuale contingenza storico-giuridica, v. – ad es. – SPANGHER G., *Il “Protocollo” tra il CNF e la Cassazione e il vaglio di inammissibilità dei ricorsi*, in *Giur. it.*, 2018, 2764-2765 («Invero, la presenza di “intese” e di “protocolli” con i quali regolare l'organizzazione giudiziaria, soprattutto delle udienze [sono] presenti da tempo in varie realtà locali. Avvocatura o magistratura definiscono in questo modo alcune questioni legate all'ordinato svolgimento del processo. Con questi strumenti possono essere delineate anche questioni più strettamente procedurali o sostanziali, così da superare incertezze applicative di dati normativi di problematica applicazione. [...] Non può non sottolinearsi il progressivo valore che stanno assumendo i protocolli, le intese le convenzioni nella rimodulazione dei percorsi processuali, al fine di assicurare efficienza al sistema. È, tuttavia, necessario che il loro ruolo non incida sui diritti processuali che devono restare garantiti secondo le indicazioni della legge») e cfr. le riflessioni di LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto*, cit., 132 («Risultano efficaci metodi di disciplina non più fondati sul potere impositivo rigido e sanzionatorio della *hard law*; così, i sistemi democratici vanno aprendosi a configurazioni più orientate alla *moral suasion*, alla *soft law*, a metodi e protocolli di collaborazione e dialogo tra i livelli della produzione normativa primaria e quelli preposti alla cura di *discipline di dettaglio*, intrise di tecnicismo e competenze specialistiche»).

¹⁰³⁵ Ci si potrebbe chiedere perché tali movimenti “riformatori” partano dall'‘alto’ (cioè dagli organi di vertice, quali il Consiglio Superiore della Magistratura e la Cassazione) e non dal ‘basso’ (ovverosia dai giudici di merito)”. A questo

giudicante deve seguire nello stendere la motivazione» e dettagliano questo *iter* «indica[ndo] in modo esauriente [ancorché non esclusivo] i quesiti cui il medesimo deve dare risposta nel *decisum*»¹⁰³⁶.

Le «buone prassi motivatorie»¹⁰³⁷ s'incentrano sugli «snodi logici»¹⁰³⁸ fondamentali della decisione e sono volte a predisporre o comunque a incentivare «una precisa scansione degli argomenti da affrontare nella parte motiva»¹⁰³⁹: una «sequenza ordinata di esame del *thema decidendum*»¹⁰⁴⁰.

Una sequenza ordinata di esame del *thema decidendum* che si struttura in “punti”, i quali corrispondono a dei passaggi valutativo-argomentativi obbligati che il giudice deve attraversare. Il giudice, invero, è tenuto ad affrontare e a risolvere – in modo più o meno approfondito, a seconda dei casi – ogni specifica questione giuridica emergente dai punti in cui, nel complesso, si articola la decisione (nonché la sua giustificazione)¹⁰⁴¹.

interrogativo rispondono LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 76 affermando che «il mutamento deve riguardare sia il giudizio di legittimità che quello di merito: ma esso non può che partire dalla Cassazione, perché spetta a questa Istituzione il compito di giudicare sulle motivazioni delle sentenze di merito, onde non avrebbe senso l'adozione, da parte dei giudici di merito, di criteri di stesura delle motivazioni più agili ed essenziali se essi non trovassero adesione nel successivo controllo esercitato in sede di legittimità».

¹⁰³⁶ *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 8 (con riferimento all'interpolazione dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. operata dalla l. 23 giugno 2017, n. 103). Leggiamo in PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità*, cit., 2791 (corsivo nostro) che, «indiscutibilmente oggi, in un momento in cui tutto è divenuto più complicato e più o meno tutti i settori del diritto tendono a intrecciarsi tra loro e a riarticolarsi secondo nuove polarità, coltivare la capacità di dominare la complessità, e aumentare l'efficacia dei dispositivi di argomentazione che puntano a premiare gli argomenti migliori, in una sintesi razionale e discorsiva, è l'obiettivo al quale si mira».

¹⁰³⁷ *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 1 (corsivo nostro), in cui si fa riferimento a «buone prassi motivatorie che, coniugando sinteticità e completezza, siano espressive di ragionamenti giuridici eminentemente sviluppati per punti essenziali».

¹⁰³⁸ CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 300.

¹⁰³⁹ Sono le parole che GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando*, cit., 186 spendono riguardo all'assetto dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. *post* riforma Orlando. A nostro parere, tuttavia, l'individuazione di «una precisa scansione degli argomenti da affrontare nella parte motiva» è un fenomeno di portata generale e finanche ordinamentale che non si arresta alla sola modifica strutturale della sentenza dibattimentale. Tale fenomeno, come abbiamo appena detto (v. nt. 1033), rientra appieno in quella tendenza al dettaglio in virtù della quale l'approccio verso il mondo e le cose – perciò anche verso il mondo e le cose del diritto – si fa sempre più profondo, specifico e analitico. In questa linea prospettica, l'ulteriore articolazione della sentenza, che impone la «puntuale e scandita illustrazione dei punti affrontati», rappresenta uno “sviluppo”: più precisamente, «un effettivo sviluppo della struttura normativa tipica della motivazione» (ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., XI e 143).

¹⁰⁴⁰ MAFFEO V., *La motivazione della sentenza*, cit., 3. Di nuovo, si tratta di una considerazione concernente l'art. 546, co. 1 lett. e) così come da ultimo modificato, ma – ripetiamo (v. nt. 1039) – tale apprezzamento ci sembra valido in termini giuridico-sistematici.

¹⁰⁴¹ Ci si immagini un sentiero alpino, in cui la via è segnata dalle indicazioni che aiutano l'escursionista ad attraversare ghiacciai o vallate, nevai e crinali, pietraie e passaggi rocciosi ecc. ecc. Oppure si pensi ai segni che, in una foresta, vengono disegnati sul tronco degli alberi per tracciare il sentiero sicuro. Questi “segnavia” non compiono il cammino, che resta opera affidata all'esploratore, ma ‘favoriscono’ e ‘sostengono’ quest'ultimo nel suo tragitto. Bene: trasponiamo queste immagini nel mondo (procedurale) del diritto e, in particolare, proiettiamole sull'obbligo di motivazione. In passato, agli esordi insomma dell'onere motivazionale, i “segnavia” non esistevano. Ieri, questi “segnavia” erano pochissimi e poi son diventati pochi. Oggi, sono di più e si stanno ancora arricchendo. I contorni del

I protocolli¹⁰⁴² e gli ‘atti regolativi interni’¹⁰⁴³ redatti dalle istituzioni forensi e giudiziarie puntellano così il ragionamento giuridico, imponendo che si sviluppi per punti essenziali.

reddere rationem sono infatti sempre di più e sempre più specifici. È come se, all’interno della foresta, gli alberi segnati fossero aumentati. Prima era raro trovarli ed erano molto distanziati tra loro; adesso sono molto più comuni e non così lontani. In tal modo, il viaggiatore trova più punti d’appoggio lungo la propria via. Bisogna però stare attenti a non tappezzare eccessivamente il tracciato: altrimenti, si rischia di perdere l’avventura (cioè, la bellezza) del viaggio. Fuor di metafora: il percorso di giudizio, influenzato dall’analiticità dell’obbligo di motivazione, deve mantenere un fisiologico spazio di discrezionalità entro il quale il giudice è libero di manifestare – di volta in volta, concretizzandola in scienza (normativa) e coscienza (equitativa) – la nobile arte dello *ius dicere*.

¹⁰⁴² A titolo esemplificativo (e non limitatamente all’ambito penalistico), possiamo rammentare il *Protocollo d’intesa* tra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense – *Scrutinio preliminare delle impugnazioni, organizzazione del lavoro, chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti e dei provvedimenti nei giudizi d’appello*, Roma, 19 luglio 2018 (ove si pone l’accento sull’articolazione e sulla «delineazione della struttura delle sentenze e degli atti difensivi, ferma restando la libertà dell’estensore di personalizzare lo schema secondo il proprio stile e le esigenze dettate dalla particolarità del caso esaminato» [2]) e il *Protocollo d’intesa* tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense – *Regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria. Regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale*, Roma, 17 dicembre 2015 (all’interno del quale viene definito un vero e proprio “schema” di “redazione dei ricorsi” [caratterizzato da indicazioni di impaginazione e stampa, tipologie e dimensione del carattere di scrittura, selezione dei margini e dell’interlinea, nonché – ovviamente – profili strutturali (debitamente differenziati tra settore civile [parte ricorrente; parte intimata; sentenza impugnata; oggetto del giudizio; valore della controversia; sintesi dei motivi; svolgimento del processo; motivi di impugnazione; conclusioni; documenti allegati] e settore penale [parte ricorrente; provvedimento impugnato; indicazione della norma incriminatrice; eventuale altro riferimento normativo attinente all’oggetto del ricorso; esposizione dei motivi, ciascuno articolato in i) epigrafe, ii) esposizione e iii) precisazioni; conclusioni; indicazione degli atti oggetto delle censure dedotte con i motivi di ricorso; sottoscrizione; indice degli allegati]), ispirato dalla «ferma consapevolezza che sia più adeguata a rendere efficacemente giustizia una sentenza che abbia una motivazione sintetica e facilmente comprensibile nei diversi passaggi decisionali, piuttosto che una “sentenza trattato”, preoccupata più di “fare dottrina” che di convincere il cittadino, che ne è destinatario, sulla soluzione adottata» (1). A margine di tale protocollo, PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità*, cit., 2788 osserva che si tratta di un atto che si «avvicina al “*contrat de procédure*”, conosciuto all’ordinamento francese, col quale giudici e avvocati decidono di “codificare” prassi autoregolamentate e condivise». Nel merito, Ilaria Pagni afferma che, «a fronte di prescrizioni, dal sapore formale, in punto di caratteri, interlinea e margini da utilizzare, e soprattutto di lunghezza degli atti (5 pagine massimo per lo svolgimento del processo e 30 pagine massimo per l’esposizione dei motivi), il *Protocollo* contiene anche indicazioni che, più o meno consapevolmente, ripercorrono la tassonomia del ragionamento giuridico di matrice retorica» (2791).

¹⁰⁴³ A titolo esemplificativo (e non limitatamente all’ambito penalistico), possiamo rammentare i seguenti atti: *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16, cit. (di cui il Segretario generale, Dott. Giovanni Mammone, «raccomand[a] la massima diffusione tra tutti i colleghi magistrati, in ragione del carattere innovativo dei criteri di redazione introdotti e dalla novità costituita dalla previsione che la capacità di adozione della forma semplificata costituisca uno dei parametri che i Presidenti di Sezione dovranno considerare ai fini della redazione dei rapporti informativi per le valutazioni di professionalità dei colleghi, in occasione delle progressioni di carriera»); *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 136/16 – *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*, Roma, 19 settembre 2016 (ove si afferma che «le modalità di redazione dei provvedimenti possono costituire uno degli strumenti utili per consentire alla Corte [di cassazione; ma il discorso, a nostro parere e *mutatis mutandis* in rapporto alla “diversità di funzioni” (art. 107 Cost.), ha portata generale] di svolgere il proprio ruolo, sia mediante la chiarezza argomentativa delle decisioni, in primo luogo di quelle a valenza nomofilattica, sia mediante la differenziazione delle tecniche motivazionali a seconda che abbiano o meno tale valenza, nonché per ridurre i tempi di definizione dei procedimenti» [1]); *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit. (ove si parla di «quelle buone prassi che, senza naturalmente impingere sul contenuto degli atti giudiziari e giurisdizionali, possano fungere da modelli organizzativi plastici ed efficienti, in grado, dunque, di assicurare al cittadino-utente la migliore risposta giudiziaria possibile per qualità e tempestività del prodotto»); *Delibera CSM – Esame preliminare delle impugnazioni e tecniche di redazione degli atti del giudizio di appello: cooperazione tra il Consiglio Superiore della*

Emergono, per quanto qui d'interesse, modelli di motivazione¹⁰⁴⁴ che si declinano “per problematiche applicative”.

Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense per l'attuazione pratica delle linee guida, Roma, 22 novembre 2017 (ove si dispone «di avviare una interlocuzione con la Scuola Superiore della Magistratura per elaborare percorsi formativi sul tema della “motivazione”, prevedendo anche la formazione di “laboratori sulla motivazione” all'interno di ogni distretto»); *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016 – Prima attuazione delle linee guida in tema di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*, Roma, 20 giugno 2018 (ove può leggersi che «dalla collaborazione con il CNF e dai lavori del Tavolo tecnico è emersa la necessità di elaborare un modello “formale” di sentenza di primo grado e di ricorso in grado di appello, a cominciare dalla decisione di primo grado, per la nota correlazione esistente tra motivi della decisione e motivi di impugnazione. Un *modulo organizzativo* della struttura formale degli atti processuali, *una sorta di format, che contenga dei dati imprescindibili*, una serie di informazioni la cui conoscenza è fondamentale per il giudice di grado superiore, agevolando in tal modo anche la comunicazione tra i gradi della giurisdizione. L'esigenza di fondo, poi formalizzata nella stipula dei Protocolli, è stata quella di individuare i termini di stile e di contenuto di un modello di provvedimento o di atto il più possibile uniforme, che riesca a coniugare i criteri di sinteticità, chiarezza e completezza espositiva, consentendo ai magistrati un lavoro più agile, conservando la garanzia della esaustività del lavoro motivazionale ma rendendo più comprensibile ai cittadini la lettura delle sentenze e ai giudici la lettura degli atti di appello. L'articolazione della sentenza in alcune parti (epigrafe, svolgimento del processo, motivi della decisione e dispositivo) che riportano le scansioni fondamentali del processo, unitamente all'impiego di particolari accorgimenti – ad es. l'uso per i capi di imputazione dei numeri cardinali (per definizione infiniti) invece che di lettere dell'alfabeto; l'utilizzo di singola imputazione per ogni fatto-reato – soddisfano l'esigenza essenziale di un'uniformità di impostazione formale. La completezza di tutti i dati dell'epigrafe (imputato, difensore ecc.) è strumentale a garantire la funzione specifica che la norma assegna a quel determinato requisito. A titolo meramente esemplificativo, la nozione di generalità dell'imputato, contenuta nell'art. 546 c.p.p., va perimetrata all'ampia funzione informativa dell'atto, non essendo tali generalità rappresentate soltanto dai dati anagrafici della persona ma da tutto ciò che serve a identificare l'imputato anche al fine di far pervenire l'atto alla sua effettiva conoscenza. Sempre nell'epigrafe, con riferimento a ogni reato, si possono indicare i dati relativi ai termini di prescrizione, in osservanza delle disposizioni di cui all'art. 165-bis disp.att. c.p.p. (introdotto con l. n. 103 del 2017) che pretende l'indicazione degli atti interruttivi e delle specifiche cause di sospensione del relativo corso, ovvero di eventuali dichiarazioni di rinuncia alla prescrizione. La necessità di declinare in concreto le linee guida formulate dal CSM con la delibera del 5 luglio 2017 e le acquisizioni culturali concordemente emerse dai lavori del Tavolo tecnico e dal relativo confronto, hanno consentito la realizzazione di una significativa sinergia col CNF, conclusasi con la stipula di un Protocollo d'intesa»).

¹⁰⁴⁴ Cfr. *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 9-10: «Il Consiglio avverte l'esigenza di formulare delle linee guida volte all'implementazione di *modelli di motivazione* che, in conformità con il dato legislativo, possano contribuire a prospettare una modalità di redazione dei provvedimenti più moderna e, a sua volta, funzionale a innervare un circolo virtuoso caratterizzato da una migliore redazione degli atti di impugnazione e una maggiore efficacia dell'attività di spoglio da parte del giudice dell'impugnazione. In tale direzione, con specifico riferimento alle modalità formali di esercizio dell'attività giudiziaria (e difensiva) penale, il Consiglio ritiene pertanto di formulare le seguenti linee guida, ispirate al principio per cui la redazione degli atti e dei provvedimenti deve essere improntata alla sinteticità e alla chiarezza. 1) *Circa le modalità di redazione dei capi di imputazione da parte del pubblico ministero* (si tratta di un'attività preliminare che necessariamente ridonda sulle modalità organizzative del lavoro del giudice penale), si segnalano, quali misure opportune e utili, a titolo esemplificativo, quelle di: i) adottare l'indicazione numerica e progressiva dei plurimi e diversi capi di imputazione (l'uso delle – limitate – lettere dell'alfabeto determina conseguenze di farraginosità e confusione, specialmente nei processi complessi, con rischio di errori materiali e dispersione di tempo); ii) evitare i capi di imputazione “narrativi”, ossia quelli che eccedono lo scopo di rappresentare i tratti della fattispecie concreta che riproducono la struttura del reato contestato, inglobando una serie di informazioni attinenti a profili inessenziali dell'addebito; iii) evitare i capi di imputazione cumulativi, cioè quelli nei quali viene data un'unitaria descrizione dei fatti in concreto contestati, ma con l'indicazione di più norme incriminatrici (nella prospettiva implicita, o dichiarata, del concorso formale o materiale della continuazione), provvedendo alla redazione autonoma di un capo di imputazione per ciascun reato; iv) individuare con precisione il tempo di consumazione e la natura istantanea o meno del reato. 2) *Circa le modalità grafiche e di impostazione strutturale del testo della*

In tal senso, sull'«articolazione del provvedimento» e sulla «delineazione» della sua struttura, «ferma restando la libertà dell'estensore di personalizzare lo schema secondo il proprio stile e le esigenze dettate dalle particolarità del caso esaminato»¹⁰⁴⁵, è ad esempio significativo il *Protocollo d'intesa* stipulato tra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense nel luglio 2018 (il cui oggetto recita: “Scrutinio preliminare delle impugnazioni, organizzazione del lavoro, chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti e dei provvedimenti nei giudizi d'appello”). All'interno di tale accordo, le parti – dopo aver convenuto che «l'obiettivo è quello di implementare la cultura organizzativa, incentivando in tal modo l'uso di metodologie di lavoro appropriate e auspicando che i modelli, organizzativi dei ruoli e degli atti processuali, di cui ai successivi punti e di cui agli schemi funzionali allegati, possano essere recepiti e ridisegnati a seconda delle esigenze proprie di quel distretto» (art. 1)¹⁰⁴⁶; le parti, dicevamo, – definiscono tra l'altro la «struttura delle sentenze di primo e secondo grado», tanto per il settore civile (art. 5) quanto per il settore penale (art. 6)¹⁰⁴⁷.

Esemplando su questi format o schemi argomentativo-decisori, all'art. 6.2 del *Protocollo* – da leggersi in combinato con l'art. 6.3 (“struttura degli atti difensivi”) – troviamo scritto quanto segue:

«Si suggerisce l'adozione di un modello che preveda:

motivazione della decisione si palesa utile che, in merito allo svolgimento del processo, trovi spazio la precisa indicazione dei rinvii determinanti la sospensione dei termini di prescrizione o dei termini di custodia cautelare. Sembra inoltre opportuno che si provveda alla numerazione delle pagine, nonché alla suddivisione del testo in paragrafi e sotto-paragrafi progressivamente numerati (i primi corrispondenti ai “punti” della decisione; i secondi alle “questioni” rilevanti per il singolo punto). Tale tecnica risponde alle potenzialità che il SICP può sviluppare e assolve contemporaneamente a tre importanti funzioni: i) aiuta l'estensore a seguire un percorso logico-giuridico adeguato al caso; ii) permette al giudice dell'impugnazione un puntuale esercizio della possibilità di adottare, ricorrendone le condizioni, la motivazione *per relationem*; iii) costituisce il presupposto necessario di atti di impugnazione con motivi effettivamente specifici e richieste puntuali e altrettanto specifiche. 3) *Con particolare riguardo alla sentenza d'appello* si suggerisce che essa si caratterizzi innanzitutto per una struttura concisa e puntuale delle risposte agli specifici motivi d'appello, preceduta dall'indicazione dei dati essenziali della vicenda processuale, con riguardo ai punti della decisione censurati con i motivi d'appello. In generale, tali dati essenziali sono: i) l'imputazione e il suo contesto; ii) il dispositivo di primo grado; iii) l'indicazione delle prove sulla cui base il primo giudice ha concluso per l'affermazione o per la negazione della responsabilità; iv) la definizione del trattamento sanzionatorio; v) i fatti processuali rilevanti. Per queste ragioni, la suddivisione in paragrafi e sotto-paragrafi assicura una più efficace e solida motivazione della sentenza d'appello; 4) *Con particolare riguardo alle modalità di trasposizione nel testo della motivazione del contenuto di atti di prova o di precedenti provvedimenti, intervenuti nel corso del procedimento*, va rimarcata l'opportunità che la trasposizione di verbali di dichiarazioni o del contenuto di conversazioni intercettate dev'essere corredata da un'adeguata pertinente valutazione critica dei contenuti, funzionale alla decisione. Servente a una migliore redazione dei provvedimenti giudiziari è, infine, un'adeguata organizzazione dei ruoli, che consenta momenti di peculiare opportunità di approfondimento. In particolare, la pianificazione di udienze dedicate alla trattazione di medesime questioni giuridiche – *una casistica non tanto per tipologia di reato quanto per problematiche applicative* – può permettere uno studio specifico più approfondito delle articolate problematiche giuridiche e, quindi, in un'ottica di migliore utilizzazione della risorsa tempo, contribuire all'implementazione di modelli di motivazione semplificata».

¹⁰⁴⁵ *Protocollo d'intesa – Scrutinio preliminare delle impugnazioni*, cit., 2.

¹⁰⁴⁶ *Protocollo d'intesa – Scrutinio preliminare delle impugnazioni*, cit., 2.

¹⁰⁴⁷ *Protocollo d'intesa – Scrutinio preliminare delle impugnazioni*, cit., 3-9.

- a) l'articolazione della sentenza in alcune parti (epigrafe, svolgimento del processo, motivi della decisione e dispositivo) con le scansioni fondamentali del processo, unitamente all'impiego di particolari accorgimenti (ad es.: l'uso per i capi di imputazione dei numeri cardinali – per definizione infiniti – invece che di lettere dell'alfabeto);
- b) utilizzo di singola imputazione per ogni fatto-reato;
- c) completezza di tutti i dati dell'epigrafe (imputato, difensore ecc.) comprensivi di tutto ciò che serve a identificare l'imputato, anche al fine di far pervenire l'atto alla sua effettiva conoscenza;
- d) sempre nell'epigrafe, con riferimento a ogni reato, si possono indicare i dati relativi ai termini di prescrizione, in osservanza delle disposizioni di cui all'art. 165-*bis* disp.att. c.p.p. (introdotto con l. n. 103 del 2017) che pretende l'indicazione degli atti interruttivi e delle specifiche cause di sospensione del relativo corso, ovvero di eventuali dichiarazioni di rinuncia alla prescrizione.

Nel rispetto dell'effettività del contraddittorio, appare opportuno il suggerimento dell'adozione di criteri di redazione degli atti che, senza entrare nel merito delle scelte difensive, consentano la loro più agevole e fruibile lettura anche nella prospettiva di un più efficiente raccordo tra atti e decisione, destinato a riverberarsi in una migliore qualità complessiva del servizio, con ricadute positive anche nell'eventuale successivo giudizio di legittimità. È auspicabile che l'atto difensivo sia improntato a una scrittura redazionale, che si rapporti alla struttura del provvedimento impugnato e si articoli in due parti essenziali: l'epigrafe con indicazione dei dati relativi al provvedimento impugnato e dei capi e punti della decisione oggetto del ricorso e i motivi che conterranno l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. L'impugnazione deve dunque illustrare in maniera specifica e attraverso una critica mirata i singoli capi e punti della decisione che sono oggetto di censura e deve trarre dalla sentenza di primo grado gli spazi argomentativi della domanda volta a ottenere una pronuncia corretta in diritto e in fatto. Per "capo" s'intende ciascuna decisione emessa relativamente ad uno dei reati attribuiti all'imputato. *Se per ogni "capo" esiste una pluralità di "punti", essi vanno argomentati in relazione a quanto segue: accertamento del fatto, attribuzione di esso all'imputato, qualificazione giuridica, inesistenza di cause di esclusione dell'antigiuridicità, colpevolezza ed eventuali cause di esclusione della stessa (in base alla ripartizione classica del reato in fatto, antigiuridicità e colpevolezza) e, nel caso di condanna, trattamento sanzionatorio. Il trattamento sanzionatorio comprende l'accertamento della sussistenza delle circostanze aggravanti contestate e delle circostanze attenuanti riconosciute, il relativo giudizio di comparazione, la commisurazione della pena, la sospensione condizionale della stessa, le altre eventuali questioni, sostanziali (cause*

di esclusione della punibilità) o processuali (questioni di nullità di atti, di inutilizzabilità di prove ecc.) dedotte dalle parti o rilevabili d'ufficio».

Ecco che, soprattutto in quest'ultimo passo (i.e. quello evidenziato in corsivo, che peraltro ricalca l'insegnamento delle Sezioni unite Tuzzolino: Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1¹⁰⁴⁸), si delinea «un metodo in base al quale procedere nell'argomentazione»¹⁰⁴⁹.

A ciascun "capo" corrisponde un insieme di "punti", «ognuno dei quali segna un *passaggio obbligato* per la completa definizione»¹⁰⁵⁰ dell'accertamento che si va compiendo.

¹⁰⁴⁸ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, Tuzzolino: «Nel sistema delle impugnazioni la nozione di "capo della sentenza" è riferita soprattutto alla sentenza plurima o cumulativa, caratterizzata dalla confluenza nell'unico processo dell'esercizio di più azioni penali e dalla costituzione di una pluralità di rapporti processuali, ciascuno dei quali inerisce a una singola imputazione, sicché per 'capo' deve intendersi ciascuna decisione emessa relativamente a uno dei reati attribuiti all'imputato. [Con la precisazione, ci sia consentito aggiungere (riportando quanto affermato dalla Dott.ssa Margherita Cassano durante la *Lectio Magistralis*, dal titolo "La motivazione della sentenza penale", tenuta il 24 novembre 2020, nell'ambito del Corso di Diritto processuale penale della Prof.ssa Carlotta Conti), che ci sono alcune disposizioni del codice di procedura penale che utilizzano l'espressione 'capo' riferendola non al reato imputato, bensì a situazioni tutt'affatto peculiari: ossia, alle statuizioni di cui agli artt. 574, 576 e 578 c.p.p. Tolte queste disposizioni, possiamo dire che sostanzialmente, la nozione di 'capo' si riferisce al reato attribuito a uno o più imputati all'interno del processo.] Recependo le posizioni di una autorevole dottrina – risalente, ma tuttora riconosciuta di indiscussa validità logica e sistematica – può, quindi, affermarsi che il 'capo' corrisponde a "un atto giuridico completo, tale da poter costituire da solo, anche separatamente, il contenuto di una sentenza": ond'è che la sentenza che conclude una fase o un grado del processo può assumere struttura monolitica o composita, a seconda che l'imputato sia stato chiamato a rispondere di un solo reato o di più reati, nel senso che, nel primo caso, nel processo è dedotta un'unica *regiudicanda*, mentre, nel secondo, la *regiudicanda* è scomponibile in tante autonome parti quanti sono i reati per i quali è stata esercitata l'azione penale. Il concetto di "punto della decisione" ha una portata più ristretta, in quanto riguarda tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un 'capo', tenendo presente, però, che non costituiscono 'punti' del provvedimento impugnato le argomentazioni svolte a sostegno di ciascuna statuizione: di talché, se ciascun 'capo' è concretato da ogni singolo reato oggetto di imputazione, i 'punti' della decisione, ai quali fa espresso riferimento l'art. 597, co. 1 c.p.p., coincidono con le parti della sentenza relative alle statuizioni indispensabili per il giudizio su ciascun reato e dunque, in primo luogo, all'accertamento della responsabilità e alla determinazione della pena, che rappresentano, appunto, due distinti 'punti' della sentenza. Ne consegue che a ogni 'capo' corrisponde una pluralità di 'punti' della decisione, ognuno dei quali segna un passaggio obbligato per la completa definizione di ciascuna imputazione, sulla quale il potere giurisdizionale del giudice non può considerarsi esaurito se non quando siano stati decisi tutti i 'punti', che costituiscono i presupposti della pronuncia finale su ogni reato, quali l'accertamento del fatto, l'attribuzione di esso all'imputato, la qualificazione giuridica, l'inesistenza di cause di giustificazione, la colpevolezza, e – nel caso di condanna – l'accertamento delle circostanze aggravanti e attenuanti e la relativa comparazione, la determinazione della pena, la sospensione condizionale di essa e le altre eventuali questioni dedotte dalle parti o rilevabili d'ufficio. Alla stregua della distinzione tra 'capi' e 'punti' della sentenza – applicata nell'esperienza giudiziaria non sempre con la dovuta chiarezza – deve ritenersi che la cosa giudicata si forma sul 'capo' e non sul 'punto', nel senso che la decisione acquista il carattere dell'irrevocabilità soltanto quando sono divenute irrettrabili tutte le questioni necessarie per il proscioglimento o per la condanna dell'imputato rispetto a uno dei reati attribuitigli».

¹⁰⁴⁹ ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 19. In questa prospettiva (ma proiettandosi anche oltre), MENNA M., *La motivazione*, cit., 41 (corsivo nostro) afferma che, «oggi, ai profili classici della motivazione intesa come contenuto di un comportamento processuale e come sequenza argomentativa bisogna aggiungere gli aspetti normativi attraverso cui si riannodano i motivi a precise regole dell'argomentare in modo da renderli proiezione del sistema prescelto di formazione del convincimento».

¹⁰⁵⁰ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, Tuzzolino.

Attraverso l'esame dei "punti", che si declinano in *argomenti*, si esercita «il potere giurisdizionale del giudice [il quale] non può considerarsi esaurito se non quando siano stati decisi tutti i "punti", che costituiscono i presupposti della pronuncia»¹⁰⁵¹.

Sempre su tali "punti", si esercitano altresì – a mo' di controcanto – i poteri delle parti (ad esempio, e in specie, quelli impugnatori).

È evidente che sia in corso una riflessione che coinvolge la «garanzia metodologica del motivare»¹⁰⁵² sul piano delle «modalità da seguire per pervenire a motivazioni delle sentenze che siano concise e, nello stesso tempo, complete»¹⁰⁵³.

Alla ricerca di «un contenuto minimo necessario»¹⁰⁵⁴ per la struttura motivazionale (completezza), uno dei tentativi che si stanno compiendo è quello di individuare profili – e quindi argomenti – inaggirabili ai fini della compiuta disamina della fattispecie, cosicché il giudizio possa – in questi casi e passando da questi argomenti – “andare dritto al sodo” (concisione).

Preso atto che l'articolazione del ragionamento «implica tappe intermedie»¹⁰⁵⁵, si prova – ove possibile – a specificare tali tappe, infittendole e arricchendole tramite l'obbligo di attraversare passaggi argomentativi salienti e ineludibili: passaggi pre-definiti in astratto, in base alle questioni problematiche emergenti con ricorrenza in quel determinato tipo di accertamento; passaggi comunque da riempire contenutisticamente, cioè da concretizzare – di volta in volta – sulla scorta delle peculiarità della singola vicenda storica in esame.

Ed invero, nelle pronunce della giurisprudenza – per inciso: i movimenti che avvengono sul “fronte giurisprudenziale” sono la terza occorrenza storica che richiamiamo per esemplificare le nostre riflessioni sulla “tendenza al dettaglio”; nelle pronunce della giurisprudenza, dicevamo, – può riscontrarsi un'attenzione sempre più marcata verso tematiche specifiche e aspetti argomentativi che tipicamente si manifestano come caratteristici di una data tipologia di accertamento piuttosto che di un'altra.

Più in generale, si moltiplicano i differenti percorsi di scomposizione e sviluppo del giudizio; e, parimenti, proliferano diversi modelli di giustificazione (v. la pluralità di moduli motivazionali che

¹⁰⁵¹ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, Tuzzolino.

¹⁰⁵² MENNA M., *La motivazione*, cit., 50.

¹⁰⁵³ LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili*, cit., 75.

¹⁰⁵⁴ DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 8 (richiamando CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1982, 76). L'Autore, in particolare, sottolinea «la necessità che l'analisi della struttura 'interna' della motivazione prenda avvio – al di là delle, pur fondamentali, radici teoriche del ragionamento logico-giuridico – dal modello normativo al quale il giudice deve adeguarsi. Il parametro di riferimento è rappresentato, quindi, dalla struttura 'normativa' della motivazione, articolata in una serie di requisiti più o meno ampi rispetto a quelli che, sul piano logico, sono astrattamente ipotizzabili. [...] Una intelaiatura argomentativa che è ordita, in primo luogo, dalle norme processuali e risponde, poi, eventualmente, anche a regole logiche» (105-106).

¹⁰⁵⁵ TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 246.

abbiamo rammentato *supra*). Ciascuna *species* motivativa corrisponde a – e/ma, al contempo, discende anche da – uno svolgersi peculiare dell’apprrezzamento giuridico, di volta in volta caratterizzato dal fatto di non poter aggirare la trattazione di certi argomenti, che rappresentano il risvolto pratico degli aspetti astrattamente individuati dal legislatore all’interno della disposizione di legge (costituendo un mero riepilogo argomentato degli elementi della fattispecie legale¹⁰⁵⁶ oppure rappresentando di quest’ultimi una declinazione che si articola a un livello speculativo ove l’argomento guadagna e manifesta una propria autonomia concettuale¹⁰⁵⁷).

Dal questo cursorio tratteggio storico ricaviamo che l’obbligo di motivazione, affermatosi soprattutto per esigenze di controllo¹⁰⁵⁸ (cioè, per evitare o quantomeno ridurre – insieme ad altri

¹⁰⁵⁶ L’argomento (meglio: lo svolgersi dell’argomento, cioè l’argomentazione), in questo caso, si risolve nello spiegare la rilevanza di un dato di realtà (*recte*: di una prova legittimamente acquisita e utilizzabile) che riscontra l’elemento della fattispecie, così concretizzandolo. Esempio: la spiegazione argomentata dello svolgersi di una bisca che costituisce gioco d’azzardo *ex art. 718 c.p.* L’argomentazione inerente al luogo (pubblico o privato), al tipo di gioco a cui si stava giocando e alla condotta (partecipativa o agevolatrice) dei soggetti coinvolti rappresenta un mero riepilogo degli *elementi* della contravvenzione “esercizio di giochi d’azzardo”.

¹⁰⁵⁷ L’argomento (meglio: lo svolgersi dell’argomento, cioè l’argomentazione), in questo caso, non si risolve nella spiegazione argomentata che si limita a riscontrare nella realtà l’elemento della fattispecie in questione, quasi sempre semplicemente descrivendolo. A partire dagli elementi della fattispecie (*recte*: sugli elementi della fattispecie), si elaborano *costrutti argomentativi* utili a declinare tali elementi in concreto, così da applicare poi la fattispecie. Si dà vita a un qualcosa che non c’è nella disposizione di legge (o per lo meno, a un qualcosa che non c’è esplicitamente: quindi s’inventa un argomento non presente nel testo della disposizione di legge), ma che in qualche modo è intrinseco a essa. Esempio: le elaborazioni concettuali inerenti i) alla problematica accertativa il discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente oppure ii) al riconoscimento del carattere di scientificità di una nuova teoria scientifica o iii) alla declinazione valutativa dei riscontri per le dichiarazioni rese dagli imputati connessi e collegati. In queste tre ipotesi, la ricostruzione argomentativa va ben oltre un mero riepilogo constatativo, poiché si articola in questioni (argomentative) non previamente considerate dalla previsione legale, e lo fa: o i) destreggiandosi tra i c.d. “parametri Thyssenkrupp”, per discernere tra dolo eventuale e colpa cosciente; oppure ii) ripercorrendo i c.d. “criteri Daubert-Cozzini”, per verificare la scientificità di una nuova teoria introdotta dall’esperto; o, ancora, iii) vagliando i profili argomentativi oggettivi e soggettivi definiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per apprezzare la credibilità e l’attendibilità delle dichiarazioni da riscontrare ai sensi dell’art. 192 c.p.p.

¹⁰⁵⁸ Oggi, «la sentenza [*recte*: ma non solo la sentenza, qualsiasi provvedimento giurisdizionale], nel nostro ordinamento, è la *scrittura della responsabilità*» (LANZA L., *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011, 368) e «la motivazione è [diritto] indisponibile, in quanto garanzia oggettiva della giurisdizione» (CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 151). Invero, «il giudice che non motiva non è un giudice che agisce in nome della collettività, ma è un giudice che esautorata le prerogative di controllo sociale proprie della collettività, perché non consente al popolo di verificare se l’esercizio della delega sia conforme a legge. [Viceversa,] il giudice indipendente e imparziale è il giudice che esprime le ragioni del suo convincimento e consente, a chi vi abbia interesse, di verificare, attraverso la lettura della motivazione del provvedimento adottato, che non vi sia stata, nella definizione del caso concreto, soggezione al potere politico-amministrativo e che la decisione sia stata assunta in posizione di assoluta terzietà rispetto alle parti in causa» (DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 6-7). Così, «la redazione della motivazione del provvedimento giudiziale costituisce un momento centrale per la verifica della sua adeguatezza e congruità. [...] Riferire con fedeltà, completezza e chiarezza tutti i passaggi argomentativi che hanno condotto al dispositivo» consentirà il dispiegarsi delle funzioni endo- ed extra- processuali della motivazione «e, prima ancora, costituirà un prezioso strumento per lo stesso giudicante consentendogli di autocorreggersi» (PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice*, cit., 97 e 99).

strumenti, s'intende – l'esercizio arbitrario del potere¹⁰⁵⁹), a partire dal XIX° secolo è andato a poco a poco sempre più consolidandosi. Da allora, ha conosciuto – e invero tuttora conosce¹⁰⁶⁰ – momenti di crisi¹⁰⁶¹, i quali però hanno al massimo scalfito ma non più minato la tenuta del principio.

Anzi, nell'ultimo scorcio del XX° secolo e in questo primo ventennio del XXI°, si è puntato sul potenziamento dell'onere motivazionale, valorizzandolo – di nuovo: assieme ad altri istituti – al fine di recuperare la stabilità (e finanche parte della legittimità) del sistema giuridico. L'equilibrio ordinamentale, infatti, è stato – ed è ancora – scosso da fenomeni storico-sociali, di portata non solo nazionale ma anche sovranazionale e globale, che hanno fortemente impattato e che quotidianamente incidono sul mondo del diritto (v. *supra*: cap. I).

I giuristi, tra le altre soluzioni elaborate, hanno lavorato sulla costruzione di nuove metodiche¹⁰⁶² motivative (*i.e.* di giudizio e di giustificazione) «all'altezza dei nostri tempi»¹⁰⁶³, cioè

¹⁰⁵⁹ La giustificazione del provvedimento allontana la decisione dall'arbitrio, poiché – com'è evidente – la necessità di addurre ragioni a sostegno della scelta che si compie riduce – anche se, realisticamente parlando, non elimina completamente (né è opportuno che ciò accada: cfr. equità del giudizio) – l'influsso soggettivistico-‘irrazionale’ del decisore, il quale deve mostrare (apparendo) e dimostrare (argomentando i motivi) di essere terzo e imparziale. Peraltro, nel contesto italiano, la motivazione del provvedimento assume un connotato tutt'affatto peculiare, poiché – come ricorda Michele Taruffo – «un aspetto non meno importante dello stile delle sentenze in Italia, che non risale alla tradizione delle Rote, ma alla burocratizzazione della giustizia e del giudice (che trova il suo archetipo nelle riforme napoleoniche), è costituito dal fatto che la sentenza è concepita, e scritta, come atto burocratico, come *Staatsakt*. Per così dire, e soprattutto al livello dello stile, la sentenza non è atto del giudice [come invece può dirsi che sia in Inghilterra: v. ATIYAH P. S., *La sentenza in Inghilterra*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 389 ss.] ma dell'organo, e la motivazione non è l'auto-apologia del giudice che ha deciso, ma la giustificazione formale di una decisione impersonale, riferibile astrattamente a un ufficio che ha svolto una funzione pubblica» (TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 257-258).

¹⁰⁶⁰ Eloquente, ad esempio, il fatto che LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2018, 10 si domandi se «esist[a] un diritto alla motivazione» e, dopo aver risposto che sì, «sicuramente sì, [esiste] stando ai referenti costituzionali», si ponga poi l'interrogativo se «esist[a] ancora un diritto alla motivazione» e stavolta risponda con riserva, affermando «qui sarei più cauto».

¹⁰⁶¹ Sui periodi di crisi attraversati dall'obbligo di motivazione, può realisticamente osservarsi che si è senza dubbio al cospetto di «un des principes essentiels du droit judiciaire, mais» anche tale principio – come tutti gli altri – soggiace alla «conciliation toujours délicate entre la nécessité de respecter les grands principes et celle, plus prosaïque, de tenir compte des réalités quotidiennes et de s'adapter aux contraintes de la pratique» (NORMAND J., *Le domaine du principe de motivation*, in AA.VV., *La motivation*, Paris, 2000, 17). La presenza di momenti critici è tuttavia in grado di condurre all'emersione di soluzioni nuove e di nuovi paradigmi (i quali possono rivoluzionare l'esistente, stravolgendolo o più semplicemente raffinandolo e ridefinendolo), giacché – come ricorda Thomas Samuel Kuhn – ogni «periodo preparadigmatico è regolarmente contrassegnato da frequenti e profonde discussioni circa la legittimità di certi metodi, problemi e modelli di soluzione» (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 70), che vengono in tal senso e in tal modo messi in crisi, per poter essere superati oppure migliorati e ri-adattati al presente.

¹⁰⁶² Dal momento che i vari metodi si distinguono per «le loro incommensurabili maniere di guardare al mondo e di praticare la scienza [giuridica, in questo caso] in esso» (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 22), è importante adottare il metodo che corrisponda al tempo storico corrente (v. IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, 12: «All'oggetto del nostro tempo non può applicarsi il metodo di ieri, cioè il metodo di altro tempo e di altro oggetto»). Soltanto così, infatti, è possibile evitare distonie e anacronismi: distonie e anacronismi che, specie in un

«adeguata alle circostanze d'una società complessa»¹⁰⁶⁴. Tanto il legislatore quanto la dottrina e gli operatori giuridici, nonché le istituzioni di rappresentanza (in part., quelle forensi e giudiziarie), giusto per citare i principali protagonisti di quest'operazione di (r)innovazione, si sono esercitati nella costruzione di «modelli sempre più sofisticati di analisi del ragionamento»¹⁰⁶⁵.

In merito alla stesura della motivazione, si è giunti a definire «una più scrupolosa giustificazione»¹⁰⁶⁶ del provvedimento anche imponendo l'«obbligo di evitare, sempre e comunque, la tentazione di intraprendere percorsi decisionali agevoli, finalizzati ad aggirare 'passaggi' critici o di incerta soluzione»¹⁰⁶⁷. Si è previsto come indispensabile l'approfondimento di alcuni motivi (*recte*: argomenti) decisori: ovverosia, si è preteso – ove possibile – che tra i vari motivi del ragionamento, vere e proprie unità logiche della motivazione¹⁰⁶⁸, compaiano *sequenze argomentative* appositamente dedicate ad aspetti e profili argomentativi specifici, appartenenti a quella determinata fattispecie in esame e ritenuti ineludibili per il suo accertamento.

Ferma restando la distinzione tra “capo” e “punto”, i “motivi” interessano – all'interno del “punto” – lo svolgersi (prima valutativo e poi giustificativo) degli argomenti¹⁰⁶⁹.

In presenza di una data imputazione (capo), seguono le interpretazioni possibili sia in fatto che in diritto (punti). Le ragioni argomentative che si adducono per spiegare i ‘punti’, vale a dire le ragioni argomentative che sostengono le disamine interpretative delle tematiche fattuali e/o giuridiche affrontate per risolvere il ‘capo’, formano i ‘motivi’.

Ecco: oggi, si tende a individuare ‘motivi’ non aggirabili, argomenti imprescindibili (da adattare al caso di specie riempiendoli contenutisticamente e perciò non predeterminanti, né pregiudizievole

mondo quale quello giuridico, si rivelano particolarmente deleteri, posto che il diritto è – deve essere – espressione della società che regola, affinché quest'ultima non vi si ribelli.

¹⁰⁶³ WIETHÖLTER R., *Prefazione*, in WIETHÖLTER R., *Le formule magiche della scienza giuridica* (1968), (trad. it.) L. R. AMIRANTE, Bari-Roma, 1975, 4.

¹⁰⁶⁴ HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 7.

¹⁰⁶⁵ Prendiamo l'espressione da CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 153 (che la utilizza riferendosi a una delle ricadute possibili della formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio, introdotta in seno all'art. 533 c.p.p. dalla l. n. 46 del 2006).

¹⁰⁶⁶ Recuperiamo le parole di LANZA L., *Emozioni e libero convincimento*, cit., 375.

¹⁰⁶⁷ PELLEGRINO A., *I provvedimenti*, cit., 151.

¹⁰⁶⁸ Definisce il “motivo” «l'unità logica della motivazione» DELL'ANNA M. V., *In nome del popolo italiano*, cit., 81 (secondo la quale «il motivo non corrisponde a un'unità omogenea di contenuto: il ragionamento che conduce alla decisione per ogni punto discusso si sviluppa a partire dai motivi in fatto passando attraverso l'esame delle ragioni giuridiche – al contempo le norme legislative e i precedenti giurisprudenziali che agiscono da supporto alla decisione – ed eventualmente attraverso valutazioni tecniche (esiti di perizie, consulenze) necessarie per decidere sulla questione. [...] L'argomentazione e la discussione di ciascun motivo, intese dunque come componenti dell'unità logica del ragionamento, costituiscono il fulcro della motivazione. L'inventario di forme che assumono è vasto, e consistente per compostità e lunghezza può risultare la stessa trattazione per ogni punto deciso» [81 e 83]).

¹⁰⁶⁹ Si distingue tra “punti” della decisione e “questioni” (argomentative: che noi definiamo “motivi” argomentativi) rilevanti per il singolo punto della decisione in *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 10, ove si fa altresì riferimento a «una casistica [di questioni giuridiche] non tanto per tipologia di reato, quanto per problematiche applicative».

l'esito del giudizio) che implicano tappe obbligate del percorso valutativo-giustificativo che il decisore è tenuto a compiere.

Ci si inoltra, *cum grano salis*, entro i «meccanismi fondamentali attraverso i quali si organizzano i ragionamenti»¹⁰⁷⁰ e si dettano alcuni passaggi immancabili – ma da soli non esaustivi – per l'assunzione (e la giustificazione) della decisione.

Non si pretende, né si osa immaginare, di poter – in astratto – prestabilire i risultati del ragionamento decisorio, poiché il ragionamento decisorio viene qui in gioco «come *iter* conoscitivo a prescindere dai suoi possibili contenuti concreti»¹⁰⁷¹.

In questa sorta di “anatomia dell'istante decisorio”¹⁰⁷² si dettaglia e si scende nel profondo della scelta decisionale soltanto nella misura in cui le si impone di soffermarsi quantomeno su certe tematiche argomentative. Non ci si spinge, né è pensabile – a nostro parere – spingersi oltre.

Si mettono in risalto specifici argomenti da prendere necessariamente in esame tra gli tutti quelli che compongono la «catena di argomentazioni»¹⁰⁷³ che il giudice svolgerà nel corso del proprio accertamento ricostruttivo.

In definitiva, rispetto a determinate fattispecie¹⁰⁷⁴, si induce il giudice *a pensare e a esprimersi in modo problematico* (com'è caratteristico dell'argomentare topico).

II.1. 'ASSONANZE' E 'RISONANZE' DI TOPICA GIURIDICA

Il cenno che abbiamo fatto al “pensare problematico” rende necessario un breve, brevissimo *excursus* sulla topica – e, in specie, sull'argomentare topico nel diritto – per riscontrare e dar conto di quanto si è detto.

Soprattutto, poi, riepilogare – sia pure a grandissime linee – la teoria dell'argomentazione topica agevola senza dubbio la comprensione dell'obbligo di motivazione rafforzata, perché la «tecnica del pensare per problemi»¹⁰⁷⁵ è una tecnica pienamente confacente alla metodica di giudizio e di giustificazione che andiamo ad analizzare nei successivi paragrafi¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁰ SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio*, cit., 6.

¹⁰⁷¹ SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio*, cit., 6.

¹⁰⁷² Parafrasiamo il titolo del romanzo storico di CERCAS J., *Anatomia di un istante* (2009), (trad. it). P. CACUCCI, Milano, 2012.

¹⁰⁷³ TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., 308.

¹⁰⁷⁴ Utilizziamo qui l'espressione “fattispecie” per riferirci alla situazione giuridico-fattuale complessivamente intesa. Può trattarsi di una previsione di legge sostanziale o processuale oppure di una circostanza giuridicamente rilevante ‘di stretto diritto’ (*quaestio iuris*) o fattuale (*quaestio facti*). Il richiamo deve cioè intendersi esteso sino a ricomprendere ogni occorrenza – altresì relativa allo svolgersi del procedimento – che assuma giuridica rilevanza nell'ambito dell'accertamento processuale.

¹⁰⁷⁵ VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza* (1953), (a cura di) G. GRIFÒ, Milano, 1962, 6. Nell'introdurre alla lettura dell'opera, Giuliano Grifò ricorda che «la topica è la teoria dei luoghi comuni, vale a dire di quelle “classi generali in cui possono venire collocati tutti gli argomenti o sviluppi” (Lalande); è una tecnica della discussione, la cui conoscenza

La topica – scrive Giambattista Vico ne *La scienza nuova* – è l'«arte di ben regolare la prima operazione della nostra mente, insegnando i *luoghi* che si devono scorrer *tutti*, per conoscer *tutto* quanto vi è nella *cosa* che si vuol *bene* – ovvero tutta – conoscere»¹⁰⁷⁷.

A ogni “luogo” o *topos* (τόπος) che occorre attraversare – cioè, che occorre prendere espressamente in considerazione – corrisponde un argomento¹⁰⁷⁸. I *topoi* (τόποι) – unità basilari di questo «metodo»¹⁰⁷⁹, ciascuna delle quali «ha sue [proprie] articolazioni»¹⁰⁸⁰ in base alla materia cui pertiene – sono dei repertori o «depositi di argomenti»¹⁰⁸¹, come apprendiamo da Marco Tullio Cicerone. Leggiamo infatti nella *Topica* ciceroniana che «come è facile la scoperta delle cose nascoste, una volta indicata e segnalata la loro posizione, così quando vogliamo investigare qualche argomento, dobbiamo conoscere i luoghi [*topoi*]; così, infatti, sono chiamate da Aristotele quella sorta di sedi da cui si ricavano gli argomenti. Pertanto, è possibile definire *il luogo* [*topos*] *come la sede di un argomento*; e l'argomento, invece, come il modo per dare credibilità a una cosa dubbia»¹⁰⁸².

Insomma, vi sono “schemi di argomenti”¹⁰⁸³ che – *sollecitando domande* – orientano e ordinano la discussione intorno al «problema posto»¹⁰⁸⁴. Avuto riguardo a certe tematiche¹⁰⁸⁵, come

mette a disposizione un metodo “per trovare con facilità le ragioni o argomenti probabili intorno a qualunque tema posto in discussione” (Nardi). Essa, più precisamente e con riferimento immediato al nostro tema, è l'arte mediante la quale è possibile “trovare e utilizzare punti di vista e argomenti nel trattare problemi che non sono risolvibili in modo strettamente deduttivo” (Engisch)» (GRIFÒ G., *Introduzione*, in VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., XI-XII).

¹⁰⁷⁶ Suggestivo, anche se “preterintenzionale” (ma decisamente calzante rispetto al rafforzamento motivazionale cui noi ci riferiamo), il fatto che ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 356 (corsivo nostro) scriva che «per Kriele la topica è in grado di fornire strumenti atti a *rinforzare* il ragionamento giuridico».

¹⁰⁷⁷ VICO G., *La scienza nuova* (1725), (a cura di) CENTRO DI UMANISTICA DIGITALE DELL'ISPF-CNR. LABORATORIO DELL'ISPF, in *Laboratorio dell'ISPF*, 2015, 147 ([*Ultimi corollarj. D'intorno alla Logica degli Addottrinati*: IV]). Cfr. ARISTOTELE, *Topici*, in ARISTOTELE, *Organon*, (trad. it.) G. COLLI, Milano, 2003, 410 [101b, 5-10]. Il pensiero di Giambattista Vico sulla topica viene ripreso da Theodor Viehweg, il quale afferma apertamente di «ispirarsi alla genialità italiana di Vico» (VIEHWEG T., *Prefazione dell'Autore all'edizione italiana* (23 ottobre 1962), in VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., V).

¹⁰⁷⁸ CICERONE M. T., *Partitiones oratoriae*, in CICERONE M. T., *Opere di retorica. De inventione – De optimo genere oratorum – Partitiones oratoriae – Topica*, (a cura di) G. E. MANZONI, Brescia, 2019, 289 – II (corsivo nostro): «Cicerone Figlio: Con quali mezzi si crea la persuasione? Cicerone Padre: Con gli argomenti che si ricavano dai luoghi che sono o insiti nella cosa in sé o ricavati da elementi esterni. Cicerone Figlio: *Quali chiami luoghi?* Cicerone Padre: *Quelli in cui sono nascosti gli argomenti*».

¹⁰⁷⁹ ARISTOTELE, *Topici*, cit., 407 [100a, 15].

¹⁰⁸⁰ CICERONE M. T., *Topica*, in CICERONE M. T., *Opere di retorica*, cit., 373, V, 26.

¹⁰⁸¹ CICERONE M. T., *Partitiones oratoriae*, cit., 333 – XXXI, 109. V. anche CICERONE M. T., *Topica*, cit., 369 ss. – III, 11 ss.

¹⁰⁸² CICERONE M. T., *Topica*, cit., 367- II, 7-8.

¹⁰⁸³ V. ARISTOTELE, *Topici*, cit., *passim*. (ove si definiscono i *topoi* come degli «schemi di argomenti» che «è utile [o che] occorre esaminare» oppure che bisogna «tenere presenti» nell'ambito della discussione, i quali si rivelano utili per «consolidare» o per «demolire» i discorsi propri o altrui. Sul punto, cfr. KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 134 e 136. Nell'opera aristotelica si descrivono e si indicano le modalità di utilizzo e le preferibili forme d'impiego dei *topoi*. Le descrizioni e le indicazioni dello Stagirita sono tuttavia descrizioni e indicazioni a nostro parere estremamente – eccessivamente – vaghe e generiche. A tal ultimo proposito, v. KRIELE M., *Theorie der*

afferma Aristotele nei *Topici*, se si vuol porre la domanda (dalla quale – aggiungiamo noi – dipende poi, almeno in parte, la risposta¹⁰⁸⁶) si deve in primo luogo riuscire a trovare il *topos* dal quale deve scaturire la conclusione dialettica; in secondo luogo, si devono formulare le singole questioni in se stesse e in un determinato ordine; e, in terzo luogo, da ultimo, bisogna presentarle all'avversario in modo conforme¹⁰⁸⁷.

Rechtsgewinnung, cit., 140-141 e VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 21 (il quale – dopo aver osservato che «per Aristotele i *topoi* sono dei punti di vista impiegabili in molti sensi, accettabili generalmente, che vengono adoperati a favore e contro ciò che è opinabile e che possono condurre al vero» [20] – afferma che il catalogo di *topoi* che si può apprezzare nei *Topici* «contiene una serie di punti di vista senza un definito susseguirsi concettuale»).

¹⁰⁸⁴ ARISTOTELE, *Topici*, cit., 407 [100a, 15]. Ribadiamo quindi con Giovanni Orrù che per *topica* «s'intende la dottrina dell'arte del rinvenimento dei *topoi*, o luoghi dell'argomentazione, nella trattazione di problemi suscettibili di soluzione non strettamente deduttiva» (ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 349. Analogamente DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995, 40 scrive che i «*topoi*, or *loci*, are 'common places', widely accepted points of view with very open, unfinished or flexible content easily adaptable to the different contexts of argumentation»).

¹⁰⁸⁵ Cfr. VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 36-37 («Non esistono solamente i *topoi* adoperabili ovunque, dei quali si occupano Aristotele, Cicerone e i loro successori, ma ve ne sono anche di quelli che sono *approvati per una determinata materia*. I primi valgono per ogni problema immaginabile e rappresentano delle generalizzazioni estese a lungo; i secondi, invece, sono diretti a servire una sfera determinata di problemi. Ad ogni modo, la loro funzione è la stessa in entrambi i casi»).

¹⁰⁸⁶ Sulla relazione 'domanda-risposta', v. GADAMER H. G., *Verità e metodo. Trattati fondamentali di una ermeneutica filosofica* (1960), (trad. it. – ed. 1986) G. VATTIMO, Milano, 2019, 749 (corsivi nostri): «Domandare significa porre in questione. Proprio in ciò consiste il carattere aperto dell'oggetto della domanda; esso è aperto in quanto la risposta non è ancora stabilita. L'oggetto della domanda è ancora in sospeso, in attesa della sentenza che accerta e decide. *L'essenziale del domandare è in questo porre l'oggetto nell'apertura della sua problematicità.* [...] Ma l'apertura della domanda non significa illimitatezza indefinita. Anzi, implica una delimitazione determinata ad opera dell'orizzonte della domanda. Una domanda a cui tale orizzonte manchi si perde nell'indefinito. Essa diventa una domanda solo quando la mobile indeterminatezza della direzione nella quale rimanda si definisce nella determinatezza di un 'così o così': in altre parole, la domanda deve essere posta. *La posizione di una domanda esige l'apertura, ma anche la delimitazione.* Essa implica che si fissino esplicitamente i presupposti che sussistono e in base ai quali l'oggetto del domandare si rivela come ciò che è ancora aperto».

¹⁰⁸⁷ In termini, ARISTOTELE, *Topici*, cit., 609 [155b, 1-5]. Parlando dei *topoi* aristotelici, KREUZBAUER G., *Topics in Contemporary Legal Argumentation: some remarks on the Topical Nature of Legal Argumentation in the Continental Law Tradition*, in *Informal Logic*, 2008, 28, 1, 76-77 ne individua tre caratteristiche principali: «The first characteristic is that *topoi* are propositions or concepts providing premises of arguments used in dialectical discourse. In the Aristotelian sense, *topoi* can be seen as items on a check-list, i.e. points or questions reflecting possible problems. Screening through such a list is obviously a method for arriving at premises. Nevertheless, the initial ('geographical') metaphor of '*topos*' as a place where one can find something useful for building premises indicates that there are actually two possibilities. First, *topoi* could be *places where we directly find premises*. Here *topoi* are propositions, linguistically typically represented on the sentence and text level. But *topoi* could also be places where we *do not directly find premises but only ideas about how to build them*. In this case *topoi* are concepts, linguistically typically represented by linguistic units below the sentence level, e.g. words. Thus, *topoi* can be either propositions or concepts. [...] The second characteristic says that *topoi* must possess a certain *degree of generality*. Again, we consider the ('geographical') metaphor of '*topos*' as a place for finding premises, which implies that a *topos* is bigger than the things it contains. In linguistic terms, this means that a *topos* is a proposition or concept that is more general than the premises it helps to build. Thus, the statement "Paris is the capital of France", for instance, is not a *topos*, but the statement "Paris is the capital of love" is. Aristotle's third essential idea [is] that *topoi* enjoy a certain degree of *general collective acceptance* as being plausible».

Il discorso che si sviluppa topicamente è un discorso che consiste nel «porre in questione [...] l'oggetto nell'apertura della sua problematicità»¹⁰⁸⁸: precisamente, nel porre in questione l'oggetto *attraverso* domande che sono il portato, l'implicazione degli argomenti in virtù dei quali lo si prende in esame¹⁰⁸⁹.

Come sintetizza Guenther Kreuzbauer, allora, «since *topoi* lead to premises and premises lead to arguments, *topoi* and argument schemes correspond with each other. Thus, wherever there is an argument scheme there is also a *topos*»¹⁰⁹⁰.

Questo modo (argomentativo) di approcciare i fenomeni è un metodo particolarmente calzante per la scienza giuridica¹⁰⁹¹: e lo è specialmente per la scienza giuridica odierna, poiché si confà

¹⁰⁸⁸ Riprendiamo il lessico gadameriano, puntualizzando che le affermazioni di GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 749 hanno portata generale (e non si rivolgono precipuamente alla topica, alla quale nondimeno – anche per il fatto di essere valide in generali – sono a nostro parere compatibili e applicabili). L'Autore evidenzia «il carattere preliminare della domanda rispetto a ogni conoscenza e a ogni discorso veri. *Un discorso che voglia far luce sulla cosa ha bisogno di aprirsi la via nella cosa mediante la domanda*».

¹⁰⁸⁹ In termini generali, comunque, come osserva GARCÍA AMADO J. A., *Tópica, derecho y método jurídico*, in *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1987, 187 (rifacendosi – v. passi riportati tra virgolette [...] – anche al pensiero di Alessandro Baratta: BARATTA A., *Juristische Analogie und Natur der Sache*, in AA.VV., *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf*, Frankfurt am Main, 1972, 158), «no se trata de perseguir el fundamento axiológico de la acción humana en una dialéctica de la idea, sino “del operar humano como proceso de objetivación del hombre en el mundo”. Esta dialéctica genera, como producto histórico de cada momento, una serie de “lugares comunes” en torno a los que se articula lo considerado plausible o razonable, y en lo que se puede sustentar la búsqueda de soluciones para cada concreto problema práctico».

¹⁰⁹⁰ KREUZBAUER G., *Topics in Contemporary Legal Argumentation*, cit., 78. «To sum up», Kreuzbauer osserva poi che «*topoi* are general propositions or concepts that provide premises of arguments used in a certain discourse and are collectively accepted by the participants in the discourse as being plausible. They can tackle problems of abstract philosophy, of a specific profession or of human life in general. They usually have fixed structure and are linguistically expressed by one (or a few) word(s) or sentence(s), have a fixed structural and linguistic design and are generally formulated in a rhetorically elaborate style» (79). Sottolineano le ripercussioni della topica sulle premesse del discorso altresì CAVALLA F., *Topica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 727 («Alla fine la topica si caratterizza come l'arte di trovare le premesse per l'esercizio della dialettica le cui conclusioni, ove sia il caso, vengono diffuse persuasivamente attraverso la retorica») e LA TORRE M., *Teoria dell'argomentazione e concetti di diritto. Un'approssimazione*, in ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 363 (per il quale «la topica può essere intesa in tre sensi principali: a) come una tecnica della ricerca delle premesse nel discorso pratico, nel discorso diretto a prendere una decisione, di cui quindi il discorso giuridico non sarebbe che un elemento; b) come teoria del contenuto delle premesse del discorso pratico; c) infine come teoria dell'uso di tali premesse»).

¹⁰⁹¹ Il legame intercorrente tra topica e scienza giuridica (in part., la scienza giuridica pratica) è ben messo in evidenza da ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, 152 e – come notano anche CAVALLA F., *Topica giuridica*, cit., 735 e KREUZBAUER G., *Topics in Contemporary Legal Argumentation*, cit., 72, nt. 1 – da VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 113. Nello specifico, Viehweg – dopo aver sottolineato che «la topica vuol offrire consigli e avvertimenti sul modo nel quale ci si deve comportare in una siffatta situazione se non ci si vuol arrestare senza speranza: essa costituisce la tecnica del pensare problematicamente» (31) – scrive che «se poi è esatto che la topica è la tecnica del pensare problematico, allora la giurisprudenza, in quanto tecnica che serve una aporia [e «il termine aporia serve propriamente a designare [...] la situazione problematica che non può essere messa da parte» (31)], deve nei punti essenziali essere conforme alla topica». Per dovere di completezza, precisiamo che Viehweg ritiene che la topica «impedisca alla giurisprudenza di diventare un metodo». Siamo contrari a questa posizione e sosteniamo che la topica (meglio: l'argomentazione topica) costituisca una metodica (altresì giurisprudenziale) a tutti gli effetti (cfr. CAVALLA F., *Topica giuridica*, cit., 721-722). Analizzando più da vicino l'affermazione di Viehweg, ci si accorge che la stessa è quantomeno anacronistica, perché riposa su una concezione

esattamente al movimento che quest'ultima ha intrapreso – e sta portando avanti – verso l'analisi sempre più dettagliata delle situazioni giuridicamente rilevanti.

Per quanto qui d'interesse, come si è detto, ci si sta invero occupando con minuzia sempre maggiore degli «snodi esplicativi indispensabili nel rapporto tra i temi della *regiudicanda* e il contenuto della decisione»¹⁰⁹². E questi snodi sono, anzitutto, snodi argomentativi utili a declinare (in punto di valutazione, prima, e in punto di giustificazione, poi) la fattispecie.

Resta fermo, in ogni caso, che – «come strumento argomentativo – l'argomentazione topica non esaurisce la struttura del ragionamento giustificativo, ma rappresenta soltanto uno dei moduli argomentativi in cui la motivazione può [in alcune sue parti] articolarsi»¹⁰⁹³.

oramai superata del concetto di “metodo giuridico”, oggi da intendersi come comprensivo altresì della metodica operativa della giurisprudenza. È evidente che non sia più epistemologicamente accettabile sostenere che «si dà sempre il nome di metodo solo a un procedimento che dal punto di vista logico sia strettamente controllabile, che crea per conseguenza un univoco nesso argomentativo, cioè un sistema deduttivo» (89).

¹⁰⁹² PELLEGRINO A., *I provvedimenti*, cit., 136.

¹⁰⁹³ TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 179. L'Autore si mostra in ogni caso critico nei confronti della «configurazione topica» (179), ritenendo che «non si possa considerare il ragionamento topico né come modello di motivazione, né come uno specifico schema logico giustificativo» (180). Eppurtuttavia, continua Taruffo, «va riconosciuto che la teoria topica dell'argomentazione giuridica consente di far emergere, nel contesto della motivazione, una serie di fattori rilevanti rispetto alla finalità giustificativa cui essa è indirizzata, e che sfuggono in larga misura a un'analisi puramente logico-deduttiva della struttura formale. L'importanza dell'aspetto che viene in evidenza considerando la motivazione nell'ottica del metodo topico è tanto maggiore, inoltre, in quanto di fatto risulta assai frequente l'impiego, da parte del giudice, di espedienti giustificativi identificabili e analizzabili in qualità di *topoi* dell'argomentazione con cui la decisione viene giustificata» (180-181). Proseguendo nell'analisi, l'Autore individua poi «tre aspetti per una connotazione positiva [A] e tre aspetti per una connotazione negativa [B] dell'argomentazione topica» (186-190); ovvero: A, i) migliore comprensibilità [«La presenza di luoghi comuni, intesi come l'espressione in termini di linguaggio corrente di determinati principi, instaura un collegamento più agevole tra il discorso del giudice e il pubblico dei non tecnici del diritto» (186)]; A, ii) esaltazione degli orientamenti di fondo della società [«Quando il *topos* realizza una formulazione sintetica di valori e atteggiamenti di fondo presenti nella *communis opinio* che rappresenta l'ambiente socio-politico in cui la decisione e la motivazione si inseriscono, allora il suo ruolo può essere da un lato quello di adeguare il giudizio e la motivazione agli orientamenti sociali prevalenti e, dall'altro, quello di porre tali orientamenti nella funzione di elementi rilevanti sia per la decisione che per la sua giustificazione» (187; cfr. anche DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense*, cit., 46-50, in part. 48)]; A, iii) apertura nel senso del 'ragionevole' [«Può costituire un elemento di rottura del logicismo astratto [...] nella misura in cui si può dire che nel *topos* prevalgono i fattori di ragionevolezza ed equità» (188)]; B, i) problema dell'individuazione consensuale e della condivisione del 'luogo topico', nonché problema – opposto – del conformismo 'passivo' al *topos* (188-189; v. anche ALEXYS R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 23 e cfr. DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense*, cit., 42-43, nonché KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 150); B, ii) riduttivismo e approssimazione dei *topoi* [«L'uso del *topos* nella soluzione di un determinato problema, nonché nella giustificazione della soluzione adottata, equivale in linea di massima all'adozione di un punto di vista semplicistico e riduttivo intorno al problema medesimo, nella misura in cui il *topos* è l'enunciazione semplificata e approssimativa di un principio o di una regola di giudizio» (189; v. anche ALEXYS R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 23)]; B, iii) emotivismo e intuitività decisionali [«Nella misura in cui essa si discosta dal modello dell'argomentazione logica, o in concreto la preclude e la sostituisce, viene a porsi in essere un meccanismo di induzione dell'assenso esterno in ordine alla decisione che non fa perno sui caratteri di giustizia, legalità e correttezza logica della decisione e delle ragioni che la fondano, ma sulla capacità di provocare un'adesione del tipo emotivo e intuitivo, non mediato da una critica razionale» (190)]. Tenuto conto delle considerazioni svolte da Taruffo, nella prospettiva che qui proponiamo – che è quella della “motivazione rafforzata”, la cui struttura argomentativa (pur non coincidendovi del tutto, comunque) assomiglia molto all'argomentare topico – ci

Ebbene: dopo essere passati dal pensiero di Aristotele¹⁰⁹⁴, Cicerone¹⁰⁹⁵ e Vico¹⁰⁹⁶, il “ragionare topico” e l’“argomentare topico”¹⁰⁹⁷ vengono riscoperti e modernizzati sul versante giuridico da Theodor Viehweg¹⁰⁹⁸, poco dopo la metà del XX° secolo¹⁰⁹⁹.

sembra di poter rimediare alla maggior parte dei difetti della topica ora evidenziati (es. la sua genericità approssimativa), così da poterne sostenere “di nuovo” la praticabilità giuridico-operativa, nei termini di cui si dirà *infra*.

¹⁰⁹⁴ Storicamente parlando, osserva VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 26 che «solamente il nome della topica ha la sua origine in Aristotele. La cosa stessa esisteva prima di lui. Essa si palesa come un antichissimo patrimonio culturale della civiltà mediterranea: emerge prima, accanto e dopo Aristotele presso tutti gli insegnamenti retorici e si è chiamata *εὑρεσις* oppure *inventio* o *ars inveniendi* o in modo simile». Riguardo ai *Topici* di Aristotele, utilizzando le parole stesse dello Stagirita, possiamo dire che si tratti di un «trattato [che] si propone di trovare un metodo» (ARISTOTELE, *Topici*, cit., 407 [100a, 15]) con il possesso del quale si sarà «più facilmente in grado di disputare intorno all’argomento proposto» (ARISTOTELE, *Topici*, cit., 409 [101a, 25-30]).

¹⁰⁹⁵ Marco Tullio Cicerone inserisce i *topoi* nel più ampio contesto dell’*inventio* (CICERONE M. T., *Topica*, cit., 367 – II, 6; sul punto, cfr. KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 143-144), ovverosia dell’invenzione/del ritrovamento degli argomenti (che possono poi essere «luoghi comuni» [CICERONE M. T., *De inventione*, in CICERONE M. T., *Opere di retorica*, cit., 167 – lib. II, XV, 48; CICERONE M. T., *Topica*, cit., 399 – XXIII, 87] o «luoghi specifici» [es. CICERONE M. T., *De inventione*, cit., 181 – lib. II, XXIV, 74; CICERONE M. T., *Topica*, cit., 401 – XXIV, 92] o «luoghi propri» [es. CICERONE M. T., *De inventione*, cit., 223 – lib. II, LI, 155]). Per Cicerone, la topica è – essenzialmente – *ars inveniendi*, la quale si dispiega nella prospettiva dei *loci*: e, in tal senso, i *topoi* rappresentano una sorta di inventario degli argomenti. Fondamentale è individuare il *topos* adatto alla causa in questione (CICERONE M. T., *De inventione*, cit., 151 – lib. II, V, 16), nella consapevolezza che i *topoi* sono spesso reversibili: tendenzialmente, infatti, ogni *topos* conosce un *topos* a sé uguale e contrario e può essere utilizzato sia in un senso che nell’altro, a seconda – appunto – della prospettiva d’impiego (v. CICERONE M. T., *De inventione*, cit., 157 – lib. II, VIII, 28 [«Come dunque l’accusatore, quando discolperà gli altri, userà i luoghi del difensore, così l’imputato, quando vorrà liberarsi della colpa addossandola ad altri, userà quei luoghi che sono stati concessi all’accusatore» (analogamente in 183 – lib. II, XXVI, 76: «Il difensore, nei luoghi in cui l’accusatore avrà introdotto altri stati di causa, organizzerà anche lui la difesa basandosi sui medesimi stati; tratterà, poi, ribaltandoli, tutti gli altri luoghi che saranno pertinenti appunto alla valutazione relativa»)] e 165 – lib. II, XIII, 45 [«E non è peraltro facile, perché non conosce mai fine, spiegare distintamente tra tante argomentazioni ogni punto di ciascuna delle due parti su ognuna di esse, e queste argomentazioni che di solito, ora da una parte ora dall’altra, vanno bene a ciascuna delle due parti in causa»]; CICERONE M. T., *Topica*, cit., 395 – XXI, 79 [«Una volta esposti tutti i luoghi relativi agli argomenti, bisogna innanzitutto comprendere che non vi è alcuna discussione in cui non si trovi qualche luogo, e che non capitano quasi tutti i luoghi in ogni discussione, e che in alcune questioni alcuni sono più adatti di altri»]). Ricorrendo ai *topoi*, spiega Cicerone (soprattutto nell’ottica della persuasione), si rafforza l’argomentazione.

¹⁰⁹⁶ Secondo Vico, la topica («metodo degli ‘antichi’»), conciliabile con il «metodo dei ‘moderni’», ossia la critica [VICO G., *La scienza nuova*, cit., 147 – *Ultimi corollari. D’intorno alla Logica degli Addottrinati*: V. Sul punto, v. GISONDI G., *Vico e il problema del metodo tra sperimentalismo e retorica*, in *Laboratorio dell’ISPF*, 2016, 10, 5 e 12-13]) consente di scoprire gli argomenti utili – ancorché non necessariamente portatori di verità – nell’ambito del giudizio (VICO G., *De nostri temporis studiorum ratione* (1709), (a cura di) L. PICA CIAMARRA, in *Laboratorio dell’ISPF*, 2012, 6, 15-16). In questa scoperta degli elementi si rinviene anche il carattere inventivo della topica (v. GISONDI G., *Vico*, cit., 9), da intendersi come vera e propria «arte di ritrovare» (VICO G., *La scienza nuova*, cit., 229 – *Della Fisica Poetica d’intorno all’Uomo, o sia della Natura Eroica*).

¹⁰⁹⁷ KREUZBAUER G., *Topics in Contemporary Legal Argumentation*, cit., 73 («Argumentation and reasoning with *topoi* shall be called ‘topical argumentation’ and ‘topical reasoning’»).

¹⁰⁹⁸ Sul tema (approfondito soprattutto dalla dottrina tedesca [che abbiamo potuto studiare direttamente presso l’Università Goethe di Francoforte; e per la sua ospitalità ringraziamo sentitamente il Prof. Dr. Christoph Burchard]), anche in una prospettiva storico-ricostruttiva e con varietà d’accenti critici, v. *ex multis*: HOLOCHER J., *Juristische Topik. Erfindungs- und Begründungsperspektive*, Kraków, 2010; LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975), Berlin, 1991, 145-155; REHBOCK K., *Topik und Recht. Eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, München, 1988; STRUCK G., *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit. Studie*, Frankfurt am Main, 1971; STRUCK G., *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1977

In *Topica e giurisprudenza*, Viehweg valorizza i *topoi* come «sussidi per la discussione di problemi»¹¹⁰⁰ a cui far ricorso altresì – e soprattutto – nel mondo del diritto¹¹⁰¹.

Se «intesi funzionalmente, quali possibilità di orientamento e fili conduttori del pensiero»¹¹⁰², i *topoi* aiutano (anche) il giurista a decidere e a «concludere in modo corretto» su un certo tema,

(in part., 58-66); WEINBERGER O., *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlin, 1979, 38-52. A proposito dell'impegno profuso dalla dottrina tedesca nella costruzione di una «teoria del ragionamento giuridico in grado di verificare e giustificare le condizioni di validità dell'argomentazione e la stringenza delle sue conclusioni», ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea* (1977), Milano, 1999, 324 (richiamando quanto riferitogli dai Proff. A. Kaufmann e W. Hassemer [nt. 94]) conferma che «una metateoria giuridica è oggi [– precisiamo noi: sicuramente è stata, ma in parte lo è anche oggi –] al centro degli interessi dei cultori di logica, presso le Università di Monaco di Baviera e di Francoforte».

¹⁰⁹⁹ Con un'apertura storica all'apparenza un poco più ampia, CAVALLA F., *Topica giuridica*, cit., 733 (v. altresì 734) rileva appunto che «nel '900, con il tramonto di molte pretese razionalistiche e scientifiche, si torna a riguardare alla topica come a un metodo capace di organizzare il discorso nei campi dell'esperienza dove stanno problemi che il sapere scientifico – si riconosce – non è in grado di risolvere». Cfr. – leggendolo *a contrariis* – DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense*, cit., 142: «Since *topoi* involve points of view that relate to questions of substance, it can be hypothesized that, as formalism increases, topic-rethorical legal argumentation decreases. In a highly formalized legal system, large portions of the dispute process will be insulated from such legal argumentation, and thus rhetoric will appear in a recessive form». Vice versa, in a juridical system no more strictly and highly formalized, as our actually it is.

¹¹⁰⁰ VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 121. Secondo Viehweg «la funzione dei *topoi*, ed è indifferente che essi si presentino come *topoi* generali o speciali, consiste nel fatto di servire alla discussione dei problemi. [...] Nel variare delle situazioni e dei singoli casi dovrebbero trovarsi poi, sempre di nuovo, nuove indicazioni per fare dei tentativi di risolvere il problema. I *topoi*, intervenendo in ausilio, ricevono a loro volta il proprio senso dal problema» (38; analogamente: HOLOCHER J., *Juristische Topik*, cit., 73). Sul pensiero di Viehweg, v. l'interessante ricostruzione di GARCÍA AMADO J. A., *Tópica, derecho y método jurídico*, cit., 162-168 (e, in chiave critica, 168-171), per il quale «lo que Viehweg anticipa, en la misma época en que lo hacen también otros autores con matices diversos, es la perspectiva argumentativa, la idea de que es en el contexto de cada situación donde se ponen las bases para la decisión correcta, a través del intercambio de razones. Y los propios contornos de la situación se expresan mediante la acción comunicativa entre sujetos. Se trataría en todo ello de un proceso retórico, marcado por la inexistencia de verdades apodícticas que puedan fundar una solución indiscutible, y abocado, por tanto, a la permanente construcción y reconstrucción de soluciones meramente plausibles. Y la tónica sería el *auxilio principal* del que las partes en ese proceso dialógico pueden servirse como fuente de sus argumentos, de esas razones sobre cuya discusión se asentará la decisión» (178).

¹¹⁰¹ Ritiene che «legal argumentation is essentially topical, though not in the sense understood by Viehweg, KREUZBAUER G., *Topics in Contemporary Legal Argumentation*, cit., 79. Scrive invero Kreuzbauer che «any reasoning requiring that *all inferences need to be processed according to strictly defined rules* shall be called '*formal reasoning*' and all other reasoning '*informal reasoning*'. It is obvious that according to these definitions legal argumentation is more or less completely informal. It is important to note that also *informal reasoning* is not arbitrary, but *subject to regulation*. This is carried out by pragmatic *discourse rules* (that are actually social rules), and it should be emphasised that legal discourse displays an extraordinary number of such regulations. We might say that the rationality of legal discourse is chiefly established by these rules. Let us name only one important occurrence of these rules, the idea of *lege artis argumentation*: in an informal discourse, as in the legal one it is, much more difficult to define what is rational and what is irrational than it is in mathematics, for example, because invalid derivations are much easier to prove. The solution of the legal community for this problem is *the implementation of pragmatic discourse rules*, established by collective acceptance. So lawyers establish rules for deciding what is or is not appropriate argumentation. This leads to a metadiscourse based on a concept of *lege artis argumentation*, signifying that lawyers communicate not only about legal problems but also about the question of which arguments are allowed and which are not. This basically regulates the way in which agents of legal discourse have to argue in order to reach certain goals, especially collective acceptance. Given these conditions, there is the question, *what exactly can become a possible topos of legal argumentation or reasoning*. It is important to note, that here we are interested in the general scheme but not in the right application of *topoi* for concrete problems that obviously depends on situations and contexts» (80).

ponendolo davanti a quelle «situation[i] problematic[he] che non [possono] essere mess[e] da parte»¹¹⁰³ nell'ambito di certo tipo di accertamento.

I *topoi* giuridici, ugualmente a qualsiasi altra specie di *topoi*, «muovono nella maniera adatta la domanda e la risposta e indicano quello che in genere appare degno di una più approfondita considerazione»¹¹⁰⁴. In questo senso, costituiscono dei passaggi o «punti di vista direttivi»¹¹⁰⁵ alla luce dei quali «indagare secondo argomenti»¹¹⁰⁶ l'oggetto o la materia di riferimento¹¹⁰⁷.

In poche parole, e questo emerge pure dalla voce di altri studiosi, la decisione giuridica argomentata topicamente è – anch'essa (al pari di qualsiasi altra decisione argomentata topicamente) – il risultato dell'attraversamento di «tappe del pensiero che non devono essere tralasciate se non si vuole trascurare l'essenziale»¹¹⁰⁸, se si vuol poter dire di aver deciso nel modo «più conforme a ciò che è ritenuto il [miglior] sapere giuridico»¹¹⁰⁹ del momento.

Questo, allora, significa prendere in considerazione il caso giuridico problematizzandolo sulla scorta dei *topoi*¹¹¹⁰: significa decidere all'esito di un percorso tappezzato da argomenti

¹¹⁰² VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 39.

¹¹⁰³ VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 17 e 31. L'Autore accosta i *topoi* a «stabilizzazioni che stanno al fondo, che si formano con riferimento a determinate situazioni problematiche» (58), a veri e propri «complessi di questioni permanenti» (117) inerenti a una data tematica.

¹¹⁰⁴ VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 42, ove si osserva ancora che i *topoi* «sono in tal modo adattissimi a indicare la dimensione nella quale rispettivamente ci si muove e che non si può abbandonare se non si vuol compromettere la intellegibilità della dimostrazione».

¹¹⁰⁵ VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 38 («I *topoi* stanno a significare dei punti di vista direttivi, i quali ritornano di continuo, dei temi fissi, in definitiva dei *cliché* utilizzabili in via generale»).

¹¹⁰⁶ VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 54.

¹¹⁰⁷ I *topoi* applicabili si differenziano e si adattano all'oggetto o alla materia di riferimento, dando vita a una pluralità di cataloghi tra loro diversificati. La «differenziazione dei cataloghi di *topoi* giuridici» segna, secondo Viehweg, «uno sviluppo progressivo della giurisprudenza in quella forma che essa ha già sempre posseduto in se stessa» (VIEHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, cit., 127). Sulla catalogazione dei *topoi*, v. STRUCK G., *Topische Jurisprudenz*, cit., 21-34 (per il quale, in ogni caso, «der Versuch eines Topoikataloges kann nicht den Sinn haben, Vollständigkeit zu erzielen. Er kann nur eine Übersicht geben, die den Leser vielleicht anregt» [21]).

¹¹⁰⁸ Riprendiamo – consapevoli delle critiche mosse dall'Autore alla topica – quanto affermato da LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., 151 a proposito dell'interpretazione (di cui, invero, l'argomentazione è una forma [razionale] di manifestazione): «Die „Auslegungsregeln“ markieren nichts weiter als bestimmte Schritte oder Stufen des Gedankengangs, die allerdings nicht ausgelassen werden dürfen, soll nicht Geleichts Wesentliches übersehen werden».

¹¹⁰⁹ CAVALLA F., *Topica giuridica*, cit., 720.

¹¹¹⁰ V. WEINBERGER O., *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, cit., 50. Cfr. KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, cit., 86-87; ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto*, cit., 325 (il quale richiama «la possibilità – una volta rilevati e censiti gli argomenti usati dai giudici nelle motivazioni – di stabilire determinate correlazioni tra le argomentazioni usate e la scelta dei metodi, ossia di constatare che in determinate situazioni i giudici si sono attenuti a certi metodi, a certe regole anche se non espressamente formulate o riconosciute in quanto metodi. [...] Esistono *topoi* cogenti e non cogenti, fruttuosi e non fruttuosi; certamente, esistono pure delle condizioni per il successo o meno di determinati tipi di argomentazione, anche se finora queste non sono state analizzate a fondo da una metateoria giuridica. Esistono indubbiamente, all'interno del procedimento giudiziale, determinati meccanismi guida, ai quali i giudici di solito si attengono»).

preliminarmente individuati come «degni di essere notati»¹¹¹¹ e, quindi, trattati. Significa dover vagliare profili argomentativi che indirizzano – orientano, cioè, ma non predeterminano¹¹¹² – la risoluzione dei problemi in discussione, “suggerendo”¹¹¹³ prospettive valutative (e motivative) nel raggio delle quali affrontarli.

Con estrema sintesi, possiamo dire che la topica – topica giuridica compresa – agevola nel «trovare gli argomenti rilevanti»¹¹¹⁴ che servono ad analizzare la vicenda che si ha davanti. I *topoi* «operazionalizzano»¹¹¹⁵ la scelta decisionale, incanalandola entro un itinerario procedurale composto da quell’insieme di argomenti che – ovviamente, insieme ad altri argomenti – conduce a dirimere le sorti del giudizio.

In ciò, si scoprono le ‘assonanze’ e le ‘risonanze’ di topica giuridica nell’alveo della obbligo di motivazione rafforzata¹¹¹⁶, metodica – quest’ultima – che (prima in punto di giudizio e poi in punto di giustificazione) impone che si percorrano espressamente alcuni step obbligati, concernenti

¹¹¹¹ CAVALLA F., *Topica giuridica*, cit., 723.

¹¹¹² Su questo profilo, v. ad es. REHBOCK K., *Topik und Recht*, cit., 117 («Die topische Rhetorik ist nur in der Lage, formale Anweisungen zur Auffindung des richtigen Lösungsansatzes zu geben, inhaltliche Entscheidungshilfen sind von ihr nicht zu erwarten»). Icastica, sull’indirizzabilità della scelta decisoria, la metafora di Martin Kriele: se vuoi canalizzare il flusso d’acqua di un fiume, il letto che costruisci per esso deve essere abbastanza largo da poterlo condurre. Se è troppo stretto, il fiume strariperà dagli argini (in termini, KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 50). Insomma, i *topoi* di riferimento devono costituire passaggi argomentativi né troppo specifici e vincolanti, nel senso di predeterminare la scelta decisionale, né troppo generici e ambigui, al punto di “bloccare il diritto su frasi vuote” e di circostanza (v. STRUCK G., *Topische Jurisprudenz*, cit., 19 e 39).

¹¹¹³ V. KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., 151 (v. anche 147 e 148: «Die Topik genügt nicht als Denkmethode, sie kann dem Denken aber ein hilfreiches Instrument sein. Die Topik dient der Wahrheitsfindung also nur unter zwei Voraussetzungen: Erstens darf das topische Argument nicht als abschließend mißverstanden werden. Wirft man einen topos in die Debatte, ist damit lediglich auf einen Gesichtspunkt hingewiesen, der zu beachten und zu prüfen sein könnte. [...] Da die topische Invention nicht unmittelbar zur wissenschaftlichen Gewißheit führe, sei ein Urteil über das Resultat der Invention erforderlich. Das mache aber die Invention nicht entbehrlich, sondern sie liefere der Beurteilung den Gegenstand in Form einer zu beurteilenden Meinung. Man kann also sagen: die Topik dient der Beschaffung sinnvoller Hypothesen»).

¹¹¹⁴ STRUCK G., *Topische Jurisprudenz*, cit., 14 (il quale rileva l’importanza di «familiarizzare con l’argomento» [35]).

¹¹¹⁵ L’espressione – utilizzata con riferimento alle regole argomentative che regolamentano la razionalità discorsiva (dell’agire comunicativo orientato all’intesa) in rapporto a questioni pragmatiche, etiche e morali – è di HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 127.

¹¹¹⁶ Cfr. altresì la «teoria dei centri di argomentazione (*status*)» elaborata da Ermagora, così come riportata in GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, XI («Una teoria dei centri di argomentazione (*status*), rispetto ai quali le prove vanno rigidamente selezionate e subordinate; ogni *status* amette un certo tipo di prove e non tutte sono rilevanti e pertinenti. La teoria degli *status* è insomma una teoria della formazine delle questioni) e 57-58. Il collegamento tra *status* ermagoriani e *loci* o *topoi* (in part., quelli ciceroniani) è invero messo in evidenza dallo stesso Giuliani, secondo cui «come nella teoria ermagorea le prove venivano selezionate in relazione al particolare tipo di *status*, così i *loci* (*sedes argomentorum*) vanno selezionati con rigido criterio» (94). Dal nostro punto di vista, entrambi questi approcci argomentativi – tanto gli *status* quanto i *topoi* o *loci* – assomigliano all’approccio argomentativo che sta alla base del metodo di giudizio e di giustificazione in cui consiste la motivazione rafforzata.

determinati profili argomentativi salienti della fattispecie in esame, da affrontare alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili¹¹¹⁷.

Diventa facile l'accostamento tra gli step obbligati della motivazione rafforzata e i *topoi* dell'argomentare topico, trattandosi sia nell'uno che nell'altro caso di elementi costitutivi o «momenti strutturali»¹¹¹⁸ appartenenti a due tecniche o metodiche operanti entrambe sul piano dell'argomentazione e dirette entrambe a determinare – per l'appunto tramite gli *step* e i *topoi* – problematiche (*sub specie*: argomentative) che non possono essere messe da parte.

All'opposto di quanto avviene «nei sogni, [ove] si saltano bruscamente i passaggi intermedi»¹¹¹⁹, ricorrendo a queste forme di argomentazione si scompone il percorso decisionario in alcune tappe obbligate e passo passo si segue il decisore nello svolgimento di queste tappe, le quali orientano – senza predeterminarlo – il suo ragionamento verso aspetti essenziali da prendere in considerazione, ai fini dell'assunzione della corretta decisione.

Detto tutto questo e senza aggiungere altro sulla topica (es. senza nulla dire sulle caratteristiche di singoli *topoi* o sulle peculiarità, sui pregi e sui difetti dei cataloghi topici oppure su come nasca e su come si sviluppi un *topos* o, ancora, sull'opportunità piuttosto che sulla necessità che gli argomenti topici siano disposti in un certo ordine anziché in un altro ecc. ecc.; ecco, senza indugiare ulteriormente), ci apprestiamo adesso ad approfondire finalmente quell'istituto al quale ogni parola che abbiamo fin qui speso era diretta a condurre: la motivazione rafforzata del provvedimento.

III. CHE COS'È LA MOTIVAZIONE RAFFORZATA?

La “motivazione rafforzata” è una formula con la quale, da un lato, si esorta la cautela decisionale verso specifici profili giuridici e, dall'altro lato, si pretende l'elaborazione di un impianto motivazionale irrobustito rispetto a tali questioni (*recte*: argomenti), la cui verifica si ritiene imprescindibile ai fini della legittimità del provvedimento emanato.

L'obbligo di motivare in modo rinforzato si risolve nel *metodo*, cioè in una scansionata e approfondita attività decisionario-argomentativa, alle volte preceduta da un'attività probatoria a essa

¹¹¹⁷ Nella pre-definizione o pre-individuazione di argomenti orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente, alla luce dei quali affrontare i profili salienti della “fattispecie da motivazione rafforzata” in esame, può individuarsi una forma di implementazione o specificazione completatoria dell'argomentazione topica (i cui *topoi* sono spesso eccessivamente generici). È come se la metodica motivazionale rinforzata possedesse o comunque potesse vantare dei *topoi* tutti suoi, che sono per l'appunto quegli argomenti, diversificati per fattispecie e orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, di cui agli step obbligati che debbono essere attraversati. Sulla compatibilità e sull'opportunità di azioni complete la topica, v. GARCÍA AMADO J. A., *Tópica, derecho y método jurídico*, cit., 188 («La tónica es compatible e, incluso, necesita ser complementada con una teorización más precisa de la forma de articulación argumentativa de esos datos previos o puntos de apoyo del discurso»).

¹¹¹⁸ NEUMANN U., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2010, 56.

¹¹¹⁹ ZWEIG S., *La novella degli scacchi* (1941), (a cura di) R. RIZZO, Milano, 2013, 74.

necessariamente prodromica (es. riassunzione in appello della prova dichiarativa decisiva, nel caso di ribaltamento in condanna della pronuncia assolutoria di primo grado).

La peculiare caratteristica di questa metodica di giudizio (*i.e.* decisione) e di giustificazione (*i.e.* argomentata spiegazione delle ragioni decisorie) si rinviene nel fatto che il giudice è tenuto a percorrere una serie di step o passaggi obbligati, costituiti da argomenti che concernono aspetti salienti della fattispecie in esame e che devono essere apprezzati (*i.e.* adattati contenutisticamente alle specificità del caso concreto) alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili.

*

La motivazione del provvedimento costituisce il perno di un sistema garantista – ove non sono ammessi poteri arbitrari, nascosti e illimitati – e rappresenta il centro di gravità verso cui ogni accadimento processuale converge. Nella motivazione, potremmo dire, “tutto si tiene” (o dovrebbe tenersi)¹¹²⁰.

Gli elementi emergenti dalla vicenda storica, le attività investigative compiute e le difese sostenute trovano attestazione nell’atto emanato al termine del giudizio¹¹²¹: atto all’interno del quale, di prassi, assistiamo a una trattazione diversificata dei vari profili che lo compongono, sia fattuali che giuridici.

Nella parte motiva della sentenza, ad esempio, pur mantenendosi sempre entro la forma legale prescritta dal codice, alcuni aspetti della fattispecie – corrispondenti indifferentemente a profili fattuali oppure a profili giuridici, sostanziali o processuali – trovano un approfondimento diverso in ragione della loro decisività (cioè, del loro «effetto [...] sulla decisione»¹¹²²).

¹¹²⁰ Riportiamo, tenendo ferme e dando loro ben più esteso seguito, le considerazioni che abbiamo avuto occasione di svolgere in CECCHI M., *La “motivazione rafforzata” del provvedimento ovvero la “forza persuasiva superiore”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1123 ss.

¹¹²¹ Cfr. CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 249 («L’intero processo si riassume nella sentenza, con tutti i suoi argomenti in diritto e in fatto»); FAZZALARI E., *La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, 314 e 316 («Il processo è un *iter* di *quaestiones*, dalla prima all’ultima: ogni atto da compiere può suscitare una questione. [...] La sentenza non è – o non è più soltanto – l’atto di chi, munito d’imperio, risolve la lite; il giudice, con la sentenza, dà risposta a tutte le domande che i contraddittori gli hanno rivolte, agli argomenti che essi gli hanno sottoposti. Il giudice può disattendere, ma non obliterare le ragioni della parte, deve darne conto, deve viverle criticamente. Almeno nella stessa misura in cui i difensori sanno vivere la causa. Ciò vale per tutti i tipi di processo giurisdizionale»).

¹¹²² Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan, con note a margine di ALGERI L., *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell’esame dell’esperto*, in *Giur. it.*, 2019, 1444 ss. e BONZANO C., *Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 822 ss. Sulla pronuncia *de qua*, tra gli altri, si esprime criticamente SURACI L., *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale. tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, Pisa, 2020, 226, il quale la definisce «una sentenza caratterizzata da un inestricabile – sebbene, nell’ambito di essa si tenti di farlo senza, tuttavia, riuscirci sino in fondo – circolo argomentativo vizioso, che enuncia e – allo stesso tempo – divora premesse e contraddice definizioni».

Si è al cospetto di un fenomeno tanto logico quanto pragmatico per cui, arrivati a un certo sviluppo delle cose, non resta che confrontarsi col nodo gordiano della vicenda e scioglierlo, per svolgere poi l'intero bandolo della matassa e proseguire in avanti. Se, come ricorda Karl Popper, «tutta la vita è risolvere problemi»¹¹²³ e, per farlo, bisogna a un certo punto prendere posizione (o con «metodo dogmatico» [conoscenza pre-scientifica] o con «metodo critico» [conoscenza scientifica]), è possibile constatare che lo stesso accade anche nel mondo del diritto. Altresì per risolvere i problemi giuridici occorre, come nella vita, assumere una decisione prendendo posizione fra più alternative possibili e, in un dato momento, sciogliere il punto decisivo o i punti decisivi della problematica in questione.

In particolare, la soluzione giuridica non è mai “data” in astratto e preventivamente, ma viene sempre di nuovo continuamente “costruita” nello svolgersi dinamico del procedimento, al termine del quale si compie una scelta e poi si motiva la scelta compiuta (ossia, si espongono «le ragioni di un convincimento»¹¹²⁴).

Avuto riguardo alla motivazione del *decisum*, possiamo notare che, una volta rispettati i requisiti formali dell'atto (es., per la sentenza penale: intestazione, indicazione dell'autorità decidente, generalità dell'imputato e delle altre parti, imputazione, riepilogo dell'*iter* procedurale e delle conclusioni, trattazione in fatto e in diritto, dispositivo, data e sottoscrizione¹¹²⁵), vi è la sostanza che deve essere inserita entro lo schema motivazionale; e nel ragionamento decisionale, che si compone di una serie di discorsi argomentati tra loro interconnessi, è individuabile *almeno* un punto che può considerarsi dirimente per l'intera questione sottoposta a giudizio¹¹²⁶.

¹¹²³ POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi*, cit. (in part., cap. XII; precisamente, 459: «Tutta la vita è risolvere problemi. Tutti gli organismi sono inventori e tecnici, buoni o meno buoni e che hanno più o meno successo nella soluzione di problemi tecnici»).

¹¹²⁴ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 157. Negli stessi termini, MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 1, ove si parla di «obbligo di motivazione come principio naturale del processo [‘moderno’]» («Motivare vuol dire esporre le ragioni, di un'azione, di un convincimento, di un giudizio. Esporre le ragioni implica un intento di giustificazione: non avrebbe senso dar conto delle ragioni di una scelta compiuta se non per giustificarla»).

¹¹²⁵ Sul punto, v. *ex multis* NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, cit., 339-351 e 358-365 e ZAZA C., *La sentenza penale*, cit., 59-78 (ove si svolge un'analisi dei punti strutturali della motivazione della sentenza penale *ante* riforma Orlando, ma cionondimeno le considerazioni sviluppate sono – quantomeno a nostro parere – ancor oggi valide, in quanto pienamente compatibili con gli innesti normativi introdotti dalla l. n. 103 del 2017).

¹¹²⁶ Abbiamo inserito l'avverbio “almeno” poiché, sebbene la giustizia del quotidiano sia fatta soprattutto di sentenze che risolvono casi per così dire semplici, giacché ruotanti attorno a una sola e dirimente questione problematica (il cui coefficiente di difficoltà, peraltro, non raramente si riduce al punto tale da rendere sufficiente il mero richiamo a una massima giurisprudenziale), nondimeno accade – e nemmeno troppo di rado, in realtà – che le questioni problematiche e i punti dirimenti siano più di uno e da sviluppare articolatamente. Ovviamente, questo dipende dalla complessità della fattispecie (sia giuridica sia storico-fattuale) in esame. Sulla distinzione fra “casi semplici” e “casi difficili”, la quale – dipendendo altresì da evenienze empiriche – non è compiutamente teorizzabile, cfr. DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, (a cura di) B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ, Milano, 2012, 81-89 (in part., 83-84: «Nella normalità dei casi, l'interpretazione ha un suo assetto consolidato, depositato nei commentari, che il giudice semplicemente recepisce. Quest'attività, sul piano pratico,

Ecco: tale ultimo profilo (o tali ultimi profili) rappresenta (o rappresentano) un “passaggio obbligato” (o dei “passaggi obbligati”) dell’inferenza giudiziale, la cui assenza nella trattazione decisionale inficia l’atto deliberativo stesso, fino a renderlo invalido, o meglio: viziato.

Rispetto a questo momento “saliente e risolutivo” la giurisprudenza¹¹²⁷ può richiedere una motivazione rafforzata, ovvero una “forza persuasiva superiore” delle ragioni poste a sostegno di quella parte del provvedimento a esso dedicata, in grado di conferire al *decisum* la maggiore solidità possibile¹¹²⁸.

Che cosa significa? A ben vedere, questa fatica motivazionale – che la giurisprudenza qualifica come “rinforzata” – deve (*recte*: dovrebbe?) ordinariamente accompagnare il giudizio. Allora viene da chiedersi perché, in realtà, si faccia ricorso a quest’espressione. D’altra parte (e mutuando il pensiero di Enrico Di Robilant), «l’introduzione di un termine nuovo in una disciplina, soprattutto quando acquista una posizione di particolare rilievo, in quanto a esso si ricorre per impostare alcuni fra i problemi più importanti della disciplina stessa, non è casuale [...] ed è quasi sempre dovuta a ragioni più complesse, che hanno attinenza con i problemi concreti»¹¹²⁹.

Che cosa s’intende, dunque, per “motivazione rafforzata”?

Questa formula – “motivazione rafforzata” – ha un duplice significato e comporta, a nostro parere, due conseguenze.

(1) In astratto e come approccio operativo (come *forma mentis*, potremmo dire; o come «forma spirituale», à la Viehweg¹¹³⁰), **cautela decisionale**: cioè, un’attenzione valutativa e una prudenza

consente un meccanismo di applicazione della regola secondo gli schemi del classico sillogismo giudiziario. Non è un’operazione puramente logico-deduttiva, trattandosi di un sillogismo pratico, ma l’interprete non crea nulla: rispetto alla norma pre-supposta, *sensus non est inferendus, sed efferendus* (Betti vs. Gadamer). La fattispecie concreta è vista, salve peculiarità emergenti, come un mero esempio al quale si applica la regola generale, e in alcuni casi ha solo bisogno di concretizzazioni. Le conclusioni sono scontate nell’*an*, e spesso anche abbastanza prevedibili nel *quantum*, se esistono prassi applicative consolidate nell’ufficio. [...] Nella normalità dei casi, anzi, il giudice applica senza re-interpretare la regola astratta e concretizzata su tipologie di precedenti già ordinati in rassegne interpretative, recependo un’interpretazione consolidata. Il caso, qui, vale come ‘esempio applicativo’ della regola fondamentale, salvo che per determinati particolari, che riguardano altre regole (per es. sulla commisurazione della pena). Prima del consolidarsi di una certa interpretazione, tuttavia, o a fronte di alcune sue incompletezze o incertezze, le cose si atteggiavano diversamente e appaiono più difficili. Ma anche nel corso del tempo, per l’evoluzione sociale, normativa, sistemica, per la rete delle fonti extra-penali e sovranazionali, casi facili possono divenire più complessi»); FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2000, 121-126 (ove si ricollega la semplicità o difficoltà/complessità del caso alla presenza, o meno, di discussione intorno – rispettivamente – a un singolo argomento [simple/clear case: single argument] oppure a molteplici argomenti [hard/complex case: multiple argumentation]).

¹¹²⁷ Ma non solo la giurisprudenza; anche la dottrina e, a ben vedere, quantomeno in termini contenutistico-sostanziali e sebbene non parli espressamente di motivazione rafforzata, *anche* il legislatore richiedono alle volte una motivazione rafforzata (v. *infra* e nt. 1150).

¹¹²⁸ Solidità intesa come tenuta razionale e normativa della ricostruzione (e dell’esposizione) decisoria.

¹¹²⁹ DI ROBILANT E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968, 5.

¹¹³⁰ VIEHWEG T., *Prefazione*, in *Topica e giurisprudenza*, cit., V (e *passim*). In termini pratici, la “forma spirituale” può tradursi nella deontologia professionale. Sul richiamo allo “spirito deontologico” del giudice, cfr. (con le dovute riserve)

deliberativa per così dire maggiorate¹¹³¹ nella disamina di quel dato istituto di diritto sostanziale o processuale oppure di quel determinato aspetto della vicenda giuridica (fattualmente intesa). Perché è richiesta una simile cautela in questi casi? E che differenza c'è tra questo tipo di “cautela decisionale rafforzata” e la “cautela decisionale ordinaria” che normalmente accompagna l'accertamento degli ‘elementi tipici’ della fattispecie? Come si specificherà meglio *infra* (§ IV), l'onere motivazionale rinforzato coinvolge ‘argomenti’ (che si svolgono sugli elementi della fattispecie, ma non si esauriscono in essi, considerata la particolare natura di questi argomenti), i quali si originano a partire da una situazione giuridicamente rilevante priva di tutela o inadeguatamente tutelata, che l'ordinamento intende proteggere. Con la motivazione rafforzata si impone un aggravio argomentativo (nei termini che diremo *infra*), cioè uno sforzo valutativo-giustificativo ulteriore rispetto a quello ordinario, attraverso cui si assicura che la situazione giuridicamente rilevante d'interesse venga effettivamente tutelata. La fattispecie che richiede “cautela decisionale” e che impone un onere motivazionale rinforzato – con l'esaltazione di peculiari argomenti (fattuali o giuridici) da prendere in esame nell'ambito dell'accertamento – implica l'esistenza di una situazione giuridicamente rilevante alla sua base. Una situazione di

quanto osserva Martin Kriele, ovverosia che, «data l'indipendenza del potere giudiziario, l'*ethos* è in definitiva l'unico potere che può essere in grado di vincolare [di fatto] il giudice» (KRIELE M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, 24).

¹¹³¹ Ci sembra appartenere a questa medesima logica («da legislatore-didatta» [CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012, 515], volta a richiamare il giudice alla “cautela decisionale”) altresì l'intervento operato dal legislatore con la legge n. 47 del 2015, con la quale è stato introdotto il requisito dell'“autonoma valutazione” rispetto a determinati profili del giudizio cautelare. Nonostante l'“autonomia valutativa” dell'organo giudicante sia un presupposto intrinseco dell'attività decisoria, si è comunque sentito l'esigenza di normativizzare – presidiando peraltro l'istituto con una nullità speciale (quella di cui all'art. 292, co. 2 c.p.p.) – tale circostanza «connaturata alla funzione di controllo affidata al giudice per le indagini preliminari» (per riprendere le parole di Cass., Sez. II, 20 novembre 2015, n. 46136; analogamente: Cass., Sez. I, 11 febbraio 2016, n. 5787: «L'esigenza di rendere ‘percepibile’ la propria autonoma valutazione è infatti dato connaturale all'esercizio della giurisdizione (presidiato dalle garanzie funzionali di autonomia e indipendenza)». A tal proposito, SPANGHER G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 5 afferma che «l'elemento centrale, attorno al quale si articola la riforma [*de qua*] può essere fatto risalire al *rinforzato onere della motivazione* sia del provvedimento cautelare (genetico) (art. 292 c.p.p.), sia di quello sottoposto a controllo (art. 309 c.p.p.). Il dato sottende significative implicazioni (anche al di là di quanto potrebbe dedursi in relazione al tema della responsabilità civile del magistrato: arg. ex l. n. 117 del 1988 come integrata dalla l. n. 18 del 2015)». A livello prasseologico, rileviamo nondimeno che tale onere (è stato ed) è sostanzialmente “svuotato” dalla sua applicazione pratica: e ciò è dovuto, almeno in parte (anzi: in larga parte), alla lettura estensiva e alla materiale concretizzazione dei poteri correttivo-integrativi del Tribunale del riesame (previsti dall'art. 309, co. 9 c.p.p.). Materialmente, com'è stato scritto, accade che «nel bilanciamento tra annullare il provvedimento e far passare per motivata una ordinanza più che stringata» si batta (troppo) spesso quest'ultima strada, così facendo «preva[ler]e la linea meno rigorosa» (GIULIANI L., *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del Tribunale della libertà (alle soglie di una ‘storica’ riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 372). Sul punto, v. altresì BONZANO C., *Norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in *AA.VV., Il nuovo volto della giustizia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2015, 425-442; CAIANIELLO M., *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo la l. 16 parile 2015, n. 47*, in *Cass. pen.*, 2017, 1678 ss.; MANGIARACINA A., “L'eterno ritorno”: *vacilla l'autonoma valutazione in sede cautelare*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 2, 520-521.

interesse giuridico che emerge a livello ordinamentale e a cui l'ordinamento stesso intende garantire – in questo caso, all'interno del processo – una tutela effettiva, nello specifico richiedendo stavolta che il giudizio si svolga secondo una scansione a tappe obbligate¹¹³².

(2) In concreto, parlare di “motivazione rafforzata” vuol dire attendersi (da parte di chi legge) e redigere (da parte di chi decide e deve poi *reddere rationem*) **un apparato giustificativo nel quale siano esposte quelle tappe (argomentative) non eludibili del percorso valutativo-decisionale che il giudice è tenuto a compiere nell'attività di giudizio (complessivamente intesa), in relazione a quella determinata fattispecie**. Tappe argomentative ineludibili che possono essere legate sia a profili fattuali che giuridici, tanto di diritto sostanziale quanto di diritto processuale, e che sono individuate direttamente dalla legge oppure sono ricavate/ricavabili – *cum grano salis* – da elaborazioni giurisprudenziali espresse e consolidate (cfr. art. 618, co. 1-*bis* c.p.p.) o, ancora, da ricostruzioni dottrinali (in genere ampiamente condivise)¹¹³³. Può trattarsi o di tappe uniche (relative a singoli e specifici punti salienti dell'accertamento: es. l'utilizzo del captatore o delle intercettazioni c.d. “ambientali” al posto delle intercettazioni ordinarie; l'aggravamento della misura cautelare a panorama probatorio invariato; ecc. ecc.), oppure di tappe che si articolano e si snodano in più passaggi (es. i parametri Thyssenkrupp, per discernere tra dolo eventuale e colpa cosciente; i criteri Daubert-Cozzini, per qualificare la scientificità della nuova teoria introdotta dall'esperto; ecc. ecc.)¹¹³⁴. Tappe argomentative, infine, il cui svolgimento è orientato da parametri

¹¹³² Tappe obbligate, concernenti i profili essenziali della fattispecie e soprattutto contenenti argomenti (che sono il riflesso della situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare e che sono) da declinare alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili. Il percorso a tappe (o step o passaggi o cadenze parametrate) obbligate si rivela peraltro conforme alla circostanza che soprattutto «l'interpretazione giuridico-penale è [o comunque dovrebbe, ove possibile, essere] soggetta a regole, al rigido susseguirsi delle *tappe*, a passi che si devono fare o percorrere per raggiungere, appunto, una corretta interpretazione» (DE FARIA COSTA J. – DE OLIVEIRA MOURA B., *L'interpretazione nel diritto penale: un multi verso*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 218).

¹¹³³ Dietro alle tappe argomentative obbligate sta una situazione giuridicamente rilevante che abbisogna di tutela rafforzata per non essere irragionevolmente lesa. Si tratta di una situazione emergente dal fluire e refluire giuridico-sociale, ovvero sia dall'esperienza del reale, che può essere colta tanto dal legislatore, quanto dalla giurisprudenza che dalla dottrina. Questa prospettiva – che specificheremo meglio *infra* (§ IV) – aiuta ad esempio a spiegare il recente fioccare di obblighi motivazionali rinforzati, specie nella giurisprudenza.

¹¹³⁴ Quando le tappe obbligate non si riducono a un singolo passaggio o a un aspetto saliente soltanto, queste “rime forzate” si trasformano in un modello di motivazione dettagliatamente scandito, non da uno, ma da plurimi argomenti (da concretizzare alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili), sviluppati in più step tra loro susseguentisi. Esemplifichiamo in materia di prova scientifica nuova, ove per sondare efficacemente la scientificità del sapere tecnico introdotto dall'esperto, diventa obbligatorio confrontarsi con prestabilite e ineludibili domande, le quali necessitano risposte nitide e nette sulla scorta degli elementi emergenti dal caso concreto (ad es.: qual è il tasso di errore della teoria avanzata? La tesi è mai stata sottoposta a tentativi di falsificazione? Qual è il *curriculum* di chi si fa portavoce di questa ricostruzione? La teoria che si propone è accolta, oppure no, dalla comunità scientifica di riferimento? Ci sono pubblicazioni scientifiche accreditate a conferma della tesi che si sostiene? ecc.). Tali quesiti, perfezionati dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane sulla scorta del *Daubert test* americano (meglio: sulla scorta «della nota trilogia Daubert-Joiner-Kumho» [CONTI C., *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e*

e «criteri verificabili intersoggettivamente»¹¹³⁵ e che alle volte si combinano o finanche presuppongono lo svolgimento di prodromiche attività di natura probatoria¹¹³⁶.

il “discorso sul metodo”, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 849]), garantiscono la qualità cognitiva dell'accertamento su questo specifico profilo: e, in rapporto al *decisum*, ne aggravano – rinforzandolo (e migliorandolo: arricchendolo epistemologicamente) – l'onere valutativo-motivativo. Per una disamina approfondita in materia, v. CONTI C. – ROSSI C., *Metodiche sperimentali e motivazione rafforzata: il processualista interroga lo scienziato*, in AA.VV., *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, (a cura di) A. NATALINI, Milano, 2018, 192, ove viene altresì simulata un'intervista del processualista all'esperto (197-201), attraverso domande che – a titolo esemplificativo – potrebbero a nostro parere costituire alcuni dei passaggi obbligati di un eventuale *format* motivazionale costruito in aderenza alle specificità della prova scientifica. La giurisprudenza alla quale ci riferiamo si compendia, in particolare, nelle sentenze Cozzini (Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786), Cantore (Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, con nota a margine di VALBONESI C., *La Cassazione apre alle linee guida quali criterio di accertamento della colpa medica*, in *Giust. pen.*, 2013, 695 ss.), Kercher (Cass., Sez. V, 25 marzo 2015, n. 36080), Bordogna (Cass., Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175), Cirocco (Cass., Sez. IV, 16 aprile 2018, n. 16715), Bossetti (Cass., Sez. I, 12 ottobre 2018, n. 52872). In materia, afferma che – in caso di metodi scientifici nuovi – «i parametri del *Daubert standard* assurgono al rango di criteri di valutazione della prova ai sensi dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p.» altresì ALGERI L., *La prova neuroscientifica nel processo penale*, Padova, 2020, 202 [v. anche 69-70] (ove, richiamando l'applicazione dei criteri Daubert alla prova neuroscientifica [202-206], si rileva come occorra che «il giudice utilizzi il sapere neuroscientifico non in modo acritico ma costruendo la motivazione della sentenza con l'applicazione di criteri rigorosi di valutazione della prova che permettano di decidere il singolo caso concreto con un elevato grado di credibilità razionale» [206]).

¹¹³⁵ LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, 2012, 103. Scrive GUASTINI R., *Osservazioni in margine* [a AARNIO A. – ALEXYS R. – PECZENIK A., *I fondamenti del ragionamento giuridico*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 207 (corsivi nostri) che «per valutare se una conclusione giuridica meriti o non meriti consenso, occorre stipulare dei *criteri di accettazione*. Siffatta stipulazione non ha nulla a che fare con una indagine empirica: è frutto di valutazione e di scelta. Così, se io stipulo che – poniamo – l'argomento del linguaggio comune è un argomento buono, persuasivo, io stesso accetterò un enunciato interpretativo motivato con quell'argomento, quali che siano le opinioni altrui in proposito» (Sul punto, v. altresì AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 211 ss. e PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), (trad. it.) C. SCHICK – M. MAYER, Torino, 1989, 16-17). I parametri e i criteri orientativi gli argomenti che costituiscono gli step obbligati della motivazione rafforzata rappresentano, dal nostro punto di vista, dei “criteri di accettazione” nell'accezione indicata da Guastini. Tali criteri sono stabiliti in via generale e vengono concretizzati alla luce della singola indagine empirica, nel senso che vengono riempiti contenutisticamente sulla scorta delle peculiarità del caso di specie. Questi argomenti orientati da criteri – utili alla risoluzione di problematiche giuridiche ricorrenti relative a determinate fattispecie – costituiscono le tappe obbligate di un percorso metodologico di giudizio e di giustificazione che tende a far sì, *tra l'altro*, che il ragionamento giudiziale – che rimane pur sempre discrezionale nella sostanza (libero, cioè, di apprezzare appieno le particolarità della vicenda storica in esame) – proceda secondo scansioni argomentative analoghe per tutti (da specificare poi, lo si è appena detto, caso per caso). Chiunque si trovi a decidere quella determinata problematica giuridica la risolve sì discrezionalmente, ma seguendo un analogo itinerario logico-argomentativo scansionato.

¹¹³⁶ Nelle ipotesi in cui le tappe obbligate si combinino o presuppongano lo svolgimento di prodromiche attività probatorie, si può arrivare alla formazione di vere e proprie endiadi fra istituti: com'è ad esempio accaduto per il collegamento creatosi tra il ribaltamento in appello di una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa decisiva (laddove, per “prova dichiarativa” – secondo l'insegnamento delle Sezioni unite Pavan: Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426 – «deve intendersi quell'atto comunicativo con il quale un emittente trasmette, attraverso il linguaggio verbale, fatti percettivi o valutazioni di cui sia a conoscenza e che siano rilevanti ai fini della decisione») e la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (ipotesi di genesi pretoria, oggi codificata: art. 603, co. 3-bis c.p.p.) Nella materia di cui all'esempio, com'è noto, sono intervenute più volte le Sezioni

Come il filo di Arianna o i sassolini sparsi di Pollicino, questi “argomenti rinforzati” indicano il tracciato decisionale che il giudice è tenuto a percorrere¹¹³⁷. Un vero e proprio itinerario metodologico in virtù del quale applicare la fattispecie, o meglio: in virtù del quale applicare la fattispecie in quei suoi profili (argomentativi) che debbono essere valutati e poi giustificati rafforzatamente.

Un sentiero in cui il cammino (*recte*: una parte del cammino) verso la meta – in un “viaggio da vivere” comunque in prima persona, adattando le proprie scelte alle particolarità del caso concreto – è ben delineato. Allo stesso modo in cui in montagna la rete sentieristica rende sicura (ma non toglie l’avventura del)l’escursione alpina, questa scansione rinforzata del ragionamento decisorio puntella l’argomentare giuridico (senza ovviamente predeterminarlo nel suo risultato, ma piuttosto) conferendogli solidità epistemologica¹¹³⁸ in fondamentali «snodi logici della decisione»¹¹³⁹.

In determinate ipotesi, dunque, si delinea una motivazione sempre più stringente, segnata – in una sua parte – da un “andamento argomentativo vincolato”, consistente nel riferimento obbligato – sia della decisione che della sua giustificazione – a determinati e ineludibili argomenti ritenuti indispensabili per l’accertamento di quella data fattispecie, che possiamo perciò definire “da motivazione rafforzata”.

Il dovere di rinforzare la spiegazione di taluni profili argomentativi della fattispecie – indicati alle volte dal legislatore, altre volte dalla giurisprudenza e altre volte ancora dalla dottrina – ha

unite: Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta; Cass., Sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano; Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise; Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan.

¹¹³⁷ V. anche nt. 1041.

¹¹³⁸ La “solidità epistemologica” – tanto maggiore rispetto ai casi in cui non si motiva rafforzatamente, quanto più specifici e raffinati sono gli argomenti da motivazione rafforzata che vengono in gioco – discende dal fatto che sia il momento decisionale sia il momento giustificativo sono tenuti a prendere in considerazione determinati profili argomentativi della fattispecie, alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, che costituiscono il portato di una “razionalità condivisa” (che rappresenta il “più avanzato livello o grado di conoscenza disponibile” al tempo in cui si compie il giudizio). Parametri e criteri che, peraltro, rappresentano una sorta di specificazione dei “criteri” di cui all’art. 192, co. 1 c.p.p. e, più in generale, dell’intero «*percorso argomentativo*» di tale disposizione (TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 156). Sia detto *en passant* che, casualmente (ma forse non troppo nella “complessiva connessione esistente tra le cose”), allorché in LANZA L., *Emozioni e libero convincimento*, cit. 375 e in MASSA M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 7 si tratta dell’art. 192 c.p.p. e del fatto che il codice 1988 abbia posto in evidenza l’importanza dei criteri argomentativi ai fini della decisione e della loro esplicitazione in motivazione, si richiama l’idea di “rinforzamento”. I due Autori, infatti, pur non riferendosi – nemmeno *in nuce* (come invece abbiamo detto ci pare abbiano fatto Ennio Amodio e Francesco Mauro Iacoviello: v. *supra*) – alla nostra metodica di giudizio e di giustificazione (cioè, all’istituto della motivazione rafforzata per come l’abbiamo qui ricostruito), parlano rispettivamente di «rafforzata giustificazione» (Lanza) e di «rafforzato raccordo tra libero convincimento e obbligo di motivare» (Massa).

¹¹³⁹ L’espressione è utilizzata da CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 300. Afferma che «la giustificazione è un ragionamento, una struttura argomentativa complessa che si *snoda* in vari passaggi e si situa su diversi livelli» GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, cit., 136.

ricadute non indifferenti sul contenuto sostanziale del provvedimento e sul suo *stilus curiae*¹¹⁴⁰, nonché sulle conseguenze sanzionatorie che discendono dal caso in cui si violi tale onere motivazionale. In tali circostanze, infatti, affinché la motivazione possa dirsi completa, bisogna che contenga *altresì* l'esposizione dell'avvenuto attraversamento di quegli step obbligati dai quali occorre passare prima di esprimersi relativamente a quella fattispecie che pretende un onere motivativo rinforzato.

Ecco allora che giustificare rafforzatamente il giudizio, percorrendo e di-mostrando di aver percorso le c.d. “tappe obbligate” (*i.e.* «stages which must be passed through to further the resolution of a dispute»¹¹⁴¹), ancorché non comporti una necessaria mutazione dello scheletro formale (“estetico-redazionale”) del provvedimento, sicuramente si ripercuote sul versante contenutistico (“logico-strutturale”) del medesimo, incidendo sulla sostanza che deve essere inserita nella sua parte motiva.

Motivare rinforzatamente, inoltre, riduce fortemente la possibilità che si possa «decidere senza conoscere» o che si possa «decidere contro il conoscere»¹¹⁴², perché – nella parte in cui l'accertamento si svolge secondo la metodica di giudizio e di giustificazione *de qua* – intervengono dei «vincoli procedurali»¹¹⁴³ (*i.e.* gli step obbligati) che rendono praticamente insormontabile, tanto per l'atto di volontà (scelta decisoria) quanto per l'atto di conoscenza (spiegazione razionale della scelta compiuta), il confronto con quegli argomenti la cui disamina risulta indispensabile per poter

¹¹⁴⁰ Cfr. VISSER 'T HOOFT H. PH., *Vers un style de motivation plus concret ? (Remarques à partir de la jurisprudence et de la doctrine néerlandaises)*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 165, il quale scrive che «la recherche d'une motivation plus concrète peut parfois être interprétée non pas comme 'dévoilement' de motifs déjà opérants, mais comme orientation *vers* un style de motivation substantiellement nouveau. Cette recherche ne sert pas seulement à expliciter le 'pourquoi' d'une démarche déjà *manifestement* dynamique, elle est également tout à fait 'chez soi' dans la zone des 'unbestimmte Rechtsbegriffe', où le juge se contente d'habitude de *constater* qu'il y a faute, rapport de causalité suffisant, mauvaise foi etc. Il s'agit, tantôt, *dans ces cas*, d'une sorte de *raffinement du tissu* normatif lui-même (analyse de la décision relative à la 'faute' ou au 'rapport de causalité' en un choix entre règles axées sur l'aspect sociale du cas d'espèce), tantôt d'une explicitation du champ descriptif de la norme à laquelle on a recours». La relazione tra stile della pronuncia e contenuto della medesima viene sottolineato altresì da POSENATO N., *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, 2017, 10-11, secondo cui «lo studio dello stile delle decisioni giurisdizionali è certamente fondamentale per l'analisi dal punto di vista normativo endoprocessuale della sentenza, ossia per l'individuazione delle statuizioni giuridiche su una determinata controversia e delle norme alla base della decisione stessa. [...] Chi non conosce lo *stylus curiae* rischia di non comprendere appieno il contenuto e il valore effettivo della sentenza prodotta in un ordinamento». A proposito di *stilus curiae*, osserva che «lo stile non è un *quid* strettamente formale» SOMMA E., *Studio della giurisprudenza e modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 56.

¹¹⁴¹ Utilizziamo il lessico di FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions*, cit., 117.

¹¹⁴² IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 751. Ovviamente, oltre ai profili per i quali è richiesta una motivazione rafforzata, nell'ambito del giudizio saranno sempre presenti anche altri profili (per i quali non è necessario percorrere tappe logico-argomentative obbligate).

¹¹⁴³ L'espressione (che utilizziamo con riferimento agli step obbligati della motivazione rafforzata) è tratta da IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 18.

giudicare *causa cognita* intorno all'applicazione, o meno, di quella determinata fattispecie "da motivazione rafforzata".

Ancora, poi, questo riepilogare "passo passo" il giudizio che si è svolto¹¹⁴⁴ e questo giudicare attenendosi a passaggi argomentativi obbligati che devono essere esplicitamente giustificati¹¹⁴⁵ sono due fattori che stemperano il paradosso dei sistemi a verdetto motivato, secondo cui prima si decide e quindi si motiva (cfr. art. 544 c.p.p.¹¹⁴⁶). Il metodo attraverso il quale si concretizza l'obbligo motivativo rinforzato contribuisce a far sì che la decisione sia presa in seguito e in conformità a un previo atto conoscitivo. Atto conoscitivo la cui correttezza¹¹⁴⁷ si concorre a garantire instradando il ragionamento su *binari argomentativi* concernenti profili e problematiche essenziali per la concretizzazione della fattispecie in esame.

L'articolazione dello *iudicium* in step obbligati, in questo senso, aiuta infine a «decostruire retoriche vuote, che coprono l'assenza di concetti» percorrendo luoghi comuni e ricorrendo ad esempio a massime virtuose e a «formule linguistiche non ben precisate»¹¹⁴⁸, come quella

¹¹⁴⁴ Riepilogare "passo passo" il giudizio che si è svolto corrisponde alla giustificazione dell'attraversamento delle tappe argomentative ineludibili. Nella motivazione, cioè, si deve dar conto di essersi confrontati con quegli argomenti contenuti negli step obbligati e, così, di aver percorso tali step. Come? Riepilogando i vari passaggi attraversati e svolgendo i vari profili argomentativi, ovvero sia riempiendoli contenutisticamente in base alle specificità storiche (giuridico-fattuali) del caso concreto.

¹¹⁴⁵ Giudicare attenendosi a passaggi obbligati che devono essere esplicitamente argomentati equivale a dire che la valutazione decisoria, sorretta dal libero convincimento del giudice, si manifesta consapevole di dover *reddere rationem* anche delle tappe obbligate e degli argomenti ivi contenuti. In particolare, il giudicante – sapendo di dover poi renderne conto – non può non trattare, con maggiore o minore profondità d'analisi (a seconda dei casi), i profili argomentativi costitutivi gli step obbligati ai quali è tenuto a rifarsi.

¹¹⁴⁶ Ai sensi dell'art. 544 c.p.p., subito dopo la deliberazione, si redige e si sottoscrive il dispositivo (co. 1); immediatamente a seguire, si dovrebbero redigere i "motivi", ma nella prassi accade spesso che ciò "non sia possibile" (co. 2 e 3) e allora il deposito della motivazione avviene qualche tempo dopo il dispositivo (fatta salva, s'intende, la prevista ma praticamente evanescente redazione, "subito dopo" la pronuncia del dispositivo, "della concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata": co. 1). In materia, vediamo operare la distinzione tra "giudizio-attività" (interno alla mente del giudice) e "giudizio-risultato" (esternato nella motivazione del provvedimento) messa in evidenza da KOSTORIS R. E., *Giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, *passim*. (in part., 2-4 e 6-7. Sulla «distonia» per cui «si assiste a una sorta di capovolgimento logico: la legge consente che il dispositivo della sentenza invece di presentarsi cronologicamente come un *posterius* della motivazione ne diventi un *prius*», v. 3-4 oltre che CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935-1956/9), Firenze, 2014, 170-171). Su tale distinzione, cioè sulla distinzione tra giudizio-attività e giudizio-risultato, v./cfr.: AMODIO E., *Motivazione della sentenza*, cit., 216-218; COMANDUCCI P., *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 219; MASSA M., *Motivazione della sentenza*, cit., 2; TARUFFO M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 (il quale parla di "decisione-attività" [(= il giudizio-attività) [...] il procedimento logico, psicologico, conoscitivo e valutativo, mediante il quale il giudice sceglie e [si] determina] risolutivamente] e di "decisione-risultato" [(= il giudizio-risultato) [...] l'enunciazione finale della scelta del giudice intorno alla questione controversa]).

¹¹⁴⁷ In termini generali, sottolinea la connessione tra «pretesa di correttezza» e obbligo generale di motivazione, tra gli altri, ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 171-172 e 175, nonché 227.

¹¹⁴⁸ Le parole sono riprese dallo scritto di PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 50. Altresì la giurisprudenza stessa è critica sull'uso retorico degenerato che parte della giurisprudenza fa di certe "formule linguistiche non ben precisate", cfr. Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786,

dell'“accettazione del rischio (o dell'evento, a seconda della teoria cui si accede)”. Il percorso di giudizio e di giustificazione a tappe obbligate, ove applicabile a simili formule, porta infatti a riempirle di contenuto. Prendiamo la c.d. “accettazione del rischio (o dell'evento)”¹¹⁴⁹. In questo caso, tale formula linguistica può essere concretizzata passando dagli argomenti evidenziati dalle Sezioni unite Espenhahn nella c.d. “vicenda Thyssenkrupp”, che – in materia – danno luogo a nostro parere a un'ipotesi di motivazione rafforzata (v. *infra*: cap. IV, § II). Analogo discorso può farsi per le massime virtuose in materia di prova scientifica, verificabili nella loro effettiva bontà procedendo secondo un'ipotesi ulteriore di motivazione rafforzata, fondata sul c.d. “test Daubert-Cozzini” (v. *infra*: cap. IV, § II). E così via dicendo, per le varie situazioni assoggettabili a questa metodica (v., ad es., *infra*: cap. IV).

Osservata in un'ottica sistematica, la “motivazione rafforzata” – sebbene priva di un referente normativo esplicito¹¹⁵⁰ – risulta una figura trasversale del nostro ordinamento¹¹⁵¹, tant'è che la

Cozzini (ove si parla di «degenerazioni di tipo retorico [dell'idea e della formula dell'“alta probabilità logica”, della quale] si propone una qualunque argomentazione comune e si afferma apoditticamente che è, appunto, dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale». Analogamente: Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478; Cass., Sez. IV, 10 novembre 2014, n. 46338); Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn (ove si sottolinea che «l'espressione [*i.e.* “accettazione del rischio”] è tra le più abusate, ambigue, non chiare dell'armamentario concettuale e lessicale nella materia in esame»); Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258 («Venendo all'ulteriore aspetto della distinzione tra colpa lieve e colpa non lieve, l'elaborazione giurisprudenziale ha tracciato importanti linee direttrici, in grado di offrire al giudice di merito sicuri riferimenti per un giudizio conforme a legge. Tuttavia, è necessario dare maggiore concretezza e specificità ai criteri già definiti, onde evitare - come mostra icasticamente la sentenza qui impugnata che il loro uso si traduca in un mero esercizio retorico»); Cass., Sez. III, 11 maggio 2020, n. 14213 («La regola “oltre ogni ragionevole dubbio” pretende dunque – ben al di là della stereotipa affermazione del principio del libero convincimento del giudice – percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standards conclusivi di alta probabilità logica, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova. In questa prospettiva risulta chiara la stretta correlazione, dinamica e strutturale, tra tale regola basilare e le coesistenti garanzie proprie del processo penale: presunzione di innocenza dell'imputato, onere della prova a carico esclusivo dell'accusa, obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie e giustificazione razionale delle stesse»). Preme sottolineare che, tuttavia, non tutte queste “formule linguistiche (e concettuali) non ben precisate” sono declinabili secondo la metodica motivazionale rinforzata. Pertanto, il loro corretto utilizzo deve (poter) essere garantito attraverso altri strumenti.

¹¹⁴⁹ Per un altro esempio, v. *supra*: cap. I, § I.6 (ove, entro lo schema della motivazione rinforzata, decliniamo la concretizzazione dell'espressione “assoluta necessità” di cui all'art. 507 c.p.p.).

¹¹⁵⁰ Pur in assenza di un “referente normativo esplicito”, mancando cioè – a quanto ci risulta – una positivizzazione normativa della motivazione rafforzata, vi sono alcune disposizioni di legge che prevedono obblighi motivazionali che possiamo definire ‘rinforzati’. In questi casi, il legislatore non si limita a richiamare la necessità che l'atto sia motivato, ma qualifica alcuni passaggi dell'argomentazione giustificativa, o aggettivando certi specifici profili argomentativi della fattispecie (es. art. 5-ter, co. 3 d.lgs. n. 218 del 1997 [«In caso di mancata adesione, l'avviso di accertamento è *specificamente motivato* in relazione ai chiarimenti forniti e ai documenti prodotti dal contribuente nel corso del contraddittorio»], chiarendo il quale l'Agenzia dell'Entrate – con *Circolare* n. 17/2 del 22 giugno 2020 – ha rilevato sussistere un obbligo per l'appunto di “motivazione rafforzata” dell'avviso di accertamento (pp. 6 e 11-12); art. 42-bis, co. 4 D.P.R. n. 327 del 2001 [«Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è *specificamente motivato* in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione,

rinveniamo sia in pronunce della giurisprudenza sia in considerazioni della dottrina in materia non soltanto penale, ma anche civile¹¹⁵² e amministrativa¹¹⁵³.

valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione»]; artt. 95 e 192, co. 2 d.lgs. n. 50 del 2016 [95, co. 5: «Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno *adeguata motivazione* e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta» / 192, co. 2: «Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»]; art. 5, co. 1 d.lgs. n. 175 del 2016 [«A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere *analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali* di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria [...], nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve *anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*»], disposizione rispetto alla quale Trib. fall. L'Aquila, sent. 3 novembre 2016, est. Iannacone D'Orazio afferma invero che «l'obbligo di motivazione rafforzata viene, poi, previsto nell'art. 5 del d.lgs. 175/2016 (oneri di motivazione analitica)», oppure – senza aggettivarli, ma – semplicemente vincolando il giudizio e la sua giustificazione alla considerazione di determinati specifici profili argomentativi della fattispecie (es. art. 292, co. 2, lett. c-bis) c.p.p. [«L'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, *in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure*»], in combinato con l'art. 275, co. 3 e 3-bis c.p.p.: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. [...] *Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-bis, comma 1*»)].

¹¹⁵¹ Osserva che la «motivazione rinforzata [è] utilizzata in diversi ambiti nel nostro ordinamento» GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta online*, 2018, 139.

¹¹⁵² In campo civile, ad esempio, si parla di «argomentazione rafforzata di per sé sufficiente a giustificare la pronunzia adottata» in Cass. civ., Sez. lav., 9 luglio 2002, n. 9963. Analogamente, già Cass. civ., Sez. II, 25 ottobre 1988, n. 5778 e Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 1995, n. 2749. Si utilizza l'espressione «motivazione rafforzata» altresì in Cass. civ., Sez. V, 7 agosto 2019, n. 21064 e Cass. civ., Sez. II, 23 maggio 2019, n. 14097. Ancora, si richiama – stavolta in dottrina (BUFFONE G., *La protezione giuridica dell'adulto incapace: l'anziano e l'amministrazione di sostegno*, in *Giur. mer.*, 2011, 2921) – l'«obbligo di motivazione rafforzata» allorché, con riferimento alla nomina dell'amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare, quest'ultimo disattenda l'«indicazione ufficiale e formale del beneficiario anziano ex art. 408, co. 1 c.c.».

¹¹⁵³ In campo amministrativo, il ricorso a «una ampia e rafforzata motivazione [a sostegno del]la scelta dell'amministrazione» (T.A.R. Reggio Calabria, 7 marzo 2014, n. 151) ci pare possa inquadrarsi come una forma di tutela del cittadino nei confronti dell'attività della P.A., la quale è tenuta – in questi casi – a motivare in modo rinforzato l'esercizio della propria discrezionalità, attenendosi – ove occorra adempiere tale onere di giudizio e di giustificazione – a un percorso logico-argomentativo scansionato a tappe obbligate. Fra le svariate ipotesi in cui si rinviene l'impiego dell'obbligo di «motivazione rafforzata», si rammentano le seguenti: i) diniego di rinnovo del porto d'armi a soggetti che lo detengano da tempo (C.d.S., Sez. III, 3 luglio 2018, n. 4055); ii) acquisizione sanatoria di un bene illecitamente occupato dall'amministrazione (T.A.R. Genova, Sez. I, 11 agosto 2017, n. 696); iii) deroga, nell'atto indittivo della procedura, al principio del frazionamento della gara in lotti (T.A.R. Roma, Sez. III, 16 marzo 2018, n. 3002); iv) emanazione di una sanzione tardiva, a fronte della sussistenza di un lasso temporale considerevole fra l'accertamento –

Tenuta ferma la diversa funzionalità che questo metodo valutativo-motivativo esplica nei tre settori (essendo distinti sia gli *standard* che le modalità di giudizio e di giustificazione che regolano l'esercizio del potere giurisdizionale nelle tre differenti sedi¹¹⁵⁴), in ogni caso, quando si evoca il

e quindi la conoscenza da parte della P.A. – dell'abuso edilizio e l'ordine di demolizione (C.d.S., Sez. IV, 1° agosto 2017, n. 3840; C.d.S., Sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VII, 6 marzo 2015, n. 1417; C.d.S., Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470; T.A.R. Aosta, 22 gennaio 2004, n. 9. In dottrina: v. DROGHINI L., *L'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 113 ss.; INGEGNATTI S., *Abusivismo edilizio – ordine di demolizione e abusi edilizi risalenti nel tempo: se e quando può trovare applicazione il principio del legittimo affidamento*, in *Giur. it.*, 2017, 1190 ss.); v) relativamente alla scheda valutativa di un militare, se vi è discordanza tra compilatore e revisore (T.A.R. Emilia-Romagna – Bologna, Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 931); vi) nella valutazione dei candidati ricercatori universitari, in merito alla preferenza espressa dalla Commissione per un candidato privo del titolo di dottorato rispetto ad altro candidato provvisto di tale titolo (T.A.R. Bari, Sez. I, 3 marzo 2013, n. 668); vii) annullamento di una concessione edilizia per ragioni di pubblico interesse (T.A.R. Salerno, Sez. I, 27 febbraio 2012, n. 391); viii) provvedimento di variazione urbanistica che disattenda il parere espresso in sede di Conferenza dei servizi (T.A.R. Ancona, 1° aprile 2004, n. 145); ix) conferimento ufficio direttivo di un organo giudiziario al candidato più giovane (T.A.R., Sez. I, 22 dicembre 1995, n. 2138); x) metodo di calcolo per i prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa da parte dell'Agcom, in pendenza di osservazioni della Commissione europea (C.d.S., Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837. In dottrina: PRETO A. – CAROTTI B., *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'AGCOM*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 135). Ritengono sussistente «un onere di motivazione rafforzata» gravante sulla P.A. che, a fronte di richieste massive (uniche o plurime), neghi l'accesso a dati o atti perché rispondere a tali domande lederebbe il buon andamento dell'attività amministrativa DE ROSA M. – NERI B., *Profili procedurali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, 2019, 827-828. Rileva l'esistenza di un «rafforzamento dell'obbligo motivazionale con riferimento ai procedimenti di abilitazione alla ristrutturazione delle aree industriali dismesse» FREDIANI E., *Aree industriali dismesse e "aperture laterali": la vicenda del permesso di costruire in deroga*, in *Dir. amm.*, 2019, 342 (secondo cui tale onere «si traduce in una speciale articolazione del *corpus* motivazionale: al suo interno sarà necessario dar conto *in primis* della valutazione in ordine al venir meno di una precedente funzione produttiva di un'area e della sua non rispondenza rispetto al contesto in cui è inserita; su tale base dovrà essere esplicitata la ragione che ha condotto a prescegliere l'opzione derogatoria (con contestuale mutamento della destinazione d'uso) rispetto alla diversa opzione conforme all'interesse pubblico definito in sede di pianificazione»). Sul versante amministrativo-giudiziale, FOÀ S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in www.ius-publicum.com, 2015, 2, 26-27 richiama la necessità di una motivazione rafforzata in merito al rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 TFUE (cfr. PALANCO A., *CEDH: le rejet d'une demande de questions préjudicielles doit être motivé*, in www.dalloz-actualite.fr, 24 febbraio 2020). Evidenziamo che si riscontrano ipotesi di motivazione rafforzata anche per gli atti impositivi dell'amministrazione finanziaria, «specie se toccano l'applicazione di sanzioni» (Comm. trib. prov. Verona, Sez. VI, 21 gennaio 2002, n. 161). In materia (in dottrina): ANTONINI P., *Motivazione rafforzata anche per gli accertamenti di valore*, in *Corr. trib.*, 2018, 1573-1575 (in part. 1575: «Il caso delle rettifiche di valore ai fini dell'imposta di registro dovrebbe essere uno dei campi di elezione di tale obbligo di motivazione 'rafforzata'»); BASILAVECCHIA M., *Per l'effettività del contraddittorio*, in *Corr. trib.*, 2009, 2369 (in part. 2371); BUSCEMA I., *Occorre rispettare tutte le previste formalità prima di contestare l'abuso del diritto al contribuente*, in *D&G*, 30 novembre 2018; CONTE D., *Il nuovo modello di attuazione dei tributi nella delega fiscale: l'occasione per legittimare il diritto al contraddittorio nel giusto procedimento di accertamento tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 649; COPPOLA P., *Riflessioni sull'obbligo generalizzato d'una decisione partecipata ai fini della legittimità della pretesa tributaria e dell'azionabilità del diritto di difesa*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 1050-1051; FANTOZZI A., *Violazione del contraddittorio e invalidità degli atti tributari*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 142 («Motivazione c.d. "rafforzata", nel senso che nell'atto finale del procedimento è necessario dare conto anche delle deduzioni presentate dal contribuente e del perché queste non sono state prese in considerazione, in tutto o in parte, ai fini dell'emanazione dell'atto»); LA SCALA A. E., *L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte, ripensamenti e attese*, in *Riv. dir. fin.*, 2015, 422.

¹¹⁵⁴ Invero, la fondatezza "più probabile che non" della domanda civilistica e, *a fortiori*, il limite che la discrezionalità della Pubblica Amministrazione pone al sindacato giudiziale in ambito amministrativo (cfr. art. 34 c.p.a.) attenuano lo

sintagma “motivazione rafforzata”, come si è detto: da un lato, si richiama il decisore alla cautela decisionale; dall’altro lato, scatta la pretesa di una «rigorosa e penetrante analisi critica, seguita da completa e convincente motivazione [...] che dia ragione delle scelte operate»¹¹⁵⁵ nell’accertamento di determinati ineludibili profili argomentativi della fattispecie.

Esemplificando alcuni dei luoghi sistematici in cui, in materia penale, si è *expressis verbis* parlato – sia pure in modo disomogeneo¹¹⁵⁶ e in termini più o meno condivisibili, alla luce di quanto si è finora detto – di “motivazione rafforzata”, possiamo elencare le seguenti ipotesi: i) riforma, in appello, di una sentenza di primo grado incentrata su prova dichiarativa¹¹⁵⁷; ii) riforma in senso sfavorevole della misura cautelare, in assenza di mutamenti del materiale probatorio acquisito¹¹⁵⁸;

sforzo argomentativo del giudice e, di riflesso, sminuiscono la portata della motivazione rafforzata rispetto a quella per così dire “intensificata” che – su tutte le altre disposizioni, in particolare – gli artt. 27 Cost. (cfr. NOBILI M., *La disciplina costituzionale del processo. Appunti di Procedura penale dal Corso del prof. Massimo Nobile*, Bologna-Perugia, 1976, 278-279: «Se la presunzione di innocenza si pone come parametro della valutazione del giudice, questi dovrà dimostrare di averne tenuto conto attraverso la motivazione: che dovrà essere tale da giustificare il ‘rovesciamento’, se del caso, dell’ipotesi di partenza. La controllabilità dell’itinerario mentale seguito dal giudice – da parte del singolo e dei consociati, ma anche da parte di un altro giudice (in caso di impugnazione) – è oggetto di specifica garanzia costituzionale, l’art. 111 Cost., la cui garanzia si intensifica alla luce dell’art. 27, co. 2 Cost.») e 533 c.p.p. (cfr. Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571, Marchetta, con nota a margine di ROMBI N., *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 93 ss.: «Il ragionevole dubbio non assorbe il principio della motivazione rafforzata, ma di esso entra a far parte») pongono in capo al giudicante penale. Con la locuzione “limite che la discrezionalità della Pubblica amministrazione pone al sindacato giudiziale in ambito amministrativo” ci riferiamo all’esistenza di un previo atto amministrativo, anch’esso debitamente motivato, che risulta insindacabile da parte del giudice nella parte in cui tale atto è espressione di un’attività politica; ed è in tal senso che si attenua lo sforzo argomentativo del giudice e di riflesso si sminuisce la portata (*i.e.* l’impatto argomentativo) della motivazione rafforzata. Senza diffondersi sulla tematica della motivazione dell’atto amministrativo, la quale concerne un diverso piano d’indagine (pur attestando anch’essa, per quanto qui d’interesse, come l’obbligo di *reddere rationem* esista oramai in ogni ambito giuridico ordinamentale), si rinvia alla classica voce enciclopedica di GIANNINI M. S., *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 257 ss. e alla omonima voce aggiornata di CORSO G., *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, 774 ss. Ancora, a proposito della motivazione del provvedimento amministrativo, v. *ex multis* MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pub.*, 2012, 837 ss. (la quale, in particolare, ne evidenzia la natura cangiante, a seconda del contesto in cui si inserisce), nonché – sul tema specifico della “motivazione rafforzata” – IUDICA G., *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione “rafforzata” e “analitica”*, in *Foro amm.*, 2020, 1313 ss. In ogni caso, al di là della sua diversa incidenza e rilevanza, la motivazione rafforzata consolida la garanzia prevista dall’art. 111, co. 6 Cost. e, perciò, rappresenta un’ulteriore forma di garanzia sulla bontà dell’esercizio del potere istituzionale.

¹¹⁵⁵ Le parole citate sono tratte da Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762 e Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159 (due pronunce penali inerenti al ribaltamento, in appello, della decisione assolutoria di primo grado).

¹¹⁵⁶ La disomogeneità alla quale si fa riferimento è, da un lato, una disomogeneità fisiologica giacché si riferisce alla varietà di ipotesi in cui si richiama l’espressione “motivazione rafforzata” e si impiega la metodica di giudizio e di giustificazione che tale richiamo comporta: circostanza, questa, che dimostra l’ampia diffusione dell’istituto. Dall’altro lato, tale disomogeneità presenta nondimeno tratti patologici, laddove – in mancanza di una *ratio* unitaria di fondo che renda consapevoli della natura dell’istituto e, quindi, “guidi” alla sua corretta applicazione – si utilizza la formula “motivazione rafforzata” in modo improprio, ad esempio affermando di star motivando rinforzatamente quando invece di tale metodo valutativo-motivativo non si vede neanche l’ombra.

¹¹⁵⁷ Sul punto, la giurisprudenza è copiosa. V., esemplificativamente, le pronunce richiamate all’interno del cap. IV, § I.

¹¹⁵⁸ Cass., Sez. I, 27 gennaio 2016, n. 16029; Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2017, n. 17581.

iii) attualità della misura cautelare¹¹⁵⁹ e applicazione della custodia in carcere come *extrema ratio*¹¹⁶⁰; iv) attendibilità delle dichiarazioni (tardive) dei collaboratori di giustizia¹¹⁶¹; v)

¹¹⁵⁹ AMATO G., *Tutela rafforzata anche con il canone dell'attualità*, in *Guida dir.*, 2015, 22 (corsivi nostri): «Quanto all'esigenza cautelare del pericolo di fuga (art. 274, co. 2 lett. b) c.p.p.) e a quella del pericolo di recidiva (art. 274, co. 2 lett. c) c.p.p.) [dalla l. n. 47 del 2015] viene prevista l'"attualità", oltre che la concretezza del pericolo, non dissimilmente a quanto già previsto per l'esigenza cautelare correlata al pericolo di inquinamento probatorio (art. 274, co. 2 lett. a) c.p.p.). Se la concretezza significa esistenza di elementi concreti (cioè non meramente congetturali) sulla cui base possa argomentarsi il rischio cautelare, il requisito dell'attualità impone *un ulteriore sforzo motivazionale*, risultando necessario che il rischio cautelare si basi su riconosciute "occasioni prossime favorevoli", accreditanti o il rischio della fuga o quello della reiterazione del reato. [...] Il tema dell'attualità del rischio cautelare si pone con particolare evidenza rispetto a vicende risalenti nel tempo. Già l'art. 292, co. 2 lett. c) c.p.p. impone si debba tenere conto al fine della esposizione (degli indizi, e soprattutto) delle esigenze cautelari "anche del tempo trascorso dalla commissione del fatto". Ergo, ne deriva che *la necessità di uno specifico apprezzamento in punto di "attualità" impone una "motivazione rafforzata", per giustificare positivamente l'esigenza di cautela, in caso di fatto risalente nel tempo.* Ciò perché, esemplificando, nella normalità dei casi l'attualità del rischio di recidiva, pur in presenza di un pregiudicato e di un fatto grave, sarebbe difficilmente ipotizzabile nel caso di condotta risalente nel tempo (cfr. Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2010, Brunella)».

¹¹⁶⁰ Procura della Repubblica di Torino, *Circolare* n. 6 del 27 aprile 2015 – Dott. Giuseppe Amato. Nella *Circolare*, contenente «riflessioni sulle disposizioni di maggior interesse per la nostra attività intervenute in materia di disciplina delle misure cautelari [a seguito della legge n. 47 del 2015]», può leggersi quanto segue: i) per quanto concerne l'attualità della cautela: «il tema dell'attualità del rischio cautelare si pone con particolare evidenza rispetto a vicende risalenti nel tempo. Già l'art. 292, co. 2 lett. c) c.p.p. impone si debba tenere conto al fine della esposizione [degli indizi, e soprattutto] delle esigenze cautelari "anche del tempo trascorso dalla commissione del fatto". Ergo, ne deriva che la necessità di uno specifico apprezzamento in punto di "attualità" impone una "motivazione rafforzata", per giustificare positivamente l'esigenza di cautela, in caso di fatto risalente nel tempo»; ii) con riferimento invece alla misura carceraria: «Per l'effetto, la previsione introdotta con il nuovo comma 3-bis dell'art. 275 c.p.p. non solo accentua il rilievo dei mezzi di controllo elettronico, ma rende inaccettabile che, per carenze organizzative dell'amministrazione, non si possa disporre di tali mezzi, giacché tale inefficienza organizzativa potrebbe portare all'applicazione della più grave misura carceraria [non perché il soggetto si rifiuti, ma] in ragione della palesatasi impossibilità di applicare quella più gradata perché non accompagnata dalla imposizione del controllo elettronico. Le conseguenze: dalla combinata lettera del *novum* introdotto nel primo periodo del comma 1 e nel comma 3-bis dell'art. 275 c.p.p. emerge, in modo evidente, la finalità perseguita dal legislatore di limitare al massimo il ricorso alla misura carceraria, imponendo *un onere rafforzato di specifica motivazione* per il giudice che voglia applicarla. È tema che si deve porre già anche il pubblico ministero nella richiesta, soffermando l'attenzione sulla necessità assoluta della custodia carceraria e sull'inadeguatezza di quelle più gradate. Particolare attenzione, in tale sede, dovrebbe porsi alla possibile valenza soddisfacente della misura degli arresti domiciliari con i mezzi di controllo elettronico. In definitiva, ne deriva la riconferma e il rafforzamento dei principi di proporzionalità e adeguatezza delle misure coercitive, in forza dei quali il giudice che disponga la misura e quello investito dell'istanza di riesame sono tenuti a motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato con altre, meno invasive misure coercitive». All'interno della *Circolare* si osserva ancora che la legge n. 47 del 2015 è volta a stigmatizzare i «provvedimenti-fotocopia» per il tramite di un onere motivazionale rinforzato: «Di notevole spessore le modifiche che, sotto diversi profili, hanno riguardato gli artt. 292, co. 2 lett. c) e c-bis) e 309, co. 9 c.p.p., che mirano a *rafforzare gli obblighi di motivazione del giudice* della misura cautelare, stigmatizzando quella prassi giudiziale che accredita la apparente legittimità di una modalità di motivazione che si limiti alla ricopiatura della richiesta o al rinvio *per relationem* a tale richiesta, non mediata da una autonoma valutazione. Con le modifiche dell'articolo 292 c.p.p., si impone al giudice di motivare in modo completo e autonomo sul compendio indiziario, sulle esigenze di cautela, sulla non rilevanza degli elementi forniti dalla difesa e, in caso di applicazione della custodia in carcere, sulla necessità di dover applicare questa misura e non altre più gradate». Analogamente: AMATO G., *Rassegna delle massime della Cassazione penale*, in *Guida dir.*, 2020, 34-35, 83 (il quale – annotando Cass., Sez. IV, 2 luglio 2020, n. 19890 – scrive che «la necessità di uno specifico apprezzamento in punto di 'attualità' impone una "motivazione rafforzata", per giustificare positivamente l'esigenza di cautela, in caso di fatto risalente nel tempo»); SCODNIK N., *Il braccialetto elettronico è una misura cautelare*

«inidoneità del distacco temporale ad incidere sull’attendibilità delle dichiarazioni [della persona offesa minorene, in tema di reati sessuali]»¹¹⁶²; vi) prova scientifica¹¹⁶³; vii) in tema di reato di trasferimento fraudolento di valori¹¹⁶⁴; viii) misure di prevenzione¹¹⁶⁵; ix) misure di sicurezza

autonoma?, in *Guida dir.*, 2017, 2, 51 («Il nuovo onere di motivazione inserito nella novella [*i.e.* il co. 3-*bis*) dell’art. 275 c.p.p.] non avrebbe fatto altro che imporre al giudice una valutazione rafforzata per applicare la misura più afflittiva»).

¹¹⁶¹ CONTI C., *Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 794 (ove si richiama – in giurisprudenza – Cass., Sez. I, 20 febbraio 2009, Esposito e – in dottrina – R. A. RUGGIERO, *Dichiarazioni tardive dei collaboratori di giustizia e surplus di motivazionale del giudice: un inedito rapporto*, in *Cass. pen.*, 2009, 4755 ss.); v. anche 784: «Sarebbe necessario recepire un modello di motivazione sulla ricognizione del vizio, al quale fare riferimento ogniqualvolta si pone un problema del genere [*i.e.* individuazione di un divieto probatorio]. I giudici dovrebbero compiere gradualmente e apertamente quegli steps che consistono nella valutazione del tipo e del rango dell’interesse violato e del grado della lesione astratta»).

¹¹⁶² Cass., Sez. III, 14 maggio 2015, n. 30865, la quale precisa che il rafforzamento motivazionale si manifesta «in particolare precisando se non siano intervenuti fattori esterni di “disturbo”, o se questi, ove intervenuti, non si siano comunque dimostrati in grado di alterare il corretto ricordo dei fatti». In materia, v. AMOROSO M. C., *L’utilizzabilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali rese in sede di incidente probatorio in caso di ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, 2019, 1179 ss.

¹¹⁶³ CONTI C., *Scienza controversa e processo penale*, cit., 848 ss. Sul punto, v. anche: CERQUA F., *L’acquisizione della prova tecnica per l’accertamento delle fattispecie penali-fallimentari*, in *Le Società*, 2020, 1288 (ove è condiviso, con esplicito richiamo, il pensiero di Carlotta Conti: «Il parere dell’esperto deve essere ritenuto attendibile “non solo nella misura in cui egli è gravato dall’obbligo di verità, ma anche se e solo se le conclusioni proposte resistono all’urto della dialettica e passano al setaccio della motivazione rafforzata”»); CONTI C., *La prova scientifica alle soglie dei vent’anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in www.sistemapenale.it, 9 febbraio 2021; CONTI C. – ROSSI C., *Metodiche sperimentali e motivazione rafforzata*, cit., 191 (ove si parla di «un vero e proprio “modello di motivazione rafforzata” sulla prova scientifica» che impone al giudice di acquisire nel corso del processo una serie di informazioni indispensabili per valutare l’attendibilità del sapere introdotto dagli esperti fornendo un apparato giustificativo idoneo a sorreggere i risultati raggiunti); CONTI C. – BONZANO C., *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l’affermazione di nuovi paradigmi*, in AA.VV., *Scienza, diritto e processo penale nell’era del rischio*, (a cura di) A. AMATO – G. FLORA – C. VALBONESI, 2019, Torino, 15 («Calato nell’ordinamento italiano, in cui si va consolidando il noto modello legale della motivazione razionale – ulteriormente rafforzato attraverso le modifiche introdotte dalla riforma Orlando all’art. 546, lett. e) c.p.p. – il *Daubert test* si trasforma in un obbligo di motivazione rafforzata cui il giudice può adempiere esclusivamente se ha attivato un previo contraddittorio su alcuni profili imprescindibili al fine di sondare efficacemente la qualità del sapere scientifico introdotto nel processo»). In giurisprudenza (in materia civile), in Cass. civ., 23 maggio 2019, n. 14097 leggiamo che «solo laddove le parti abbiano specificamente contestato l’operato del C.T.U. e le risultanze della sua relazione, il giudice è tenuto a fornire una motivazione rafforzata circa le ragioni della propria scelta».

¹¹⁶⁴ Cass., Sez. I, 19 dicembre 2014, n. 49970, B.: «Deve essere riaffermato il principio – coerente con la struttura del reato e con la sua peculiare connotazione, sotto il profilo soggettivo, derivante dalla finalità, normativamente prevista, di elusione delle misure di prevenzione patrimoniale – che, in tema di reato di trasferimento fraudolento di valori, la valutazione della natura fittizia, e quindi fraudolenta rispetto a procedimenti di prevenzione patrimoniale anche soltanto eventuali, del trasferimento di beni o valori in capo a soggetti che, in forza della normativa di prevenzione, sono comunque interessati dalle indagini patrimoniali prodromiche alla emissione dei provvedimenti di cautela e di ablazione, non può prescindere dall’apprezzamento di ulteriori elementi di fatto, rispetto all’atto del trasferimento, che siano capaci di concretizzare la capacità elusiva dell’operazione patrimoniale, altrimenti lecita (tra le altre: Cass., Sez. I, 8 maggio 2012, n. 17064, Ficara; Cass., Sez. I, 30 gennaio 2013, n. 4703, Lo Giudice; Cass., Sez. V, 7 novembre 2013, n. 45145, Femia). [...] In presenza di soggetti, quali il coniuge e i figli, nei cui confronti è operativa la già detta presunzione, e proprio per detta operatività, la capacità elusiva dell’operazione patrimoniale, potendo essere altre le finalità perseguite (familiari, fiscali, ecc.) e diversamente perseguibili le finalità elusive, deve essere oggetto di apprezzamento in concreto ed essere corroborata da elementi fattuali, che, senza esaurirsi nel rilievo della intervenuta attribuzione fittizia, confortino la sussistenza nella stessa dei requisiti per sfuggire alle rigorose previsioni della

(laddove il giudice, in sede di patteggiamento, applichi una misura diversa da quella concordata dalle parti)¹¹⁶⁶; x) procedura di revisione¹¹⁶⁷; xi) rinvio dell'esecuzione della pena per motivi di salute¹¹⁶⁸; xii) captatore informatico¹¹⁶⁹; xiii) a proposito della – prospettata, ma inattuata¹¹⁷⁰

normativa di prevenzione patrimoniale all'esito di una *motivazione rafforzata*. Spetta, conseguentemente, all'interprete in sede applicativa, come già rappresentato da questa Corte (Cass., Sez. I, 8 maggio 2012, n. 17064, Ficara), il compito di individuare detti elementi aggiuntivi secondo un giudizio di plausibilità, non astratto dal contesto in cui l'attribuzione è stata posta in essere»).

¹¹⁶⁵ Cass., Sez. VI, 19 luglio 2017, n. 45111; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2014, n. 7585 («La “spia” rappresentata dall'intervenuto annullamento della decisione emessa in sede penale e richiamata quale “presupposto in fatto” del giudizio di pericolosità esige, da parte del giudice della misura di prevenzione, una motivazione rafforzata e realmente autonoma dei “dati dimostrativi” singolarmente intesi che avevano in precedenza sostenuto l'affermazione di penale responsabilità»). In materia, parla di «motivazione rafforzata» altresì CERASE M., *De Tommaso: una clava di cartapesta*, in *Cass. pen.*, 2018, 2684-2685.

¹¹⁶⁶ CAMERA G., *Patteggiamento, un accordo più forte sulle confische*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 ottobre 2020: «Con la sentenza 21368 [del 2020: Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 21368], la Corte ha spiegato che le misure di sicurezza personali e patrimoniali – tra cui rientra la confisca del prezzo, del profitto e del prodotto del reato, che caratterizza praticamente tutti i reati a connotazione economica – possono essere oggetto di accordo tra accusa e difesa, che però non vincola il giudice: se egli lo ratifica, continua la Corte, può farlo con motivazione sintetica; se invece applica una misura diversa da quella concordata dalle parti, ha un onere di motivazione rafforzato».

¹¹⁶⁷ Cass., Sez. III, 20 ottobre 2017, n. 48344, la quale precisa che il rafforzamento motivazionale si realizza dando conto «delle ragioni per le quali, pur in presenza di fatti oggettivamente inconciliabili, [si è] ritenuto di dover ribadire la soluzione adottata dalla sentenza attinta dalla istanza di revisione». Analogamente, Cass., Sez. V, 15 gennaio 2020, n. 13777 («In tema di revisione richiesta ai sensi dell'art. 630 lett. a) c.p.p., il giudice è tenuto a procedere a una rivalutazione congiunta e unitaria del materiale probatorio che ha dato luogo alla sentenza di condanna, raffrontandola con i dati fattuali incontrovertibilmente accertati risultanti dalla sentenza che si pone in conflitto e, in caso di conferma della sentenza impugnata, a dare conto, *con motivazione rafforzata*, delle ragioni per le quali, pur in presenza di fatti oggettivamente inconciliabili, ha ritenuto di dover ribadire la soluzione adottata dalla sentenza attinta dalla istanza di revisione»).

¹¹⁶⁸ Cass., Sez. I, 24 maggio 2018, n. 23354, la quale precisa che è necessario un «obbligo di motivazione particolarmente rafforzato» nel caso in cui il giudice intenda «discostarsi totalmente dalle conclusioni delle relazioni sanitarie e/o delle consulenze tecniche di parte acquisite».

¹¹⁶⁹ SURACI L., *La disciplina del captatore informatico. Nota breve al d.m. 20 aprile 2018*, in *Quot. giur.*, 25 luglio 2018. Secondo l'Autore sussiste «un obbligo di motivazione rafforzata diversamente calibrato a seconda dell'oggetto del procedimento ma che, per struttura e scopo, consente di intravedere l'intenzione del legislatore di individuare nel ricorso alla metodica investigativa che ci occupa [*i.e.* il captatore informatico] una sorta di *extrema ratio*. Invero, sul piano generale il giudice per le indagini preliminari deve esporre nel decreto autorizzativo, accanto alle ragioni di indispensabilità del mezzo di ricerca della prova ai fini della prosecuzione delle indagini, i motivi per i quali appare necessario il ricorso al captatore informatico». In materia, trattando della «possibilità di procedere alla avanguardistica intercettazione nei luoghi di cui all'art. 614 c.p.» tramite captatore informatico, rileva l'esistenza di un «rafforzato onere motivazionale imposto al giudice per le indagini preliminari dall'art. 267, co. 1, ultimo periodo, c.p.p.» GRIFFO M., *Sono inutilizzabili i dati intercettati a mezzo di captatore informatico al di fuori dei luoghi consentiti*, in *Sistema penale*, 2020, 10, 132. Si parla *expressis verbis* di motivazione rafforzata con riferimento al captatore informatico anche in PROCACCINO A. – NOCERINO W., *Le nuove investigazioni nei reati corruttivi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1630 e 1631, nonché all'interno della *Relazione su novità normativa* [*i.e.* l. n. 7 del 2020] redatta dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo (servizio penale) della Corte Suprema di cassazione e datata 23 marzo 2020: «In considerazione della particolare capacità di introdursi nella sfera di riservatezza del cittadino, lo strumento investigativo in esame deve essere utilizzato solo ove è necessario. Il giudice deve dare conto del bisogno di impiegare tale modalità di captazione per realizzare le intercettazioni nella stessa motivazione del provvedimento autorizzativo. Questo aspetto, nell'impostazione della legge di riforma delle intercettazioni, rappresenta uno dei contenuti tipici del decreto del giudice [per le] indagini preliminari, imponendo una motivazione “rafforzata” del decreto autorizzativo. L'impiego del solo termine “necessità” e non, ad esempio, di quello “indispensabilità” pare legittimare un'interpretazione secondo cui per

previsione relativa alla – “trascrizione recuperatrice” di comunicazioni e conversazioni intercettate (concernenti dati sensibili) che siano state omissate dalla polizia giudiziaria¹¹⁷¹; xiv) sequestro

l'utilizzo del captatore informatico non occorre riscontrare l'impossibilità di realizzare intercettazioni con i mezzi tradizionali, apparendo sufficiente che ricorra la mera difficoltà di conseguire il medesimo risultato captativo con l'utilizzo di un diverso meccanismo tecnico. Pare comunque evidente che la necessità deve riguardare il *quomodo* dell'intercettazione; essa deve consistere in un giudizio di congruità tra la tecnica esecutiva e il particolare contesto investigativo contingente nel quale si deve andare a operare per svolgere proficuamente le indagini. In occasione della conversione del d.l. n. 161 del 2019, peraltro, è stato inserito nell'art. 266, co. 2-bis c.p.p. il nuovo inciso “previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale”. L'indicazione delle ragioni che giustificano l'impiego del mezzo tecnologico in esame all'interno del domicilio costituisce un ulteriore contenuto necessario del decreto autorizzativo, che è stato inserito al fine di ottenere un rafforzamento della motivazione del ricorso al captatore in luoghi qualificabili come domicilio» (9-10). In materia, v./cfr. altresì: GIORDANO L., *Dopo le Sezioni unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 marzo 2017; PILLA E., *Provvedimenti e motivazione*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, 121 (secondo cui si «richiede al giudice la individuazione delle specifiche necessità operative che rendono evidente una più agevole riuscita dell'operazione attraverso il captatore informatico, che è cosa diversa dalla circostanza che il ricorso a questo particolare tipo di intercettazione sia l'unico praticabile. Quindi il giudice non dovrà motivare nel senso che le altre forme di intercettazione non siano attuabili quanto piuttosto dovrà chiarire che le operazioni di intercettazione tradizionali non consentirebbero di ottenere i medesimi risultati»); PRETTI D., *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 219 («Quanto ai presupposti e alle forme del provvedimento, l'art. 267 c.p.p., come novellato, richiede, nel corpo del decreto che autorizza l'intercettazione mediante agente intrusore, uno sforzo motivazionale ulteriore da parte del giudice: infatti, oltre che la sussistenza di gravi indizi di reato e l'indispensabilità del ricorso al mezzo intercettivo, si richiede anzitutto l'indicazione delle ragioni che rendano necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini: se ne deduce che, per espressa *voluntas legis*, l'intercettazione mediante captatore informatico non rappresenta esclusivamente una delle varie ma equivalenti forme tra le alternative a disposizione della pubblica accusa, quanto piuttosto un mezzo che, per la particolare intrusività nella sfera di riservatezza del destinatario della captazione, richiede l'individuazione di specifiche necessità operative che rendano appunto manifesta una più agevole riuscita dell'operazione tramite l'inoculazione del *virus* di Stato sul bersaglio portatile; ma si badi che tale necessità non va tuttavia confusa con il più rigido parametro dell'indispensabilità del ricorso al particolare mezzo operativo, che non è richiesta dal dato normativo, cosicché non sarà comunque necessaria la prova del fatto che il ricorso a tale peculiare forma di intercettazione sia l'unico strumento operativo praticabile: in altre parole, il giudizio di necessità non coincide con quello di certa infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale quanto piuttosto con la prova, anche logica, di una meno agevole praticabilità delle operazioni tradizionali»); TORRE M., *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, 25.

¹¹⁷⁰ La disciplina delle intercettazioni così come progettata dalla riforma Orlando e definita dalla relativa normativa delegata di attuazione (d.lgs. n. 216 del 2017, su delega di cui all'art. 1, co. 82 e 84 l. n. 103 del 2017) non è mai entrata in vigore (v. d.l. n. 161 del 2019, conv. in l. n. 7 del 2020); e oggi è da ritenersi superata alla luce dell'ultimo intervento legislativo in materia (v. d.l. n. 28 del 2020). Per una ricostruzione sul punto, v. CONTI C., *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive*, (a cura di) S. LORUSSO, Torino, 2020, 211 ss., la quale – a proposito della riforma Orlando, *in parte qua* – parla di «riforma fantasma».

¹¹⁷¹ TORRE M., *Protezione dei dati personali, processo penale e intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 185 (corsivi nostri): «Il pubblico ministero – previamente informato, mediante annotazione, delle scelte operative della polizia giudiziaria – può ovviamente superare le valutazioni degli operanti, disponendo con decreto motivato la trascrizione delle comunicazioni e delle conversazioni precedentemente omissate. Per la motivazione del suo provvedimento, il pubblico ministero può far leva sulla “rilevanza” (*rectius*, pertinenza) delle captazioni rispetto ai fatti oggetto di prova, ovvero, se trattasi di comunicazioni o conversazioni relative a dati sensibili, sulla “necessità” di tali captazioni per finalità probatorie. Sembrerebbe, dunque, che il legislatore, nel consentire al *dominus* delle indagini l'eventuale recupero di intercettazioni non trascritte ma annotate dalla polizia giudiziaria, distingua due ipotesi: nel caso di

probatorio del corpo del reato¹¹⁷² o, in generale, di cose pertinenti al reato¹¹⁷³; xv) sequestro preventivo¹¹⁷⁴ o impeditivo¹¹⁷⁵; xvi) rigetto della domanda di rinnovazione dibattimentale di una

captazioni il cui contenuto abbia a oggetto dati personali, ma non sensibili, è sufficiente dimostrare la pertinenza dell'intercettazione rispetto al *thema probandum*; qualora, invece, dal contenuto annotato della captazione emerga con chiarezza la potenziale divulgazione di dati sensibili, è richiesta una *motivazione rafforzata*, fondata sulla necessità dell'intercettazione a fini probatori. La necessità postula l'esistenza di un "nesso essenziale" tra la conoscenza del dato e l'attività probatoria, individuabile mediante un *criterio* di eliminazione mentale: una conversazione è necessaria quando senza di essa diventa impossibile procedere alla prova del fatto. Tale *onere motivazionale rafforzato* rappresenta senz'altro la testimonianza di una crescente attenzione del legislatore nei confronti del trattamento dei dati sensibili, anche quando questo avviene nel corso di intercettazioni legittimamente autorizzate nell'ambito di un procedimento penale». In materia, v. anche CONTI C., *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 84; GIORDANO L., *Meccanismi complessi non senza pericoli per il diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2018, 1747.

¹¹⁷² Cass., Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 11325, ove si precisa che il 'rafforzamento' motivazionale è necessario «ogni qual volta il nesso tra il bene e il reato per cui si procede sia indiretto» (analogamente: Cass., Sez. II, 16 settembre 2015, n. 41360, in *CED Cass.*, n. 265273. Sul tema, v. altresì Cass., Sez. II, 11 ottobre 2019, n. 47183 e Cass., Sez. III, 24 gennaio 2019, n. 3604, nonché Cass., Sez. un., 17 luglio 2018, n. 36072, con nota a margine di FIASCHI A., *La motivazione del sequestro del corpo del reato tra vecchi dicta della Cassazione e nuova funzione nomofilattica delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 228 ss.

¹¹⁷³ Cass., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 1162; Cass., Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 11325.

¹¹⁷⁴ Cass., Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 2257. Riferendosi a Cass., Sez. III, 7 giugno 2012, n. 21931, EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2013, 23 scrive che si tratta di «una interessante decisione [dove] è stato puntualmente disegnato il percorso argomentativo in tre passaggi che il giudice deve seguire, osservandosi che i profili della proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura comportano la necessità di verificare: a) se l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze del reato possono essere evitati senza privare l'avente diritto della disponibilità della cosa; b) se il sequestro preventivo è sufficiente a garantire tale risultato; c) se tale risultato può essere conseguito con misure meno invasive, e ciò, in base alla stessa interpretazione dell'art. 321, co. 1 c.p.p. senza la necessità di ricorrere all'applicazione analogica del disposto dell'art. 275 c.p.p., riferito alle sole misure cautelari personali». Nei tre passaggi elencati da Epidendio si possono ravvisare gli step argomentativi obbligati tipici dell'obbligo di motivazione rafforzata, declinato – in questo caso – in materia cautelare reale.

¹¹⁷⁵ Sul punto, PRESSACCO L., *La motivazione del decreto che dispone il sequestro "impeditivo"*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 110 e nt. 51 – dopo aver ipotizzato la distinzione tra i) «le situazioni in cui il pericolo derivante dalla libera disponibilità della *res* si collega direttamente alla natura o alle caratteristiche intrinseche del bene medesimo» e ii) le situazioni «in cui, sempre ai fini del giudizio di pericolosità in concreto, assumono rilevanza le posizioni di soggetti determinati» – osserva che una simile bipartizione «potrebbe trovare riscontri anche nell'ambito del discorso giustificativo del provvedimento di sequestro preventivo», nel senso che «mentre nella prima ipotesi risulta logicamente possibile e giuridicamente legittimo esimersi dall'approfondimento circa i profili soggettivi del reato e la personalità di coloro che ne siano eventualmente indiziati, ciò non dovrebbe essere consentito là dove la situazione di pericolo (che, si ricorda, costituisce il presupposto indefettibile per l'adozione della misura) derivi dalla libera disponibilità della medesima da parte di soggetti specificamente individuati. In quest'ultima evenienza, il giudice dovrebbe motivare le proprie valutazioni sia in riferimento agli indizi di colpevolezza a carico dell'accusato (altrimenti mancherebbe il referente cui ricollegare l'insorgere delle esigenze di prevenzione) sia in riferimento al rischio che – in mancanza di un'apprensione immediata da parte dell'autorità – il predetto utilizzi la *res* per la realizzazione di intenti criminosi. Naturalmente, in tale contesto, potrebbero assumere rilevanza anche circostanze ulteriori, come la sopravvenuta circolazione giuridica del bene rispetto al momento in cui si ipotizza sia stato commesso il reato ovvero lo stato soggettivo di buona fede del soggetto che ne abbia la materiale disponibilità al momento in cui il provvedimento debba essere concretamente assunto. In queste ipotesi, per disporre l'apprensione coattiva del bene, dovrebbe essere necessaria una motivazione "rafforzata", che espliciti le ragioni per cui la situazione di pericolosità si protrae nonostante le mutate circostanze di fatto rispetto al *tempus commissi delicti*. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. II, 17 aprile 2015, n. 32647, Catgiu; Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2014, n. 18766, Giacchetto; Cass., Sez. II, 28 gennaio 2014, n. 5657, Scozzaro. V. anche Cass., Sez. II, 30 novembre 2011 n. 47411, Renenco, che ritiene debba essere annullata l'ordinanza del tribunale

data prova, avanzata in caso di mutamento della composizione del collegio giudicante¹¹⁷⁶; xvii) *overruling* giurisprudenziale¹¹⁷⁷; xviii) fruibilità, da parte del detenuto, del permesso o della detenzione domiciliare in surroga al differimento della pena, a fronte del parere preventivo che il giudice è tenuto a chiedere alle Dda¹¹⁷⁸; xix) nomina, da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, dei candidati all'incarico di procuratore europeo, in difformità rispetto alle osservazioni del ministro della giustizia¹¹⁷⁹; xx) prognosi di non recidiva nei confronti della madre o

del riesame che, violando l'obbligo stabilito dall'art. 125, co. 3 c.p.p., non abbia fornito una congrua motivazione in ordine al sequestro su beni del terzo acquirente in buona fede».

¹¹⁷⁶ PECCHIOLI G., *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1235: «Le SS.UU. [Bajrami] hanno sancito, per le parti che vogliono la rinnovazione delle prove orali dinanzi al giudice nella nuova composizione, un impegnativo onere dimostrativo in sede di richieste di nuova ammissione dei mezzi istruttori, incentrato sul parametro della indispensabilità a fini decisori del ri-ascolto a viva voce del dichiarante da parte dell'organo giudicante. La valutazione, stando alle parole della Corte, dovrà operarsi sulla scorta dell'intero materiale disponibile nel fascicolo del dibattimento: non è assurdo pronosticare che il verbale della precedente audizione costituirà il privilegiato termine di paragone per filtrare le richieste. Ed allora, se in sede di rinnovazione dibattimentale l'articolazione delle domande di parte deve scontare il prezzo di una sorta di "presunzione di superfluità", che sposta gli equilibri su cui si fonda l'onere formale della prova e rischia, peraltro, di compromettere la serena libera formazione del convincimento del giudice, ci sembra plausibile ipotizzare che, in contropartita, quest'ultimo sia altrettanto gravato da un onere motivazionale particolarmente stringente, rigoroso e puntuale sulla concreta sovrabbondanza istruttoria dei mezzi di prova dichiarativa richiesti. In altre parole, si tratterebbe di imporre al nuovo giudice di motivare in maniera rafforzata le ragioni del rigetto della domanda di rinnovazione di una data prova. [...] L'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 495 c.p.p. dovrebbe, in ipotesi di mutamento del giudice e conseguente rinnovazione istruttoria, presentare un contenuto motivazionale ben più approfondito e puntuale rispetto all'ordinanza ammissiva emessa a condizioni "fisiologiche"».

¹¹⁷⁷ Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 7697, Amato, secondo cui «una sentenza la quale determini un *overruling*, per avere effettivamente tale ambizione e per poter incidere sulle valutazioni interpretative del giudice di merito, deve avere il carattere della consapevolezza dell'intenzione del mutamento della giurisprudenza e deve essere sostenuta da un tessuto argomentativo della motivazione rafforzato rispetto al precedente e caratterizzato da esaustiva persuasività».

¹¹⁷⁸ FIORENTIN F., *Sui profili di pericolosità del reo necessario un identikit definito*, in *Guida dir.*, 2020, 22, 59 («I pareri istruttori richiesti – a somiglianza di quelle indicati nell'articolo 4-bis ord. pen. – non sono mai vincolanti per il giudice. Tale connotazione impone certamente al giudice un onere rafforzato sul piano motivazionale, ma non si configura come un vincolo alla decisione, che resta del tutto autonoma rispetto alle produzioni delle parti. Su tale presupposto, dunque, è agevole ritenere che tanto più i pareri saranno motivati, approfonditi e soprattutto "attualizzati" rispetto all'epoca della commissione dei fatti da parte del detenuto, tanto più potranno concretamente influire sulle determinazioni del giudice»). In materia, v. anche FIORENTIN F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975*, in *Giur. mer.*, 2012, 504 ss. (in part., 514-515 e 517-519). A proposito della concessione di "permessi premio" a seguito della sentenza costituzionale n. 253 del 2019 (che ha dichiarato illegittimo l'art. 4-bis ord. pen. nella parte in cui non prevedeva la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata), QUARTICELLI G., *Ergastolo ostativo. La Consulta ha giurisdizionalizzato la materia, non liberato i mafiosi*, in www.lanotiziaweb.it, 19 novembre 2019 osserva che «il magistrato di sorveglianza, nella remota ipotesi di accoglimento del permesso premio, adotterà una motivazione rafforzata» ruotante attorno ai tre seguenti presupposti: «partecipazione al percorso rieducativo; assenza di collegamenti attuali (al momento della concessione del permesso) con la criminalità organizzata; assenza di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata».

¹¹⁷⁹ CISTERNA A., *Nomine, pochi vincoli e conflitti: la difficile collocazione dell'Eppo*, in *Guida dir.*, 2021, 8, 80-81 («L'art. 2 [del d.lgs. n. 9 del 2021] prevede che il Csm sia l'autorità competente alla designazione dei tre candidati all'incarico di procuratore europeo ai fini della nomina da parte del Consiglio dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 16, par. 1 del regolamento; con una inedita procedura mista che prevede che il Csm formuli una proposta "chiusa" senza

del padre cui sia stata revocata una misura alternativa, ai fini della concessione della detenzione domiciliare ordinaria per la cura dei minori *ex art. 47-ter*, co. 1 lett. a) e b) ord. pen.¹¹⁸⁰; xxi) «decisione *algorithm based*»¹¹⁸¹; xxii) declaratoria di inammissibilità del ricorso in cassazione allorché in esso siano prospettate «specifiche questioni giuridiche»¹¹⁸² attinenti alle libertà e/o ai

tuttavia concorrere alla nomina in via diretta; una soluzione resa necessaria dall'esigenza di assicurare uno statuto giudiziario alla funzione di procuratore europeo e di salvaguardare, quindi, le competenze costituzionali del Csm (art. 105 [Cost.]). E che vede, anche, la trasmissione al ministro della Giustizia della terna designata dal Consiglio perché formuli le proprie osservazioni sui candidati selezionati, analogamente a quanto già avviene, è da ritenere, al momento del cosiddetto “concerto ministeriale” per gli ordinari incarichi direttivi, con la particolarità (non da poco) che il ministro ha la facoltà di proporre una diversa designazione rispetto a quella articolata dal Csm. In ogni caso la predisposizione finale della terna compete al medesimo Consiglio con l'adozione di una delibera motivata e con la previsione di una motivazione rafforzata quando i nomi siano diversi da quelli provenienti dal ministro) e 85.

¹¹⁸⁰ A margine di Corte cost., 18 luglio 2019, n. 187, CAPITTA A. M., *Revoca della misura alternativa e detenzione domiciliare per la cura dei minori: la Consulta rimuove l'automatismo ma continua a imporre la regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 7-7 osserva criticamente che «non pare conferente l'estensione del requisito della prognosi di non recidiva alla misura della detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-ter, co. 1 lett. a) e b) ord. pen. Attraverso siffatta estensione, la Corte costituzionale rischia, per così dire, di far “rientrare dalla finestra” finalità risocializzanti che ben poco attengono alla configurazione legislativa dell'istituto. [...] La Consulta avrebbe potuto, perciò, almeno in questa occasione, valorizzare la differente fisionomia della detenzione domestica ordinaria rispetto a quella della omologa detenzione speciale e lasciare totalmente all'apprezzamento discrezionale del giudice l'operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco, come del resto avviene già normalmente nell'applicazione della disciplina di cui all'art. 47-ter, co. 1 lett. a) e b) ord. pen. Invece, introducendo il parametro di valutazione in base al quale effettuare il bilanciamento, la Corte costituzionale pronuncia una sentenza additiva “di regola di giudizio”, perché chiede al giudice di inserire nella sua decisione una motivazione “rafforzata”, un *quid pluris* consistente nella valutazione della pericolosità in concreto del condannato, peraltro non richiesto espressamente dalla legge. [...] Pertanto, piuttosto che apportare al testo normativo una manipolazione *in peius*, la Corte – per non incorrere tra l'altro in una violazione del principio fondamentale della separazione dei poteri statuali – avrebbe dovuto pronunciare una sentenza “monitoria”, sollecitando il legislatore a inserire una modifica della disciplina in materia, consistente nella previsione di una presunzione relativa, superabile con adeguata motivazione da parte del giudice in punto di sussistenza, in concreto, del requisito della prognosi di non recidiva».

¹¹⁸¹ MANES V., *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in www.discrimen.it, 15 maggio 2020, 21. L'Autore, riferendosi in particolare «all'utilizzo di algoritmi predittivi in ordine al giudizio di pericolosità o recidiva», osserva che «si potrebbe prevedere un percorso dove l'algoritmo possa essere impiegato come strumento di verifica della scelta operata dal giudice e di confronto con l'esito offerto da una valutazione informatizzata e verificata attraverso i dati; e ipotizzare un obbligo di motivazione rafforzata – sulla traccia di quello via via emerso al cospetto della prova scientifica, a partire dalla sentenza Cozzini, nella giurisprudenza della Cassazione – nel caso in cui, ad esempio, il giudice che ha ritenuto pericoloso/a rischio recidiva un soggetto mediante una valutazione che l'algoritmo smentisce, sia costretto a confutare con argomentazioni di “efficacia scardinante” o di “forza persuasiva superiore” questa *second opinion* “artificiale” – valevole almeno a far sorgere un “ragionevole dubbio” – ove voglia confermare il giudizio prognostico negativo» (20).

¹¹⁸² MINNELLA C., *Equo processo, obbligo di motivazione come argine all'inammissibilità del ricorso in cassazione*, in *Guida dir.*, 2020, 22, 112. In particolare, l'Autore – annotando la pronuncia Felloni c. Italia (Corte EDU, 6 febbraio 2020) – osserva che i giudici di Strasburgo hanno rilevato una «mancanza del sentiero argomentativo su uno dei motivi principali del ricorso» (110), ritenendo che «la declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione costituisce violazione dell'equo processo quando la stessa scaturisce da un'omessa motivazione su specifiche questioni giuridiche regolarmente devolute con i motivi. [...] Se, da un canto, i giudici non sono tenuti a motivare su tutti i motivi adottati dall'accusato, hanno invece un obbligo di motivazione sui motivi “principali”. Tra questi vi sono sicuramente quelli attinenti ai diritti e alle libertà garantiti dalla Cedu, per i quali i giudici nazionali sono tenuti a esaminarli con particolare cura e rigore; richiedendosi in quest'ultimo caso un onere di motivazione rafforzato. La Corte ritiene che la questione della presunta applicazione retroattiva della legislazione in materia di circostanze attenuanti fosse uno dei principali

diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e/o dai suoi Protocolli¹¹⁸³; xxiii) diffamazione a mezzo PEC¹¹⁸⁴; xxiv) concessione delle attenuanti generiche¹¹⁸⁵; xxv) aggravante dei futili motivi¹¹⁸⁶; xxvi) statuizione di pena vicina al massimo edittale¹¹⁸⁷; ecc.

motivi di ricorso adottati dal ricorrente e richiedesse pertanto una risposta specifica ed esplicita. [...] Nel caso di specie, la Corte di cassazione non ha in alcun modo risposto al motivo di ricorso del ricorrente relativo alla presunta applicazione retroattiva della legge n. 125 del 2008, anche perché la questione controversa è stata sollevata “per la prima” volta dinanzi alla Corte Suprema. In conclusione, la sentenza *Felloni* del 6 febbraio 2020 ritiene che il ricorrente non abbia beneficiato di un procedimento che gli garantisse un esame effettivo delle sue argomentazioni o una risposta che gli permettesse di comprendere le ragioni del loro rigetto. La Corte di cassazione è venuta meno al suo obbligo di motivare le sue decisioni relative dell’art. 6 § 1 della Convenzione. Di conseguenza, vi è stata violazione di questa disposizione (§ 31)» (111-112). In una prospettiva comparatistica, ci sembra significativo (e, pertanto, opportuno evidenziare) il fatto che una delle circostanze in cui la Corte di cassazione francese è tenuta a “motivare in modo rinforzato o arricchito” coincide l’ipotesi *de qua* (v., ad es., quanto viene scritto nella *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, in www.courdecassation.fr, dicembre 2018, in part. 3: « Le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (avril 2017) [– rapporto poi, di fatto, concretizzatosi –] consacre 29 pages (pages 129 à 157) à la question de la motivation des arrêts. [...] Proposition 33: adopter l’utilisation de la motivation enrichie (au regard notamment des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour de justice de l’Union européenne lorsque celles-ci l’imposent) pour: les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe, lorsqu’il est répondu à l’évocation de la violation d’un droit ou d’un principe fondamental, lorsqu’est exercé un “contrôle de proportionnalité”, lorsque l’arrêt présente un intérêt pour l’unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles »).

¹¹⁸³ In termini generali, a proposito del “controllo di convenzionalità”, è interessante notare che nel dicembre 2018 la Corte di cassazione francese ha emanato un *Memento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales*, in www.courdecassation.fr all’interno del quale è possibile apprezzare l’impostazione di una metodica di giudizio e di giustificazione “a tappe”, il cui « objet [...] n’est pas d’imposer un cadre immuable de rédaction des jugements et arrêts, [puisque] cette rédaction dépendant des circonstances de chaque affaire, mais de rappeler, par une proposition de trames, les différentes étapes du raisonnement caractérisant l’office du juge lorsqu’il doit effectuer un contrôle de conventionalité de la norme et/ou de son application dans les circonstances de l’espèce ou encore lorsqu’entrent en conflit deux droits fondamentaux concurrents. De ce point de vue, il ne devrait pas y avoir de différence fondamentale entre les décisions des juges du fond et celles de la Cour de cassation. Il est proposé, ci-après, des trames à l’usage tant du juge du fond que du juge de cassation. Les fiches annexes proposent, de même, des trames à l’usage des deux catégories de destinataires ». In particolare, « les différentes étapes du contrôle » (15-22) – per le quali viene allestito, esemplificativamente, uno schema strutturale *ad hoc* da riempire contenutisticamente – sono le seguenti: i) l’applicabilità del diritto invocato (« Il s’agit d’apprécier si l’atteinte alléguée entre, ou non, dans le champ d’application des droits ou libertés protégés par la Convention »); ii) l’ingerenza nell’esercizio del diritto (« Le juge doit déterminer si le texte ou la mesure dont se plaint la partie au litige est de nature à affecter un droit ou une liberté qu’elle tient de la Convention »); iii) la base legale dell’ingerenza (« A la supposer établie, l’ingérence doit avoir une base légale en droit interne. Entendue dans une conception matérielle, et non formelle, cette base légale peut être constituée, bien sûr par un texte, mais aussi par une jurisprudence constante. Les normes de droit interne, quelle qu’en soit l’origine, doivent être suffisamment accessibles, précises et prévisibles »); iv) la legittimità del fine/dello scopo perseguito (« Lorsque l’ingérence est prévue par un texte de loi, il ne s’agit pas pour le juge d’apprécier la légitimité du but poursuivi par le législateur. Il s’immiscerait ainsi dans un rôle qui n’est pas le sien et qui n’appartient qu’au législateur, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Il y a lieu de rappeler à cet égard que le Conseil constitutionnel lui-même se refuse avec constance à contrôler les finalités poursuivies par le législateur et n’exerce qu’un contrôle restreint sur les moyens mis en œuvre pour les atteindre, estimant que: “il ne lui revient pas de rechercher si l’objectif que s’est assigné le législateur aurait pu être atteint par d’autres voies dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l’objectif poursuivi”. En revanche, il appartient au juge d’analyser la disposition légale au regard des buts admissibles définis par la Convention elle-même ou la jurisprudence de la Cour EDH. Ceux-ci sont néanmoins appréciés de manière relativement large. Parmi les buts légitimes admissibles, figurent notamment la protection des droits et libertés d’autrui, celle de la santé publique et de l’environnement, la recherche de la sécurité des personnes et des biens, la satisfaction de l’intérêt général et l’utilité

pubbliche, le condizioni d'accesso alla giustizia, il buon funzionamento dell'istituzione giudiziaria, l'equità del processo e il diritto al giudizio reso in un termine ragionevole. Se la base legale dell'ingerenza si trova nella giurisprudenza, il giudice deve anche apprezzare la legittimità alla luce degli stessi criteri tratti dalla Convenzione o dalle decisioni della Corte EDH »); v) il controllo di proporzionalità 'propriamente detto' (« Il visé a déterminer si l'ingerenza constitue ou non un moyen proportionné pour parvenir au but qu'elle poursuit. Il s'agit, pour reprendre les formules – d'ailleurs équivalentes et substituables – qu'emploie le plus souvent la Cour EDH à ce sujet de s'assurer de ce que l'ingerenza en cause répond à une "nécessité dans un Etat démocratique" ou encore à un "besoin social impérieux" »), il quale a sua volta si compone del "controllo esteso" (« Il y a lieu à contrôle étendu lorsqu'est alléguée la violation de l'un des droits protégés au titre des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion et d'association) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les droits considérés sont fréquemment désignés sous l'appellation de "droits relevant de la clause d'ordre public" parce que les articles qui les énoncent prévoient, dans leur second paragraphe, que les autorités nationales ont la faculté d'apporter des restrictions à leur exercice. Dans ces différents cas, le contrôle de proportionnalité à opérer doit suivre trois sous- étapes précises: a) contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi; b) contrôle de la nécessité de la mesure au regard du but recherché; c) contrôle de proportionnalité au sens strict, enfin, appréciée in concreto, revenant à vérifier que la mesure considérée n'impose pas à la personne concernée des charges démesurées par rapport au résultat recherché ») e del "controllo ristretto" (« Le contrôle est restreint au contrôle de proportionnalité au sens strict dans les situations suivantes: a) lorsqu'est en cause la méconnaissance d'un droit protégé du chef de l'article 1^{er} du Protocole additionnel (droit au respect de la propriété des biens, assorti d'une clause expresse d'ordre public); b) lorsqu'est invoqué un des droits suivants garantis par la Convention au titre de l'art. 6 § 1 [I] le droit d'accès à un tribunal (droit assorti d'une clause implicite d'ordre public); II) le droit de toute personne à voir sa cause entendue publiquement (droit comportant une clause expresse d'ordre public); III) le droit à l'exécution des décisions de justice (droit assorti d'une clause implicite d'ordre public)]; c) lorsque entrent en conflit deux droits fondamentaux concurrents (par exemple, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information du public ou encore le droit au respect de la vie privée et le droit de propriété). On se contente alors de vérifier si "un juste équilibre" a été ménagé entre l'intérêt général de la communauté et les droits individuels, s'il existe un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" ou encore si "les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés" »). L'impostazione di metodo appena descritta, con i dovuti distinguo sistematico-ordinamentali, ci pare inserirsi nella prospettiva – quantomeno come "linea di pensiero" – della metodica di giudizio e di giustificazione facente capo all'obbligo di motivazione rafforzata.

¹¹⁸⁴ AMATO G., *Rassegna delle massime della Cassazione penale*, in *Guida dir.*, 2021, 5, 100: «La sentenza qui massimata [*i.e.* Cass., Sez. V, 7 dicembre 2020, n. 34831] precisa che, in caso di utilizzo della Pec, deve essere dimostrato con particolare rigore il tema della consapevolezza in capo all'agente della diffusività del messaggio a soggetti diversi dal destinatario: nel senso che l'utilizzazione della Pec richiede un onere rafforzato di giustificazione quanto all'elemento soggettivo della diffamazione, con riferimento al profilo della prevedibilità in concerto dell'accessibilità di terzi al messaggio diffamatorio. Indici rivelatori in tal senso, secondo la Corte, possono essere desunti dalla conoscenza delle prassi in uso presso il destinatario, ovvero dalla natura stessa dell'atto, se destinato all'esclusiva conoscenza del medesimo o se, invece, finalizzato all'attivazione di poteri propri di quest'ultimo che, necessariamente, implicano l'accessibilità delle informazioni da parte di terzi. Nella specie, relativa a invio di Pec al dirigente del settore urbanistica di un comune, la consapevolezza della diffusività della comunicazione, secondo la Cassazione, era stata efficacemente dimostrata dalla finalità perseguita dall'autore della segnalazione incriminata, che con questa aveva inteso attivare un procedimento amministrativo, con il coinvolgimento di terzi, in pregiudizio della persona offesa». Analogamente, in relazione alla medesima pronuncia (Cass., Sez. V, 7 dicembre 2020, n. 34831), CORBETTA S., *Osservatorio Corte di cassazione – Diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 300-301.

¹¹⁸⁵ CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, 7: «Il giudice è tenuto, in ragione della limitazione della propria discrezionalità decisoria, a una sorta di "motivazione rafforzata", suscettibile di divenire oggetto del sindacato di legittimità in una duplice direzione: sia sotto il profilo dell'inosservanza o dell'erronea applicazione della legge penale (art. 606, co. 1 lett. b) c.p.p.), nei casi in cui il giudice abbia ommesso di applicare la clausola preclusiva di cui al novello art. 62-bis, co. 2 c.p.; sia sotto il profilo del difetto di motivazione (art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p.), laddove il giudice non abbia fornito, nel concedere le attenuanti generiche, un'adeguata (*i.e.* rafforzata) motivazione, secondo i nuovi moduli applicativi, circa il riconoscimento del regime circostanziale». Sempre in tema di circostanze, SCHIRÒ D. M., *Circostanze del reato*

Pur non rifacendosi *expressis verbis* all'espressione "motivazione rafforzata", ci sembra che si richiamino i tratti essenziali di questo istituto e – di nuovo: sia pure in modo disomogeneo e in termini più o meno condivisibili, alla luce di quanto si è finora detto – si presupponga di far ricorso a tale onere motivazionale avuto riguardo: i) all'«implausibilità dell'opzione favorevole» al reo¹¹⁸⁸;

e tutela del minore, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 150 (corsivo nostro) – «*rebus sic stantibus*» e «sulla scia di quanto accaduto in relazione alla concessione delle circostanze attenuanti generiche» – propone di porre a carico del giudice «un obbligo di motivazione rafforzata tutte le volte in cui il bilanciamento conduca a una attenuazione della tutela del minore», per evitare che il giudizio di bilanciamento delle circostanze del reato «diven[ga] veicolo di frantumazione della protezione del minore» stesso.

¹¹⁸⁶ Cass., Sez. II, 22 maggio 2019, n. 22468, ove si delinea un percorso a step strutturato alla luce di due tappe obbligate. Si legge invero in sentenza che «l'accertamento della futilità del motivo si realizz[ar] secondo una scansione bifasica. A fronte della rilevata sproporzione tra reato e ragione soggettiva che lo ha determinato, deve essere svolto altro giudizio per verificare se essa abbia o meno connotato, in maniera particolarmente significativa e pregnante, l'atteggiamento dell'agente rispetto al reato, giustificando un giudizio di maggiore riprovevolezza e di più accentuata pericolosità nei suoi confronti. Quindi, oltre al dato oggettivo della sproporzione, tra la ragione soggettiva che ha determinato la condotta criminosa e il reato concretamente realizzato, occorre verificare la sussistenza del dato soggettivo, costituito dalla possibilità di connotare la sproporzione quale espressione di un moto interiore assolutamente ingiustificato, che si traduca in mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale del tutto avulso da uno scopo che non sia la mera commissione del reato». L'esito della pronuncia è stato «l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di assise di appello di Firenze, per nuovo esame, onde integrare nel senso descritto la motivazione, limitatamente alla sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p., seguendo i parametri fissati da questa Corte di legittimità, ai fini di individuare la sussistenza dell'aggravante *de qua*».

¹¹⁸⁷ Cass., Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 2727 («L'obbligo di una motivazione rafforzata sussiste solo allorché la pena si discosti significativamente dal minimo edittale, mentre, nel caso in cui venga irrogata una sanzione al di sotto della media, è sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 c.p. (Cass., Sez. IV, 5 novembre 2015, n. 46412, Scaramozzino; Cass., Sez. II, 8 maggio 2013, n. 28852, Taurasi e altri; Cass., Sez. IV, 20 marzo 2013, n. 21294, Serratore; Cass., Sez. II, 26 giugno 2009, n. 36245, Denaro)»); Cass., Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 49239; cfr. Cass., Sez. V, 3 maggio 2018, n. 40084; Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19334. In dottrina: UBALDI A., *Pena inflitta vicina al massimo edittale: motivazione rafforzata*, in *D&G*, 2018, 155, 10 (a margine di Cass., Sez. V, 3 maggio 2018, n. 40084).

¹¹⁸⁸ CATERINI M., *Il ruolo "politico" del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del 'diritto vivente'*, in *Pol. dir.*, 2016, 521-522 (corsivo nostro), secondo cui «anche se l'intima opinione del giudice fosse quella propensa a conferire plausibilità a un'interpretazione più sfavorevole, considerata magari 'ideologicamente' più opportuna di altre, il ragionamento motivazionale dovrebbe comunque fare i conti col *favor rei*, nel senso di escludere la plausibilità delle opzioni ermeneutiche più favorevoli. Solo in questo caso, qualora le ragioni portate nella motivazione fossero tali da negare recisamente dignità ermeneutica alle scelte favorevoli, il giudice potrebbe accedere all'opzione sfavorevole. L'implausibilità dell'opzione favorevole, per questa via, diviene un criterio – di garanzia sostanziale e processuale – che il giudice dovrebbe utilizzare necessariamente onde conferire razionalità al suo ragionamento. [...] Non si tratta, dunque, di distinguere l'interpretazione dall'analogia, in quanto – posto pure che tutta l'ermeneutica sia analogia – il vincolo del giudice non sarebbe tanto quello 'utopistico' del divieto di analogia, ma più realisticamente quello di *argomentare, nella motivazione, l'implausibilità di scelte interpretative più favorevoli*. Probabilmente, seguendo questo criterio, tendenzialmente sarebbe ceduta minore discrezionalità ai giudici, in quanto un conto è consentire agli stessi di argomentare liberamente sulla plausibilità, magari anche maggiore, di una scelta ermeneutica. Un altro conto, viceversa, è vincolare il giudice a spiegare convincentemente perché un'alternativa più favorevole sia del tutto implausibile, priva di alcuna dignità ermeneutica». Nella prospettiva della motivazione rafforzata, che l'Autore ci pare presupporre nei suoi tratti essenziali laddove parla di «motivazione deontologicamente razionale [...] guidata da criteri che impongono l'alternativa più favorevole» (522), il criterio della «implausibilità di scelte interpretative più favorevoli» costituisce una tappa obbligatoria. Questo «schema di motivazione che impon[e] di manifestare le ragioni in base alle quali è implausibile l'opzione interpretativa sfavorevole» (523) ci appare, da un lato, astrattamente condivisibile per il principio di cui si fa garante (*i.e.* il *favor rei*, costituzionalmente presidiato: arg. *ex art.*

ii) alla valutazione di attendibilità e credibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa¹¹⁸⁹; iii) all'utilizzabilità, ai fini della condanna, delle precedenti dichiarazioni dell'irreperibile¹¹⁹⁰; iv) alla

27 Cost.); eppur tuttavia, dall'altro lato, riteniamo di dover paventare i rischi che il suo accoglimento potrebbe, in concreto, comportare. Il parametro della "implausibilità della scelta più favorevole" è, invero, un parametro eccessivamente vago e particolarmente flessibile, perciò 'manipolabile' e facilmente abusabile, sia dalla difesa sia dall'accusa sia dal giudice. Peraltro, il numero degli "argomenti più favorevoli" da contro-motivare (cioè, di cui motivare l'implausibilità) si mostra – almeno ipoteticamente; concretamente, magari forse no: 'ma poco ci manca' – infinito; e allora si tratta o di pretendere l'impossibile oppure di dover ulteriormente individuare – con quale parametro di riferimento? – gli argomenti che, tra gli "argomenti più favorevoli" rispetto alla scelta compiuta, siano da prendere in considerazione, posto che tutti non è immaginabile di poter esaminarli (... nemmeno volendo, tempo ed energie permettendo). Mettendo da parte quest'ultima critica – da intendersi comunque in un'accezione costruttiva – alla proposta di Mario Caterini, preme evidenziare che alla ricostruzione testé esaminata ci sembra possa accostarsi l'idea avanzata da Federico Consulich, secondo cui tra i «tre canoni esegetici, da impiegare come passaggi obbligati di ogni procedura interpretativa in materia penale», occorre includervi quello della «prevalenza dell'interpretazione più favorevole per il reo. Il modello è ovviamente la *rule of lenity*, in base alla quale l'ambiguità del testo non deve mai andare a sfavore del cittadino. Una regola siffatta sarebbe peraltro perfettamente sintonica con i classici principi di frammentarietà ed *extrema ratio*, patrimonio comune del penalista italiano, da sempre ben consapevole che lo strumento penale deve essere usato con parsimonia e proporzione» (CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2020, 39). Sottolinea che «manca ancora un'esplicita indicazione relativa al dovere del giudice di pronunciarsi sulle argomentazioni di parte, soffermandosi ad esempio sulle ragioni per cui, sulla base di diversi criteri inferenziali, la prova valutata a sostegno della decisione andrebbe piuttosto considerata contraria; oppure sulle ragioni per cui l'ipotesi di complessiva ricostruzione del fatto proposta dalla parte, in alternativa a quella poi accolta, non è in grado di introdurre nel convincimento del giudice in ordine all'accertamento della responsabilità dell'imputato nemmeno un ragionevole dubbio» ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 167.

¹¹⁸⁹ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2012, n. 41461, ove si parla di «previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi altro testimone». Similmente: Trib. Napoli, Sez. I, 23 febbraio 2015, n. 8 («In tema di testimonianza della persona offesa, il vaglio dell'attendibilità del dichiarante deve essere particolarmente penetrante e rigoroso, di talché la relativa deposizione può essere assunta da sola come fonte di prova unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva»); Cass., Sez. III, 6 novembre 2014, n. 45920 («Le dichiarazioni della vittima di un reato possono essere assunte anche da sole come fonte di prova per la condanna dell'imputato ove sottoposte a un vaglio positivo di credibilità oggettiva e soggettiva [...] attraverso un esame rigoroso e penetrante che tenga conto anche degli altri elementi eventualmente emergenti dagli atti»); Cass., Sez. VI, 28 maggio 2010, n. 20498 («Le dichiarazioni della persona offesa, ove ritenute intrinsecamente attendibili, possono costituire vera e propria fonte di prova su cui può essere fondata la colpevolezza dell'imputato; tuttavia la relativa valutazione deve essere adeguatamente motivata ogni qualvolta i denunciati maltrattamenti si sono consumati ai danni del coniuge, all'interno della casa coniugale, senza testimoni diretti delle condotte violente o vessazioni che avrebbe posto l'imputato nei confronti dell'altro coniuge»).

¹¹⁹⁰ In Cass., Sez. I, 12 settembre 2019, n. 37823, ove pure non si richiama la motivazione rafforzata, si parla espressamente di «step» del giudizio: si tratta, a nostro parere, di quegli step argomentativi – costitutivi l'onere motivazionale rinforzato – che puntellano la valutazione decisoria e, dovendone dar conto, altresì la giustificazione del provvedimento adottato. In particolare, l'attraversamento di questi step è utile – di più: indispensabile – al fine di valutare la possibilità di porre le dichiarazioni dell'irreperibile, acquisite fuori dal contraddittorio, a fondamento della pronuncia di condanna (ancorché non come "prova unica o determinante" se si tratta di dichiarazioni acquisite unilateralmente, poiché in tal caso mancano di quella bontà epistemologica che soltanto il contraddittorio è in grado di assicurare: arg ex art. 526 c.p.p. [Sul punto, sia consentito il rinvio a CECCHI M., *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irreperibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1481 ss.]). Ecco il testo della sentenza Cass., Sez. I, 12 settembre 2019, n. 37823: «Il principio per cui le dichiarazioni acquisite fuori del contraddittorio non possono essere poste a fondamento della condanna, essendo necessario inquadrarle in un più ampio mosaico nel quale non assumano rilievo decisivo o preponderante è stato più recente oggetto di approfondimento da parte di più sentenze della Corte

determinazione, sulla scorta dei parametri definiti dalla Corte EDU, del *quantum* di indennizzo riparatorio in caso di accertata violazione della ragionevole durata processuale¹¹⁹¹; v) alle invalidità, in particolare con riferimento al c.d. “principio di lesività”¹¹⁹²; vi) al sequestro informatico¹¹⁹³; vii)

europea dei diritti dell'uomo che hanno chiarito come le possibili deroghe debbono tener conto “di tre step” ovvero: 1) delle “ragioni per cui non si è svolto il contraddittorio” (tra le quali [è] stat[a] inclus[a], oltre all'intimidazione, l'irreperibilità imprevedibile di cui all'art. 512 c.p.p.); 2) del peso probatorio in concreto assunto dall'elemento acquisito (la “decisività” o comunque il peso significativo delle dichiarazioni sottratte al contraddittorio); 3) dei “contrappesi” che in relazione a una prova determinante possono aver bilanciato la restrizione subita dalla difesa in conseguenza dell'acquisizione e dell'utilizzazione di quell'elemento di prova». Sul tema, volendo: CECCHI M., *La Corte europea torna sul testimone irreperibile e condanna l'Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 961 ss. (in part., 963-967) e CECCHI M., *Una chiave di lettura*, cit., 1481 ss. (in part., 1483-1488).

¹¹⁹¹ Cass. civ., Sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1340 (corsivi nostri): «Ai fini della liquidazione dell'indennizzo del danno non patrimoniale conseguente alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ai sensi della l. n. 89 del 2001 [c.d. “legge Pinto”], l'ambito della valutazione equitativa, affidato al giudice del merito, è segnato dal rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come essa vive nelle decisioni, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, di casi simili a quello portato all'esame del giudice nazionale, di tal che è *configurabile, in capo al giudice del merito, un obbligo di tener conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati dalla Corte europea, pur conservando egli un margine di valutazione che gli consente di discostarsi, purché in misura ragionevole, dalle liquidazioni effettuate da quella Corte in casi simili*. Tale regola di conformazione, inerendo ai rapporti tra la citata legge e la Convenzione ed essendo espressione dell'obbligo della giurisdizione nazionale di interpretare e applicare il diritto interno, per quanto possibile, conformemente alla Convenzione e alla giurisprudenza di Strasburgo, ha natura giuridica, onde il mancato rispetto di essa da parte del giudice del merito concretizza il vizio di violazione di legge, denunziabile dinanzi alla Corte di cassazione. L'accertamento dei casi simili e delle eque soddisfazioni del danno non patrimoniale in essi operate dalla Corte di Strasburgo, pur rientrando nei doveri d'ufficio del giudice, può giovare della collaborazione delle parti, e in particolare dell'attore, che ha interesse a fornire al giudicante ogni elemento utile alla determinazione del *quantum* del danno nella misura da lui chiesta, anche nelle ipotesi in cui non sia configurabile a suo carico un onere probatorio».

¹¹⁹² CONTI C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 781 ss. (in part., 782). In materia, cfr. FELICIONI P., *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, Milano, 2018, 258-267. Cogliamo l'occasione per emendare un errore occorso nel contributo CECCHI M., *La “motivazione rafforzata” del provvedimento*, cit., 1127 e nt. 22, ove abbiamo riportato l'ipotesi *de qua* tra le ipotesi in cui si richiama *expressis verbis* la locuzione “motivazione rafforzata”. Per vero, come detto *supra* (nt. 1161), in CONTI C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 794 ci si riferisce *si expressis verbis* all'obbligo di motivazione rafforzata, ma lo si fa in rapporto all'attendibilità delle dichiarazioni tardive del collaboratore di giustizia, mentre in relazione alle invalidità e, in specie, al c.d. “principio” di lesività” (peraltro non limitato alle sole nullità, come pure abbiamo scritto in CECCHI M., *La “motivazione rafforzata” del provvedimento*, cit., 1127 e nt. 22), il rinvio a un onere motivazionale rinforzato è – a nostro parere – comunque/semprè presente eppur tuttavia non citato espressamente, bensì soltanto presupposto concettualmente nei suoi tratti fondamentali, ovvero si scioglierebbe nell'accertamento in un percorso valutativo-giustificativo a tappe necessitate (a tal proposito, v. anche CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 1651 ss. [in part., 1651-1658], nonché – relativamente all'inutilizzabilità – CONTI C., *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, 485 ss. [in part., 506-508] e CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità*, cit., 1658-1663).

¹¹⁹³ MOLINARI F. M., *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, 709 («Il provvedimento di sequestro informatico dovrà avere, rispetto a un sequestro tradizionale, una motivazione più articolata e dettagliata in punto di modalità di selezione dei dati, non potendosi più accettare – come peraltro purtroppo troppo spesso si è visto – provvedimenti genericamente finalizzati all'esplorazione di tutti i dati digitali contenuti all'interno dell'*hard disk*, attraverso l'apertura (e quindi la lettura) di tutti i *files* in esso contenuti, con riserva di selezionare (compito solitamente delegato alla p.g.) soltanto alla fine quelli utili alle indagini») e 715-716 («Il provvedimento di sequestro dovrebbe essere più articolato – anche sotto questo profilo – rispetto a quello che solitamente viene disposto per un sequestro tradizionale. Prevedere, per esempio, come necessaria l'indicazione da

all'applicazione della confisca (anche in caso di patteggiamento)¹¹⁹⁴; viii) alla attenuante del danno lieve (art. 62, n. 4 c.p.)¹¹⁹⁵; ix) alla intercettabilità di un soggetto terzo (non indagato) rispetto al soggetto per il quale le intercettazioni sono state originariamente autorizzate¹¹⁹⁶; x) al grado della colpa¹¹⁹⁷; xi) alla “droga parlata”¹¹⁹⁸; ecc.

parte dell'autorità giudiziaria di specifici protocolli scientifici relativi alle diverse possibili modalità esecutive del sequestro informatico e dettati sulla base delle migliori regole di esperienza tecnica (c.d. “*best practices* di *computer forensics*”) consentirebbe, per un verso, di supplire validamente all'impossibilità pratica (laddove non fosse presente) o all'incapacità (laddove non fosse a conoscenza di ciò che è tecnicamente consigliabile compiere) dell'interessato di salvaguardare la propria posizione; per altro verso, di garantire l'obiettività dell'esito delle successive operazioni di perquisizione e/o perizia informatica»).

¹¹⁹⁴ SCIVOLETTO O., *Patteggiamento e applicazione della confisca: bisogna motivare comunque il rapporto di pertinenzialità tra res e reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1343: «La motivazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si conforma alla sua particolare natura giuridica, in quanto si sviluppa necessariamente attorno al patto concluso dalle parti, ma ciò non esenta il giudice dall'indicazione degli elementi di fatto dai quali rinviene la sussistenza dei presupposti legittimanti la misura di sicurezza. [...] La Suprema Corte [Cass., Sez. III, 3 febbraio 2010, n. 8190] ha, perciò, invitato il giudice del rinvio ad attenersi ai principi esposti in sentenza, avendo “comunque” riguardo all'esplicitazione del rapporto di pertinenzialità tra il danaro e il reato per cui è intervenuta condanna. Peraltro, con il suddetto avverbio, così utilizzato, si è resa, finalmente, evidente l'esigenza di rendere delle argomentazioni sul ragionamento che conduce a quella determinata qualificazione giuridica della cosa, indipendentemente dal tipo di confisca in discorso. Sul giudice, che applica la pena su richiesta delle parti, grava uno specifico obbligo di motivazione qualora egli intenda disporre la misura di sicurezza della confisca, sia essa obbligatoria che facoltativa. Il carattere obbligatorio della misura non incide in alcun plausibile modo ai fini dell'accertamento del nesso di pertinenzialità, ma, molto più semplicemente, esonera dal compiere una valutazione sulla pericolosità della disponibilità della cosa in capo al reo. Laddove, poi, si ritenesse insussistente tale rapporto tra *res* e reato, si sarebbe tenuti alla restituzione delle somme, non ricorrendo alcuna delle ipotesi previste dall'art. 240 c.p.».

¹¹⁹⁵ PELLEGRINI L., *Rilievi critici sulle contrazioni applicative dell'attenuante del danno lieve (art. 62, n. 4 c.p.)*, in *Giur. it.*, 2020, 668, nel delineare «la via della ricostruzione dell'attenuante», ci sembra prospettare – *in nuce* – la metodica motivazionale rinforzata, caratterizzata dagli step (argomentativi) obbligati di giudizio e di giustificazione: «Ebbene, di fronte a un fatto tipico di reato, per cui ci si interroghi se possa o meno applicarsi la circostanza di cui all'art. 62, n. 4, occorrerà procedere a una verifica per gradi e stadi ben precisi e cadenzati. Innanzitutto, si deve decidere se si verta nell'ipotesi di cui al primo o al secondo alinea. Per fare ciò occorre analizzare l'oggettività giuridica tutelata dalla fattispecie incriminatrice. E così, se si ravvisa nella tipicità astratta della norma la tutela del patrimonio (come bene principale o anche solo secondario) non ci si potrà che riferire all'ipotesi di cui al primo alinea. Ove, viceversa, siano completamente estranei dall'oggettività i profili patrimoniali, il giudice (preliminarmente espletato un giudizio sulla gravità astratta del reato) sarà chiamato a verificare se il soggetto agente sia stato determinato al crimine da motivi di lucro di speciale tenuità. L'analisi non può, però, dirsi conclusa e segue criteri e articolazioni motivazionali profondamente diverse a seconda che si verta nella prima o nella seconda ipotesi. a) Il giudizio di valutazione del danno patrimoniale. Ricondotta l'ipotesi di reato nella casistica del primo alinea dell'art. 62, n. 4, il giudizio si sposta dal piano astratto a quello concreto e deve seguire criteri oggettivi quali nell'ordine: (i) il valore intrinseco oggettivo e di mercato della *res* parametrato al livello economico medio della comunità; (ii) le eventuali ulteriori conseguenze pregiudizievoli, sempre di carattere economico-patrimoniale, riportate dalla persona offesa; e in via sussidiaria e ausiliaria (iii) le condizioni economiche della vittima. b) Il giudizio di valutazione dell'evento dannoso o pericoloso. Nei casi, invece, in cui trova applicazione il secondo alinea dell'art. 62, n. 4, il giudice non deve, come invece comunemente si intende, guardare al valore complessivo e generale del pregiudizio arrecato all'oggettività giuridica tutelata, quanto, piuttosto, considerare le singole componenti (i) del valore in sé della cosa e (ii) del motivo di lucro, entrambe prese nella loro dimensione patrimonialistico-economica».

¹¹⁹⁶ In Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 45486 si afferma che «nelle ipotesi in cui il collegamento sia riferito a un soggetto non indagato la necessità di motivare la correlazione tra l'indagine in corso e il soggetto intercettato è oltremodo maggiore» e, subito a seguire, si indicano i profili argomentativi ulteriori da valutare (nonché, quindi, da giustificare espressamente): «In tali casi, oltre alla verifica di cui si è detto [*i.e.* i) gravi/sufficienti indizi di reato; ii)

Da questa serie di ipotesi “espresse” (i–xxvi) e “inespresse” (i–xi) ricaviamo che la motivazione rafforzata è un modulo giustificativo-decisionale che vanta già un diffuso ambito di applicazione e, in prospettiva, di applicabilità, il quale è – a nostro parere – destinato sicuramente ad arricchirsi ancora¹¹⁹⁹.

assoluta indispensabilità/necessità ai fini della prosecuzione delle indagini], relativa alla base indiziaria oggettiva, è necessario che il giudice indichi ed espliciti chiaramente l'interesse investigativo sottostante, chiarisca cioè le ragioni di collegamento diretto o indiretto (conoscenza) tra il soggetto e il fatto di reato oggetto di accertamento; è necessario che si indichino i motivi per i quali il soggetto terzo che si intende intercettare dovrebbe essere ‘informato sui fatti’ e perché si ritiene che vi possano essere conversazioni o comunicazioni attinenti a quei fatti». Annotando tale pronuncia, BLEFARI C. R., *Le intercettazioni nei confronti di soggetti non indagati*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 702 e 703 rileva che «la Suprema Corte non nega la possibilità di disporre intercettazioni nei confronti soggetti non indagati, ma la ancora a requisiti motivazionali ancora più stringenti. [...] Più specificamente, il magistrato deve esplicitare l'interesse investigativo sottostante e chiarire le ragioni di collegamento diretto o indiretto tra il soggetto *de quo* e il fatto oggetto di accertamento; donde l'assoluta necessità di indicare i motivi per i quali il soggetto terzo che si intende intercettare dovrebbe essere informato sui fatti; e perché si ritiene che possano esservi conversazioni o comunicazioni attinenti a quei fatti. La maggiore garanzia per quanto concerne le intercettazioni disposte nei confronti dei soggetti non indagati risiederebbe, quindi, proprio nella maggiore ampiezza della motivazione».

¹¹⁹⁷ Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258: «Più in generale, e sempre facendo profitto della riflessione giurisprudenziale, sia pure formatasi a riguardo di diversi istituti, che danno rilievo giuridico al grado della colpa – si pensi alle previsioni rispettivamente dell'art. 43 c.p., art. 61, co. 1 n. 3 c.p. e art. 133 c.p. – deve rammentarsi che il grado della colpa, ai fini della personalizzazione del rimprovero che può essere mosso all'agente, e quindi della sua colpevolezza, va determinato considerando: 1) la gravità della violazione della regola cautelare; 2) la misura della prevedibilità ed evitabilità dell'evento; 3) la condizione personale dell'agente; 4) il possesso di qualità personali utili a fronteggiare la situazione pericolosa; 5) le motivazioni della condotta. Nel caso in cui coesistano fattori differenti e di segno contrario, il giudice deve valutarli comparativamente».

¹¹⁹⁸ In Cass., Sez. III, 22 aprile 2015, n. 16792 (altresì richiamando Cass., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 50995) si afferma che «quando a plurime intercettazioni non danno riscontro, come è invece normale che accada, il rinvenimento di stupefacenti, né il fermo e l'identificazione di acquirenti finali, né l'accertamento di trasferimenti di denaro, se tutto ciò non impedisce di giungere ad affermare la responsabilità per i reati suddetti, impone tuttavia al giudice un rigoroso onere motivazionale». E proprio rifacendosi a tale arresto si è invero provato a sostenere – da parte della difesa – l'esistenza di «un obbligo di motivazione rafforzata nei casi di c.d. “droga parlata”» (come può leggersi in Cass., Sez. IV, 12 giugno 2020, n. 19271, nella parte in cui si riepilogano le doglianze sollevate dal ricorrente, il quale – non a caso – tenta di descrivere e strutturare un vero e proprio schema valutativo-giustificativo a tappe obbligate, per cui «in presenza di episodi di c.d. “droga parlata”, l'obbligo di motivazione riguarda [i] in primo luogo l'attribuzione delle conversazioni all'imputato; non vi devono essere dubbi che l'utenza telefonica sottoposta a intercettazione sia stata in uso all'imputato e che lo stesso sia l'autore delle conversazioni. [ii] In secondo luogo, occorre adeguata motivazione quanto alla prova che le conversazioni telefoniche abbiano a oggetto le sostanze stupefacenti e rivelino la qualità e la quantità di sostanza stupefacente trattata, al fine della corretta qualificazione giuridica del fatto, anche mediante il collegamento fra loro di più conversazioni. [iii] Ancora, tenuto conto che la contestazione ha a oggetto la vendita della sostanza stupefacente, la conversazione intercettata deve rivelare che tra il cedente e l'acquirente si sia concluso il contratto relativo alla cessione della sostanza stupefacente»).

¹¹⁹⁹ Un caso di matrice penale-sostanziale che potrebbe incrementare la lista è ad esempio quello concernente la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente (come abbiamo già detto, peraltro). In materia, nonostante non si siano rinvenuti precedenti giurisprudenziali in cui possa leggersi espressamente che occorre adottare un'argomentazione rinforzata, ci sembra che un simile apparato motivazionale venga di fatto comunque redatto (cfr. Cass., Sez. I, 3 aprile 2018, n. 14776, con nota a margine di CAPPELLINI A., *Chirurgia inutile per denaro con morte del paziente: dolo o preterintenzione?*, in *Giur. it.*, 2018, 2484 ss.: «Nel caso in cui dal trattamento medico-chirurgico privo di finalità terapeutiche discenda la morte del paziente, può ravvisarsi il delitto di omicidio volontario solo quando sia rigorosamente accertato che il sanitario si sia rappresentato e abbia voluto, quantomeno coi caratteri richiesti dalla figura del dolo eventuale, l'evento mortale come conseguenza della propria condotta operatoria. A tal fine, non è

Prima di analizzare un poco più da vicino alcune delle ipotesi in cui emerge la necessità di motivare rinforzatamente (v. *infra*: cap. IV), di questo peculiare metodo valutativo-giustificativo specifichiamo ancora i “vincoli di argomentazione (e di giudizio)” che lo caratterizzano (§ IV) e il presidio sanzionatorio che lo assicura (§ V).

IV. VINCOLI DI ARGOMENTAZIONE (E DI GIUDIZIO)

Come affermato da Paolo Tonini e Carlotta Conti, «non avrebbe senso imporre l’obbligo di motivare ammettendo, però, che il giudice possa non enunciare in modo adeguato e completo le ragioni della sua decisione. [...] Questo non significa che il giudice debba argomentare su ogni minimo dettaglio, poiché ciò produrrebbe motivazioni ridondanti e sostanzialmente inutili. Occorre, invece, *che egli motivi su tutto ciò che è rilevante, ossia su tutte le scelte che influiscono sull’esito finale della controversia e su quelle premesse del suo ragionamento, che sono state (o potrebbero essere) ragionevolmente messe in dubbio*. Occorrerà, dunque, giustificare le *scelte influenti nel contesto della decisione* (in fatto e in diritto) e *i criteri su cui tali scelte vengono fondate*. Ciò basta a escludere che siano da considerare vere motivazioni i discorsi privi di razionalità, le divagazioni,

sufficiente la riproposizione del medesimo corredo indiziario dal quale già si era desunto il finalismo non terapeutico dell’intervento, corrispondente al profilo soggettivo del dolo diretto di lesioni e dell’omicidio preterintenzionale. È infatti necessario un confronto puntuale con tutti i possibili elementi indicatori emersi dalle risultanze istruttorie, anche di potenziale segno contrario, cui segua un apprezzamento globale del quadro indiziario complessivo, inteso ad accertare se le ambiguità residue nei singoli elementi che lo compongono possono risolversi in un risultato probatorio munito di un alto grado di credibilità razionale»). Al riguardo e per uniformare le oscillazioni della giurisprudenza, nella parte motiva dedicata all’elemento soggettivo potrebbe ad esempio essere incluso il riferimento, come passaggio obbligato, ai c.d. “indicatori Thyssenkrupp” (Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn. Per un’analisi della pronuncia, v. MINICUCCI G., *La “duttività” del dolo eventuale: tra oggettivazione, stereotipi sociali e processualizzazione. Brevi riflessioni sul ruolo della scienza sociale e sul suo dialogo con la giurisprudenza*, in *ius17@unibo.it*, 2015, 1, 179 ss.). Analoghe osservazioni, sempre in rapporto alla *matière pénale* sostanziale, ci sembrano applicabili ai c.d. “indici di fraudolenza” della bancarotta, cui fa riferimento la sentenza Sgaramella (Cass., Sez. V, 1° agosto 2017, n. 38396, Sgaramella, ove – riguardo agli «oneri motivazionali» – può leggersi che «la motivazione della decisione di merito deve dar conto – oltre che della connotazione del fatto in termini di pericolo concreto – della riconoscibilità del dolo generico sulla base di una puntuale analisi della fattispecie concreta in tutte le sue peculiarità, rifuggendo da qualsiasi approccio astrattizzante e ricercando appunto nel caso di specie i possibili (positivi o negativi) “indici di fraudolenza” necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell’integrità del patrimonio dell’impresa funzionale ad assicurare la garanzia dei suoi creditori e, dall’altro, alla proiezione soggettiva di tale concreta messa in pericolo: “indici di fraudolenza” rinvenibili, ad esempio, nella disamina del fatto distrattivo, dissipativo ecc. alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell’impresa e della congiuntura economica in cui la condotta pericolosa per le ragioni del ceto creditorio si è realizzata; nel contesto in cui l’impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell’imprenditore o dell’amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte nei fatti depauperativi; nella “distanza” (e, segnatamente, nell’irriducibile estraneità) del fatto generatore di uno squilibrio tra attività e passività rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale». Per una lettura di tale pronuncia, v.: BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e “indici di fraudolenza”*, in *Società*, 2018, 641 ss.; CAVALLINI S., *La bancarotta fraudolenta “in trasformazione”: verso il recupero della dimensione lesiva dell’archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, 183 ss. Sempre in materia di diritto penale-societario, ci si confronti anche con le considerazioni già svolte da Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, Bipop, con nota a margine di CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 ss.).

gli argomenti superflui e non attinenti alla decisione e ogni altra variazione che equivalga, in buona sostanza, a una motivazione fittizia. Si può considerare motivazione fittizia (o pseudo-motivazione) quella priva di veri argomenti, dotati di consistenza logica o che, comunque, non esprime, dissimula e non giustifica le scelte decisorie del giudice»¹²⁰⁰.

Con i “vincoli di argomentazione (e di giudizio)” posti dall’onere di motivazione rafforzata, a nostro parere si individuano quegli “argomenti” – orientati da “criteri” – su cui le “scelte influenti” vengono, o dovrebbero venire, razionalmente fondate: cioè, prese e giustificate.

Gli argomenti – ‘guidati’ da parametri di riferimento¹²⁰¹ – che costituiscono gli step obbligati concernono i profili salienti sui quali è inevitabile soffermarsi nell’*iter* procedurale che porta all’applicazione, o meno, di una determinata fattispecie (da motivazione rafforzata).

Si tratta di «snodi esplicativi indispensabili nel rapporto tra i temi della *regiudicanda* e il contenuto della decisione»¹²⁰². Una sorta di focalizzazione tematica che determina ciò che deve essere imprescindibilmente esaminato prima che ci si esprima. Una mappa argomentativa che indica quali domande porsi necessariamente – quale *minimum* non eludibile – tra le mille altre possibili nel corso dell’accertamento¹²⁰³. Una serie di passaggi valutativo-motivativi immancabili nella disamina di quella fattispecie che, almeno in una sua parte, manifesta o si fa portatrice di aspetti argomentativi da trattare secondo questa metodica di giudizio e di giustificazione.

Al mutare delle ipotesi in cui è richiesto di motivare rafforzatamente mutano ovviamente i profili argomentativi salienti (e i relativi parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché

¹²⁰⁰ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 158 e nt. 262 (corsivi nostri). Cfr. NORMAND J., *Le domaine du principe de motivation*, cit., 33-34: «Le domaine de la motivation conserve sa certitude et sa fermeté pour tout ce qui touche au *principal*, c’est-à-dire aux prétentions et aux moyens sur lesquels le juge doit se prononcer. Avec une nuance, cependant, qui a trait au pouvoir discrétionnaire. On constate, en revanche, et suivant les cas, une absence totale de formalisme ou une régression de ce dernier pour tout ce qui est *accessoire* à l’élaboration de la décision ou accessoire au jugement et qui tend à son exécution». Il punto diventa allora stabilire cosa sia “principal” e cosa sia “accessoire”; e, in un’ottica costruttiva-costitutiva, conviene a nostro parere stabilire quali siano i punti (argomentativi) salienti che devono necessariamente essere valutati – e, quindi, successivamente motivati – dal giudice.

¹²⁰¹ L’indicazione di parametri e criteri-guida orientativi gli argomenti da affrontare imprescindibilmente è un aspetto fondamentale di questa metodica perché «ciò che uno vede dipende sia da ciò a cui guarda» sia dalla maniera con la quale il fenomeno osservato entra nel suo campo visivo, nonché dalle domande che – relativamente a tale fenomeno – si pone (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 141 e 159 [ove si legge che le domande, cioè le questioni, «dipendono dall’esistenza di un paradigma e ricevono risposte differenti in conseguenza di un mutamento di paradigma»]). Così, «guardando una carta topografica con curve di livello, lo studente non vede che linee, mentre il cartografo individua la rappresentazione di un terreno» (140).

¹²⁰² PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 136.

¹²⁰³ Invero, come scrive in termini generali SANTORIELLO C., *Motivazione*, cit., 702, può dirsi che «individuare i presupposti perché il giudice possa meglio spiegare il suo compito significa andare alla ricerca delle corrette modalità con cui deve svolgersi un processo perché la relativa decisione possa dirsi conforme ai dettami epistemologici condivisi dalla comunità all’interno della quale la sentenza deve trovare esecuzione».

intersoggettivamente verificabili) da prendere in esame e così muta conseguentemente anche la scansione logica del ragionamento giuridico¹²⁰⁴.

Dinanzi alle singolarità delle diverse fattispecie “da motivazione rafforzata” variano i vincoli di argomentazione (e di giudizio), poiché – banalmente – tale approccio metodologico si tipizza e si costruisce a partire dai problemi (*recte*: dai profili argomentativi) teorico-pratici che emergono con ricorrenza nella concretizzazione di una data fattispecie¹²⁰⁵.

Le questioni argomentative salienti – che, ripetiamo, accompagnano¹²⁰⁶ il decisore nella comprensione del problema da risolvere giuridicamente, fungendo da “domande-guida” per

¹²⁰⁴ Allo stesso modo in cui, «a seconda del posto che l'operatore occupa nel processo di produzione e applicazione del diritto», si parla di un “tipo” di ragionamento giuridico piuttosto che di un altro (es. legislativo, giudiziale, forense, dottrinale ecc.), così può dirsi che, in rapporto alle singolarità delle diverse fattispecie “da motivazione rafforzata”, «non esiste un astratto e indifferenziato ragionamento giuridico [ma] bisogna distinguere i vari ragionamenti, o, per essere più precisi, le varie tecniche di porre e risolvere problemi giuridici» (BOBBIO N., *Sul ragionamento giuridico dei giuristi*, in *Saggi sulla scienza giuridica*, cit., 35, il quale così prosegue: «La tecnica del legislatore, che pone le norme, è diversa da quella del giurista che le interpreta; la tecnica dell'avvocato, che sostiene una certa tesi giuridica in un processo, è diversa da quella del giudice che dà la sentenza». L'Autore, lo ribadiamo, distingue le varie tipologie di ragionamento in base all'operatore giuridico (*i.e.* il discorso del legislatore; il discorso del giudice; il discorso dell'avvocato; il discorso del professore; ecc.). In questa sede, riprendendo il pensiero di Bobbio, applichiamo – *mutatis mutandis* – le sue considerazioni alle peculiari diversità delle singole “fattispecie da motivazione rafforzata”. Sosteniamo, in particolare, che il ragionamento giuridico-decisionale si differenzi, di volta in volta, sulla base dei diversi argomenti – orientati da criteri e parametri di riferimento – che costituiscono gli step obbligati della fattispecie motivativa rinforzata). In termini generali, sui differenti tipi di «approccio all'analisi del ragionamento giuridico», v. COMANDUCCI P., *L'analisi del ragionamento giuridico*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 495 ss.

¹²⁰⁵ Con l'espressione “problemi (*recte*: profili argomentativi) teorico-pratici” intendiamo riferirci a quegli aspetti (argomentativi) che il legislatore oppure la giurisprudenza o la dottrina hanno evidenziato come essenziali e caratterizzanti una data fattispecie (*lato sensu* intesa: cioè, intesa non limitatamente alla disposizione di legge ma ricomprensiva anche dei costrutti giurisprudenziali e dottrinali, che sulla previsione legislativa si esercitano). Si tratta di argomenti che richiedono d'essere trattati alla luce di pre-definiti parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili. Questi argomenti, costitutivi le tappe obbligate del ragionare giuridico, sono indispensabili per concretizzare – quantomeno in una sua parte – la fattispecie in esame, la quale assume – relativamente a tale sua parte, declinabile in step logico-argomentativi obbligati – la natura di “fattispecie da motivazione rafforzata”. La scansione obbligata che costituisce il “percorso a step” dell'onere motivativo rinforzato può snodarsi, a seconda delle fattispecie, in una tappa singola oppure in più tappe tra loro susseguenti. La scomposizione, l'approfondimento e lo sviluppo dei tratti (argomentativi) salienti della fattispecie da motivazione rafforzata sono momenti accertativi che si confanno peraltro perfettamente alla natura della sentenza (e, più in generale, delle pronunce decisorie motivate), giacché – come scrive CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 253 – «la sentenza è un argomento composto. È un'argomentazione l'intera sentenza nel suo complesso, e al suo interno ci sono sub-argomenti che costituiscono particolari segmenti dell'intera motivazione». In questa prospettiva, gli “argomenti rafforzati” (orientati, nella loro concretizzazione, da parametri e criteri guida) costitutivi gli step obbligati rappresentano una specificazione ulteriore degli argomenti di cui la sentenza si compone e tendono nel complesso a offrire «una migliore giustificazione» della decisione (ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 14).

¹²⁰⁶ Sull'orientamento (e sul ‘vincolo’) di senso derivante dalla domanda posta, v. GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., 747: «Alla domanda è essenziale il fatto di avere un senso. Senso significa direzione. Il senso della domanda è quindi la direzione nella quale, soltanto, la risposta si può trovare, se vuol essere una risposta sensata, significativa. La domanda agisce sul suo oggetto dislocandolo in una determinata prospettiva. Il sorgere di una domanda forza, per così dire, l'essere di ciò che ne è oggetto».

l'accertamento¹²⁰⁷ – sollevano problematiche che si possono declinare o in una singola tappa obbligata (un unico step di giudizio e di giustificazione) o in una serie concatenata di tappe obbligate (plurimi step di giudizio e di giustificazione)¹²⁰⁸.

L'insistere cadenzato di domande su un certo specifico punto argomentativo o su certi specifici punti argomentativi si rivela in questi casi – cioè, nei casi da motivazione rafforzata – utile affinché «il discorso proceda con ordine in tutti i suoi passaggi»¹²⁰⁹ e l'organo giudicante “non dimentichi” di prendere effettivamente ed espressamente posizione su problematiche fondamentali¹²¹⁰ ai fini del giudizio¹²¹¹: *problematiche rispetto alle quali non può darsi/aversi motivazione implicita*.

¹²⁰⁷ Confrontandosi con tali domande e rispondendo a tali domande, si analizzano e si sciolgono le problematiche argomentative salienti che tipicamente ricorrono nell'applicazione di quella data fattispecie che – quantomeno in una sua parte (*i.e.* quella trattabile con la metodica *de qua*) – occorre esaminare secondo un obbligo motivativo rinforzato. Gli argomenti (da affrontare sulla scorta di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili) che costituiscono gli step obbligati dell'onere motivazionale rafforzato introducono e rappresentano dei punti di riferimento che devono essere necessariamente presi in considerazione e apertamente affrontati al fine di concretizzare la fattispecie in esame.

¹²⁰⁸ Per esprimere e visualizzare il concetto tramite un riferimento extra-giuridico, potremmo metaforicamente riprendere le parole di LENTANO M., *Nomen*, Bologna, 2018, 140-141 (corsivi nostri): «La cultura romana moltiplica la rete di protezione [divina, tramite la presenza di singole e *particolari* divinità, legate alle peculiarità delle varie attività quotidiane: “divinità dell'attimo”] laddove sono in gioco i suoi gangli più delicati e vitali, i suoi snodi più fragili, i punti in cui è più facile che una crisi si determini e più rovinose siano le sue potenziali conseguenze. [...] Dunque l'universo degli *dei minuti* è caratterizzato dal tratto della discontinuità: è uno spazio discreto, nel senso fisico-matematico del termine, con aree di fortissima concentrazione e intere plaghe pressoché disabitate. Nei punti forti del suo popolamento, quell'universo sembra funzionare producendo “*stringhe*”, *delle concatenazioni dotate di senso, delle sequenze divine che prendono in carico un certo fenomeno a partire dalle sue fasi più remote* – la consegna della dote, il concepimento dell'utero materno, l'interramento del seme – e lo scortano, per così dire, fino al suo esito finale. *Quelle stringhe costituiscono una sorta di sequenze-modello, le ipostasi divine di un paradigma culturale, un iperuranio in cui non i singoli momenti, ma la loro ordinata successione si presenta nella sua forma ideale*: un racconto, messo in scena da attori divini, di come dovrebbero aver luogo un matrimonio che si conformi alle regole, una nascita condotta felicemente al suo termine, una semina coronata da successo. [...] *Successioni nelle quali ogni passaggio è indispensabile al buon esito della sequenza e non potrebbe essere eliminato senza compromettere il risultato finale del processo*».

¹²⁰⁹ PLATONE, *Gorgia*, (trad. it.) F. ADORNO, Bari-Roma, 1997, 21 (454c): «Ti farò ancora qualche domanda sullo stesso punto [...] perché il discorso proceda con ordine in tutti i suoi passaggi». Sulla decisiva importanza del metodo e delle domande che si pongono, in quanto aspetti che orientano la risposta che si va (ri)cercando, DELEUZE G., *Lo strutturalismo* (1976), Milano, 2004, 37 ricorda che «un problema ha sempre la soluzione che merita secondo la maniera in cui è posto». Sempre in merito al domandare, introducendo al lettore *Verità e metodo* di Hans-Georg Gadamer, Giovanni Reale scrive che «la domanda, nella sua impostazione e nella sua struttura indica – se viene posta in modo adeguato – il ‘senso’, ossia la ‘direzione’ seguendo la quale si può trovare la risposta. Pertanto, la domanda ‘colloca’ o ‘situa’ ciò che è oggetto di discussione in una precisa posizione prospettica, e quindi fa emergere da quell'oggetto posto in quel modo un ‘senso’, appunto in base al ‘senso della domanda stessa’» (REALE G., *Introduzione*, in GADAMER H. G., *Verità e metodo*, cit., X).

¹²¹⁰ Come si proverà a precisare *infra* (§ IV.1), l'attribuzione del carattere di “problematica fondamentale” a una data questione giuridica (sia essa di fatto o di diritto, di natura sostanziale o processuale) è il frutto o di una espressa indicazione legislativa oppure l'esito di un condiviso e costante riconoscimento che proviene dai contributi pratici degli operatori giuridici (*i.e.* magistrati e avvocati) o dagli studi e dalle ricostruzioni della dottrina. Le “problematiche fondamentali” emergenti dagli “argomenti da motivazione rafforzata”, cioè gli argomenti concernenti profili essenziali della fattispecie in esame (da svolgere sulla scorta dei parametri e criteri orientativi di riferimento), coesistono i) sia con altri possibili argomenti riguardanti gli stessi profili critici e salienti (*i.e.* “i profili da motivazione rafforzata”) ii) sia,

A questo si ‘riducono’ i vincoli argomentativi e di giudizio: al divieto di motivazione implicita su determinati argomenti¹²¹², i quali debbono essere trattati – *i.e.* valutati e motivati – *alla luce del sole*.

Nell’esercizio della discrezionalità giudiziale¹²¹³, l’attraversamento degli step obbligati rende ancora più scandita proceduralmente, ancora più accurata epistemologicamente e ancora più controllabile razionalmente la decisione del giudice, rispetto a determinati e decisivi profili della fattispecie. Invero, motivando – *recte*: giudicando e giustificando – in questi termini, «le regole per ‘ben motivare’ [finiscono per] essere un aiuto per ‘ben decidere’»¹²¹⁴; e in tal senso, per riprendere un’espressione di Robert Alexy, può dirsi che si ha «un guadagno di razionalità, se si argomenta in queste forme»¹²¹⁵.

Adottando questo *stilus curiae*, sorretto da “argomenti rinforzati” che «segnano i passi che l’interprete deve fare nel suo ragionamento per offrire un’argomentazione convincente, evitando errori e arbitrii»¹²¹⁶, il giudice adotta «uno stile o una forma (entro cui cola il contenuto» della pronuncia) che, per dirla con Gino Gorla, non è – perché non deve, né può essere – «troppo una camicia di Nesso», ma mantiene – giacché è opportuno che mantenga e «ci vuole» – una «certa

ovviamente, con tutti gli altri argomenti, attinenti a profili (agomentativi, ma non solo) diversi da quelli sui quali occorre motivare rafforzatamente, che devono essere svolti ai fini dell’accertamento.

¹²¹¹ Scrive CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo*, cit., 832 che «pretendere che la motivazione abbia un’impalcatura precostituita – con alcuni passaggi necessari – riduce al massimo il rischio di errore: la chiarezza e l’esautività possono essere definite come “un antidoto qualitativo” contro l’errore. Una motivazione chiara, per un verso, permette a chi la redige di accorgersi se sbaglia; per un altro verso, permette a chi la legge di cogliere subito l’errore. In altri termini, la chiarezza porta alla comprensione delle ragioni e la comprensione delle ragioni dovrebbe condurre alla condivisione delle stesse. In un modello ideale, di fronte alle stesse prove chiunque dovrebbe motivare nello stesso modo, in forza dell’oggettività dei canoni della ragione. Nella piena consapevolezza della natura utopistica di siffatta affermazione è altrettanto chiaro come un’impostazione del genere segni il tramonto teorico del motto ciceroniano (o terenziano che dir si voglia) *tot capita tot sententiae*». Evidenza che «gli obblighi che gravano sul giudice nella redazione della motivazione, sotto il profilo funzionale, mirano a regolare l’attività deliberativa del giudice» CAPONE A., *Diritto alla prova e obbligo di motivazione*, in *Ind. pen.*, 2002, 35 (secondo cui «le prescrizioni relative alla struttura e al contenuto della motivazione [...] hanno una funzione ben precisa: il legislatore mira a porre un vincolo direttamente sul ragionamento del giudice, ancorandolo all’effettivo svolgimento del processo» [34]).

¹²¹² Mette conto precisare che lo svolgimento motivazionale di questi argomenti (cioè: la trama discorsiva del provvedimento, nella parte in cui ci si riferisce a questi argomenti) può contenere elementi o passaggi “dati per implicito”, ma quel che è fondamentale è che tali argomenti non siano essi stessi oggetto di motivazione implicita. Oltre che apertamente valutati, debbono essere manifestamente esplicitati nel testo della pronuncia.

¹²¹³ Sottolinea VELLUZZI V., *Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni*, in *Criminalia*, 2016, 230 che «il problema non è la discrezionalità giudiziale, ma il suo esercizio [nonché] la valutazione dell’esercizio della discrezionalità e del risultato raggiunto».

¹²¹⁴ La citazione è tratta da VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E. MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 37, ove la si attribuisce a GRIFFEY M., *La motivazione dei provvedimenti giudiziari*, in *Quest. giust.*, 1987, 587.

¹²¹⁵ Il lessico è di ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 160.

¹²¹⁶ PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 68 (corsivo nostro). Scrive LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, 2012, 30-31 che «un’azione è proceduralmente razionale “allorché essa è il risultato di un’adeguata deliberazione”, vale a dire, una deliberazione condotta seguendo certi passi specifici o certe regole e forme particolari».

elasticità», ancorché – di fatto – «*un po' camicia di Nesso*» inevitabilmente, sia pure proficuamente, lo sia¹²¹⁷.

Nell'essere, dunque, camicia di Nesso “quanto basta”, *i vincoli da motivazione rafforzata* in qualche modo legano, poiché tale è la natura dei ‘vincoli’¹²¹⁸, ma – al contempo – stavolta non costringono e soprattutto non predeterminano l'esito dell'apprezzamento del giudicante, che – come abbiamo già detto *supra* – resta svincolato dal punto di vista contenutistico-decisionale, (anche solo) al fine di adattare gli argomenti rinforzati alle peculiarità del caso di specie.

Insomma, questo approccio metodologico a tappe obbligate ha il suo pregio nel non permettere che si eluda la trattazione di pre-individuati profili argomentativi salienti e decisivi per l'applicazione della fattispecie da motivazione rafforzata in esame.

Ora, trattandosi di un metodo, cioè di una procedura e di regole procedurali, si può legittimamente sostenere che queste regole siano modulabili¹²¹⁹, in virtù dell'interpretazione che –

¹²¹⁷ GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati*, Roma, 1968, 59. Cfr. WRÓBLEWSKI J., *Motivation de la décision judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 114 e 117: «L'utilisation des critères du choix exige en règle générale la connaissance des situations, des estimations et des raisonnements plus ou moins complexes; grâce à ces facteurs le choix des divers sujets parmi les mêmes alternatives peut être différent. [...] Ce n'est pas seulement la quantité et qualité des informations qui sont importantes, mais aussi la manière dont le juge les accueille et les sélectionne. [...] L'attitude évaluative du juge [...] influe sur la réception et la sélection des informations aussi bien que sur le style du raisonnement».

¹²¹⁸ Trattando dei «vincoli attraverso i metodi», NEUMANN U., *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, 58 scrive che «le regole della professione del giurista (della metodologia giuridica) limitano la libertà del giudice, senza determinare la decisione (almeno nei casi più delicati)». La libertà decisoria permane anche in ragione della (tendenziale) «indifferenza contenutistica delle procedure» (IRTI N., *Del salire in politica*, Torino, 2014, 19). Peraltro, come ricordano PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., 538, occorre sottolineare che «solo l'esistenza di un processo argomentativo che non sia né cogente né arbitrario dà un senso alla libertà umana, condizione per l'esercizio di una scelta ragionevole». Nel caso della motivazione rafforzata, da un lato, viene fatto salvo l'adattamento del *decisum* alle specificità del caso concreto e così non si perde la ricchezza decisionale di cui ciascun giudice si fa portatore. Le peculiarità fattuali della vicenda storica riempiono di contenuto il passaggio argomentativo saliente non eludibile (o i passaggi argomentativi salienti non eludibili), il cui apprezzamento resta inevitabilmente rimesso alla libera e motivata scelta decisoria del giudicante. Dall'altro lato, il libero convincimento del giudice si manifesta attraverso un metodo di giudizio e di giustificazione predefinito e per tutti uguale. Una metodica che garantisce che giudici diversi trattino la medesima problematica giuridica seguendo la stessa tecnica risolutoria: cioè, percorrendo puntuali step argomentativi, orientati da parametri e criteri (condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili) elaborati precisamente per affrontare e risolvere i nodi applicativi più spinosi della fattispecie “da motivazione rafforzata” in esame.

¹²¹⁹ Per quanto in apparenza addirittura più stringenti delle altre, giacché delimitanti i canali formali entro i quali deve snodarsi il procedimento giurisdizionale, persino le norme del diritto processuale mantengono margini di opinabilità (se non di creatività) interpretativa. A tal proposito, senza comunque poter generalizzare l'affermazione, è emblematico che si sia arrivati a scrivere che, «nel costante adattamento delle regole tecniche del processo, regole con le quali hanno a che fare giorno dopo giorno, [...] i giudici operano come legislatori, e non come giudici» (CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, cit., 70).

al pari di ogni altra regola (v. *supra*: cap. I, §§ I.7 e II.4) – se ne può offrire, più o meno liberamente¹²²⁰.

A ben vedere, invece, le regole procedurali che disegnano gli step obbligati dell'obbligo motivazionale rinforzato sono regole che – una volta stabilite – non ammettono margini di opinabilità¹²²¹. Tali regole non sono opinabili nella misura in cui, analogamente ad altri tipi di regole procedurali (es. i termini perentori), non tollerano forme di smarcatura interpretativa. Dalle tappe obbligate non si può evitare di passare. Ed è per questo che tali tappe non sono soggette ad aggiramenti interpretativi, perché semplicemente definiscono un percorso obbligato da seguire in quel tipo di accertamento¹²²². Un itinerario procedurale da attraversare, comunque vada.

¹²²⁰ Sull'interpretabilità delle norme processuali, v. CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019, 74: «Le norme processuali, al pari di ogni altra norma giuridica, sono oggetto di un'incessante elaborazione interpretativa, finalizzata a stabilirne il significato più corretto. Le tecniche sono le più varie: alcune più tradizionali e altre che rappresentano il portato dell'apertura al diritto europeo e della complicazione della gerarchia tra le fonti che ne è derivata». Sull'interpretabilità delle stesse direttive metodologiche relative all'interpretazione: ALPA G., *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, (a cura di) J. DERIDDA – G. VATTIMO P. G., Bari-Roma, 1998, 211 («Le regole legali dell'interpretazione sono oggetto esse stesse di interpretazione»); CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, 78 («Anche queste disposizioni sull'interpretazione sono da interpretare. E non è palese come debbano esserlo. Si tratta di un problema logicamente inevitabile: qualsiasi disposizione sull'interpretazione, a qualsiasi livello, richiede di essere interpretata»); PASTORE B., *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., 68-69 («I metodi, invero, in ragione della loro pluralità ed equivalenza e giacché rinviano a termini che richiedono, a loro volta, di essere interpretati, non possono eliminare gli spazi di libertà dell'interprete: possono, però, contenerli e strutturarli, dal momento che segnano i passi che l'interprete deve fare nel suo ragionamento per offrire una argomentazione convincente, evitando errori ed arbitrii. [...] I metodi interpretativi sono strumenti per attribuire significato alle disposizioni, nonché strumenti per formulare argomenti a favore dei significati attribuiti alle disposizioni. Servono a sviluppare criteri per il controllo della validità e correttezza delle ipotesi di interpretazione. Ciò avviene sotto due profili. Dal punto di vista del soggetto che interpreta, il metodo permette di auto-controllare il procedimento seguito al fine di valutare la fondatezza giuridica dell'interpretazione. Dal punto di vista della comunità nella quale l'interprete è inserito, permette di valutare e controllare l'ipotesi posta alla base della decisione. Non può non evidenziarsi, in proposito, che i giudici usano differenti argomenti interpretativi, che danno luogo a specifiche strategie interpretative. Sarebbe opportuno, allora, per esigenze di trasparenza, che gli interpreti esplicitassero i metodi utilizzati, dandone conto in sede di motivazione»); WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 286 («[Anche] le direttive interpretative sono, con alcune eccezioni, dipendenti da valutazioni»).

¹²²¹ Sostiene che la «motivazione rinforzata ha il pregio di collocarsi per così dire a metà strada dall'essere un mero vincolo procedurale e un troppo forte vincolo sostanziale» GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice*, cit., 142, nt. 19. La nostra posizione è più netta rispetto a quella di Galliani, poiché riteniamo che i passaggi argomentativi obbligati costituiscano un vincolo procedurale non eludibile, trattandosi di un percorso valutativo-motivativo che deve essere necessariamente attraversato, ferma restando la libertà di riempire contenutisticamente le questioni argomentative prese in esame a seconda delle peculiarità della vicenda storica.

¹²²² Così, ad esempio, se si parla di «prova scientifica nuova», è necessario passare dai criteri Daubert (recepiti dalla sentenza Cozzini e dalle successive pronunce che, in materia, hanno raffinato questo tipo di accertamento). Allo stesso modo, per distinguere se l'elemento soggettivo configurabile possa rientrare entro la categoria del dolo eventuale piuttosto che in quella della colpa cosciente, bisogna confrontarsi quantomeno con i parametri Thyssenkrupp. Ancora, se si ricerca il dolo di bancarotta fraudolenta, occorre fare altresì riferimento agli indici Sgaramella. Ove, invece, si intenda accertare la sussistenza dell'imputabilità al momento del fatto, tra gli altri apprezzamenti da compiere, una verifica necessaria è quella relativa agli indicatori di coscienza (rinvenibili in quegli elementi sintomatici di disturbi

Altro discorso, infatti, è quello che attiene al riempimento contenutistico degli argomenti rinforzati che costituiscono gli step obbligati, ma che tali argomenti si debbano affrontare – si ripete: con la libertà di trarne le motivate conclusioni decisorie che si ritengono le più attaggiate al caso concreto – non è qualcosa che si possa omettere di fare nell'*iter* procedurale.

Dagli argomenti rinforzati, ove presenti, occorre gioco-forza passare: come – ci sia consentito il paragone spicciolo – bisogna passare dal casello autostradale se si vuol (regolarmente) entrare in autostrada¹²²³. Non residuano, in quest'ottica, spazi flessibili o zone di esonero: su quei profili argomentativi ci si deve soffermare e, successivamente, *reddere rationem* della valutazione che si è al riguardo compiuta.

Questo è ciò che richiede l'onere motivativo rinforzato: niente di più, niente di meno.

IV.1. QUALCHE INTERROGATIVO E QUALCHE RISPOSTA

Nel tentativo di configurare le linee portanti della motivazione rafforzata, che riteniamo rappresentare un istituto paradigmatico del tempo presente, oltre a quanto già si è scritto, ci pare opportuno fornire qualche breve risposta ad alcune possibili domande relative alla natura e alle caratteristiche di questo fenomeno giuridico.

Si tratta di interrogativi che ci siamo posti nell'analisi del peculiare metodo di giudizio e di giustificazione in cui consiste la motivazione rafforzata. A tali interrogativi abbiamo riservato, per la loro utilità e rilevanza nell'economia del presente lavoro, uno spazio a sé stante.

1) *Ratio dell'istituto. Quando occorrono i “vincoli di argomentazione (e di giudizio)”?* *Quando si deve, cioè, motivare rafforzatamente?*

È necessario adempiere un onere motivazionale rinforzato quando l'ordinamento intende apprestare una tutela effettiva e particolarmente stringente – al punto da scansionare il ragionare decisorio entro tappe argomentative ineludibili – a una determinata situazione giuridicamente rilevante, che altrimenti rischierebbe di essere garantita soltanto in apparenza o, addirittura, non garantita affatto¹²²⁴.

mentali, secondo quanto insegnato dalle ancora attuali Sezioni Unite Raso). E così via, per le diverse tipologie d'accertamento nell'ambito delle quali è possibile – *recte*: è (auspicabile che venga imposto o che s'imponga come) necessario – sviluppare il giudizio e la sua giustificazione a tappe obbligate, concernenti profili salienti e ineludibili della fattispecie in esame (v. *infra*: cap. IV, par. II).

¹²²³ Il paragone, già misero di suo, è inteso limitatamente ed esclusivamente in rapporto al passaggio obbligato dal casello, restando esclusa dal nostro accostamento qualsivoglia altra considerazione al riguardo (es. il viaggio da compiere, una volta entrati in autostrada; l'esistenza di diverse corsie, già all'ingresso [es. telepass]; ecc. ecc.), poiché, diffondendosi e protraendosi in questo spicciolo richiamo, il rischio è quello di deformare quel che – con un'immagine “terra terra” – vogliamo dire.

¹²²⁴ Con la motivazione rafforzata si pongono vincoli argomentativi (e di giudizio) a tutela di una situazione giuridicamente rilevante in un'accezione diversificata a seconda della fattispecie interessata. In alcuni casi, ad esempio, non si fa altro che rafforzare una tutela – generalmente, legislativa – già esistente: in questo senso, diciamo che si

Se si ha riguardo alle varie ipotesi in cui occorre motivare rafforzatamente, è possibile accorgersi che un simile sforzo argomentativo-decisionale – sia in termini di valutazione sia in termini di giustificazione – è richiesto laddove si voglia dare importanza a uno specifico profilo o aspetto giuridico della fattispecie (*lato sensu* intesa) e, al contempo, se ne voglia assicurare la compiuta manifestazione pratica.

Si rafforza la trattazione di uno o più punti argomentativi della fattispecie da applicare quando ci si accorge che serve “qualcosa in più” affinché la stessa sia attuata effettivamente o pienamente. Questo “qualcosa in più”, che giustifica la disamina rinforzata della fattispecie può rinvenirsi, in base al settore di riferimento, o in diritti – specie se di rango costituzionale – o in interessi legittimi o, ancora, in aspettative prasseologiche validamente formatesi e consolidatesi¹²²⁵.

Sono queste situazioni giuridicamente rilevanti che l’ordinamento può impegnarsi a tutelare (*i.e.* diritti, interessi legittimi, aspettative prasseologiche) che offrono la copertura, legale o para-legale, all’obbligo di motivazione rafforzata¹²²⁶.

intende evitare il rischio di una tutela soltanto apparente, essendo tale situazione già tutelata legislativamente. In altri casi, invece, si dà luogo a una forma di tutela propriamente nuova, che garantisce una situazione giuridica prima nient’affatto garantita: e, in questa prospettiva, si riconoscono – appunto *ex novo* – situazioni e interessi giuridicamente rilevanti emergenti a livello ordinamentale.

¹²²⁵ Se, ad esempio, il giudice intende disporre la custodia cautelare in carcere, è necessario che motivi espressamente perché non è possibile rispondere alle esigenze cautelari con la più tenue misura degli arresti domiciliari, con o senza braccialetto elettronico. Essendovi in gioco la libertà personale e la presunzione di innocenza, peraltro in rapporto (non all’accertamento sulla responsabilità per il fatto-reato, ma) all’accertamento cautelare, l’ordinamento pretende che – al di là delle esigenze di tutela ordinamentale – la lesione dei diritti e delle garanzie del soggetto sottoposto alle indagini (o dell’imputato) sia la più lieve possibile: proporzionata, adeguata e graduata. In una prospettiva di *favor rei*, s’impone all’autorità giudiziale – ove decida di ordinare la carcerazione – di motivare rafforzatamente il seguente specifico profilo argomentativo: perché la detenzione carceraria non può essere evitata con la restrizione domiciliare? Ancora: se, ad esempio, il cittadino che ha il porto d’armi vede rinnovata la propria licenza ogni volta che avanza la relativa richiesta, nel momento in cui – dopo una serie di rinnovi – l’Amministrazione intende negargli l’ulteriore rinnovo, allora questa è tenuta a motivare rafforzatamente su tale profilo argomentativo: ossia, sul perché, nonostante abbia finora rinnovato la licenza, stavolta non proceda al suo rinnovo. Tale cautela decisionale e specificità argomentativo-motivazionale sono richieste in quanto si è creato, nel cittadino, un interesse legittimo o comunque una legittima aspettativa di vedersi rinnovato il porto d’armi. Similmente, si crea una legittima aspettativa – ma non un interesse legittimo – nel non vedersi abbattere il manufatto abusivo in mancanza di una motivazione rafforzata del provvedimento che dispone tale abbattimento, laddove l’Amministrazione, che già ieri era a conoscenza dell’esistenza dell’opera, in precedenza nulla aveva detto al riguardo e non ne aveva ordinato la demolizione. A quest’ultimo riguardo, la tematica si correla alla certezza/prevedibilità del diritto: situazione giuridicamente rilevante che l’ordinamento – come si vedrà (cap. IV, § II) – tutela altresì con un apposito modulo motivativo rinforzato attinente all’*overruling* giurisprudenziale. In via generale, infatti, se la giurisprudenza (civile, penale, amministrativa, tributaria ecc.) mantiene per anni un orientamento costante su una certa materia, per distaccarsene è necessario che rispetto a tale orientamento – a maggior ragione, se consolidato dalle Sezioni unite – si adducano decisivi argomenti contrari, essendo altrimenti ragionevole attendersi all’indirizzo costante ci si attenga, salvo *distinguishing*, anche nel caso di specie.

¹²²⁶ Di queste situazioni giuridicamente rilevanti l’obbligo di motivazione rafforzata rappresenta uno degli strumenti possibili a cui, ove possibile (*i.e.* nei limiti della compatibilità con i tratti di tale istituto), l’ordinamento può far ricorso. Ai diritti, agli interessi legittimi, alle aspettative prasseologiche e *tout court* alle pretese di giuridica rilevanza si può invero apprestare tutela anche – e già in via preventiva, ad esempio – con ulteriori e diverse forme di garanzia.

In pratica, può accadere che, a livello ordinamentale e con una particolare sensibilità¹²²⁷, si colga e si registri l'emersione di un 'interesse' (meglio: di una situazione di interesse giuridico)¹²²⁸ o la sua più incisiva affermazione. A tale riconoscimento fa poi seguito una risposta dell'ordinamento in termini di tutela, tesa a soddisfare i nuovi bisogni emergenti dalla situazione d'interesse previamente individuata. La tutela giuridica con la quale garantire tale situazione giuridicamente rilevante è una tutela che può essere concepita *ex novo* o, più semplicemente, che può consistere nell'affinare e rinsaldare ulteriormente forme di tutela già esistenti.

Questo processo riconoscitivo-affermativo della situazione giuridicamente rilevante meritevole di tutela avviene solitamente all'esito di un'evoluzione storico-sociale che il giurista – nelle vesti di legislatore, magistrato, avvocato, accademico ecc. – recepisce ed elabora, adattandola al mondo del diritto e alle sue categorie¹²²⁹.

Nelle ipotesi, che qui ci interessano, ovverosia quella in cui si richieda o si scelga¹²³⁰ di adottare l'obbligo di motivazione rafforzata come forma di garanzia di tali particolari situazioni d'interesse¹²³¹, viene per l'appunto a delinearsi – per certi aspetti o profili argomentativi specifici

¹²²⁷ Parla di «settori sensibili» in cui prospettare una motivazione rafforzata, riportando l'esempio della «motivazione rafforzata sulla scienza», CONTI C., *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese*, cit.

¹²²⁸ La nozione di "interesse" è qui da intendersi in senso lato, comprensiva cioè di ogni situazione o posizione che l'ordinamento considera – meglio: riconosce come – giuridicamente rilevante.

¹²²⁹ Sull'origine del fenomeno – cioè, circa l'individuazione del momento esatto in cui l'interesse emerge e, soprattutto, viene riconosciuto dall'ordinamento, assumendo così rilevanza giuridica – non è possibile stabilire nulla di certo, né – a ben vedere – è auspicabile che si fissino rigide regole di emersione e di riconoscimento di situazioni giuridicamente rilevanti. Finanche – specialmente? – lo stesso intervento legislativo afferma, recependolo, qualcosa che è già nell'aria. E allora, come scrive LENTANO M., *Il re che parlava alle ninfe. Miti e storie di Numa Pompilio*, Pisa, 2019, 109, può riconoscersi che, in *quasi* ogni circostanza, per l'essere umano «l'origine è qualcosa che si postula, ma non si conosce». La problematica sulla genesi dell'interesse o situazione emergente è, dunque, soltanto ipotizzabile come più o meno plausibile nel suo verificarsi: non si tratta, pertanto, di una questione risolvibile *ex ante*, ma soltanto apprezzabile *ex post*, una volta che l'interesse abbia iniziato a manifestarsi. Siamo dinanzi a un evento ordinamentale carsico, che coinvolge ogni giurista che si interessa dello studio teorico-pratico del diritto. In questa prospettiva e per quanto qui d'interesse, è possibile sostenere che – nel momento in cui si impone di adottare una tutela motivazionale rinforzata nei confronti di una data situazione storico-sociale – la stessa motivazione rafforzata, ove questa garantisca una posizione d'interesse in precedenza non tutelata dall'ordinamento, costituisce il momento in cui si attribuisce, per la prima volta, rilevanza giuridica al fenomeno. In tal senso, sebbene non possa instaurarsi un legame di inscindibile consequenzialità, è significativo che al fioccare di nuove problematiche, portatrici di situazioni giuridicamente rilevanti in seno al processo, si vadano espandendo nuove tipologie di motivazione rafforzata (come forma di risposta a tali problematiche e di tutela a tali situazioni giuridicamente rilevanti).

¹²³⁰ La distinzione tra "richiesta" e "scelta" si lega al soggetto che agisce. Nell'ambito del processo penale, ad esempio, le parti possono richiedere l'adozione di una motivazione rafforzata relativamente a un determinato aspetto argomentativo o profilo accertativo saliente della fattispecie, mentre il giudice sceglie se, effettivamente, adottare o meno tale *format* motivazionale. In ogni caso, ove un onere motivativo rinforzato sia definito *ex lege* (sia pure non *expressis verbis*, al momento, ma solo nella sostanza) oppure prasseologicamente, allora la scelta giudiziale è vincolata alla sua ottemperanza, fatto salvo – altrimenti – l'incorrere nelle relative sanzioni previste.

¹²³¹ In un'ottica comparatistica, ci pare inquadrabile entro il paradigma del rafforzamento motivazionale (*i.e.* del metodo di giudizio e di giustificazione rafforzato di cui si va parlando) la riforma del modo di redigere le sentenze da parte della Corte di cassazione francese, laddove si richiede di adottare una "motivation enrichie" in alcuni specifici casi. Questi casi, putacaso, coincidono con le ipotesi in cui, anche all'interno del nostro ordinamento, si è delineato o va

della fattispecie (*i.e.* quelli critici, che abbisognano di una protezione rinforzata, perché per l'appunto celano dietro di loro una di queste situazioni emergenti e meritevoli di tutela) – uno schema di ragionamento strutturato a tappe obbligate; ad esser precisi: a tappa obbligata unica oppure a plurime tappe obbligate plurime, a seconda della fattispecie.

In questi casi, nella pur sempre libera selezione degli argomenti utili da addurre a sostegno delle proprie ragioni o decisioni, non si può evitare di prendere in considerazione – inserendoli tra gli

delineandosi un onere motivazionale rinforzato (ovverosia: *revirements* giurisprudenziali; questioni giuridiche di principio inerenti ai diritti fondamentali; controllo di proporzionalità; rilevanza della pronuncia ai fini dell'unificazione della giurisprudenza o per lo sviluppo del diritto). Sul punto, v. la *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, cit., *passim*. (in part. 5-28), nonché le parole di Bertrand Louvel, allora Primo Presidente della Corte di cassazione francese (LOUVEL B., *Ouverture des travaux de la commission de réflexion sur la motivation*, in www.courdecassation.fr, 14 settembre 2015): « Le citoyen, plus qu'hier, accepte mal de se voir imposer des solutions juridiques qu'il ne comprend pas. Il importe donc que la justice explique ses décisions. Loin est enfin le temps où les structures de la société, les frontières de la communication et les données de la technique offraient une stabilité telle que la justice comme le législateur pouvaient se dispenser de réinterroger sans cesse la pertinence d'une solution au regard des évolutions économiques et sociales. Alors que le juge, premier garant de l'effectivité des libertés, voit son office s'accroître, il ne peut plus se dispenser d'opérer son choix entre les diverses interprétations possibles du droit sans s'en expliquer en envisageant, au terme d'une approche pluridisciplinaire, l'ensemble des impacts de sa décision. S'il ne le fait lui-même, le citoyen y pourvoit et ne se prive pas de critiquer l'imprévoyance ou l'aveuglement du juge. En but à ces mutations, la Cour de cassation, habituée aux formules lapidaires du légalisme, est restée, de l'avis de beaucoup de commentateurs, dans le mode de l'affirmation, disant le droit plus qu'elle ne le justifie en expliquant la légitimité des solutions qui en découlent. La Cour est ainsi logiquement soumise à une demande de motivation plus développée des arrêts et des avis qu'elle rend. Beaucoup attendent d'elle en particulier qu'elle explicite la part du raisonnement proprement juridique entrant dans la décision et celle des données techniques, économiques et sociales qui l'ont déterminée ; qu'elle enrichisse ses motifs de considérations plus développées sur le contexte, nécessaires à l'appréciation de la proportion ou de la disproportion des effets d'un texte sur une situation intéressant un droit ou une liberté fondamentale. Face aux appréhensions qu'il peut y avoir à accroître ainsi le rôle de la création prétorienne, à s'affranchir en apparence du principe légaliste que nous a légué notre tradition nationale, il y a là un défi majeur auquel est confrontée notre Cour dont l'autorité et le prestige traditionnels risqueraient, à défaut de s'adapter, d'être supplantés par ceux que d'autres, plus jeunes, ont entrepris de conquérir par eux-mêmes. Ceci dit, l'assimilation entière du contrôle des droits fondamentaux est un motif nouveau pour la Cour de s'interroger sur la motivation de ses décisions qui, certes, vient donner une justification décisive à notre démarche. Mais, la réflexion que nous entreprenons sur la motivation des arrêts a déjà été appelée dans le passé pour d'autres motifs ». Nell'ambito del medesimo progetto di riforma, poi concretamente sviluppatosi, si veda ancora quanto affermato da DEUMIER P., *Motivtion des arrêts de la Cour de cassation: conférence du professeur Deumier. Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, in www.courdecassation.fr, 14 settembre 2015 (corsivi nostri) circa “la gradation des arrêts”: « La question n'est pas la plus difficile. A l'évidence, il est difficile d'imaginer que la Cour de cassation pourrait rendre chaque année des milliers d'arrêts longuement motivés. Dès lors, et sauf à restreindre l'accès au juge de cassation, *l'enrichissement d'une motivation s'accompagne* “d'une sélection drastique des affaires méritant des développements particuliers”. Le lien entre longueur de la motivation et *importance/difficulté de l'affaire* est bien connu et largement pratiqué par la Cour de cassation mais uniquement dans un sens, celui qui allège la motivation pour les affaires les plus simples. L'implication inverse, qui voudrait *que l'on enrichisse la motivation pour les affaires les plus importantes*, ne semble pour l'heure pas avoir beaucoup intéressé la Cour de cassation, au-delà la formulation lapidaire d'un attendu de principe. Il serait pourtant possible d'enrichir la palette existante (non motivation, motivation tampon, motivation normale) par une motivation enrichie pour les affaires les plus importantes. Les arrêts dont l'effet portera au-delà du cas devraient penser leur motivation au-delà du cas, pour les juristes appelés à manier la norme nouvelle. Si les explications supplémentaires ne concernent donc qu'un faible nombre d'arrêts, la modification du style est susceptible d'avoir une portée plus générale». Al riguardo, v. anche POSENATO N., *Lo stile delle sentenze*, cit., 85.

argomenti da vagliare – anche, e in specie, quegli argomenti relativi a questi aspetti e profili critici che si intende rinforzare.

Non si può, per l'esattezza, eludere di confrontarsi – come abbiamo detto – con questi argomenti rinforzati, valutando – prima – e giustificando – poi – la trattazione delle problematiche di cui essi sono portatori. Peraltro, la loro disamina è tenuta ad esercitarsi alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, i quali orientano – dandole una *direzione procedurale* – la decisione¹²³².

Si tratta di aspetti o profili che possiamo definire non 'comuni' ma 'critici' – cioè, particolarmente problematici – della fattispecie, i quali celano e sono altresì espressione di un interesse giuridicamente rilevante, ad essi retrostante, che necessita di una forma di tutela effettiva.

Argomenti (ineludibili), piuttosto che elementi (sia pure costitutivi), della fattispecie.

Argomenti che avvincono e avvinghiano l'accertamento alle specificità fattuali dell'accadimento storico, perché possono essere svolti e risolti soltanto tramite le informazioni emergenti dalla vicenda concreta (e non invece con ragionamenti stereotipati, generalizzati e astratti)¹²³³.

¹²³² Per il "vincolo direzionale" che, in punto di argomentazione (valutativa e giustificativa), discende dall'onere di motivazione rafforzata, ci pare che un simile metodo di giudizio possa accostarsi, almeno nei suoi tratti essenziali, all'«argomento di direzione» di cui si parla in PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., 297 ss. Attraverso l'«argomento di direzione» – nel nostro caso: da costruire e differenziare, ovviamente, in conformità alle peculiarità di ogni singola "fattispecie da motivazione rafforzata" – si può infatti «scomporre il perseguimento di un fine in parecchie tappe» (297) e considerare ciascuna tappa come «necessariamente legata a ulteriori sviluppi» (299), nell'ambito di una successione che – in via generale (e al di là dell'argomento di direzione stesso) – soggiace all'idea secondo cui «certi argomenti non possono essere compresi, ammessi, se non se ne conoscono [previamente] certi altri» (516).

¹²³³ Intendiamo dire che l'«argomento da motivazione rafforzata» lega necessariamente al fatto concreto perché non lo si riesce proprio a svolgere se non si fa riferimento a dati storico-materiali. A differenza di altri argomenti, elementi o aspetti della fattispecie, che possono essere pragmaticamente sciolti – per quanto ciò sia illegittimo (e passibile di emenda, in sede di impugnazione) – con giustificazioni generaliste e stereotipate, valide a prescindere dalle peculiarità della vicenda reale, nel caso degli "argomenti rinforzati" questo non è propriamente possibile (o meglio, se avviene – mentre nelle altre circostanze può magari passare sotto-traccia, nel caso della motivazione rafforzata il vizio emerge sicuramente perché – ci se ne rende immediatamente conto, non soltanto percependolo ma effettivamente rilevandolo: *recte*, potendolo effettivamente rilevare *ictu oculi*). L'argomentazione rafforzata non tollera motivazioni pre-fabbricate (come quelle che, in ipotesi patologiche, leggiamo ad esempio a proposito del ragionevole dubbio, ove si ripropone la classica e generica definizione della regola – *rectius*: dello standard – di cui all'art. 533 c.p.p. [in termini: "è possibile condannare quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie in esame non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana"], ma poi non lo si declina nella realtà dell'accadimento che si va giudicando, poiché non si agganciano tali condivisibili affermazioni alle emergenze processuali. Vuoi anche perché l'ampiezza – la vaghezza? – della previsione normativa consente di farlo, accade che ci si arresti alla ricostruzione di principio e si chiosi, tautologicamente, concludendo che si è superato, oppure no, il b.a.r.d.: senza richiamare le prove effettive che attestino tale superamento, oppure il mancato raggiungimento di tale soglia). L'argomentazione rafforzata, si è detto, non tollera motivazioni pre-fabbricate o pre-confezionate perché non ammette di essere adempiuta con affermazioni di principio. Prendiamo, esemplificativamente, la motivazione rafforzata in materia di prova scientifica nuova. Gli step obbligati da

Proviamo a fare un esempio. Perché non si può parlare di motivazione rafforzata nel caso degli “artifici o raggiri” di cui all’art. 640 c.p., mentre si può parlare di onere motivazionale rinforzato nel caso, per disporre la custodia cautelare in carcere, è necessario esplicitare le ragioni per cui non è possibile ordinare gli arresti domiciliari (con o senza braccialetto elettronico)?

In entrambi i casi, si potrebbe affermare, abbiamo delle “tappe obbligate” (per la precisione: un’unica tappa obbligata, consistente in un solo profilo argomentativo saliente). Nell’ipotesi del delitto di truffa, gli artifici o raggiri; nell’ipotesi cautelare, il perché le mura domestiche non siano sufficienti, ma si debba ordinare la restrizione in quelle carcerarie.

Ebbene, nonostante sia indubbio che si tratti, in ambedue le situazioni, di aspetti parimenti essenziali ai fini dell’applicazione delle fattispecie in questione, sussiste quantomeno una differenza che rende una fattispecie soggetta a motivazione rafforzata e l’altra no. La seguente: nel caso degli artifici o raggiri, si è al cospetto di “elementi costitutivi” della fattispecie; nel caso della custodia in carcere, si è dinanzi ad “argomenti (ineludibili)” della fattispecie (in part., di una fattispecie da motivazione rafforzata). E vi è un evidente scarto logico-strutturale tra ciò che costituisce “argomento” e ciò che costituisce “elemento” della fattispecie.

Processualmente parlando, mentre dell’elemento si mira a stabilirne l’esistenza o l’inesistenza (ossia, a constatarne la presenza, o meno, nella realtà così come probatoriamente ricostruita), dell’argomento interessa valutarne la validità o l’invalidità (cioè, la corrispondenza e la coerenza del ragionamento compiuto rispetto a quel tipo di accertamento; il che, di riflesso, si riflette poi anche sulla verifica dell’esistenza, o meno, dell’elemento della fattispecie, giacché è intorno e su di esso che l’argomento si esercita).

attraversare (*i.e.* valutazione e giustificazione – quantomeno – i) del tasso di errore della teoria scientifica, ii) della falsificabilità della teoria scientifica, iii) della sperimentabilità/riproducibilità in laboratorio della teoria scientifica e iv) pubblicazione su riviste scientifiche, nonché grado di condivisione nel mondo degli esperti, della teoria scientifica nuova) non possono essere riempiti con vuote espressioni di stile: il tasso di errore (i), così come la sottoposizione al tentativo di falsificazione (ii) e la sperimentabilità/riproducibilità (iii), nonché la condivisibilità nella comunità degli esperti (iv), non possono non riferirsi a quella specifica teoria scientifica che viene in gioco in quel determinato accertamento. In questo senso gli “argomenti da motivazione rafforzata” vincolano, (forse e con ogni probabilità) più di qualsiasi altro argomento, al fatto storico-concreto e alle sue particolarità. Si pensi, ancora in via esemplificativa, al passaggio motivazionale (*i.e.* valutativo-giustificativo) obbligato che bisogna attraversare nel caso dell’argomentazione rinforzata relativa al captatore informatico: i luoghi che devono essere indicati nel provvedimento che lo autorizza e lo dispone debbono essere specificamente quelli di quella data vicenda concreta. Ancora, l’onere motivativo rinforzato per la pronuncia di primo grado che si intende ribaltare in appello: gli argomenti da vagliare e sui quali motivare rinforzatamente non possono essere altri che quelli impiegati dal giudice di prime cure per giustificare il provvedimento impugnato (da riportare, s’intende, con il panorama probatorio di riferimento, eventualmente integrato ai sensi dell’art. 603 c.p.p.). E così via per gli altri prototipi o moduli di motivazione rafforzata, ognuno dei quali – salvo eccezioni (es. motivazione rafforzata in tema di *outruling*: qui facendosi, il discorso giuridico, in larga parte prettamente astratto) – rende assai più difficile, se non impraticabile, allontanarsi dalla fattualità e dalle specifiche caratteristiche dell’accadimento storico.

Inoltre, si può ancora rilevare che dietro alla problematica applicativa che sollevano gli artifici o raggiri non si nasconde nulla, se non la loro constatazione materiale: non vi sono interessi, né posizioni, né diritti o altre situazioni giuridiche di rilievo, oltre – lo si ripete – alla tipicità legale di cui si fa espressione l'elemento della fattispecie, in cui totalmente si consumano gli artifici o raggiri. Diversamente, il problema argomentativo-applicativo che pone l'alternativa tra custodia cautelare in carcere e arresti domiciliari (con o senza braccialetto elettronico) non è affatto assorbito del tutto dall'argomento in questione. Nello svolgimento di tale argomento emergono interessi giuridicamente rilevanti che stanno oltre e che restano fuori di esso (anzi, che tramite di esso cercano di acquisire/trovar voce nel processo): interessi i quali, in questo caso specifico, richiedono¹²³⁴ un ragionamento articolato che – orientandosi sulla scorta del criterio di gradualità – spieghi *apertis verbis* perché, rispetto alla carcerazione, non è idoneo l'arresto domiciliare.

Per quanto, nonostante l'esemplificazione, la *ratio* che sorregge l'onere di motivazione rafforzata possa apparire teoricamente fumosa e, pertanto, difficilmente governabile/compendiabile in astratto, viceversa, a livello concreto, l'affermarsi e l'attuarsi di questo metodo motivazionale si mostra agevole e funzionale, tant'è che al proliferare di situazioni e interessi giuridicamente rilevanti, quasi di pari passo e nei limiti della compatibilità – per tali situazioni e interessi – di essere declinati secondo la metodica *de qua*, proliferano “fattispecie da motivazione rafforzata”, cui corrispondono i confacenti moduli o modelli logico-argomentativi a tappe obbligate¹²³⁵.

In ogni caso, posto che da un lato «abbiamo molto da guadagnare se applichiamo il nostro modello in maniera non troppo rigida»¹²³⁶, nondimeno dall'altro lato bisogna fare attenzione a non

¹²³⁴ Gli interessi giuridicamente rilevanti retrostanti al problema argomentativo-applicativo che pone l'alternativa tra custodia cautelare in carcere e arresti domiciliari (con o senza braccialetto elettronico), dopo essere stati – per lungo tempo – fatti valere soltanto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, hanno finalmente ricevuto esplicito riconoscimento legislativo; e oggi si appuntano – in una logica di “sussidiarietà” (cfr. NEGRI D., *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 33) – nel combinato disposto di cui agli artt. 292, co. 2 lett. c-bis) e 275, co. 3-bis c.p.p.

¹²³⁵ L'emersione delle fattispecie da motivazione rafforzata come frutto di un movimento carsico dell'intero ordinamento giuridico (v./cfr. nt. 1208) si pone in linea con quanto osservato da Damiano Canale e Giovanni Tuzet circa l'emergere dei fenomeni argomentativi. Invero, osservano Canale e Tuzet che «gli argomenti interpretativi sono generalmente definiti dalla prassi, dalla dottrina e dalla scienza giuridica lungo un processo di elaborazione secolare» (CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 70). Si tratta di una corrispondenza che si regge sul fatto che, per l'appunto, i fenomeni argomentativi sono l'essenza della metodica di giudizio e di giustificazione *de qua*. L'onere di motivazione rafforzata, lo si è detto, si realizza nel porre a carico del giudicante l'onere di valutare – prima – e di giustificare – poi – l'apprezzamento di merito compiuto a proposito di alcuni determinati e ineludibili argomenti: argomenti (da motivazione rafforzata, giacché) caratterizzati dal fatto di essere orientati, nella loro concretizzazione, da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente. E allora si spiega perché le modalità di affermazione delle fattispecie da motivazione rafforzata (costituite, appunto, da argomenti anch'essi rinforzati) corrispondano alle modalità di affermazione degli argomenti *tout court* (cioè: non solo da motivazione rafforzata, ma degli argomenti in generale).

¹²³⁶ Trasponiamo le parole di KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 146. Cfr. FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions*, cit., 131: «To evaluate legal argumentation in an adequate way, an *evaluation*

allargarne eccessivamente le maglie, estendendone ad esempio a dismisura – senza attenersi a un’unitaria *ratio* di fondo – l’ambito operativo della motivazione rafforzata. Il solo fatto che si ritenga importante motivare un certo profilo o aspetto argomentativo della fattispecie non è di per sé sufficiente a determinare un onere giustificativo rinforzato, giacché per imporre un simile impegno logico-argomentativo è indispensabile i) che vi sia uno specifico e ben individuato – perciò non generico, né onnicomprensivo – interesse giuridicamente rilevante al quale occorre prestare tutela effettiva e ii) che vi sia almeno un argomento o che vi siano più argomenti, concernenti profili salienti della fattispecie in esame, da declinare alla luce di preesistenti parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente.

2) *Generazione dell’istituto. Da chi e in che modo sono stabilite le c.d. “tappe obbligate”?*

Dal momento che l’emersione di situazioni (o interessi) giuridicamente rilevanti è un fenomeno carsico, esito di un processo di evoluzione storica e giuridico-sociale non preconizzabile, che fatalmente coinvolge tutti i protagonisti dell’ordinamento giuridico¹²³⁷, alla domanda “da chi e in che modo sono stabilite le c.d. “tappe obbligate” che caratterizzano l’obbligo motivazionale rinforzato?”, si può rispondere dicendo che tale opera è il frutto alle volte del legislatore¹²³⁸, talaltre

model should be developed that may be used as a *critical* tool to establish whether the argumentation is acceptable. In the model, it should be specified how common starting points and evaluation standards are to be used. For the use of common starting points, it should be specified for various legal fields which statements can be used as an argument in a legal justification. [...] Because the correct application of an argumentation scheme depends on the question whether certain critical questions can be answered positively, the relevant critical questions must be formulated for the various argumentation schemes». Cfr. altresì ALEXY R., *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., 194: «Nelle diverse forme di argomento non si tratta di regole. Esse non indicano cosa [a livello contenutistico, aggiungiamo noi] sia condizionatamente o incondizionatamente da fare o da perseguire. D’altra parte, esse sono più che meri punti di vista o prospettive di ricerca. Esse devono essere prima di tutto indicate come – per usare un concetto di Perelman – schemi di argomenti (“*schémes d’arguments*”). Si tratta di schemi di proposizioni di forma determinata, per cui una proposizione di forma determinata può seguire logicamente oppure può giustificarsi secondo una regola presupposta. Per questa ragione vengono detti “forme argomentative”. Come forme di argomento, i canoni individuano la struttura dell’argomentare giuridico. Un’ampia analisi di tutte le possibili forme di argomento del discorso giuridico fornirebbe allora qualcosa come una grammatica dell’argomentazione giuridica. In tal modo, per proseguire nell’analogia, non si direbbe certo ancora nulla su cosa si deve [contenutisticamente] dire con i mezzi forniti dal linguaggio che segue questa grammatica. Si indicherebbe però come può [*recte*: deve, nel nostro caso] procedersi per pervenire a un risultato razionale» che risulti, peraltro, più agilmente/agevolmente controllabile.

¹²³⁷ In ciò rispecchiando la genesi più intima ed essenziale del Diritto, il quale – come ricorda GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 26 – «nasce negli strati profondi della società», in ciò manifestando la propria “dimensione storica” (da intendersi come «continuo intrinsecarsi del diritto coi valori interessi fatti, di cui è intessuta la società; anzi, di più: la inseparabilità da questi, proprio perché il diritto, solo in astruse e sterili discettazioni, è una nuvola che galleggia alta sul divenire sociale» [79]).

¹²³⁸ Precisiamo che, almeno per adesso, in ambito penale il legislatore non ha mai parlato espressamente di “motivazione rafforzata”. Di “motivazione rafforzata”, in ambito penale, hanno parlato espressamente soltanto la giurisprudenza e la dottrina. In ogni caso, vi sono alcune formulazioni legislative che richiamano concettualmente un obbligo motivazionale rinforzato, come ad esempio il più volte citato combinato disposto di cui agli artt. 292, co. 2 lett. c-bis) c.p.p. e 275, co. 3-bis c.p.p.

della giurisprudenza¹²³⁹ (nonché delle parti processuali) e talvolta ancora della dottrina e dei giuristi *tout court*.

Le modalità con le quali si stabiliscono le tappe obbligate – costituite dagli argomenti concernenti i profili salienti quella specifica fattispecie da motivazione rafforzata – corrispondono alle modalità operative dei soggetti che le istituiscono (legislatore: procedimento legislativo) oppure le prevedono di fatto (giurisprudenza: c.d. “diritto vivente”) o le prospettano, richiedendone poi la configurazione in termini di legge o l’applicazione pratica in giudizio (parti processuali; dottrina; giuristi in genere).

Così, i “vincoli argomentativi (e di giudizio)” possono venir elaborati tanto per via legislativa (disposizioni normative¹²⁴⁰) quanto per via dottrinale e giurisprudenziale (ricostruzioni teorico-pratiche¹²⁴¹ ‘consolidate’¹²⁴²).

¹²³⁹ In questo caso, peraltro, si è al cospetto di uno di quei luoghi sistematici in cui – riprendendo le parole spese da PALAZZO F., *Un limite o un sostegno per le procure della Repubblica?*, in www.sistemapenale.it, 7 ottobre 2020, 3-4, con riferimento alla mancanza di vincolatività di istituti e strumenti operativi quali l’art. 618, co. 1-*bis* c.p.p. e i “documenti di indirizzo” del Procuratore Generale presso la Cassazione – può dirsi che «le decisioni interpretative sono sempre il risultato di una formazione progressiva, collettiva, dialettica e culturale».

¹²⁴⁰ Riferendosi al momento interpretativo, si esprime a favore della legalità del metodo (e dell’esistenza di parametri e criteri orientativi definiti dal legislatore IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 76-77: «Noi non sappiamo – e forse neppure ci interessa – sapere se esiste un significato oggettivo di una norma, come una idea platonica o il noumeno kantiano. Quello che sappiamo è che – attraverso l’interpretazione – si tratta di portare la norma – come dicevano i commentatori medievali – *de obscuro in lucem*. Quel che sappiamo è che – come per il fatto – così per il diritto ci vuole un metodo legale per interpretare. È questo metodo la vera garanzia che abbiamo contro l’arbitrio del giudice. Senza un metodo non ci sono alternative: o c’è l’anarchia dei giudici o la dittatura della Cassazione. Non basta l’obbligo di motivare. Finché i criteri ermeneutici sono visti come una sorta di cassetta degli attrezzi con cui si può montare o smontare, tagliare o legare, avvitare o svitare, alla fine tutto si può – bene o male – motivare. Così la motivazione è la beffa che il giudice fa al legislatore. Una motivazione ha senso e può creare consenso solo se segue un metodo oggettivo, condiviso. In una parola: legale. Non bastano gli strumenti, ci vuole un metodo. Altrimenti è anarchia. L’interpretazione esatta è ottenuta applicando correttamente un metodo legale di interpretazione. [...] Il metodo legale fissa la correttezza. La correttezza porta alla verità processuale nel fatto e nel diritto. Il legislatore questo l’ha capito da tempo. E ha cercato di *rafforzare l’obbligo di motivazione*, delineando un metodo di conoscenza, sia del fatto sia del diritto. C’è un metodo legale di prova del fatto. C’è un metodo legale di prova del diritto. Per il fatto il metodo legale si rinviene nell’art. 192 c.p.p. Per il diritto il suo equivalente è l’art. 12 delle preleggi». A fronte dei due metodi legali di interpretazione individuati da Iacoviello (*i.e.* art. 192 c.p.p., per il fatto; art. 12 preleggi, per il diritto), a nostro parere, avuto riguardo all’obbligo motivazionale rinforzato (il quale ruota intorno – più specificamente – al momento argomentativo), si può osservare che esistono in realtà tanti metodi di approccio della fattispecie quante sono le problematiche trattabili con tale tecnica valutativo-motivativa a tappe obbligate, in virtù della quale il ragionamento giuridico – in una sua parte – si scompone in passaggi argomentativi obbligati, da concretizzare alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, utili a risolvere la questione critica (o le questioni critiche) di rilievo, che solitamente si manifesta(n) nell’applicazione di quella determinata fattispecie.

¹²⁴¹ Cfr. MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 51-52: «Considerata sotto il profilo della funzione euristica, la dogmatica, intesa come insieme di concetti teorici e di formule tecnicizzate accumulati dalla riflessione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale, forma il nucleo specificamente giuridico della ‘precomprensione’ del giurista, in cui consiste la condizione ontologica fondamentale della conoscenza ermeneutica. [...] Le deduzioni dai concetti dogmatici non hanno la stringenza delle dimostrazioni assiomatiche, ma servono a introdurre nella riflessione punti di vista già *consolidati* nel sistema. Esse devono essere vagliate criticamente col metodo del confronto dialettico con altre soluzioni possibili argomentate da punti di vista diversi, che immettono nel sistema nuove informazioni e

3) Perché soltanto per certe fattispecie si prevede un onere motivazionale rinforzato?

Perché soltanto con riferimento a determinate fattispecie (fattuali o giuridiche, sostanziali o processuali) emergono problematiche che possono essere scomposte in uno o più step argomentativi obbligati e trattate secondo parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente¹²⁴³. In mancanza di tale tipologia di problematiche, non si dà motivazione rafforzata. E non tutte le fattispecie, evidentemente, manifestano argomenti valutabili e giustificabili in questi termini.

4) I “vincoli di argomentazione (e di giudizio)” si riflettono sull’estetica del provvedimento?

I vincoli di argomentazione (e di giudizio) si riflettono, in maniera più o meno incisiva, sulla forma estetica del provvedimento, sebbene tale incidenza non sia il punto cruciale dell’onere motivazionale rinforzato, ma – appunto – soltanto un suo riflesso.

fanno valere nuove esigenze». È indubbiamente vero che, «accanto al pluralismo dei valori, l’epoca presente registra anche una grande varietà dei metodi teorizzati e praticati all’interno della cosiddetta ‘comunità dell’interpretazione giuridica’» (D’AMICO G., *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, 2019, 67). Tuttavia, vi sono situazioni in cui le varie posizioni trovano una – sia pur temporanea – forma di composizione e consolidamento. Difatti, come rileva VILLA V., *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, 2016, 54, «il disaccordo [interpretativo] può forse essere considerato – temporaneamente – chiuso nella misura in cui riescano a condensarsi, all’interno di una determinata cultura giuridica, atteggiamenti interpretativi, stili argomentativi, prospettive etico-politiche di sfondo largamente condivise. Per inciso questo è, secondo me, il modo più realistico in cui oggi può essere inteso, nel contesto degli Stati di diritto costituzionali, l’ideale limite della certezza del diritto».

¹²⁴² Il carattere “consolidato” di un fenomeno giuridico è «un connotato non sempre di immediata evidenza»; e, com’è stato scritto a proposito dell’individuazione di «un orientamento costantemente seguito dalla Corte [europea]», l’esistenza di un’interpretazione consolidata potrebbe essere riconosciuta «sulla base di indici quali il tasso di ‘creatività’ dei principi affermati, i ‘punti di distinguo’ o di ‘contrasto’ con altre pronunce della Corte, la ricorrenza di opinioni dissenzienti e l’avallo o no della decisione da parte della Grande Camera» (CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 72, richiamando Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49).

¹²⁴³ Gli argomenti, orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, sono assimilabili (anche se hanno una portata ordinamentale assai più ridotta) ai «paradigmi condivisi dalla comunità scientifica [*lato sensu* intesa]», la quale si impegna «a osservare le stesse regole e gli stessi modelli» nell’esercizio della propria attività, sospinta dal «mantenimento di una particolare tradizione» giuridica (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 30). In particolare, «una delle cose che una comunità scientifica acquista con un paradigma è un criterio per scegliere i problemi che, nel tempo in cui si accetta il paradigma, sono ritenuti solubili», nonché la determinazione di «regole che delimitano la natura delle soluzioni accettabili come anche i passaggi attraverso i quali si devono ottenere tali soluzioni» (KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 58 e 60). *Mutatis mutandis*, come si è già detto, le considerazioni di Kuhn relative ai paradigmi scientifici ci paiono applicabili anche al mondo del diritto, cioè alla scienza giuridica. Nel caso della motivazione rafforzata, quindi, gli argomenti rinforzati e i parametri e criteri orientativi di riferimento, in quanto emergenti dal magma della realtà giuridica (legislativa, giurisprudenziale, dottrinale), rappresentano – di fatto – le “regole paradigmatiche” che la comunità dei giuristi condivide in un dato frangente storico (e, viene da aggiungere, sociale). Prendiamo i criteri Daubert-Cozzini per l’apprezzamento della scienza nuova all’interno del processo penale: si tratta di parametri che ieri non esistevano e che oggi, invece, possono considerarsi stabili (dunque consolidati) e accettati (dunque condivisi).

L'impianto logico-strutturale e quello estetico-redazionale del provvedimento, seppur connessi, restano invero comunque distinti¹²⁴⁴. La giustificazione argomentata dell'attraversamento valutativo degli step obbligati può comportare, ad esempio, che il contenuto della pronuncia si arricchisca esteticamente di paragrafi puntualmente dedicati al vaglio di questi specifici profili argomentativi; ma non è detto – e non è neppure essenziale – che ciò avvenga.

Quel che più importa, infatti, è che nella parte motiva del provvedimento, a prescindere dal suo aspetto grafico o stilistico¹²⁴⁵, compaia l'esplicita trattazione degli argomenti rinforzati che, in rapporto a quella data fattispecie, debbono essere imprescindibilmente presi in esame. È fondamentale, insomma, che il giudice dia manifestamente conto del fatto che la decisione sia stata presa dopo il vaglio – tra le altre problematiche emergenti nel corso dell'accertamento – delle problematiche argomentative di cui agli step obbligati. L'atto che si redige, poi, può anche mantenere inalterato lo scheletro formale attualmente previsto dal codice di rito¹²⁴⁶.

Detto questo, a livello di fatto, lo *stilus curiae* è sicuramente in parte influenzato da questa metodica di giudizio e di giustificazione, poiché le tappe obbligate – che segnano una sequenza argomentativa da percorrere – si rispecchiano e si ripercuotono anche sul modo di redigere la parte motiva del provvedimento¹²⁴⁷. Le domande-guida alle quali occorre rispondere progettano, in seno

¹²⁴⁴ Parlando dell'estensione quantitativa della motivazione (profilo estetico-redazionale), IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 314 ricorda ad esempio che «non bisogna confondere la complessità della struttura argomentativa con la sua lunghezza espositiva».

¹²⁴⁵ L'aspetto grafico o stilistico è in ogni caso tanto più apprezzabile quanto più è curato; ed è interessante notare che «(anche) in Italia, da alcuni anni, il tema dello stile delle sentenze [abbia] acquisito rilevanza, specialmente nell'ambito del dibattito sulla durata ragionevole del processo, sull'efficienza della giustizia in generale, sull'elevato carico di lavoro che grava sulla Corte Suprema di Cassazione e sul suo arretrato» e che, a tal proposito, diversi interventi abbiano interessato «sia [il] tema [della] struttura degli atti in generale e, in particolare, della sentenza» (POSENATO N., *Lo stile delle sentenze*, cit., 93). Sul punto, v. CANZIO G., *Dire il diritto nel XXI° secolo: motivazione, linguaggio, stile*, in www.discrimen.it, 6 aprile 2020, 8: «Va infine richiamata l'attenzione sull'esigenza di adottare un format razionale e uniforme delle tecniche di redazione del provvedimento, per aspetti grafici e dimensionali (intestazione, epigrafe, strutturazione del testo, tipo e dimensione di carattere, spazi, margini ecc.), che sia comune all'intero ufficio di appartenenza del magistrato. Il provvedimento è ascrivibile all'ufficio e non al singolo giudice, anche perché, nella transizione dal *case management* al *court management*, rileva pure il corretto utilizzo delle risorse in termini di spazio e di tempo».

¹²⁴⁶ «Scheletro formale» motivazionale che varia in relazione al tipo di atto da adottare. Il giudice, in particolare, deve dare espressamente conto che quella decisione ha «subito nella testa il pagamento del dazio di transito» dalle tappe obbligate che, ai fini del giudizio relativo a quella data fattispecie da motivazione rafforzata, si rivelano passaggi argomentativi ineludibili. La frase virgolettata è tratta da SCHOPENHAUER A., *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile* (1890), (trad. it.) E. A. KUHN, Milano, 2010, 20.

¹²⁴⁷ Cfr. quanto scrive TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 299-300 sullo stile della motivazione: «Si può parlare di stile della motivazione in un significato diverso e più pregnante, ossia come modo particolare di disporsi degli elementi strutturali fondamentali del discorso giustificativo, nella singola motivazione; in altri termini, lo stile così inteso indica le modalità particolari con cui il modello di struttura (generale) si riflette nelle manifestazioni concrete del fenomeno motivazione (modalità che possono consistere in limitazioni, degenerazioni, distorsioni o particolari distribuzioni o combinazioni dei livelli di discorso e delle strutture logiche in base alle quali si definisce il concetto generale di giustificazione della decisione)».

alla motivazione (nella porzione di essa dedicata a quei passaggi che pretendono d'essere motivati rafforzatamente), lo sviluppo di una successione di argomenti la cui disamina deve necessariamente comparire nel testo del provvedimento.

Riprendendo le parole di Maria Vittoria Dell'Anna e calandole nella prospettiva della motivazione rafforzata, può dirsi che, «nella pluralità di modi di scrittura e di messa in forma del testo, alcuni elementi», ovverosia – nel nostro caso – gli argomenti rinforzati (costitutivi gli step obbligati), «sembrano poter essere individuati e descritti come macrodati generali dell'organizzazione del testo, che si ripetono con regolarità tra un testo e l'altro [...], per blocchi testuali della motivazione coincidenti con blocchi o *passaggi di contenuto e progressione tematica*»¹²⁴⁸.

5) *Una simile metodica (di giudizio e di giustificazione) non è un fattore di rallentamento per l'esercizio dell'attività giurisdizionale?*

È legittimo domandarsi se motivare rafforzatamente rallenti, o meno, l'amministrazione della giustizia; e, in caso di risposta affermativa, se questo rallentamento debba ritenersi eccessivo e irragionevole, oppure no.

Anzitutto, viene quindi da chiedersi: «col carico di lavoro che lo sovrasta, dove troverà il giudice il tempo per simili elaborate motivazioni»¹²⁴⁹ e per attenersi a una metodica logico-argomentativa così particolareggiata?

Riteniamo che il metodo di giudizio e di giustificazione a tappe obbligate non sia un fattore di intralcio per l'esercizio dell'attività giurisdizionale, anzi: l'opposto.

Gli step obbligati, invero, definiscono un percorso funzionale a “*decidere andando dritto al punto*”, passando per gli argomenti fondamentali ai fini dell'applicazione della fattispecie.

In tal modo, la decisione viene a perfezionarsi sia in termini qualitativo-contenutistici sia in termini quantitativo-temporali¹²⁵⁰. Il giudice, con il proprio libero (motivato) convincimento, vaglia

¹²⁴⁸ DELL'ANNA M.V., *Il linguaggio della legge*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 165 (corsivo nostro). Invero, sulla possibile corrispondenza – nelle rispettive “aree di competenza” e di operatività – degli step obbligati (costituiti dagli argomenti rinforzati e dai parametri e criteri orientativi di riferimento) con i “macro-dati generali dell'organizzazione del testo, che si ripetono con regolarità”, ci paiono di conforto le parole che l'Autrice spende subito dopo il passo citato: «Li individuiamo [*i.e.* i macrodati] a grandi linee nel trattamento tendenziale delle *unità logico-argomentative in sequenze discorsive composite* e nella *ricorrenza di indicatori d'argomentazione*, ossia spie ed elementi linguistici atti a segnalare interventi di giudizio e valutazione» (165 – corsivi nostri).

¹²⁴⁹ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 315.

¹²⁵⁰ Sul versante qualitativo-contenutistico, come rileva EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2013, 26 a proposito «dell'applicazione dei principi al caso vivo» in materia cautelare, «la proceduralità argomentativa, attraverso l'espressione puntuale degli impegni motivazionali [...] non solo garantisce dalle derive dell'arbitrio soggettivo, ma costituisce anche la garanzia della correttezza della conclusione, a cui si deve però necessariamente giungere *a posteriori*, condotti appunto dai passi dell'argomentazione». In una prospettiva di ‘lungo raggio’, ci sembra che – sul versante quantitativo temporale – la

determinati profili argomentativi attinenti ad aspetti salienti della fattispecie (fattuale o giuridica; sostanziale o processuale) in esame. Attraversando questi passaggi argomentativi obbligati – da concretizzare alla luce dei parametri e dei criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili – egli non rallenta il proprio procedere ma addirittura lo velocizza, nella misura in cui ha immediatamente dinanzi a sé le questioni argomentative dirimenti sulle quali esprimersi per risolvere quella data problematica o quelle date problematiche che la fattispecie pone ai fini della decisione¹²⁵¹.

Peraltro, l'efficienza delle tempistiche decisionali – che questo metodo non disgiunge dalla qualità e dall'efficacia decisorie, poiché gli argomenti rinforzati tendono a garantire la bontà epistemologica dell'accertamento – migliora con l'abitudine d'approccio del giudice, il quale sa già previamente come trattare la fattispecie una volta che questa si presenta al suo esame.

Infine, dato che l'obbligo di motivazione rafforzata comporta che si adotti una tecnica risolutoria comune nella disamina di certe problematiche legate all'applicazione di determinate fattispecie, il successivo controllo della pronuncia inerente a tali tematiche ne esce migliorato. Da un lato, risulta facilitato: perché il modo di ragionare del controllato e del controllore si allinea sulla medesima procedura valutativo-argomentativa (*i.e.* la scansione a tappe obbligate)¹²⁵². Dall'altro

metodica *de qua* possa contribuire altresì alla realizzazione di alcuni obiettivi che CSM e CNF si sono prefissati per una «razionale gestione delle pendenze e delle sopravvenienze»: in particolare, «come metodo di organizzazione del lavoro», l'approccio di giudizio e di giustificazione a tappe obbligate – ruotando intorno ad argomenti ineludibili per l'accertamento da compiere – può aiutare a «selezionare i processi riguardanti questioni giuridiche identiche ai fini di udienze monotematiche e in vista di una maggiore conoscibilità, stabilità e prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali e di una maggiore produttività», nonché a «individuare problematiche giuridiche nuove conseguenti a modifiche normative o a decisioni degli organi di giustizia sovranazionali, in vista di un'elaborazione giurisprudenziale che sia espressione di un esame completo e approfondito dei diversi profili implicati» (*Delibera CSM – Esame preliminare delle impugnazioni*, cit. In senso analogo: *Protocollo d'intesa* tra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense – *Scrutinio preliminare delle impugnazioni, organizzazione del lavoro, chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti e dei provvedimenti nei giudizi di appello*, 19 luglio 2018, in part., 'nota illustrativa'). Tutto ciò, (già posto e) «considerato che le modalità di redazione dei provvedimenti possono costituire uno degli strumenti per ridurre i tempi di definizione dei procedimenti» (*Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16, cit., 1; *Delibera CSM – Pratica n. 962/VV/2016*, cit., 7 [ove si parla di «stretta correlazione tra formulazione (sintetica) degli atti (e analiticità della motivazione delle sentenze) e della positiva incidenza di tali fattori sull'aumento dell'efficienza e sulla produttività dell'amministrazione della giustizia»]).

¹²⁵¹ Sebbene questa metodica non impedisca al giudice di soffermarsi su qualunque tematica egli intenda approfondire, ove questi si attenga principalmente al percorso segnato dalle tappe obbligate, il tragitto verso la meta decisionale si velocizza. L'orientamento argomentativo che gli step obbligati imprimono al giudizio e alla sua giustificazione, infatti, dà vita a una scansione del ragionamento decisorio che si fa più immediata, in quanto tendente a evitare divagazioni e superfluità.

¹²⁵² Ferma restando la possibilità che si decida in modo diverso a fronte della stessa vicenda concreta, perché ciò dipende – pragmaticamente – dallo *iura novit curia* (v. DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 9 [«La regola espressa dal noto brocardo *iura novit curia* non può concepirsi come utopica presunzione della infallibilità del giudice quanto a scienza giuridica, né come sottrazione dell'organo giudicante a ogni sindacato sull'attività di interpretazione delle norme, bensì come riconoscimento della libertà, per tale organo, di individuare e applicare, senza condizionamenti esterni, la disciplina del caso concreto»]), con la metodologia imposta dall'obbligo di motivazione rafforzata si ridimensionano le derive patologiche della (pur fisiologica) diversità decisionale dinanzi ai

lato, appare maggiormente pronto: perché, inquadrandosi fin da subito il nodo o i nodi della faccenda da sbrogliare, si può andare “dritto al sodo” e guadagnare così in efficienza ed efficacia del giudizio, sia in termini di celerità che di specificità della decisione¹²⁵³.

Infine, anche laddove questo metodo di giudizio e di giustificazione appaia – come noi non riteniamo – comunque oneroso nonostante attenui l’evenienza che ci si disperda in tante superfluità decisionali¹²⁵⁴, a nostro parere una simile onerosità motivazionale non dovrebbe considerarsi né eccessiva, né irragionevole. Le situazioni giuridicamente rilevanti tutelate dall’onere motivazionale rinforzato – v. *supra*, pt. 1) – meritano senz’altro un simile sforzo valutativo-motivativo. Più in generale, poi, se la giustizia «tardi scocca» è – ce lo insegna il Poeta – «per non venir senza consiglio a l’arco»¹²⁵⁵; e, dal momento che vi è di mezzo la libertà di un uomo, un eventuale rallentamento procedurale dell’*iter* accertativo è – secondo gli odierni principi di civiltà – un prezzo

medesimi fatti. Incanalando lo *ius dicere* entro un *iter* procedurale che impone, a chiunque giudichi le “fattispecie da motivazione rafforzata”, di affrontare determinate questioni argomentative sulla scorta di parametri e criteri uniformi, si riduce molto la possibilità che si verifichino improprie decisioni arbitrarie, poiché gli argomenti e i parametri orientativi in qualche modo circoscrivono le opzioni di scelta disponibili a quelle ragionevoli (per lo meno a quelle ragionevoli per la comunità giuridico-sociale di riferimento), escludendo ad esempio tutte quelle scelte a essi non conformi oppure incongruenti. E in questa “comunanza di approccio alla fattispecie” tendenzialmente si avvicinano pure gli esiti dei giudizi in casi analoghi, i quali – ovviamente, nelle specificità dei relativi e singolari accadimenti storici – saranno accertati, quantomeno in alcuni loro passaggi argomentativi, alla stessa maniera.

¹²⁵³ Cfr. BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza*, cit., 7: «Nella sequenza processuale il contenuto di ogni atto è influenzato da quello che lo precede. Anche la considerazione delle esigenze imposte dalla successiva (eventuale) fase del procedimento o grado del giudizio risponde a logiche di funzionalità. La sentenza di primo grado deve contenere tutti i dati utili per il giudice d’appello e per le parti; la sentenza di appello deve contenere le informazioni utili per il giudizio di cassazione. Ogni approccio che si fermi al singolo atto, alla singola fase, al singolo grado è erroneo. Ogni dato che aiuti giudice e parti del grado successivo ad avere informazioni immediate e a non sciupare tempo prezioso deve entrare nella sentenza».

¹²⁵⁴ Da questo punto di vista, rispetto al monito «stile asciutto e passaggi logici: ecco il modo di motivare» (IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 315), a nostro parere, l’onere motivazionale rinforzato, da un lato, tende a garantire – ma non assicura necessariamente – lo “stile asciutto” e, dall’altro lato, indubbiamente esprime e custodisce i “passaggi logici”. I passaggi logici sono invero tutelati dalla scansione obbligatoria di quegli argomenti ineludibili che devono essere trattati e sciolti al fine dell’applicazione della fattispecie da motivazione rafforzata in esame. Lo stile asciutto, invece, non è necessariamente consequenziale all’esercizio di questa metodica di giudizio e di giustificazione. Motivare rinforzatamente impatta sì sullo *stilus curiae* del provvedimento, ma più sul fronte strutturale che su quello estetico del medesimo; e, con riferimento all’asciuttezza dello stile, quest’ultima si lega da caratteri sui quali l’obbligo motivativo rinforzato non può intervenire (se non, in parte, indirettamente), come ad esempio la concisione, la comprensibilità e *tout court* la chiarezza (cfr. SCHOPENHAUER A., *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile*, cit., 47 e 54), l’uniformità, la sinteticità, la precisione, la compattezza (cfr. MORTARA GARAVELLI B., *Profili argomentativi e stilistici dei testi della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 55), la coerenza (cfr. SILANCE L., *La motivation des jugements et la cohérence du droit*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 227), la coesione, la pregnanza, l’energia, la concinnità ecc. ecc. dello scrivere giudiziale (v. BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell’atto di impugnazione*, in www.sistemapenale.it, 16 dicembre 2019, 3-6).

¹²⁵⁵ DANTE A., (*Divina*) *Commedia*, Purgatorio, VI, 130-131. In tal senso, «una certa lentezza ne’ giudizi [è] da preferirsi a una fretta apportatrice di rovine, e d’intrighi» (FILANGIERI G., *Riflessioni politiche: su l’ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia* (1774), Napoli, 1982 (rist. anast.), 61-62).

da pagare tranquillamente per una cosa «ch'è sì cara»¹²⁵⁶ da non rendere immaginabile un suo sacrificio sull'altare della ragionevole durata processuale¹²⁵⁷.

V. PRESIDIO SANZIONATORIO

Condizione oggidi fondamentale di qualsiasi istituto giuridico è il presidio sanzionatorio che lo salvaguarda¹²⁵⁸.

Nel caso della motivazione rafforzata, la tutela che l'ordinamento assicura a questo metodo di giudizio e di giustificazione si rinviene nel sistema delle impugnazioni, ovverosia nei controlli di razionalità e legalità dei provvedimenti¹²⁵⁹. In materia processuale penale, la garanzia dell'onere giustificativo rinforzato tramite i rimedi impugnatori ci pare declinabile come segue.

In via generale, i «difetti motivativi»¹²⁶⁰ che possono essere fatti valere attengono i) al metodo secondo cui l'accertamento (o meglio: una parte dell'accertamento) deve svolgersi e – *ça va sans dire* – ii) all'apparato motivazionale. Ci si può quindi dolere o del fatto che il giudice non abbia attraversato il percorso a tappe obbligate che porta alla decisione oppure che di tale attraversamento e della propria presa di posizione egli non abbia reso espressamente conto o, ancora, che la risoluzione adottata sia erronea nel suo contenuto, avuto ad esempio riguardo ai parametri e ai criteri orientativi di riferimento oppure agli elementi probatori emergenti nel caso di specie.

¹²⁵⁶ DANTE A., (*Divina*) *Commedia*, Purgatorio, I, 71.

¹²⁵⁷ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 315: «Eppoi, se anche la motivazione richiedesse più tempo, questo costo andrebbe tranquillamente pagato, se si vuole che il processo penale raggiunga quello scopo che il Filangieri scolpì con queste parole: "... togliere quanto si possa all'innocente ogni spavento, al reo ogni speranza, ed a' giudici ogni arbitrio" (FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, I, Roma, 1984, 388)». Cfr. CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 8: «Se tutte le dispendiose cure che le civiltà moderne dedicano a perfezionare le istituzioni giudiziarie servissero ad aumentare soltanto di una la percentuale statistica delle sentenze giuste, quelle cure non sarebbero sprecate».

¹²⁵⁸ Il nostro attuale ordinamento giuridico si rivela, invero e soprattutto in campo processuale, un ordinamento a carattere "obbligatorio" o "necessario" e non invece un ordinamento a carattere "volontario" (su questi concetti, cfr. – con i dovuti adattamenti – SANTI R., *L'ordinamento giuridico* (1917), Firenze, 1945, 111).

¹²⁵⁹ Peraltro, il vaglio del provvedimento impugnato è reso più agevole e penetrante dalla presenza degli step obbligati, i quali impongono la disamina di argomenti orientati da «criteri metodici che vincolano l'interprete e [che tendono a garantire] la correttezza dei risultati» (IRTI N., *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, in *Riv. it. scien. giur.*, 2014, 5, 5). Invero, se nel testo – *recte*: nella parte motiva – del provvedimento adottato non compare la trattazione di questi profili argomentativi salienti, concernenti «relevance problems» della fattispecie in esame (VAN EEMEREN F. H. – GROOTENDORST R., *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, 2004, 86; sul problema della "rilevanza": 69-94), questa mancanza appare *ictu oculi* evidente e diventa agile – per le parti – contestarla nonché – per il giudice dell'impugnazione – riscontrarla.

¹²⁶⁰ BELLAVISTA G., *Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale*, in BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976, 170.

In sede di merito, oltre a poter/dover¹²⁶¹ già avanzare doglianze che contengono *in nuce* questioni poi sollevabili in sede di legittimità (v. *infra*), è possibile altresì richiedere una nuova valutazione – *recte*: ricostruzione – ‘in fatto’ dell’accadimento, rispetto a quella compiuta dal primo giudice. Nello specifico, può chiedersi una ricostruzione fattuale che sia stavolta conforme alla metodica (di giudizio e di giustificazione) rinforzata, che si assume violata poiché non ci si è attenuti ai parametri e ai criteri orientativi di riferimento (cfr. art. 192, co. 1 c.p.p.). Questa nuova valutazione è possibile compierla, salvo ipotesi normate che dispongano diversamente, senza procedere all’annullamento della pronuncia impugnata.

Dinanzi alla Corte di cassazione, è possibile lamentarsi ai sensi dell’art. 606, co. 1 c.p.p.:

- lett. e), vizio per così dire “tipico” e “classico” per il nostro istituto, giacché specificamente dedicato alla motivazione. In particolare, ove non si segua il percorso a step obbligati, la mancanza di motivazione ci pare la veste più calzante¹²⁶²; ove, invece, si seguano le tappe obbligate ma si riempiano erroneamente – quantomeno a dire delle parti impugnanti – gli argomenti rinforzati che si sono presi in considerazione, si può ricadere o nella manifesta illogicità oppure nella contraddittorietà della motivazione¹²⁶³;
- lett. c), se si accoglie una lettura “estensiva” (?)¹²⁶⁴ dell’art. 125, co. 3 c.p.p. e s’intende come strutturalmente mancante di motivazione¹²⁶⁵, quindi nullo, quel provvedimento che non ha

¹²⁶¹ La necessità di avanzare in sede d’appello motivi di impugnazione poi riproponibili – entro i limiti dell’art. 606 c.p.p., s’intende – anche in sede di legittimità risulta fondamentale per non consentire che in secondo grado si cristallizzino situazioni di cui non sia più possibile dogliarsi in Cassazione.

¹²⁶² Potrebbe altresì supporre la mancanza di motivazione anche in rapporto all’art. 192 c.p.p., per violazione dei parametri e dei criteri orientativi gli argomenti costitutivi i passaggi obbligati del ragionamento giudiziale. Cfr. CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 307: «L’inosservanza delle indicazioni dell’art. 192 co. 1 c.p.p., che impongono al giudice di esporre i singoli passaggi dell’argomentazione inferenziale, era già inclusa in giurisprudenza tra i casi di mancanza della motivazione censurabile in sede di legittimità (Cass., Sez. IV, 2 febbraio 2017, Rappisi; Cass., Sez. III, 13 ottobre 2015, Santucci; Cass., Sez. III, 14 maggio 2015, M.; Cass., Sez. III, 12 novembre 2014, N.; Cass., Sez. VI, 28 maggio 2014, Schembri; Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, Marturana; Cass., Sez. VI, 24 giugno 09, De Noia)».

¹²⁶³ Possono cioè darsi situazioni in cui alle domande emergenti dagli (argomenti, orientati da parametri e criteri guida, di cui agli) step obbligati il giudice offra risposte manifestamente illogiche o contraddittorie a livello contenutistico. Ciò, nonostante l’obbligo motivativo rinforzato favorisca – in misura più o meno importante, a seconda (della natura) degli argomenti contenuti nelle tappe obbligate – la logicità e la non contraddittorietà del provvedimento, giacché richiama il ragionamento decisorio e la sua giustificazione all’attraversamento di passaggi logico-argomentativi che tendenzialmente lo emendano da salti logici e incongruenti contraddizioni ricostruttive. Sulla “carenza logica” della motivazione, v. NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell’atto motivazione*, cit., 344 (corsivo nostro): «Equiparabile alla carenza di motivazione, la carenza logica va desunta, più che dalla mancanza di parti espositive del discorso motivazionale, dalla assenza di singoli elementi esplicativi, i quali siano tali da costituire *tappe indispensabili* di un percorso logico-argomentativo, che deve necessariamente snodarsi tra i temi sui quali il giudice è tenuto a formulare la sua valutazione».

¹²⁶⁴ Parliamo di “lettura ‘estensiva’ (?)” dell’art. 125, co. 3 c.p.p. consapevoli della costante (restrittiva) interpretazione che il diritto vivente offre di tale disposizione. A nostro parere, la motivazione che non sia rafforzata su quei profili argomentativi che richiedono un’argomentazione rinforzata è, relativamente a tali profili, evidentemente mancante a livello strutturale, si da doversi considerare priva di motivazione ai sensi dell’art. 125, co. 3 c.p.p.

motivato in modo rafforzato quel profilo saliente o quei profili salienti della fattispecie che pretendono per l'appunto di essere concretizzati tramite questa metodica rinforzata di giudizio e di giustificazione (v., a tal proposito, la nullità di cui all'art. 292, co. 2 lett. c) e *c-bis*) c.p.p., in combinato con l'art. 275, co. 3 e *3-bis* c.p.p.¹²⁶⁶);

- lett. b), nel caso in cui la fattispecie da motivazione rafforzata sia una fattispecie di diritto penale sostanziale o concerna problematiche legate al diritto penale sostanziale (es. discriminare tra dolo eventuale o colpa cosciente, alla luce dei “criteri Thyssenkrupp”; dolo di bancarotta fraudolenta, sulla scorta degli “indicatori Sgaramella”; ecc. ecc.);
- lett. d), quando l'onere motivazionale rinforzato presuppone un'attività probatoria a esso prodromica, riguardante l'assunzione di una prova decisiva. L'istruttoria inerente alla prova decisiva è un'attività preordinata indispensabile per l'attuazione della metodica valutativa-giustificativa rafforzata (es. riassunzione della prova dichiarativa [decisiva], se si vuol ribaltare l'assoluzione in condanna: art. 603, co. *3-bis* c.p.p.; v. *infra*: cap. IV, § I).

Ai vizi appena esposti, che ci paiono generalmente adducibili per ogni “fattispecie da motivazione rafforzata”, riteniamo che – in via particolare – possano aggiungersi previsioni e precisazioni ulteriori, di volta in volta legate alle peculiarità delle singole ipotesi in cui occorra motivare rinforzatamente (es. prova atipica lesiva di diritti fondamentali [c.d. “prova incostituzionale”], laddove se ne accolga la ricostruzione probatorio-applicativa a passaggi obbligati ricavabile dagli arresti giurisprudenziali in materia [v. *infra*: cap. IV, § II]; tutelata dall'inutilizzabilità --> azionabile ai sensi dell'art. 606, co. 1 lett. c) c.p.p.).

In via residuale e per qualunque tipologia di motivazione rafforzata, ci pare ancora ipotizzabile il ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (“diritto a un equo processo”), così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo relativamente all'obbligo di motivazione¹²⁶⁷. L'equità processuale (*fairness*¹²⁶⁸), intesa come

¹²⁶⁵ Evidenzia SCAPARONE M., *Prove a difesa e motivazione implicita*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 4, 2 che «la stretta connessione logica e topografica tra queste due disposizioni [*i.e* il comma 6 e il comma 7 dell'art. 111 Cost.] induce da sempre a ritenere che nella seconda di esse la locuzione “violazione di legge” comprenda le norme con cui la legge disciplina la redazione della motivazione prescritta nel comma 6».

¹²⁶⁶ Cfr. la sponda relativa alla nullità dell'ordinanza cautelare *ex* art. 292 c.p.p. (certo, in parte emendabile ai sensi dell'art. 309 c.p.p.), per mancanza di “esposizione” e “autonoma valutazione” circa le “specifiche esigenze cautelari e gli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato” (lett. c), nonché circa i “motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. non possono essere soddisfatte con altre misure” (lett *c-bis*).

¹²⁶⁷ Per quanto qui d'interesse, mette conto rammentare che il giudice europeo, dell'onere motivazionale, verifica che « les arguments ont été adéquatement traités » in rapporto al corretto svolgersi del procedimento (secondo “le regole del gioco” stabilite dal codice di rito), giacché « il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux

garanzia di metodo, può invero ritenersi violata nella misura in cui ci si svincola da quel percorso logico-argomentativo a tappe obbligate che, nelle fattispecie da motivare rinforzatamente, definisce l'iter procedurale da seguire ai fini della correttezza del giudizio e della sua giustificazione¹²⁶⁹.

droits et libertés sauvegardés par la Convention » (Corte EDU, 21 gennaio 1999, Garcia Ruiz; Corte EDU, 29 agosto 2000, Jahnke et Lenoble). Il controllo del rispetto dell'obbligo di motivazione delle pronunce nazionali da parte della Corte EDU non attiene dunque al "merito" di tali pronunce, ma al suo manifestarsi in seno al "giusto processo", che può ritenersi legittimo – meglio: "equo" – se conforme alle regole legali (e, nell'ottica europea, altresì giurisprudenziali) che lo definiscono (art. 111 Cost. e art. 6 CEDU).

¹²⁶⁸ In questa prospettiva (ovverosia, nella prospettiva della violazione dell'equità processuale [*fairness*] per il mancato rispetto della scansione procedurale alla quale ci si sarebbe dovuti attenere: nello specifico, per lo sviamento dal percorso a step obbligati caratterizzante l'obbligo di motivazione rafforzata), richiamiamo – come spunto ulteriore di riflessione – le considerazioni di IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 817: «Cos'è un processo che nel suo insieme contrasta con la *fairness*, cioè con un diritto fondamentale di una società democratica? È un processo abnorme».

¹²⁶⁹ Inoltre, se gli step argomentativi obbligati sono costituiti da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, la cui matrice è quella europea, possono essere tutelati presso la Corte EDU, azionando le disposizioni della Convenzione dalle quali la giurisprudenza li ha tratti: es. criteri per il computo dello spazio minimo disponibile per ciascun detenuto in cella (art. 3 CEDU).

CAPITOLO IV

TIPI O TÒPOI ARGOMENTATIVI RINFORZATI

Ricapitolando quanto si è finora scritto, può dirsi che «la motivazione rappresenta la cartina di tornasole attraverso la quale si verifica la validità del ragionamento del giudice, il rispetto delle regole di giudizio e dei principi sulla prova, oltre alla corretta valutazione della stessa dal punto di vista logico-giuridico»¹²⁷⁰. L'organo giudicante, entro le prestabilite forme legali, «argomenta sulle informazioni, spiega i dati raccolti e ha un dovere di fedele rendiconto, di fedeltà alla dialettica probatoria del processo [e], naturalmente, quello che il giudice scrive deve essere razionale, privo di salti logici, mai fondato su criteri di inferenza inaffidabili, implausibili. Non vi è spazio per asserzioni (motivazione apodittica) ma solo per argomentazioni; non vi è spazio per genericità e astrattezza, ma solo per specificità e concretezza»¹²⁷¹.

In questa prospettiva, di fatto (e parafrasando il pensiero di Paul Dubouchet), il diritto possibile finisce per essere soltanto quello motivabile¹²⁷². E quanto più si fa stringente l'onere motivazionale,

¹²⁷⁰ SAPONARO L., *Motivazione rafforzata in caso di ribaltamento del giudizio in appello. La motivazione rafforzata della sentenza d'appello: an e quomodo*, in *Giur. it.*, 2016, 2263.

¹²⁷¹ BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto di impugnazione*, in www.sistemapenale.it, 16 dicembre 2019, 15.

¹²⁷² DUBOUCHET P., *Sémiotique juridique. Introduction à une science du Droit*, Parigi, 1990, 205. V. altresì: AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 197 e 216-218; CRUGNOLA C. R. – SCAPARRO F., *Decisione e giustificazione*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 250 (ove si parla della «presenza cogente delle ragioni della motivazione nello stesso processo decisorio e, viceversa, delle ragioni della decisione nelle operazioni giustificatorie alla base della stesura della motivazione»); DELL'ANNO P., *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 523; DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, 94 («Se è vero che la valutazione degli elementi probatori è attività antecedente, sul piano logico, alla motivazione, non può negarsi, tuttavia, che l'una e l'altra sono inevitabilmente correlate, nel senso che la valutazione del giudice è chiaramente condizionata dalla prospettiva di doverne motivare l'esito, qualunque esso sia»); IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, 2000, 760 («L'obbligo di motivazione fa sentire il suo peso già al momento di decidere»); MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 42-43; PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale. Obblighi di motivazione fra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006, 99 («Fin dal momento della decisione il giudice dovrà immaginare organicamente i passaggi motivazionali, così come li esporrà successivamente (o anche contestualmente) per iscritto: metodica che non varierà nelle decisioni collegiali, ove il ruolo dell'estensore non sarà altro che quello del fedele interprete della decisione assunta dal collegio che uscirà dalla camera di consiglio chiaramente impostata nei suoi elementi essenziali»); SANTORIELLO C., *Motivazione (controlli sulla)*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, 2008, 703-704 («È innegabile che nel momento della decisione il giudice è titolare di una libertà assoluta e può esprimere pienamente la sua irrazionalità, pronunciandosi anche contro i dati probatori emersi nel processo, ma in concreto occorre considerare come tale scelta gli sia sostanzialmente preclusa (o comunque ostacolata) in virtù dell'obbligo di motivazione. Il dovere di giustificare la propria deliberazione pone infatti l'organo decidente di fronte a una radicale alternativa: o egli decide disinteressandosi della possibilità di dimostrare la correttezza della sua scelta, sapendo così di emettere una pronuncia che con tutta probabilità verrà riformata nel prosieguo del procedimento, ovvero, se vuole emettere un deliberato dotato di tendenziale stabilità, deve prediligere la

ovverosia «il peso [del] procedimento argomentativo»¹²⁷³ sulla scelta decisionale, tanto più si è garantiti dai margini di giustificabilità arbitraria (*recte*: di argomentabilità *ad libitum*) della decisione che si assume¹²⁷⁴.

Calando il discorso su quel peculiare obbligo di motivazione in cui consiste la c.d. “motivazione rafforzata”, cioè sulla necessità di attraversare un percorso valutativo-giustificativo strutturato a tappe¹²⁷⁵, possiamo dire che nelle ipotesi in cui ricorra tale obbligo assistiamo a un fenomeno di “rilevanza giuridica differenziata” degli elementi – *recte*: dei profili salienti, trattabili argomentativamente – della fattispecie.

Nell’esercizio di discrezionalità interpretativa (v. *supra*: cap. I, §§ I.6 e – spec. – II.4) tramite cui si applica la previsione legislativa (o, pragmaticamente parlando, la ricostruzione pratica ‘inventata’ dalla giurisprudenza oppure il costrutto teorico elaborato dalla dottrina) sulla scorta delle singolarità del caso di specie, determinati aspetti argomentativi vengono privilegiati o maggiormente attenzionati rispetto ad altri, in quanto dirimenti ai fini del giudizio. Per motivare rafforzatamente, bisogna mostrare cautela decisionale verso tali aspetti argomentativi della fattispecie e, nella parte motiva del provvedimento che a essi si riferisce, occorre esplicitare la loro

soluzione della controversia che sa di poter giustificare razionalmente e rendere accettabile per la collettività»); UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 52-54 («Posto che la giustificazione fa perno sulla decisione, vale pure il contrario, almeno nella misura in cui la stessa possibilità di giustificare è un elemento di determinazione della scelta concreta. Se così si vuole dire, il giudice è “costretto” ad emettere il suo provvedimento decisorio anche in funzione della decisione che è tenuto a rendere al fine di dar conto del proprio operato» [54]) e 128-129; VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E. MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 35 («È difficile immaginare che l’obbligo costituzionale della motivazione non influenzi, seppur indirettamente, la formazione stessa del convincimento del giudice»).

¹²⁷³ EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2013, 3.

¹²⁷⁴ Invero, se da un lato – come abbiamo detto – il diritto possibile finisce per essere soltanto quello motivabile, bisogna rammentare che, dall’altro lato, anche «se tutto deve essere motivato, ahimè, tutto è motivabile» (come si legge in SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020, 2, il quale richiama il pensiero del «cinico» SCALIA A., *The Rule of Law*, in *University of Chicago Law Review*, 1989, 56, 4, 1175 ss.). Una soluzione possibile, allora, è quella di cercare di ridurre quanto più possibile l’arbitrarietà giustificativa (*recte*: argomentativa) della decisione, individuando ad esempio «i “margin” entro cui le argomentazioni devono scorrere» (HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPA, Bari-Roma, 2013, 200).

¹²⁷⁵ Quando occorre motivare rinforzatamente, si è in presenza di una vera e propria *legalità del procedere*, definita da vincoli procedurali che consistono nelle tappe (argomentative) obbligate cui attenersi, le quali – imponendo che l’accertamento, in una sua parte, su di esse necessariamente si eserciti – proceduralizzano e cadenzano, ancor più nel dettaglio rispetto all’*iter* ordinario, il corretto esercizio del potere giurisdizionale. Con l’espressione “legalità (del procedere)” facciamo riferimento non soltanto – sebbene preferibilmente – alla legalità legale, ma anche a quella giurisprudenziale (v. *supra*: cap. II): posto che i moduli di motivazione rafforzata, che stabiliscono *vincoli procedurali* prevedendo appositi passaggi argomentativi obbligati del ragionare decisorio, possono essere definiti tanto *ex lege* quanto prasseologicamente; e, anzi, al momento trovano la loro genesi soprattutto in giurisprudenza.

avvenuta disamina. Se nel tessuto narrativo dell'atto adottato non appare questo *quid pluris* motivazionale¹²⁷⁶, allora l'atto è viziato.

L'adozione di un simile apparato giustificativo, argomentativamente sviluppato a tappe obbligate in alcuni suoi passaggi, è un onere che si impone – come si è già detto *supra* – in casi prestabiliti (nella sostanza¹²⁷⁷) dal legislatore oppure nelle circostanze individuate dalla giurisprudenza o dalla dottrina.

Esistono plurimi luoghi sistematici in cui si rende necessario adottare un'argomentazione rinforzata (v. cap. III, § III); e, a seconda delle peculiarità della fattispecie di riferimento, gli step obbligati (nonché i parametri e criteri orientativi condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili) si diversificano e si caratterizzano tipologicamente. Di questi tipi – o *topoi* – argomentativi interessa adesso offrirne una panoramica esemplificativo-dimostrativa, nella consapevolezza che la casistica in cui è riscontrabile questa metodica di giudizio e di giustificazione include oramai occasioni giuridiche di non poco momento (es. mutamento decisionale tra primo e secondo grado: v. § I) ed è inoltre una casistica che si va sempre più espandendo (cfr. *infra*, § II).

I. L'IPOTESI CLASSICA: IL MUTAMENTO DECISIONALE IN APPELLO

Il caso paradigmatico di motivazione rafforzata è rappresentato dal mutamento decisionale, in appello, della pronuncia impugnata di primo grado.

Il tema coinvolge questioni così ampie da non poter essere partitamente analizzate nell'ambito del presente lavoro. Ci si limita pertanto a considerare le varie problematiche relative al rapporto tra giudizio di primo e giudizio di secondo grado nell'ottica esclusiva dell'argomentazione rinforzata, cioè dell'onere motivativo rafforzato¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶ Ovverosia, quello step o quella serie di step argomentativi obbligati che occorre attraversare nel caso si debba applicare una fattispecie da motivazione rafforzata. A tale tappa obbligata o a tali tappe obbligate può alle volte accompagnarsi (come si vedrà, esemplificativamente, *infra*: § IV.1) l'onere di svolgere una o più attività di natura probatoria in via prodromica (es. rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in ipotesi di mutamento decisionale tra primo e secondo grado). Questo "*quid pluris*" motivazionale, in definitiva, si risolve nel *metodo* e comporta un più intenso obbligo di diligenza – inteso non soltanto in senso meramente deontologico – nel *reddere rationem*, che consiste – lo abbiamo appena detto – nel passare attraverso una griglia standardizzata di ineludibili tematiche fattuali o giuridiche, alla luce di parametri e criteri di razionalità (condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili). Un metodo di giudizio e di giustificazione costituito da un percorso logico-argomentativo scandito a tappe obbligate, in virtù del quale si decide – e, successivamente, si motiva quanto deciso – solo dopo essersi effettivamente confrontati con determinati argomenti, concernenti profili o aspetti problematici salienti della vicenda in esame

¹²⁷⁷ Precisiamo che un simile apparato giustificativo, argomentativamente sviluppato a tappe obbligate in alcuni suoi passaggi, è un onere che si impone in casi prestabiliti "nella sostanza" dal legislatore perché il legislatore – almeno per il momento – non fa mai esplicito riferimento all'obbligo di motivazione rafforzata, ancorché lo preveda di fatto – cioè, appunto, sostanzialmente – in certi casi: es. art. 292, co. 2 lett. *c-bis*) in combinato con l'art. 275, co. 3 e *3-bis* c.p.p.

¹²⁷⁸ Sicuramente, fra le tematiche ordinamentali che si terranno bene a mente nel corso delle riflessioni che si svolgeranno vi sono, su tutte, le seguenti: ragionevole dubbio; lineamenti e controverse finalità del giudizio d'appello;

Anzitutto, occorre prendere le mosse da un'evidenza di carattere generale: l'abitudine delle impugnazioni. È usuale che il provvedimento posto a chiusura del primo grado venga contestato da almeno una delle parti in causa; d'altronde, com'è stata argutamente apostrofata, la sentenza è – di regola – «una parola sulla quale si può discutere notti intere»¹²⁷⁹. A maggior ragione, poi, se si pensa alla fallibilità umana¹²⁸⁰, è naturale che i giudizi successivi al primo siano visti come una garanzia posta a tutela dei possibili errori contenuti nella deliberazione originariamente assunta, rispetto alla quale si prevedono perciò controlli – più o meno estesi e penetranti – di razionalità.

Il sistema delle impugnazioni patisce tuttavia non poche imperfezioni, in larga parte derivanti da vizi che potremmo definire genetici. Fra questi vizi emerge, *in primis*, l'evenienza secondo cui il controllo per gradi successivi – che tenderebbe a protrarsi all'infinito – viene d'un tratto arrestato (al giudizio di cassazione; *rectius*: al giudizio d'equità della Corte EDU) per scelta politica. Con tale interruzione, il legislatore preclude una verifica illimitata della vicenda giudiziaria: verifica che sarebbe giuridicamente irragionevole, poiché impedirebbe il formarsi del giudicato e renderebbe pertanto ineffettivo – destinandolo all'inefficacia – l'accertamento penale nel suo complesso. Così facendo, nondimeno, il legislatore causa un'aporia conoscitiva nello schema procedimentale, dando luogo a «una divaricazione tra logica del processo e logica della ricerca scientifica»¹²⁸¹ (alla quale il processo, oramai pacificamente, si attiene).

principio di immediatezza (e valore dell'oralità: ad esempio e in particolare, nella rinnovazione della prova dichiarativa); tendenziale cartolarità delle impugnazioni (e ruolo della scrittura).

¹²⁷⁹ CAMUS A., *I giusti* (1950), Milano, 1997, 152. Sulle possibilità interpretativo-argomentative in ambito giuridico, sono suggestivi i riferimenti di IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 416 (il quale richiama il «potere manipolatorio della logica» e riporta esemplificativamente l'affermazione attribuita al Cardinale e Duca di Richelieu, Armand Jean Du Plessis [«Datemi sei righe scritte dal più onesto degli uomini, e vi troverò una qualche cosa sufficiente a farlo impiccare»]). Invero, è il carattere valutativo-valoriale dell'interpretazione, intrinseco a qualsiasi attività esegetica, anche se vincolata nel suo esercizio discrezionale, a rendere perennemente opinabile qualunque ricostruzione giuridica (cfr. *supra*: cap. I, §§ I.7 e § II.4).

¹²⁸⁰ Scrive VON KLEIST H., *La brocca rotta* (1802), in *Heinrich von Kleist. Opere*, Bologna, 1959, 135 che «basta che uno abbia due piedi e già inciampa».

¹²⁸¹ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 879, il quale – esemplificando – scrive subito dopo: «Cosa succede nel caso di doppia difforme? Qui processo ed epistemologia divergono. Se una teoria è confermata da un primo controllo ma è falsificata da un secondo, la teoria viene allo stato rifiutata. Il contrario avviene nel processo. La teoria da verificare è la teoria dell'accusa, cioè l'imputazione. Se l'accusato viene condannato in primo grado e assolto in appello, abbiamo qualcosa di analogo a quel che avviene nella ricerca scientifica: una teoria prima confermata e ai successivi controlli falsificata e – quindi – rifiutata. Facciamo l'ipotesi inversa: l'accusato prima viene ritenuto innocente e poi in appello colpevole. Qui viene accettata una teoria (quella della colpevolezza) che era stata falsificata a un controllo e convalidata in uno successivo. Nessuna teoria scientifica verrebbe accettata in condizioni simili» (880). Sul punto, osserviamo che l'assolutismo della conclusione rischia di far cadere il ragionamento in una fallacia della divisione. A esser puntuali, infatti, occorre distinguere le diverse ricadute derivanti dall'applicazione del metodo falsificazionista rispetto alla *quaestio iuris* e alla *quaestio facti*. Così, ad esempio, se il giudice precedente ha assolto “in diritto” perché ha erroneamente valutato un profilo giuridico, non si pone alcuna “implosione logica” e non emergono profili o problemi di (anti)scientificità, perché la ricostruzione *in iure* non si valuta in termini di verità/falsità circa l'esistenza o l'inesistenza del fatto storico, bensì in termini di ragionevolezza nell'applicazione della legge: ed è

Attraverso una netta scelta di campo, viene *ex abrupto* arrestata quella dinamica conoscitiva “per prova ed errore” – accolta anche in ambito giudiziario, ancorché mediata da limitazioni cognitive e probatorie, iscritte nel codice di rito – che dovrebbe, per definizione, proseguire senza posa. Al metodo falsificazionista, che si realizza tramite il tentativo di smentita *ad infinitum*, è posto un argine. Con un atto d’imperio legislativo è fissata una verità processuale legale: una norma di euristica procedimentale secondo la quale “la sentenza posteriore sostituisce, salvo eccezioni, quella anteriore”.

Apparentemente l’*impasse* è superata, ma in realtà la criticità di fondo non viene risolta, perché «non c’è nessuna regola epistemologica per cui chi giudica dopo giudica meglio di chi ha giudicato per primo»¹²⁸². E se questa situazione resta accettabile fintanto che gli esiti delle pronunce che si susseguono risultino tra loro conformi, all’opposto si arriva a sfiorare l’intollerabile e l’incongruenza ordinamentale, fino al rischio dell’«implosione logica»¹²⁸³, allorché due o più giudizi siano tra loro confliggenti.

Nel primo caso, quello della concordanza tra le diverse pronunce, si potrà pensare che i plurimi controlli che si sono svolti, sebbene dispendiosi, siano imposti da una metodologia accertativa rigorosa che, a sua volta, è l’effetto applicativo del principio di falsificabilità. In quest’ottica, all’esito di tali controlli, si potrà dire che «tutto sommato ne è valsa la pena, perché – in una logica induttiva, fondata sulla probabilità e non sulla certezza – una conferma accresce la fiducia collettiva che il processo si è felicemente avvicinato alla verità»¹²⁸⁴.

Nel secondo caso, quello della discordanza tra le due pronunce, a livello logico avviene invece esattamente il contrario: la difformità tra il giudizio impugnato e quello a esso successivo «mina l’integrità del processo e l’autorevolezza morale e giuridica» di entrambe le decisioni; e, peraltro, «un messaggio contraddittorio viene inviato alla comunità sociale»¹²⁸⁵. La divergenza tra i due provvedimenti pone davanti alla domanda “chi o cosa può assicurarci che l’errore non lo ha

un’attività che resta sempre opinabile, proprio in ragione del carattere intrinsecamente discrezionale e dell’ineliminabile soggettività di qualsiasi interpretazione. Posta tale specificazione, condividiamo pienamente il pensiero dell’Autore.

¹²⁸² IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 879, secondo cui si tratta di una previsione normativa che «non riflette alcuna evidenza scientifica e non risponde neppure al sentire comune»: un puro atto di *imperium*, insomma. Analogamente, SPANGHER G., *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 79-80 afferma che «niente è in grado di assicurare che la decisione dei giudici di appello sia migliore di quella appellata ovvero che i giudici di secondo grado siano più attrezzati di quelli che hanno pronunciato la sentenza impugnata». V. altresì VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, cit., 47.

¹²⁸³ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 880. Poco prima l’Autore, a proposito della c.d. “doppia difforme”, riporta un «argomento aritmetico impressionante», cioè il seguente: «Facciamo il caso che in primo grado tutti e tre i giudici siano per l’assoluzione: l’accusato viene assolto. In appello due giudici sono per la condanna e uno per l’assoluzione: l’imputato viene condannato. Se facciamo i conti, all’esito dei due giudizi, l’imputato viene condannato, nonostante quattro giudici fossero per l’assoluzione e due per la condanna!» (879).

¹²⁸⁴ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 880.

¹²⁸⁵ IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 880.

commesso il giudice che ha sentenziato per ultimo?”¹²⁸⁶. A tale quesito l’ordinamento non offre risposte convincenti, finendo piuttosto per ripiegare su altri fronti, per così dire compensativi.

Così, assunto come strutturale e inevitabile questo vizio di conoscenza in materia di impugnazioni, il sistema si premura di predisporre regole utili a evitare, o quantomeno a ridurre il più possibile, le distorsioni regressive di un meccanismo – quello impugnatorio – concepito per svolgere una funzione di garanzia¹²⁸⁷.

Ebbene: tra gli espedienti diretti a scongiurare che, proprio a seguito del giudizio d’appello (o di cassazione), una sentenza giusta si trasformi in una sentenza ingiusta, e magari persino definitiva, trova a nostro parere collocazione altresì l’obbligo di motivazione rafforzata¹²⁸⁸.

Approfondendo questo peculiare obbligo motivazionale in relazione al mutamento decisionale in appello, è possibile apprezzare la portata garantistica dell’argomentazione rinforzata nel suo terreno di elezione e di più ampia diffusione.

Il giudice di seconde cure che intenda mutare – integralmente o parzialmente – la decisione di primo grado deve partire dalla motivazione del provvedimento impugnato e a essa fare ritorno mentre rivaluta l’intera vicenda. Il vaglio giudiziale deve invero avvenire tramite la verifica della tenuta razionale della pronuncia impugnata, a partire dai capi e dai punti che sono stati specificamente appellati¹²⁸⁹. I motivi, le prove e le richieste (art. 581 c.p.p.) hanno come base di riferimento il provvedimento di prime cure, giacché di esso ci si duole; ed è evidente il nesso che si viene a instaurare tra il testo motivato della sentenza appellata, la formulazione dell’atto d’appello e le possibili modalità di svolgimento del giudizio di impugnazione¹²⁹⁰.

¹²⁸⁶ Già ULPiano, *Digesto*, 49, I, 1: «Come possiamo essere sicuri che la decisione del giudice di appello, in caso di riforma, sia migliore di quella del giudice di primo grado?».

¹²⁸⁷ Garanzia nei confronti del valore cognitivo del processo penale (che discende dal garantismo razionale di un sistema giuridico che rifiuta l’arbitrio decisionale). Come ricorda CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 143, l’assoluzione del colpevole e la condanna dell’innocente sono entrambi «fenomeni [che] appartengono alla patologia giudiziaria», fermo restando che nel caso si condanni un innocente «la disfunzione del processo appare più grave».

¹²⁸⁸ Leggiamo, ad esempio, in Cass., Sez. IV, 10 aprile 2020, n. 11958 che il principio della motivazione rafforzata è «ormai da anni recepito ed elaborato come espressione delle fondamentali garanzie di cui agli artt. 24, co. 2 e 111 Cost. dalle Sezioni unite di questa Corte».

¹²⁸⁹ BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza*, cit., 28: «Il cuore della sentenza d’appello è nelle specifiche risposte date ai singoli motivi».

¹²⁹⁰ Di questa connessione, in rapporto all’obbligo di motivare in modo rafforzato, si trova traccia ad esempio in Cass., Sez. V, 4 dicembre 2018, n. 3733; Cass., Sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17402; Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta («Deve riconoscersi che, nel modello di giudizio ordinario, “contraddittorio”, “oralità”, “immediatezza” nella formazione della prova e “motivazione” del giudice di merito sono entità strettamente correlate»); ecc. ecc. Sulla connessione tra atto d’appello e motivazione della sentenza impugnata, v. *ex multis*: ALGERI L., *Il nuovo volto dell’appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione “rafforzata”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 393 (il quale evidenzia l’esistenza di «un rapporto di stretta proporzionalità tra le argomentazioni del giudice e il tessuto critico e argomentativo di colui che intende impugnare. La specificità dei motivi di impugnazione è un dovere che è correlato ai doveri assolti dal giudice di primo grado nella redazione articolata del provvedimento»); BRICCHETTI R., *Il*

modello di motivazione della sentenza, cit., 7; CABIALE A., *Verso un appello “convenzionalmente orientato”: necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, suppl. *Speciale Cedu e ordinamento interno*, (a cura di) M. GIALUZ – A. MARANDOLA, 49 (il quale osserva che «l’appello dipende in maniera decisiva dagli atti e dalla sentenza del primo grado e non sembra dunque possedere le caratteristiche di un vero e proprio nuovo giudizio»); CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, in AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) L. GIULIANI – R. ORLANDI, Torino, 2018, 298 e 302-304; DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, 4 (il quale parla di «nesso strumentale tra l’obbligo di motivazione e il diritto di impugnare i provvedimenti giurisdizionali»); DE CARO A., *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, in *Dig. disc. pen.*, (a cura di) A. GAITO – B. ROMANO – M. RONCO – G. SPANGHER, Torino, 2018, 338-340; DI PAOLO G., *L’art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione “in fatto” della sentenza penale?*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2017, 249-254; cfr. DINACCI F. R., *L’obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema di inammissibilità delle impugnazioni*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 13 («Occorre assumere consapevolezza del fatto che l’espansione del dovere di motivazione, nella misura in cui è collegata a quello di decidere, conduce a letture più attente in tema di effettività di controlli rimessi al giudice dell’impugnazione»); GARUTI G., *La specificità dei motivi di appello*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 4-5 (il quale, relativamente al nesso tra motivi dell’atto d’appello e motivazione della sentenza impugnata, rileva che «la valutazione che dovrà essere effettuata dal giudice d’appello circa l’ammissibilità dell’atto di impugnazione sarà una valutazione in punto di specificità che non potrà essere assoluta, ma dovrà necessariamente basarsi su un giudizio di relazione che intercorre tra due atti, ovvero la sentenza di merito e l’atto di impugnazione. Più sarà “specifico” la sentenza, più elevato dovrà essere il grado di specificità richiesto all’appellante per superare il vaglio di ammissibilità dell’atto di impugnazione»); GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 187; IASEVOLI C., *Motivazione e filtri di ammissibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 446 ss.; LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2018, 10; MAFFEO V., *La motivazione della sentenza. Art. 1, co. 52 L. n. 103 del 2017*, in *Arch. pen.*, 22 maggio 2018, 3-5 e 11; MARANDOLA A., *Ambiti e limiti dell’autonoma valutazione del giudice cautelare*, in *Cass. pen.*, 2017, 1664 («La portata del controllo è necessariamente conformata alla struttura della motivazione e alle condizioni richieste per l’adempimento del relativo obbligo, sussistendo un’inscindibile correlazione tra la tecnica di redazione della motivazione (o forma dell’argomentazione) e il suo controllo di merito e di legittimità»); MARANDOLA A., *Il mutato (aggravato) contenuto dell’atto d’impugnazione e la sua inammissibilità*, in *Giur. it.*, 2017, 2289; MARANDOLA A., *L’appello riformato*, Padova, 2020, 111 e 113 («Al rafforzamento dell’obbligo di motivazione imposto dalla nuova strutturazione della lett. e) dell’art. 546, co. 1 c.p.p. non può non estendersi simmetricamente la modifica sui requisiti di contenuto e di specificità dell’atto di impugnazione. [...] È palese il raccordo con il modificato art. 546, co. 1 lett e) c.p.p.: solo assicurando una più razionale struttura della motivazione in fatto si può rafforzare l’onere di enunciazione specifica, a pena di inammissibilità, dell’atto di gravame»); NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell’atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C. IASEVOLI, Napoli, 2018, 351 e 357-358, nonché 361 e 365-369; PALMA A. U., *Agnosticismi metodologici nel redde rationem giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4832; PECORELLA G., *Più luci che ombre nella riforma della motivazione e dell’appello penale*, in *Cass. pen.*, 2019, 475 e *passim*. (ove si afferma, ad esempio, che «tutta la riforma è contenuta nell’idea-guida secondo cui la costruzione di un modello legale della motivazione della decisione di merito si accorda con l’onere di specificità dei motivi di impugnazione. La logica di fondo dell’intervento modificativo, in chiave sistematica, è – in altre parole – questo: al rafforzamento dell’obbligo di motivazione imposto dalla nuova struttura dell’art. 546 c.p.p. si correla una simmetrica estensione dei requisiti di contenuto e specificità dell’atto di impugnazione» [478]; in part., 483-486); PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale. Obblighi di motivazione fra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006, 98; RIGO F., *La struttura della sentenza secondo la legge di riforma n. 103 del 2017*, in *Giur. it.*, 2017, 2283 («Con il nuovo testo degli artt. 546 e 581 c.p.p. si è voluto istituire un raccordo funzionale fra motivazione della sentenza di primo grado e la redazione dei motivi di impugnazione»); SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, (a cura di) G. DI CHIARA – V. PATANÈ – F. SIRACUSANO, Milano, 2018, 703; SPANGHER G. – SURACI L., *Le impugnazioni penali. Modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pisa, 2020, 162; SURACI L., *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 227-228;

Banalmente, calare il paradigma della motivazione rafforzata in questa sede conduce al compimento di un'operazione che, in linea teorica, appare scontata ma, nella pratica, non è raro che venga elusa o attuata superficialmente; ovverosia: la descrizione, da parte del giudice d'appello, dell'analitico confronto intercorso con la pronuncia impugnata e la spiegazione delle ragioni per cui si è scelto di procedere a una sua rivisitazione (totale o parziale).

Nel caso di mutamento decisionale fra primo e secondo grado, giustificare in modo rinforzato significa: i) innanzitutto, dimostrare che si è sviscerato il provvedimento criticato, esponendo le attività di giudizio – sia ‘mentali’ (es. applicazione di una norma in precedenza non considerata) sia ‘materiali’ (es. rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale) – al riguardo compiute; ii) successivamente, rendere conto del perché si è condiviso oppure si è ritenuto erroneo o inesatto il *decisum* contestato e quali sono le ragioni fondanti – a livello logico e probatorio – la nuova decisione che si assume.

Come proviamo a illustrare nei prossimi sotto-paragrafi, pare che la giurisprudenza abbia elaborato un “rafforzamento motivazionale variabile” in materia, collegando la tipologia di argomentazione rinforzata pretesa al tipo di conclusione raggiunta all'esito dell'appello: conferma; ribaltamento (riforma integrale); correzione/integrazione (riforma parziale).

I.1. LA RIFORMA (TOTALE O PARZIALE) DELLA SENTENZA IMPUGNATA: UN RAFFORZAMENTO MOTIVAZIONALE VARIABILE TRA PRIMO E SECONDO GRADO

In tema di modifica in secondo grado della decisione impugnata, la giurisprudenza richiede un ragionamento argomentativo diversamente modulato in ragione della pronuncia che si intende emanare.

Per parlare di “rafforzamento motivazionale” in appello è comunque necessario che intervenga un mutamento del provvedimento di primo grado, con effetti o peggiorativi o migliorativi (anche soltanto parziali) della situazione giuridica a esso sottostante. Dovendo registrarsi una difformità – ancorché non totale – tra le due sentenze, rimangono fuori dalla portata applicativa dell'istituto in esame le ipotesi di mera conferma, che non variano in alcun modo lo stato delle cose¹²⁹¹.

ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione dibattimentale di primo grado*, Padova, 2019, 136 e 138, nonché 153 e 234.

¹²⁹¹ Cfr. Cass., Sez. II, 19 novembre 2018, n. 52085 («È evidente come il principio ora richiamato [*i.e.* quello di motivare in modo rafforzato] non rilevi nel caso in esame, in assenza di una “situazione di conflitto valutativo delle prove”») e Cass., Sez. II, 20 dicembre 2018, n. 57765 («Quando le decisioni dei giudici di primo e di secondo grado siano concordanti, la motivazione della sentenza di appello si salda con quella precedente per formare un unico, complesso corpo argomentativo. Nel caso in cui, invece, per diversità di apprezzamenti, per l'apporto critico delle parti e/o per le nuove eventuali acquisizioni probatorie, il giudice di appello ritenga di pervenire a conclusioni diverse da quelle accolte dal giudice di primo grado, non può allora egli risolvere il problema della motivazione della sua decisione inserendo nella struttura argomentativa di quella di primo grado genericamente richiamata delle notazioni

L'obbligo di motivare in modo rinforzato dipende, inoltre, dalla struttura e dalla funzione che il giudizio di secondo grado assume alla luce delle attività che, in concreto, in esso si svolgono: attività che conferiscono ulteriore peculiarità al paradigma della motivazione rafforzata applicato in questa sede.

Se in appello la vecchia base probatoria viene alterata, ad esempio dall'ingresso di prove sopravvenute, si celebra di fatto un nuovo giudizio o, com'è stato definito, un «*secondo giudizio di primo grado*» avente a oggetto «un “caso” che è diverso da quello del primo giudice»¹²⁹². La sentenza adottata all'esito di questo giudizio sarà argomentata in modo rinforzato soltanto in merito alle prove acquisite anche in prima istanza, mentre non potrà ovviamente esservi alcun confronto – e, dunque, nessuna possibilità di rafforzamento motivazionale – relativamente a quegli elementi probatori assunti soltanto in grado d'appello¹²⁹³.

Se, all'opposto, si realizza una *revisio prioris instantiae* perché gli elementi da valutare rimangono i medesimi e il controllo d'appello si esercita quindi tendenzialmente sulle sole carte, la necessità di irrobustire la motivazione del secondo giudizio, ove quest'ultimo diverga dal primo, si fa maggiormente sentire, giacché la fondatezza della seconda decisione passa necessariamente e *prevalentemente* dalla dimostrazione d'irragionevolezza della prima¹²⁹⁴; a meno che, s'intende, non si abbia a che fare con un palese errore di diritto, al quale si può pacificamente porre rimedio attraverso una mera e superficiale correzione materiale¹²⁹⁵.

critiche di dissenso, in una sorta di ideale montaggio di valutazioni e argomentazioni fra loro dissonanti, essendo invece necessario che egli riesamini, sia pure in sintesi, il materiale probatorio vagliato dal giudice di primo grado, consideri quello eventualmente sfuggito alla sua delibazione e quello ulteriormente acquisito, per dare, riguardo alle parti della prima sentenza non condivise, una nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni»). In dottrina, fra gli altri, rileva questa circostanza ALGERI L., *Il nuovo volto dell'appello*, cit., 392.

¹²⁹² IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 878.

¹²⁹³ Cfr. Cass., Sez. V, 14 settembre 2017, n. 54300; Cass., Sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44590; Cass., Sez. V, 13 febbraio 2015, n. 6415; Cass., Sez. III, 23 maggio 2013, n. 43723; Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 1514; Cass., Sez. VI, 29 aprile 2009, n. 22120.

¹²⁹⁴ V. Cass., Sez. I, 19 settembre 2017, n. 42793, la quale – in ipotesi di ribaltamento dell'assoluzione in condanna – afferma che «la motivazione della sentenza di appello che riformi la sentenza di primo grado si caratterizza per un obbligo peculiare, che si aggiunge a quello generale della non manifesta illogicità e non contraddittorietà, evincibile dall'art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p. Si è in proposito parlato anche di “obbligo rafforzato”. [...] La ragione dell'inadeguatezza strutturale di una decisione di appello che, pur in astratto correttamente motivata in sé considerata, non dimostri di essersi anche confrontata con le diverse ragioni della sentenza riformata, risulta dalla documentata non applicazione della regola di giudizio secondo la quale l'affermazione di responsabilità è possibile solo quando la colpevolezza risulta “al di là di ogni ragionevole dubbio” (art. 533, co. 1 c.p.p.)» In senso analogo, Cass., Sez. IV, 7 luglio 2008, n. 37094: «Il giudice d'appello può pervenire a una ricostruzione del fatto difforme da quella effettuata dal giudice di primo grado, ma in tal caso, per non incorrere nel vizio di motivazione, ha l'onere di tenere conto delle valutazioni in proposito svolte da quest'ultimo e di indicare le ragioni per le quali intende discostarsene». In dottrina: SAPONARO L., *Motivazione rafforzata in caso di ribaltamento del giudizio in appello*, cit., 2261.

¹²⁹⁵ In Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 6514 e Cass., Sez. IV, 14 marzo 2017, n. 19036 si legge espressamente che «il giudice d'appello, che riformi la decisione assolutoria di primo grado, assolve correttamente all'obbligo di motivazione rafforzata, senza violare il principio del ragionevole dubbio, nel caso in cui la condanna sia conseguenza

A tal proposito, la Cassazione ha affermato che «il ribaltamento dello statuto decisorio in sede di gravame [...] deve fondarsi non su una semplice divergenza di apprezzamento tra giudici orizzontalmente proiettati verso un reciprocamente autonomo sindacato dello stesso materiale di prova, ma sul ben diverso versante di un supposto errore di giudizio che l'organo della impugnazione reputi di addebitare al giudice di primo grado, alla luce delle circostanze dedotte dagli appellanti e in funzione dello specifico tema di giudizio che è stato devoluto. A una plausibile ricostruzione del primo giudice, non può, infatti, sostituirsi *sic et simpliciter*, la altrettanto plausibile – ma diversa – ricostruzione operata in sede di impugnazione (ove così fosse, infatti, il giudizio di appello sarebbe null'altro che un mero doppione del giudizio di primo grado, per di più “a schema libero”), giacché, per ribaltare gli esiti del giudizio di primo grado, deve comunque essere posta in luce la censurabilità del primo giudizio; e ciò sulla base di uno sviluppo argomentativo che ne metta in luce le carenze o le aporie che giustificano un diverso approdo sui singoli contenuti che hanno formato oggetto dei motivi di appello. La sentenza di appello, dunque, ove pervenga a una riforma (specie se radicale) di quella di primo grado, deve necessariamente misurarsi con le ragioni addotte a sostegno del *decisum* dal primo giudice, e porre criticamente in evidenza gli elementi, in ipotesi, sottovalutati o trascurati, e quelli che, al contrario, risultino inconferenti o, peggio, in contraddizione, con la ricostruzione di fatti e della responsabilità poste a base della sentenza appellata»¹²⁹⁶.

In questa direzione, traendo spunto (anche) da tali affermazioni, la Suprema Corte ha puntualizzato che «il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato. Tale principio si è andato ulteriormente sviluppando dopo l'innovazione

della correzione di un errore di diritto, decisivo ai fini dell'assoluzione, nel quale sia incorso il primo giudice». A nostro parere, in tal caso non occorre nemmeno parlare di “obbligo di motivazione rafforzata”.

¹²⁹⁶ Cass., Sez. II, 18 novembre 2014, n. 50643. Cfr. Cass., Sez. II, 3 maggio 2017, n. 32907: «Secondo il consolidato orientamento della Cassazione, in tema di motivazione della sentenza il giudice di appello, sia che riformi la decisione di condanna di primo grado sia che riformi una decisione assolutoria, ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio alternativo ragionamento probatorio e di confutare in modo dettagliato e specifico i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato. Si è infatti osservato che, in tali fattispecie, la motivazione della sentenza di appello si caratterizza per un obbligo peculiare e “rafforzato” di tenuta logico-argomentativa, che si aggiunge a quello generale della non apparenza, non manifesta illogicità e non contraddittorietà (art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p.), dovendo il giudice di appello non solo indicare l'*iter* logico argomentativo posto a sostegno del proprio alternativo ragionamento probatorio ma anche confutare specificamente i più rilevanti argomenti contenuti nella motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, non potendosi limitare a imporre la propria valutazione del compendio probatorio perchè ritenuta preferibile a quella del primo giudice».

introdotta dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, che all'art. 5 ha modificato il canone dell'art. 533 c.p.p. (“al di là di ogni ragionevole dubbio”, ove va specificato, quanto al termine “dubbio”, che, naturalmente, non va inteso in senso psicologico ma come esito di un percorso argomentativo che rispetti la logica e le effettive emergenze processuali e, quanto all'aggettivo “ragionevole”, che non si ha riguardo a un dubbio qualsiasi ma a un dubbio qualificato)»¹²⁹⁷.

Ed è proprio su quest'ultimo piano, cioè sul piano della ragionevolezza decisoria (*i.e.* alta credibilità logico-razionale), che è possibile cogliere il nesso tra onere di rafforzamento motivazionale e *standard* probatorio¹²⁹⁸. Più specificamente ancora, tra il tessuto narrativo del ragionamento giudiziale e il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹²⁹⁹.

¹²⁹⁷ Cass., Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 43855.

¹²⁹⁸ Si potrebbe finanche dire che la motivazione rafforzata non soltanto rinsalda la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (indifferentemente intesa o come standard o come metodo di prova: cfr. IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 436), ma si atteggia essa stessa come standard da superare o, meglio, come metodo al quale bisogna necessariamente attenersi ai fini della legittimità della decisione assunta (nelle ipotesi, beninteso, di fattispecie da motivazione rafforzata: cioè, laddove – *ex lege* o prasseologicamente – sia richiesto di adempiere tale onere motivazionale). Cfr. Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571: «È evidente, in altri termini, che il ragionevole dubbio non assorbe il principio della motivazione rafforzata, ma di esso entra a far parte, costituendo specificazione del già consolidato principio che la sentenza di secondo grado di totale riforma di quella del primo giudice deve caratterizzarsi per una nuova e compiuta struttura motivazionale, che, non solo sia autosufficiente, ma contenga anche la specifica confutazione degli argomenti posti dal primo giudice a fondamento della diversa decisione. È stato, perciò, condivisibilmente affermato che il principio della motivazione rafforzata “ha carattere generale e, *mutatis mutandis*, non può non trovare applicazione anche nella ipotesi in cui, in secondo grado, intervenga assoluzione, in radicale riforma della sentenza di condanna pronunciata dal primo giudice. Invero, non è certo l'epilogo decisivo *in malam partem* ciò che obbliga il secondo giudicante a una motivazione “rafforzata”, ma il fatto che appare necessario scardinare l'impianto argomentativo-dimostrativo di una decisione assunta da chi ha avuto contatto diretto con le fonti di prova” (Cass., Sez. V, 6 maggio 2014, n. 21008)». Osserva CONTI C., *Ragionevole dubbio e 'scienza delle prove': la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 1-2 che «la regola *bard* non è implementata mediante sterili criteri quantitativi, difficili tanto da riempire di contenuto quanto da rendere controllabili e “coercibili”, al fine di evitare pericolosi slittamenti verso l'intuizionismo giudiziale. Viceversa, il criterio in esame diventa un metodo di valutazione delle prove fedelmente riprodotto dalle cadenze di una motivazione logica, coerente e completa». Dal momento che alla regola b.a.r.d. – ovverosia, al «timone del dubbio» (come lo definisce Conti) – si differenzia l'obbligo di motivazione, è possibile sostenere che l'onere motivazionale rinforzato rappresenti un parametro ulteriore e, per l'appunto, a sé stante (rispetto al ragionevole dubbio) al quale attenersi ai fini del giudizio (e della sua giustificazione) in tutte quelle ipotesi in cui ci si trovi dinanzi a fattispecie da motivazione rafforzata.

¹²⁹⁹ V. Cass., Sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano: «La regola “oltre ogni ragionevole dubbio” pretende dunque (ben al di là della stereotipa affermazione del principio del libero convincimento del giudice) percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standard conclusivi di alta probabilità logica, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova. In questa prospettiva risulta chiara la stretta correlazione, dinamica e strutturale, tra tale regola basilare e le coesistenti garanzie proprie del processo penale: presunzione di innocenza dell'imputato, onere della prova a carico esclusivo dell'accusa, obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie e giustificazione razionale delle stesse».

Il criterio canonizzato dall'art. 533 c.p.p., oltre a «permea[re] l'intero sistema processuale»¹³⁰⁰ e così *orientare* in modo ubiquitario l'accertamento penale¹³⁰¹, prescrive la solidità argomentativa della pronuncia di colpevolezza, che – nel riscontrare (la bontà del)l'ipotesi accusatoria – non deve lasciar «neppure concepire una prova che potrebbe smentire [tale] asserto»¹³⁰². Se la tesi d'accusa è foriera di almeno un dubbio ragionevole, l'imputazione crolla¹³⁰³.

Traducendo la regola *b.a.r.d.* in seno alla motivazione del giudice d'appello che modifichi la decisione di primo grado facendo leva sul ragionevole dubbio, ci si accorge che è proprio tale criterio a determinare una variazione nella “forza persuasiva” della seconda sentenza, a seconda che si condanni o che si assolva¹³⁰⁴. Questo perché, in misura maggiore che in prima istanza (dove, parimenti, la prova della colpevolezza deve varcare la soglia *de qua* per vincere la presunzione di innocenza), nel giudizio di seconde cure, per aversi condanna a fronte di una precedente pronuncia assolutoria in cui sia emerso un dubbio ragionevole, occorre anzitutto che quest'ultimo sia rimosso o decostruito con un ragionamento “in negativo” (un ragionamento, cioè, che dimostri

¹³⁰⁰ Cass., Sez. I, 14 maggio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 759. Si tratta di una posizione espressa già da Federico Stella in STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 155. Osserva CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 49 che «è significativo come la prassi abbia restituito il ruolo naturale di cornice di principio al canone bard, che è stato utilizzato quale criterio interpretativo di diverse norme del codice piuttosto che come regola di giudizio immediatamente operativa. Così la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare come la regola sul ragionevole dubbio venga a inserirsi nel complesso delle “coesistenti garanzie, proprie del processo penale, rappresentate: ... dalla presunzione di innocenza dell'imputato; ... dall'onere della prova a carico dell'accusa; ... dalla regola di giudizio stabilita per la sentenza di assoluzione in caso di insufficienza, contraddittorietà e incertezza della prova d'accusa; ... dall'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie” (Cass., Sez. I, 8 maggio 2009, Manickam: “La regola di giudizio dell'oltre il ragionevole dubbio pretende percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione ragionevole della decisione, standards conclusivi di alta probabilità logica in termini di certezza processuale, essendo indiscutibile che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova” [; analogamente: Cass., Sez. I, 21 aprile 2010, n. 19933, rel. Margherita Cassano])».

¹³⁰¹ Riprendendo le affermazioni di DALIA G., *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Milano, 2018, 118 e 173, possiamo dire che «il ragionevole dubbio non deve operare limitatamente a questo o quell'aspetto della responsabilità dell'imputato, ma è opportuno che inglobi l'accertamento di reità nella sua interezza», essendo *tout court* auspicabile – anche per ragioni di coerenza – la «generalizzabilità di una epistemologia giudiziaria basata sulla clausola del ragionevole dubbio». Similmente, SANTORIELLO C., *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 25-26 («La logica dell'oltre ogni ragionevole dubbio dunque non è solo guida per la decisione ma anche direttiva per l'istruttoria e ciò in quanto il giudice deve verificare se il dubbio sulla liceità del ricorso ad uno strumento probatorio non determini anche un'incertezza sulla fondatezza della accusa»).

¹³⁰² CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 198.

¹³⁰³ Analogamente a quanto avviene in ambito scientifico dopo il post-positivismo, anche in ambito giuridico, odiernamente, il riscontro di una smentita invalida l'intera ricostruzione teorica che su di essa si regge (in questo caso: il teorema accusatorio).

¹³⁰⁴ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino: «In tema di motivazione della sentenza, il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato».

l'infondatezza o l'inesistenza del dubbio ragionevole in precedenza ritenuto esistente). Viceversa, per smontare una qualsiasi pronuncia di reità, è sufficiente argomentare "in positivo" sull'esistenza di una razionale ipotesi alternativa, sostenuta probatoriamente. Per questo motivo, la motivazione rafforzata si caratterizza per una difficoltà argomentativa diversa se si vuol condannare o assolvere per motivi attinenti al ragionevole dubbio¹³⁰⁵.

Riepiloghiamo ora le diverse forme di manifestazione dell'onere giustificativo rinforzato in sede d'appello, passando in rassegna le tre ipotesi tipiche di riforma della decisione di primo grado: dall'assoluzione alla condanna (§ I.1.1); dalla condanna all'assoluzione (§ I.1.2); dall'assoluzione o dalla condanna all'assoluzione o alla condanna parzialmente riformata (§ I.1.3). Di queste tre situazioni indichiamo, oltre alle "condizioni di validità" attraverso cui si dispiega l'obbligo di motivazione rafforzata, altresì quale sia la relativa tutela sanzionatoria in caso di violazione della metodica di giudizio e di giustificazione *de qua* (§ I.2)¹³⁰⁶.

I.1.1. DALL'ASSOLUZIONE ALLA CONDANNA: ARGOMENTAZIONE DALLA "FORZA PERSUASIVA SUPERIORE"

Si è detto che «il giudice d'appello che riformi la decisione di primo grado ha l'onere di esaminare tutti gli elementi acquisiti, di valutare la loro valenza probatoria e di spiegare le ragioni sottese a un diverso epilogo decisionale»¹³⁰⁷. Nel farlo, è tenuto a «mette[re in] luce le carenze e le

¹³⁰⁵ Testualmente, Cass., Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 43855: «La motivazione della sentenza di riforma in grado di appello deve essere particolarmente attenta e il giudice di appello, allorché prospetti ipotesi ricostruttive del fatto alternative a quelle ritenute dal primo giudice, non può limitarsi a formulare una mera possibilità, come esercitazione astratta del ragionamento, ma deve riferirsi a concreti elementi processualmente acquisiti. Il principio della "motivazione rafforzata" viene espresso, come noto, talora in termini meno assoluti, talaltra in termini più forti». In questa prospettiva paiono muoversi tutte quelle pronunce ove si afferma che «il giudizio di condanna presuppone la certezza processuale della colpevolezza, mentre all'assoluzione deve pervenirsi in tutti quei casi in cui vi sia la semplice "non certezza" e, dunque, anche il "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza» (*ex plurimis*: Cass., Sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 5896; Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise; Cass., Sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano; Cass., Sez. II, 17 novembre 2015, n. 6296; Cass., Sez. II, 10 ottobre 2014, n. 677; Cass., Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 12273; Cass., Sez. III, 27 settembre 2012, n. 42007; Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2011, n. 4996; Cass., Sez. VI, 22 novembre 2011, n. 20656).

¹³⁰⁶ Per trasparenza, evidenziamo che ci riportiamo, estendendole un poco, alle considerazioni che abbiamo avuto occasione di svolgere in CECCHI M., *La "motivazione rafforzata"*, cit., 1128-1142.

¹³⁰⁷ Cass., Sez. I, 23 marzo 2015, n. 17004. Conformi: Cass., Sez. V, 2 ottobre 2017, n. 45287; Cass., Sez. I, 14 marzo 2017, n. 12316; Cass., Sez. I, 27 marzo 2015, n. 13031; Cass., Sez. I, 23 gennaio 2015, n. 3334; Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2015, n. 10130 («La sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, *anche* avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella della decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata a elementi di prova diversi o diversamente valutati. [...] Dal momento che non si rinvergono nella motivazione della decisione impugnata quei *necessari passaggi argomentativi* – uniti a una ragionata valutazione di elementi probatori eventualmente

contraddizioni di quella decisione sulla base di uno sviluppo argomentativo che si confronti con le ragioni addotte a sostegno del *decisum* impugnato»¹³⁰⁸. Successivamente, deve poi provvedere a «delineare le linee portanti del proprio, alternativo ragionamento probatorio e confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento»¹³⁰⁹. Questo giudizio può essere eventualmente vagliato dalla Cassazione, la quale – nel caso – accerta se «l'*iter* logico argomentativo seguito dal giudice dell'impugnazione sia stato fondato sulla disamina di tutte le prove acquisite oppure abbia pretermesso altre, decisive informazioni»¹³¹⁰.

Com'è noto, l'obbligo di motivare in modo rafforzato trova una delle sue classiche applicazioni – di più: la sua classica applicazione, al momento – nell'ipotesi di ribaltamento in appello dell'assoluzione disposta in primo grado¹³¹¹.

Al riguardo, l'ordinamento convive da sempre con una specie di “senso di colpa” che lo affligge e che nasce dalla incoerenza logica per cui è possibile condannare un uomo oltre ogni ragionevole dubbio nonostante vi siano due pronunce (entrambe giuridicamente fondate e ragionevoli ma) di segno inverso sulla medesima vicenda, essendo – affinché ciò accada – sufficiente che la pronuncia di condanna arrivi per ultima.

pretermessi o alla evidenziazione di aspetti cruciali non considerati dal giudice di primo grado – atti a sostenere in maniera convincente il sovvertimento della decisione del Tribunale, ne discende la necessità di ritenere congruo e appropriato l'apprezzamento della fattispecie operato in primo grado, sfociato nella formula assolutoria»); Cass., Sez. I, 23 luglio 2014, n. 32793; Cass., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 25249; Cass., Sez. I, 10 novembre 2010, n. 39663; Cass., Sez. VI, 29 aprile 2009, n. 22120; Cass., Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 42033.

¹³⁰⁸ Cass., Sez. II, 20 dicembre 2018, n. 57765. Conformi: Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2019, n. 2004 (ove si parla espressamente di un «obbligo di dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza del primo giudice, con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da una completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata a elementi di prova diversi o diversamente valutati»); Cass., Sez. III, 6 giugno 2017, n. 30159; Cass., Sez. IV, 23 marzo 2017, n. 18786; Cass., Sez. IV, 30 gennaio 2017, n. 4222; Cass., Sez. III, 19 gennaio 2017, n. 9139; Cass., Sez. II, 9 aprile 2015, n. 17812; Cass., Sez. II, 18 novembre 2014, n. 50643; Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922; Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762. In ogni caso, com'è stato scritto, «motivazione “rafforzata” non significa necessariamente motivazione “diffusa”, “ampia”, postulando essa solo e soltanto il confronto puntuale e appunto argomentato con ogni passaggio su cui poggia la decisione riformata, così da offrire un'esposizione convincente e ragionata delle ragioni del diverso – opposto – esito decisorio» (Cass., Sez. VI, 18 aprile 2019, n. 17112).

¹³⁰⁹ Cass., Sez. IV, 13 maggio 2015, n. 19748. Conformi: Cass., Sez. fer., 12 ottobre 2018, n. 46496; Cass., Sez. IV, 21 aprile 2016, n. 19175; Corte d'appello Cagliari, Sez. I, 21 aprile 2015, n. 520; Cass., Sez. III, 27 novembre 2014, n. 6817; Cass., Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 45061; Cass., Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 12273; Cass., Sez. V, 22 ottobre 2013, n. 45203; Cass., Sez. III, 12 giugno 2013, n. 25806; Cass., Sez. VI, 21 novembre 2012, n. 49755.

¹³¹⁰ V., ad es., DANIELE M., *Rinnovazione orale delle prove dichiarative e motivazione rafforzata: un binomio epistemico*, in www.discrimen.it, 3 febbraio 2021, 2 («La motivazione rafforzata viene in gioco nei casi di ribaltamento della sentenza di primo grado, e possiede una serie di connotati ormai ben sedimentati nel *case-law*», ovverosia: i) sovrapposizione; ii) confutazione; iii) forza persuasiva superiore).

¹³¹¹ Cass., Sez. I, 9 giugno 2009, n. 23813.

Per ricomporre questa «ontologica contraddittorietà della decisione sulla colpevolezza dell'imputato, derivante da due sentenze dal contenuto antitetico pur essendo entrambe fondate sulle medesime prove»¹³¹², negli anni si sono previsti e configurati una pluralità di rimedi, anche strutturali¹³¹³, che hanno aggiunto oneri processuali in capo alle parti e/o al giudice e che, più o meno indirettamente, hanno rinsaldato/rinforzato la necessità che sia «razionalmente giustificato il rovesciamento della statuizione assolutoria in quella di condanna»¹³¹⁴. Ognuno di questi accorgimenti o interventi (es. obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale sulla prova dichiarativa decisiva¹³¹⁵) è infine ricaduto, immancabilmente, sulla motivazione: perché è in tale istituto che, in via generale, il sistema ripone la garanzia ultima della propria razionalità. Nella parte motiva del provvedimento – specchio delle 'ragioni' e degli argomenti¹³¹⁶ – tutte le altre garanzie sono destinate a confluire, perché di tali garanzie la motivazione offre – o dovrebbe offrire – trasparente testimonianza e, soprattutto, di tali garanzie condensa il risultato finale.

¹³¹² Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan.

¹³¹³ CAPONE A., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ottobre 2018, 2 ricorda ad esempio che, «per superare l'appello cartolare, sono state proposte soluzioni diversissime: abolizione dell'appello contro il proscioglimento, appello rescindente, appello a cognizione circoscritta ai motivi, rinnovazione integrale». Sul punto, cfr. altresì CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012, 1110-1119 e SPANGHER G. – SURACI L., *Le impugnazioni penali*, cit., 77-83.

¹³¹⁴ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino.

¹³¹⁵ Sulla rinnovazione, *ex multis*: AIUTI V., *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1440 ss.; AIUTI V., *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, (a cura di) A. MARANDOLA – T. BENE, Milano, 2017, 243 ss.; BELLUTA H. – LUPÁRIA L., *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 159 ss.; CANESCHI G., *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 821 ss.; CAPONE A., *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1007 ss.; CHINNICI D., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 102; CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 753-756; LORENZETTO E., *Reformatio in melius. Per le Sezioni unite la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale non è obbligatoria*, www.ilpenalista.it, 25 giugno 2018; SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., 819-821; TESORIERO S., *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, 3668 ss.; TESORIERO S., *Riforma della sentenza e apertura dell'istruttoria in appello*, in *Arch. pen.*, 2017, 2; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 929-932.

¹³¹⁶ Utilizza frequentemente queste espressioni Giovanni Canzio; v.: CANZIO G., *Intervento*, in AA. VV., *Trascrizione degli interventi* – Tavola rotonda: *La motivazione dei provvedimenti giudiziari*, Firenze, 8 maggio 2017; CANZIO G., *Intervento*, Firenze, 11 maggio 2018 (<https://discrimen.it/videos/la-recente-legislazione-penale-corso-di-perfezionamento-in-diritto-e-procedura-penale/>). Parla della «motivazione quale specchio che riflette il prodotto giudiziario; discorso giustificativo dell'opera, che consente di misurarla in termini di qualità e quantità» NOBILI M., *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Crit. dir.*, 1997, 123. Altresì CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, cit., 665 ricorre a tale espressione, laddove afferma che «la motivazione è il rendiconto, scritto nella sentenza, dei motivi di fatto e di diritto che hanno portato il giudice a quella conclusione (quasi, si potrebbe dire, il giornale di viaggio della sua logica), il tramite indispensabile per introdurre il lettore dentro il pensiero del giudice, per dargli la possibilità di controllare se, nella strada dei suoi sillogismi, vi sia stata, in qualche punto, una caduta o una deviazione dal retto cammino. La motivazione diventa così lo specchio rivelatore degli errori del giudice».

Negli anni, si è perciò insistito sul potenziamento del versante motivazionale e, a partire dalle Sezioni unite Andreotti (2003) e Mannino (2005)¹³¹⁷, si è cominciato ad affinare l'idea di un "particolare dovere di motivare", odiernamente definito anche «imparagonabile impegno argomentativo»¹³¹⁸, volto a disarticolare il ragionamento su cui si regge il provvedimento che si vuol riformare e a mettere in evidenza le più salde ragioni costitutive la nuova decisione adottata.

È interessante osservare che nell'ambito dello stesso mutamento decisorio, cioè quello da assoluzione a condanna, si è giunti a differenziare i requisiti e le condizioni di legittimità del *reddere rationem* rispetto a certe stereotipate situazioni processuali, che andiamo adesso a esemplificare.

Non occorre alcun particolare rigore motivazionale (ulteriore a quello ordinario) se il vizio evidente che si riscontra è «un errore di diritto, decisivo ai fini dell'assoluzione»¹³¹⁹ (es. erronea dichiarazione circa l'esistenza, o meno, di una condizione di procedibilità): in questo caso, per condannare è sufficiente una correzione materiale, purché – beninteso – l'impianto accusatorio non patisca altre deficienze.

Viceversa, se la riforma *in peius* non dipende dalla rettifica di un palese *error iuris* ma è l'esito di una rivisitazione dell'accertamento (in fatto e/o in diritto) precedentemente compiuto, allora si delinea «un obbligo peculiare, che si aggiunge a quello generale della non manifesta illogicità e non contraddittorietà, evincibile dall'art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p., in quanto il giudice d'appello deve anche confrontarsi in modo specifico e completo con le argomentazioni contenute nella prima sentenza» e negli atti di impugnazione, affinché la motivazione del provvedimento «risulti sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve rivelarsi quindi non più sostenibile a fronte di quella riformatrice, neppure nel

¹³¹⁷ Le due pronunce si sono in realtà inserite in un contesto in parte già arato. Cfr., ad esempio: Cass., Sez. I, 9 febbraio 1990, n. 4333; Cass., Sez. un., 4 febbraio 1992, n. 6682, Musumeci; Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381; Cass., Sez. I, 27 giugno 1995, n. 8009; Cass., Sez. II, 12 dicembre 2002, Contrada; Cass., Sez. IV, 29 novembre 2004, Marchiorello; Cass., Sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri. In dottrina, AIUTI V., *Il ribaltamento della condanna in appello*, in *Cass. pen.*, 2013, 4063 individua la genesi del fenomeno già a partire dalla giurisprudenza degli anni Settanta e Ottanta, di cui riporta le seguenti pronunce: Cass., Sez. V, 21 giugno 1974, n. 8218 (ove si parla di un obbligo di confutazione degli «argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado» a pena di nullità della sentenza d'appello per difetto di motivazione); Cass., Sez. VI, 16 marzo 1982, n. 7716; Cass., Sez. I, 25 ottobre 1983, n. 617.

¹³¹⁸ Cass., Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 43855.

¹³¹⁹ Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 6514; Cass., Sez. IV, 14 marzo 2017, n. 19036. V. altresì – la non del tutto condivisibile, poiché un onere argomentativo rinforzato si può porre, salvo si tratti di emendare *error iuris* grossolani, anche in relazione a profili controversi concernenti questioni di diritto – Cass., Sez. II, 6 agosto 2020, n. 23594, secondo cui occorre motivare rinforzatamente «solo con riferimento alle sole questioni relative all'accertamento e ricostruzione del fatto, perché la necessità, per il giudice di appello, di redigere una motivazione "rafforzata" sussiste solo allorché la riforma della decisione di primo grado si fonda su una mutata valutazione delle prove acquisite, e non anche quando essa sia legittimata da una diversa valutazione in diritto, operata sul presupposto dell'erroneità di quella formulata del primo giudice».

caso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza»¹³²⁰. Inoltre, in mancanza di elementi sopravvenuti o non vagliati in precedenza, non basta una valutazione peggiorativa la cui tenuta argomentativa sia «caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice» perché si possa condannare¹³²¹, essendo invece necessario il riferimento a dati fattuali e/o giuridici «che conducano univocamente al convincimento opposto rispetto a quello del giudice la cui decisione non si condivide»¹³²².

Breve: oltre a rilevare mancanze motivazionali della sentenza impugnata, legate a incongruenze e contraddittorietà interne o esterne alla medesima, spiegando diffusamente i motivi e i profili in cui tali carenze si sostanziano, occorre argomentare le ragioni a sostegno della diversa pronuncia che si adotta, senza lasciar residuare alcuna incertezza processuale sulla reità. In tal senso, è come se il provvedimento impugnato rappresentasse di per sé un “dubbio ragionevole *sui generis*” da vincere prima di passare ad affrontare (e superare, se si vuol condannare) tutti quei dubbi ragionevoli “tipici” che possono emergere dal panorama probatorio (complessivamente inteso¹³²³). La sentenza assolutoria impugnata (nell'ipotesi in cui il giudice abbia assolto per aver individuato uno o più dubbi ragionevoli: art. 530, co. 2 c.p.p.; in negativo: art. 533, co. 1 c.p.p.) costituisce insomma una sorta di dubbio ragionevole “atipico”, che si affianca al dubbio ragionevole “tradizionale”¹³²⁴.

¹³²⁰ Cass., Sez. I, 2 febbraio 2017, n. 42793. In dottrina, v. MARANDOLA A., *Ricostruzione “alternativa” del fatto e test di ragionevolezza del “dubbio” in appello*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, 7-8, secondo la quale «per riformare la decisione di proscioglimento di prime cure è necessario che la tesi prospettata vinca e superi la riferita regola di giudizio. L'ipotesi avanzata deve apparire, cioè, ragionevole e plausibile, vale a dire, idonea a neutralizzare la valenza degli elementi su cui riposa la decisione appellata. Difettando questo elemento – capace di scomporre e disarticolare la motivazione appellata e di offrire spessore o gravità al ragionevole dubbio, che è la misura del giudizio di responsabilità – non può ritenersi superato quel metro di valutazione per pervenire ad un *decisum* di colpevolezza».

¹³²¹ Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 1266. In senso conforme: Cass., Sez. VI, 10 luglio 2012, n. 46847; Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159.

¹³²² Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762. Si inserisce nel medesimo retroterra cognitivo, Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381 (ripresa da Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571, Marchetta), ove può leggersi che «l'alternativa della spiegazione di un fatto non attiene al mero possibilismo, come tale esercitazione astratta del ragionamento disancorata dalla realtà processuale, ma a specifici dati fattuali che rendano verosimile la conclusione di un *iter* logico cui si perviene senza affermazioni apodittiche».

¹³²³ La giurisprudenza ha precisato che «in materia di ribaltamento della sentenza assolutoria, incombe sul giudice di appello l'onere di fornire una motivazione rafforzata che si confronti con gli argomenti posti a sostegno della sentenza di assoluzione. Tale onere è generale e riguarda anche i casi in cui il compendio probatorio non abbia una struttura dichiarativa, ma si fondi su prove di altra natura (prova scientifica, documentale, intercettazioni, perquisizioni, sequestri ecc.)» (Cass., Sez. II, 27 luglio 2020, n. 22503 e Cass., IV, 17 aprile 2020, n. 12349. Analogamente: Cass., Sez. IV, 25 giugno 2020, n. 19216).

¹³²⁴ Cfr. CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 755: «Si può ritenere che l'assoluzione in primo grado (che, occorre sottolinearlo, si fonda non solo sulla mancata prova della colpevolezza, ma anche sul ragionevole dubbio dell'innocenza) vada a rafforzare la presunzione di non colpevolezza in appello». Evidenzia il ruolo della regola *b.a.r.d.* in materia, ALGERI L., *Il nuovo volto dell'appello*, cit., 393 sostenendo che «nel caso di riforma dell'assoluzione in condanna, [il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio] si sviluppa non solo come regola di giudizio ma anche come regola probatoria, obbligando il giudice di appello a rinnovare la prova che ritiene decisiva». Analogamente, ritiene il *beyond any reasonable doubt* un «metodo legale di giudizio» DELL'ANNO P., *Obbligo di motivazione e “ragionevole dubbio”*, cit., 529, il quale osserva altresì che «nella

Utilizzando un'espressione alla quale ricorre la giurisprudenza, si può dire che, a fronte dell'assoluzione in primo grado, la motivazione della sentenza di condanna in appello deve essere dotata di una «forza persuasiva superiore, tale da far venir meno ogni ragionevole dubbio»¹³²⁵. Questa “formula mantrica” (*i.e.* “forza persuasiva superiore”¹³²⁶) invoca la faticosa impresa che il giudice di seconde cure deve portare a termine: quella di un apprezzamento valutativo-giustificativo che abbia, da un lato, un'efficacia «*effettiva e scardinante*»¹³²⁷ la pronuncia impugnata (*pars destruens*) e, dall'altro lato, una capacità ricostruttiva autonoma e inappuntabile sotto il profilo b.a.r.d., sì da ribaltare l'assoluzione in condanna (*pars construens*).

richiamata prospettiva giurisprudenziale, il consolidamento della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio e la natura cartolare del giudizio di appello, impongono al giudice di seconde cure, proiettato a condannare l'imputato assolto in primo grado, di fornire una motivazione dotata di una maggiore forza persuasiva» (525-526). Sul punto, v. ancora DELL'ANNO P. – ZAMPAGLIONE A., *Prima condanna in appello tra riforma Orlando e recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 546 e 548 («L'oralità nell'assunzione di tali prove decisive, in questi casi, costituisce *condicio sine qua non* per una motivazione rafforzata che dia effettivamente conto del superamento della soglia del ragionevole dubbio. [...] Rispetto della decisione liberatoria, rafforzando significativamente la presunzione di innocenza, impone di riassumere le prove decisive impiegando il metodo che è, incontestabilmente, il migliore per la formazione e valutazione della prova, caratterizzato dall'oralità e dall'immediatezza attraverso l'apprezzamento diretto degli apporti probatori dichiarativi, rivelatisi decisivi per il proscioglimento in primo grado, da parte di un giudice di appello che avverta dubbi sul fatto che a un tale esito corrisponda la giusta decisione»), nonché BELLUTA H. – LUPÀRIA L., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2019, 9 e CATALANO E. M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 107-108.

¹³²⁵ *Ex multis*: Cass., Sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 5896; Cass., Sez. II 17 maggio 2017, n. 24478; Cass., Sez. III, 20 gennaio 2015, n. 19322; Cass., Sez. II, 10 ottobre 2014, n. 677; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2013, n. 45203; Cass., Sez. II, 19 marzo 2013, n. 12792; Cass., Sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 8705, *ivi* n. 254113; Cass., Sez. II, 10 luglio 2012, n. 46847. Fra le altre, riconoscono la necessità di «una forza persuasiva superiore, tale da far venir meno ogni ragionevole dubbio, anche in caso di impugnazione proposta dalla parte civile per le sole statuizioni civili» Cass., Sez. V, 14 settembre 2017, n. 54300 e Cass., Sez. III, 27 novembre 2014, n. 6817.

¹³²⁶ Sull'impiego del termine “persuasività” è critico AIUTI V., *Il ribaltamento della condanna in appello*, cit., 4064, il quale rileva i profili di indeterminatezza e soggettività che discendono inevitabilmente da tale parola. Su questo concetto, *ex multis*: MARANDOLA A., *Ricostruzione “alternativa”*, cit., 1; MARCHESE V., *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, in *Arch. pen.*, 2013, 1035; SANTORIELLO C., *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 355; SCARCELLA A., *Regola del b.a.r.d. nel giudizio d'appello e riforma “contra reum” della sentenza assolutoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 205. Parla di «motivazione ellittica» e di «esigenza di specifica confutazione» MORSELLI C., *La sentenza penale*, Torino, 2003, 57, secondo cui «il giudice d'appello che vada di difforme avviso rispetto a quello di prime cure ha l'obbligo di confutarne gli argomenti fondamentali e non può limitarsi a ritenere che quelle argomentazioni non scalfiscono il suo convincimento. La maggiore complessità e laboriosità della decisione sostitutiva (rispetto a quella sostituita) mira, nell'ipotesi considerata [*i.e.* da proscioglimento a condanna], a rendere palese il percorso logico e argomentativo seguito dall'organo *ad quem* e diretto a superare la presunzione (relativa) di corretta valutazione delle prove e retta applicazione della legge che assiste la sentenza di primo grado, e che costituisce un vincolo nella prospettiva della modifica radicale. D'altra parte, tale valore aggiuntivo pone le condizioni per verificare e controllare la decisione che prende il posto di quella riformata».

¹³²⁷ Cass., Sez. II, 19 novembre 2018, n. 52085.

Di fatto, questo onere motivazionale rinforzato può poi implicare il compimento di determinate attività processuali a esso prodromiche, le quali valgono ad arricchire la piattaforma conoscitiva del giudizio (*recte*: del giudice) d'appello¹³²⁸.

Se facciamo riferimento alla facoltà di disporre la rinnovazione istruttoria¹³²⁹, il giudice – al fine di redigere una motivazione rafforzata – è tenuto (o comunque indotto) a ricorrere ai poteri di cui all'art. 603, co. 1 c.p.p.; sollecitazione che, in caso di prova dichiarativa (decisiva¹³³⁰ ai fini

¹³²⁸ In tal senso, è significativo che Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta specifichi i riflessi della rinnovazione istruttoria sia «dal lato del giudice» sia «dal lato dell'imputato» e – indirettamente – delle altre parti. Parimenti indicativo è che Cass., Sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano evidenzi il fatto che «l'esigenza di una giustificazione legale e razionale della decisione non può retrocedere di fronte a una pretesa esigenza di automatica "simmetria" operativa tra primo e secondo grado di giudizio».

¹³²⁹ La rinnovazione istruttoria può riguardare tanto la prova dichiarativa quanto quella non dichiarativa. A quest'ultimo proposito, si immagini – ad esempio – il documento, magari anche già presente in atti e finanche utilizzato per le letture o le contestazioni (artt. 511 e ss. c.p.p.) ma comunque non adeguatamente valorizzato in primo grado, che la parte intenda far riassumere in appello in qualità di elemento probatorio decisivo nell'ambito della tesi ricostruttiva che sostiene oppure che il giudice, a fronte e nei limiti delle ricostruzioni proposte dalle parti, intenda rinnovare *ex officio* per esigenze di completezza dell'accertamento (artt. 506, 507 c.p.p.; 603, co. 3 c.p.p.). Sul punto, occorre ancora precisare quelle che sono le distinzioni tracciate dalla disciplina delineata dall'art. 603 c.p.p., sintetizzabile nei seguenti termini. Se la prova, dichiarativa o non dichiarativa, è stata richiesta dalle parti ed è utile al giudice che "ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti", questa può essere riassunta facoltativamente, ai sensi dell'art. 603, co. 1 c.p.p. Sempre in via facoltativa, la rinnovazione istruttoria viene disposta *ex officio* se il giudice "la ritiene assolutamente necessaria", ai sensi della «formula enfatica» (CORDERO F., *Procedura penale*, cit., 1125) dell'art. 603, co. 3 c.p.p. Se la prova, dichiarativa o non dichiarativa, è invece "sopravvenut[a] o scopert[a] dopo il giudizio di primo grado", questa deve essere obbligatoriamente rinnovata, ai sensi dell'art. 603, co. 2 c.p.p. Parimenti, deve essere obbligatoriamente rinnovata la prova dichiarativa (decisiva) se il pubblico ministero appella una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla sua valutazione, ai sensi dell'art. 603, co. 3-bis c.p.p. A nostro parere, per ragioni di coerenza sistematica e a tutela – quantomeno – del valore cognitivo del processo penale, la rinnovazione della c.d. "prova decisiva", sia essa dichiarativa o non dichiarativa, dovrebbe avvenire in ogni caso, com'è previsto per la c.d. "prova sopravvenuta".

¹³³⁰ Nonostante la previsione obbligatoria (essendo il verbo "dispone" all'indicativo presente) del nuovo art. 603, co. 3-bis c.p.p. circa la rinnovazione della prova dichiarativa (meglio: di qualsiasi prova dichiarativa), la giurisprudenza ha stemperato la portata illimitata della disposizione richiamando il concetto di "decisività" della prova dichiarativa da rinnovare. Presupposto, quello della "decisività", che – in una prospettiva d'insieme – si connette *anche* al profilo della specificità dei motivi d'appello ex art. 581 c.p.p., come non mancano di rilevare le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise). A proposito «della esatta portata dell'art. 603, co. 3-bis c.p.p.», BONZANO C., *Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma*, cit., 824-825 osserva che «è vero che la norma di nuovo conio nasce dal seme dell'orientamento espresso dai giudici di Strasburgo e ripreso dalla Suprema Corte; ma è pure innegabile che la gestazione parlamentare ha prodotto una creatura positiva solo simile e non anche identica alla matrice interpretativa che vi ha dato origine. [...] La regola positiva non è del tutto sovrapponibile a quella vivente che l'ha generata: forse il legislatore (nel pieno esercizio delle proprie prerogative) ha voluto impedire la clonazione perfetta; sta di fatto che, secondo la Suprema Corte, il dato positivo necessita comunque di essere interpretato in ossequio a un bilanciamento tra il canone dell'al di là del ragionevole dubbio e il principio del contraddittorio/immediatezza, da un lato, e l'esigenza di speditezza processuale sottesa alla riforma delle impugnazioni (segnatamente in materia di specificità dell'appello), dall'altro lato. Ne deriverebbe, neanche a dirlo, un ridimensionamento per via esegetica della portata dell'art. 603, co. 3-bis c.p.p. Si tratta di una scelta alla quale la decisione in commento [*i.e.* Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan] sembra voler aderire; eppure, gli esatti confini della fattispecie normativa risultano ancora sfuggenti, come dimostrano pure le eterogenee posizioni della dottrina sul punto, anche in ragione delle perduranti incertezze circa la funzione, l'utilità e i limiti oggettivi dell'esame rinnovato in appello».

dell'affermazione di responsabilità), diviene un vero e proprio obbligo (art. 603, co. 3-*bis* c.p.p.)¹³³¹. Così, anche sulla spinta delle istanze europee¹³³², il sintagma “forza persuasiva superiore” si riempie di contenuto, sicché oggi, in secondo grado, per poter legittimamente riformare in senso peggiorativo la pronuncia liberatoria di primo grado, è indispensabile: i) confezionare un provvedimento che vanti una logica, coerente e provata argomentazione decisoria, in cui si dia conto dell'analisi decostruttiva compiuta nei confronti della motivazione della sentenza impugnata; ii) aver disposto, ove obbligatoria, la rinnovazione istruttoria¹³³³.

Da quest'angolo visuale, le Sezioni unite Dasgupta (2016), Patalano (2017) e Pavan (2019) non fanno altro che esaltare il paradigma dell'obbligo motivazionale rinforzato perché, puntando sulla rinnovazione (*i.e.* sul confronto dialettico: orale e immediato), aumentano le garanzie procedurali e consolidano il valore cognitivo del processo affinché possa effettivamente redigersi una motivazione rafforzata¹³³⁴. In tal senso, deve essere altresì letta l'affermazione secondo cui il contraddittorio è «il metodo epistemologico più corretto e idoneo a superare l'intrinseca contraddittorietà fra due sentenze che, pur sulla base dello stesso materiale probatorio giungano a

¹³³¹ In giurisprudenza (anche prima della novella legislativa del 2017), *ex plurimis*: Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan; Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise; Cass., Sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano; Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta («Nel nostro ordinamento processuale il giudice di appello, che ripete tutti i poteri decisorii da quello di primo grado, e non ha di per sé, in base alla sua costituzione e all'ordinamento giudiziario, una “autorevolezza maggiore” di quello, può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio, sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative direttamente assunte dal primo giudice, solo a patto che nel giudizio di appello si ripercorrono le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado»); Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722; Cass., Sez. V, 13 marzo 2015, n. 29827; Cass., Sez. V, 30 settembre 2014, n. 52208; Cass., Sez. II, 16 settembre 2014, n. 6403; Cass., Sez. III, 7 gennaio 2014, n. 5907; Cass., Sez. V, 25 settembre 2013, n. 47106; Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566; Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085.

¹³³² *Ex multis*: Corte EDU, 5 ottobre 2011, Dan c. Moldavia, § 33; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, §§ 39-40; Corte EDU, 5 luglio 2016, Lazu c. Moldavia, § 40; Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, § 45; Corte EDU, 20 aprile 2018, Stoica c. Romania, §§ 40-47. In materia: BELLUTA H. – LUPÁRIA L., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, cit., 19-20; CAPONE A., *La riassunzione*, cit., 6; DE CARO A., *Impugnazioni*, cit., 347; LORENZETTO E., *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 Cedu.): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016; MARANDOLA A., *L'appello riformato*, cit., 159-198; SURACI L., *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale. tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, Pisa, 2020, 203-232 (in part. 219-232).

¹³³³ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2018, n. 51321. In dottrina, v. APRATI R., *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cass. pen.*, 2017, 2678, la quale parla di «due garanzie che andrebbero inquadrate come una compensazione all'assenza del riesame: se si vuole condannare in appello dopo una precedente assoluzione, senza che poi vi sia una qualche forma di gravame, la decisione deve fondarsi su una giustificazione più ponderata, *ergo* riassunzione della prova decisiva e motivazione rafforzata».

¹³³⁴ Si parla di «*statuto cognitivo fondante* del processo penale il modello accusatorio» in Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta. Sul valore cognitivo del nostro procedimento penale: FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000, *passim*; TONINI P., *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 2010; TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., 6.

opposte conclusioni»¹³³⁵. La valorizzazione dell'attività istruttoria, infatti, si rivela utile non soltanto «alle parti per meglio argomentare le critiche alla decisione impugnata»¹³³⁶ ma anche (soprattutto?) al giudice per giustificare il fatto «che quella fornita, all'esito del giudizio di secondo grado, sia l'unica ricostruzione possibile»¹³³⁷.

Viene pertanto a instaurarsi un intrinseco e reciproco legame tra «dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice dell'impugnazione, in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, canone al di là di ogni ragionevole dubbio, dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale e limiti alla *reformatio in peius* [: profili che] si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale»¹³³⁸.

In definitiva, si irrobustisce l'accertamento penale nel suo complesso: non solo nella parte motiva della sentenza che lo definisce, ma anche nel percorso metodologico che deve essere seguito per poter legittimamente ribaltare un'assoluzione (priva di *error iuris* manifesti) in condanna.

I.1.2. DALLA CONDANNA ALL'ASSOLUZIONE: ARGOMENTAZIONE PLAUSIBILE

Si atteggia diversamente l'istituto della motivazione rafforzata nell'ipotesi di *overturning* speculare a quella appena tratteggiata, cioè quando si passa dalla condanna all'assoluzione.

Secondo la Cassazione, «la nozione di motivazione rafforzata – o, quantomeno, di necessità di una giustificazione che sia particolarmente pregnante e puntuale – riguarda tanto il ribaltamento di un'assoluzione quanto quello di una condanna»¹³³⁹. Resta pertanto fermo che il giudice d'appello,

¹³³⁵ Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan. Scrive MARANDOLA A., *L'appello riformato*, cit., 172 che «l'obbligo di rinnovazione costituirebbe una garanzia per l'imputato: una condanna senza immediatezza in appello, infatti, non consentirebbe di superare la presunzione di innocenza, "rafforzata" dalla decisione di proscioglimento in primo grado. La regola, in altre parole, sostanzia un dovere procedimentale che si colloca sullo stesso piano dell'obbligo di motivazione rinforzata che assiste il giudice dell'impugnazione nell'ipotesi costituita, anche in questo caso, dalla riforma di una sentenza assolutoria di primo grado».

¹³³⁶ CAPONE A., *La riassunzione*, cit., 8.

¹³³⁷ Cass., Sez. V, 26 novembre 2018, n. 3729. Analogamente, Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2011, n. 40513, inedita. Ritengono che «per giungere a un *overturning* che condanni l'imputato già assolto» sia oralità che l'immediatezza assurgano a «strumenti dell'attività di giudizio» BELLUTA H. – LUPÁRIA L., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, cit., 7. In questa prospettiva, ROMBINI., *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 816 rileva che «se il rispetto di quella regola di decisione [*i.e.* l'oltre ogni ragionevole dubbio] impone percorsi logici stringenti, non è indifferente la qualità metodologica degli elementi utilizzati per motivare. Onorare tale regola significa dissipare il campo da ogni possibile alternativa alla condanna e ciò impone l'impiego del metodo epistemologicamente più attendibile; dunque, di assumere, naturalmente ove possibile, la prova in contraddittorio».

¹³³⁸ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta. Nell'ipotesi di ribaltamento dell'assoluzione in condanna, la rinnovazione è da collocarsi tra «i profili attuativi dell'obbligo di motivazione rafforzata» (MARANDOLA A., *L'appello riformato*, cit., 194) e, in tal senso, costituisce un'attività prodromica necessaria al compiersi della metodica di giudizio e di giustificazione a step obbligati in cui si risolve l'obbligo motivativo rinforzato.

¹³³⁹ Cass., Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 43855. Conformi: Cass., Sez. II, 16 ottobre 2018, n. 50178, («In tema di motivazione della sentenza, il giudice di appello, sia che riformi la decisione di condanna di primo grado sia che riformi una decisione assolutoria, ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e

anche in mancanza di nuove acquisizioni istruttorie, nel riformare una sentenza di reità debba «confrontarsi con le ragioni addotte a sostegno della decisione impugnata, giustificandone l'integrale riforma senza limitarsi a inserire nella struttura argomentativa della riformata pronuncia delle generiche notazioni critiche di dissenso ma riesaminando, sia pure in sintesi, il materiale probatorio vagliato dal primo giudice e quello eventualmente acquisito in seguito, per offrire una nuova e completa struttura motivazionale che dia adeguata ragione delle difformi conclusioni assunte»¹³⁴⁰. In questo caso, tuttavia, nonostante il giudicante sia comunque «tenuto a strutturare la motivazione della propria decisione in maniera rafforzata», la *reformatio in melius* che si basi su una diversa valutazione delle medesime prove (anche dichiarative) non determina, per la giurisprudenza, l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale¹³⁴¹.

Nell'esegesi delle Sezioni unite Troise, ad esempio, si rompe il collegamento 'argomentazione rafforzata - rinnovazione istruttoria - ragionevole dubbio - presunzione di innocenza' in ragione dell'«asimmetrica incidenza del principio del ragionevole dubbio [...] operante solo *pro reo* e non per le altre parti del processo»¹³⁴². In particolare, si sostiene che solo il sovvertimento della sentenza assolutoria in quella di colpevolezza «rende necessitato il ricorso al metodo di assunzione della prova dichiarativa epistemologicamente più affidabile», trovando d'altro canto «razionale giustificazione, alla stregua delle regole costituzionali del giusto processo, [sia] il diverso e meno

di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato. Si è, infatti, osservato che, *in tali fattispecie*, la motivazione della sentenza di appello si caratterizza per un obbligo peculiare e "rafforzato" di tenuta logico-argomentativa, che si aggiunge a quello generale della non apparenza, non manifesta illogicità e non contraddittorietà, dovendo il giudice di appello non solo indicare l'*iter* logico argomentativo posto a sostegno del proprio alternativo ragionamento probatorio, ma anche di confutare specificamente i più rilevanti argomenti contenuti nella motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, non potendosi limitarsi a imporre la propria valutazione del compendio probatorio perché ritenuta preferibile a quella del primo giudice»); Cass., Sez. III, 29 giugno 2018, n. 4122 (ove si parla di «onere di motivazione rafforzata [che] deve caratterizzare qualsiasi decisione del giudice di appello che si contrapponga, ribaltandone l'esito, ad una precedente sentenza di primo grado avente un segno opposto»); Cass., Sez. III, 28 novembre 2017, n. 6738; Cass., Sez. III, 5 maggio 2017, n. 29253; Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 4222; Cass., Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 6880; Cass., Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 42982; Cass., Sez. II 21 luglio 2015, n. 36434; Cass., Sez. V, 11 maggio 2015, n. 42389; Cass., Sez. V, 13 febbraio 2015, n. 36208; Cass., Sez. II, 18 novembre 2014, n. 50643; Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619; Cass., Sez. VI, 28 novembre 2013, n. 1253; Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922; Cass., Sez. VI, 5 maggio 2005, n. 32536. *Contra*: Cass., Sez. V, 24 febbraio 2017, n. 29261; Cass., Sez. II, 17 febbraio 2017, n. 46455.

¹³⁴⁰ Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise; Cass., Sez. VI, 22 novembre 2013, n. 46742.

¹³⁴¹ Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 4222. Conformi: Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise («Il giudice d'appello che riformi in senso assolutorio la sentenza di condanna di primo grado non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive, ma deve offrire una motivazione puntuale e adeguata, che fornisca una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata, anche riassumendo, se necessario, la prova dichiarativa decisiva»); Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta; Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619. Sul punto, v. GALANTINI N., *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 aprile 2018.

¹³⁴² Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise.

rigoroso protocollo di assunzione cartolare della prova dichiarativa nell'ipotesi della riforma di una sentenza di condanna» sia la recessione del principio di immediatezza (il quale, afferma la Suprema Corte, è «modulabile dal legislatore attraverso la introduzione di presidi normativi volti a prevenirne il possibile uso strumentale e dilatorio»)¹³⁴³.

Movendo dall'assunto per cui è necessaria la certezza b.a.r.d. della colpevolezza per condannare mentre è sufficiente il «dubbio processualmente plausibile»¹³⁴⁴ per assolvere, in via giurisprudenziale si è dunque individuato un'ulteriore sfaccettatura dell'obbligo di motivazione rafforzata, che s'incentra stavolta sulla “plausibilità dell'argomentazione”¹³⁴⁵, diretta non già a far venire meno ogni ragionevole dubbio bensì a sollevarne almeno uno.

Se nell'ipotesi di integrale riforma peggiorativa bisogna prima decostruire e poi ricostruire (posto che non basta evidenziare «la fallacia del ragionamento culminato con la deliberazione del primo giudice [la quale] non implica per se stessa il fondamento della tesi processuale contrapposta»¹³⁴⁶), in caso di integrale riforma migliorativa la logica è esclusivamente quella demolitiva/demolitoria¹³⁴⁷: destituire di fondamento tanto la sentenza di condanna impugnata quanto, più in generale, la tesi accusatoria¹³⁴⁸.

¹³⁴³ Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise. In questa prospettiva, NACAR B., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 319 afferma che «per l'appello, l'art. 603 c.p.p. [individua] il livello di tutela da assicurare al principio di immediatezza». Sull'immediatezza è doveroso il cursorio richiamo alla pronuncia delle Sezioni unite Bajrami (Cass., Sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, con nota a margine di PECCHIOLI G., *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una “quadratura del cerchio”?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1219 ss., secondo la quale se, da un lato, è «comprensibile l'approccio pragmatico adottato», dall'altro lato, l'arresto della Cassazione è nondimeno «criticabile [nel] risultato: un silente ma efficace allentamento del tenore precettivo del divieto di mutamento del giudice, la dequotazione del valore maieutico dell'immediatezza, l'investitura del giudice con singolari poteri idonei a scardinare il fulcro del sistema accusatorio» [1221]). A fronte di tale sentenza, tra gli scritti che – in una prospettiva d'insieme – hanno trattato e ricostruito la tematica *de qua*, si richiamano i seguenti: BARGIS M., *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 41 ss.; DE CARO A., *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 293 ss.; SURACI L., *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in www.penaedp.it, 18 febbraio 2020.

¹³⁴⁴ Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise.

¹³⁴⁵ Utilizza l'espressione «motivazione plausibile» FALLONE A., *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2015, 823, nt. 9. Parla di «test di plausibilità delle ipotesi alternative» in merito alla prova del ragionevole dubbio CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 73. Criticamente, AIUTI V., *Il ribaltamento della condanna in appello*, cit., 4062 osserva che «sembra del tutto fuorviante parlare di “plausibilità” delle ipotesi alternative addotte, piuttosto che di “ragionevolezza” del dubbio sollevato [poiché] non è affatto impossibile immaginare un'ipotesi alternativa meno plausibile di quella adottata dal giudice di secondo grado, ma comunque non abbastanza plausibile da sollevare un ragionevole dubbio sulla condanna».

¹³⁴⁶ LEO G., *Il giudizio di appello contro le sentenze assolutorie di primo grado*, in *Corr. mer.*, 2006, 118.

¹³⁴⁷ FERRUA P., *Carenze ed eccessi di garanzia nei diritti di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 549.

¹³⁴⁸ Cfr. CAPONE A., *La riassunzione*, cit., 15-16, il quale osserva che «l'orizzonte nel quale ci si muove è quello del *favor rei*: anche quando un approfondimento istruttorio, in astratto, potrebbe portare alla scoperta di nuovi elementi a

Come affermato nella sentenza Marchetta, anche in quest'ipotesi (*i.e.* da condanna ad assoluzione) «la totale riforma della sentenza di primo grado impone al giudice d'appello di raffrontare il proprio *decisum* non solo con le censure dell'appellante, ma anche con il giudizio espresso dal primo giudice, che si compone sia della ricostruzione del fatto che della valutazione complessiva degli elementi probatori, nel loro valore intrinseco e nelle connessioni tra essi esistenti»¹³⁴⁹. Nondimeno, per attestare il crollo della pronuncia impugnata e – complessivamente – dell'imputazione, «il giudice d'appello può limitarsi a giustificare la perdurante sostenibilità di ricostruzioni alternative del fatto», a condizione però – come ricordano le Sezioni unite Troise – che si tratti di ricostruzioni «non solo astrattamente ipotizzabili *in rerum natura*, ma la cui *plausibilità* nella fattispecie concreta risulti ancorata alle risultanze processuali, assunte nella loro oggettiva consistenza»¹³⁵⁰.

Lo schema motivazionale così disegnato dalla Cassazione merita, a nostro parere, di essere condiviso: con la riserva, tuttavia, che non venga svalutata *tout court* l'esigenza di immediatezza nella raccolta della prova dichiarativa, consentendola solamente nei casi di ribaltamento dell'assoluzione in condanna¹³⁵¹. Ci sembra infatti appropriato che la ripartizione avvenga non tra “onere accertativi” (*i.e.* compimento di attività procedurali: su tutte, la rinnovazione istruttoria) bensì tra “oneri dimostrativi” (*i.e.* motivazione del provvedimento). I primi – cioè, gli oneri accertativi – attengono al percorso metodologico-istruttorio che deve essere seguito nell'accertamento processuale e al compendio probatorio disponibile; i secondi – cioè, gli oneri

carico, le decisioni liberatorie possono essere pronunciate allo stato degli atti. È forse ciò che intendono le Sezioni unite [Troise] quando scrivono che “il nostro ordinamento costituzionale ha operato una scelta ben precisa di sistema, delineando il processo penale come strumento di accertamento della colpevolezza e non dell'innocenza”».

¹³⁴⁹ Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571, Marchetta.

¹³⁵⁰ Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise, ove si legge espressamente che «è necessario che il dubbio ragionevole risponda non solo a criteri dotati di intrinseca razionalità, ma sia suscettibile di essere argomentato con ragioni verificabili alla stregua del materiale probatorio acquisito al processo». Parimenti incisiva è la citata sentenza Marchetta (Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571, Marchetta), la quale evidenzia «che il “dubbio” posto a fondamento di una sentenza di assoluzione non è una situazione psicologica del giudice, ma l'esito di un percorso argomentativo che rispetti rigorosamente le regole della logica e si basi su elementi processualmente emersi e correttamente valutati singolarmente e nella loro connessione. Non potrebbe, perciò, accettarsi che una sentenza di appello di riforma in senso assolutorio sfugga ai rigori della motivazione rafforzata, alla quale rimarrebbe soggetta solo la sentenza di condanna».

¹³⁵¹ D'altra parte, «come può il segno della decisione condizionare le modalità di assunzione della prova, se solo seguendo quelle modalità è possibile stabilire il segno della decisione?» (CAPONE A., *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 293-294), il quale ricorda che «il principio di immediatezza impone un metodo di acquisizione della prova; il criterio del ragionevole dubbio fissa una soglia di convincimento. Anche laddove s'intenda intrecciarli, la sequenza logica appare [la seguente]: prima si sceglie la tecnica istruttoria, poi si applicano gli *standard* decisorii»). Peraltro, com'è stato scritto, «qualsiasi giudizio, non soltanto quello giuridico, ha probabilità maggiori o minori di cogliere la verità della situazione su cui si esprime, a seconda che più diretto o meno diretto sia il rapporto tra chi giudica e l'oggetto del giudizio» (MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 266; *amplius*, 258-287).

dimostrativi – riguardano il momento metodologico della decisione e della sua argomentata giustificazione.

Mentre gli “oneri accertativi” rimangono i medesimi in qualunque circostanza (e tendono, con le dovute eccezioni¹³⁵², a garantire la completezza del panorama probatorio affinché si possa decidere *causa cognita*), gli “oneri dimostrativi” – e, tra questi, anche quelli inerenti alla locuzione motivazione rafforzata – possono essere modulati «perché derivanti da una insuperabile asimmetria di statuti probatori»¹³⁵³. La parte motiva del provvedimento, nella prospettiva che qui ci interessa (*i.e.* quella del mutamento decisionale tra primo e secondo grado) può così dotarsi, a seconda dei casi, o i) di un’argomentazione dalla ‘forza persuasiva superiore’ (per ribaltare l’assoluzione in condanna) o ii) di un’argomentazione plausibile’ (per rovesciare la condanna in assoluzione) o, ancora, iii) di un’argomentazione progressiva’ (per confermare, modificandola parzialmente, una pronuncia assolutoria o di colpevolezza).

Rimane invece identico il metodo accertativo cui attenersi. Perciò, allorché si passi da una pronuncia di condanna a una pronuncia assolutoria, se la riforma discende da una rivalutazione che

¹³⁵² Gli “oneri accertativi” si individuano nelle regole e nelle eccezioni procedurali che disciplinano e guidano l’*iter* secondo il quale deve svolgersi l’accertamento processuale penale. Prendiamo come riferimento l’ipotesi qui analizzata: cioè, il mutamento decisionale tra primo e secondo grado (a prescindere dal fatto che si ribalti l’assoluzione in condanna o la condanna in assoluzione oppure si modifichi solo parzialmente la pronuncia impugnata, mantenendo il medesimo esito decisorio). Riteniamo che, in via generale, che gli oneri accertativi rimangano gli stessi in qualunque circostanza, poiché si tratta di un precipitato del principio/valore cognitivo del processo penale. Con tale affermazione intendiamo dire che l’accertamento processuale deve sempre svolgersi “al meglio di quanto si può fare” secondo le regole prestabilite per il suo compiersi. Che poi, in determinate circostanze (come, ad esempio, nel caso dei riti speciali: v. abbreviato e patteggiamento), sia possibile attenuare la qualità cognitiva dell’accertamento a opera delle parti, non toglie comunque bontà al fatto che il fine cognitivo del processo penale sia comunque perseguito, persistendo – a garantirlo – il controllo del giudice (il quale ha peraltro, nel caso dell’abbreviato, poteri integrativi *ex officio* volti a tutelare la completezza dell’accertamento). Inoltre, si rientra pur sempre nel gioco di regole ed eccezioni che disciplina l’accertamento procedurale (cfr. esemplificativamente, quanto avviene per il principio del contraddittorio: affermato dall’art. 111, co. 2, 3 e 4 Cost.; derogabile ai sensi dell’art. 111, co. 5 Cost.); e, pertanto, è possibile continuare ad affermare – in via generale – che la tendenza accertativa permane (meglio: che gli oneri accertativi permangono) in qualunque circostanza, al fine di garantire «una valutazione retta, in quanto esito di un utilizzo “come meglio posso” dell’organo razionale» (CORDERO F., *Che cos’è la giustizia?*, Roma, 2007, 21), nel rispetto delle regole procedurali secondo le quali l’accertamento si realizza.

¹³⁵³ Le espressioni sono riprese da Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise. Parla di modulazione dell’obbligo di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello, «in base alle diverse fattispecie», così da non confondere lo *standard* decisorio con il tema probatorio, NACAR B., *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 331. Afferma che «nessuna norma costituzionale autorizza a ritenere che, a questo fine [*i.e.* declaratoria di innocenza], ci si possa accontentare di un metodo cognitivo di rango inferiore» DANIELE M., *Rinnovazione orale delle prove dichiarative e motivazione rafforzata*, cit., 6. Pare condividere questa posizione anche AIUTI V., *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1448, secondo cui «tenere separato il piano della motivazione, che interessa le connessioni tra premesse e conclusioni nella sentenza, dal piano della rinnovazione, che invece interessa il reperimento delle premesse, dovrebbe aiutare a chiarire che lo scopo della rinnovazione è solo controllare la qualità delle premesse; il che non incide direttamente sul modo in cui da quelle premesse giungiamo a certe conclusioni». Offrono spunti al riguardo, ancorché sulla scorta di altre considerazioni: DINACCI F. R., *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, 3505 ss.; GAITO A., *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 8.

concerne principalmente questioni che non hanno a oggetto elementi decisivi e rinnovabili (siano essi dichiarativi o non dichiarativi), allora non occorre riaprire l'istruttoria¹³⁵⁴. Al contrario, se il provvedimento impugnato viene rivisitato sulla base di motivi legati a una prova decisiva¹³⁵⁵ (sia essa dichiarativa o non dichiarativa), è quantomeno opportuno (*ex art. 603, co. 1 e 3 c.p.p.*) – a nostro parere: è necessario – riassumerla¹³⁵⁶. Riteniamo che la tutela del valore cognitivo del processo penale, che rappresenta una garanzia sia per l'imputato sia per la società (ed è immanente a ogni fase dell'accertamento), non possa essere sopravanzata nel caso in cui l'elemento di prova da rinnovare sia stato decisivo per l'esito decisorio di primo grado (e, ovviamente, risulti ancora rinnovabile).

Peraltro, la ri-celebrazione dell'istruttoria è l'altra faccia della medaglia di quell'obbligo, parimenti riconosciuto dagli Ermellini, secondo cui il giudice che assolva per contraddittorietà del quadro probatorio deve «offrire un autonomo ragionamento che non si limiti a una valutazione soltanto numerica degli elementi di prova contrapposti, ma consideri anche il peso, inteso come capacità dimostrativa, degli stessi»¹³⁵⁷. Un simile giudizio, basato anzitutto sulla qualità epistemologica del *decisum* (e della sua giustificazione), presuppone implicitamente un confronto diretto del giudicante con la prova dichiarativa *decisiva*, la cui ri-assunzione diventa pertanto *in ogni caso* “assolutamente necessaria” ai sensi dell'art. 603, co. 3 c.p.p.¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Riferendosi a Cass., Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 18456, AIUTI V., *Percorsi di giurisprudenza – l'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, 1014 così chiosa: «La correttezza logica dell'argomentazione d'appello, che emenda errori marchiani compiuti dal giudice di primo grado, rende irrilevante il problema *Dan*».

¹³⁵⁵ Relativamente alla materia in esame, il concetto di “decisività” è stato precisato da Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta. Secondo tale pronuncia, occorre adattare la nozione di prova decisiva (da intendersi – in termini generali – quale prova che, da sola, è in grado di determinare sicuramente le sorti del *decisum*: cfr. Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2014, n. 6783) alla peculiare circostanza che, stavolta, devono essere prese «in considerazione non prove “negate” ma prove “da riassumere”, il cui contenuto rappresentativo si [è] già completamente dispiegato in primo grado, e ha dunque già formato oggetto della decisione impugnata, che proprio su esso ha fondato l'esito assolutorio». Quindi, al di là della previsione di cui all'art. 606, co. 1 lett. d) c.p.p., «ai fini della valutazione del giudice di appello investito di una impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, devono ritenersi prove dichiarative “decisive” quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello, nell'alternativa “proscioglimento-condanna”. Appaiono parimenti “decisive” quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna».

¹³⁵⁶ Relativamente alla sola prova dichiarativa, si esprimono per la sua riassunzione anche in caso di *reformatio in melius*: Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571, Marchetta; Cass., Sez. IV, 30 gennaio 2017, n. 4222; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 6880; Cass., Sez. II, 18 novembre 2014, n. 50643. Sulla sentenza Marchetta, v. BELLUTA H., *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 295.

¹³⁵⁷ Cass., Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 6880.

¹³⁵⁸ In questa prospettiva, sono oltremodo significativi – anche nella presente sede (cfr. art. 598 c.p.p.) – i “ritenuto che” sviluppati dall'estensore Giuseppe Frigo nell'ordinanza costituzionale n. 205 del 2010 (Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205, con nota a margine di DI CHIARA G., *Mutamento del collegio e rinnovazione del dibattimento*, in *Dir. pen.*

L'evenienza pratica per cui, nel suo manifestarsi prasseologico, la rinnovazione dibattimentale avviene spesso con un mero riportarsi a quanto in precedenza affermato e il fatto che la deliberazione, a seguito dell'assunzione, giunga dopo un intervallo temporale non indifferente (si da sfumare – nella mente del decisore – la carica emotiva della dialettica su e per la prova) e comporti essa stessa una dilatazione delle tempistiche procedurali, ci sembrano circostanze non in grado di togliere bontà a quanto si sostiene.

In primo luogo, perché la stessa critica di un'oralità “fittizia”¹³⁵⁹ e “differita” può essere avanzata anche per il caso di rovesciamento inverso, cioè quando si passa dall'assoluzione alla condanna, in cui però – come si è visto – la prova dichiarativa (decisiva) deve essere

proc., 2010, 929 ss.). In particolare, in tale pronuncia, si evidenzia che l'art. 525, co. 2 c.p.p. costituisce «uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio espresso dal vigente codice di procedura penale» e deve trovare applicazione «lungo l'arco di tutto il complesso procedimento probatorio»; e il fatto che tale disposizione sia «modulabile (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore [...] non toglie, tuttavia, che il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, continui a rappresentare la regola». Invero, «la *ratio* giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama a una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla *opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali*: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 546 co. 1, lett. e) c.p.p.» (corsivo nostro).

¹³⁵⁹ Vi sono, in verità, anche altri profili che incidono negativamente sulla manifestazione pratica della rinnovazione istruttoria in appello (cfr., ad es., CAPONE A., *La riassunzione*, cit., 3: «Possiamo spostare più in avanti le garanzie, ma non possiamo tornare indietro nel tempo. Il tempo scolora il ricordo; nuove immagini prendono il posto delle precedenti. Inscenare nuovamente il contraddittorio, nella maggior parte dei casi, fa riaffiorare nel testimone non la memoria del fatto accaduto, ma quella dell'atto già compiuto in primo grado (o, peggio ancora, nelle indagini preliminari), insieme a tutte le suggestioni extraprocessuali successive. Un nuovo contatto tra giudice e testimone, dopo tanto tempo, tante audizioni processuali e una reputazione da difendere, spesso serve a poco»). Tuttavia, i rilievi che riusciamo a immaginare – compreso quello appena esposto – non ci paiono superare la *necessità cognitiva* di riaprire l'istruttoria se la prova in questione è “*decisiva*” (e invero, rispetto al profilo della decisività, pare avvicinarsi a quanto affermiamo lo stesso CAPONE A., *La riassunzione*, cit., 11 laddove afferma: «A me pare appropriata una formula di questo tipo: sussiste obbligo di rinnovazione tutte le volte in cui un nuovo esame orale del dichiarante sia necessario per verificare la sussistenza degli errori di valutazione specificamente denunciati dal pubblico ministero»). La rinnovazione della prova decisiva, peraltro, è oggi un'ipotesi obbligatoria nel caso in cui tale prova sia di natura dichiarativa e il pubblico ministero abbia appellato una sentenza assolutoria proprio per motivi attinenti alla sua valutazione, mentre residua ancora come ipotesi facoltativa (ai sensi dell'art. 603, co. 1 e 3 c.p.p.) nel caso in cui sia l'imputato a impugnare e a richiedere di rinnovare l'esame di dichiarazioni decisive (v. SURACI L., *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 255 ss.). La necessità di confrontarsi *vis à vis* con l'elemento probatorio decisivo, cioè dirimente per quella vicenda procedimentale, dovrebbe valere in via generale; e tale conclusione poggia *anche* sul rilievo epistemologico-razionale secondo cui, pure per la conoscenza processuale, vale il seguente detto: «Una verità la si deve scoprire da soli, altrimenti non è una verità, ma l'opinione di un altro» (BROKKE J., *Il giardino dei Cosacchi*, (trad. it.) C. COZZI – C. DI PALERMO, Milano, 2016, 332. Analogamente, leggiamo in SCHOPENHAUER A., *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile* (1890), (trad. it.) E. A. KUHN, Milano, 2010, 109 che «i pensieri messi su carta, in fondo, non sono altro che la traccia sulla sabbia di un viandante: è vero, si vede la via che egli ha seguito, ma per sapere che cosa abbia visto sul suo cammino bisogna adoperare i propri occhi»).

obbligatoriamente rinnovata (oggi, *ex lege*: art. 603, co. 3-*bis* c.p.p.)¹³⁶⁰. E allora una critica di metodo – inerente, in questo caso, agli oneri accertativi – non può ‘irragionevolmente’ valere a intermittenza¹³⁶¹.

In secondo luogo, e ci pare dirimente, perché è fondamentale che il giudice d’appello, chiamato a esprimersi sulla fondatezza del fatto-reato, maturi anch’egli – esattamente come il primo giudice, con tutti i pregi e tutti i difetti della (umana) procedura¹³⁶² – la viva esperienza¹³⁶³ dell’escussione dibattimentale, ogniqualvolta si trovi ad argomentare su un elemento dichiarativo che è stato ritenuto decisivo ai fini della responsabilità penale (ritenuta, o meno, esistente). Altrimenti, ci pare razionalmente incongrua¹³⁶⁴, se non addirittura pretestuosa, la pretesa di «scardinare l’impianto

¹³⁶⁰ Sul punto, CANESCHI G., *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 857 rileva criticamente che «l’attuale assetto legislativo, avallato dalla giurisprudenza di legittimità, finisce per ammettere due tipologie di accertamento in appello – con o senza immediatezza – a seconda che a essere impugnata sia un’assoluzione o una condanna, partendo dall’assunto indimostrato che la sentenza di proscioglimento di primo grado sia più solida rispetto a quella di esito opposto». Parla di «obblighi di rinnovazione a geometria variabile» RECCHIONE S., *Il processo a statuto probatorio variabile: la rinnovazione in appello della prova scientifica*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, 267.

¹³⁶¹ Si consideri, per di più, che è ben possibile che le prove dichiarative su cui il giudice di primo grado ha astratto la propria decisione non si siano affatto formate in sua presenza, ma siano state regolarmente e legittimamente acquisite al processo ai sensi degli artt. 111, co. 5 Cost. e 526 c.p.p. (come avviene, ad esempio, nelle seguenti ipotesi: artt. 190-*bis*, 238, 238-*bis*, 392, 431, 500, co. 4, 512 c.p.p.). Anche in questo caso dovrebbe parlarsi di oralità fittizia (e nemmeno differita, ma proprio assente): ebbene, di fatto, nulla di significativo si dice al riguardo. E allora, di nuovo, il diniego basato su tale critica ci pare perdere ulteriormente di pregio perché si tratta di una critica mossa – irragionevolmente – a intermittenza (“a seconda dei bisogni”, verrebbe da dire).

¹³⁶² Anche sotto il profilo della ragionevole durata processuale. Sul punto, cfr. Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124: «Al principio della ragionevole durata del processo “possono arrecare un *vulnus* solamente norme procedurali che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorretta da alcuna logica esigenza (sent. n. 148 del 2005)” (sent. n. 23 del 2015; nello stesso senso, *ex multis*, sentt. n. 12 del 2016, n. 63 e n. 56 del 2009, n. 26 del 2007). Ora, la rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale imposta [dall’art. 603, co. 3-*bis* c.p.p.], così come interpretata dal diritto vivente, determina sì una dilatazione dei tempi di trattazione del giudizio di appello, ma non può certo essere ritenuta sfornita di alcuna *ratio* giustificativa».

¹³⁶³ Sulla centralità del momento esperienziale, oltre al citato insegnamento – fra gli altri – di Brokken e Schopenhauer circa l’importanza di scoprire da soli e di vivere in prima persona il fenomeno sul quale ci si esprime, v. GADAMER H. G., *Verità e metodo. Trattati fondamentali di una ermeneutica filosofica* (1960), (trad. it. – ed. 1986) G. VATTIMO, Milano, 2019, 715-747, il quale pure sottolinea la rimarchevolezza «di quell’esperienza che sempre si deve acquistare e che non è risparmiata a nessuno» (733). E mentre Gadamer ricollega il “fare esperienza” soprattutto alla “domanda” che guida l’atto stesso di fare esperienza (es. «Non si fanno esperienze senza porre delle domande» [747]) nonché al “senso” dell’esperienza medesima, cioè alla “direzione” verso il problema che si affronta (747-777), complementariamente Perelman e Olbrechts-Tyteca sottolineano come sia «la presenza [ad] agi[re] in modo diretto sulla nostra sensibilità» ed evocano, a tal proposito, «un grazioso racconto cinese (Meng-Tzu, *Primo libro*, § 57): “Un Re vede passare un bove che deve essere sacrificato. Ne ha pietà e ordina che sia a esso sostituito un montone. Confessa che ciò è avvenuto perché vedeva il bove, mentre non vedeva il montone”» (PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell’argomentazione*, cit., 123). Con specifico riferimento a quel che si è scritto, DANIELE M., *Rinnovazione orale delle prove dichiarative e motivazione rafforzata*, cit., 5 parla di «valore autenticamente epistemico e, come tale, neutrale del binomio immediatezza/motivazione rafforzata».

¹³⁶⁴ C’è infatti una disparità quantitativa e qualitativa a livello di informazioni e conoscenza processuale. Il primo giudice ha assistito all’assunzione della prova decisiva e ha argomentato il proprio provvedimento sulla base sia delle impressioni (utili a orientare le considerazioni giudiziali, da fondare comunque su prove), discendenti dall’immediatezza del confronto dialettico diretto fra parti e dichiarante, sia sulla base dei verbali stenotipici, in cui le

argomentativo-dimostrativo di una decisione assunta da chi ha avuto diretto contatto con le fonti di prova»¹³⁶⁵ da parte di chi tale contatto non lo ha avuto affatto. In tal senso, quindi, la motivazione rafforzata, laddove si abbia a che fare con una prova dichiarativa decisiva, abbisogna *anche* dell'immediatezza¹³⁶⁶; con tutte le conseguenze che ne discendono (anche dal punto di vista sanzionatorio: cfr. art. 525, co. 2 c.p.p.)¹³⁶⁷.

Sulle peculiarità con le quali la riassunzione della prova decisiva dovrebbe concretizzarsi – nonché differenziarsi, a seconda dei casi – non possiamo qui dilungarci. Per quanto d'interesse,

dichiarazioni rese sono state cristallizzate. Il secondo giudice, invece, se non vi è rinnovazione istruttoria ha a sua disposizione soltanto le carte e perciò si trova con uno 'strumento' conoscitivo in meno rispetto a chi lo ha preceduto, ma pretende ugualmente di giudicare e argomentare meglio: e questo, a meno che non vi siano errori grossolani nel ragionamento del primo giudicante, facilmente superabili anche senza motivazione rafforzata (es. contraddittorietà logica o travisamento della prova per invenzione, falsificazione o omissione), ci pare – come si è detto – razionalmente incongruo. In questo senso, anche a fronte di quanto affermato dalla sentenza costituzionale n. 132 del 2019 (Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132 [in part. § 3], con nota a margine di DANIELE M., *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1543 ss.; sulla pronuncia, v. altresì FERRUA P., *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1 ss.; MAZZA O., *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1 ss.; NEGRI D., *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1 ss.), riteniamo che la ragionevolezza di qualsivoglia contemperamento al principio di immediatezza trovi un argine invalicabile nella *decisività* della prova. Se la prova è decisiva e può ancora essere rinnovata, non sembrano prospettabili «ragionevoli deroghe» all'immediatezza, perché altrimenti se ne intaccherebbe il nucleo duro rispetto a un elemento probatorio da ritenersi fondante per la pronuncia di colpevolezza o di non colpevolezza (e la cui sola assunzione diretta, da parte del giudice persona fisica chiamato a deliberare sulla reità dell'imputato, consente di decidere e motivare la decisione assunta sulla scorta di un accertamento epistemologicamente più solido e *affidabile* di quello che si intende ribaltare).

¹³⁶⁵ Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise.

¹³⁶⁶ Cfr. IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 761: «La verità filtra non solo attraverso concatenazioni di argomenti, ma anche attraverso intuizioni, sensazioni, emozioni. Prendiamo la testimonianza. La comunicazione tra giudice e teste è un evento complesso. Per almeno due motivi: 1) nel raccontare i fatti (o meglio, la sua percezione dei fatti) il teste comunica sia in forma linguistica che in forma gestuale: anzi, le due forme si intrecciano con effetti che possono essere di potenziamento o di attenuazione o di sviamento del messaggio comunicativo. Non è detto che la forma linguistica sia meno ingannevole di quella gestuale; 2) il teste non trasmette solo informazioni, ma suscita anche impressioni e sentimenti».

¹³⁶⁷ Cfr. ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 42-43 (e nt. 85): «Lo svolgimento di attività argomentative presuppone un giudice attento, ben disposto all'ascolto, presente all'udienza non solo fisicamente ma, per così dire, anche *in spiritu*. Basterebbe l'«assenza mentale» anche di un solo membro per rendere sostanzialmente irregolare la composizione del Collegio. La presenza effettiva del giudice è imposta per l'intera udienza dibattimentale, ivi comprese quelle porzioni della stessa che le parti dedicano all'illustrazione di propri argomenti. Adeguatamente documentate ([anche se] bisogna ammettere che per le parti non è facile provare la «assenza mentale» di uno o più membri del Collegio. Non sarà tuttavia impossibile documentarne talune manifestazioni evidenti. Si pensi, ad esempio, a un dibattimento videoregistrato dove un membro del Collegio appare totalmente deconcentrato se non addirittura appisolato, o intento a sbrigare altri lavori, con atteggiamenti che tradiscono un sovrano disinteresse per l'argomentazione della parte), simili inosservanze integrerebbero praticamente un caso di imperfetta costituzione numerica del Collegio e si configurerebbero pertanto come nullità riconducibili all'art. 178, co. 1 lett. a) c.p.p. Se, viceversa, il giudice manifestasse eccessiva attenzione per l'attività argomentativa della parte e intervenisse per ostacolarla o corroborarla, manifestando in anticipo il proprio convincimento, il rimedio dovrebbe consistere in una richiesta di ricusazione (art. 37, co. 1 lett. b) c.p.p.), il cui accoglimento renderebbe pressoché inevitabile ripetere l'esposizione introduttiva svolta davanti al giudice ricusato».

comunque, osserviamo che puntare sull'immediatezza relativamente alla prova dichiarativa (decisiva) è un impegno imprescindibile per il giudice che deve confermare o smentire l'attendibilità di una deposizione contestata e adottare un apparato motivazionale rinforzato¹³⁶⁸. Se davvero si vuol riuscire a spiegare analiticamente, razionalmente e non arbitrariamente «perché il [dichiarante] sentito in appello è credibile (o non credibile) *nonostante* quello che ha detto in primo grado» non si può far altro che risentirlo¹³⁶⁹.

In quest'accezione, sono eloquenti le affermazioni della già citata sentenza Marchetta, secondo cui, in conformità ai principi costituzionali del pubblico ministero «quale portatore di una prospettiva di legalità (anche in favore dello stesso imputato)» (artt. 112 Cost. e 358 c.p.p.) e della pluralità dei gradi di giurisdizione «quale esigenza di giustizia che tende alla certezza della decisione in vista del raggiungimento della verità processuale e per l'attuazione del principio della legalità», è escluso che si possa ritenere che «la regola di rinnovazione delle prove dichiarative debba applicarsi nell'ipotesi di ribaltamento in appello della assoluzione in primo grado e non nel caso inverso, visto che *le esigenze di "percezione" del giudice di appello dovrebbero valere non a senso unico*, ma anche nell'ipotesi in cui non condivida la decisione del giudice di primo grado di avere ritenuto attendibile il teste utilizzato in chiave di accusa. In altre parole, affermare che il giudice di appello, riformando la decisione di primo grado, può assolvere *ex actis*, ma non può condannare *ex actis*, significherebbe adottare uno statuto probatorio [non ragionevolmente diversificato, bensì incongruo poiché] del tutto privo di base logico-sistematica»¹³⁷⁰.

Tanto puntualizzato sull'inopportunità, anche nell'ipotesi *de qua* (i.e. da condanna ad assoluzione), di ritenere la rinnovazione sempre e indistintamente solo facoltativa – giacché,

¹³⁶⁸ Riteniamo condivisibile l'idea proposta da AIUTI V., *Condanna in appello e rito abbreviato*, cit., 1445, nt. 44 di adottare una regola di valutazione secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata, in appello, sulla base di dichiarazioni rese non oralmente»: purché, aggiungiamo noi, tali dichiarazioni siano decisive (come peraltro ci sembra puntualizzi lo stesso Autore quando scrive: «Se, come dice la Cassazione, per adempiere il requisito della motivazione oltre ogni ragionevole dubbio non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive, significa che lo *standard* della condanna include un preciso canone di acquisizione della prova in appello»).

¹³⁶⁹ AIUTI V., *L'immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 117. Per una suggestiva proposta in materia, si rinvia integralmente al contributo: scritto all'interno del quale «l'Autore misura il rischio che [nell'ambito della rinnovazione istruttoria *ex art. 603 c.p.p.*] il giudice d'appello tenda a rifarsi acriticamente alle valutazioni di attendibilità formulate dal primo giudice, tributando così un mero *lip-service* alle implicazioni cognitive dell'obbligo di rinnovazione [e] come misura correttiva propone di includere nell'obbligo di "motivazione rafforzata" il dovere di utilizzare i verbali delle deposizioni provenienti dal primo grado e rinnovate in appello "solo ai fini della credibilità del teste" (sulla falsariga dell'art. 500, co. 2 c.p.p.)» (109), non mancando tuttavia di puntualizzare che di tale soluzione «non è facile preconizzare tutti gli inconvenienti» (118).

¹³⁷⁰ Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571, Marchetta, ove può leggersi ancora: «Né vale a spiegare una diversità di *metodo* in relazione all'esito decisorio del primo giudice la riconduzione del canone del ragionevole dubbio alla presunzione di innocenza, perché questa vale "sino alla condanna definitiva", cioè fino a quando non è completato il percorso che consente di raggiungere la verità processuale e fino a quando il sistema processuale non ha esaurito tutti i sistemi di controllo della legalità della decisione» (corsivo nostro).

almeno nel caso di prova decisiva¹³⁷¹, l'attività istruttoria dovrebbe sempre imporsi (ove materialmente possibile, s'intende) come necessaria: altresì per riformare *in melius* –, è ora possibile individuare la peculiare fisionomia che caratterizza il modello di motivazione rafforzata in caso di ribaltamento della condanna in assoluzione.

L'onere di rinforzare l'argomentazione per mutare la decisione di colpevolezza di primo grado e pervenire a una sentenza assolutoria consiste nell'erigere una nuova struttura motivazionale secondo questo duplice step valutativo-giustificativo. Da un lato, occorre evidenziare «le carenze e le aporie [in fatto e/o in diritto] che giustificano l'integrale riforma»¹³⁷² del provvedimento impugnato, in modo che sia disarticolato – o semplicemente posto in crisi – nella sua tenuta e coerenza logica. Dall'altro lato, l'apparato giustificatorio della nuova pronuncia, anche in mancanza di rinnovazione istruttoria (eccezion fatta, si è detto, per la prova decisiva), deve far emergere o la sussistenza del «dubbio originato dalla mera *plausibilità processuale di una ricostruzione alternativa* del fatto per l'assoluzione»¹³⁷³ oppure argomentare sull'erroneità giuridica della ricostruzione stabilita di primo grado.

La motivazione rafforzata si declina, in quest'ipotesi, secondo il più tenue sforzo di una “argomentazione plausibile”.

I.1.3. DALL'ASSOLUZIONE O DALLA CONDANNA ALL'ASSOLUZIONE O ALLA CONDANNA PARZIALMENTE RIFORMATA: ARGOMENTAZIONE PROGRESSIVA

Quando il mutamento decisionale in appello consiste in una riforma soltanto parziale della pronuncia impugnata, che potremmo dire viene condivisa nell'*an* ma non nel *quantum* e/o nel *quomodo*, il giudice è tenuto a rifarsi a un modulo di motivazione rafforzata ancora diverso rispetto a quelli che abbiamo esaminato nei due sottoparagrafi precedenti.

In materia, vige tuttora insuperato l'insegnamento delle Sezioni unite Musumeci (1992), secondo cui «quando le decisioni dei giudici di primo e di secondo grado [sono] concordanti, la motivazione della sentenza di appello si salda con quella precedente per formare un unico complesso corpo argomentativo»¹³⁷⁴.

¹³⁷¹ Dobbiamo evidenziare che il requisito della “decisività” (da attribuirsi a quell'elemento che, da solo, è in grado di determinare sicuramente le sorti del *decisum* [v. SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., 261-262]), per quanto sia discrezionale, è senz'altro più definito – in termini di razionalità e (controllo di) logicità – quantomeno rispetto al concetto di cui all'art. 603, co. 1 c.p.p. (*i.e.* «se [il giudice] ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti»); e, tutto sommato, ci pare preferibile prediligere un canone decisionale processualmente meno “incerto”.

¹³⁷² Cass., Sez. II, 18 novembre 2014, n. 50643.

¹³⁷³ Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Troise (corsivo nostro).

¹³⁷⁴ Cass., Sez. un., 4 febbraio 1992, n. 6682, Musumeci. Conformi: Cass., Sez. II, 6 novembre 2018, n. 57765; Cass., Sez. V, 3 maggio 2018, n. 49984; Cass., Sez. I, 6 aprile 2018, n. 15524; Cass., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571,

Questo assemblaggio del ragionamento giuridico, da una parte, certifica la tenuta razionale della ricostruzione giudiziale e, dall'altra parte, non fa tuttavia venir meno il fatto che – storicamente – si sono succeduti due provvedimenti inerenti alla medesima situazione giuridica, i quali non sono completamente sovrapponibili, come invece accade nelle ipotesi di mera conferma sia nell'*an* che nel *quantum* e/o nel *quomodo* della sentenza impugnata.

Nonostante concordi sull'esito decisorio circa la responsabilità, il secondo giudice non è soddisfatto della gradazione dell'assoluzione o della condanna compiuta dal primo giudicante, sicché interviene per ricalibrare la portata del *decisum*.

Il compimento di quest'operazione di dosimetria sanzionatoria, sia essa processuale (es. sulla formula assolutoria) o sostanziale (es. sulla pena), deve comunque essere giustificato in quanto esercizio di attività giurisdizionale (art. 111, co. 6 Cost.). Ed è precisamente nell'argomentazione elaborata per modificare parzialmente quei profili di rito o di merito che non si condividono pienamente che si rinviene il rafforzamento dell'intero plesso motivazionale. La seconda spiegazione decisionale, che si salda con la prima «in un'unica motivazione di accertamento del reato contestato»¹³⁷⁵, deve essere rafforzata nella parte in cui manifesta un apprezzamento critico che conduce a conclusioni in parte diverse da quelle accolte in precedenza.

Marchetta («Quando la sentenza appellata e quella di appello non divergono sui punti denunciati si integrano vicendevolmente, formando un tutto organico e inscindibile, una sola entità logico-giuridica, alla quale occorre fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione, integrando e completando con quella adottata dal primo giudice le eventuali carenze di quella di appello»); Cass., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 14022; Cass., Sez. V, 18 luglio 2014, n. 31818 («Le motivazioni della sentenza di primo grado e di appello, fondendosi, si integrano a vicenda, confluendo in un risultato organico e inscindibile al quale occorre in ogni caso fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione (Cass., Sez. II, 10 gennaio 2007, n. 5606; Cass., Sez. I, 26 giugno 2000, n. 8868; Cass., Sez. III, 16 luglio 2013, n. 44418). Viceversa, sussiste vizio di motivazione in grado di appello non soltanto quando vi sia un difetto grafico della motivazione, ma anche quando le argomentazioni addotte dal giudice a dimostrazione della fondatezza del suo convincimento siano prive di completezza in relazione a specifiche doglianze formulate dall'interessato con i motivi di appello e dotate del requisito della decisività»); Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 11878; Cass., Sez. II, 5 dicembre 1997, n. 11220 («Il giudice di legittimità, ai fini della valutazione della congruità della motivazione del provvedimento impugnato, deve fare riferimento alle sentenze di primo e secondo grado, le quali si integrano a vicenda confluendo in un risultato organico e inscindibile»). *Contra*: Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2018, n. 10584. Scrive PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 92 che «la struttura motivazionale della sentenza d'appello si salda con quella pronunciata in primo grado per formare un unico complesso argomentativo, allorché entrambe le sentenze concordino nell'analisi e nella valutazione degli elementi di prova posti a fondamento delle rispettive decisioni (Cass., Sez. III, 1° febbraio 2002, Lombardozzi; Cass., Sez. I, 26 giugno 2000, n. 8868; Cass., Sez. III, 10 novembre 1997, Toffoli): è pertanto legittima la motivazione della sentenza di secondo grado che, disattendendo le censure dell'appellante, si uniformi, sia per la *ratio decidendi* che per gli elementi di prova, ai medesimi argomenti valorizzati dal primo giudice, soprattutto se la consistenza probatoria di essi è così prevalente e assorbente da rendere superflua ogni ulteriore considerazione». Riguardo alla citata giurisprudenza, AIUTI V., *L'immediatezza presa sul serio*, cit., 112, nt. 12 osserva quanto segue: «Pertanto il giudice d'appello è abilitato a motivare analiticamente solo sulle questioni sollevate dalle parti che lo costringono a una smentita; in qualche caso, la decisione potrebbe addirittura rifarsi integralmente a quella di primo grado, specialmente se le impugnazioni sollevano critiche generiche, superflue o inconsistenti (v., ad es., Cass., Sez. VI, 7 marzo 2013, n. 17912)».

¹³⁷⁵ Cass., Sez. V, 3 maggio 2018, n. 49984.

Questa tipologia di motivazione rafforzata, contraddistinta da un'argomentazione che possiamo definire "progressiva", si sostanzia nel confronto con la pronuncia oggetto di impugnazione e nell'irrobustimento della struttura giustificativa del nuovo provvedimento adottato, attraverso l'eliminazione delle dissonanze valutative tra i due giudizi intercorsi. In tal senso, si fortifica – o meglio: si rinforza progressivamente – la garanzia processuale del *reddere rationem*.

I.2. QUALI SANZIONI IN CASO DI VIOLAZIONE DELLA METODICA?

Abbiamo accennato *supra* (cap. III, § V) all'importanza del presidio sanzionatorio a garanzia della motivazione rafforzata. Tale metodica di giudizio e di giustificazione, se non corredata da adeguate sanzioni che la salvaguardino, rischia di rimanere *flatus vocis*.

Nel caso del mutamento decisionale tra primo e secondo grado, la sentenza che è tenuto a redigere il giudice di appello, oltre ai vizi della non apparenza (*recte*: mancanza), non manifesta illogicità e non contraddittorietà, deve altresì evitare l'inottemperanza all'onere motivazionale rinforzato (che può essere fatta valere non soltanto ai sensi dell'art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p., ma altresì ai sensi delle lettere c) e d) di tale disposizione).

Nelle tre ipotesi appena esposte, l'apparato giustificatorio della pronuncia – sia pure diversamente calibrato in termini di argomentazione – deve non solo indicare espressamente l'*iter* logico che sostiene l'alternativo ragionamento decisionale che si è posto in essere, ma deve anche confutare specificamente i più rilevanti argomenti contenuti nella pronuncia impugnata che si va riformando (totalmente o parzialmente). Nel far ciò, il testo del nuovo provvedimento non può limitarsi ad affermare genericamente che la nuova valutazione giudiziale del compendio probatorio – sia esso stato, o meno, integrato a livello istruttorio – si impone solo perché la soluzione da ultimo adottata appare intuitivamente (apoditticamente?) preferibile a quella disposta dal primo giudice¹³⁷⁶. D'altra parte, è lo stesso percorso a step obbligati che, ove seguito, impedisce che il giudizio si risolva in scorciatoie intuizionistiche o presuntive.

Come si è detto, allora, la riforma – totale o parziale – della pronuncia di prime cure, attenendosi al metodo *de quo*, può condurre a tre diversi tipi di argomentazione rinforzata, diretti a legittimare la nuova sentenza e, a seconda dei casi, in grado di:

i) disarticolare, per questioni di fatto e/o di diritto, la ragionevolezza assoluta del provvedimento di primo grado e, una volta scardinate la struttura argomentativa, ricostruire un impianto decisorio che faccia venir meno ogni ragionevole dubbio, anche all'esito dell'eventuale od obbligatoria rinnovazione istruttoria (hp. da assoluzione a condanna);

¹³⁷⁶ In termini, *ex multis*: Cass., Sez. II, 17 luglio 2018, n. 33088; Cass., Sez. II, 20 novembre 2018, n. 52221; Cass., Sez. II, 17 marzo 2017, n. 13163; Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2016, n. 44667; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 43284; Cass., Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 7597.

ii) destituire di fondamento la pronuncia di reità, dimostrando l'esistenza di almeno un dubbio ragionevole o provando l'erroneità giuridica della ricostruzione accusatoria (hp. da condanna ad assoluzione);

iii) consolidare il ragionamento – che si condivide nell'esito – della sentenza impugnata, puntellandolo nelle parti argomentative in cui non lo si ritiene adeguato, al fine di renderlo maggiormente conforme alle circostanze del caso concreto (hp. riforma parziale, a fronte della conferma della condanna o dell'assoluzione di prime cure).

A presidio di tutto ciò sta l'art. 606 c.p.p.

Con riferimento all'onere di motivazione rafforzata, letto alla luce delle tre ipotesi *de quibus*, l'art. 606, co. 1 c.p.p. può essere declinato ai sensi delle sue lettere c), d) ed e).

Nel caso *sub i)* (*i.e.* da condanna ad assoluzione), ai sensi dell'art. 606, co. 1 c.p.p.:

- lett. e), per mancanza o manifesta illogicità della motivazione, dovuta all'incapacità del giudice di appello di decostruire la sentenza assolutoria impugnata e di giustificare la propria successiva pronuncia di condanna oltre ogni ragionevole dubbio, altresì – eventualmente, ma non necessariamente – a causa della non riapertura dell'istruttoria (per diniego o inerzia giudiziale)¹³⁷⁷;

- lett. d), per mancata assunzione di prova decisiva richiesta, posto che «se il giudice respinge la richiesta di rinnovazione, ma poi rivaluta la prova dichiarativa *ex actis* e condanna, ci si trova di fronte a un caso di mancata assunzione di una prova decisiva»¹³⁷⁸: e il giudice non può rivalutare *in peius* se non rinnova la prova dichiarativa (art. 603, co. 3-*bis* c.p.p.) – a nostro parere: anche quella non dichiarativa – decisiva, cioè dirimente per la risoluzione della vicenda sottoposta al suo esame;

- lett. c), per inosservanza del metodo (cioè per non aver seguito quegli *step* argomentativi necessari ed esser quindi caduti in un *error in procedendo*)¹³⁷⁹ oppure per inosservanza dell'art.

¹³⁷⁷ Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan; Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta; Cass., Sez. I, 19 settembre 2017, n. 42793. Sul punto, è critica NACAR B., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 322, secondo la quale «una motivazione può essere logica anche se non si è rinnovata l'istruttoria e illogica quando si è rinnovata la prova», cosicché «la presunzione compiuta dalla Cassazione (omessa rinnovazione = motivazione illogica) sembra essere frutto di una creazione giurisprudenziale piuttosto che indotta da giustificazioni razionali o normative».

¹³⁷⁸ CAPONE A., *La riassunzione*, cit., 12, il quale non manca di rilevare che «tecnicamente però non si tratta di una controprova». Per questa posizione, v. anche CERESA GASTALDO M., *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 167.

¹³⁷⁹ Di quest'avviso CONTI C., *Scienza controversa e processo penale*, cit., 848 e 852. Sulla violazione del metodo come *error in procedendo* (circa il funzionamento della disciplina processuale – con riferimento, in particolare, all'art. 500 c.p.p. nella prospettiva delineata dall'Autore all'interno del suo scritto – in rapporto alla riassunzione e alla valutazione della prova dichiarativa rinnovata), v. AIUTI V., *Immediatezza presa sul serio*, cit., 119. Ci pare – fra le altre pronunce – emblematica, relativamente al metodo (violato; e alla conseguente nullità), Cass., Sez. VI, 15 maggio 2019, n. 21166, Marino (con nota a margine di MAIELLO N. M., *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, 2755 ss.) secondo cui: «L'accertata grave illegittimità dovuta al mancato rispetto, nei termini innanzi esposti, dell'obbligo della motivazione rinforzata e alla violazione del principio dell'onere della prova, impone l'annullamento della sentenza impugnata».

525, co. 2 c.p.p. («norma che dovrebbe performare ogni processo di merito»¹³⁸⁰) o, ancora e sempre in rapporto alla mancata rinnovazione, «per violazione del diritto al contraddittorio e quindi del diritto di difesa, sanzionata dalla nullità di ordine generale non assoluta, prevista dal combinato disposto degli artt. 178, lett. c) e 180 c.p.p.»¹³⁸¹.

Nei casi *sub ii)* e *sub iii)*, nei confronti della motivazione (non) rafforzata del testo del provvedimento impugnato sembrano rilevabili i medesimi vizi ora esposti, con l'eccezione però dell'assenza di quei riflessi sanzionatori correlati alla violazione dell'obbligatoria rinnovazione della prova dichiarativa (decisiva), attività procedurale – quest'ultima – che, per quanto opportuna (e finanche epistemologicamente necessaria, secondo il nostro punto di vista, per poter effettivamente rinforzare l'argomentazione), non è prevista *ex lege* né per il ribaltamento della condanna in assoluzione, né per la rivisitazione soltanto parziale della precedente pronuncia di condanna o di assoluzione.

II. IPOTESI ULTERIORI: UNA CASISTICA ESEMPLIFICATIVA (E IN ESPANSIONE)

Dopo aver riepilogato, nelle sue linee essenziali, l'ipotesi classica o paradigmatica di motivazione rafforzata, giacché nel mutamento decisionale tra primo e secondo grado quest'istituto ha trovato il proprio terreno d'origine e di sviluppo, veniamo adesso a esporre alcune ipotesi ulteriori in cui è necessario motivare rinforzatamente.

Come si è già anticipato, si tratta di una casistica in espansione, della quale riportiamo esemplificativamente una serie di previsioni teorico-pratiche o, per il momento, ancora teoriche soltanto.

Per ciascuna ipotesi elencata, proveremo a indicare gli argomenti rinforzati e i parametri e i criteri (condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili di riferimento) che costituiscono gli step obbligati di quella peculiare fattispecie da motivazione rafforzata.

A seconda dei casi, il percorso valutativo-motivativo rafforzato può snodarsi in una singola tappa obbligata oppure in plurime tappe obbligate.

Procediamo allora con l'esporre quelli che riteniamo essere fattispecie inquadrabili entro la categoria paradigmatica della motivazione rafforzata, in ambito giudiziario penale.

Overruling giurisprudenziale.

¹³⁸⁰ NACAR B., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 323.

¹³⁸¹ Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan. Afferma MARANDOLA A., *L'appello riformato*, cit., 197 che «la riforma dell'art. 603 c.p.p. ha avuto il merito di rideterminare la collocazione del vizio connesso all'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale: trattandosi di violazione del principio del contraddittorio e, quindi, del diritto di difesa, sanzionata dalla nullità a regime intermedio *ex art.* 178, lett. c) e 180 c.p.p., la sentenza deve essere censurata ai sensi dell'art. 606, co. 1 lett. c) c.p.p.».

Tutela della certezza del diritto nella sua sfaccettatura di prevedibilità in concreto, tramite il rafforzamento della tenuta dei c.d. “precedenti”: in particolare, dei precedenti della Suprema Corte. Irrobustimento, quindi, della nomofilachia: interesse giuridicamente rilevante (art. 65 ord. giud.; art. 3 Cost.) che ha peraltro trovato conforto legislativo, almeno in sede di legittimità (con riflessi indiretti anche tra i giudici di merito), con la modifica dell’art. 618 c.p.p. operata dalla riforma Orlando (l. n. 103 del 2017).

In questo caso, la motivazione rafforzata presuppone come tappa obbligata del discorso valutativo e giustificativo il confronto con il precedente giurisprudenziale che si intende superare¹³⁸². Tale confronto deve essere appositamente esplicitato nella parte motiva del provvedimento adottato, a meno che – s’intende – il sopravanzamento non avvenga per “ragioni altre” (ad esempio, in virtù del fatto che il panorama normativo di riferimento è mutato e, pertanto,

¹³⁸² Ai fini del presente lavoro, puntualizziamo di intendere la nozione di “precedente” riferendoci alla concezione italiana di tale istituto. Non ci soffermiamo, quindi, sulla differenza – approfondita dalla dottrina – tra “precedente” e “giurisprudenza”. Per un’analisi sul punto, v. TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, 12-17, il quale «rit[iene] che tra precedente e giurisprudenza vi sia una netta distinzione. [...] Vi è anzitutto una distinzione di carattere – per così dire – quantitativo. Quando si parla del “precedente” si fa solitamente riferimento a una decisione relativa a un caso particolare, mentre quando si parla della “giurisprudenza” si fa solitamente riferimento a una pluralità, spesso assai ampia di decisioni relative a vari e diversi casi concreti. La differenza non è solo di tipo semantico. Il fatto è che nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola; al più, poche decisioni successive vengono citate a sostegno del precedente. In questo modo, è facile identificare quale decisione davvero “fa precedente”. Invece, nei sistemi – come il nostro – in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni: talvolta sono dozzine o addirittura centinaia, anche se non tutte vengono espressamente citate. Ciò implica varie conseguenze, tra cui la difficoltà – spesso difficilmente superabile – di stabilire quale sia la decisione che davvero è rilevante (se ve n’è una) oppure di decidere quante decisioni occorrono perché si possa dire che esiste una giurisprudenza relativa a una determinata interpretazione. [...] Peraltro, come spesso accade, la quantità condiziona la qualità, il che porta appunto a individuare una differenza qualitativa tra precedente e giurisprudenza. Il precedente fornisce una regola (universalizzabile) che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o – come accade di regola – dell’analogia tra i fatti del primo e i fatti del secondo caso. Naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data *in re ipsa*, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che costui ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. È dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – “crea” il precedente. A parte questo profilo, rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull’analisi dei fatti. Se questa analisi giustifica l’applicazione nel secondo caso della *ratio decidendi* applicata nel primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando si verificano queste condizioni, un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo. [...] Di regola, i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza non includono i fatti che sono stati oggetto di decisione, sicché l’applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull’analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una regola generale. Questo *modus operandi* è così profondamente radicato nelle nostre abitudini, che ai fatti non si bada neppure quando si dispone dell’intero testo della sentenza e non solo della massima. [...] D’altronde, le sentenze della Cassazione si studiano per scoprire dov’è e qual è il principio di diritto, poiché ciò che si cerca è la *regula juris* astratta da applicare al caso successivo, non l’individuazione della fattispecie concreta che è stata oggetto di decisione».

il precedente formatosi sulla normativa precedente non risulti più applicabile a quella di nuovo conio)¹³⁸³.

In modo esattamente speculare all'ipotesi in cui la decisione giudiziale, anziché discostarsi, si appoggia al precedente, il giudice deve stavolta spiegare argomentativamente perché un precedente giurisprudenziale consolidato – prospettato dagli atti o individuato *ex se* – non sia più attuale, ovverosia quali siano le ragioni contrarie alla sua attualizzazione nella vicenda di specie.

In questa duplice accezione, o negativa (distanziamento) o positiva (accoglimento), accade che – come rileva Giovanni Canzio – «l'impiego del precedente nel tessuto argomentativo della motivazione del giudice» dia vita a una «struttura per così dire topica, il precedente costituendo il *topos* che orienta l'interpretazione e l'applicazione della norma nel caso concreto»¹³⁸⁴. Ciò del tutto in conformità a quanto si è detto *supra* (cap. III, § II.1) circa l'assonanza e la risonanza dell'argomentare topico allorché si tratti di motivare rinforzatamente.

Se, da un lato, lo *stare decisis* è un principio che non appartiene – e che continua a non appartenere – al nostro ordinamento, dall'altro lato, soprattutto alla luce del nuovo art. 618, co. 1-*bis* c.p.p., possiamo dire che il distacco da una giurisprudenza consolidata (c.d. “diritto vivente”) presuppone uno sforzo argomentativo maggiorato da parte dell'autorità giudiziaria, perché il sistema tutela la situazione giuridicamente rilevante che sta dietro alla stabile applicazione giurisprudenziale delle norme¹³⁸⁵: cioè, la certezza del diritto nella sua sfaccettatura di prevedibilità in concreto¹³⁸⁶ (v./cfr. uguaglianza applicativa¹³⁸⁷).

¹³⁸³ Per un interessante studio comparatistico sulla tematica, v. il *Questionario sul precedente giudiziario* svolto dall'UFFICIO RELAZIONI INTERNAZIONALI – STRUTTURA DI FORMAZIONE DECENTRATA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, (a cura di) A. CORBO – G. GRASSO, in www.cortedicassazione.it, 8 novembre 2018. In tale report si approfondisce lo studio del «valore del precedente giurisprudenziale nel processo penale alla luce del nuovo art. 618 c.p.p.», con l'intento di «verificare la portata applicativa della nuova disposizione, proprio perché assolutamente innovativa rispetto alla tradizione, anche alla luce di una prospettiva interdisciplinare e di diritto comparato e sovranazionale» (6). Dopo aver diffuso all'interno della Rete dei Presidenti delle Corti Supreme un questionario, sono state raccolte le risposte che le autorità giurisdizionali dei vari Paesi coinvolti (Albania, Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Montenegro, Norvegia, Olanda, Polonia, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Spagna, Ungheria) hanno fornito alle seguenti domande: 1) Il principio di diritto affermato dalla Corte Suprema, in particolare in materia penale e processuale penale, è vincolante in altri processi? 2) Se il principio di diritto è vincolante, quali sono le forme necessarie per sottoporlo a verifica ed eventualmente superarlo? 3) In caso di efficacia vincolante del principio di diritto, quali sono i limiti di tale vincolo? Ad esempio, una successiva modifica parziale della disciplina legislativa, esclude qualunque efficacia vincolante del principio di diritto affermato dalla Corte Suprema?

¹³⁸⁴ CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, 311.

¹³⁸⁵ La forza del precedente, a livello di teoria dell'argomentazione, pare riposare – in un'ottica positiva, giacché tende a garantire la certezza/prevedibilità del diritto – sul “principio di inerzia” cui fanno riferimento Perelman e Olbrechts-Tyteca: «L'inerzia permette di fondarsi su quanto è normale, abituale, reale, attuale, e di valorizzarlo: si tratti di una situazione esistente, di un'opinione ammessa, o di uno sviluppo continuo e regolare. Il cambiamento invece deve essere giustificato; una decisione, una volta presa, non può essere mutata se non per ragioni sufficienti. Un gran numero di argomentazioni si basa sulla circostanza che nulla al momento giustifica un cambiamento» (PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., 112). L'idea del precedente come “tappa obbligata”

La necessità che si motivi rinforzatamente per allontanarsi da un orientamento giurisprudenziale consolidato è un'idea condivisa dalla giurisprudenza, specie di legittimità¹³⁸⁸ (1), da una parte della dottrina (2) e altresì dal legislatore, o per lo meno ci pare da quest'ultimo presupposta come *ratio* ispiratrice dell'art. 618, co. 1-*bis* c.p.p. (3).

(1) In giurisprudenza, a tale onere motivazionale le Sezioni unite hanno fatto espresso riferimento affermando che «una sentenza la quale determini un *overruling*, per avere

dell'argomentazione rinforzata può, altresì alla luce di quanto si è detto *supra* (cap. III, § IV.1), essere aristotelicamente definito come luogo 'topico' dell'argomentazione (cfr. ARISTOTELE, *Retorica*, (trad. it.) F. CANNAVÒ, Milano, 2014, 277 (1398b, 20): «Un altro luogo ['topico' degli entimemi] si ricava da un *giudizio precedente che verte su uno stesso oggetto o su uno simile o contrario*, soprattutto se tutti e sempre sono dello stesso avviso, e se non tutti, almeno la maggior parte, o i sapienti (tutti o la maggior parte), o uomini virtuosi, o gli stessi giudici, o quelli che i giudici approvano»). Scrive ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 289-290 che «la continuità della giurisprudenza è tanto importante che, anche là dove non esistano 'dottrine' dello *stare decisis*, quali esistono per esempio in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, come nei Paesi europei continentali, le cui Costituzioni proclamano, con la soggezione dei giudici solo alla legge, l'autonomia interpretativa di ciascuno di loro, ai precedenti è riconosciuto – nell'esperienza concreta – un grande valore, se non un valore vincolante. Nel nostro ordinamento, si è affermato l'orientamento per cui, mentre l'adesione alla giurisprudenza della Corte di cassazione può costituire, da sola, motivazione adeguata della decisione, al contrario – cioè per distaccarsene – occorre una motivazione *ad hoc*». Parla a tal ultimo proposito di «soddisfacibilità argomentativa» ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 216 (il quale evidenzia come ci si debba «accollare l'onere dell'argomentazione» laddove dal precedente s'intenda discostarsi).

¹³⁸⁶ Consapevoli, comunque, che «la certezza del diritto non esige l'impossibile: la *definitiva fissazione* dei significati normativi. Essa richiede piuttosto che i dati normativi *mutino in modo regolare e omogeneo*, cosicché vi sia un sufficiente grado di *prevedibilità* da parte dei cittadini per quanto riguarda l'azione dei giudici e dei pubblici funzionari» (LUZZATI C., *Significato liquido?*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, (a cura di) B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANO, Milano, 2012, 26. Del medesimo Autore, v. altresì *amplius* LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999). In questa prospettiva, in ogni caso, occorre rammentare che, «com'è stato segnalato già da tempo, soprattutto da Gino Gorla – GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 4 e 6, nonché 8 ss. – ma anche da altri autori, il problema non dipende dalla circostanza che una Corte Suprema muti orientamento e non segua passivamente i propri precedenti: il problema sorge quando queste variazioni sono troppo frequenti, arbitrarie, casuali e prive di *seria giustificazione*, come non di rado accade nella giurisprudenza della nostra Corte di cassazione» (TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, cit., 30).

¹³⁸⁷ Cfr. SAUVEL T., *Essai sur la notion de précédent*, in *Cronique XVIII*, 1955, 93 e 95: « A compter de l'instant où la justice fut tenue de faire connaître aux justiciables les raisons de ses arrêts, elle se sentit, sans qu'il ait été besoin de le dire, tenue de ne pas répondre par des raisons différentes à deux demandes identiques. C'eût été pour elle se contredire, retirer toute valeur à la première réponse ; c'eût été se déjurer. La règle des motifs a eu pour corollaire une autre règle, celle de l'*identité des motifs lorsque les causes sont identiques*. Le procès gagné par un plaideur doit pouvoir être invoqué par un autre plaideur et lui assurer le succès. Il est pour celui-ci le *precedent*. [...] [Le juge] n'est pas un homme isolé, un individu de chair et d'os. Il est [aussi ; surtout dans l'exercice de ses fonctions] une institution, un groupe de citoyens investis du pouvoir de juger, et ceux qui forment ce groupe sont tous faits pour être un jour remplacés par d'autres. La nécessité d'une discipline s'en trouve augmentée. Vu de et angle le précédent sert à défendre le justiciable contre les multiples divergences individuelles que feraient forcément apparaître les multiples applications d'une même loi. Nous rejoignons ici le souci d'égalité ».

¹³⁸⁸ Nel *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 136/16 – *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*, Roma, 19 settembre 2016, 2 (corsivo nostro) si legge quanto segue: «Per i provvedimenti particolarmente semplici devono essere adottate tecniche di redazione della motivazione che utilizzino, con il decisivo apporto del CED, appositi moduli *per specifiche questioni, processuali o di diritto sostanziale, sulle quali la giurisprudenza della Corte è consolidata (salvo che il Collegio non ritenga di discostarsi motivatamente)*. Gli stessi moduli decisionali possono essere utilizzati, quali parti di motivazione, nella redazione di sentenze più complesse o di valenza nomofilattica». Analoga *ratio* ispira il *Decreto* del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 68/16 – *Provvedimento sulla motivazione semplificata delle sentenze penali*, Roma, 29 aprile 2016.

effettivamente tale ambizione e per poter incidere sulle valutazioni interpretative del giudice di merito, deve avere il carattere della consapevolezza dell'intenzione del mutamento della giurisprudenza e deve essere sostenuta da un tessuto argomentativo della motivazione rafforzato rispetto al precedente e caratterizzato da esaustiva persuasività»¹³⁸⁹.

¹³⁸⁹ Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 7697, Amato. Sempre in giurisprudenza, sia nazionale sia sovranazionale, analogamente e a titolo meramente esemplificativo: Cass., Sez. III, 23 febbraio 1996, n. 1999 («Benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa»); Corte EDU, 14 gennaio 2010, Atanasovski c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia, § 38 («The well-established jurisprudence imposed a duty on the Supreme Court to make a more substantial statement of reasons justifying the departure»); Corte EDU, 30 agosto 2011, Boumaraf c. Francia; Cass. civ., Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675 («Il collegio ritiene preliminarmente di evidenziare che la salvaguardia dell'unità e della "stabilità" dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle Sezioni unite) è ormai da considerare – specie dopo l'intervento del d.lgs. n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell'art. 374 c.p.c. e all'introduzione dell'art. 360-bis c.p.c. – alla stregua di *un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche*. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro *un criterio di assoluto rilievo*. Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il "travaglio" che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale di queste Sezioni unite civili con riguardo all'*overruling* in materia di interpretazione di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la "conoscenza" delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità e uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo medesimo. Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi (nei limiti e nei termini dell'adeguamento suddetto) in certa misura "creativi", e indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e "mera dichiarazione" (secondo l'utopia illuministica del giudice *bouche de la loi*) ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione. Ma i problemi reali posti da questo carattere intrinseco all'esercizio della giurisdizione quando esso determina una svolta giurisprudenziale involgono considerazioni di ampio respiro e impongono "valutazioni di sistema", specie quando l'interpretazione abbia a oggetto norme processuali e il *revirement* riguardi un precedente, peraltro recente, della Corte di cassazione, e, più precisamente, della più elevata espressione dell'attività nomofilattica considerata dall'ordinamento, cioè le Sezioni unite della Corte medesima. È per questo che la "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della "giustizia" del processo – prima ancora che delle singole regole che lo informano – intesa come valore tendenzialmente condiviso. *Il problema della nomofilachia è in realtà proprio questo: garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione*, soprattutto con riguardo a quella avente a oggetto norme strumentali (come quelle processuali o comunque procedimentali). Ciò non impone automaticamente e necessariamente di ritenere che gli *overruling* in materia processuale debbano sempre essere evitati o sempre operare per il futuro, ma impone certamente al giudice innanzitutto di valutare con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l'evoluzione interpretativa. In proposito non esistono formule matematiche. È, come detto, un problema di equilibrio e misura: di responsabilità. Ed è proprio su questo piano che la intrinseca "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale, il principio del giusto processo e la funzione nomofilattica del giudice di legittimità si incrociano: il nodo che essi formano tra loro è già il tessuto possibile di un processo che sia, sotto vari profili, innanzitutto ragionevole, per mutuare un aggettivo pregnante utilizzato dal legislatore costituzionale in tema di processo giusto. Perché si possa procedere ad un *revirement* giurisprudenziale in materia processuale non è dunque

(2) In dottrina, alla categoria concettuale *de qua* – alle volte richiamata *expressis verbis*, altre volte evocata soltanto implicitamente nella sostanza – ci sembra che ci si riferisca laddove si sostiene che, per «mutare giurisprudenza», occorre adempiere un «pesante onere di fondare la propria motivazione dissenziente su ragioni importanti, quali la presenza di gravi divergenze assiologiche tra le Sezioni unite e il giudice di merito o il mutamento del quadro normativo o del contesto sociale e culturale. Solo ragioni di questo tipo sono in grado di vincere le forti ragioni, di rilevanza costituzionale, legate alla conservazione del precedente»¹³⁹⁰.

sufficiente che l'interpretazione precedente sia, in ipotesi, ritenuta meno plausibile o meno condivisibile della precedente sul piano letterale, logico e/o sistematico dal collegio chiamato a decidere successivamente su analoga questione, posto che, giova ripetere, l'*overruling*, soprattutto in materia processuale, non solo incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle "regole del gioco", ma, imponendo (in mancanza di valide ragioni) un ulteriore *sforzo ermeneutico* alta Corte, incide sulla ragionevole durata dei processi e, soprattutto, inflaziona l'intervento nomofilattico depotenziando la relativa funzione, con ulteriore (indiretta) incidenza anche sulla durata dei processi oltre che sulla "affidabilità" del sistema. Un *overruling* delle Sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti"); Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747 (in part., § 13 e 14). A proposito di Cass. civ., Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675, Francesco Viganò scrive: «Considerazioni luminose, quelle delle Sezioni unite civili appena riportate: che mi paiono ben estensibili anche al di fuori della materia processuale, civile o penale che sia, e certamente nell'ambito del diritto penale sostanziale; e il cui messaggio di fondo – compendiabile nella necessità di *salvaguardare la stabilità degli orientamenti interpretativi* e, dunque, la prevedibilità delle decisioni giudiziali – dovrebbe dirigersi in egual misura ai giudici di legittimità così come a quelli di merito, chiamati anch'essi a contribuire alla salvaguardia di quei valori di fondo nella propria quotidiana attività giurisdizionale, e a rifuggire da pur benintenzionati protagonismi e 'fughe in avanti'. A meno – ma soltanto in questa ipotesi – che *davvero* non ne valga la pena: come nel caso, ipotizzato dalle stesse Sezioni Unite civili, in cui si renda manifesto – "eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società" – che le soluzioni affermatesi nella giurisprudenza precedente risultino arbitrarie, irrazionali o ingiuste» (VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016, 37).

¹³⁹⁰ VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior.*, 2015, 173-174. In termini che ci paiono accostabili: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 52 e 84 («La decisione che si discosti dal precedente è razionale nella misura in cui riesca a dar conto dei motivi per cui essa prende le distanze dallo stesso. In tale prospettiva, la condizione generale per contemperare correttezza e universalizzabilità è, dunque, la "soddisfacibilità argomentativa" [e] a tal fine è indispensabile che chi si discosta dal precedente si accolli l'onere dell'argomentazione. [...] L'onere dell'argomentazione (e, dunque, l'obbligo di motivazione) è il peso che deve accollarsi il giudice che ritenga di "uscire dal seminato"»); GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta online*, 2018, 142; KRIELE M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, 93 ss.; MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 27 e nt. 111 («La "vincolatività" del precedente consiste nel fondare un onere di motivazione rafforzato in capo al giudice che voglia superarlo. Di modo che ogni evoluzione giurisprudenziale dovrebbe potersi ammettere solo sulla base di "ottime ragioni", che spieghino argomentatamente i motivi di allontanamento dal diritto consolidato, come anche la nostra giurisprudenza è giunta a ritenere: cfr. Cass. civ., Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675»); TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 332 («Non è sufficiente citare precedenti; occorre invece spiegare le ragioni per cui il caso viene collegato a quei precedenti e mostrare ciò che giustifica l'applicazione dello stesso criterio di applicazione. [...] In sostanza, l'esistenza di precedenti non è da sola una giustificazione sufficiente e deve essere sempre rafforzata dall'analogia»); VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 1 («Anche in un ordinamento di *civil law* come quello italiano grav[a] su ogni giudice comune – di legittimità, ma anche di merito – il dovere non solo di rendere giustizia nel caso concreto, ma anche di *rafforzare* e comunque di *non*

(3) A livello legislativo, riteniamo che la “motivazione rafforzata” sia l’altra faccia della medaglia della disposizione normativa secondo cui «se una Sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»¹³⁹¹. Leggendo in combinato gli artt. 101, co. 2 Cost., 618, co. 1-bis c.p.p. e 65 ord. giud. – 3 Cost., può invero sostenersi che il giudice appartenente alla Sezione semplice è senz’altro legittimato a non condividere e, pertanto, a non attenersi agli arresti giurisprudenziali cristallizzati dalle Sezioni unite. In particolare, in caso di “disallineamento”, possono darsi due evenienze. O si ritiene che il precedente non si attagli al caso di specie: e allora si opera un *distinguishing*, senza che occorra rimettersi al Supremo Consesso riunito¹³⁹². Oppure si

frustrare, attraverso le proprie decisioni, la prevedibilità delle *future* decisioni di casi simili da parte di altri giudici. E ciò, da un lato, attraverso l’enunciazione in forma chiara e precisa – e per ciò stesso generalizzabile – della *ratio decidendi* che sostiene la soluzione di questioni nuove; dall’altro, attraverso il tendenziale vincolo del giudice alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza consolidata, laddove esistente, a meno che non sussistano cogenti ragioni che militino in senso contrario»); ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 20.

¹³⁹¹ Art. 618, co. 1-bis c.p.p. A proposito di tale previsione normativa, SPANGHER G., *Nomofilachia “rinforzata”: serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 986 evidenzia «una non secondaria serie di interrogativi» (es. quali sono «le possibili implicazioni sulla manifesta infondatezza del ricorso i cui motivi si discostino dal *decisum* del Supremo Collegio»? Qual è «il peso di una decisione che si sia discostata dalla decisione sulla questione di diritto, evitando di rimettere la decisione al Supremo Collegio»? ecc.) e sottolinea l’opportunità di prevedere la stesura della *dissenting opinion* «da parte di chi ritenga di non condividere la motivazione» redatta dall’estensore. In materia: BASSI A., *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 69 ss.; CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2017, 6; COLUCCI C., *Nomofilachia “espressa” e nomofilachia “occulta”: meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in *Criminalia*, 2017, 209 ss.; IASEVOLI C., *L’imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 20-23; LUDOVICI L., *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. riforma Orlando*, in *AA.VV.*, *Le recenti riforme in materia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2017, 445; MAZZA O., *Conciliare l’inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in www.archiviopenale.it, 14 maggio 2018, 1 ss.; MONACO M. M., *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in Cassazione*, in *AA.VV.*, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 291-292; POLLERA M., *Le Sezioni Unite penali e il principio di diritto*, in *Cass. pen.*, 2019, 4551-4552 (la quale ritiene che «l’obbligo di motivazione riconosciuto in capo al giudice di merito che intenda discostarsi dal precedente si presenta, nel caso in cui a dover decidere siano le sezioni semplici, in una veste “procedimentalizzata”; in coerenza con la più stringente esigenza di garantire l’uniformità interpretativa all’interno della Corte di cassazione, la motivazione “rafforzata” non è più sufficiente e viene quindi sostituita da una procedura di rimessione obbligatoria»). In ambito civile, riferendosi all’omologa previsione (ossia, all’art. 360-bis n. 1 c.p.c.), CAPASSO V., *La motivation arricchite: controtendenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 541 parla di «alternativa bloccata» per la Sezione semplice, sospesa tra la condivisione del principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite e la rimessione, giustappunto alle Sezioni unite, della decisione del ricorso. Richiamando le riforme civilistiche, amministrativistiche e penalistiche coinvolgenti la tematica *de qua*, CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 141 affermano in via generale che queste disposizioni legislative, sebbene non abbiano introdotto nell’ordinamento italiano il vincolo formale del precedente, hanno tuttavia imposto «ai giudici che intendano discostarsi dai precedenti delle Corti superiori degli oneri argomentativi simili a quelli che caratterizzano i sistemi di *common law*».

¹³⁹² La possibilità di non attenersi al precedente è diretta conseguenza del fatto che il giudice italiano – *qualsiasi giudice (e nonostante tutto)* – è soggetto soltanto alla legge (art. 101, co. 2 Cost.). L’operatività del *distinguishing* è apprezzabile tanto in sede di legittimità quanto in sede di merito.

ritiene che il precedente sia calzante rispetto alla fattispecie in esame, eppur tuttavia si vuol sopravanzarlo perché non più ‘al passo coi tempi’: e allora si mette in atto un’operazione di *overruling*, che oggi implica il necessario coinvolgimento delle Sezioni unite (sollecitate con un’ordinanza – già essa – in qualche modo motivata rafforzatamente)¹³⁹³.

In estrema sintesi, è evidente che il “precedente”¹³⁹⁴ costituisca un argomento spendibile – sia dalle parti che dal giudice – ai fini della decisione¹³⁹⁵. In quest’ottica, in presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato¹³⁹⁶, al giudicante viene richiesto, in primo luogo, di prendere

¹³⁹³ La legge impone come obbligatorio il coinvolgimento del Supremo Consesso riunito (art. 618, co. 1-*bis* c.p.p.) soltanto nel caso della Sezione semplice che «ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite». Al di fuori di quest’ipotesi, ai fini della nomofilachia ordinamentale, resta comunque auspicabile – sia da parte dei giudici di legittimità sia da parte dei giudici di merito (che, normativamente, risultano meno vincolati) – coinvolgere la Cassazione (e, in particolare, la Cassazione riunita) allorché si presentino questioni di particolare o “speciale” rilevanza (v. art. 610, co. 2 c.p.p.). Senza poter diffondersi sul tema, ci limitiamo a ribadire che attraverso il *distinguishing* si fa comunque salva la soggezione esclusiva del giudice alla legge (art. 101, co. 2 Cost.): o meglio, la libertà interpretativo-applicativa (purché razionalmente e probatoriamente sostenuta, nonché argomentativamente giustificata) nella concretizzazione della legge da parte del singolo giudicante.

¹³⁹⁴ A voler essere esatti, occorre distinguere tra valenza teorica e valenza pratica del “precedente”. A livello teorico, la spendibilità del precedente si regge sulle ragioni che lo sorreggono e lo legittimano, posto che – nel nostro sistema (vieppiù mancando il principio dello *stare decisis*) – «l’opinione del giudice conta non tanto perché quel giudice è giudice, ma perché quel giudice è un giurista, ha motivato correttamente» (LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, 175). A livello pratico, cionondimeno, l’autorevolezza/l’autorità del precedente assume connotati di non poco momento nell’ambito dello scioglimento della problematica giuridica in esame: v. nota seguente.

¹³⁹⁵ Realisticamente parlando, è evidente che, «anche là dove non sia attribuita una rilevanza formale ai precedenti, questi ultimi esercitano di fatto una considerevole influenza sulle decisioni giudiziali, sull’attività legislativa, sulla stessa attività dei consociati nel loro insieme. Non per nulla le decisioni dei giudici, in particolare dei giudici di rango superiore, sono invocate come elementi autorevoli tanto negli atti degli avvocati quanto nelle motivazioni delle sentenze, e sono tenute in conto dalla dottrina» (ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 16, il quale poco prima scrive che «anche nei sistemi di *civil law* è tale l’influenza di fatto dei precedenti nell’orientare l’interpretazione e la decisione giudiziale che si può tranquillamente parlare di una loro “vincolatività presuntiva”. In effetti, è agevole constatare come nella realtà effettiva della prassi giuridica, cioè nel momento dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto, si muova dai precedenti, e da essi ci si allontani solo se sussistono buone ragioni per farlo. [...] Il giurista che non rispetti tale regola, sia pure non scritta, della prassi giuridica, rischierà, come tale, d’esser messo fuori gioco: se un avvocato non tiene conto dell’orientamento precedente della giurisprudenza, ben difficilmente potrà avere successo e comunque ne risponderà ai propri clienti; le decisioni di un giudice o di un Tribunale che trascurino precedenti essenziali di Corti superiori potranno essere oggetto di impugnazione e di revisione, mentre un funzionario pubblico che non consideri importanti precedenti può essere responsabile per violazione dei doveri d’ufficio» [14-15]). Osserva TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, cit., 11 che «la ricerca e l’uso del precedente giurisprudenziale sono ormai il ferro del mestiere quotidiano del giurista pratico, il cui impiego è reso agevole – anche eccessivamente agevole, il che attutisce l’impatto dell’analisi critica – dai mezzi informatici e dalle banche dati». L’Autore rileva altresì l’esistenza di «varie forme di “abuso della citazione” della giurisprudenza, che vanno dalla citazione di lunghi elenchi di decisioni scelte a caso con il mero fine di impressionare il lettore, alla omissione di decisioni contrarie, alla citazione di decisioni non rilevanti per il caso di specie, sino alla citazione di sentenze inesistenti. Questi abusi non sono infrequenti: e si fondano sulla speranza che il giudice e la controparte non compiano le relative verifiche» (43, nt. 16). Sulla «posizione del giudice rispetto al precedente giudiziario», v. altresì LUPO E., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 921.

¹³⁹⁶ In una prospettiva d’influsso sovranazionale, propone di «configurare il vincolo ermeneutico nei confronti della giurisprudenza EDU nei termini di un obbligo di prendere in considerazione, ovvero di un vincolo meramente procedurale» ROSSI P., *L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Oss. fonti*, 2018, 24-32: di talché, «il giudice nazionale ha l’obbligo di confrontarsi espressamente con ogni

chiaramente posizione al riguardo e, in secondo luogo, di giustificare la propria scelta in modo rinforzato se da tale indirizzo intende discostarsi¹³⁹⁷.

decisione EDU potenzialmente rilevante, ma può discostarsene offrendo adeguate motivazioni di natura sostanziale» (2). Questo «meccanismo del “*taking into account*”» (28), al quale segue la possibilità di distaccarsi dalla giurisprudenza che si è presa in considerazione adducendo – altresì alla luce delle peculiarità del caso concreto – “strong reasons” avverse, ci pare inserirsi – almeno *lato sensu* – nella prospettiva di un onere motivazionale rinforzato ai fini dell’*overruling* giurisprudenziale. Si tratta, invero, di un argomento che – nella prospettiva indicata da Rossi – il giudice è tenuto ad affrontare, sia in punto di valutazione decisoria (giudizio) sia in punto di giustificazione (motivazione), sulla scorta di quei parametri e criteri indicati – meglio: di quegli «indizi» o «indici», sia pure non esclusivi, individuati – dalla Corte costituzionale (v. sent. n. 49 del 2015) per riscontrare la portata della decisione della Corte EDU all’interno del nostro ordinamento: i) tanto per quanto concerne la sua compatibilità con la Carta costituzionale (v. controlimiti) ii) quanto relativamente al suo consolidamento (carattere, quest’ultimo, rispetto al quale la Consulta, nella sent. n. 49 del 2015, afferma quanto segue: «Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei a orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una Sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando a essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto a una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sent. n. 80 del 2011)»). Come osserva l’Autore, se l’obbligo di interpretazione conforme viene congegnato o configurato «nei termini di un obbligo di prendere in considerazione la giurisprudenza di Strasburgo, senza però negare che tutta la giurisprudenza EDU possa essere potenzialmente rilevante dal punto di vista del giudice nazionale», allora «il vincolo ermeneutico non si pone nei termini di obbligo di risultato, cioè a conformarsi *sic et simpliciter* agli orientamenti della Corte sovranazionale, ma costituisce un obbligo di natura procedurale. Il giudice, cioè, ha l’obbligo di prendere cognizione degli orientamenti della Corte EDU che possano rilevare per la soluzione del caso dinanzi a sé, cosa che normalmente lo condurrà a conformarsi a essi; può tuttavia discostarsene esplicitando il suo dissenso e offrendo adeguate motivazioni. Questo approccio, a ben vedere, è in effetti il più coerente con il valore del precedente nel sistema CEDU» (25).

¹³⁹⁷ In merito al distacco dal precedente giurisprudenziale consolidato, propone di adottare un onere motivazionale rinforzato (da declinare, peraltro, entro la categoria del *prospective overruling*) CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell’illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2020, 40-42: «Allorché si sia già stabilizzato un orientamento interpretativo consolidato, si potrebbe, già *de lege lata*, soprattutto dopo l’entrata in vigore nel 2017 del nuovo comma 1-bis dell’art. 618 c.p.p., valorizzare il disposto dell’art. 65 ord. giud., in combinato con l’art. 101 Cost., che dovrebbero generare un equilibrio dinamico in cui il giudice di merito, così come le sezioni semplici della Cassazione, sarebbe vincolato da un dovere giuridico di attenersi ai precedenti quando coerenti, in modo da assicurare l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto obiettivo nazionale. Non si tratterebbe di un dovere assoluto, che entrerebbe in frizione con l’art. 101 co. 2 Cost., ma di una libertà interpretativa comunque sempre funzionale ad assicurare un diritto stabile cui attenersi, salvo ragionevoli motivi. Tra questi, certamente deve avere spazio l’adeguamento a nuovi fenomeni sociali o criminologici, pur rimanendo rigorosamente entro la lettera della disposizione. In questo quadro si potrebbe pretendere già oggi un onere di motivazione rafforzato, sanzionabile con la riforma della sentenza impugnata da parte della Cassazione, per il giudice

Pragmaticamente, la «forza gravitazionale delle decisioni precedenti»¹³⁹⁸ è tale da richiedere, affinché ci si possa distanziare da esse, un'argomentazione che abbia una «forza persuasiva superiore» inversa¹³⁹⁹. Le ragioni a sostegno dell'*overruling* o del *revirement* giurisprudenziale – a

che voglia evadere dal precedente, pur senza istituire un vincolo formale al rispetto di quest'ultimo. Naturalmente, in tale evenienza, si impone l'irretroattività di una nuova interpretazione sfavorevole nei confronti del cittadino. L'inapplicabilità ai casi pregressi, nonché a quello oggetto del giudizio, della lettura nuova e peggiorativa, potrebbe essere assicurata da una lettura sostanzialistica dell'art. 2 c.p., che tuteli l'affidamento del cittadino nella norma (e non più semplicemente nella disposizione) per come accessibile al momento del fatto. Una rilettura realistica dell'art. 2 c.p., insomma, convenzionalmente orientata nel prisma dell'art. 7 CEDU». Accenna a «un onere di motivazione rafforzato» per il giudice che voglia distaccarsi dal precedente, correlandolo alla «diffusa e illimitata accessibilità» alle decisioni giurisdizionali per il tramite dei sistemi di ricerca algoritmici (es. parole chiave; raggruppamenti di parole; ecc.) QUATTROCOLO S., *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Leg. pen.*, 18 dicembre 2018, 5. Ci pare proporre un analogo modulo motivazionale rinforzato per discostarsi dalla giurisprudenza europea ESPOSITO A., *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 47-49 («Il giudice narratore può discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, deve però come detto, motivare adeguatamente il proprio dissenso, dando quindi argomenti per una diversa lettura della giurisprudenza convenzionale. Svriati possono essere gli argomenti di differenziazione utilizzabili. Potranno essere le peculiarità del caso concreto a contare o il principio di massima espansione delle tutele; o sarà il margine nazionale di apprezzamento a portare a un bilanciamento degli interessi diverso da quanto operato a Strasburgo. Quali che siano gli argomenti di differenziazione è necessario che essi siano adeguatamente motivati e siano espressione, già sul piano culturale, di una appartenenza a uno stesso spazio giuridico europeo. [...] Il giudice narratore deve sempre partire dalle decisioni europee rilevanti, ma in modo da interpretarle e applicarle alle situazioni fattuali che si pongono alla sua attenzione. Ma se ne può discostare facendo leva su argomenti di tipo sostanziale che tendano al raggiungimento della soluzione più giusta nel caso concreto. In sostanza, il giudice italiano deve sempre volgere il suo sguardo alle sentenze della Corte – siano queste rese o meno contro l'Italia, di Grande Camera o di Camera, con o senza opinioni separate. Se non le condivide, se non condivide le indicazioni interpretative in esse contenute, il giudice interno può procedere senza una interpretazione convenzionalmente orientata ma motivando adeguatamente il suo dissenso»).

¹³⁹⁸ L'espressione è di DWORKIN R., *L'impero del diritto* (1986), (trad. it.) L. CARACCILO DI SAN VITO, Milano, 1989, 4 (citato in ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., 11). A tale «forza gravitazionale» può affiancarsi – o, più dinamicamente, combinarsi – il «principio di inerzia» di Perelman (v. *supra*, nt. 1385), richiamato altresì da ALEXI R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 135 (ov'è citato PERELMAN C., *Cinq leçons sur la justice*, in PERELMAN C., *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968, 6): principio secondo cui «un'idea che è stata accettata una volta non può essere abbandonata di nuovo senza una ragione sufficiente. Esso ha il carattere di una regola dell'onere dell'argomentazione: il richiamo a una prassi esistente non ha bisogno di giustificazione, «solo il mutamento necessita di giustificazione». [...] Ciò non significa «che tutto ciò che è deve rimanere immutato». Esso afferma soltanto che è irrazionale abbandonare senza ragione un'idea finora accettata. Chi dubita o critica qualcosa deve addurre una ragione del suo dubbio o della sua critica». In via generale, sul fatto che – quantomeno in ambito giuridico – non si possa gratuitamente sostenere «quello che ci pare», ma «perché qualcosa diventi oggetto del discorso deve necessariamente essere o affermata oppure posta in dubbio, previa motivazione», v. la regola 3.2 (del discorso pratico generale) della *Teoria dell'argomentazione giuridica razionale* di Alexy, secondo cui «chi critica una proposizione o una norma che non è oggetto di discussione deve addurre una ragione per ciò» (ALEXI R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 156 [cfr. anche 210-211]), nonché le regole J.13 e J.14 (del discorso giuridico), secondo le quali «allorché può addursi un precedente in favore o contro una decisione, questo deve essere adottato» e «chi vuole discostarsi da un precedente ha l'onere dell'argomentazione» (ALEXI R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 218 [v. 215-219]).

¹³⁹⁹ Altrettanto pragmaticamente, però, occorre inoltre considerare l'onnipresente fattore umano che orienta – più o meno incisivamente: cfr. cap. II, § I.2 – la decisione del giudice anche nella materia *de qua*. L'operatività del *sensibile* fattore umano in tema di precedente è ben condensata dalle righe di CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 179: «Come può esser risolto l'angoscioso dilemma tra il comodo conformismo, attaccato a ciò che è stato sempre deciso (*stare decisis*) e la coscienza inquieta, che ogni volta vuol rifare i suoi calcoli? Tutto dipende dal giudice in cui ci si imbatte; l'alea delle cause è spesso in questo contrasto: tra il giudice logico e il giudice sensibile; tra

differenza di quelle giustificative il *distinguishing* (che possono limitarsi a sottolineare l'inconferenza del precedente rispetto alla vicenda storico-fattuale in esame)¹⁴⁰⁰ – devono essere «ragioni nuove»¹⁴⁰¹, che si confrontino e vincano il precedente in questione, determinandone così il superamento¹⁴⁰². Altrimenti è ragionevole attenersi – ovviamente, se per il resto è applicabile alla

il giudice consequenzario e il giudice precursore; tra il giudice che per non commettere un'ingiustizia è disposto a ribellarsi alla tirannia della giurisprudenza e il giudice che per salvare la giurisprudenza è disposto a lasciare stritolare negli inesorabili ingranaggi della sua logica un uomo vivo».

¹⁴⁰⁰ In caso di *distinguishing* è sufficiente addurre la sola differenza storico-fattuale della vicenda in esame, affinché – pur mantenendolo salvo – si possa non fare applicazione del precedente in questione: non vi è identità (*recte*: non vi è analogia) tra la fattispecie in giudizio e quella oggetto del precedente. L'*overruling*, invece, comporta un vero e proprio superamento del precedente, basato sulla considerazione di sopravvenuta inadeguatezza dell'orientamento giurisprudenziale consolidato, oramai non più adatto ai tempi che corrono. La linea di confine tra "*distinguishing*" e "*overruling*" è, già in linea teorica, molto sottile. La demarcazione tra le due categorie si fa ancor più sfumata a livello pratico-operativo ed è forse anche per tale ragione che si è sentito l'esigenza di imporre un onere motivazionale rafforzato a fronte di una discrezionalità giudiziale che, sul punto, è particolarmente ampia.

¹⁴⁰¹ CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 6 («Il giudice che disattende un precedente deve opporre a esso ragioni nuove»). Cfr. GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati*, Roma, 1968, 162 («Per il *revirement* occorre una motivazione adeguata, fondata su un mutamento delle condizioni o esigenze sociali sulle quali erano basati i precedenti»), il quale richiama PIOLA-CASELLI E., *Giurisprudenza*, in *Dig. it.*, Torino, 1902, 831 ss.; HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 63, nt. 12 («Le decisioni che stabiliscono un precedente hanno bisogno d'un *dispendio argomentativo* assai più rilevante che non le decisioni di routine»); VANWELKENHUYZEN A., *La motivation des revirements de jurisprudence*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 257-258 (« Les revirements de jurisprudence ne doivent être qu'exceptionnels. [...] Il faut des raisons d'une nature spéciale. [...] L'exception à la règle de la fixité de la jurisprudence de la Cour est essentiellement la suivante: la Cour peut réviser sa jurisprudence lorsque la paix judiciaire ne règne pas: lorsqu'à l'occasion d'espèces ultérieures, les juges de fond se rebellent contre la jurisprudence de la Cour Suprême, parce qu'elle leur semble aboutir à des conséquences inacceptables et, vraisemblablement, non prévues par la Cour de cassation, dans les cas d'espèces nouveaux qui se présentent »).

¹⁴⁰² Scrive BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, cit., 83 che l'argomentazione giuridica è tenuta a «prendere in considerazione il precedente, prima – eventualmente – di discostarsene in base a delle buone ragioni. E la decisione che si allontani dal precedente è razionale nella misura in cui riesca a dar conto dei motivi per cui essa si discosta dallo stesso». Cfr. FERRARI G. F. – GAMBARO A., *The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A Premise*, in *Comparative Law Review*, 2010, 1, 3, nt. 8 («There is an unwritten rule according to which if ordinary judges deliver a judgment on the basis of a precedent of the Court of Cassation the judge in question is exempted from providing detailed motivations, on the contrary if the judge does not intend to follow a precedent of the Court of Cassation, he can do so, but his dissenting judgment has to be *well reasoned* otherwise he risks disciplinary action»); VANWELKENHUYZEN A., *La motivation des revirements de jurisprudence*, cit., 269-270 (« Le revirement de jurisprudence implique que l'argumentation juridique sur laquelle les juges se fondaient jusque là est abandonnée au profit d'une autre argumentation juridique considérée comme meilleure. L'arrêt que marque un tel revirement contiendra-t-il une réfutation de cette argumentation antérieure? Pas nécessairement. La décision qui inaugure une nouvelle solution, ne comporte pas toujours une référence explicite aux décisions antérieures, une démonstration systématique de l'erreur qu'elles contenaient »). Cfr. ancora il *Parere* n. 11 (2008) del CONSIGLIO CONSULTIVO DEI GIUDICI EUROPEI (CCJE) rivolto al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa *sul tema della qualità delle decisioni giudiziarie*, Strasburgo, 18 dicembre 2008, Main conclusions and recommendations, lett. m: «Judicial decisions must in principle be reasoned. Their quality depends principally on the quality of its reasoning. Reasoning may involve interpreting legal principles, taking care always to ensure legal certainty and consistency. However, when a Court decides to depart from previous case law, this should be clearly mentioned in its decision». Propone di «poggiarsi pure sui precedenti della Cassazione, anche a sezioni semplici, utili a dimostrare la non implausibilità di un'interpretazione favorevole» in una prospettiva d'«integrazione della cultura del precedente con il principio del *favor rei*» CATERINI M., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2019, 330, il quale insiste sul

fattispecie in esame – al precedente consolidato, fintanto che non si addivenga a una soluzione giuridica migliore, in quanto più (cor)rispondente all’evoluzione giuridico-sociale.

Quali sono le contro-ragioni per cui, in concreto, non si applica quel determinato precedente consolidato? È questa la domanda che rappresenta la tappa obbligata che deve essere attraversata per adempiere l’onere di motivazione rafforzata in caso di *overruling* giurisprudenziale.

Nell’ipotesi in cui questo interrogativo resti inevaso, il presidio sanzionatorio (*recte*: il rimedio impugnatorio) configurabile non ci sembra al momento mostrare peculiarità ulteriori a quanto già si è detto, in termini generali, *supra* (cap. III, § V)¹⁴⁰³.

Il tema dell’*overruling* giurisprudenziale apre problematiche non condensabili in queste poche pagine a esso dedicate¹⁴⁰⁴, con le quali semplicemente si è voluto evidenziare che, in materia, sia la

fatto che «lo scostamento da un precedente favorevole e la stessa rimessione alle Sezioni unite, dovrebbero avvenire solo allorché si riesca ad argomentare non la mera preferibilità dell’opzione interpretativa svantaggiosa per l’imputato, ma la sua completa implausibilità, operazione logica ben più complessa. Così il fenomeno dell’*overruling in peius* assumerebbe dimensioni contenute a quelle rare ipotesi ove un giudice riesca a dimostrare l’assurdità del consolidato pregresso orientamento. L’implementazione di un sistema del genere, da un lato ridurrebbe l’arbitrario *cherry picking* dei giudici in quanto non potrebbero scegliere il precedente sol perché funzionale al risultato atteso, dall’altro conterrebbe le impugnazioni e lo stesso abnorme carico della Corte di cassazione, nonché limiterebbe i molteplici contrasti giurisprudenziali oggi esistenti al punto che a tal proposito si parla della teoria del caos, a evidenziare l’inefficacia se non la nocività nomofilattica dell’attuale sistema» (335-336).

¹⁴⁰³ Al riguardo, mette conto evidenziare che è stata ipotizzata la nullità del provvedimento che non motivi le ragioni del dissenso rispetto al precedente: VINCIGUERRA S., *Sull’intralcio all’amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in AA. VV., *Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 56 («Allo scopo di non spegnere il confronto all’interno della magistratura e fra i suoi gradi, subordinerei la nullità alla trasgressione dell’obbligo di motivare le ragioni del dissenso. L’obbligo di motivare favorirebbe il confronto dialettico fra i giudici, pur salvaguardando la funzione regolatrice della Cassazione»). Sottolineiamo, inoltre, che – come ricordano CONDORELLI M. – PRESSACCO L., *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 114, nt. 10 – «la mancata motivazione della scelta di discostarsi da un orientamento consolidato è stata configurata come un’ipotesi di responsabilità civile del giudice: cfr., in questo senso, Cass. civ., Sez. I, 30 luglio 1999, n. 8260 e Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2001, n. 11859».

¹⁴⁰⁴ Una tra le problematiche più rilevanti è, *in primis*, quella di capire o di stabilire *quando* un “precedente” possa definirsi “consolidato”. È a tal riguardo sufficiente una pronuncia delle Sezioni unite? Oppure – si badi: con il paradosso del sorite alla porta – è piuttosto necessario che si accumuli un ‘certo’ numero di pronunce conformi sul tema? La questione, accostabile a quella dell’emersione della situazione giuridicamente rilevante che merita di essere tutelata tramite la motivazione rafforzata (v. *supra*: cap. III, § IV), o viene sciolta dal legislatore con una presa di posizione netta oppure è rimessa allo svolgersi dinamico della realtà giuridico-ordinamentale, specie prasseologico-giudiziale. Una volta posta o riconosciuta l’esistenza di un orientamento giurisprudenziale stabile e condiviso, si apre poi un’altra tematica da affrontare, sintetizzabile nella seguente domanda: esistono “indici di prevedibilità” circa un possibile mutamento di giurisprudenza? In ambito civile, ma il discorso ci pare esportabile anche in sede penale, poiché lo riteniamo valido in generale, addirittura si è scritto che i mutamenti della giurisprudenza, «quale che ne sia la qualificazione, devono, al pari delle leggi retroattive, a loro volta rispettare il principio di ragionevolezza, non potendo frustare l’affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di *indici di prevedibilità* della correlativa modificazione» (Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144). Quali sono, ove se ne ammetta dunque l’esistenza, tali indici (es. l’incremento dei ricorsi relativamente a una specifica problematica giuridica? I richiami e le indicazioni, più o meno cogenti, da parte di autorità – giurisdizionali e/o non giurisdizionali – sovranazionali? Le istanze sociali o dei rappresentanti di categoria associati? Ecc. ecc. ecc.)? In proposito, ci pare particolarmente suggestiva la considerazione di TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, cit., 40, secondo cui «i precedenti potrebbero operare come le *strutture dissipative* di cui si parla nelle teorie della complessità

giurisprudenza sia la dottrina sia il legislatore richiedono l'adempimento di un onere motivativo rinforzato.

Attraverso l'apposito modulo di motivazione rafforzata adattato al precedente, la nomofilachia si declina come metodo di giudizio e di giustificazione¹⁴⁰⁵. Un metodo di giudizio e di giustificazione che non consente al giudice di adagiarsi sulla «rassicurante semplicità del tralaticio»¹⁴⁰⁶ allorché maneggi il precedente, ma gli impone piuttosto di confrontarsi argomentativamente con l'orientamento giurisprudenziale consolidato (in part., se cristallizzato dalle Sezioni unite), testandone di continuo la cor-rispondenza con la mutevolezza della realtà storica e giuridica¹⁴⁰⁷; e, di ciò, darne espressamente conto.

Valutazione del contributo dichiarativo del coimputato, dell'imputato connesso e dell'imputato collegato (ex art. 192 c.p.p.).

(PRIGOGINE I., *Le leggi del caos* (1993), (trad. it.) C. BREGA – A. DE LACHENAL, Bari-Roma, 2003, 15-20), ossia come momenti di formazione di aree di ordine all'interno del disordinato fluire del caos della giurisprudenza. Essi, infatti, potrebbero costituire importanti fattori di razionalizzazione, di uniformità pur flessibile, di prevedibilità e di uguaglianza di trattamento, nell'incontrollabile quantità e varietà dei casi che vengono decisi dalle Corti. Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che essi non siano a loro volta un elemento di disordine e di variazione casuale legata alle specificità dei singoli casi concreti: occorre dunque che si tratti di precedenti in senso proprio, e quindi che essi presentino i caratteri distintivi di 'rarità', autorità e universalizzabilità in funzione dei quali essi possono emergere dal caos indistinto della prassi giudiziaria».

¹⁴⁰⁵ Ci paiono muovere in una direzione di esaltazione del metodo le parole di VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 34, secondo cui «la regola [i.e. l'art. 65 ord. giud., da valorizzare nella prospettiva della prevedibilità giurisprudenziale] è, insomma, *procedurale più che sostanziale*».

¹⁴⁰⁶ Traiamo l'espressione da ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 4.

¹⁴⁰⁷ In buona sostanza, «si riconoscono la fluidità e la fallibilità del precedente, seppur formatosi al massimo livello dell'ordinamento giudiziario, e tuttavia si costruisce una regola di metodo che conferisce ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico» (CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 6. L'affermazione, riferita alla disciplina normativa – civile e penale – in materia di *overruling* giurisprudenziale, ci pare perfettamente adattabile anche all'istituto della "motivazione rafforzata"). V. altresì SPANGHER G., *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, cit., 986: «Invero, il rafforzamento – che così si realizza [i.e. con l'innesto dell'art. 618, co. 1-bis c.p.p., auspicabilmente 'potenziato' dalla *dissenting opinion*] – della funzione nomofilattica del Supremo Collegio, assicura la prevedibilità delle decisioni e punta a stabilizzare i percorsi procedurali a condizione che non escludano l'evoluzione giurisprudenziale che deve tener conto delle dinamiche della società, delle norme di riferimento e della giurisprudenza costituzionale ed europea. Solo il massimo della trasparenza può contribuire al rafforzamento del ruolo della Cassazione, senza trasformarla in una Corte Suprema incompatibile con la struttura diffusa della nostra organizzazione giudiziaria, evitando autosostituzioni e autoreferenzialità. In una prospettiva a lunghissimo termine ci si potrebbe chiedere in quali termini avvocatura e dottrina potrebbero – anch'esse – contribuire al consolidamento interpretativo della legislazione da parte delle sezioni riunite della Cassazione». A livello di teoria dell'argomentazione, in VAN EEMEREN F. H. – GROOTENDORST R., *A Systematic Theory of Argumentation*, cit., 112 (corsivo nostro), si osserva che «when argumentative discourse takes place in a more or less institutionalized context, in which the discussion pattern is to a certain extent determined by formal or informal procedures, specific expectations might be in order about *the way* in which the discourse or text is organized. In the case of argumentative discourse that takes place in a legal context, for example, it is often very obvious which expectations are in order».

Tutela rafforzata dedicata a un profilo peculiare dell'accertamento processuale: l'apprezzamento di credibilità e di attendibilità delle dichiarazioni rese dal coimputato o dall'imputato connesso o dall'imputato collegato. La metodica di giudizio e di giustificazione rinforzata interviene a salvaguardia della finalità cognitiva del processo penale. Tale finalità – espressione di un interesse giuridicamente rilevante che, a ben vedere, è in realtà sempre garantito dall'ordinamento: cioè, la bontà epistemologica del giudizio – stavolta viene presidiata in modo ancor più specifico, in ragione della particolare tipologia di dichiarante dal quale provengono le affermazioni di colpevolezza.

La tematica, inoltre, si presta a essere argomentata secondo le peculiarità del percorso a step obbligati in virtù del quale si realizza l'obbligo di motivazione rafforzata.

In questo caso, il modulo di motivazione rinforzata richiede cautela decisionale nell'apprezzamento delle dichiarazioni rese da soggetti che potrebbero compromettere la genuinità dell'accertamento processuale penale, introducendovi una conoscenza in qualche modo falsata e falsante. Non si fa riferimento alle problematiche attinenti alle mancanze tipiche della prova dichiarativa¹⁴⁰⁸ quanto, piuttosto, alla “natura interessata” del contributo conoscitivo che alcuni tipi di dichiaranti possono immettere nel processo¹⁴⁰⁹.

In generale, rispetto a certe tipologie di dichiaranti e di dichiarazioni, si registra che sia il legislatore (es. art. 192, co. 3 e 4 c.p.p.¹⁴¹⁰) sia la giurisprudenza (es. persona offesa; minore;

¹⁴⁰⁸ Problematiche epistemologiche ampiamente dimostrate dagli studi in materia di psicologia della testimonianza (es. incompletezza nella memorizzazione degli accadimenti; rielaborazioni narrative, conscie e inconscie, nella rievocazione del ricordo, non di rado ‘fuorviate’ e ‘fuorvianti’; difficoltà espressive; errori percettivi; influenze emotive; ecc. ecc.).

¹⁴⁰⁹ V. *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale 1988*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. 93, 61-62. Icastico IACOVIELLO F. M., *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 3452: «La prova dichiarativa si è – da sempre – basata sulla *fides* del dichiarante. Nella chiamata di correo, per principio, manca proprio la *fides*».

¹⁴¹⁰ Ritieni che l'art. 192 c.p.p. sia una «regola legale di valutazione probatoria» IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 305-306 («La prova legale entra nel merito della prova: la valuta, cioè dice *cosa* la prova significa e quale è il suo valore rispetto al *factum probandum*. La *regola legale di valutazione probatoria* non entra affatto nel merito, lo lascia impregiudicato: dice solo *come* valutare la prova. La prova legale sostituisce la legge al giudice. La regola di valutazione probatoria non si sostituisce al giudice, ma gli impone di adottare una certa *tecnica* nel valutare le prove. Per esemplificare. È valutazione legale della prova quando si dice: la testimonianza del teste estraneo è più attendibile di quella della parte lesa. È regola di valutazione probatoria quella dell'art. 192, co. 3 c.p.p. (chiamata di correo). La legge non ci impone di credere al chiamante, se ci sono altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità. Se così fosse, la disposizione o sarebbe inutile o sarebbe assurda. Sarebbe inutile se leggessimo la disposizione come se dicesse “il giudice è obbligato a credere a quelle dichiarazioni se tutti gli altri elementi di prova in atti ne confermano l'attendibilità”. La norma sarebbe di un'abbagliante banalità. Chi non crederebbe a quelle dichiarazioni se in atti tutto le conferma e niente le confuta? La disposizione sarebbe, invece, assurda se dicesse “bastano alcuni riscontri per credere a quelle dichiarazioni”. E allora, se alcuni riscontri convalidano quelle dichiarazioni e altri riscontri invece le confutano, il giudice cosa fa? Dovrebbe, *per legge*, dar retta solo alle conferme e ignorare le smentite? Il senso della disposizione è invece chiaro, se la si intende come regola di valutazione probatoria: “tu giudice non puoi usare quelle dichiarazioni, se non ci sono elementi di riscontro. Una volta che questi elementi ci siano, tu poi stabilirai – secondo buon senso – quale valore dare a quelle dichiarazioni”. Come si vede, la regola di valutazione probatoria lascia libero il giudice di “valutare

la prova”. L’unico vincolo è che ci siano in atti elementi di conferma di quelle dichiarazioni: se questi elementi vi sono, la dichiarazione del correo viene presa in considerazione; se non vi sono, quella dichiarazione viene ignorata. Che differenza c’è tra regole di valutazione probatoria e regole di inutilizzabilità? L’inutilizzabilità attiene al momento della formazione del materiale probatorio e riguarda la legittimità della prova (e in particolare la violazione dei divieti probatori). Le regole di valutazione probatoria attengono invece a una fase successiva, quella dell’organizzazione logica del materiale probatorio già formato. L’inutilizzabilità attiene al mezzo di prova, la valutazione invece riguarda – appunto – l’uso delle informazioni trasmesse dai mezzi di prova legittimamente acquisiti. Le regole di valutazione probatoria, dunque, stabiliscono *come* il giudice deve maneggiare il materiale probatorio. Una garanzia della legge nei confronti del giudice. Come nel sistema a verdetto immotivato ci sono le istruzioni del giudice alla giuria, così nel nostro sistema ci sono le istruzioni della legge al giudice. Libero convincimento, sì. Ma solo fino a un certo punto». Del ragionamento dell’Autore, che sposiamo, non condividiamo del tutto la specificazione in punto di inutilizzabilità. A nostro parere, invero, *la chiamata in correità priva di riscontri* è una prova non utilizzabile ai fini della decisione, perché si tratta di una prova che, per espressa previsione legislativa, è *incapace di provare* se non riscontrata da altri elementi che ne confermino l’attendibilità: un elemento di cui, pertanto, non può farsi alcun uso per la deliberazione finale (Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1998, Alletto, in *Guida dir.*, 1999, 2, 107: «Il vigente art. 192 c. 3 stabilisce una limitazione della libertà di convincimento del giudice, vietando l’attribuzione del valore di prova alla sola chiamata in correità, quando non sia accompagnata da altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità»). La qualificazione giuridica della c.d. “*corroboratio*”, che oscilla tra l’essere considerata una regola di valutazione (v. *Relazione al progetto preliminare*, cit., 61; DANIELE M., *Regole di esclusione e criteri di valutazione delle prove*, Torino 2009, 132; FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P. – GRIFANTINI F. M. – ILLUMINATI G. – ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 332; FERRUA P., *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2017, 750-751; IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale*, cit., 305-306) e una regola di esclusione probatoria (DINACCI F., *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano 2008, 25; NOBILI M., *Sub art. 192*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (coord.) M. CHIAVARIO, Torino, 1990, 418), risiede nel fatto che, da un lato, si indica in effetti un metodo per valutare la prova, al fine di ritenerla attendibile (*i.e.* apprezzarla “unitamente agli altri elementi” che la confermino), eppur tuttavia, dall’altro lato, laddove l’apprezzamento sortisca esito negativo, vengono a dispiegarsi gli effetti tipici dell’inutilizzabilità, ma a valutazione ormai compiuta. Il vizio non emerge a monte, com’è tipico dell’inutilizzabilità, che sottrae fin da subito la possibilità di esprimersi su quell’elemento, ma a valle, cioè una volta che la valutazione giudiziale è avvenuta: ovvero, dopo che il giudice ha già apprezzato la dichiarazione (primo step: teoria bifasica; primo e secondo step: teoria trifasica) e, constatando l’assenza di riscontri (secondo step: teoria bifasica; terzo step: teoria trifasica), non ha potuto far altro che abbandonare il dato probatorio non riscontrato. Si potrebbe parlare di una sorta di “inutilizzabilità (*rectius*: non utilizzabilità) differita”. Proviamo a spiegarci. Leggendo in combinato gli artt. 191, co. 1, 192, co. 3 e 526, co. 1 c.p.p., riteniamo possibile sostenere che i riscontri servano in questo caso per *formare* legittimamente la prova: le dichiarazioni dell’imputato connesso o collegato non riscontrate, infatti, sono prive – *ex lege* – di valore probatorio. La chiamata in correità, in mancanza di riscontri, non possiede la dignità di prova: banalmente, non è una prova; così come non lo sono né il documento anonimo (a meno che costituisca corpo del reato o provenga dall’imputato), né la testimonianza *de relato*, nell’ipotesi in cui sia richiesto di sentire il teste diretto e ciò non avvenga, nonostante non sussistano valide ragioni (es. impossibilità sopravvenuta) perché il sentito dire non possa venir confermato dalla fonte di riferimento o, ancora, come la dichiarazione di cui si dia prova che è stata estorta sotto tortura. Le dichiarazioni dell’imputato connesso o collegato possono quindi considerarsi di fatto acquisite e utilizzabili, tant’è che il giudice le valuta (secondo la regola dell’art. 192, co. 3 c.p.p.). Epperò, soltanto se trovano riscontro in altri elementi probatori possono spiegare appieno la loro efficacia: altrimenti sono praticamente inutili, perché sono sì materialmente presenti in atti (ovverosia, inserite negli incartamenti processuali), ma non sono poi effettivamente utilizzabili per fondare la decisione finale. La chiamata in correità non riscontrata non ha valenza probatoria e, pertanto, non può considerarsi una prova poiché non è giuridicamente in grado di provare nulla. In questo senso, sosteniamo che la regola valutativa *de qua* (*i.e.* la necessità che le dichiarazioni siano riscontrate, ossia “valutate unitamente agli altri elementi di prova”) sia una regola che eccezionalmente è *forma*/*“completa”* la prova e che, ove dia esito negativo (*i.e.* assenza di riscontri), configuri un’inedita – perché operante a valutazione ormai avvenuta – forma di inutilizzabilità o non utilizzabilità c.d. “differita”. Diversamente dalle altre evenienze citate (*i.e.* documento anonimo; testimonianza *de relato*; dichiarazioni sotto tortura), in cui la sanzione dell’inutilizzabilità è prevista espressamente *ex ante* e dalla legge, stavolta il “divieto” – *rectius*: la non utilizzabilità – si ricava sempre dalla legge ma *ex post* e *a contrariis*, cioè dalla violazione oppure dalla mancata realizzazione di una regola valutativa che – insolitamente – contribuisce a formare la prova e a renderla legittimamente

collaboratore di giustizia; ecc.) pretendono una particolare attenzione – valutativa e motivazionale – da parte del giudice che, sulla base di tali affermazioni, decide.

In alcune di queste occasioni, la motivazione rafforzata si compone di un'unica tappa obbligata. In altre occasioni, invece, vi sono plurime tappe obbligate da seguire: come nell'ipotesi in cui si debbano valutare le dichiarazioni del coimputato, dell'imputato connesso e dell'imputato collegato.

La previsione di cui all'art. 192, co. 3 c.p.p.¹⁴¹¹ è stata negli anni raffinata dalla giurisprudenza, la quale ha delineato un percorso metodico – di giudizio e di giustificazione – strutturato in più

utilizzabile ai fini della deliberazione. A margine di queste nostre affermazioni, sull'incapacità della dichiarazione non riscontrata del c.d. "impunone" di diventare prova cfr. le parole di PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 150, nt. 3, secondo cui si è in tal caso al cospetto di un elemento irrilevante (e in quanto tale – aggiungiamo noi – una 'non prova': arg ex art. 190 c.p.p.): «Dall'analisi delle dichiarazioni del coimputato, della credibilità del medesimo e dell'attendibilità intrinseca delle affermazioni considerate, può scaturire un giudizio negativo, che vale a escludere la rilevanza ai fini probatori delle dichiarazioni stesse indipendentemente dagli eventuali riscontri, così da diminuire il numero degli atti, pur formalmente utilizzabili, in concreto rilevanti ai fini della decisione». In materia, v. altresì: CONTI C., *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 298-304 (la quale richiama il tema della «qualità della motivazione, che deve dar conto con serrate argomentazioni logiche, e se del caso, mediante il ricorso a una serie di riscontri estrinseci, della bontà del materiale probatorio sul quale la decisione è basata»); FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., 328-341 (in part., 330-333); FERRUA P., *Regole di giudizio*, cit., 747-752; TONINI P., *La prova penale*, Padova, 2000, 147-154 (in part., 149: «Le dichiarazioni devono essere valutate "unitamente" agli altri elementi e, quindi, non possono esserlo in mancanza degli stessi. A ben vedere, il codice pone un divieto probatorio implicito condizionato alla circostanza che non vi siano altri elementi che confermino l'attendibilità»); UBERTIS G., *Regole di esclusione e canoni di valutazione*, in UBERTIS G., *Argomenti di procedura penale*, Milano 2002, 144).

¹⁴¹¹ Ai sensi dell'art. 192, co. 3 c.p.p., «le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità». Si tratta di una previsione normativa che, sia consentito dirlo, codifica quello che in verità dovrebbe *sempre* avvenire, in qualunque giudizio: ovverosia, una valutazione unitaria e complessiva degli elementi probatori (meglio: degli elementi probatori legittimamente utilizzabili ai fini della decisione), debitamente preceduta da una valutazione dei singoli elementi di prova. Ogni dato probatorio, infatti, deve prima essere vagliato partitamente nella sua bontà giuridica (gravità e precisione), per poi essere inserito nel disegno ricostruttivo d'insieme (concordanza). Sul punto: KOSTORIS R. E., *Giudizio*, cit., 10-11 e TONINI P., *Manuale*, cit., 763-764; nonché, specie sulla valutazione atomistica, l'antesignano pensiero di BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) G. CARNAZZI, Milano, 2010, 55 – cap. XIV («Quando le prove sono indipendenti l'una dall'altra, cioè quando gli indizi si provano d'altronde che da se stessi, quanto maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto, perché la fallacia di una prova non influisce sull'altra. Io parlo di probabilità in materia di delitti, che per meritar pena debbono essere certi»). Parla, a tal proposito, di «valutazione atomistica» e di «valutazione molecolare» IACOVIELLO F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 167 ss. Sempre IACOVIELLO F. M., *Motivazione della sentenza penale*, cit., 776 afferma che «la tecnica del necessario riscontro non è una tecnica circoscritta al controllo di dichiarazioni; è invece la "tecnica generale di accertamento probatorio", perché altro non è che la tecnica della convergenza di prove su un medesimo risultato probatorio (art. 192, co. 2)». Adesivo al pensiero di Iacoviello, PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 114, per il quale «la tecnica del necessario riscontro, in ultima analisi, sovrintende la materia dell'accertamento probatorio». Richiama la «generale necessità del riscontro» SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento*, cit., 201 (secondo cui «il riscontro non può essere sminuito quale regole di accertamento particolare, riferita a specifici mezzi di prova, secondo le scelte discrezionali del legislatore: come è in effetti accaduto nell'attuale sistema processuale che prevede in singoli casi il presupposto del riscontro. [...] Nella logica accertativa, il dovere di verità [posto che la verità è un concetto di relazione] si esprime come dovere di riscontro, cioè come dovere di riferimento a un dato conoscitivo che renda possibile il giudizio di verità» [202]; *amplius*: 201-242 [in part., 224] e 256 [ove si mette ancora in luce il «generale dovere di riscontro connotato all'essenza stessa del concetto di prova»]).

passaggi argomentativi obbligati. In verità, la giurisprudenza ha delineato addirittura due distinti modelli valutativo-giustificativi riguardanti le dichiarazioni dei coimputati e degli imputati connessi o collegati. In entrambi i moduli decisorio-motivativi sono riscontrabili plurime tappe obbligate del discorso giudiziale.

I due format o prototipi che sono stati costruiti in via pretoria danno vita, rispettivamente, a un “metodo a tre tempi” (v. Sezioni unite Marino, 1992) e a un “metodo a due tempi” (v. Sezioni unite Andreotti, 2003).

Secondo il metodo a tre tempi, gli step obbligati – peraltro ritenuti prodromici dalla giurisprudenza – attengono i) alla credibilità del dichiarante, ii) all’attendibilità intrinseca della dichiarazione e iii) alla sussistenza di riscontri esterni.

Secondo il metodo a due tempi, gli step obbligati – ritenuti dalla giurisprudenza non prodromici, ma contestuali – attengono i) all’attendibilità intrinseca della dichiarazione e ii) alla sussistenza dei riscontri esterni.

Senza soffermarsi su quale tra i due sviluppi argomentativi sia quello preferibile, in questa sede preme evidenziare come sia stato progettato normativamente e poi perfezionato giurisprudenzialmente un *m(eth)odus iudicandi et justificandi* rinforzato. Secondo tale metodica, allorché si passino al vaglio le dichiarazioni rilasciate dal coimputato o dall’imputato connesso o dall’imputato collegato, si deve seguire una scansione ben precisa. Per quanto non vincolata nel risultato finale, la decisione è inevitabilmente segnata – e, a nostro parere, qualitativamente arricchita – da un percorso di giudizio e di giustificazione cadenzato a tappe, al quale occorre che il decisore si attenga¹⁴¹².

¹⁴¹² Si parla espressamente di “step valutativi” a proposito della valutazione dei riscontri in: Cass., Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 390 («È evidente, perciò, che per potersi parlare di riscontro in senso proprio sia necessario giungere all’ultimo degli step ora evidenziati: escludere l’esistenza di dati idonei a confutare le dichiarazioni del D’, nella vicenda processuale oggi in esame, costituiva incombenza necessaria ma non ancora sufficiente, senza che un mero risultato di non incompatibilità possa *ex se* assurgere a riscontro positivo. Altrettanto pacifico, inoltre, è che un eventuale esito negativo delle verifiche, tale da far acquisire addirittura dati di smentita dei fatti riferiti dal D’, avrebbe imposto la necessità – ma solo in quel caso – di ridiscutere della sua pur ribadita affidabilità»); Cass., Sez. III, 6 maggio 2019, n. 18844 («Come è noto, la chiamata in correità si sostanzia nelle dichiarazioni di un coimputato o un imputato connesso o collegato concernenti l’altrui responsabilità in merito a fatti che lo stesso non ha appreso direttamente, ma dei quali ha avuto conoscenza per il tramite del racconto di un terzo, *ex artt.* 210 e 195 c.p.p. Nell’esame di tale materiale probatorio, il legislatore pone un limite al criterio valutativo generale del libero convincimento del giudice, ciò al fine di ovviare il rischio permanente di affermazioni di responsabilità penale interessate e/o poco genuine. L’art. 192, co. 3 c.p.p., infatti, subordina la capacità dimostrativa delle dichiarazioni accusatorie alla sussistenza di elementi esterni corroboranti, costituenti *conditio sine qua non* per l’impiego delle propalazioni stesse ai fini decisorii. Secondo il consolidato insegnamento di questa Corte, la valutazione di tali dichiarazioni deve articolarsi in tre fasi distinte: verifica della generale credibilità del dichiarante (in relazione ad aspetti quali, ad esempio, la personalità dello stesso, i rapporti con i chiamati in correità, la genesi remota o prossima della sua risoluzione alla dichiarazione), verifica della attendibilità intrinseca delle dichiarazioni (ossia l’intrinseca forza persuasiva alla luce dei criteri della precisione, coerenza, costanza, spontaneità) e infine dell’attendibilità estrinseca delle medesime propalazioni. Questa Corte ha peraltro chiarito che ciascun singolo step valutativo non dovrà essere considerato atomisticamente ma, piuttosto, esserlo

In particolare, di fronte alle affermazioni provenienti dal coimputato o dall'imputato connesso o dall'imputato collegato, il giudice deve anzitutto compiere una scelta di campo tra i due metodi e deve motivare perché ha deciso di privilegiare l'uno piuttosto che l'altro metodo.

In seguito, dopo aver verificato l'attendibilità intrinseca della dichiarazione – verifica eventualmente preceduta dall'analisi della credibilità del dichiarante, nel caso in cui il giudice opti per il modello trifasico – egli deve procedere all'esame dei riscontri: momento imprescindibile, sia dal punto di vista normativo sia dal punto di vista logico¹⁴¹³.

Sotto il primo profilo, quello normativo (art. 192, co. 3 c.p.p.), il giudice è chiamato a verificare la presenza effettiva dei riscontri (esterni), dal momento che una chiamata di correo priva di riscontri non ha valore probatorio.

Sotto il profilo logico, i riscontri corroborano l'efficacia dimostrativa delle dichiarazioni in correità o in reità. Al contempo, il panorama probatorio – da cui son tratti gli elementi che riscontrano le affermazioni dell'imputato connesso o collegato – risulta nell'insieme a sua volta corroborato dalle dichiarazioni riscontrate, le quali rendono maggiormente unitaria e concordante l'intera ricostruzione giuridica (ovviamente, in caso di esito positivo del riscontro)¹⁴¹⁴.

unitariamente agli altri, considerata la ineliminabile influenza reciproca (Sez. VI, 13 marzo 2007, n. 11599)»); Cass., Sez. I, 5 settembre 2018, n. 39937 («La Corte, che ha riassunto le dichiarazioni dei collaboratori, le ha valorizzate in chiave accusatoria per dedurre e concludere in modo illogico, apodittico e contraddittorio rispetto alla premessa metodologica, circa l'attendibilità, la coerenza intrinseca e la convergenza del molteplice delle chiamate in reità, e ulteriormente per rispondere in termini generici e ancora congetturali alle argomentazioni difensive, in quanto pertinenti a vicende specifiche, trascurando il dato di realtà, ed entrando con esso in contraddizione, per cui egli è incensurato, non gli è stato mai contestato né è stato condannato per fatti estorsivi e comunque per reati fine, dei quali i collaboratori non hanno riferito, avendo riversato nel dibattito ricostruzioni e aneddoti generici, inserendovi il suo nome. Il vizio in cui è incorsa la Corte di appello riguarda la inosservanza dei parametri normativi e delle regole probatorie pertinenti alla materia, da farsi secondo step valutativi attinenti a diversi elementi, da apprezzarsi previo esito positivo del precedente, mentre la Corte ha ritenuto, a fronte della genericità e lacunosità delle chiamate, di affidarsi alla convergenza del molteplice, invece insussistente per carenza di coerenza interna delle chiamate, per genericità dei narrati, spesso *de relato*, e per l'assenza di riscontri vicendevoli, come emerge dal richiamo al “nocciolo essenziale” delle singole dichiarazioni, riprese criticamente in ricorso, traendole dalle trascrizioni delle deposizioni»); Cass., Sez. IV, 27 novembre 2017, n. 53568.

¹⁴¹³ I riscontri devono in primo luogo essere riscontri estrinseci, ovvero devono provenire da una fonte 'altra' e autonoma rispetto alla chiamata di correo. Soltanto così, infatti, è possibile evitare la circolarità della verifica/valutazione unitaria delle dichiarazioni rese, la quale finirebbe altrimenti per essere tautologica e autoreferenziale: la chiamata medesima supporterebbe l'elemento di prova che essa stessa introduce. Inoltre, i riscontri debbono essere costituiti da dati 'certi' e 'specifici', giacché non si possono assumere – in funzione di supporto delle dichiarazioni degli imputati connessi o collegati – elementi probatori ipotetici e generici, oppure inconferenti a quell'aspetto giuridico-fattuale che si va ricostruendo. Infine, occorre che i riscontri siano 'individualizzanti': la chiamata in correità deve cioè essere sorretta da elementi esterni idonei a dimostrare la sua attendibilità (estrinseca), specificamente riguardanti la persona di cui si asserisce la colpevolezza. In materia, su tutti, v. TONINI P., *La prova penale*, cit., 147-154 (in part., 151-154).

¹⁴¹⁴ Sempre avuto riguardo ai riscontri (esterni), precisiamo che la verifica giudiziale può farsi ancora più complessa in relazione alla *species* dei riscontri. La lettera dell'art. 192, co. 3 c.p.p. è invero assai generica sul punto, giacché parla semplicemente di «altri elementi di prova» che, in una valutazione unitaria, confermino l'attendibilità delle dichiarazioni *erga alios* rese dagli imputati connessi o collegati. Per quanto tale disposizione ammetta dunque il c.d.

Quale presidio sanzionatorio è ipotizzabile per la violazione della metodica motivazionale rinforzata, in questo caso?

Oltre a quanto si è già detto *supra* in termini generali (Cap. III, § V), ove non si segua questo metodo rafforzato di giudizio e di giustificazione¹⁴¹⁵, utile a esprimersi circa la credibilità soggettiva del dichiarante¹⁴¹⁶ e l'attendibilità oggettiva delle sue propalazioni¹⁴¹⁷, al di là del

“principio di libertà dei riscontri”, tale per cui la funzione corroborante può essere svolta da qualsiasi altro elemento di prova, non predeterminato nella specie e nella qualità, e di qualsiasi natura, è evidente come la valutazione del giudice si faccia più complicata nel momento in cui egli accolga in funzione di riscontro un'altra chiamata di correo (c.d. “*mutual corroboration*”) o addirittura una chiamata di correo *de relato*. In caso di *mutual corroboration*, la motivazione del giudice dovrà adeguatamente e specificamente (meglio: rafforzatamente) dar conto delle ragioni per cui dichiarazioni affette dalla medesima carenza di affidabilità che affligge quelle da riscontrare – poiché necessitano anch'esse di essere a loro volta riscontrate per poter essere utilizzate – abbiano ciononostante la capacità di corroborare un altro elemento di prova. Il quadro, poi, diventa ancor più articolato, e con ciò l'obbligo motivazionale del giudice assume connotati ancor più rigorosi, quando si è in presenza di un riscontro incrociato tra chiamate in correità *de relato*: la colpevolezza viene asserita da un imputato connesso o collegato che richiama il sentito dire di un altro imputato connesso o collegato, senza che si svolga l'esame di quest'ultimo, cioè della fonte diretta. In quest'ipotesi, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite Aquilina (2012), è necessario svolgere un esame – che possiamo definire rinforzato perché declinato, per l'appunto, in (plurimi) step argomentativi obbligati, orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili – in merito ai seguenti profili: a) valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza e della spontaneità; b) accertamento dei rapporti personali tra il dichiarante e la fonte diretta, per poter apprezzare – anche alla luce di questo dato – il grado di veridicità (es. confidenza) di quanto confidato dalla seconda al primo; c) convergenza delle varie chiamate, che si devono riscontrare reciprocamente e in modo individualizzante, con riguardo alle circostanze rilevanti del *thema probandum*; d) indipendenza delle chiamate, nel senso che esse non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) autonomia genetica delle chiamate, cioè derivazione di ciascuna chiamata da fonti di informazione diverse (e indipendenti).

¹⁴¹⁵ Se dovessimo schematizzare (paragrafare?) la parte motiva del provvedimento dedicata all'argomentazione rinforzata inerente alle dichiarazioni rese dall'imputato connesso o collegato, proporremmo il seguente schema. I° step: il giudice deve indicare il metodo di valutazione e di giustificazione che intende seguire, ossia se intende adottare il metodo a tre tempi o metodo a due tempi. II° step: concretizzazione del metodo a tre tempi [i) credibilità del dichiarante; ii) attendibilità intrinseca della dichiarazione; iii) riscontri esterni] oppure del metodo a due tempi? [i) attendibilità della dichiarazione; ii) riscontri esterni]. III° step: con specifico riguardo ai riscontri, occorre rispondere (quantomeno) alle seguenti domande: i) hanno natura estrinseca?; ii) consistono in dati ‘altri’, certi e specifici?; iii) sono individualizzanti?; iv) in caso di *mutual corroboration*: a) convergenza delle chiamate; b) autonomia delle chiamate (e, quindi, assenza di accordi o interferenze tra i dichiaranti); c) specificità delle dichiarazioni; d) carattere individualizzante delle dichiarazioni; v) in caso di *mutual corroboration* tra chiamate di correo *de relato*: a) valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza e della spontaneità; b) accertamento dei rapporti personali tra il dichiarante e la fonte diretta, per poter apprezzare – anche alla luce di questo dato – il grado di veridicità (es. confidenza) di quanto confidato dalla seconda al primo; c) convergenza delle varie chiamate, che si devono riscontrare reciprocamente e in modo individualizzante, con riguardo a circostanze rilevanti del *thema probandum*; d) indipendenza delle chiamate, nel senso che esse non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) autonomia genetica delle chiamate, cioè derivazione di ciascuna chiamata da fonti di informazione diverse (e indipendenti).

¹⁴¹⁶ Sulla valutazione di “credibilità soggettiva” del dichiarante, in giurisprudenza si afferma che questa deve essere condotta alla luce della personalità del medesimo, nonché delle sue condizioni socio-economiche e familiari, dei rapporti con i chiamati in correità e della genesi della sua risoluzione a rendere dichiarazioni eteroaccusatorie.

¹⁴¹⁷ Sulla valutazione di “attendibilità oggettiva” delle propalazioni, in giurisprudenza si afferma la necessità di fare riferimento soprattutto alla spontaneità, alla costanza, alla coerenza e alla precisione di quanto dichiarato dall'imputato connesso o collegato. Si tratta, a ben vedere, di profili tuttavia non così puntuali e dirimenti, in quanto estremamente

classico vizio di motivazione (art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p.), ci pare configurabile una sorta di inutilizzabilità c.d. “differita”¹⁴¹⁸ delle dichiarazioni rese dal coimputato o dall’imputato connesso o dall’imputato collegato (tutelabile ai sensi dell’art. 606, co. 1 lett. c) c.p.p.).

Invero, la chiamata di correo non riscontrata, in quanto priva di valore probatorio, non può considerarsi una prova e non se ne può far uso come se lo fosse. Di più: violando la legge che disciplina il modo in cui tale chiamata deve essere valutata (art. 192, co. 3 c.p.p.), si finisce – in un’inedita “combinazione” tra regole di esclusione e regole di valutazione – per impedire la completa formazione della prova stessa, intaccandone l’effettiva acquisizione, perché così facendo – *i.e.* non riscontrando la chiamata – non si consente a quell’elemento di acquisire dignità probatoria. Materialmente, le dichiarazioni del coimputato, dell’imputato connesso o dell’imputato collegato sono presenti in atti; effettivamente, è come se non lo fossero affatto, giacché non hanno valenza di prova e sono destinate a restare negli incartamenti procedurali: non possono per l’appunto essere utilizzate, poiché prive di valore probatorio.

Conseguentemente, di fatto, se non si riscontrano le dichiarazioni del coimputato, dell’imputato connesso e dell’imputato collegato, non si può ritenere che tali dichiarazioni siano legittimamente acquisite *ai fini della deliberazione*: restano, insomma, fuori dall’asset probatorio utilizzabile ai fini

generici e peraltro agilmente manipolabili (sia, *ex ante*, dal dichiarante sia, *ex post*, dal giudice). Si pensi, ad esempio, al profilo della spontaneità: quest’ultima, oltre a risultare difficilmente oggettivizzabile (lasciando quindi spazio a possibili derive interpretativo-soggettivistiche), può tranquillamente essere artatamente manifestata sia nel caso in cui si stia affermando il vero sia nel caso in cui si stia affermando un mendacio, perché come spontaneamente si può dire la verità, altrettanto spontaneamente si può dire il falso.

¹⁴¹⁸ Parliamo di “inutilizzabilità o non utilizzabilità differita” perché il vizio non emerge a monte, com’è tipico di questa causa di invalidità (che sottrae fin da subito la possibilità di esprimersi su quell’elemento di prova), ma a valle, cioè una volta che la valutazione giudiziale si è compiuta: ovverosia, dopo che il giudice ha già apprezzato la dichiarazione e, constatando l’assenza di riscontri, non ha potuto far altro che abbandonare il dato probatorio non riscontrato. Leggendo in combinato gli artt. 191, co. 1, 192, co. 3 e 526, co. 1 c.p.p., riteniamo possibile sostenere che i riscontri servano in questo caso per *formare* legittimamente la prova: le dichiarazioni dell’imputato connesso o collegato non riscontrate, infatti, sono prive – *ex lege* – di valore probatorio. La chiamata di correo, in mancanza di riscontri, non possiede la dignità di prova: banalmente, non è una prova. Le dichiarazioni dell’imputato connesso o collegato possono quindi considerarsi di fatto acquisite e utilizzabili, tant’è che il giudice le valuta (secondo la regola dell’art. 192, co. 3 c.p.p.). Epperò, soltanto se trovano riscontro in altri elementi probatori possono spiegare appieno la loro efficacia: altrimenti sono praticamente inutili, perché sono sì materialmente presenti in atti (ovverosia, inserite negli incartamenti processuali), ma non sono poi effettivamente utilizzabili per fondare la decisione finale. La chiamata di correo non riscontrata non ha valenza probatoria e, pertanto, non può considerarsi una prova poiché non è giuridicamente in grado di provare nulla. In questo senso, sosteniamo che la regola valutativa *de qua* (*i.e.* la necessità che le dichiarazioni siano riscontrate, ossia “valutate unitamente agli altri elementi di prova”) sia una regola che eccezionalmente è *forma* / “completa” la prova e che, ove dia esito negativo (*i.e.* assenza di riscontri), configuri un’inedita – perché operante a valutazione ormai avvenuta – forma di inutilizzabilità o non utilizzabilità c.d. “differita”. Diversamente dalle altre evenienze citate (*i.e.* documento anonimo; testimonianza *de relato*; dichiarazioni sotto tortura), in cui la sanzione dell’inutilizzabilità è prevista espressamente *ex ante* e dalla legge, stavolta il “divieto” – *rectius*: la non utilizzabilità – si ricava sempre dalla legge ma *ex post* e *a contrariis*, cioè dalla violazione oppure dalla mancata realizzazione di una regola valutativa che – insolitamente – contribuisce a formare la prova e a renderla legittimamente utilizzabile ai fini della deliberazione. “*Amplius*”, v. nt. 1410.

della decisione; e vi restano, tuttavia, all'esito di una preventiva valutazione sulla loro bontà. Stavolta, la violazione di una regola di valutazione probatoria compromette la formazione della prova in quanto tale e, quindi, la sua effettiva acquisizione ai fini decisori. E il vizio eccezionale, laddove queste dichiarazioni, che costituiscono prove non utilizzabili per la decisione, vengano impiegate per assumere sentenziare la colpevolezza dell'accusato, ci pare un vizio rilevabile sia in grado d'appello che in Cassazione, non soltanto per motivi legati alla motivazione del provvedimento (art. 606, co. 1 lett. e) c.p.p.), ma anche per motivi legati all'illegittimità – *recte*: all'invalidità – delle prove che si sono utilizzate (art. 606, co. 1 lett. c) c.p.p.).

Ricorso a prove e attività probatorie atipiche (cfr. c.d. “truffa delle etichette” e principio di non sostituibilità; v. c.d. “prova incostituzionale”).

Tutela rinforzata diretta a evitare, o perlomeno a permettere di individuare e sanzionare più agevolmente, le due seguenti evenienze: i) il compimento di attività probatorie che aggirino surrettiziamente la disciplina normativa attraverso l'impiego – improprio – dell'art. 189 c.p.p.; ii) l'utilizzo di prove lesive di diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti e garantiti.

Ci sembra oramai consolidato, quantomeno nelle ricostruzioni delle autorità giudiziarie di vertice, lo schema di giudizio e di giustificazione concettualizzato da Carlotta Conti avuto riguardo alle prove potenzialmente lesive di diritti fondamentali presidiati a livello costituzionale e attinente altresì alle attività probatorie che potrebbero aggirare in maniera surrettizia le previsioni legislative predisposte *ad hoc* per il loro svolgimento.

Si tratta di un modulo valutativo-giustificativo collocabile all'interno del paradigma della motivazione rafforzata perché, per l'appunto, delinea un percorso argomentativo a step obbligati, orientato da parametri e criteri consolidati e intersoggettivamente verificabili, che veniamo adesso a esporre¹⁴¹⁹.

Premettiamo che questo modello è stato estrapolato e raffinato dalla Professoressa Conti a partire dalle pronunce «di cartesiana chiarezza»¹⁴²⁰ della Corte costituzionale e della Corte di

¹⁴¹⁹ V. TONINI P. – CONTI C., *Diritto delle prove penali*, cit., 196-204.

¹⁴²⁰ L'espressione è tratta da CONTI C., *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1579. Si mostra critica al riguardo IASEVOLI C., *La nomofilachia 'creatrice' in tema di videoriprese*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, 285-287 (in part., l'Autrice rileva che «l'opera ricostruttiva in tema di videoriprese di comportamenti comunicativi si distacchi eccessivamente non solo dal dato letterale, ma dalla sua *ratio* e dalla sua collocazione nel titolo III “mezzi di ricerca della prova”. Vero è che la locuzione, che si rinviene nel comma 2 dell'art. 266 c.p.p. costituisce una norma in bianco, suscettibile di riempirsi di molteplici contenuti. Per questa via, sia va oltre il dato fisiologico secondo cui l'interpretazione si sostanzia in una scelta, che accorda significati a dati empirici; si sconfinava, cioè, dall'attualizzazione della norma alla creazione di altre regole, che è altra cosa rispetto all'accertamento di una categoria di casi, riconducibili alla regola astratta sulla base dell'*eadem ratio*» [286]). In termini più generali, sull'«ammissibilità delle indagini innominate» è critico – «quantomeno con riferimento agli strumenti qui oggetto di considerazione» (*i.e.* strumenti di sorveglianza occulta) – NICOLICCHIA F., *I controlli occulti e continuativi*

cassazione in tema di videoriprese¹⁴²¹. Tale genesi settorializzata, tuttavia, non impedisce che lo stesso possa essere esportato e applicato – compatibilmente, s'intende – altrove.

Secondo la ricostruzione proposta, il ragionamento dell'operatore giuridico avente a oggetto la prova o l'attività probatoria atipica è tenuto a svolgersi alla luce dei seguenti passaggi argomentativi obbligati¹⁴²².

Anzitutto, occorre verificare la tipicità della prova o dell'attività probatoria di cui si discute. Se esiste una disciplina tipica di riferimento, allora l'art. 189 c.p.p. non è applicabile, a meno di non voler eludere la legge (c.d. "principio di non sostituibilità")¹⁴²³. Tale disposizione opera infatti in

come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali, Milano, 2020, 11-13 e 30-32, il quale – tra le varie altre considerazioni – sostiene che sia «comunque palese l'eterogeneità intercorrente tra la funzione dell'art. 189 c.p.p. – congegnato per regolare lo scrutinio di ammissibilità di veri e propri mezzi di prova – e la *ratio* che dovrebbe invece ispirare le disposizioni dirette a stabilire le attività di ricerca delle fonti conoscitive legittimamente esperibili durante la fase delle indagini» (12). In breve, sostiene Nicolichia, l'art. 189 c.p.p. sarebbe riferibile alla (sola) fase dibattimentale – come norma che regola l'ingresso dei mezzi di prova – e non adatto, invece, per la fase delle indagini (ove non si pone soltanto un problema di affidabilità dell'elemento conoscitivo ma, ancor prima, un problema di corretta modulazione dei diritti fondamentali dei singoli).

¹⁴²¹ Le pronunce cui alludiamo sono le seguenti: Corte cost., 11 aprile 2002, n. 135, con nota a margine di CAPRIOLI F., *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, 2176 ss.; Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, con nota a margine di CONTI C., *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1213 ss.; Corte cost., 7 maggio 2008, n. 149, con nota a margine di LAMARQUE E., *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2008, 1844 ss.

¹⁴²² L'ipotesi *de qua* rappresenta una di quelle ipotesi da motivazione rafforzata in cui le tappe obbligate sono tra loro prodromiche. La peculiarità (*lato sensu* argomentativa) di questo tipo di accertamento consiste inoltre nel fatto che gli step sono tra loro legati da un vincolo di pregiudizialità, nel senso che, in base al risultato ottenuto dall'attraversamento dello step antecedente, si passa a uno step successivo costituito da certi argomenti e parametri di riferimento anziché a un altro step successivo costituito da certi altri argomenti e parametri di riferimento.

¹⁴²³ Com'è stato scritto, «proprio a tutela della stabilità del sistema, a livello di teoria generale, si sta profilando l'emersione sempre più netta e autonoma del c.d. "principio di non sostituibilità", in base al quale è vietato l'impiego di una prova, tipica o atipica, volto ad aggirare le garanzie stabilite dagli strumenti tipici predisposti dal legislatore. Un simile sbarramento si ricava, in definitiva, dal canone della legalità, insito nel sistema probatorio: anche le prove atipiche soggiacciono a tale principio, ovviamente nella misura in cui la legge può tracciare limiti nell'*an* e nel *quomodo*, come avviene nell'art. 189 c.p.p. Il principio di non sostituibilità è originariamente emerso in una con la questione della prova incostituzionale: il riferimento va alla sentenza della Consulta n. 229 del 1998 sul sequestro degli appunti predisposti dall'indagato per affrontare l'interrogatorio. Con la predetta pronuncia, la Corte ha affermato che il sistema probatorio deve essere letto sullo sfondo costituzionale dal quale scaturisce il divieto di aggirare surrettiziamente gli schemi legali e le garanzie previste in relazione ai singoli strumenti espressamente disciplinati. Una nitida affermazione si rinviene, poi, nella nota sentenza delle Sezioni unite Torcasio del 2003, ove il Collegio esteso ha fermamente escluso la possibilità di aggirare i limiti stabiliti dal legislatore in relazione alle attività che possono essere legittimamente compiute, facendo leva sugli evanescenti contorni della prova atipica e sulla fluidità della fase investigativa. Successivamente, si annoverano due fondamentali pronunce, rispettivamente delle Sezioni unite Pasqua del 2012 e della Corte costituzionale (n. 20 del 2017) con riferimento all'acquisizione occulta della corrispondenza del detenuto. Entrambe le decisioni hanno chiarito come, nella ricerca di un referente di diritto positivo, cui agganciare una disciplina che può prospettare profili di lesione di diritti fondamentali, si prenda posizione sulla natura dell'atto effettuando un'attività di sussunzione da cui discendono conseguenze disciplinatorie relevantissime. Per la Corte costituzionale, il cuore della questione consiste nello stabilire se un'attività sia davvero atipica, oppure debba far

via residuale, rappresentando a un tempo sia la valvola di sfogo (inclusiva attività probatorie e relative prove non disciplinate dalla legge) sia la regola di chiusura del sistema (limitativa attività probatorie e relative prove già disciplinate dalla legge che non si può surrettiziamente aggirare)¹⁴²⁴. Il primo step concerne, quindi, l'individuazione di una disciplina tipica nell'ambito della quale poter inquadrare la prova o l'attività probatoria in esame. Se la si individua, si applica. Se non la si individua, si passa allo step successivo: quello inerente all'art. 189 c.p.p.

In mancanza di una regolamentazione normativa *ad hoc*, si controllano i presupposti applicativi dell'art. 189 c.p.p. Quella prova o quell'attività probatoria è idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti? Quella prova o quell'attività probatoria pregiudica, oppure no, la libertà morale della persona? Verificati questi due requisiti¹⁴²⁵, se si ritiene praticabile la "via dell'atipicità", allora si passa al terzo e ultimo step; altrimenti si chiude l'accertamento con l'affermazione dell'irrilevanza (o, a seconda dei casi, persino dell'illegittimità) giuridica della prova o dell'attività probatoria in questione: non disciplinata dalla legge; non incasellabile nell'art. 189 c.p.p.¹⁴²⁶.

riferimento ad atti già disciplinati dal codice e, in quest'ultimo caso, quale sia il "tipo legale" cui l'atto appaia più correttamente sovrapponibile in ragione del tratto ontologico eletto a cifra differenziale dal legislatore nel momento in cui – nell'esercizio della propria discrezionalità – ha predisposto la disciplina. [...] È proprio nell'ambito di siffatte valutazioni che entra in gioco il principio di non sostituibilità; le prove disciplinate dalla legge, specie quando risultano lesive dei diritti fondamentali (es. le intercettazioni), delineano una tipicità dai confini ben marcati che non possono essere oltrepassati in via di interpretazione, pena la perdita di identità del sistema probatorio: «la prova atipica mira a consentire l'impiego di strumenti non disciplinati dalla legge, ma non può valere a eludere la disciplina legale – semplificandone o escludendone le forme – quando questa esiste», altrimenti, l'acquisizione è votata all'inutilizzabilità patologica generale per violazione di divieti probatori (art. 191 c.p.p.). Il punto merita specifica considerazione. Qualora uno strumento acquisitivo comporti l'aggiramento delle regole predisposte dal codice in relazione a un atto tipico, l'inutilizzabilità consegue all'avvenuto aggiramento e configura una conseguenza sanzionatoria specifica e *sui generis* che sembra prescindere dalle invalidità eventualmente comminate dalla disciplina di settore – o ricavabili dalle regole ordinarie – in relazione al singolo atto espressamente normato. In buona sostanza, qualora la violazione sia un portato dell'attivazione di uno strumento asseritamente atipico, cui si riconnette l'effetto di eludere i tratti caratterizzanti della disciplina tipizzata dal legislatore, la sanzione consegue proprio a tale attività di aggiramento e deve ravvisarsi nell'inutilizzabilità» (CONTI C., *Sicurezza e riservatezza*, cit., 1583). Si fa menzione del "principio di non sostituibilità" altresì in Cass., Sez. V, 27 marzo 2015 (dep. 7 settembre 2015), n. 36080, Knox e Sollecito. A margine della sentenza costituzionale n. 20 del 2017, v. QUAGLIANO G., *Acquisizione di corrispondenza del detenuto: la Consulta promuove il principio di non sostituibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1058 ss.

¹⁴²⁴ La chiusura si fa ancor più netta se si legge l'art. 189 c.p.p. in modo costituzionalmente orientato, ovverosia se – come propone CONTI C., *Sicurezza e riservatezza*, cit., 1580 – lo si concepisce quale «impalcatura» volta «a introdurre quelle sole prove innominate che non rechino *vulnus* a istanze costituzionalmente tutelate e che, dunque, non richiedano una disciplina legislativa espressa» (v. terzo step). In questa prospettiva, chiosa Conti, «la norma in oggetto non ha la funzione di aprire il sistema, bensì di chiuderlo». Sul punto, v. altresì CANZIO G., *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2021.

¹⁴²⁵ Oltre ai due "requisiti sostanziali" (dell'idoneità all'accertamento dei fatti e del rispetto della libertà morale dell'individuo) vi è altresì il "requisito processuale" da garantire, ovverosia la tutela del contraddittorio: prima di definire le modalità di acquisizione della prova atipica devono (– ove possibile –) essere previamente sentite le parti.

¹⁴²⁶ D'altronde, non ogni immaginabile strumento (non previsto dalla legge) è ammissibile solo perché i risultati probatori da esso discendenti appaiono utili al processo: «il canone del libero convincimento se consente al giudice d'apprezzare secondo la sua esperienza il valore delle prove, non lo autorizza a pronunciare in base a una prova "illegittimamente" ammessa o "invalidamente" costituita» (CORDERO F., *Tre studi*, cit., 64-65).

Ove si ritenga di poter legittimamente muoversi entro la categoria della prova atipica, bisogna infine compiere un'ulteriore disamina circa la sussistenza di eventuali limiti probatori per così dire sistematico-costituzionali¹⁴²⁷. Limiti posti a tutela di diritti fondamentali protetti dalla Costituzione¹⁴²⁸, la cui violazione porta all'inutilizzabilità (c.d. "prova incostituzionale")¹⁴²⁹.

Il *cliché* caratterizzante questo terzo step logico-argomentativo si dipana, in breve, in un giudizio così ripartibile.

a) Si è in presenza di un diritto fondamentale costituzionalmente sancito? In assenza di una legge che regoli i "casi" e i "modi" in cui lo stesso possa essere intaccato, una sua lesione non è ammissibile: pena l'inutilizzabilità della prova derivante da attività probatoria illegittima o finanche illecita.

b) Si è al cospetto di un diritto fondamentale emergente (tutelato/tutelabile *ex art. 2 Cost.*: es. riservatezza)? Attraverso un provvedimento congruamente motivato da parte del giudice o, più semplicemente, da parte del pubblico ministero, è possibile compiere quell'attività probatoria e ricavarne il relativo elemento di prova. In ogni caso, resta sindacabile il grado di lesione subita dal diritto emergente: il pregiudizio che quest'ultimo patisce deve essere ragionevole e proporzionato, nonché trovare (contro)bilanciamento con l'opposto diritto di cui – proprio tramite l'attività lesiva – si persegue la tutela (*i.e.* l'accertamento del fatto-reato).

c) Non si coinvolgono diritti fondamentali previsti o emergenti dalla Carta costituzionale? Allora non si pongono problematiche relative ai limiti sistematico-costituzionali di cui è portatore questo terzo step. Di conseguenza, la prova o l'attività probatoria in esame, una volta superati i due

¹⁴²⁷ La domanda che occorre porsi è la seguente: vi sono situazioni, interessi o beni giuridicamente rilevanti retrostanti all'atto atipico, meritevoli di tutela a livello ordinamentale e, in specie, costituzionale?

¹⁴²⁸ TONINI P. – CONTI C., *Diritto delle prove penali*, cit., 201-202: «Il concetto di prova incostituzionale è soltanto un modo suggestivo per qualificare un divieto che in realtà è tanto implicito quanto inequivocabile nelle disposizioni del codice interpretate alla luce della Carta fondamentale. In effetti, dalle norme costituzionali si ricava pianamente il *cliché* in base al quale, in materia di diritti fondamentali, è tutto vietato salvo ciò che è espressamente consentito, nei casi e modi stabiliti dalla legge per i fini legittimi del processo penale. Pertanto, quando un'acquisizione probatoria incide su istanze tutelate dalla Carta fondamentale, essa deve essere disciplinata dal legislatore nei casi e modi; in assenza di una simile regolamentazione, la prova deve intendersi vietata. L'inutilizzabilità delle prove incostituzionali, allora, si desume non dalla Costituzione – come talora si afferma, evocando la problematica questione del rapporto tra fonti normative di differente grado – bensì dal *silenzio* della legge. A ben vedere, quando il codice non prevede una disciplina espressa, e *proprio perché* non la prevede, le acquisizioni che ledono diritti fondamentali debbono intendersi vietate». Sul tema, v. anche CORDERO F., *Tre studi*, cit., 153-155.

¹⁴²⁹ Diritti fondamentali ulteriori e diversi da quello tutelato *ex art. 13* (nonché *ex art. 27 Cost.*) Cost. La libertà personale del presunto innocente, infatti, costituisce l'oggetto principale del procedimento penale, mentre nell'ambito del discorso che stiamo portando avanti si fa riferimento a tutti quei diritti costituzionali fondamentali che possono venir coinvolti nelle attività di accertamento della colpevolezza, o meno, dell'imputato (che può per l'appunto portare, oppure no, alla restrizione della sua libertà personale [*lato sensu* intesa, comprensiva – cioè – anche del profilo economico dell'odierno vivere sociale, tenuto conto che si possono emanare provvedimenti non coercitivi a livello fisico, ma comunque severamente limitativi per la libertà economica dell'individuo (art. 41 Cost.))].

step precedenti, può tranquillamente – *recte*: legittimamente – manifestarsi in seno al procedimento penale.

Esemplando con qualche caso teorico-pratico, possiamo applicare quanto si è appena detto ad alcune attività probatorie realizzate con mezzi di ricerca della prova atipici oggi assai diffusi: le video-riprese (e, *mutatis mutandis*, il captatore informatico); l'agente segreto attrezzato per il suono; il pedinamento satellitare tramite GPS¹⁴³⁰.

Per quanto riguarda le video-riprese, è necessario distinguere tra video-riprese comunicative e video-riprese non comunicative. Si è in presenza di un'attività probatoria soltanto apparentemente atipica se le video-riprese si risolvono in una mera captazione di conversazioni non accompagnata da immagini: in tal caso, infatti, le video-riprese sono inquadrabili come intercettazioni e, di conseguenza, la disciplina applicabile si rinviene negli artt. 266 e ss. c.p.p., la quale offre piena copertura legislativa al diritto di cui all'art. 15 Cost. In quest'ipotesi, pertanto, ci si ferma, al primo step. Si è invece in presenza di un'attività probatoria a tutti gli effetti atipica se le video-riprese sono non comunicative, cioè se riprendono immagini e scene di vita di una persona. In questo secondo caso, le video-riprese sono un mezzo di ricerca della prova atipico perché non trovano un'apposita regolamentazione normativa (I step). Senza dubbio, rappresentano uno strumento che ha un'indubbia capacità accertativa e, d'altro canto, non risultano pregiudizievoli per la libertà morale di chi viene – inconsapevolmente – ripreso (II step). A questo punto, si deve valutare la lesività del mezzo rispetto ai diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati (III step). Seguendo l'insegnamento della Corte costituzionale (135/2002; 149/2008) e delle Sezioni unite Prisco (2006), ricaviamo che:

a) se le video-riprese attingono la vita che si svolge dentro le mura domestiche, allora intaccano la libertà domiciliare (art. 14 Cost.) e, mancando una apposita disciplina di legge che stabilisca i “casi” e i “modi” in cui sia possibile limitare tale diritto fondamentale, non possono essere disposte;

b) se le video-riprese captano quanto avviene in luoghi riservati (es. toilette di un locale pubblico; privé di una discoteca; ecc.), allora ledono il diritto alla c.d. “riservatezza” (diritto fondamentale emergente, tutelato *ex art.* 2 Cost.). Il loro impiego è consentito e le prove così raccolte sono utilizzabili, se vengono autorizzate da un provvedimento congruamente motivato da parte dell'autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero);

c) se le video-riprese registrano quel che accade in un luogo aperto al pubblico, non impattano su alcun diritto fondamentale costituzionalmente presidiato e, pertanto, costituiscono un'attività probatoria atipica che può pacificamente essere disposta anche, direttamente, da parte della polizia

¹⁴³⁰ Riportiamo, in sintesi, quanto può leggersi in TONINI P. – CONTI C., *Diritto delle prove penali*, cit., 466-483, cui si rinvia altresì per i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

giudiziaria. Attraversati i primi due step, in quest'ultima circostanza, il terzo step non assume praticamente rilievo perché non si lede alcun diritto fondamentale.

Con riferimento al captatore informatico, valgono – *mutatis mutandis* – le considerazioni or ora svolte in merito alle video-riprese, a partire dalla distinzione tra captazioni comunicative e captazioni non comunicative. In particolare, la griglia di giudizio e di giustificazione appena delineata deve adattarsi alle peculiarità di ciascuna attività probatoria che può essere svolta con tale mezzo di ricerca della prova. Alcune tra queste attività (a ben vedere, in realtà, le sole acquisizioni comunicative) sono state normate dal legislatore e perciò, non essendo più prova atipica, non interessano il modulo di motivazione rafforzata a tre step che andiamo descrivendo: o meglio, ci si arresta al primo step di questo modulo e, avuto riguardo alle acquisizioni comunicative tramite captatore informatico, ci si rifà alla relativa disciplina legislativa (la quale prevede, peraltro, un obbligo motivativo rinforzato a sé stante¹⁴³¹). Le altre potenziali attività del captatore¹⁴³², rimaste

¹⁴³¹ V., ad es., FILIPPI L., *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in www.penaledp.it, 8 maggio 2020 («Il decreto che autorizza l'impiego del *virus trojan* nel domicilio è soggetto a tre diversi regimi a seconda del reato per cui si procede. Infatti, per i “reati comuni” il decreto autorizzativo deve indicare sia il “fondato motivo” di ritenere che nel domicilio “si stia svolgendo l'attività criminosa” (art. 266, co. 2, secondo periodo, c.p.p.), sia le “ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini” (art. 267, co. 1, terzo periodo, c.p.p.), sia la previa predeterminazione da parte del g.i.p., in sede di autorizzazione, “dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono” (art. 267, co. 1, ult. periodo, c.p.p.). Per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., è imposto al g.i.p. un rafforzato onere motivazionale, perché è vero che egli non deve giustificare il fondato motivo di ritenere la sussistenza della *suspicio perdurantis criminis*, ma deve indicare sia le ragioni che rendono necessario il ricorso al captatore per lo svolgimento delle indagini (art. 267, co. 1, terzo periodo, c.p.p.), sia le “ragioni che ne giustificano l'utilizzo” anche nel domicilio (art. 266, co. 2-bis c.p.p.). Infine, per i delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-quater c.p.p., il decreto autorizzativo non deve indicare né il “fondato motivo” di ritenere la flagranza nel domicilio (art. 266, co. 2-bis c.p.p.), né la previa predeterminazione “dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono”, ma soltanto le ragioni che rendono necessario per le indagini l'utilizzo del captatore informatico, a prescindere che sia impiegato all'interno o all'esterno del domicilio (art. 267, co. 1 c.p.p.)»). Sul punto, v. altresì nt. 1169.

¹⁴³² A proposito delle attività del captatore – rispetto alle quali, tutt'oggi, «l'unica *species* di captatore “legale” è quella che consente solo di intercettare» (NOCERINO W., *Le intercettazioni e i controlli preventivi*, Padova, 2019, 150) – parla di «ispe-perqui-intercettazione “itinerante”» FILIPPI L., *L'ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, 348 e TONINI P., *I captatori informatici*, in *Jus Online*, 2017, 3, 379 ne rileva la «capacità invasiva totale sulla vita delle persone». Ed è per l'appunto questa «polivalenza funzionale» dello strumento (NOCERINO W., *Il captatore informatico: un Giano bifronte. Prassi operative vs risvolti giuridici*, in *Cass. pen.*, 2020, 828) che ha consentito di intenderlo «come una sorta di “panopticon benthamiano”, [in grado di] sorvegliare ogni atto quotidiano della vita» delle persone (CALAVITA O., *L'odissea del Trojan Horse. Tra potenzialità tecniche e lacune normative*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11, 49): «il luogo dell'intrusione si smaterializza nello spazio virtuale, mentre l'agente intrusore abbandona le fattezze umane per assumere quelle informatiche» (SANNA A., *L'irriducibile atipicità delle intercettazioni tramite virus informatico*, in AA. VV., *Le indagini atipiche*, (a cura di) A. SCALFATI, Torino, 2019, 602). In via generale, sulla «poliedricità del captatore informatico» (TORRE M., *Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*, in *Jus Online*, 2017, 3, 440) può dirsi che questa derivi dalle potenzialità del mondo digitale, all'interno del quale «l'osservazione [è] priva di prospettiva», sicché si fa totale e «molto più efficace della sorveglianza prospettica, perché si viene illuminati da tutte le parti, e persino dall'interno. I pensieri si sottraggono allo sguardo. Al Panopticon digitale,

fuori dalla codificazione (es. keylogger; screenshot; screencast; ecc.), sono invece declinabili secondo questo format motivazionale rinforzato: ognuna, lo ripetiamo, ovviamente secondo le proprie specificità¹⁴³³.

Venendo all'agente segreto attrezzato per il suono, sulla scorta degli arresti giurisprudenziali (in part., Corte cost. 320/2009) può dirsi che si tratta di un mezzo di ricerca della prova tipico se l'ascolto da parte dell'autorità inquirente avviene contestualmente alla registrazione, in quanto la presenza del "terzo orecchio occulto" (i.e. quello degli inquirenti) consente l'assimilazione all'intercettazione e, quindi, rende applicabile la disciplina di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. Si tratta, al contrario, di attività probatoria atipica se ciò che viene registrato lo si ascolta in un secondo momento e non mentre l'agente segreto sta, al contempo, comunicando e registrando. In quest'ultimo caso, si rientra nella categoria dell'atipicità perché si è fuori dall'ipotesi intercettiva: manca la percezione della comunicazione da parte del terzo estraneo alla stessa (I step). È evidente che lo strumento investigativo sia idoneo all'accertamento dei fatti e che lo stesso non sia pregiudizievole per la libertà morale della persona che lo subisce, giacché questa partecipa volontariamente alla comunicazione che si sta, a sua insaputa, registrando (II step). Il diritto fondamentale coinvolto, dal momento che colui che registra non è estraneo al colloquio ma anzi contribuisce attivamente a darvi luogo, non è la segretezza (art. 15 Cost.) bensì la riservatezza (art. 2 Cost.). Di talché, appare sufficiente un atto autorizzativo – congruamente motivato – da parte del pubblico ministero, affinché tale attività possa esser compiuta (III step), generalmente, su delega, dalla p.g.

invece, i pensieri non sfuggono» (HAN B., *L'espulsione dell'Altro*, (trad. it.) V. TAMARO, Milano, 2017, 69). Si pensi, per riportare quest'ultima considerazione di natura filosofico-sistemica all'ipotesi giuridico-particolare del captatore, all'utilizzo del c.d. "keylogger".

¹⁴³³ Al riguardo, SANNA A., *L'irriducibile atipicità delle intercettazioni tramite virus informatico*, cit., 608 ss. sostiene piuttosto che «salt[i]no le categorie di riferimento» davanti a uno strumento che si pone «fuori dal sistema» (611), perché «svincolat[o] da confini spaziali» (612). E giustappunto la non contenibilità del captatore finirebbe, secondo l'Autrice, per far sì che il suo utilizzo si risolva «nell'esercizio di un potere illegittimo» (610; 617), di conseguenza da bandire rigorosamente dal processo (v. 614) finché mancherà una disciplina legislativa *ad hoc* che lo regolamenti precisamente (v. 617: «In un sistema governato dal canone di stretta legalità è illegittimo qualsivoglia uso del captatore»). In particolare, contrariamente alla posizione che qui sosteniamo, l'Autrice ritiene non scomponibili o parcellizzabili le varie attività del captatore: pertanto, di riflesso, non risulta applicabile il nostro ragionamento secondo cui lo schema di motivazione rafforzata (delineato con riferimento alle prove e attività probatorie atipiche) potrebbe di volta in volta essere adattato alle singole potenzialità applicative dello strumento *de quo*. Invero, Alessandra Sanna afferma che «benché sulla carta siano prefigurabili *escamotage* tecnici intesi a consentire la tracciabilità e, dunque, la verifica *a posteriori* delle operazioni compiute dal dispositivo infettato, anche l'ingegno creativo deve arrestarsi dinanzi all'ostacolo intrinseco alla natura del captatore, costruito per lavorare in incognito e, dunque, per non lasciar segno del suo operato. Ne deriva il rischio fisiologico di abusi: il *software* può essere sprovvisto di misure capaci d'impedire determinati impieghi oppure essere scientemente utilizzato per scopi diversi da quelli previsti dal decreto autorizzativo, all'insaputa, in entrambi i casi, delle autorità inquirenti. Qui si coglie il carattere velleitario della partizione intesa a distinguere le plurime funzioni dello strumento – ciascuna riconducibile a una specifica attività d'indagine – e risulta smentita la pretesa neutralità della tecnica rispetto all'assetto delle garanzie fornito dal legislatore» (608).

In merito al pedinamento satellitare tramite GPS, può osservarsi che si è al cospetto di uno strumento accertativo atipico poiché non normato, né inquadrabile entro i mezzi di ricerca della prova già disciplinati dalla legge (I step). Il pedinamento tramite GPS, poi, non influisce sul comportamento del soggetto pedinato, che anzi ignora di essere seguito, e – purché attenga a momenti rilevanti rispetto al reato commesso – è idoneo ad accertare i fatti (step II). Ancora, tale attività probatoria non lede la segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.), perché il flusso captato dal sistema satellitare non ha per oggetto comunicazioni segrete; può sostenersi, tuttavia, che vi sia un’incidenza sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.): con la conseguenza che una simile invasione richiede, per essere legittima, un provvedimento motivato da parte dell’autorità giudiziaria che la autorizzi (III step). Ebbene, la giurisprudenza nostrana – a differenza di quella americana – o non attraversa proprio quest’ultimo step oppure, attraversandolo, non rileva comunque alcuna lesione di diritti fondamentali. Pertanto, a livello prasseologico, il pedinamento satellitare tramite GPS è al momento considerato mero atto atipico di polizia giudiziaria, per il quale non sono richieste particolari garanzie. Teoricamente (e *de jure condendo*) parlando, al contrario, dovrebbe a nostro parere soggiacere allo schema che abbiamo appena esposto e, quindi, essere previamente autorizzato tramite un provvedimento debitamente – *recte*: rinforzatamente – motivato, che dia conto dell’attraversamento dei passaggi decisorio-argomentativi suesposti.

Al di là della condivisibilità o meno delle scelte giuridiche con le quali abbiamo esemplificativamente riempito di contenuto gli step obbligati nelle ipotesi elencate¹⁴³⁴, ci sembra di poter affermare che il modulo di motivazione rafforzata calato sulle prove e sulle attività probatorie atipiche si rivela particolarmente funzionale a sciogliere in modo lineare quelle spinose problematiche applicative che solitamente ricorrono in materia¹⁴³⁵.

Inoltre, con l’accoglimento di questo metodo di giudizio e di giustificazione rinforzato, il ragionamento decisorio si fa più trasparente e – di riflesso – più garantito, poiché maggiormente controllabile¹⁴³⁶. Lo snodarsi del discorso decisionale entro passaggi argomentativi obbligati

¹⁴³⁴ Per fare un esempio, prendendo in esame la soluzione ricostruttiva prospettata con riferimento all’agente segreto attrezzato per il suono, ci si potrebbe chiedere se, nell’ambito del terzo step, sia ragionevole oppure no sostenere che la presenza dell’agente segreto in qualità di partecipante alla conversazione possa degradare, anche per l’altro partecipante (inconsapevole della registrazione in corso), la tutela della comunicazione in corso: anziché garantita dalla segretezza di cui all’art. 15 Cost. (riserva di legge e di giurisdizione), tutelata nei termini – più blandi – della riservatezza, costituzionalmente coperta dall’art. 2 Cost. (riserva di giurisdizione).

¹⁴³⁵ Nella materia *de qua*, peraltro, l’adozione di questa metodica di giudizio e di giustificazione non muta il modo in cui, a oggi, di fatto già si ragiona. Da come si argomenta e dalle conclusioni che si traggono, è evidente che nelle sentenze che trattano dell’atipicità della prova il ragionamento si snodi (quantomeno) nei tre passaggi obbligati che abbiamo esposto. Tuttavia, molto di questo ragionare resta quasi sempre nella penna di chi decide e scrive.

¹⁴³⁶ Potrebbe declinarsi secondo lo schema che abbiamo tracciato anche la fattispecie relativa all’attività probatoria e alla prova concernente il sistema di messaggistica WhatsApp (e sistemi di comunicazione similari: es. Signal, Telegram ecc.). Per alcune considerazioni in materia: DEL COCO R., *L’utilizzo probatorio dei dati Whatsapp tra lacune normative*

(comuni per tutti) fa infatti emergere sempre più chiaramente le ragioni giuridicamente legittime poste a base del provvedimento.

Questa maggiore visibilità consente un più aperto confronto con gli argomenti esposti dall'autorità giudiziaria: sicché, laddove le posizioni interpretative che si sono assunte – si badi: pur sempre legittime, salvo casi eccezionali (es. *error iuris* grossolano) – appaiano discutibili (come, a nostro parere, è ad esempio discutibile la ricostruzione giurisprudenziale che ritiene il pedinamento satellitare tramite GPS uno strumento non invasivo del diritto tutelato *ex art. 16 Cost.*), diventa più agevole fronteggiarle e magari superarle con contro-argomenti.

A tal proposito, fermo restando quanto si è detto *supra* in termini generali (cap. III, § V), in sede di impugnazione questo modulo motivazionale rinforzato può trovare tutela non soltanto nel classico vizio di motivazione, ma altresì nella violazione di legge processuale stabilita a pena di inutilizzabilità. Tra i passaggi di questa metodica motivativa, che – «con tutto il rigore tecnico possibile» e secondo «canoni scomposti e sezionati in griglie di giudizio»¹⁴³⁷ – è stata concepita per verificare la legittimità di prove e attività probatorie atipiche, possono infatti rinvenirsi aggiramenti surrettizi di una disciplina normativa esistente (v. principio di non sostituibilità) oppure possono riscontrarsi lesioni di diritti fondamentali costituzionalmente presidiati (v. prova incostituzionale); e in entrambe le evenienze scatta, implacabile, l'inutilizzabilità (arg.) *ex art. 191 c.p.p.*

Alcuni luoghi sistematico-ordinamentali in cui vi sono situazioni giuridicamente rilevanti che pretendono una tutela effettiva e trovano una loro garanzia possibile nella motivazione rinforzata di specifici e salienti profili argomentativi delle fattispecie in cui si manifestano. Tra questi luoghi topici, rammentiamo esemplificativamente i seguenti: prova scientifica nuova; dolo eventuale/colpa cosciente; dolo di bancarotta fraudolenta; continuazione tra reati e medesimo disegno criminoso; imputabilità; ingente quantità di stupefacente (c.d. “dose-soglia”); giudizio di proporzionalità; vaglio sulla c.d. “prevedibilità europea”; spazio minimo disponibile in cella; precedenti dichiarazioni dell’irreperibile; precostituzione del giudice per legge; natura penale dell’illecito.

e avanguardie giurisprudenziali, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 3, 532 (ove si parla peraltro di «criteri di valutazione “rafforzata” della prova, a tal fine [i.e. per il controllo di affidabilità dell’evidenza digitale] elaborati dalla fucina giurisprudenziale»); FELICIONI P., *Le fattispecie “atipiche” e l’impiego processuale*, in AA. VV., *L’intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, 303 ss. (in part., 338-339); NOCERA A., *L’acquisizione delle chat whatsapp e messenger: intercettazione, perquisizione o sequestro?*, in www.ilpenalista.it, 12 febbraio 2018.

¹⁴³⁷ Utilizziamo il lessico di CONTI C., *Sicurezza e riservatezza*, cit., 1579. L’Autrice precisa in ogni caso che «per quanto costruzioni concettuali di tal genere risultino apprezzabili dal punto di vista della scienza giuridica perché prospettano canoni scomposti e sezionati in griglie di giudizio con tutto il rigore tecnico possibile, esse non risultano idonee a risolvere ogni questione giacché inevitabilmente finiscono per rimettere al giudice ordinario – o alla Corte costituzionale – scelte che, a monte, dovrebbero essere prerogativa del legislatore».

Come si è detto (cap. III, § III), vi sono svariati luoghi sistematici in cui l'impianto del ragionamento valutativo-motivativo si irrobustisce, ordinandosi – in alcune sue parti – in tappe logico-argomentative obbligate.

Si tratta, come ancora si è detto (cap. III, § IV), di un irrobustimento che non necessariamente comporta modifiche estetico-redazionali del provvedimento (c.d. “motivazione-documento/prodotto”), ma che senz'altro incide sulla sua struttura logica: ovverosia, sul discorso argomentativo che deve essere svolto – con libertà d'apprezzamento: cioè, di adattamento degli argomenti al caso concreto – dal giudice (c.d. “motivazione-attività”)¹⁴³⁸.

In presenza di determinate fattispecie (fattuali o giuridiche; sostanziali o processuali), portatrici di interessi giuridicamente rilevanti che l'ordinamento intende salvaguardare e, stavolta, lo fa ricorrendo a questa metodica di giudizio e di giustificazione, si è tenuti a percorrere step argomentativi obbligati, che si rivelano indispensabili ai fini della puntuale concretizzazione della fattispecie medesima.

Nel suo svolgersi, l'attività interpretativo-argomentativa deve affrontare *quantomeno* questi punti salienti dell'accertamento, i quali costituiscono dei veri e propri passaggi indispensabili e perciò ineludibili per la corretta applicazione di quella determinata fattispecie. Tali passaggi raffinanano la qualità epistemologica della decisione e della sua giustificazione, vincolando – lo si ripete: non nel risultato, che resta da definire contenutisticamente in base alle specificità storiche della vicenda in esame – la disamina del decisore al vaglio di certe tematiche argomentative che, per (la natura del)le questioni che sottopongono all'attenzione, migliorano la profondità dell'apprezzamento conoscitivo della fattispecie e, di risulta, la sua concretizzazione.

Oltre alle ipotesi suesposte (*overruling*; riscontri; atipicità probatoria), possiamo ancora rammentare ulteriori occasioni in cui occorre adempiere – è auspicabile che si adempia – un onere motivazionale rinforzato. Tra queste, in via esemplificativa, passiamo in rassegna le seguenti: controllo di scientificità di una prova scientifica ‘nuova’; distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente; accertamento del dolo di bancarotta fraudolenta; configurazione della continuazione tra reati; verifica dell'imputabilità; delimitazione della ‘dose-soglia’ configurante la circostanza aggravante della ingente quantità di stupefacente; svolgimento del giudizio di proporzionalità;

¹⁴³⁸ Sulla differenza tra “motivazione-documento” e “motivazione-attività” (accostabile alla distinzione tra “interpretazione-prodotto” e “interpretazione-attività”, sulla quale v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 105 e TARELLO G., *L'attività interpretativa*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 3 ss.), v. COMANDUCCI P., *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 215 ss. (ove si elabora tale distinzione nell'ambito della «configurazione [...] dei «rapporti tra decisione e giustificazione» [v. 215-218]. Comanducci, in particolare, ritiene che la “motivazione-documento/prodotto” sia l'insieme di enunciati linguistici attraverso cui il giudice giustifica la decisione assunta, mentre la “motivazione-attività” sia l'elaborazione mentale, per così dire psicologica, che ha condotto il giudice ad assumere quella data decisione).

vaglio della c.d. “prevedibilità europea”; computo dello spazio minimo disponibile per ciascun detenuto in cella; utilizzabilità, ai fini della condanna, delle precedenti dichiarazioni dell’irreperibile; controllo sulla legittimità della procedura di precostituzione del giudice per legge; riconoscimento della natura penale dell’illecito.

In merito alla prova scientifica nuova, anche senza soffermarsi sulla disputa relativa alla sua modalità d’ingresso nel processo (*ex art. 189 c.p.p.* oppure *ex art. 190 c.p.p.*)¹⁴³⁹, può osservarsi che il giudice – nel ruolo di *gatekeeper*¹⁴⁴⁰ – si orienta (o meglio: dovrebbe orientarsi) all’interno di questa materia prendendo in esame gli argomenti e avvalendosi dei parametri e dei criteri del c.d. “Daubert test”, i cui canoni sono stati recepiti e perfezionati dalla giurisprudenza nostrana con la sentenza Cozzini e le successive pronunce Cantore, Sollecito, Kercher, Bossetti, Bordogna,

¹⁴³⁹ Per un riepilogo sul punto, v. ALGERI L., *La prova neuroscientifica nel processo penale*, cit., 28-31 (e riferimenti bibliografici ivi contenuti). In materia, *ex multis*, v. altresì: AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005; AA. VV., “*L’operazione decisoria*” da emanazione divina alla prova scientifica. *Passando per Rabelais*, (a cura di) L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2014; AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc. – Dossier*, 2008; AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, (a cura di) G. CARLIZZI – G. TUZET, Torino, 2018; AA.VV., *Processo alla scienza*, (a cura di) R. BORSARI, Padova, 2016; AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, (a cura di) G. CANZIO – L. LUPÁRIA, Padova, 2018; AA. VV., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, (a cura di) M. BERTOLINO – G. UBERTIS, Napoli, 2015; CAPRIOLI F., *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3520 ss.; CARLIZZI G., *Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 732 ss.; CARLIZZI G., *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019; CONTI C., *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, (a cura di) S. CANESTRARI – F. GIUNTA – T. PADOVANI, Pisa, 2009, 335 ss.; CONTI C., *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, (a cura di) P. FERRUA – E. MARZADURI – G. SPANGHER, Torino, 2013, 87 ss.; DOMINIONI O., *L’esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 601 ss.; DOMINIONI O., *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, 976 ss.; RIVELLO P., *La necessità di evitare l’ingresso della junk science nelle aule giudiziarie: un ripensamento circa alcune ricorrenti affermazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2017; TONINI P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss.; UBERTIS G., *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1192 ss.

¹⁴⁴⁰ Sul punto, scrive CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo*, cit., 834 che la funzione del giudice in tema di prova scientifica può apprezzarsi «in quella di *gatekeeper* della scientificità della prova attraverso il controllo del metodo con il quale essa si forma: compito dell’organo giudicante è poi quello di motivare correttamente la propria scelta attraverso gli step già individuati dalla predetta decisione [*i.e.* dalla sentenza Cozzini]. Si tratta di un passaggio fondamentale ai fini della presente ricostruzione: la difficoltà di gestire nel merito un sapere “altro”, quale è quello scientifico, ha condotto a porre l’attenzione sul metodo nel tentativo di raggiungere quel confine-limite in cui *metodo* e *merito* della teoria finiscono per incontrarsi». Cfr., *mutatis mutandis*, quanto afferma Natalino Irti riguardo alla scelta del decisore politico: «Il conflitto fra uno e altro competente può essere risolto soltanto da una fonte incompetente, cioè da un’autorità, che ‘sta più in alto’ e che dunque non ha alcuna speciale competenza, ma esercita il potere di governo, il qualsiasi potere sovrano di sedare il conflitto» (IRTI N., *Del salire in politica*, cit., 60). Nella prospettiva del decisore giurisdizionale, può dirsi che – ricorrendo al metodo (nel caso di specie: al metodo motivazionale rinforzato) – il giudice è in grado di valutare la bontà del sapere introdotto nel processo dagli esperti. In quest’accezione si declina il brocardo *iudex peritus peritorum* e si supera il c.d. “paradosso di Taruffo”: processualizzando, attraverso la metodologia giuridica, il contributo che la scienza apporta al processo. Sul punto, volendo: CECCHI M., *L’“autonoma valutazione” del giudice quale baluardo contro l’appiattimento sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 915 ss. (in part., 918-922).

Ciocco, Pesenti, Beduschi ecc.¹⁴⁴¹. In particolare, per apprezzare quando abbia a che fare con la “buona scienza” e per evitare di porre a fondamento della decisione la c.d. “*junk science*” (cfr. funzione cognitiva dell’accertamento penale), il giudice è chiamato a valutare la tesi scientifica nuova che viene avanzata dal consulente o dal perito *quantomeno* alla luce i) della sua diffusione e condivisione nel mondo degli esperti (es. pubblicazione su riviste scientifiche accreditate), ii) della

¹⁴⁴¹ In materia, si veda la puntualissima ricostruzione di CONTI C., *Scienza controversa e processo penale*, cit., 848 ss. Avuto riguardo alla giurisprudenza, oltre alle pronunce già citate (i.e. Cozzini, Cantore, Sollecito, Bossetti, Bordogna, Ciocco, Pesenti, Beduschi ecc.), riportiamo – integralmente e in via esemplificativa – un significativo passaggio rinvenibile in Cass., Sez. IV, 8 maggio 2014, n. 18933, Negroni (ove si richiama il giudice al compimento di «una documentata meta-analisi della letteratura scientifica», da svolgersi nei seguenti termini): «Il giudice di merito si è trovato davanti un tema scientifico estremamente complesso, che presenta indubbio rilievo e, di fronte a opinioni disperate e dubbiose è infine pervenuto a produrre un proprio, autoreferenziale, incontrollabile discorso scientifico. Occorre rammentare che questa Corte Suprema ha avuto modo di fornire indicazioni metodologiche proprio con riguardo a situazioni del genere di quella in esame (Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini). Si è preso atto che sul tema scientifico dell’accelerazione dei processi eziologici si registra nella giurisprudenza una situazione che, magari giustificata all’interno di ciascun processo e dalle informazioni e valutazioni scientifiche che vi penetrano, risulta tuttavia difficilmente accettabile nel suo complesso: come nel presente giudizio, il ridetto effetto acceleratore viene ammesso, escluso, o magari riconosciuto solo parzialmente, con apprezzamenti difformi dei giudici di merito. Questa Corte di legittimità, d’altra parte, è chiamata a esprimere solo un giudizio di razionalità, di logicità dell’argomentazione esplicativa. È dunque errato affermare che essa abbia ritenuto o escluso l’esistenza di tale fenomeno. La indicata situazione di incertezza chiama in causa questa Corte Suprema non per stabilire se la legge scientifica sia affidabile o meno, questione sulla quale essa non ha alcuna competenza o qualificazione; quanto piuttosto per definire quale debba essere l’itinerario razionale di un’indagine che si colloca su un terreno non proprio nuovo, ma caratterizzato da lati oscuri, da molti studi contraddittori e da vasto dibattito internazionale. Orbene, in situazioni di tale genere, il primo passo da muovere è quello di valutare la qualificazione e l’imparzialità dell’esperto. Però l’esperto, per quanto autorevole e coinvolto personalmente nell’attività di studio e ricerca, costituisce solo una voce che, sebbene qualificata, esprime un punto di vista personale, scientificamente accreditato ma personale; e offre, quindi, una visione forse incompleta del tema. Non si tratta tanto di comprendere quale sia il pur qualificato punto di vista del singolo studioso, quanto piuttosto di definire, ben più ampiamente, quale sia lo stato complessivo delle conoscenze. Per valutare l’attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono; le basi fattuali sui quali essi sono condotti; l’ampiezza, la rigurosità, l’oggettività della ricerca; il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; la discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l’ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate; l’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l’identità, l’autorità indiscussa, l’indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. È ovvio che, in tema di amianto, un conto è un’indagine condotta da un organismo pubblico, istituzionale, realmente indipendente; e altra cosa è un’indagine commissionata o gestita da soggetti coinvolti nelle dispute giuridiche. D’altra parte, in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che dopo aver valutato l’affidabilità metodologica e l’integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative e attendibili informazioni idonee a sorreggere l’argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un’indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, come si è accennato, non dovranno essere chiamati a esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi e a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi a una “metateoria” in grado di guidare affidabilmente l’indagine. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell’apprezzamento compiuto».

conoscenza/conoscibilità del suo tasso di errore, iii) della sua sottoposizione a tentativi di smentita (falsificazionismo), iv) della sua sperimentabilità (l'essere, cioè, riproducibile – ottenendo i medesimi risultati – in laboratorio), v) della fonte/della voce dalla quale proviene (es. curriculum dello scienziato). Sono questi i punti essenziali – sia pure non esclusivi – che, nel momento in cui controlla la scientificità di una nuova prova scientifica, il giudice non può mancare di prendere in considerazione¹⁴⁴².

A tal proposito, riferendosi agli «indici sintomatici attraverso cui provare l'attendibilità della scienza», in dottrina si è parlato di «una sorta di guida per il giudice», utile a «evitare che il suo libero convincimento si trasformi in solipsismo decidente»; e tale “guida” si è altresì ricondotta agli “indici sintomatici” tramite i quali provare, nel discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente, «l'accettazione dell'evento»¹⁴⁴³ (o del rischio, a seconda della teoria ricostruttiva a cui si aderisce). In quest'ultimo caso, gli argomenti e i criteri orientativi del giudizio sono rinvenibili negli “indizi o indicatori Thyssenkrupp”¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴² A proposito della sentenza Cozzini, PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 141 parla di «indicazione di un rigoroso percorso di interrogazione della scienza». A margine di una più recente pronuncia in materia [Cass., Sez. IV, 12 novembre 2019, n. 45935, Spallanzani] (che «non rinuncia ad avvalersi dei criteri Cozzini, ma si sforza di declinarsi in maniera tale da [...] individuare un punto di equilibrio tra due fondamentali esigenze: quella di non chiudere aprioristicamente la porta a teorie esplicative originali, da un lato; e, dall'altro, quella di non affidare le sorti del giudizio penale, in punto di accertamento del fatto, a proposte ricostruttive fantasiose o comunque non ancora sufficientemente mature»), ZIRULIA S., *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della “scienza nuova”*, in www.sistemapenale.it, 13 febbraio 2020, osserva che, «da un lato, per quanto riguarda i criteri di ordine “soggettivo” (valutazione della qualificazione professionale dell'esperto, della sua imparzialità e dell'integrità delle sue intenzioni), si tratta di verifiche nel cui svolgimento il giudice di merito è tutto sommato a proprio agio, potendo essere effettuate sulla base dei titoli e dei precedenti incarichi del consulente, nonché alla luce di indici di attendibilità non dissimili da quelli che assistono la valutazione delle testimonianze non esperte; dall'altro lato, per quanto riguarda i criteri di ordine oggettivo (attinenti cioè al piano del metodo scientifico), il giudice potrà (anzi dovrà, secondo l'orientamento preferibile) farsi assistere da un perito, eventualmente nominato dopo che la questione problematica sia emersa in tutta la sua portata, nel contraddittorio delle parti». Propone che altresì gli strumenti algoritmici (in particolare, i software predittivi di *risk assessment* utilizzati «per sciogliere prognosi di pericolosità sociale e di rischio di recidivanza») siano ricondotti entro lo schema del *Daubert test* QUATTROCOLO S., *Qualcosa di meglio del diritto (e del processo) penale?*, in www.discrimen.it, 26 giugno 2020, 8.

¹⁴⁴³ GIUNTA F., *Legalità penale e poteri del processo*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 39-40.

¹⁴⁴⁴ Gli indicatori – da intendersi quali argomenti costitutivi le tappe obbligate di giudizio e di giustificazione; tappe che, in quest'ipotesi, non sono tra loro prodromiche – sono: i) la condotta che caratterizza l'illecito; ii) la lontananza dalla condotta *standard*; iii) la personalità, la storia e le precedenti esperienze del soggetto; iv) la durata e la ripetizione della condotta; v) la condotta successiva all'evento; vi) il fine della condotta (movente); vii) la probabilità di verifica dell'evento; viii) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento; ix) la valorizzazione del contesto lecito o illecito d'azione; x) la fiducia/speranza nel fatto che l'evento non si verificherà; xi) la prima formula di Frank. Tra i moltissimi contributi in materia, v. CAPPELLINI A., *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2015. Sul tema degli indicatori e, in particolare, degli «indicatori ‘di settore’» (ordinanti la casistica «in ragione dell'attività nella quale si inquadrano i fenomeni criminosi»), v. MAZZANTINI E., *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti “generali” agli indicatori “di settore”*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1143

Si tratta di un «catalogo aperto», come lo hanno definito le Sezioni unite Espenhahn, di un «itinerario» argomentativo minimale da attraversare con «speciale cautela», poiché il percorso da compiere «non è per nulla facile, non solo e non tanto per l'affinato talento critico che richiede, ma anche perché spesso il materiale probatorio è povero [e] non consente quella completa lettura di scenario dalla quale soltanto può scaturire un persuasivo giudizio di colpevolezza per dolo eventuale»¹⁴⁴⁵. Attenendosi agli “argomenti e parametri Thissenkrupp”, si ricercano – nella «fattispecie concreta, analizzata profondamente» – quelli che sono i «segni peculiari in grado di orientare la delicata indagine giudiziaria sul dolo eventuale»¹⁴⁴⁶; di talché può dirsi che avuto riguardo a tale peculiare profilo dell'elemento soggettivo del fatto-reato, si adotta un modulo motivazionale rinforzato.

E un analogo schema motivativo, sempre in tema di elemento soggettivo del fatto-reato, viene impiegato per provare il dolo di bancarotta fraudolenta. In questo caso, gli argomenti e i criteri di riferimento (condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili), si ravvisano nei c.d. “indicatori di fraudolenza Sgaramella”¹⁴⁴⁷: «indici dotati di immediata evidenza dimostrativa [che,] al di fuori di qualsiasi logica presuntiva», vengono adoperati «ai fini della delibazione tanto della concreta pericolosità della condotta dissipativa che riguardo alla consapevolezza di siffatta pericolosità»¹⁴⁴⁸.

Ancora, sempre sul piano dell'«accertamento degli stati soggettivi», in tema di continuazione fra reati, per verificare «l'esistenza di un momento ideativo o deliberativo comune a più reati [...] sono stati individuati una serie di elementi (il contesto di tempo e di luogo; le modalità esecutive; la comunanza di correi; il bene giuridico) rilevanti, da considerare con apprezzamento analitico,

ss., ove si esemplifica l'impiego degli indicatori – meglio: «la valorizzazione degli indici particolarmente significativi rispetto allo specifico settore» (1144) – con riferimento alla circolazione stradale, all'attività medica e all'attività di impresa.

¹⁴⁴⁵ Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn. Evidenziamo che nella pronuncia appaiono alcune espressioni di particolare interesse ai nostri fini, giacché racchiudono i caratteri essenziali dell'obbligo motivativo rinforzato e così svelano la sua praticabilità anche alla tematica *de qua*. In particolare, laddove si parla di “speciale cautela” (ma anche di “affinato talento critico”, nonché di “fattispecie concreta analizzata profondamente”) e di “segni peculiari in grado di orientare la delicata indagine giudiziaria sul dolo eventuale”, vengono alla mente i due tratti caratteristici della metodica di giudizio e di giustificazione in cui consiste la motivazione rafforzata: i) cautela decisionale (implicante profondità valutativo-motivativa e affinamento complessivo del ragionamento giudiziale, relativamente a una problematica saliente dell'accertamento: in questo caso, il discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente); ii) un itinerario decisorio-giustificativo a tappe argomentative obbligate: in questa fattispecie, rappresentante dagli indizi o indicatori del dolo eventuale.

¹⁴⁴⁶ Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn.

¹⁴⁴⁷ Cass., Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396. Tali indici – non prodromici tra loro (e, come tutti gli argomenti da motivazione rafforzata, non esclusivi rispetto all'apprezzamento di altri profili argomentativi di quell'aspetto della fattispecie – si rinvergono i) nella disamina della condotta, alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, ii) nella valutazione del contesto in cui l'impresa ha operato e iii) nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività, avuto riguardo a canoni di ragionevolezza imprenditoriale.

¹⁴⁴⁸ Cass., Sez. V, 20 maggio 2019, n. 34812; Cass., Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 1556.

quanto alla specifica rilevanza di ciascuno, e complessivo, che li valuti in maniera unitaria». Anche in questa circostanza, «la giurisprudenza ha individuato una serie di elementi che possono venire in rilievo (i così detti indicatori)»¹⁴⁴⁹: una serie di indici – portatori di argomenti – da cui bisogna necessariamente passare nello svolgimento di quel determinato accertamento. Così come, nel caso della verifica dell'imputabilità, fra gli altri apprezzamenti da compiere, bisogna necessariamente confrontarsi con i “fattori sintomatici di disturbi mentali” (individuati dalla scienza psichiatrica), sulla scorta dell'insegnamento apri-pista delle Sezioni Unite Raso (2005)¹⁴⁵⁰: i c.d. “indicatori di coscienza” o “indicatori di perdita di senso della realtà”¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁹ Cass., Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 7452, ove si precisa che di tali indicatori si «richiede, non tanto un conteggio aritmetico di quelli positivi, da una parte, e di quelli negativi, dall'altra, bensì un'analisi complessiva dei dati fattuali accertati nei giudizi di merito nella prospettiva di una razionale verifica circa la sussistenza, o meno, di una rappresentazione, nel medesimo contesto, dei diversi reati».

¹⁴⁵⁰ Cass., Sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso: «In tale panorama di orientamenti della scienza psichiatrica moderna, spesso contraddittori – che ha fatto anche dire a taluno che definire cosa sia oggi l'infermità di cui agli artt. 88 e 89 c.p. è un problema praticamente insolubile e affatto fittizio –, si rivendica all'area giuridico-penale la determinazione del contenuto e della funzione del concetto di imputabilità e del vizio di mente, esso – “implicando una presa di posizione su ciò che l'ordinamento poteva pretendere da lui nella situazione data” – rimanendo una “questione normativa di ultimativa competenza del giudice, il quale ne assume la responsabilità di fronte alla società nel cui nome amministra la giustizia”. Questa impostazione, consentendo l'utilizzazione di “un modello funzional-garantistico di giudizio sulla imputabilità, (...) valorizza la persona come soggetto dotato di libertà decisionale e di dignità, risultando in grado di garantire il rispetto del principio di colpevolezza e nello stesso tempo delle esigenze preventive”. E si soggiunge che, risolvendosi – come s'è detto – il concetto di imputabilità sul duplice piano empirico e normativo, la sua ridefinizione deve avvenire attraverso la valorizzazione delle più aggiornate acquisizioni scientifiche, nonostante la pluralità dei paradigmi interpretativi riscontrabile all'interno della scienza psichiatrica, riconoscendosi così il primato dell'identità normativa, ma non prescindendosi dal necessario apporto dell'identità empirica e in tal guisa confermandosi la necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza. [...] Deve, dunque, ritenersi che anche ai disturbi della personalità può essere attribuita una attitudine, scientificamente condivisa, a proporsi come causa idonea a escludere o grandemente scemare (in presenza di determinate condizioni), in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente. [...] Del resto, anche le più recenti legislazioni di altri Paesi appaiono discostarsi da un rigido modello definitivo, in favore di clausole “aperte” che, in uno con i criteri normativi, psicologici e biologici, siano idonee all'espressione di un giudizio sulla capacità di intendere e di volere, rispettoso delle esigenze garantistiche e preventive indotte dal caso concreto. Tali formule “aperte” (‘disturbo psichico o neuro psichico’, ‘turbe mentali patologiche, per un profondo disturbo della coscienza, per deficienza mentale o altra grave anomalia mentale’, ‘condizioni psicopatologiche di carenza dello sviluppo o disturbo morboso delle capacità mentali’, ‘qualsiasi anomalia o alterazione psichica’, ‘anomalia psichica’, ‘infermità mentale permanente o temporanea, disturbi psichici temporanei, sviluppo psichico imperfetto o altra anomalia psichica permanente e grave’, ‘disturbo psichico’) appaiono idonee ad attribuire rilevanza anche ai disturbi della personalità, ai fini della imputabilità del soggetto agente. E ciò che accomuna queste disposizioni normative appare essere non solo l'adozione di formule “aperte”, elastiche, ma anche l'aver ancorato la valutazione del disturbo alla sua incidenza sulla capacità di valutazione del fatto di reato e quindi della capacità di comportarsi secondo tale valutazione, con la prospettiva, quindi, di un nesso eziologico fra infermità e reato, assunto a requisito della non imputabilità. [...] Lo stesso letterale disposto degli artt. 88 e 89 c. p. indica che non è sufficiente, ai fini della imputabilità, l'accertamento della infermità (per quanto grave essa possa essere, nel suo inquadramento nosografico), ma, nel contesto di un indirizzo bio-psicologico che si ritiene accolto dal legislatore, è necessario accertare, in concreto, se e in quale misura essa abbia inciso, effettivamente, sulla capacità di intendere e di volere, compromettendola del tutto o grandemente scemandola». La sentenza apre quindi all'apprezzamento (valutativo-motivativo), corroborato da evidenze scientifiche e riscontrato probatoriamente, dei disturbi mentali: i quali possono essere riscontrati a partire da una serie di circostanze tipiche o elementi sintomatici, quali lo stress (spesso precedente uno scompenso), l'irrazionalità, la deviazione statistica e la significativa divergenza rispetto la vita

Esemplificando ora su di un profilo oggettivo del fatto-reato globalmente inteso (comprensivo anche delle circostanze), possiamo evidenziare che in materia di stupefacenti, in ordine al «significato da attribuire all'espressione "ingente quantità", su cui si fonda una circostanza aggravante oggettiva alla quale si ricollegano rilevanti effetti commisurativi *in peius*», si è giunti a specificare un criterio di commisurazione del *quantum* di sostanza stupefacente (c.d. "dose-soglia") al quale attenersi. L'argomento e parametro guida di riferimento è quello indicato dalle Sezioni unite Biondi (2012) e da ultimo ribadito dalle Sezioni unite Polito (2020)¹⁴⁵². Tale indice, «fondato sul rapporto fra quantità massima detentibile come prevista nell'elenco allegato al D.M. 11 aprile 2006 e quantità di principio attivo contenuto nella sostanza oggetto della condotta», è un indicatore che il giudice deve necessariamente tenere in conto nell'ambito della propria disamina e, in questo senso, costituisce una tappa obbligata del ragionamento giudiziale¹⁴⁵³. Preme precisare che tale

ordinaria/abituale, la mancanza di flessibilità e la sproporzione nelle reazioni, i disturbi percettivi, i deliri, le allucinazioni, l'eloquio scomposto, il comportamento grossolanamente disorganizzato, le turbe d'affetto ecc. ecc.

¹⁴⁵¹ Le espressioni sono tratte da Cass., Sez. I, 30 maggio 2019, n. 35512, ove possiamo altresì leggere che, ai fini dell'accertamento dell'imputabilità (da compiere attenendosi alla metodologia «secondo cui i contenuti delle perizie non esauriscono il *thema decidendum*, dovendosi calare l'apporto degli esperti nel contesto complessivo delle acquisizioni istruttorie e della ricostruzione della condotta *ante e post delictum*»), il riscontro «di quella particolare consistenza e gravità del disturbo, in termini tali da incidere sui processi cognitivi e volitivi, come richiesto dal noto arresto Sez. un. Raso (2005)», deve snodarsi lungo il «percorso di accertamento della capacità di intendere e di volere al momento del fatto [quale emergente da] precisi indici rivelatori non di un 'qualsiasi' disturbo di personalità ma esclusivamente di condizioni definibili in termini di particolare serietà del disturbo». Analogamente: Cass., Sez. I, 21 marzo 2019, n. 33111; Cass., Sez. I, 12 giugno 2018, n. 26895; Cass., Sez. I, 12 aprile 2018, n. 16320; Cass., Sez. I, 27 marzo 2015, n. 13029.

¹⁴⁵² Cass., Sez. un., 24 maggio 2012, n. 35258, Biondi; Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 14722, Polito, con nota a margine di BRAY C., *Le Sezioni unite stabiliscono in 2 kg di principio attivo il valore oltre cui è integrata l'aggravante dell'ingente quantità di droghe 'leggere'*. *Law in action o vulnus alla riserva di legge?*, in www.sistemapenale.it, 20 maggio 2020 (il quale sottolinea che «il principale pregio di questa sentenza è quello di aver fornito una soluzione chiara e, questa volta, inequivocabile circa il criterio da utilizzare per l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 80, co. 2 T.U. stupefacenti: il criterio "aritmetico" elaborato dalla sentenza Biondi che permette di individuare il tendenziale confine inferiore dell'ingente quantità; confine inferiore che, per i reati concernenti le droghe "leggere" è pari al valore di 2 kg di principio attivo. Questa soluzione soddisfa indubbiamente l'esigenza di necessaria prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ma si espone alla critica avanzata da autorevole dottrina secondo cui la giurisprudenza sulla ingente quantità costituisca un esempio di 'usurpazione del ruolo del legislatore'»). Su quest'ultima pronuncia, v. anche RUGA RIVA C., *Le Sezioni unite sull'ingente quantitativo di stupefacenti: dal giudice bocca della legge al giudice ventriloquo della legge*, in *Giur. it.*, 2020, 2010 ss. («In definitiva le Sezioni unite hanno (ri)dato i numeri (1:2000), otto anni dopo la sentenza Biondi, con la specificazione dei 2 chilogrammi di principio attivo valevole per le droghe leggere come limite verso l'alto (rispetto alla fattispecie base, art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990), superato il quale viene integrato il requisito dell'ingente quantità. Ci troviamo di fronte a un esempio eclatante di giurisprudenza-fonte, in un'epoca in cui i mutismi del legislatore sono riempiti dal giudice, in questo caso con numeri. Dal giudice bocca della legge al giudice ventriloquo della legge, entità inanimata»).

¹⁴⁵³ L'analisi effettuata dalla sentenza Biondi (mossa dall'intento per cui «se il legislatore ha positivamente determinato la soglia quantitativa [...] di punibilità (dunque un limite 'verso il basso'), consegue che l'interprete ha il compito di individuare una soglia al di sotto della quale, secondo i dati offerti dalla fenomenologia del traffico di sostanze stupefacenti, non possa parlarsi di ingente quantità (un limite, quindi, 'verso l'alto')» [Cass., Sez. un., 24 maggio 2012, n. 35258, Biondi]), come sottolineano le Sezioni unite Polito, è un'analisi «svolta su dati giudiziari empirici, ma altamente dimostrativi del fenomeno, [che] si è sviluppata dapprima commisurando il dato oggettivo delle quantità di

profilo argomentativo opera in modo automatico soltanto in *bonam partem*, giacché in una prospettiva *in malam partem*, l'attraversamento di questo step valutativo-motivativo con esito positivo (*i.e.* il superamento della dose-soglia stabilita) – come scrivono le Sezioni unite – «non determin[a] automaticamente la sussistenza dell'ipotesi aggravata, dovendosi in ogni caso avere riguardo alle circostanze del caso, da valutarsi con riferimento alla pericolosità della condotta e al livello di potenziale compromissione della salute e dell'ordine pubblico», nonché in relazione a «tutti quegli [altri] elementi di fatto mirati a considerare la realtà specifica»¹⁴⁵⁴.

Su un ulteriore e diverso versante, si ricorre alla metodica motivazionale rafforzata altresì nel caso del c.d. “test di proporzionalità” di una norma oggetto di scrutinio di costituzionalità¹⁴⁵⁵. La

stupefacente alle quali attribuire – secondo la verifica effettuata in concreto da un osservatorio privilegiato [*i.e.* la casistica della stessa Suprema Corte, come precisano sempre le medesime Sezioni unite Polito] – rilievo ponderale tale da poter integrare il valore minimo per la configurabilità della circostanza aggravante *de qua*; e quindi, in successione logica e partendo dalla premessa teorica della fissazione normativa della quantità massima detenibile, individuando un moltiplicatore di questa che consentisse di ricostruire e rappresentare in termini numerici proprio quel valore ponderale minimo come determinato attraverso l'esame dell'esperienza giudiziaria» (Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 14722, Polito). Per una lettura ricostruttiva della tematica, v. – *ex plurimis* – MAZZANTI E., *Il perimetro del diritto penale degli stupefacenti nelle recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1099 ss. (il quale ritiene che lo «sforzo della giurisprudenza di calcare i limiti del sistema penale degli stupefacenti» costituisca un impegno che «merit[a] apprezzamento» [1106] e che, nel complesso, abbia dato luogo a «una conduzione *responsabile* del potere giurisdizionale» [1107] ogniqualvolta si è reso necessario definire i contorni di alcune delicate disposizioni del *Testo Unico*. Dalla ricostruzione dell'Autore, peraltro, può ricavarsi che a quest'opera di «demarcazione» dei limiti (superiori e inferiori; esterni e interni) fa da *pendant* l'«imposizione di un penetrante obbligo di motivazione» [1102] laddove la valutazione giudiziale si fa particolarmente critica, come ad esempio nel caso in cui occorra determinare la natura di lieve entità della sostanza stupefacente).

¹⁴⁵⁴ Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 14722, Polito.

¹⁴⁵⁵ Nonostante, esemplificando, si circoscriva l'ipotesi di motivazione rafforzata relativa al test di proporzionalità all'ambito applicativo dello scrutinio di costituzionalità, si ritiene opportuno sottolineare la possibilità di estendere anche ad altre occorrenze giuridiche questo «controllo di proporzionalità» strutturato a step, il quale – com'è stato scritto – per l'appunto «si giova d'un percorso argomentativo composto di plurime stazioni, atte a renderlo più ordinato e preciso» (NEGRI D., *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, cit., 11. All'interno del contributo, l'Autore valorizza il «vincolo di proporzione» – dipanato nei giudizi di a) idoneità, b) necessità e c) proporzionalità in senso stretto – a tutela dei diritti fondamentali della persona, affinché questi «non sia[no] intaccat[i] oltre lo stretto necessario» [12]. In materia, v. altresì: CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti*, cit., 76-77 [ove, in merito all'applicazione della «logica della proporzionalità» – giudizio «volto a bilanciare i principi fra loro e che consta essenzialmente di tre passaggi» – si parla di «articolata motivazione»]; ORLANDI R., *La riforma del processo penale tra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1151 ss.; RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 102-358 (in part., 326-358) [il quale – in un'ottica generale e comparatista, a proposito del giudizio di proporzionalità della disposizione legislativa – sottolinea che «le [succitate] fasi del giudizio di proporzionalità idealtipico, come seguito da molti giudici costituzionali e dalla maggior parte della dottrina [...] non di rado presenta[no] caratteristiche peculiari nell'una o nell'altra giurisprudenza costituzionale. Così, ad esempio, la capacità selettiva di ciascuno di tali passaggi può essere accresciuta» o ridotta. Alla luce di ciò, scrive Recchia, occorre «sottolineare come la maggiore intellegibilità e distinguibilità di ciascun passaggio del test venga a dipendere da una visione restrittiva o, al contrario, più lasca, dei primi passaggi: nel primo caso, difficilmente essi saranno selettivi, non potendo di per sé condurre – lo si è accennato – a una dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione legislativa. In effetti, i passaggi dell'individuazione del fine legittimo, dell'idoneità e della necessità, paiono piuttosto atti a consentire al giudice costituzionale una mappatura, da un lato,

verifica di legittimità costituzionale è infatti in questo caso scomponibile – secondo le parole di Marta Cartabia – in «più piani valutativi: a) la verifica che il legislatore abbia agito per uno scopo non in contrasto con i principi costituzionali [primo step: conformità del fine alla Costituzione]; b) la valutazione del rapporto mezzi-fini, in modo da assicurare che sussista una connessione razionale tra i mezzi predisposti e i fini che si intendono perseguire [secondo step: raggiungimento dello scopo]; c) la verifica della necessità dello strumento funzionale all’obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti [terzo step: sacrificio minimo dei diritti]; d) il vaglio di proporzionalità in senso stretto, che ha a oggetto gli effetti dell’atto legislativo, comparando benefici e i costi, cioè, i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco [quarto step: giudizio di bilanciamento (cfr. Corte cost., sentt. nn. 85 del 2013 e 63 del 2016)]»¹⁴⁵⁶.

Un altro prototipo argomentativo rinforzato ci sembra poi estraibile dalla ricostruzione che in dottrina si è proposta circa il vaglio di prevedibilità *ex art. 7 CEDU*. Per giudicare la prevedibilità/“calcolabilità” della fattispecie in una prospettiva europea, è necessario percorrere due step argomentativi obbligati, peraltro tra loro prodromici¹⁴⁵⁷; ovverosia domandarsi: i) se la

degli interessi contrapposti e della loro importanza, dall’altro, delle varie soluzioni alternative, della loro praticabilità, dei loro costi e della loro efficacia; una fase del giudizio efficacemente descritta come “topografia del conflitto”. Solo al momento del giudizio di proporzionalità in senso stretto potrà poi il giudice costituzionale soppesare tutte queste considerazioni al fine di vagliare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo» (101-102)].

¹⁴⁵⁶ CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it. In materia, v. altresì FALORNI F., *Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 67 ss. (ove si analizza «il concetto di trasparenza con riferimento sia alle Corti costituzionali, negli ordinamenti ove esiste un organo *ad hoc* deputato a effettuare il sindacato di costituzionalità, sia alle Corti Supreme, le quali, in ordinamenti ove vige un modello diffuso di controllo di costituzionalità delle leggi, cumulano tanto la funzione di giudice ordinario di ultima istanza, quanto quella di giudice della costituzionalità delle leggi» [77]. Specificamente, sul test di proporzionalità e sull’«opportunità che la motivazione esponga i vari argomenti in maniera analitica [...] *in modo tale che i singoli passaggi che compongono il percorso argomentativo siano ben scanditi l’uno rispetto all’altro*» [95 – corsivo nostro]: 95-96 e 105-106). Con riferimento al test di proporzionalità applicato alle misure cautelari, parla di «proceduralità argomentativa» e di «passi argomentativi ineludibili sottesi all’applicazione del principio, in particolare, quello di proporzione al caso concreto» EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, cit., 26 e 24 (il quale propone di «applicare alle misure cautelari il test quadripartito di proporzionalità in senso ampio come *modello argomentativo della scelta cautelare*», così da garantire «l’adempimento da parte del giudice di precisi e determinati oneri motivazionali divisi in *passaggi che devono necessariamente [essere] rispettati*» [25]). Cfr., in tema di ragionevolezza, quanto affermato da ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., 231 (ossia che «la scomposizione del giudizio di ragionevolezza in *sequele di passaggi* è utile al fine di sottrarlo alla pura e semplice soggettività immotivata e di sottoporlo quindi a valutazione critica analitica»).

¹⁴⁵⁷ SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 334: «Le diverse prospettive di cui la Corte si serve per accertare la calcolabilità di un dato precetto non paiono necessariamente incompatibili tra loro e, anzi, tale giudizio potrebbe articolarsi in due momenti da ordinare in sequenza progressiva. Sembra possibile sostenere, infatti, che il giudice europeo sia chiamato a condurre, innanzitutto, il vaglio di tipicità del reato e, solo qualora accerti la tenuta della fattispecie sul piano oggettivo, debba verificare la prevedibilità della rilevanza penale del fatto da parte di uno specifico ricorrente. Seguendo tale *iter*, la norma penale rispetta i requisiti qualitativi previsti dalla Convenzione laddove presenti non solo un comando sufficientemente tassativo bensì sia, pure, in grado di orientare – almeno in via potenziale – la condotta dei singoli destinatari della norma incriminatrice».

fattispecie soddisfi i requisiti di prevedibilità da un punto di vista oggettivo (*i.e.* tipicità); ii) se la fattispecie, in concreto e da un punto di vista soggettivo, sia – o meglio: fosse, nel caso di specie – prevedibile/riconoscibile da parte del soggetto agente («vaglio di prevedibilità *in action*»¹⁴⁵⁸).

Restando sul fronte convenzionale, quattro ipotesi ancora aggiuntive di motivazione rafforzata ci paiono ravvisabili nei profili argomentativi salienti e nei criteri individuati dalla Corte EDU in rapporto alle seguenti fattispecie: i) computo dello spazio minimo disponibile, per ciascun detenuto, in cella¹⁴⁵⁹; ii) (in)utilizzabilità, ai fini della condanna, delle precedenti dichiarazioni dell'irreperibile¹⁴⁶⁰; iii) procedura di nomina del giudice precostituito per legge¹⁴⁶¹; iv) “natura penale” dell'illecito¹⁴⁶². In questi casi, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo – di cui, nell'ottica di conformarsi alla Convenzione, il giudice nazionale deve tener conto – ruotano intorno a profili argomentativi essenziali che costituiscono delle tappe obbligate per l'accertamento che deve essere posto in essere.

¹⁴⁵⁸ SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law*, cit., 335.

¹⁴⁵⁹ Precisiamo, tuttavia, che si tratta di un costrutto i cui profili salienti si fondano su argomenti orientati da parametri e criteri che, da un lato, risultano verificabili intersoggettivamente ma, dall'altro lato, non rispettano (ancora) il requisito di condivisione e/o consolidamento.

¹⁴⁶⁰ Si tratta di argomenti salienti e di parametri/criteri ricavabili – in via principale (fatti comunque salvi gli affinamenti successivi: es. Cafagna c. Italia [2018]) – dalle pronunce della Corte EDU nei casi Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito (2011) e Schatschaschwili c. Germania (2015), che – introducendo la nozione di “fattori compensativi” – hanno ammorbidito il rigore della “prova unica o determinante” (*sole or decisive rule*) concepita nel caso Unterperinger c. Austria (1986). Le indicazioni fornite a livello europeo delineano uno schema a step obbligati che il giudicante è tenuto a seguire nell'ipotesi in cui si trovi a vagliare l'utilizzabilità, ai fini della condanna, delle precedenti dichiarazioni dell'irreperibile. Tali ‘direttive’ – che si combinano con la normativa del sistema nazionale nel quale trovano applicazione – definiscono un percorso a tappe obbligate che, in estrema sintesi, dà luogo a uno scrutinio che «impone una triplice verifica: a) sulla serietà del motivo che rende impossibile contro-esaminare l'accusatore in dibattimento; b) sull'incidenza effettiva della deposizione del teste assente e sulla sua forza probante nel determinare la reità; c) sull'esistenza di fattori in grado di compensare gli inconvenienti difensivi legati all'ammissione dell'elemento viziato e tali da permettere una valutazione corretta ed equa della sua affidabilità» (CECCHI M., *La Corte europea torna sul testimone irreperibile e condanna l'Italia*, cit., 965 e 968-969. Sulla tematica, sia consentito rinviare altresì a CECCHI M., *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irreperibile*, cit., 1485-1487, ove si propone una ricostruzione progressiva dell'accertamento, basata sulla distinzione tra “momento acquisitivo” e “momento valutativo” delle precedenti dichiarazioni dell'irreperibile).

¹⁴⁶¹ Corte EDU, 1° dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda. Per i giudici convenzionali, l'accertamento della violazione del principio del giudice precostituito per legge (discendente dall'art. 6 § 1 CEDU) deve passare dai tre seguenti step valutativo-giustificativi: i) carattere manifesto della violazione compiuta; ii) attinenza della violazione a una regola fondamentale/essenziale del procedimento di nomina del giudice; iii) sussistenza di un vaglio effettivo e individuazione di un rimedio da parte delle Corti nazionali. Puntualizziamo che questi passaggi obbligati, mentre consentono una verifica intersoggettiva del loro rispetto, non vantano ancora quella stabilità che consente di ritenerli condivisi e/o consolidati, trattandosi per l'appunto di un *novum* in materia.

¹⁴⁶² Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, ove la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato tre tappe argomentative obbligate, rappresentanti ormai un punto fermo in materia (peraltro condiviso anche dalla CGUE), alla luce delle quali valutare la “natura penale” dell'illecito: i) qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; ii) natura dell'illecito (al di là del suo *nomen iuris*); iii) gravità/severità della sanzione comminata.

Questa serie di esempi, che non trovano al momento forme di presidio sanzionatorio ulteriori rispetto a quelle che abbiamo esposto *supra* in termini generali (cap. III, § V), ci consegna una riflessione organica, così condensabile.

Il ragionamento del giudice che si trova al cospetto di una “fattispecie da motivazione rafforzata” è vincolato, nel concretizzarla, a seguire un metodo d’approccio scansionato a tappe obbligate. Muta la vicenda storica sottoposta a giudizio, ma non mutano i passaggi argomentativi obbligati che, in relazione all’applicazione di quella determinata fattispecie (fattuale o giuridica; sostanziale o processuale), debbono essere affrontati. Tra gli altri aspetti, le altre questioni e problematiche che saranno prese in esame, gli “argomenti rinforzati” (orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili) rappresentano una sosta valutativa-motivativa ineludibile, un crinale dal quale tutti sono tenuti a passare in quella data tipologia di accertamento.

È necessario verificare la scientificità di una prova scientifica nuova? Ci si confronta – tra gli altri elementi e argomenti – con il test Daubert-Cozzini.

Bisogna discernere tra dolo eventuale e colpa cosciente? Si richiamano – tra gli altri elementi e argomenti – gli indicatori Thyssenkrupp.

Occorre verificare il dolo di bancarotta fraudolenta? Ci si rifà – tra gli altri elementi e argomenti – agli indici Sgaramella.

E così via.

Da questo insieme di luoghi sistematico-ordinamentali (o topici) in cui bisogna motivare rafforzatamente possiamo infine trarre conferma del fatto che questa metodica di giudizio e di giustificazione a tappe obbligate costituisce un modello di *stilus curiae* che è in (decisa) espansione.

CONCLUSIONE

CHIUDERE, APRENDO.

UNA ULTERIORE FUTURIBILE IPOTESI DI MOTIVAZIONE RAFFORZATA:

L'ARGOMENTAZIONE A STEP OBBLIGATI DELLA PENA (TRATTEGGIO).

Al termine di questo lavoro, proviamo a *chiudere, aprendo*.

Tirando le fila di quanto si è finora scritto, intendiamo chiudere con una considerazione d'insieme che esorti tuttavia a un'apertura, in grado di proiettare la motivazione rafforzata verso il domani.

Miriamo, in particolare, a tratteggiare una delle futuribili ipotesi rispetto alle quali può trovare applicazione il nostro metodo di giudizio e di giustificazione. Ci riferiamo al trattamento sanzionatorio, (r)affinabile – ad esempio – in punto di determinazione della pena tramite un'argomentazione che consenta di *y voir clair* sull'uso della discrezionalità giudiziale, perlomeno in alcuni suoi snodi fondamentali¹⁴⁶³.

Bisogna però prima considerare se l'obbligo motivazionale rinforzato – inteso come abbiamo esposto *supra* – trovi già, in materia, un addentellato nella legge e/o nella prassi, così che si possa partire da lì.

Volendo, dunque, anzitutto riepilogare che cosa sia la “motivazione rafforzata”, si può dire che di questo istituto la realtà pratica – ricostruita teoricamente – ci consegna la seguente immagine. Si parla di onere rinforzato di giudizio e di *reddere rationem* allorché la valutazione decisoria e la sua successiva argomentazione giustificativa seguano tappe, step o passaggi obbligati¹⁴⁶⁴, concernenti profili essenziali e salienti della fattispecie in esame: la quale deve essere affrontata alla luce di specifici parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili. I luoghi sistematici in cui occorre motivare rinforzatamente sono individuati, di volta in volta, o dal legislatore o dalla giurisprudenza o dalla dottrina, ove si voglia imporre la adozione di una metodica accertativa più serrata, che – per l'appunto – si ritiene rafforzi l'intero *iudicium*.

¹⁴⁶³ Intendiamo accennare alla possibilità di svolgere un «approfondimento dei problemi metodologici nella commisurazione della pena» (DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 16) attraverso l'impiego della motivazione rafforzata.

¹⁴⁶⁴ Le tappe, gli step o i passaggi obbligati di questa metodica di giudizio e di giustificazione rappresentano «i “marginari” entro cui le argomentazioni devono scorrere» (HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPEA, Bari-Roma, 2013, 200), nell'ambito di quella porzione di accertamento dedicata a quei determinati profili argomentativi della fattispecie (da motivazione rafforzata) che debbono essere apprezzati alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché verificabili intersoggettivamente. Ovviamente, ai fini della concretizzazione della fattispecie dovranno essere poi affrontati – e sciolti – anche ulteriori argomenti e problematiche, che costituiscono questioni ‘altre’ rispetto a quelle da trattare secondo il metodo imposto dall'onere motivazionale rinforzato.

Venendo quindi, per quanto d'interesse in quest'ultimo capitolo, a riscontrare l'eventuale esistenza di un simile obbligo motivativo in tema di "modificazione e applicazione della pena" (artt. 132-139 c.p.), può osservarsi che, a livello normativo, non si parla mai – almeno non espressamente e non per il momento – di motivazione rafforzata. A livello prasseologico, invece, in svariate pronunce giurisprudenziali di legittimità ci si riferisce *expressis verbis* a questo concetto. In tutte queste sentenze, nondimeno, si richiama tale approfondito onere giustificativo (che previamente comporta un altrettanto approfondito onere valutativo) sempre – e solo¹⁴⁶⁵ – con riferimento a una medesima ipotesi applicativa: il discostamento di pena dal minimo o dal medio edittale. Ecco la massima ricorrente: «l'obbligo di una motivazione rafforzata sussiste solo allorché la pena si discosti significativamente dal minimo edittale, mentre, nel caso in cui venga irrogata una sanzione al di sotto della media, è sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 c.p.»¹⁴⁶⁶.

L'idea che sta alla base di questo orientamento è che se – quantitativamente parlando – ci si attesta all'incirca a metà via tra il minimo e il massimo edittale, allora non è necessaria una motivazione particolarmente impegnata. *A fortiori*, poi, se la pena irrogata risulta «assai prossima ai minimi edittali», allora «l'obbligo di motivazione si attenua»¹⁴⁶⁷ ancora, sino al punto che si rivela sufficiente ad adempierlo il mero impiego di formule giustificatorie generiche e «stereotipate»¹⁴⁶⁸

¹⁴⁶⁵ Al momento, infatti, in materia di trattamento sanzionatorio e più specificamente di applicazione della pena, non siamo riusciti a rinvenire pronunce che si riferiscano a un onere motivativo rafforzato con riguardo a profili diversi da quello citato.

¹⁴⁶⁶ Cass., Sez. V, 11 novembre 2020, n. 31592 (ove si richiamano, a sostegno, i medesimi arresti giurisprudenziali: Cass., Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 29968; Cass., Sez. IV, 5 novembre 2015, n. 46412; Cass., Sez. II, 8 maggio 2013, n. 28852; Cass., Sez. IV, 20 marzo 2013, n. 21294 [«La determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittale rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile nei casi in cui la pena sia applicata in misura media e, ancor più, se prossima al minimo, anche nel caso in cui il giudicante si sia limitato a richiamare criteri di adeguatezza, di equità e simili, nei quali sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 c.p.»]; Cass., Sez. II, 26 giugno 2009, n. 36245). In termini identici: Cass., Sez. V, 23 gennaio 2020, n. 2727; Cass., Sez. V, 27 novembre 2019, n. 48239; ma altresì, sia pure non con le stesse identiche parole: Cass., Sez. V, 9 dicembre 2019, n. 11329; Cass., Sez. III, 28 giugno 2016, n. 42455; Cass., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 47261 («Può predicarsi per le pene più severe, ossia quelle che muovono da una pena base pari o superiore al medio edittale, un dovere rafforzato di motivazione, con esame dei singoli criteri elencati nell'art. 133 c.p., e con specifico riferimento alla idoneità della pena, sotto l'aspetto della sua funzione rieducativa, retributiva e preventiva, da adeguarsi al caso concreto»); Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19334 («La Corte territoriale non era vincolata, in base alla più recente e condivisibile giurisprudenza di questa Corte, all'obbligo di fornire una motivazione 'rafforzata' sul trattamento sanzionatorio. Si è, infatti, affermato che la determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittale rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile nei casi in cui la pena sia applicata in misura media e, ancor più, se prossima al minimo, anche nel caso in cui il giudicante si sia limitato a richiamare criteri di adeguatezza, di equità e simili, nei quali sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 c.p.»); Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 10095.

¹⁴⁶⁷ Cass., Sez. II, 8 maggio 2013, n. 28852 (ove si richiama Cass., Sez. IV, 21 settembre 2007, n. 38536).

¹⁴⁶⁸ VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coord.) E. MARZADURI, (dir.) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, Torino, 1996, 72.

(es. “si ritiene congrua la pena...”, “è adeguata la pena...”, “risponde a equità la pena...” ecc.)¹⁴⁶⁹, senza ulteriori approfondimenti¹⁴⁷⁰. Diversamente, «l’irrogazione di una pena base pari o superiore al medio edittale richiede una specifica motivazione in ordine ai criteri soggettivi e oggettivi elencati dall’art. 133 c.p., valutati e apprezzati tenendo conto dell[e] funzion[i] rieducativa, retributiva e preventiva della pena»¹⁴⁷¹.

La giurisprudenza, in breve, instaura un rapporto di proporzionalità diretta¹⁴⁷² tra la gravità della sanzione inflitta (rispetto alla comminatoria legislativa) e la struttura argomentativa dell’apparato motivazionale¹⁴⁷³. Quanto più pesante è il *quantum* di pena che si irroga, tanto più forti e articolate

¹⁴⁶⁹ V., ad es.: Cass., Sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 43660 («La graduazione della pena, anche in relazione agli aumenti e alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti e attenuanti, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale, per assolvere al relativo obbligo di motivazione, è sufficiente che dia conto dell’impiego dei criteri di cui all’art. 133 c.p. con espressioni del tipo “pena congrua”, “pena equa” o “congruo aumento”, come pure con il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere, essendo, invece, necessaria una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale»); Cass., Sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35703; Cass., Sez. II, 23 settembre 2009, n. 2037; Cass., Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 42312.

¹⁴⁷⁰ V., ad es., Cass., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 36280: «In tema di valutazione dei vari elementi per la concessione delle attenuanti generiche, ovvero in ordine al giudizio di comparazione e per quanto riguarda la dosimetria della pena e i limiti del sindacato di legittimità su detti punti, la giurisprudenza di questa Suprema Corte non solo ammette la c.d. “motivazione implicita” (Cass., Sez. VI, 22 settembre 2003, n. 36382) o con formule sintetiche quali “si ritiene congrua” (Cass., Sez. VI, 4 agosto 1998, n. 9120), ma afferma anche che le statuizioni giudiziali rese in applicazione dei criteri di cui all’art. 133 c.p. sono censurabili in Cassazione solo quando siano frutto di mero arbitrio o ragionamento illogico (Cass., Sez. III, 16 giugno 2004, n. 26908)». Sul punto, la dottrina è severamente critica. Parlano di «pigre formulette» AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 229 («Le pigre formulette come “si stima equa la pena di” nei casi in cui è applicata una pena media o minima, si risolvono in una elusione del dovere di motivare: evadendo l’impegno di dar conto delle risultanze processuali, esse denunciano l’assenza di un vero giudizio sulla personalità dell’imputato». L’Autore, tuttavia, non è del tutto contrario al ricorso alla motivazione implicita in materia, purché ciò avvenga a determinate condizioni: v. *infra*, nt. 1474) e PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 9 luglio 2019, 9. Ritiene COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un’ipotesi di “valorizzazione” del confronto con il Sentencing System inglese*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 12 che, «complice la necessità di attenuare le rigide cornici edittali, la Cassazione [abbia] permesso una gestione pressoché disinvolta dell’obbligo motivazionale sancito dall’art. 132 c.p., avallando motivazioni stereotipate, fatte di formulette stilistiche che diventano ancor meno stringenti fintanto che la pena “staziona” intorno al minimo edittale».

¹⁴⁷¹ Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 10095. Analogamente: Cass., Sez. V, 27 giugno 2019, n. 35100; Cass., Sez. V, 3 maggio 2018, 40084 («La scelta di applicare la pena in misura prossima al massimo edittale o, comunque, in misura di gran lunga superiore alla media edittale, implica l’onere, in capo al giudicante, di rendere chiaramente comprensibile, con motivazione scevra da stereotipi o generici rinvii ai precedenti penali dell’imputato, il ragionamento svolto per determinare la sanzione – in concreto – e la valutazione riferita ai parametri *ex art.* 133 c.p.»); Cass., Sez. VI, 18 giugno 2013, n. 27959; Cass., Sez. III, 3 maggio 2012, n. 46822.

¹⁴⁷² Si riferisce all’esistenza di un «“criterio ponderale” di distanza dai valori medi, minimi e massimi edittali» ARCELLASCHI D., *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un’occasione per riflettere sulla deriva dell’originario dettato normativo*, in *Ind. pen.*, 2015, 377 (e 379 [nonché 380], ove si attribuisce al ‘criterio’ il valore di ‘principio’, parlando appunto «del criterio ponderale di distanza dai minimi e dai medi edittali»).

¹⁴⁷³ Cass., Sez. V, 9 dicembre 2019, n. 11329: «In sintonia con la giurisprudenza costituzionale sull’art. 27, co. 3 Cost., anche la giurisprudenza di questa Corte ha elaborato criteri guida per la determinazione del trattamento sanzionatorio. Affermando che, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente, fra i criteri oggettivi e soggettivi enunciati

devono essere le ragioni a sostegno del *decisum*. Viceversa, quanto più è leggera la mano dosimetrica del giudice, tanto più blanda può essere la giustificazione decisoria, la quale può perfino risolversi in una motivazione implicita nel caso di sanzioni che corrispondano o che si aggirino intorno¹⁴⁷⁴ al minimo edittale¹⁴⁷⁵.

dall'art. 133 c.p., quelli ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio (Cass., Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346); e che, in tale evenienza, non è sufficiente il ricorso a mere clausole di stile, quali il generico richiamo alla entità del fatto e alla personalità dell'imputato (Cass., Sez. VI, 18 novembre 1999, n. 2925, secondo cui quando il giudice, nel quantificare la pena, supera in modo vistoso il minimo edittale, è tenuto a motivare esplicitamente sulle ragioni che lo hanno determinato a tale conclusione configurando un dovere rafforzato di motivazione, con esame dei singoli criteri elencati nell'art. 133 c.p., e con specifico riferimento alla idoneità della pena, sotto l'aspetto dell[e] su[e] funzion[i] rieducativa, retributiva e preventiva, da adeguarsi al caso concreto». In senso analogo: Cass., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 6877 («Quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente quali tra i criteri, oggettivi o soggettivi, enunciati dall'art. 133 c.p. siano stati ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio, dovendosi perciò escludere che sia sufficiente il ricorso a mere clausole di stile, quali il generico richiamo alla “entità del fatto” e alla “personalità dell'imputato” (così, in motivazione, Cass., Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346, Bonarrigo; cfr. anche Cass., Sez. I, 13 marzo 2013, n. 2413, Pachiarotti e Cass., Sez. VI, 18 novembre 1999, Baragiani). È consentito far ricorso esclusivo a tali clausole, così come a espressioni del tipo “pena congrua”, “pena equa”, “congruo aumento”, solo quando il giudice non si discosti molto dai minimi edittali (Cass., Sez. I, 14 febbraio 1997, n. 1059, Gagliano; Cass., Sez. III, 29 maggio 2007, n. 33773, Ruggieri) oppure quando, in caso di pene alternative, applichi la sanzione pecuniaria, ancorché nel suo massimo edittale (Cass., Sez. I, 1° ottobre 2009, n. 40176, Russo; Cass., Sez. I, 17 gennaio 1995, n. 3632, Capelluto). Al di fuori di questi casi, la determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittale non può essere affidata alla intuizione del giudice, con riferimento a generiche formule di stile o sommari richiami al parametro contenuto nell'art. 133 c.p.»); Cass., Sez. III, 28 giugno 2016, n. 42455; Cass., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 47261; Cass., Sez. I, 13 marzo 2013, n. 24123.

¹⁴⁷⁴ Foderiamo il lemma “intorno” – ispirati e con riverenza – nel senso in cui lo si replica e gli si dà forza nei versi della (*Divina*) *Commedia* (DANTE A., (*Divina*) *Commedia*, Inferno, XXII, 73-75: «Draghignazzo anco i volle dar di piglio giuso a le gambe; onde 'l decurio loro si volse intorno intorno con mal piglio») e del *Canzoniere* (PETRARCA F., *Canzoniere* [Rerum vulgarium fragmenta] (1336-1374), edizione elettronica (a cura di) G. CONTINI, liberamente disponibile al seguente link: https://www.liberliber.it/mediateca/libri/p/petrarca/canzoniere/pdf/canzon_p.pdf, 2007, 14 e 68-69: «Ed io non ritrovando intorno intorno ombra di lei, né pur de' suoi piedi orma, come huom che tra via dorma, gittaimi stanco sovra l'erba un giorno»; «Poi che i pie' suoi fur mossi, dicendo: Non temer ch'i' m'allontani, di verde lauro una ghirlanda colse, la qual co le sue mani intorno intorno a le mie tempie avolse»).

¹⁴⁷⁵ Sul ricorso alla motivazione implicita in materia, v. AMODIO E., *Motivazione della sentenza*, cit., 229-230, il quale scrive che «i limiti di ammissibilità della motivazione implicita in ordine alla pena vanno tracciati con molta cautela. Devono ritenersi valide quelle sentenze la cui motivazione, pur senza presentare un discorso espressamente ricollegato alla quantificazione della pena indicata nel dispositivo, contiene nelle argomentazioni svolte a sostegno di altri punti un apparato giustificativo incentrato su taluno dei temi fissati dall'art. 133 c.p. L'indagine sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere, svolta secondo i parametri della norma penale ai fini dell'accertamento della responsabilità, può operare come *ratio decidendi* anche in rapporto al punto relativo alla determinazione della pena. Qui non è nemmeno il caso di parlare di “motivazione implicita per dipendenza”: si tratta semplicemente di rintracciare nel contesto della motivazione la parte di discorso che si attaglia al punto apparentemente non motivato. Più esattamente si dovrebbe dunque dire che sussiste una *relatio* implicita: ciò che manca è l'esplicito rinvio ai motivi attinenti a un punto diverso da quello della pena con la conferma di validità dell'argomentazione anche per il punto che non appare motivato. La sentenza va letta e interpretata come un testo integrale in cui le varie parti si compenetrano. Frequenti sono i casi di *relatio* implicita nella motivazione della sentenza soggettivamente od oggettivamente complessa: il concorso di più persone nel medesimo reato e il concorso formale di reati danno luogo, in sede di decisione, a una comunanza di questioni che si traduce in una fungibilità nella motivazione ai fini della giustificazione di più punti. Diversa è invece l'ipotesi in cui i motivi che hanno indotto il giudice a irrogare un determinato *quantum* di pena si ricavano non già da una ricognizione topografica della sentenza, ma mediante un giudizio logico di implicazione che assume come premessa le argomentazioni svolte in ordine a un altro punto. La sentenza che motiva il rigetto della richiesta di

Com'è stato osservato, con l'affermazione secondo cui «“può predicarsi, per le pene più severe, ossia quelle che muovono da una pena base pari o superiore al medio edittale, *un dovere rafforzato di motivazione*, con esame dei singoli criteri elencati nell'art. 133 c.p. e con specifico riferimento all'idoneità della pena, sotto l'aspetto dell[e] su[e] funzion[i] rieducativa, retributiva e preventiva, ad adeguarsi al caso concreto”, [si] propone una lettura certamente apprezzabile dell'art. 133 c.p. (il riferimento sintetico e puntuale alle funzioni della pena è quanto mai azzeccato), ma [lo si fa] con una “caduta di stile” nella riproposizione dell'adeguato e preciso obbligo motivazionale solo nell'ipotesi di “pene severe”»¹⁴⁷⁶.

Al di là di questa “caduta”¹⁴⁷⁷, ci interessa in ogni caso evidenziare che quando si richiama il “dovere rafforzato di motivazione” lo si declina esattamente nei termini che abbiamo ricostruito *supra*¹⁴⁷⁸.

Ci sono gli step¹⁴⁷⁹ o «passaggi sanzionatori»¹⁴⁸⁰ a cui il giudice deve attenersi nella disamina dei profili argomentativi salienti della fattispecie: ovverosia, gli aspetti indicati nell'art. 133 c.p.¹⁴⁸¹

riduzione della pena implicitamente respinge l'istanza diretta a ottenere le attenuanti generiche fondata sugli stessi motivi; la rigorosa dimostrazione della sussistenza degli elementi del furto esclude la configurabilità della ricettazione prospettata dalla difesa; l'accertamento degli estremi della ricettazione esclude la tesi dell'incauto acquisto avanzata dal difensore». In materia, v. altresì SIRACUSANO D., *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite*, per relationem e summarie, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 391-392.

¹⁴⁷⁶ ARCELLASCHI D., *Rassegna*, cit., 385 (riferendosi – nella parte virgolettata [...] – a Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 10095).

¹⁴⁷⁷ In realtà, può parlarsi propriamente di “caduta” soltanto se si intende l'orientamento giurisprudenziale come un *aut aut*: o si deve adempiere il “dovere rafforzato di motivazione” (pena severa) o si può motivare anche superficialmente (pena media) se non addirittura farne a meno (pena minima). In questo senso, si: si tratta di una “caduta”, perché una motivazione deve sempre esserci in tema di punibilità e determinazione della pena (a maggior ragione a fronte della modifica dell'art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p. operata dalla l. n. 103 del 2017). Se, invece, si intende l'indirizzo di legittimità nel senso che ogni motivazione concernente la pena ha da essere una motivazione rafforzata, allora – essendo, una simile pretesa, una pretesa eccessiva – non è una “caduta di stile” pretendere che si motivi rinforzatamente soltanto in certi casi e in altri no, perché – banalmente – non sempre è necessario motivare in tal modo. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui si faccia legittimamente ricorso alla motivazione implicita.

¹⁴⁷⁸ Altresì la *ratio* dell'istituto è pienamente conforme a quanto si è osservato *supra* (cap. III, § IV). Come abbiamo già detto, infatti, è necessario adempiere un onere motivazionale rinforzato quando bisogna apprestare una tutela effettiva e particolarmente stringente a una determinata situazione giuridicamente rilevante, che altrimenti rischierebbe di essere garantita soltanto in apparenza o, addirittura, non garantita affatto. Si rafforza dunque la trattazione di uno o più punti della fattispecie da applicare quando ci si accorge che serve “qualcosa in più”, affinché la medesima sia attuata appieno o perché la sua concretizzazione non risulti impropriamente lesiva di altre situazioni giuridiche altrettanto rilevanti. Questo “qualcosa in più” (che giustifica l'obbligo di motivazione rafforzata) lo si rinviene stavolta nel fatto che l'irrogazione di una pena corrispondente al massimo edittale o a esso vicina denota *in re ipsa* una lesività maggiore rispetto ai casi in cui la commisurazione si attesta al minimo o al medio edittale. Pertanto, per non apparire esercizio arbitrario di potere, tale più gravosa scelta deve essere sostenuta da ragioni in grado di superare l'assunto – ormai stabilizzatosi nel mondo del diritto – secondo cui l'irrogazione di una pena minima o intermedia tra minimo e massimo edittale implica *ex se* l'uso equilibrato della discrezionalità giudiziale: essendo per l'appunto presupposto o «premessso che l'istanza di una tutela proporzionata del bene giuridico è compiutamente compresa nel minimo edittale» (GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 434).

¹⁴⁷⁹ Gli step obbligati – che, oramai lo abbiamo ripetuto più e più volte, costituiscono il tratto tipico dell'obbligo motivazionale rinforzato – richiamano alla mente, in tema di pena, le *guidelines* dei sistemi di *common law* che

(i) gravità del reato: 1) natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e modalità dell'azione; 2) gravità del danno o del pericolo; 3) intensità del dolo o grado della colpa; ii) capacità a delinquere del colpevole: 1) motivi a delinquere e carattere del reo; 2) vita del reo, precedenti e antecedenti; 3) condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) condizioni di vita).

Ci sono i parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili, in base ai quali prendere in considerazione i profili salienti della fattispecie in esame¹⁴⁸²: vale a dire,

accompagnano il giudice nella scelta sanzionatoria (una volta che, com'è noto, la giuria abbia ritenuto – in fatto – l'accusato colpevole del reato ascrittogli). Così, sbirciando un poco il modello anglossassone, possiamo osservare che il *Sentencing System* «si traduce nel percorso step-by-step del *decision-making process*» (COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie*, cit., 14; per riferimenti bibliografici in materia, v. 13, nt. 43). Diviene allora prospettabile un accostamento tra «le *guidelines* [– che] prevedono una serie di step che rappresentano idealmente il percorso mentale del giudice» – e i passaggi obbligati della motivazione rafforzata, che possono benissimo adattarsi anche all'attività di commisurazione della pena da parte del giudice. Non a caso, in dottrina si è già immaginata la praticabilità di un'«opera di razionalizzazione» (volta altresì a recuperare «propor(razionalità)» [13 e 23]) in punto di scelta sanzionatoria tramite il ricorso a «linee guida che specificano, integrano – e non stravolgono o modificano – le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore» (COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie*, cit., 21). In questa prospettiva, si è ipotizzato «il passaggio del giudice attraverso una gamma di criteri che concretizzano, per singolo reato o gruppo di reati, le generiche categorie giuridiche previste dall'art. 133 c.p., accompagnando quindi il giudice nel percorso di adattamento delle cornici edittali al caso concreto. Trasparenza imporrebbe poi di valorizzare adeguatamente in motivazione il percorso seguito nell'individuazione della fascia di gravità rilevante ovvero l'eventuale necessità di derogarvi in virtù di valutazioni ulteriori (ad es., finalità special o general-preventiva)» (COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie*, cit., 22). Sul punto, chiosando la proposta avanzata da Coppola, CHIRICHIELLO G., *Ottimalità della pena, principio di proporzionalità ed il sistema delle guidelines nell'approccio di teoria economia del crimine*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 36-37 osserva che, «stante la caratteristica istituzionale che il potere del legislatore di modificare autonomamente le cornici edittali dei reati è un dato esogeno (immodificabile) e data l'autonomia del giudice, anch'essa esogena, in quanto garantita da un complesso impianto costituzionale, si tratta individuare, con riferimento al processo di formazione del giudizio, i “due pilastri”, da un lato, delle regole e dell'impegno dell'autorità giudiziaria a seguirle e, dall'altro, della “rendicontabilità” e trasparenza delle scelte del giudice nel giungere a quella specifica sentenza. Il primo pilastro, consistente nelle regole e nell'impegno del giudice a seguirle, è facilmente identificabile nel sistema delle *guidelines* (quello analizzato e proposto da Coppola). Esse svolgerebbero a un tempo il ruolo di regole e, attraverso la concreta elaborazione degli step previsti nelle *guidelines*, l'impegno a rispettarle. L'autonomia del potere giudiziario resterebbe garantita se le *guidelines* venissero elaborate all'interno del potere giudiziario stesso, e non dal legislatore. Il secondo pilastro, di rendicontabilità e trasparenza, resterebbe realizzato attraverso la pubblicità del percorso logico seguito dal giudice nell'attribuire il peso, discrezionalmente prescelto, ai vari elementi che conducono alla sentenza, tra le opzioni contenute nelle *guidelines*. Per attuare quest'ultimo impegno alla trasparenza e pubblicità, sarebbe sufficiente comprendere come parte integrante del dispositivo della sentenza la pubblicazione del percorso prescelto dal giudice che ha contribuito a determinarla. Ciò darebbe stabilità e maggior forza all'effetto-deterrenza delle sanzioni e maggiore efficacia alla politica penale. Il potenziale reo, infatti, nei suoi calcoli di convenienza a commettere il crimine, non dovrebbe avere difficoltà a predire le conseguenze dei suoi atti offensivi. La conclusione appena raggiunta dovrebbe conciliare teoria e pratica con il principio di proporzionalità».

¹⁴⁸⁰ Utilizziamo l'espressione presente nel *Protocollo d'intesa* tra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense – *Scrutinio preliminare delle impugnazioni, organizzazione del lavoro, chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti e dei provvedimenti nei giudizi d'appello*, Roma, 19 luglio 2018, all. 6 (struttura della sentenza penale di primo grado; pag. 2) e 7 (struttura della sentenza penale d'appello; pag. 3).

¹⁴⁸¹ In Cass., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 6877, gli indici di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. sono definiti «l'armamentario per forgiare la condanna sulla persona dell'imputato in considerazione della finalità rieducativa della pena».

¹⁴⁸² Puntualizziamo nuovamente di intendere la nozione di “fattispecie” *lato sensu*, ovvero sia come “oggetto” del giudizio e della giustificazione decisoria. In tal senso, il concetto di fattispecie può ricomprendere, di volta in volta, sia

l'idoneità – da rendere effettiva¹⁴⁸³ – della pena (intesa nella sua polifunzionalità: v. art. 27 Cost.¹⁴⁸⁴) e, più pragmaticamente, le disposizioni legali – alcune delle quali arricchite giurisprudenzialmente – inerenti alla determinazione della pena pecuniaria (artt. 133-*bis* e 133-*ter* c.p.), al ragguglio tra pena pecuniaria e pena detentiva (art. 135 c.p.), al pre-sofferto (artt. 137-138), alla continuazione (art. 81 c.p.) ecc.

Viene allora da dire che l'onere motivazionale rinforzato trova una sponda ideale nell'art. 133 c.p.¹⁴⁸⁵. E infatti, a livello teorico, il paradigma della “motivazione rafforzata” rintraccia tutti i suoi presupposti di applicabilità – anche – nel caso della “determinazione (legale) della pena”. A sua volta, la “determinazione (legale) della pena” si adagia compiutamente entro lo schema della “motivazione rafforzata”: magari, i punti di riferimento dell'art. 133 c.p.¹⁴⁸⁶ – *i.e.* i profili argomentativi salienti da prendere in esame e i parametri e criteri guida – sono un poco (troppo?) generici¹⁴⁸⁷, ma la struttura-base del nostro istituto c'è.

A ragione, quindi, la giurisprudenza richiama e intende il “dovere rafforzato di motivazione”.

profili sostanziali che profili processuali, tanto questioni di natura storico-fattuale che questioni di natura più strettamente giuridica. Nel frangente in cui ci stiamo muovendo, la fattispecie – che assume le vesti di fattispecie da motivazione rafforzata – alla quale ci si riferisce è quella concernente (le modalità di determinazione del)la pena.

¹⁴⁸³ Per uno studio sull'effettività della pena (come «criterio-guida verso un sistema sanzionatorio che sia credibile e praticabile» [438], ma comunque non in grado di «esaurire l'orizzonte della pena» [439]), v. GIUNTA F., *L'effettività della pena*, cit., 414 ss.

¹⁴⁸⁴ V., ad es., Cass., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 6877: «La centralità e l'importanza della quantificazione [della pena] è stata più volte sottolineata dal Giudice delle leggi che ha ribadito che “il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena forma oggetto, nell'ambito del sistema penale, di un principio di livello costituzionale”, rimarcando che la finalità rieducativa della pena stessa non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce “una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue” (sent. n. 313 del 1990; si vedano anche le sentt. n. 129 del 2008, n. 257 del 2006, n. 341 del 1994)” (sent. n. 183 del 2011)». Sul punto, v. altresì PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale*, cit., 131 («Il criterio guida che deve orientare il giudice nell'uso del potere discrezionale di determinare la misura della pena è racchiuso nell'art. 132, co. 1 c.p., norma che fa obbligo di indicare i motivi che giustificano l'esercizio di tale potere di commisurazione della pena fra minimo e massimo edittale. Detto obbligo va posto in rapporto con il successivo art. 133 c.p., in cui sono indicati gli elementi soggettivi e oggettivi sui quali deve fondarsi la valutazione discrezionale. Il significato normativo e l'area operativa delle citate disposizioni vanno considerati alla luce della norma primaria, cioè quella dell'art. 27, co. 2 Cost., secondo la quale “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”») e ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione dibattimentale di primo grado*, Milano, 2019, 229-230.

¹⁴⁸⁵ L'art. 133 c.p. – fattispecie in cui sono già (legislativamente) esplicitati i profili salienti da prendere in esame alla luce di parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili – deve essere letta assieme a tutte quelle previsioni normative e giurisprudenziali che rappresentano e definiscono parametri e criteri ulteriori – da accostarsi, appunto, a quelli dell'art. 133 c.p. – sulla scorta dei quali prendere in esame gli aspetti salienti della fattispecie (l'art. 133 c.p.) da applicare.

¹⁴⁸⁶ Definisce «‘bussola metodologica’ del mancipio commisurativo» l'insieme dei criteri racchiusi nella prima e nella seconda parte dell'art. 133 c.p. CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, cit., 570.

¹⁴⁸⁷ Ritiene per vero l'art. 133 c.p. una «norma scolorita e poco significativa» DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., 17, secondo cui la disposizione *de qua* è «sostanzialmente inidonea a fornire al giudice indicazioni precise e vincolanti» (e a ciò, conseguentemente, «fa riscontro una prassi dominata dall'intuizione e dall'esperienza nettamente personale del singolo giudice»).

Purtuttavia, guardando la realtà pratica, si rileva un'importante incongruenza tra ciò che si stabilisce in astratto e ciò che concretamente accade nelle aule di giustizia. La «lezione dell'empirismo»¹⁴⁸⁸ ci mostra che l'architettura valutativo-giustificativa appena descritta viene di fatto resa assai spesso ineffettiva dal quotidiano operare dei giudici. Molto frequentemente, invero, sulla pena non si motiva o si motiva male, cioè in maniera superficiale (es. tautologica) e insoddisfacente¹⁴⁸⁹. E non di rado, pure laddove si premette di attenersi a un onere di motivazione rinforzato, la giustificazione del provvedimento non si rivela poi così puntuale quanto ci si aspetterebbe a fronte della premessa posta.

Perché questa ricostruzione – pienamente valida in teoria – viene sistematicamente disattesa?

Si potrebbe pensare che, in materia, non vi siano le sanzioni appropriate per fronteggiare la violazione di tale metodo di giudizio e di giustificazione. In verità, lo strumentario delle impugnazioni pare essere adatto, offrendo rimedi sia in grado di appello (ove è possibile, nell'alveo dell'art. 581 c.p.p., criticare liberamente una simile mancanza) sia in Cassazione (ove è possibile 'azionare' sia la lettera b) che la lettera e) dell'art. 606 c.p.p.). Il problema, a esser franchi, è che questi strumenti non riescono a dispiegare tutta la loro efficacia per il modo in cui, sul punto, vengono interpretati e attuati. L'intervento della giurisprudenza di legittimità, ad esempio, «non aiuta»¹⁴⁹⁰ perché è quasi sempre – dobbiamo dirlo – eccessivamente tollerante nei confronti delle motivazioni delle pronunce di merito sulla pena.

Con disincanto, ci sembra di poter constatare che le *reali* debolezze del modello di motivazione rafforzata in materia sono principalmente due.

La prima, spicciola e materiale, consiste nel fattore tempo. La redazione della giustificazione del provvedimento – è ovvio – richiede sempre, di per sé, un lasso temporale non indifferente. Ebbene, se dopo aver spiegato – con dovizia di argomenti – i motivi per cui l'imputato è colpevole, il giudice può fare economia nell'esposizione delle ragioni attinenti alla commisurazione della pena, è difficile che non lo faccia. Una lettura funzionale della normativa, del tutto legittima per com'è formulata la legge¹⁴⁹¹ e tra l'altro avallata dalle interpretazioni giurisprudenziali¹⁴⁹², d'altronde lo

¹⁴⁸⁸ HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 327.

¹⁴⁸⁹ Criticamente, parla di «atteggiamento lasco verso la motivazione del percorso logico e argomentativo in punto di criteri *ex art. 133 c.p.*» ARCELLASCHI D., *Rassegna*, cit., 386, secondo cui «è *ictu oculi* rilevabile la sempre minor attenzione che i tribunali prestano alla parte della motivazione della sentenza relativa ai criteri di commisurazione della pena; «i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale», citando testualmente il dettato normativo, diventano sempre più astratti giuridici, raramente replicati in concreto nelle pronunce di merito» (371).

¹⁴⁹⁰ ARCELLASCHI D., *Rassegna*, cit., 387.

¹⁴⁹¹ V. DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., 17.

¹⁴⁹² Sono valide altresì oggi le considerazioni svolte, su tale profilo, qualche decade fa da DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., 59 e 62, nonché 63 (ma v. 53-77): «Anche l'interpretazione riduttiva dell'obbligo di motivazione sancito dall'art. 132 c.p. rappresenta un momento integrante dell'operazione attraverso la quale la giurisprudenza si attribuisce una posizione sovrana nella commisurazione della pena. Innanzitutto, i giudici di merito –

consente. Alla problematica tempo, a nostro parere, si può rimediare soltanto rispondendo con la stessa moneta: il tempo; ossia, garantendone di più. O standardizzando formalisticamente la procedura deliberativa (così da velocizzare il procedere decisionale e giustificatorio, al costo però di perdere “in umanità”¹⁴⁹³ del giudizio¹⁴⁹⁴) o, preferibilmente, con auspicabili riforme strutturali e

con l’avallo della Cassazione – hanno circoscritto drasticamente la stessa sfera di operatività dell’obbligo di motivazione, escludendone senz’altro le pene irrogate nel minimo, in un ammontare prossimo al minimo o comunque inferiori alla media. [...] A ben guardare, quella che poteva sembrare una deroga marginale all’obbligo generale di motivazione si dilata in realtà fino a identificarsi con la soluzione dominante, mentre l’obbligo di motivare così da far veramente trasparire l’*iter* argomentativo seguito dal giudice viene confinato in una zona residuale e assume caratteri di tutta eccezionalità. [...] Nel quadro che si è delineato, si individuano due punti fondamentali: in primo luogo, la diversa interpretazione dell’art. 132 c.p. fornita dalla giurisprudenza, a seconda che la pena sia applicata in misura minima o media, o all’opposto nel massimo o in un ammontare prossimo al massimo; in secondo luogo, al di là di tale distinzione, una generale tendenza a intendere l’obbligo di motivazione in termini tutt’altro che rigorosi».

¹⁴⁹³ La “perdita ‘in umanità’ del giudizio” la si ha per il fatto che – di per sé – la standardizzazione riduce, anche se non elimina (quantomeno, non del tutto), l’individualizzazione della decisione.

¹⁴⁹⁴ Suggestiva, quanto ardita (e – pertanto – rischiosa, soprattutto per gli abusi che potrebbero farsene), è l’idea di predisporre dei “prontuari” o “formulari” adattabili per ogni giudizio: delle tabelle in cui sono elencati i punti che il giudice deve passare in rassegna prima di pronunciarsi. Una volta considerata e quindi spuntata la voce dell’elenco, segue la motivazione (che sarà tanto più approfondita quanto più sarà complesso il profilo preso in esame; e viceversa). Facciamo un esempio: in un ipotetico prontuario o formulario, tra i vari profili da accertare possono essere inserite le varie circostanze normate dal legislatore; così, davanti al punto ‘armi’, il giudice può sbarrare la crocetta o la casella una volta che ne sia stata provata la presenza. La motivazione in questo caso è banale e può darsi anche per implicito (a fronte dell’accertamento di cui si è già dato conto in altra parte motivata del provvedimento); anche se, a dire il vero, l’apparato giustificativo ammette specificazioni ulteriori, come l’indicazione del numero di armi presenti o il tipo, l’uso che delle armi è stato fatto ecc. Per questo, per le ricadute e le problematiche alle quali può dar luogo persino un’ipotesi semplice come la constatazione delle armi, riteniamo che l’idea debba essere raffinata – al fine di costruire un meccanismo chiaro, preciso e lineare (nonché eventualmente limitato, nella sua applicabilità, a determinate ipotesi o categorie giuridiche e a certi profili e concetti soltanto) – ma meriti in ogni caso di essere approfondita per i benefici che potrebbe apportare. Anzitutto, renderebbe più trasparente e completo l’agire giudiziale: scoprendolo in certi suoi passaggi (poiché diverrebbero obbligati) e vincolandolo ad apprezzare determinati profili (affinché non se ne dimentichi). In secondo luogo, contribuirebbe a rendere più ordinata sia la valutazione sia l’esposizione delle ragioni decisorie. In terzo luogo, rinsalderebbe l’uguaglianza davanti alla legge e al giudice, in quanto costringerebbe tutti i giudici a vagliare l’esistenza – o meno – dei medesimi aspetti giuridici della fattispecie, da sciogliere poi – *ça va sans dire* – di volta in volta alla luce delle specificità della vicenda storica in esame. Infine, velocizzerebbe lo svolgersi del percorso decisionale, rapidizzandolo attraverso una sua lineare canalizzazione. Questa proposta si avvicina molto – sino a corrispondervi in larga misura; ma, d’altra parte, è molto più abbozzata rispetto – a quella avanzata da COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie*, cit., 21-22, il quale propone di adottare un «*vademecum* su base prasseologica» per le scelte sanzionatorie: «L’opera di razionalizzazione della dosimetria sanzionatoria presupporrebbe il passaggio del giudice attraverso una gamma di criteri che concretizzano, per singolo reato o gruppo di reati, le generiche categorie giuridiche previste dall’art. 133 c.p., accompagnando quindi il giudice nel percorso di adattamento delle cornici editali al caso concreto. Trasparenza imporrebbe poi di valorizzare adeguatamente in motivazione il percorso seguito nell’individuazione della fascia di gravità rilevante ovvero l’eventuale necessità di derogarvi in virtù di valutazioni ulteriori (ad es., finalità special o general-preventiva). La flessibilità delle *guidelines* permetterebbe, in ogni caso, l’esercizio dei poteri discrezionali in deroga alle stesse, qualora esigenze di giustizia lo imponessero. Chi scrive è persuaso che la magistratura sarebbe maggiormente orientata nel seguire pochi, empirici criteri piuttosto che astratte categorie giuridiche, specie se slegate dal reale processo di formazione del giudizio nel riscato tempo a disposizione prima della pronuncia del dispositivo della sentenza (che deve necessariamente contenere anche la misura di pena). Come anticipato, se il tempo stringe – e buona parte, com’è noto, lo si consuma per le valutazioni nel merito del giudizio – in assenza di vincoli certi, sembra più facile che il giudice, per la determinazione della pena, faccia ricorso

«aventi la logica del sistema»¹⁴⁹⁵ (es. infoltendo l'organico giudiziario; riducendo il numero dei reati o estendendo percorsi alternativi alla punibilità, così da sfoltire il numero delle cause; incentivando e diffondendo «la conoscenza del diritto, la capacità di percepire e articolare i problemi» giuridici¹⁴⁹⁶, sicché si sappia 'come muoversi' senza infrangere (colposamente) le regole, quantomeno quelle penali, così da non dar luogo all'aumento delle "vertenze" giudiziarie; ecc. ecc. ecc.).

La seconda *reale* debolezza del modulo motivazionale rinforzato riguardante la pena discende direttamente dalla normativa codicistica. Prendiamo l'art. 133 c.p., che funge da cardine per il meccanismo commisurativo. A colpo d'occhio, ci si accorge che i punti di riferimento della disposizione, che sopra abbiamo detto essere "magari un poco (troppo?) generici", sono in effetti talmente ampi concettualmente da non poter costituire una guida 'vincolante'¹⁴⁹⁷ per il discorso decisorio. Il giudice non riesce a trovare in essi le indicazioni utili a orientare davvero l'esercizio del proprio potere discrezionale (art. 132 c.p.)¹⁴⁹⁸. Le due macro-categorie della "gravità del reato" (profilo oggettivo) e della "capacità a delinquere del colpevole" (profilo soggettivo) contengono al loro interno degli argomenti tanto vasti (*i.e.* quelli di cui ai numeri 1-3 e 1-4) che rendono possibile spaziare praticamente ovunque ma, alla fine, non conducono da nessuna parte. Anzi, immobilizzano

alla propria esperienza o intuizione. Mentre, con il "libricino" a supporto, potrebbe fare tesoro del suo contenuto e calibrare meglio, nell'immediato, il risultato sanzionatorio e, successivamente, la relativa motivazione».

¹⁴⁹⁵ PESCATORE M., *Sposizione compendiosa della Procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*, Torino, 1865, II, I, 149, ove si parla degli istituti giuridici che compongono la legislazione come parti «che si collegano in un tutto col vincolo di una logica generale»: di talché, «il legislatore, ogniqualvolta intraprende di svolgere o di perfezionare gli istituti della legislazione, deve sempre rendersi esatto conto della logica del sistema, e del rapporto di essa con ogni minima parte; e diciamo che deve sempre rendersene esatto conto così per seguirne in generale i dettami, come – al bisogno – per derogarvi con chiarezza e precisione di conetti, dove ragioni speciali di utilità richieggano anche disposizioni particolari» (149-150).

¹⁴⁹⁶ Sviluppiamo tale considerazione a partire dal pensiero di HABERMAS J., *Fatti e norme*, cit., 460 (il quale parla di «competenza a mobilitare il diritto», riferendosi al fatto che «i diritti possono essere utilizzati solo quando gli interessati dispongono di informazioni sufficienti e risultano anche capaci, all'occorrenza, di mettere in atto [oppure no] la tutela giurisdizionale garantita dalla magistratura»).

¹⁴⁹⁷ Precisiamo: una 'guida vincolante' per il discorso decisorio nel senso di una guida che orienta la disamina decisionale ma non ne predetermina il risultato. Invero, l'esito della decisione resta contenutisticamente libero, rimanendo libero l'apprezzamento – da svolgersi caso per caso – dei profili verso cui la guida vincolante attira, orientandolo, il ragionamento: profili (argomentativi) che dovranno essere sciolti e adattati alla luce delle peculiarità della vicenda concreta. Per dirsi davvero vincolante (cioè: effettivamente orientativa/orientatrice), la guida che illumina il percorso che il decisore è tenuto ad attraversare non può essere né troppo generica, come lo è quella dell'attuale art. 133 c.p., né troppo specifica, rischiando – altrimenti – di costringere la scelta decisionale sino al punto di pre-formarla.

¹⁴⁹⁸ A proposito della discrezionalità di cui agli artt. 132-133 c.p., BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (1949), Milano, 1971, 154 (v. anche 155) scrive che «il c.d. "potere discrezionale nell'applicazione della pena" previsto dagli artt. 132-133 cod. pen. it. non è altro che un potere di apprezzamento (suppletivo e complementare) della fattispecie concreta del comportamento delittuoso quanto alla sua conformità alla fattispecie legale del reato: potere di adattamento (e di specificazione) della previsione della norma penale alla variabilità delle fattispecie concrete, in funzione dell'accertamento di queste: apprezzamento, che si esplica nel fissare e specificare elementi della fattispecie legale del reato nella fattispecie concreta: tale, dunque, che non è discrezionale in senso tecnico, ma tipicamente interpretativo».

chi vi ci si confronta, come capita allo studente che si trova davanti una domanda generica o una traccia d'esame sconfinata e non sappia da dove rifarsi. L'argomento da affrontare non viene *problematizzato* puntualmente e, di conseguenza, si finisce per approcciarlo – perché è l'argomento stesso ad ammettere questa eventualità – come più conviene nella circostanza in cui ci si trova ad applicarlo. In tal modo, è possibile che venga risolto o sbrigativamente¹⁴⁹⁹ oppure accuratamente a seconda della situazione; e, comunque, in entrambi i casi sostanzialmente *ad libitum*, dato che non è prescritto nessun passaggio obbligato su cui la valutazione e la sua razionale spiegazione debbano analiticamente soffermarsi¹⁵⁰⁰.

Non stupiscono, dunque, se non – forse – per il fatto che risalgono a oltre cinquant'anni fa, le affermazioni di Emilio Dolcini, per il quale «è dubbio che i giudici di merito possano scorgere direttive vincolanti nell'art. 133 c.p.; ancor più remota sembra la probabilità che per un medesimo problema giudici diversi traggano dal 133 la medesima soluzione»¹⁵⁰¹. In questa prospettiva, risulta «difficile – e tutto sommato poco rilevante – stabilire se l'art. 133 c.p. ha svolto un ruolo marginale nel sistema perché i giudici di merito hanno motivato in maniera del tutto insoddisfacente, e la Cassazione ha suffragato tale indirizzo, o se viceversa le motivazioni sono state formulate in termini approssimativi e laconici proprio per il fatto che l'art. 133 c.p. non era in grado di svolgere alcuna *funzione di guida* rispetto alle scelte dei giudici. Probabilmente, sarebbe stata necessaria sia una delicata opera di ricostruzione dell'art. 133 c.p. da parte degli interpreti sia una diversa disponibilità a far trasparire nella motivazione i criteri che hanno ispirato la determinazione della pena. Di fatto,

¹⁴⁹⁹ Con disincantato pragmatismo, occorre sottolineare che la commisurazione della pena – come l'esperienza insegna (si provi a domandare a un qualsiasi magistrato giudicante) – è un momento che i giudici sentono particolarmente: probabilmente, è il momento più sentito dell'attività giurisdizionale. Ciononostante, l'importanza riconosciuta e attribuita a tale frangente non si riflette quasi mai sulla motivazione del provvedimento, poiché accade davvero di rado che si riepiloghi il significativo (e spassionato) lavoro svolto in camera di consiglio per individuare la pena idonea e la sua adeguata misura. L'estensore, invero, giunge praticamente molto spesso sfiancato ad argomentare sulla pena, avendo dovuto prima argomentare analiticamente tutte le *quaestiones facti* e tutte le *quaestiones iuris* emergenti nell'ambito dell'accertamento processuale, da sciogliere indispensabilmente ai fini della condanna. Pertanto, dopo aver razionalmente motivato la pronuncia di colpevolezza, il giudice si adagia quasi sempre sulla prassi giurisprudenziale, la quale – in punto di determinazione della pena – ammette che si faccia economia motivazionale; e così finisce per non esplicitare i passaggi del ragionamento (che pure, salvo casi patologici, egli ha mentalmente compiuto e) che lo ha condotto a definire quella precisa entità di pena irrogata.

¹⁵⁰⁰ Cfr. MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 38-39: «Laddove la decisione attui profili della fattispecie meno determinati e si esalta maggiormente il tasso di discrezionalità del provvedimento, come nel caso dell'applicazione della pena, nella prassi ci si accontenta di una motivazione apparente sul presupposto che quegli aspetti non sarebbero sindacabili. Si pone, allora, il problema della compatibilità della redazione di motivi con gli accennati aspetti di valutazione discrezionale e quello del modo in cui esporre nei casi ipotizzati l'argomentazione giustificativa. In specifico rapporto all'applicazione della pena, sul primo versante, va sottolineato che anche se manca una relazione necessaria tra l'accertamento della responsabilità e l'entità della condanna, è possibile, però, stabilire in base alla posizione del fatto i limiti entro cui esercitare il potere discrezionale di individuazione della sanzione. La motivazione, cioè, si giustifica in quanto esplicita i criteri adottati – fissati, del resto, normativamente nell'art. 133 c.p. – per escludere determinate soluzioni in punto di pena e legittimare quelle tra le quali si è operata la scelta definitiva».

¹⁵⁰¹ DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., 53-54.

un'indagine sulla giurisprudenza di Cassazione in tema di motivazione sulla misura della pena conferma come questa materia sia sottratta, nel sistema del codice vigente, a controlli più che superficiali e rimanga affidata alle scelte insindacabili del giudice di merito»¹⁵⁰².

L'odierna validità di queste parole attesta che poco da allora è cambiato. Anzi, l'inadeguatezza degli interventi legislativi occorsi ha finanche aggravato il contesto normativo e, attualmente, è significativa la divaricazione esistente tra pene edittali, pene giudiziarie e pene eseguite. Al riguardo, trovano (tutt'oggi) spazio le critiche considerazioni di Luigi Ferrajoli, secondo cui «non può più neppure parlarsi di soggezione alla legge, né di garanzia di certezza per i cittadini, ove le leggi siano, quanto ai reati, delle scatole vuote incapaci di porre limiti all'arbitrio giudiziario e, quanto alle pene, delle indicazioni eccessivamente severe e per questo suscettibili di qualunque transazione»¹⁵⁰³.

Quel che è accaduto, da un punto di vista storico recente, è che la discrezionalità sanzionatoria e la sua motivazione hanno conosciuto un momento di svolta nel 1974. Se, fino ad allora, era la base legale a “farla da padrona” e l'apporto discrezionale del giudice era estremamente ridotto, successivamente il rapporto si è invertito e i margini d'esercizio del potere giudiziale si sono molto dilatati¹⁵⁰⁴. Come ha scritto Domenico Pulitanò, «tendenzialmente, le riforme dei decenni della Repubblica – a partire dalla novella di parte generale del 1974, la prima incrinatura del codice Rocco – hanno scaricato sulla magistratura la mitigazione di vecchi e nuovi rigorismi legislativi. [...] Nella prassi, il quadro generale è (forse) di prevalenza di commisurazioni appiattite sui livelli minimi, motivate con formulette pigre, ma ragionevoli sullo sfondo di cornici edittali troppo severe. Lo spirito del tempo spinge, in talune materie, verso commisurazioni anche molto rigorose. La dismisura di cornici edittali e la disciplina delle circostanze (in particolare, il bilanciamento fra aggravanti e attenuanti) fanno della commisurazione della pena un punto di crisi della legalità. *Nella gestione delle risposte al reato, negli spazi affidati alla discrezionalità giudiziale ha di fatto*

¹⁵⁰² DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., 68 (corsivo nostro).

¹⁵⁰³ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000, 873.

¹⁵⁰⁴ Sul punto: CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 2006, 559; GIUNTA F., *L'effettività della pena*, cit., 414-415 («Il potenziamento della discrezionalità giudiziale, da rimedio al rigore delle comminatorie edittali ha finito per trasformarsi in un fattore di erosione della stessa legalità della pena. La flessibilità della risposta sanzionatoria, affermata come strumento di ammodernamento dell'intervento punitivo, tende a disperdere la perseguita polifunzionalità della pena in un clemenzialismo penalistico, cui fa riscontro, per converso, il drammatico sovraffollamento delle carceri». L'Autore, in materia, rimanda altresì a PADOVANI T., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 423 e NEPPI MODENA G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 323 ss.). Il fenomeno del dilatarsi della discrezionalità giudiziale in materia di commisurazione della pena si inserisce, peraltro, nel più ampio contesto del progressivo estendersi del potere giurisdizionale in seno alla società, a cui abbiamo assistito nel corso degli ultimi cinquant'anni (v. *supra*: cap. I).

*l'ultima parola la coscienza del giudice*¹⁵⁰⁵. Ma, poiché «in un ordinamento fondato sul principio di legalità il giudice non può essere oracolo di giustizia [e] il suo potere deve essere sottoposto a vincoli controllabili»¹⁵⁰⁶, si è di nuovo (ri)tornati a mostrare maggiore attenzione verso istituti di garanzia: *in primis*, verso una più analitica regolamentazione della tematica, nonché – più in generale – del trattamento sanzionatorio.

Fermo restando che, in un sistema in cui la giustizia è amministrata dagli uomini (per gli uomini), non può essere rimossa la «componente equitativa del giudizio sulla pena»¹⁵⁰⁷, altrimenti si perde il volto umano del diritto (e con ciò la sua stessa ragion d'essere)¹⁵⁰⁸, si è – tra gli altri

¹⁵⁰⁵ PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, cit., 9 (corsivo nostro). Possiamo dire – con FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., 400 – che «il problema della determinazione della pena da parte del giudice s'identifica in gran parte con quello degli spazi di discrezionalità assegnati alla funzione giudiziaria. La storia delle sue soluzioni si confonde, conseguentemente, con quella del principio di legalità delle pene espresso dalla massima *nulla poena sine lege*».

¹⁵⁰⁶ PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, cit., 9. Riferendosi criticamente al fatto che si ritiene «sufficientemente osservato l'obbligo di motivazione in ordine all'entità della pena qualora il giudice dichiari di ritenere 'adeguata' o 'congrua' o 'equa' la misura della pena applicata o ritenuta applicabile al caso concreto», VOGLIOTTI M., *La motivazione*, cit., 71 parla giustappunto di «motivazione 'oracolare'». Invero, «non è occultando – bensì disciplinando [senza tuttavia pretendere di eliminare] – la discrezionalità giudiziaria che si tutela il principio di legalità» (IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1457).

¹⁵⁰⁷ CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, cit., 568. In termini generali, osserva PRIMICERI S., *Etica del buonsenso*, Padova, 2017, 10, che «schemi e modelli possono essere talvolta pericolosi se non si lascia spazio alla libertà, alla creatività e alla discrezionalità delle persone all'interno di un sistema, nei limiti della correttezza e della ragionevolezza. [...] L'agire meccanicamente annulla il fattore umano e produce distorsioni nella società, limitando la personalità dell'individuo e l'inclinazione al buonsenso».

¹⁵⁰⁸ La sensibilità del giudice, capace di cogliere le *umane sfumature* del fatto-reato, è ciò che intimamente caratterizza il giudizio dell'uomo sull'uomo. Per questo – fin dai tempi di Aristotele – è nell'equità che si individua il cuore, l'essenza dello *ius dicere*. Sensibilità non significa irrazionalità; equità non significa arbitrio. Come abbiamo visto *supra*, la componente *lato sensu* emotiva è indispensabile all'individuo per muoversi nel mondo: mondo giuridico compreso. Quel che è fondamentale è che il *decisum* giudiziale sia sorretto da ragioni che spieghino perché si è presa una decisione piuttosto che un'altra; e tali ragioni, ovviamente, debbono essere conformi alle procedure giurisdizionali dell'epoca corrente. Il progressivo affinamento della razionalità, che va di pari passo con il 'progredire' della civiltà, non toglie – né può togliere – di mezzo l'affettività, essendo i due fattori inscindibilmente legati l'un l'altro. Per questo (ma non solo), «all'interno dei confini probabilistici e incerti della decisione giudiziaria, lo strumento, l'«attrezzo» più adeguato non può essere certamente quello che risponde a un criterio di conformità con le leggi della logica formale e deduttiva; è molto più opportuno fare riferimento a un meccanismo, o sistema ragionato, legato anche al nostro sistema esperienziale, che sia in grado di rendere conto della estrema complessità di problemi la cui soluzione è costitutivamente, intrisa di elementi di insicurezza e di rischio» (BENSI L. – GIUSBERTI F. – NORI R., *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Bari-Roma, 2013, 31-32, i quali rilevano altresì che «la maggior parte dei nostri problemi, quelli della vita reale, è intrattabile da un punto di vista computazionale. Sono i cosiddetti problemi mal definiti: non sono formalizzabili, non contengono tutte le informazioni necessarie alla soluzione, che dunque non soddisfa i criteri di certezza, e non possono ottenere un feedback immediato sulla correttezza della soluzione proposta. Il mondo reale non permette l'ottimizzazione» [VI]). Per questo (ma non solo), i tentativi di riduzione algoritmica dell'attività giurisdizionale saranno sempre poca – e povera e vana – cosa rispetto all'amministrazione umana della giustizia, essendo qualsiasi macchina tecnologica (tutt'al più un aiuto per il giudicante, mai un suo sostituto, poiché) sempre manchevole – persino la più raffinata, persino quella capace di provare emozioni simili a quelle degli esseri umani – di quel *pathos* tipico dei viventi che appartengono alla specie *homo*, rimosso il quale ci troveremmo in un altro sistema giuridico: in un ordinamento non più umano, la cui filosofia di fondo implica che non sia più «vero che tutto il diritto è per l'uomo e non il contrario» (per utilizzare le parole di KAUFMANN A., *La filosofia del diritto oltre la*

istituti di garanzia – valorizzato l’obbligo di motivazione, sostenendo che «la motivazione [debba] *articolarsi dettagliatamente* per attuare nello specifico i canoni valutativi indicati dal legislatore nell’art. 133 c.p.»¹⁵⁰⁹.

Sul piano legislativo, ma non solo¹⁵¹⁰, si è insistito sull’onere motivazionale e sulle sue cadenze argomentative. Con la riforma Orlando, ad esempio, si è ritoccata la struttura della sentenza, che adesso – come scrive Arturo Capone – è «orientata a richiedere al giudice di strutturare in punti l’ordine del discorso»¹⁵¹¹ anche *in parte qua*.

Invero, «l’art. 546 c.p.p. riformato ora impone al giudice di esporre i motivi di fatto e di diritto, nonché le relative prove a sostegno e contrarie, anche con riferimento alla determinazione del trattamento sanzionatorio»¹⁵¹².

Preso atto «[del]l’ampia discrezionalità che le norme penali sostanziali in genere riconoscono al giudice» nel momento della commisurazione della pena, «richiedendo di dedicare a essa una

modernità (1990), in KAUFMANN A., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, (a cura di) G. MARINO, Milano, 2003, 309, il quale ci ricorda che nell’attuale sistema «i rapporti personali degli uomini sono ciò che identifica, come tale, il discorso giuridico, perché in fondo il diritto si riconosce e legittima da ciò, sempre, e solo, per il fatto che *riconosce e dà ad ognuno ciò che gli spetta come persona*. [...] La persona è il ‘come’ e il ‘cosa’, ‘soggetto’ e ‘oggetto’, in uno, del discorso normativo» [305]).

¹⁵⁰⁹ MENNA M., *La motivazione*, cit., 40 (corsivo nostro).

¹⁵¹⁰ A titolo esemplificativo, si rammenti il *Protocollo d’intesa* tra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense – *Scrutinio preliminare delle impugnazioni, organizzazione del lavoro, chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti e dei provvedimenti nei giudizi d’appello*, Roma, 19 luglio 2018, ove agli allegati 6 (struttura della sentenza penale di primo grado) e 7 (struttura della sentenza penale d’appello), avuto riguardo all’esposizione dei “motivi della decisione”, si sottolinea che «per la particolare rilevanza che il sistema costituzionale attribuisce alla determinazione della pena, devono essere individuate e quantificate tutte le componenti del trattamento sanzionatorio: i) pena base; ii) aumento per ciascuna delle aggravanti (compresa la recidiva) o riduzione per ciascuna delle attenuanti; iii) giudizio di comparazione nel caso di concorso eterogeneo di circostanze; iv) entità dell’aumento di pena per ciascuno dei reati avvinti dalla continuazione anche nei casi di continuazione c.d. “interna”; v) riduzione per il rito. Nella determinazione della pena in relazione a ciascuno di questi *passaggi sanzionatori* non è sufficiente il mero richiamo alla disposizione di legge (artt. 133, 62-bis, 69 c.p.), ma è necessaria l’indicazione di elementi fattuali idonei a corroborare il giudizio». Ancora, in relazione al “dispositivo” della sentenza penale di primo grado, nell’allegato 6 leggiamo che «in presenza della contestazione della recidiva, occorre precisare quale tipo di recidiva è stata ritenuta sussistente oppure va esplicitato che la recidiva è stata esclusa. Qualora la recidiva sia stata ritenuta sussistente, è necessario specificare il giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* Va esplicitata l’eventuale continuazione. Deve essere menzionata la diminuzione del rito. È necessario indicare il riconoscimento di eventuali benefici di legge (sospensione della pena, non menzione). Occorre indicare le pene accessorie e le misure di sicurezza eventualmente disposte». Analogamente, nel “dispositivo” della sentenza penale d’appello, all’interno dell’allegato 7 troviamo scritto che «occorre tenere presente il rapporto tra pena inflitta e pene accessorie (spesso si riduce la pena senza adottare le statuizioni consequenziali) con necessità di instaurare successivamente incidenti di esecuzione. È necessario indicare il riconoscimento di eventuali benefici di legge (sospensione della pena, non menzione). Occorre indicare le pene accessorie e le misure di sicurezza eventualmente disposte». Dal *Protocollo* si ricava l’impressione di un interesse sempre più forte verso profili specifici (per quanto di ordine generale) dell’apprezzamento giudiziale, che segnano “passaggi” ineludibili dell’accertamento e rappresentano pertanto aspetti sui quali non si può mancare di soffermarsi (valutandoli e rendendone poi espressamente conto).

¹⁵¹¹ CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, in AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) L. Giuliani – R. Orlandi, Torino, 2018, 318.

¹⁵¹² CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 315.

specifica sezione della motivazione, il legislatore ha voluto che i criteri di esercizio di quella discrezionalità fossero il più possibile trasparenti»¹⁵¹³. Ed è su questo versante, che abbiamo detto rappresentare la seconda *reale* debolezza del modello di motivazione rafforzata in materia di pena, che si può plausibilmente prospettare di far qualcosa di ancora ulteriore e di praticabile nell'immediato.

In attesa e compatibilmente con altre forme di intervento (come un irrobustimento del presidio sanzionatorio processuale¹⁵¹⁴ o un serio riordino legislativo dell'intera disciplina comminatoria¹⁵¹⁵, che si rifletterebbe anche sul fronte decisorio-motivazionale), riteniamo che sia fin d'ora possibile ingegnarsi sulle modalità – sul *metodo* – di esercizio dell'attività commisuratoria (valutativa e giustificativa) del giudice.

In quest'ottica, è concepibile l'inserimento grafico all'interno del provvedimento giudiziale di una scaletta contenente i vari profili enumerati dall'art. 133 c.p., dimodoché – per non lasciar scoperto il foglio – il giudicante sia costretto a esprimersi, nero su bianco, su ciascun aspetto della disposizione. Non crediamo, tuttavia, che modificare graficamente l'atto e imporre il suo totale riempimento sia sul serio risolutivo, giacché resta aperto il problema del suo completamento contenutistico: e ben può accadere che i vari profili enumerati dall'art. 133 c.p. vengano riempiti

¹⁵¹³ CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 314, il quale sottolinea ancora che «l'attenzione del legislatore della riforma, tra tutte le disposizioni che regolano la commisurazione della pena, sembra rivolta in particolar modo a quelle che, nei processi cumulativi, disciplinano il concorso di reati e la continuazione; in tal senso deve leggersi il richiamo all'art. 533, co. 2 c.p.p. Anche in questo ambito, infatti, un orientamento giurisprudenziale ammette scorciatoie argomentative, affermando, in tema di determinazione della pena nel reato continuato, che non esiste obbligo di specifica motivazione per gli aumenti relativi ai reati satellite, essendo sufficienti a questi fini le ragioni a sostegno della quantificazione della pena base». Analogamente, ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione*, cit., 162-163.

¹⁵¹⁴ Come si è detto, i vizi attinenti alla commisurazione della pena sono rilevabili in Cassazione ai sensi dell'art. 606, co. 1 lett. b) ed e) c.p.p. Si potrebbe pensare a un potenziamento dei rimedi esistenti o a rimedi *ad hoc*, una volta riconosciuta l'esistenza del vizio. Attualmente, «se nella sentenza manca l'esposizione degli elementi di fatto su cui fondare la commisurazione della pena, poiché i giudici di legittimità non hanno strumenti per accertarli in via autonoma, l'unica soluzione possibile è l'annullamento con rinvio. Se invece la sentenza indica gli elementi di fatto su cui fonda la commisurazione della pena, ma non espone gli argomenti logici e giuridici che hanno condotto alla soluzione prescelta, l'annullamento con rinvio pare impraticabile, per la presenza di rimedi alternativi più economici. In particolare, se la Corte di cassazione, rivalutati quegli elementi di fatto, ritiene che, nonostante sia mal motivata, la commisurazione della pena sia corretta, può limitarsi all'integrazione della motivazione insufficiente ex art. 619 c.p.p. Se la Corte di cassazione ritiene che la commisurazione della pena sia erronea, può avvalersi dei nuovi poteri ex art. 620, lett. l) c.p.p. [su tale ultimo profilo, v. Cass., Sez. un., 24 gennaio 2018, n. 3464, Matrone (e, volendo, v. altresì le nostre riflessioni a margine: CECCHI M., *Annullamento senza rinvio: la Cassazione rimodula i propri poteri*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 766 ss.)]» (CAPONE A., *La motivazione della sentenza*, cit., 316).

¹⁵¹⁵ Cfr., tra gli altri, (già) DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., 73 («A dispetto di una normativa apparentemente minuziosa, la commisurazione della pena versa nel nostro ordinamento in uno stato di caos. Di qui dunque la necessità non solo di elaborare una dottrina della commisurazione della pena, ma anche di non vincolare tale elaborazione alla normativa vigente, avendo di mira piuttosto una riformulazione dell'art. 133 in termini meglio rispondenti alle esigenze di una razionale politica criminale») e GIUNTA F., *L'effettività della pena*, cit., 415.

con formule vuote e stereotipe, essendo questo ammissibile a causa dell'attuale vaghezza e genericità dei parametri in questione¹⁵¹⁶.

Un'altra soluzione migliorativa, allora, può essere quella di *perfezionare* il profilo contenutistico-argomentativo del ragionamento giudiziale¹⁵¹⁷ inerente alla determinazione dell'ammontare di pena, da stabilire entro il margine fissato dalla legge per quel fatto-reato. In particolare, sono (*r*)*affinabili* le attuali generiche categorie (art. 133 c.p.) nell'ambito delle quali il giudice si muove allorché “applica la pena discrezionalmente” (art. 132 c.p.).

In che modo? *Problematizzando ulteriormente* le tematiche da prendere in esame, per il tramite di domande-guida¹⁵¹⁸ chiare¹⁵¹⁹ e specifiche, sulle quali imprescindibilmente trattarsi e alle quali – dopo averle vagliate – rispondere, dandone quindi espressamente conto¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁶ Ed è esattamente per questo, cioè per l'eventualità che l'impegno valutativo-giustificativo richiesto (consistente nel soffermarsi su ciascun profilo indicato dall'art. 133 c.p., richiamato graficamente all'interno dell'atto da redigere) si risolva in formule vuote e stereotipe (a causa della vaghezza e della genericità degli attuali profili di cui all'art. 133 c.p.), che riteniamo non soltanto nient'affatto risolutivo puntare sulla mera modifica grafica del provvedimento ma addirittura inutilmente dispendioso nei casi in cui il compito richiesto lo si possa assolvere (com'è oggi possibile) e poi di fatto lo si assolva in maniera superficiale.

¹⁵¹⁷ Invita a «riflettere sulla *struttura* del ragionamento giudiziario intorno alla applicazione-commisurazione della pena» CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, cit., 562 (corsivo nostro).

¹⁵¹⁸ Le “domande-guida”, con i dovuti distinguo, rimandano – come abbiamo detto *supra* (nt. 1493) – alle *guidelines* dei Paesi anglofoni. In dottrina si è mostrato «un certo interesse quanto alla gestione della discrezionalità giudiziaria [tramite] lo strumento delle linee guida legislativamente previste» (IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 1458). Afferma Iagnemma che «l'esperienza maturata a riguardo in altri ordinamenti giuridici dimostra come queste ultime rappresentino utili “sistemi di supporto decisionale” per i giudici: specialmente nella fase di definizione delle conseguenze sanzionatorie. Tra i sistemi di *guidelines* più evoluti vi è senza dubbio quello elaborato in Inghilterra, dopo l'emanazione del *Coroners and Justice Act* del 2009, dal *Sentencing Council*. [...] *Il modello di sentencing basato sulle linee guida, più precisamente, articola il percorso decisionale del giudice in ordine alle conseguenze sanzionatorie secondo precise indicazioni: secondo, cioè, check-lists che impongono di passare allo step successivo solo dopo aver svolto gli adempimenti indicati al passaggio precedente*» (1458-1459 – corsivo nostro). Questo percorso a step o a tappe, che non soltanto corrisponde alla metodica motivazionale rinforzata, ma si confà – come si è già sostenuto – alla natura stessa del procedimento nella classica definizione che ne dà Giovanni Conso, «veicola l'attenzione del giudice secondo *iter* logici predefiniti dalla legge su tutti i più importanti aspetti della fattispecie concreta» (1460; v., in part., 1466-1467).

¹⁵¹⁹ Ci ricorda WEISCHEDEL W., *Il coraggio della responsabilità*, Roma, 2015, 7 che «solo dalla chiarificazione della domanda può seguire una risposta chiara». In quest'ottica di chiarezza e trasparenza, come (dal punto di vista comunicativo-linguistico e in via generale) ci rammenta SERIANNI L., *Prima lezione di grammatica*, Bari-Roma, 2006, 59, occorre che «il testo scritto explicit[i] tutti gli elementi necessari alla sua interpretazione», perché se «in quasi tutte le comunicazioni orali possiamo anche parlare come si mangia, cioè alla buona, spontaneamente, senza preoccuparci né della costruzione sintattica né della precisione lessicale, invece, quando scriviamo qualcosa dobbiamo rispettare una serie di requisiti – in parte codificati dalle grammatiche, in parte impliciti – perché il nostro testo sia giudicato accettabile». A livello giuridico, in particolare, è necessario che siano resi espliciti i presupposti normativi che – (interpretati al fine di essere) applicati – conducono a una data decisione piuttosto che a un'altra.

¹⁵²⁰ Nella sua portata argomentativa, la risposta varia a seconda del riscontro pratico-materiale che – di volta in volta – quella domanda ha nel caso di specie. Se, ad esempio, l'argomento da prendere in considerazione concerne un elemento che nella vicenda in esame non è proprio presente, allora è sufficiente constatarne l'inesistenza. Se, all'opposto, l'elemento a partire dal quale e sul quale svolgere l'argomentazione esiste, allora bisogna calibrarne l'esame alla luce delle domande-guida che ne orientano – ma non ne limitano – l'analisi.

Cosa significa problematizzare ulteriormente le tematiche da prendere in esame? Vuol dire individuare argomenti precisi e ineludibili¹⁵²¹ da trattare e da sciogliere, dirimendoli – di volta in volta – alla luce delle peculiarità del caso concreto. Argomenti che scansionano, canalizzano e particolarizzano il percorso valutativo-giustificativo che il giudice deve seguire. “Argomenti da motivazione rafforzata”, insomma, i quali – nell’ipotesi *de qua* – specificano la guida dell’art. 133 c.p. e la rendono ancora più vincolante: non nel senso che predeterminano la decisione, ma nel senso che impongono al discorso sulla commisurazione della pena di affrontare – declinandole liberamente, s’intende, in base alle caratteristiche della vicenda storica – determinate questioni.

Tale forma di «procedimentalizzazione del judicial decision-making process»¹⁵²² presuppone che il giudice apprezzi le «nuances»¹⁵²³ del fatto-reato e non rimuove certo l’equità di giudizio (essendo anzi fondamentale, nel campo in cui ci troviamo, la «comprensione equitativa del fatto concreto»¹⁵²⁴). Piuttosto, basandosi sull’assunto secondo cui «discrezionalità significa, al tempo

¹⁵²¹ Argomenti ineludibili ma non esclusivi. Agli “argomenti da motivazione rafforzata” si accostano infatti tutti gli altri argomenti che il giudice affronta nel corso dell’accertamento, ai fini della decisione (es. quelli introdotti o sollecitati dalle parti).

¹⁵²² COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie*, cit., 22.

¹⁵²³ CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, cit., 564, ove – richiamando il pensiero aristotelico (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (trad. it.) C. MAZZARELLI, Milano, 2015, 221-223 [1136a, 30 –1138a, 5]) – si afferma ancora che «proprio l’equità contribuisce a mediare il contrasto tra l’astrattezza della fattispecie legale e la concretezza del caso giudicato».

¹⁵²⁴ CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, cit., 566. Non casualmente, le ipotesi di c.d. “pene fisse” e i casi di automatismi sanzionatori simili stanno subendo una decisa regressione, come si ricorda anche in Cass., Sez. un., 3 luglio 2019, n. 28910: «La giurisprudenza costituzionale sin dagli anni Sessanta del secolo scorso (sentt. nn. 67 del 1963 e 104 del 1968) ha posto in evidenza che i principi costituzionali, quello generale di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost. e quelli, specificamente riferiti alla materia penale, di legalità, di personalità della responsabilità e della finalità rieducativa della pena, dettati dagli artt. 25 e 27 Cost., possono ricevere attuazione nella legislazione ordinaria mediante previsioni sanzionatorie caratterizzate da mobilità della pena, che si realizza attraverso la prescrizione quantitativa, compresa tra un minimo e un massimo, e sul piano applicativo esigono l’intervento commisurativo giudiziale, riferito al caso specifico, che traduce la regolamentazione astratta nell’inflizione di una pena scelta in via discrezionale nell’ambito dei due estremi, individualizzata e proporzionata alle caratteristiche della fattispecie concreta in base ai parametri di cui all’art. 133 c.p. Illuminante al riguardo il passaggio della sent. n. 50 del 1980, nel quale la Consulta aveva affermato che “l’uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, ‘proporzione’ della pena rispetto alle ‘personali’ responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale”, per concludere che “in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il ‘volto costituzionale’ del sistema penale; e il dubbio d’illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente ‘proporzionata’ rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato” (in senso conforme, sentt. nn. 236 del 2016, 341 del 1994 e 409 del 1989). Raffrontata con i superiori principi, che pretendono elasticità nella previsione astratta e discrezionalità nella sua attuazione in riferimento alla situazione fattuale concreta, “ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (di qualunque ne sia la specie) è per ciò solo ‘indiziata’ di illegittimità” (sent. n. 222 del 2018) e ogni automatismo sanzionatorio, che sottragga alla giurisdizione il compito di apprezzare la specificità del caso e di offrirvi risposta adeguata e differenziata, va scongiurato perché in contrasto con il ‘volto costituzionale’ della repressione penale e con la funzione rieducativa e di reinserimento sociale della punizione, che richiede il rispetto della proporzione per qualità e quantità col fatto di reato, con la sua offensività e con la personalità del suo autore, da garantire nella fase della irrogazione, così come in quella dell’esecuzione (sent. n.

stesso, dovere (conoscitivo) e potere (dispositivo) del giudice»¹⁵²⁵, la metodica motivazionale – *i.e.* di giudizio e di giustificazione – rinforzata contribuisce a far sì che la scelta discrezionale venga compiuta sulla scorta di una previa e doverosa conoscenza informata. Le tappe che debbono essere obbligatoriamente attraversate, infatti, accrescono il panorama informativo disponibile poiché vi introducono dei poli argomentativi da scandagliare necessariamente: dei poli argomentativi il cui scandaglio è utile ad approfondire il *thema decidendum* e – assommandosi alla risoluzione di altri argomenti (altresì di natura diversa da quelli appartenenti all’obbligo motivativo rafforzato) – a risolverlo¹⁵²⁶.

L’individuazione di questi poli argomentativi – che s’innestano nella trama dell’art. 133 c.p. e servono a concretizzarne l’attuazione – avviene o può avvenire per opera legislativa (ad esempio, con il richiamo di altre disposizioni di legge: v. art. 203 c.p., ripreso dai nn. ‘1)’ e ‘3)’ del profilo concernente la ‘capacità a delinquere del colpevole’; v. art. 626 c.p., correlato al n. ‘2)’ del profilo concernente la ‘gravità del reato’)¹⁵²⁷ oppure per elaborazione giurisprudenziale o dottrinale (ad esempio, con la costruzione di parametri *ad hoc*: v. la riproposizione [?], anche in questa sede, dei criteri Thyssenkrupp per apprezzare l’intensità del dolo o il grado della colpa di cui al n. ‘3)’ del profilo concernente la ‘gravità del reato’).

257 del 2006; in senso conforme: sent. n. 79 del 2007). Nella medesima ottica di assicurare reazioni repressive adeguate e personalizzate devono leggersi gli interventi demolitori del giudice costituzionale in materia penitenziaria, per la quale ha riconosciuto quale criterio “costituzionalmente vincolante” l’esclusione di “rigidi automatismi” che si realizza soltanto con “una valutazione individualizzata caso per caso” (sent. n. 436 del 1999; in senso conforme: sentt. nn. 257 del 2006, 79 del 2007 e n. 189 del 2010), pena l’inammissibile sacrificio del profilo rieducativo della pena. Indicazioni solo all’apparenza contrastanti sono rinvenibili nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale, occupatesi della legittimità delle disposizioni di legge contenenti per specifiche figure di reato la previsione di una pena pecuniaria di entità fissa o proporzionale, congiunta a pena detentiva mobile e determinabile nell’ambito di una forbice tra minimo e massimo. Nell’escludere il contrasto con i principi costituzionali, la Consulta ha valorizzato l’assetto normativo complessivo del trattamento sanzionatorio, articolato in due specie di pene e in base di diversi criteri di commisurazione e riscontrato in tali situazioni la consentita possibilità per il giudice, quanto meno per la reclusione o l’arresto, o comunque in ragione della quantificazione proporzionale della sanzione pecuniaria, di graduare e adattare con apprezzamento discrezionale la pena alle peculiarità della singola situazione giudicata, confermando l’orientamento ormai consolidato della illegittimità costituzionale delle sole pene stabilite in misura fissa e invariabile, salvo che le stesse non siano introdotte per punire fattispecie di reato che, per la loro natura, manifestino lo stesso disvalore e lo stesso grado di offensività, non richiedendo quindi una graduazione di sanzione (sentt. nn. 233 del 2018 e 142 del 2017, nonché ord. n. 91 del 2008). [...] Ritengono le Sezioni unite di dover superare il proprio precedente arresto, espresso nella sentenza n. 6240 del 2015 e di formulare il seguente principio di diritto: “Le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all’art. 133 c.p.”».

¹⁵²⁵ CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, cit., 566.

¹⁵²⁶ Inoltre, le tappe obbligate aiutano a evitare errori e omissioni, tanto nella motivazione (quanto altresì nel dispositivo) del provvedimento, poiché – banalmente – richiamano il giudice a compiere la propria valutazione e a renderne espressamente conto in motivazione passando per l’appunto da determinati ineludibili profili (*recte*: argomenti; quelli da “motivazione rafforzata”) caratterizzanti quel dato tipo di accertamento.

¹⁵²⁷ Si tratta, in questi casi, di passaggi obbligati già esistenti ma che non vengono percorsi, in quanto non percepiti (e – soprattutto – non sanzionati) come tali.

Non rientra nei nostri intenti provare a delineare gli argomenti che potrebbero orientare l'azione di riempimento contenutistico dei punti di cui all'art. 133 c.p., perché si è voluto semplicemente tratteggiare la possibilità di argomentare a step obbligati (anche) la commisurazione della pena-base. E, sempre per questo motivo, non proviamo nemmeno a proiettare la motivazione rafforzata verso altri momenti definitori del trattamento sanzionatorio (come pure sarebbe ipotizzabile fare; ad esempio, in tema di circostanze¹⁵²⁸, continuazione, benefici, tentativo¹⁵²⁹ ecc.).

¹⁵²⁸ Posto che «la disciplina delle circostanze può essere modulata riducendo, se non addirittura annullando, i margini di manovra del potere del giudice (legalità) oppure estendendoli anche a dismisura (discrezionalità)» (BARTOLI R., *Le circostanze "al bivio" tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 2257), osserviamo che nell'odierno sistema penale il legislatore riconosce all'autorità giudiziaria importanti spazi operativo-discrezionali in materia: perciò, di conseguenza, si fa particolarmente urgente la necessità che si motivi specificamente – rafforzatamente, ove possibile – sul punto. In Cass., Sez. II, 22 maggio 2019, n. 22468, si delinea ad esempio un percorso a step, che si struttura alla luce di due tappe obbligate, a proposito della circostanza dei futili motivi: «L'accertamento della inutilità del motivo si realizz[a] secondo una scansione bifasica. A fronte della rilevata sproporzione tra reato e ragione soggettiva che lo ha determinato, deve essere svolto altro giudizio per verificare se essa abbia o meno connotato, in maniera particolarmente significativa e pregnante, l'atteggiamento dell'agente rispetto al reato, giustificando un giudizio di maggiore riprovevolezza e di più accentuata pericolosità nei suoi confronti. Quindi, oltre al dato oggettivo della sproporzione, tra la ragione soggettiva che ha determinato la condotta criminosa e il reato concretamente realizzato, occorre verificare la sussistenza del dato soggettivo, costituito dalla possibilità di connotare la sproporzione quale espressione di un moto interiore assolutamente ingiustificato, che si traduca in mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale del tutto avulso da uno scopo che non sia la mera commissione del reato» (L'esito della pronuncia è stato «l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di assise di appello di Firenze, per nuovo esame, onde integrare nel senso descritto la motivazione, limitatamente alla sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p., seguendo i parametri fissati da questa Corte di legittimità, ai fini di individuare la sussistenza dell'aggravante *de qua*»). Un altro campo applicativo per la metodica motivazionale rinforzata potrebbe essere quello delle circostanze attenuanti generiche: cfr. Cass., Sez. V, 10 settembre 2018, n. 40289 («In ordine alla mancata concessione delle attenuanti generiche, è necessario premettere che se è vero che, ai fini della determinazione della pena, il giudice può tenere conto di uno stesso elemento che abbia attitudine a influire su diversi aspetti della valutazione, ben potendo un dato polivalente essere utilizzato più volte sotto differenti profili per distinti fini senza che ciò comporti lesione del principio del *ne bis in idem*, è anche vero che, se lo stesso elemento viene considerato positivamente ai fini della determinazione della pena e poi negativamente per il riconoscimento delle attenuanti generiche, la motivazione richiede una *specificità rafforzata* per non incorrere in evidenti vizi di contraddittorietà») e Cass., Sez. IV, 12 settembre 2017, n. 52121 («Il potere discrezionale del giudice – nonostante la sua ampiezza ed estensione – non è tuttavia illimitato e sottratto al controllo: egli ha l'obbligo di motivare la sua decisione – che non deve mai tradursi in arbitrio – *indicando i parametri e i criteri utilizzati* ed enunciando le ragioni che pone a fondamento del diniego o della concessione delle attenuanti generiche»).

¹⁵²⁹ Per esemplificare, si pensi alla possibilità di ricorrere alternativamente all'argomento del c.d. "metodo diretto o sintetico" o a quello del c.d. "calcolo bifasico" nel caso del tentativo di reato. Di tale scelta è opportuno darne espressamente conto in motivazione, trasponendovi i passaggi valutativi in cui consistono queste metodiche argomentative, volte a determinare la misura di pena da irrogare in caso di delitto tentato (cfr. Cass., Sez. II, 4 maggio 2018, n. 23325; Cass., Sez. I, 6 giugno 2013, n. 35013; Cass., Sez. V, 23 gennaio 2013, n. 3526). Sul punto, v. Cass., Sez. I, 16 maggio 2001, n. 37562: «Per univoca e costante affermazione della giurisprudenza e della dottrina nel delitto tentato va ravvisata una figura autonoma di reato, qualificato da una propria oggettività giuridica e una propria struttura, delineata dalla combinazione della norma incriminatrice specifica e della disposizione contenuta nell'art. 56 c.p., la quale ha reso perseguibili fatti altrimenti non sanzionabili perché arrestatisi al di qua della soglia della consumazione. Nel far ciò, l'art. 56 c.p. ha stabilito una sanzione penale autonoma, ha individuato il bene giuridico protetto (costituito dal pericolo di lesione dell'interesse che giustifica la tutela penale) e, soprattutto, ha definito il comportamento tipico, consistente nel compimento di atti idonei, diretti in modo non equivoco a realizzare la detta lesione. Da tale autonomia dell'illecito e della sanzione discende che, in presenza di un delitto tentato, la determinazione della pena può effettuarsi

Qui, pertanto, ci arrestiamo.

Non ci spingiamo oltre nella disamina di una tematica che, sebbene trattabile con la metodica *de qua*, resta comunque ‘altra’ rispetto all’oggetto della presente ricerca. Una cosa, infatti, è la ‘motivazione’ (in particolare, questo m[et]odo di giudicare e di giustificare rinforzatamente) e un’altra cosa sono invece la ‘pena’ – più in generale: la ‘sanzione’ – e la sua determinazione.

Allo stesso modo in cui abbiamo accennato alle altre futuribili ipotesi di motivazione rafforzata (v. *supra*: cap. IV), ci siamo da ultimo soffermati ad abbozzare la motivabilità rinforzata di questa congiuntura essenziale del trattamento sanzionatorio: limitandoci, cioè, a un tratteggio.

Così, in definitiva, per riallacciarci a quel che abbiamo detto all’inizio del capitolo, ovvero al tentativo di ‘chiudere, aprendo’, possiamo ora tirare le fila del discorso e porci conclusivamente la seguente domanda. Al di là dei richiami provenienti dalla giurisprudenza affinché si motivi rinforzatamente, mentre i tempi sembrano essere maturi per adottare moduli motivazionali rinforzati anche in punto pena, possiamo noi dirci effettivamente e – finalmente – altrettanto pronti?

con il cosiddetto ‘metodo diretto o sintetico’, ossia senza operare la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, oppure con il ‘calcolo bifasico’, ossia scindendo i due momenti enunciati. Entrambi i sistemi, peraltro, non si sottraggono ai vincoli normativi relativi al contenimento della riduzione da uno a due terzi. Solo l’inosservanza in concreto di tali limiti comporta violazione di legge».

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Ius dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*, I, (a cura di) C. A. D'ALESSANDRO – C. MARCHESE, Roma, 2018

— *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà – Ferrara, 10-12 ottobre 1985*, Padova, 1988

— *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, (a cura di) SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA – UNIVERSITÀ DI PAVIA, Roma, 2017

AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 211

ACKERMAN B., *Adeus, Montesquieu*, in *Revista de Direito Administrativo* (Rio de Janeiro), v. 265, 2014, jan./abr., 13

AGHINA E., *Il giudice e la "penalizzazione" della lingua*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 103

AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari-Roma, 2010

AIUTI V., *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 1438

— *Il ribaltamento della condanna in appello*, in *Cassazione penale*, 2013, 4057

— *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1440

— *L'immediatezza presa sul serio*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 109

— *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, (a cura di) A. MARANDOLA – T. BENE, Milano, 2017, 243

— *Percorsi di giurisprudenza – l'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1002

ALCHOURRÓN C. E. – BULYGIN E., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971), Torino, 2005

ALEXY R., *Die logische Analyse juristischer Entscheidung*, in ALEXY R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, 13

— *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1998

ALGERI L., *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione "rafforzata"*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 388

— *La prova neuroscientifica nel processo penale*, Padova, 2020

— *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1444

ALPA G., *Interpretare il diritto: dal realism alle regole deontologiche*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, (a cura di) J. DERIDDA – G. VATTIMO P. G., Bari-Roma, 1998, 207

ALTAVILLA E., *Psicologia giudiziaria. Il processo psicologico e la verità giudiziale*, Torino, IV, 1955

AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 1406

— *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, 2

— *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cassazione penale*, 2014, 403

AMATO G., *Rassegna delle massime della Cassazione penale*, in *Guida al diritto*, 2020, 34-35, 82

— *Tutela rafforzata anche con il canone dell'attualità*, in *Guida al diritto*, 2015, 22

AMODIO E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 432

— *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016

— *Giustizia e processo. Alla ricerca di linee guida affidabili per la motivazione concisa*, in *Giustizia insieme*, 2009, 2-3, 81

— *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Rivista di Diritto processuale*, 1970, 444

— *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, 181

ANDERSON C., *The End of Theory: the Data Deluge makes the Scientific Method obsolete*, in www.wired.com, 23 giugno 2008

ANDRONIO A., *Art. 111*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, III (artt. 101-139), (a cura di) R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, 2006, 2099

ANTONINI P., *Motivazione rafforzata anche per gli accertamenti di valore*, in *Corriere tributario*, 2018, 1571

APRATI R., *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cassazione penale*, 2017, 2666

APRILE E., *Acquisizione di prove d'ufficio ex art. 507 c.p.p. e compatibilità con l'art. 111 Cost.*, in *Cassazione penale*, 2007, 3345

ARCELLASCHI D., *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dell'originario dettato normativo*, in *L'indice penale*, 2015, 370

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (trad. it.) C. MAZZARELLI, Milano, 2015

— *Organon*, (trad. it.) G. COLLI, Milano, 2003

— *Retorica*, (trad. it.) F. CANNAVÒ, Milano, 2014

ASCARELLI T., *Antigone e Porzia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1955, 756

— *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1958, 14

— *Processo e democrazia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 844

ATYIAH P. S., *La sentenza in Inghilterra*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 389

AUSTIN J. L., *Come fare cose con le parole* (1962), (trad. it.) C. VILLATA, Genova, 2015

BACCARI G. M. – CONTI C., *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata degli atti di indagine*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 872

BACONE F., *Novum Organum* (1629), (a cura di) M. MARCHETTO, *Nuovo Organo*, Milano, 1998

BAGAROTTO G., *Tenera è la legge*, Macerata, 2002

BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia*, 2015, 377

BALDUZZI R. – SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, 1207

BAMBI F., *La chiarezza della lingua del diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, 191

BARBARESCHI S., *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020, 2, 373

BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 163

— *Legge e giudice nell'Italietta del Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 537

BARBERIS M. – VIGNUDELLI A., *“Nuovi” dialoghi sull'interpretazione*, Modena, 2013

BARGIS M., *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sistema penale*, 2020, 4, 41

BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2015, 1769

— *Le circostanze “al bivio” tra legalità e discrezionalità*, in *Cassazione penale*, 2016, 2254

— *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 143

— *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 59

BASSI A., *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 83

BATESON G., *Mente e natura. Un’unità necessaria*, (trad. it.) G. LONGO, Milano, 1984

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) G. CARNAZZI, Milano, 2010

BELFIORE E., *Ancora sul principio di legalità tra legislatore e giudice*, in www.discrimen.it, 7 ottobre 2019

— *Scenari “vecchi” e “nuovi” nei rapporti tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 145

BELLAVISTA G., *Studi sul processo penale*, Milano, 1976

BELLUCCI P., *Il procedimento penale: un crogiuolo linguistico*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 117

BELLUCCI P. – TORCHIA M.C., *La regia del discorso in Tribunale: il potere delle domande*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 79

BELLUTA H. – LUPÁRIA L., *La parabola ascendente dell’istruttoria in appello nell’esegesi “formante” delle Sezioni Unite*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 159

— *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2019

BELLUTA H., *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 10, 295

— *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 1213

BELTRÁN J. F. – TUZET G., *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, 2, 456

BELTRANI S., *L'obbligo di motivazione nella Corte di cassazione nel giusto processo al vaglio della Corte EDU*, in *Cassazione penale*, 2020, 3416

BENNI S., *Saltatempo*, Milano, 2016

BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789), (trad. it.) O. MARCACCI, Milano, 2020

BERGER P. L. – LUCKMANN T., *The Social Construction of Reality* (1966), (trad. it.) M. SOFRI INNOCENTI – A. SOFRI PERETTI, *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, 1969

BERNARDI A., *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015, VII

— *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 536

BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 193

— *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, in www.discrimen.it, 26 marzo 2020

BERTOLDI F., *L'origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Forum historiae iuris*, 2016, 1

- BERTOLINO M.**, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, 483
- *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 1070
- BETTI E.**, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (1949), Milano, 1971
- BIANCHI D.**, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1477
- BICHI R.**, *Intelligenza Artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1772
- BIFULCO D.**, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008
- BIN R.**, *A discrezione del giudice. ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013
- *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015, 17
- BLEFARI C. R.**, *Le intercettazioni nei confronti di soggetti non indagati*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 697
- BOBBIO N.**, *Metodo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1964 (oggi in BOBBIO N., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, 81)
- *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011
- BOITANI P.**, *L'ombra di Ulisse*, Bologna, 1992
- BONZANO C.**, *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1413

— *Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 822

— *Norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in AA.VV., *Il nuovo volto della giustizia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2015, 421

BORÉ L., *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2002, 121

BORGNA P., *25 aprile e stato d'eccezione*, in *Questione giustizia*, 25 aprile 2020

BORSELLINO P., *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in AA. VV., *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza (Milano Bicocca)*, Milano, 2012, 141

BOURDIEU P., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico* (1986), Roma, 2017

BOVE V., *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 luglio 2015

BRAY C., *Le Sezioni unite stabiliscono in 2 kg di principio attivo il valore oltre cui è integrata l'aggravante dell'ingente quantità di droghe 'leggere'. Law in action o vulnus alla riserva di legge?*, in www.sistemapenale.it, 20 maggio 2020

BREGGIA L., *La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 15

BRICCHETTI R., *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto di impugnazione*, in www.sistemapenale.it, 16 dicembre 2019

— *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, 261

— *Sentenza e atto di impugnazione (contenuto e motivi)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 6, 191

BROKKEN J., *Il giardino dei Cosacchi*, (trad. it.) C. COZZI – C. DI PALERMO, Milano, 2016

BRUNELLO M. – ZAGREBELSKY G., *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016

BÜLOW O., *Legge e ufficio del giudice* (1885), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, 199

BULYGIN E., *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 309

BURCHARD C., *Strafverfassungrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in AA.VV., *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, (a cura di) K. TIEDEMANN – U. SIEBER – H. SATZGER – C. BURCHARD – D. BRODOWSKI, Baden-Baden, 2016, 27

— *From Open Normativity to Normative Openness: Addressing the Elephant in the Room, That Is, the Fact of Justificatory Pluralism in International Criminal Justice*, in AA.VV., *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*, (a cura di) M. BERGSMO – E. J. BUIS, Brussels, 2019, 1 (<https://www.legal-tools.org/doc/21656b/>)

— *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1908

CABIALE A., *Verso un appello “convenzionalmente orientato”: necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Diritto penale e processo*, 2014, suppl. *Speciale CEDU e ordinamento interno*, (a cura di) M. GIALUZ – A. MARANDOLA, 48

CACCIARI M. – IRTI N., *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019

CACCIARI M., *Il lavoro dello spirito*, Milano, 2020

— *La mente inquieta. Saggio sull'Umanesimo*, Torino, 2019

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999

— *Interpretazione e precedente da Beccaria ai giorni nostri*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 65

CAIANIELLO M., *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo la l. 16 parile 2015, n. 47*, in *Cassazione penale*, 2017, 1678

CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato (1935-1956/9)*, Firenze, 2014

— *Il processo come giuoco*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, 485

— *La genesi logica della sentenza civile (1914)*, in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019 (liberamente consultabile in www.fondazionecalamandrei.it/opere-giuridiche-piero-calamandrei/), 11

— *Non c'è libertà senza legalità*, Bari-Roma, 2013

— *Processo e democrazia (1954)*, in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019 (liberamente consultabile in www.fondazionecalamandrei.it/opere-giuridiche-piero-calamandrei/), 618

CALAVITA O., *L'odissea del Trojan Horse. Tra potenzialità tecniche e lacune normative*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11, 45

CALDERÓN DE LA BARCA P., *L'alcalde di Zalamea (1636)*, (trad. it.) L. FONTANA, , Torino, 1989

CALLARI F., *Le dinamiche probatorie ex officio del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 1077

CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione (1937)*, Padova, 1964

CALZOLAIO E., *La Corte di cassazione francese abbandona gli attendus que: verso un nuovo "stile delle sentenze"?*, in *Foro italiano*, 2019, V, 315

CAMALDO L., *La pubblicazione degli atti tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano, 2012

CAMERA G., *Patteggiamento, accordo più forte sulle confische*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 ottobre 2020

CAMON A. – CESARI C. – DANIELE M. – DI BITONTO M. L. – NEGRI D. – PAULESU P. P., *Fondamenti di Procedura penale*, Milano, 2019

CAMPANALE A. M., “Hai ragione anche tu, gli disse il giudice”. *L’interpretazione tra complessità e certezza del diritto*, in AA. VV., *Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 103

— *La decisione tra certezza e giustizia*, in *Archivio penale*, 2018, 3

CANALE D. – TUZET G., *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020

— *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 149

CANESCHI G., *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 821

CANZIO G., *Alle radici dell’errore giudiziario: “Heuristics and Biases”*, in AA. VV., *L’errore giudiziario*, (a cura di) L. LUPÁRIA, Milano, 2021, 81

— *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 425

— *Dire il diritto nel XXI° secolo: motivazione, linguaggio, stile*, in www.discrimen.it, 6 aprile 2020

— *Il dialogo fra le Corti e le prassi applicative*, in *Ars interpretandi*, 2020, 85

— *Il dubbio e la legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2018

— *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2021

— *Intervento*, in AA. VV., *Trascrizione degli interventi – Tavola rotonda: La motivazione dei provvedimenti giudiziari* (incontro di studio), Firenze, 8 maggio 2017, 12

— *La “Dike” degli antichi e la “Giustizia” dei moderni: “Edipo Re” e “Antigone”*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 aprile 2018

— *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in www.discrimen.it, 16 marzo 2020

— *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, (a cura di) G. CANZIO – L. LUPÁRIA, Padova, 2017, 3

— *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2017

- *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, 305
- *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 1193
- *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1537

CAPASSO V., *La motivation enrichie: controtendenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 532

CAPONE A., *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 288

- *Diritto alla prova e obbligo di motivazione*, in *L'indice penale*, 2002, 23
- *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 1007
- *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ottobre 2018
- *La motivazione della sentenza*, in AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) L. GIULIANI – R. ORLANDI, Torino, 2018, 297

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984

CAPPELLINI A., *Chirurgia inutile per denaro con morte del paziente: dolo o preterintenzione?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 2484

- *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2015

CAPITTA A. M., *Revoca della misura alternativa e detenzione domiciliare per la cura dei minori: la Consulta rimuove l'automatismo ma continua a imporre la regola di giudizio*, in *Archivio penale*, 2019, 2

CAPRIOLI F., *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *L'indice penale*, 2017, 967

- *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 51

- *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 2008, 3520
- *Riprese visive nel domicilio e intercettazione “per immagini”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 2176
- *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2017, 3, 1, 317

CARBONE E., *“Candidus iudex”. Il diritto dei giudici e lo scetticismo sulle norme*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, 143

CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012

- *Opinione a confronto. “Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza”*, in *Criminalia*, 2010, 348

CARINGELLA F., *Dieci lezioni sulla giustizia. Per cittadini curiosi e perplessi*, Milano, 2017

CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, 1

CARLIZZI G., *Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, 732

- *Il diritto fra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 2009, 23
- *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in *Archivio penale*, 2016, 1
- *Iudex peritus peritorum*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 2, 28
- *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019

CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1949, 41

CAROSI A., *Dal diritto naturale di Antigone alla Corte costituzionale: il lungo percorso del giudizio di legittimità delle leggi*, in www.cortecostituzionale.it, 27 ottobre 2016

CARROLL L. (alias DODGSON C. L.), *Attraverso lo specchio e quello che Alice vi trovò (1871)*, in www.writingshome.com

CARTABIA M. – VIOLANTE L., *Giustizia e mito*, Bologna, 2018

CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it

CARUSI D., *Che farò quando tutto brucia? Una lettura politico-giuridica di António Lobo Antunes*, Pisa, 2019

CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *L'indice penale*, 2006, 557

— *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Archivio penale*, 2011, 3

CASSANO M., *Complessità degli ordinamenti e intervento giudiziario*, in AA. VV., *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria – Quaderni periodici dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 137

— *Intervento*, in AA. VV., *Trascrizione degli interventi – Tavola rotonda: La motivazione dei provvedimenti giudiziari (incontro di studio)*, Firenze, 8 maggio 2017, 6

CASSESE S., *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017

CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2012

— *Crisi della fattispecie e “nullum crimen”*, in *Ars interpretandi*, 2019, 91

— *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, 11

— *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *La legislazione penale*, 5 giugno 2017

CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, 299

— *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016

— *Sulla presunta irrilevanza del clamore mediatico intorno a vicende giudiziarie*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, 89

CATERINI M., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Politica del diritto*, 2019, 327

— *Il ruolo "politico" del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del 'diritto vivente'*, in *Politica del diritto*, 2016, 509

CAVALLA F., *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, 720

CAVALLI F., *La valutazione del linguaggio captato, tra logica e massime di esperienza*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1456

CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016

CAVINO M., *Diritto vivente*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, (a cura di) E. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, 2010, 134

CECCHI M., *Il sillogismo giudiziale: "quel che resta, quel che se ne va"*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1525

— *L'"autonoma valutazione" del giudice quale baluardo contro l'appiattimento sulla prova scientifica*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 915

— *La Corte europea torna sul testimone irreperibile e condanna l'Italia*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 961

— *La "motivazione rafforzata" del provvedimento ovvero la "forza persuasiva superiore"*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1123

— *Si fa di nuovo vivo il vecchio principio di non dispersione della prova?*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 226

— *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irreperibile*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1481

CENTOLA D. A., *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *Studia et documenta historia et iuris*, 2012, 407

CERAMI P., *Diritto al processo e diritto ad un “giusto processo”. Radici romane di una prospettiva attuale*, in *Annali del seminario giuridico*, 2005, 50, 25

CERASE M., *De Tommaso: una clava di cartapesta*, in *Cassazione penale*, 2018, 2670

CERESA GASTALDO M., *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 163

CERQUA F., *L'acquisizione della prova tecnica per l'accertamento delle fattispecie penali-fallimentari*, in *Le Società*, 2020, 1283

CERRI D., *Efficienza e comprensibilità come obiettivi deontologici del linguaggio del civilista*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 69

CERVETTI F. – SPRIANO M., *La sentenza penale del giudice di pace*, Torino, 2006

CEVOLANI G. – CRUPI V., *Come ragionano i giudici: razionalità, euristica e illusioni cognitive*, in www.discrimen.it, 22 ottobre 2018

CHARPENTIER J., *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria [o Justice 65] (1954)*, (a cura di) G. VITIELLO, Macerata, 2015

CHENAL R., *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 37

CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 265

CHIAVARIO M., *I rapporti giustizia-“media” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro italiano*, 2000, 5, 220

CHINNICI D., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009

CHIRICHELLO G., *Ottimalità della pena, principio di proporzionalità ed il sistema delle guidelines nell'approccio di teoria economia del crimine*, in *Archivio penale*, 2019, 1, 1

CICERONE M. T., *Opere di retorica. De inventione – De optimo genere oratorum – Partitiones oratoriae – Topica*, (a cura di) G. E. MANZONI, Brescia, 2019

CISTERNA A., *Nomine, pochi vincoli e conflitti: la difficile collocazione dell'Eppo*, in *Guida al diritto*, 2021, 8, 80

CLEMENTI F., *A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale". Amici curiae?*, in *www.rivistailmulino.it*, 9 marzo 2020

COLACINO N., *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 51

COLAIACOVO G., *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, (a cura di) G. SPANGHER, Torino, 2017, 351

COLSON R., *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Clermont, 2006

COLUCCI C., *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in *Criminalia*, 2017, 209

COMANDUCCI P., *L'analisi del ragionamento giuridico*, in *Diritto penale e processo*, 1995, 495

— *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 215

— *Osservazioni in margine* [a AARNIO A., *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 233

— *Osservazioni in margine* [a WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 299

— *Osservazioni in margine* [a MACCORMICK N., *La congruenza nella giustificazione giuridica*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 265

— *Su Dworkin* [a margine dello scritto di DWORKIN R., *La politica dei giudici e il principio di legalità*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 395

— *Su Taruffo* [a margine dello scritto di TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 345

CONDORELLI M. – PRESSACCO L., *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 112

CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2020

CONTE A. G., *Duplex sigillum veri*, in AA.VV., *La contraddizione che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, (a cura di) F. PUPPO, Milano, 2010, 63

CONTE G., *Il linguaggio della difesa civile*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 35

CONTI C., *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, (a cura di) A. SCALFATI, Milano, 2006, 87

— *Annulamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cassazione penale*, 2013, 485

— *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive*, (a cura di) S. LORUSSO, Torino, 2020, 211

— *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001, 627

- *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 829
 - *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 781
 - *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003
 - *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in www.sistemapenale.it, 9 febbraio 2021
 - *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 78
 - *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 197
 - *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 1213
 - *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova (I): Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 592
- CONTI C. – ROSSI C.**, *Metodiche sperimentali e motivazione rafforzata: il processualista interroga lo scienziato*, in *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, (a cura di) A. NATALINI, Milano, 2018, 189
- CONTI C.**, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cassazione penale*, 2008, 1651
- *Ragionevole dubbio e 'scienza delle prove': la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, in *Archivio penale*, 2012, 2
 - *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 848
- CONTI C. – BONZANO C.**, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, in AA.VV., *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, (a cura di) A. AMATO – G. FLORA – C. VALBONESI, 2019, Torino, 11
- CONTI C.**, *Sicurezza e riservatezza*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1572
- CONTI G. L.**, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 77 ss.

CONTINI F. – VIAPIANA F., *Quanto costa la giustizia? I tribunali italiani tra efficacia ed efficienza*, in www.questionegiustizia.it, 17 febbraio 2020

COPPI F., *Il linguaggio della difesa penale*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 107

COPPOLA F., *Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1637

— *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" del confronto con il Sentencing System inglese*, in *Archivio penale*, 2018, 3, 1

CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari-Roma, 1986

— *Giudizio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1961, 881

— *Legalità penale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990

— *Procedura penale*, Milano, 2012

— *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, 1981

— *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, 19

— *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963

CORNU G., *La sentenza in Francia*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 375

CORSO G., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001, 774

COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, 1995, 1, 1

— *I "padroni della legge". Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, 14

— *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1

COSTANZO A., *Bi-logica e giudizio*, in AA. VV., *L'operazione decisoria da emanazione divina a prova scientifica. Passando per Rabelais*, (a cura di) L. DE CATALDO NEUBERGER, Padova, 2014, 251

— *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 2019, 1, 120

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, 195

CRUGNOLA C. R. – SCAPARRO F., *Decisione e giustificazione*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 245

CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 151

— *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012

D'AMBROSIO M., *Art. 546 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (coordinato da) M. CHIAVARIO, Torino, 1991, 585

D'AGOSTINO L., *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 354

D'AMICO G., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, 2019, 49

DACQUÌ G., *La sentenza e le variabili indipendenti*, in AA. VV., *L'operazione decisoria da emanazione divina a prova scientifica. Passando per Rabelais*, (a cura di) L. DE CATALDO NEUBERGER, Padova, 2014, 41

DAL CANTO F., *Il giudizio in via principale nella novella delle norme integrative del gennaio 2020*, in *Consulta online*, 2020, 2, 323

DAL LAGO A., *Leggi oscure, cose che svaniscono. Note su ermeneutica e scienze umane*, in *Aut Aut*, 1987, 217-218, 225

DALIA G., *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Milano, 2018

— *Processo penale e informazione giudiziaria*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Milano, 2018, 575

DAMOSSO F. M., *La massima come fonte nel sistema del precedente*, in *Cassazione penale*, 2020, 1708

DANIELE M., *Le “ragionevoli deroghe” all’oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l’arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 1543

— *Rinnovazione orale delle prove dichiarative e motivazione rafforzata: un binomio epistemico*, in www.discrimen.it, 3 febbraio 2021

DANZIGER S – LEVAV J. – AVNAIM-PESSO L., *Extraneous factors in judicial decisions*, in *PNAS*, 2011, 108 (17), 6889

DANTE A., *(Divina) Commedia*

DAUCHY S. – DEMARS-SION V., *La non-motivation des décisions judiciaires dans l’ancien droit : principe ou usage?*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, 171

DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2017

DE CARO A., *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, X, (a cura di) A. GAITO – B. ROMANO – M. RONCO – G. SPANGHER, Torino, 2018, 333

— *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 293

DE CATALDO G., *La sentenza come testo*, in *Breviario per una buona scrittura. Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali* (D.M. 18 settembre 2017 e D.M. 3 gennaio 2018) – Ministero della Giustizia, 16 febbraio 2018

DE FARIA COSTA J. – DE OLIVEIRA MOURA B., *L'interpretazione nel diritto penale: un multi verso*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 213

DE FELICE M., *Su probabilità, "precedente" e calcolabilità giuridica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 1546

DE FRANCESCO G., *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 1405

DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *La Scuola positiva*, 1965, 30

DE LUCA G. B., *Lo stile legale (1764)*, Bologna, 2010

DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 105

DE ONATE L., *La certezza del diritto*, Milano, 1968

DE SOUSA SANTOS B., *Toward a new Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995

DEL COCO R., *L'utilizzo probatorio dei dati whatsapp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, in *Processo penale e giustizia*, 2013, 3, 532

DELL'ANNA M. V., *Fra attori e convenuti. Lingua dell'avvocato e lingua del giudice nel processo civile*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 83

— *Il linguaggio della legge*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 149

— *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Firenze, 2017

DELL'ANNO P., *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, 3, 522

DELL'ANNO P. – ZAMPAGLIONE A., *Prima condanna in appello tra riforma Orlando e recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 539

DELL'ANNO P., *Vizi di motivazione e controllo della Cassazione penale*, Padova, 2015

DELLA MONICA G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme* (1986), (trad. it.) A. BERNARDI, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992

DEMPSEY J. – TENINBAUM G., *May it Please the Bot*, in *MIT Computational Law Report* (<https://law.mit.edu/pub/mayitpleasethebot>), 14 agosto 2020

DENTI V., *Art. 111*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, IV (artt. 111-113), (a cura di) G. BRANCA, Bologna, 1987

DESHOWITZ A. M., *Il demone dell'avvocato* (1994), (trad. it.) R. RAMBELLI, Milano, 1995

DEUMIER P., *Motivtion des arrêts de la Cour de cassation: conférence du professeur Deumier. Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, 14 settembre 2015, in https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8180/motivation_arrets_7856/cour_cassation_32582.html

DI BITONTO M. L., *Giudici e bugie*, in *Cassazione penale*, 2018, 4062

DI CHIARA G., *Mutamento del collegio e rinnovazione del dibattimento*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 929

— *L'art. 507 c.p.p. e i poteri integrativi del giudice in punto di prova*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 405

DI DONATO F., *La riforma e le pignatte. Dalla mediazione patriarcale alla demotivazione delle sentenze. Diritto e politica nella Napoli del Settecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 3

DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, 11

— *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 267

— *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 951

— *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006

— *Opinione a confronto. "Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza"*, in *Criminalia*, 2010, 355

DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91

DI PAOLO G., *L'art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione "in fatto" della sentenza penale?*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2017, 241

DI ROBILANT E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968

DIDDI A., *Art. 546 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di) GIARDA A. – SPANGHER G., Milano, 2017, 2745

DINACCI F. R., *L'obbligo di motivazione come antidoto ad expansionismi interpretativi in tema di inammissibilità delle impugnazioni*, in *Archivio penale*, 2020, 1

— *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cassazione penale*, 2007, 3505

— *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *Archivio penale*, 2019, 3

DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011

— *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 3, 13

— *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014

— *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in www.sistemapenale.it, 20 dicembre 2019

— *Populismo penale e ruolo del giurista*, in www.sistemapenale.it, 7 settembre 2020

DOSTOEVSKIJ F. M., *Delitto e castigo* (1866), (a cura di) S. PRINA, Milano, 2012

— *I fratelli Karamazov* (1880), (trad. it.) M. R. FASANELLI, Milano, 1999

— *L'idiota* (1869), (ed. Rusconi), Rimini, 2018

— *Memorie dal sottosuolo* (1864), (a cura di) I. SIBALDI, Milano, 2016

DUBOUCHET P., *Sémiotique juridique. Introduction à une science du Droit*, Parigi, 1990

DUMAS A., *Il conte di Montecristo* (1846), (trad. it.) G. PANFILI, Milano, 2012

DURKHEIM E., *Il dualismo della natura umana e le sue condizioni sociali* (1914), (a cura di) G. PAOLETTI, Pisa, 2009

DWORKIN R., *La politica dei giudici e il principio di legalità*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 355

— *I diritti presi sul serio* (1977), (trad. it.) G. REBUFFA, Bologna, 1982

ECO U., *Ci sono delle cose che non si possono dire*, in *Alfabeta2*, 16 marzo 2012

EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2013

— *Riflessione teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 3-4, 26

ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (trad. it) S. PATTI–G. ZACCARIA, Napoli, 1983

ESPOSITO A., *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Archivio penale*, 2018, 3

EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, 154

FALATO F., *L'inferenza generata dai sistemi esperti e dalle reti neurali nella logica giudiziale*, in *Archivio penale*, 2020, 2

FALLONE A., *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale*, in *Cassazione penale*, 2015, 820

FALORNI F., *Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 67

FARALLI C., *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 531

FELICIONI P., *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, Milano, 2018

— *Le fattispecie "atipiche" e l'impiego processuale*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, 303

FEMIA P., *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars interpretandi*, 2020, 2, 93

FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario. In difesa del positivismo giuridico*, Modena, 2018

— *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000

— *Giurisdizione e consenso*, in *Questione giustizia*, 2009, 4

— *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, 79

FERRARELLA L., *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 4

FERRARESE M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002

— *Magistratura e diritti: virtù passive e Stato attivo*, in *Democrazia e diritto*, 1997, 37, 111

FERRARI V., *Prima lezione di sociologia del diritto*, Bari-Roma, 2010

FERRARIS M., *Il colore dei soldi*, in J. R. SEARLE – M. FERRARIS., *Il denaro e i suoi inganni*, Torino, 2018

— *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, (a cura di) J. DERIDDA – G. VATTIMO, Bari-Roma, 1998, 129

FERRUA P., *Carenze ed eccessi di garanzia nei diritti di difesa dell'imputato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 540

— *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 342

— *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P. – GRIFANTINI F. M. – ILLUMINATI G. – ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 295

— *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 5

— *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, 1065

— *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio penale*, 2019, 2

— *Le sentenze 'Taricco': brevi riflessioni sui giudici-legislatori*, in *Cassazione penale*, 2018, 1844

— *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981

— *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2017, 725

— *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 1265

— *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992

— *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, 587

FETERIS E. T., *A dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2000, 115

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79

— *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008

— *Il peso della giustizia ingiusta*, in *Il Foglio*, 21 gennaio 2020

— *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1247

— *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95

FIASCHI A., *La motivazione del sequestro del corpo del reato tra vecchi dicta della Cassazione e nuova funzione nomofilattica delle Sezioni unite*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 228

FIDELBO G., *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 gennaio 2018

FILANGIERI G., *Riflessioni politiche: su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia (1774)*, Napoli, 1982

FILIPPI L., *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in www.penaledp.it, 8 maggio 2020

— *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Archivio penale*, 2016, 348

— *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa "Watchdog" della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione di innocenza e privacy*, in *Cassazione penale*, 2008, 813

FINOCCHIARO S., *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2020

FIORAVANTI M., *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Bari-Roma, 2020

FIorentin F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 504

— *Sui profili di pericolosità del reo necessario un identikit definito*, in *Guida al diritto*, 2020, 22, 58

FLICK G. M., *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cassazione penale*, 2019, 2401

FLORA G., *Poteri del giudice europeo e disarticolazione degli assetti istituzionali degli Stati membri*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 167

FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, 659

FORZA A. – MENEGON G. – RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017

FORZATI F., *Il congedo dell'ultima ratio fra sistema sanzionatorio multilivello e penale totale: verso la pena come unica ratio?*, in *Archivio penale*, 2020, 1

FOSCHINI G., *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, 300

FOUCAULT M., *Microfisica del potere*, (trad. it.) P. PASQUINO – G. PROCACCI, Torino, 1977

FRANK J., *Law and the Modern Mind* (1930), New York, 1963

FRASSINETTI A., *Il contenuto "minimo" per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 668

FROSALI R. A., *Motivazioni implicite o presunte. Le circostanze, nei rapporti con gli elementi costituiti del reato e nella loro applicazione di ufficio*, in *La Scuola Positiva. Rivista di diritto e procedura penale*, 1938, XVIII, 261

FURFARO S., *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 83

GADAMER H. G., *Testo e interpretazione*, in *Aut Aut*, 1987, 217-218, 29

— *Verità e metodo. Tratti fondamentali di una ermeneutica filosofica* (1960), (trad. it. – ed. 1986) G. VATTIMO, Milano, 2019

GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012, 1

GAITO A., *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, in *Archivio penale*, 2015, 3

GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cassazione penale*, 1999, 1989

— *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 aprile 2018

GALLIANI D., *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta online*, 2018, 138

GALLO M., *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016

GAMBARO A., *Il linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*, Roma, 16 giugno 2016, in <http://www.europeanrights.eu/public/comments/Bronzini14-Gambaro.pdf>

GARAPON A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire* (2001), (trad. it.) D. BIFULCO, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007

— *La République pénalisée* (1996), (trad. it.) S. SINIBALDI, *La Repubblica penale*, Macerata, 1997

GARCÍA AMADO J. A., *Tópica, derecho y método jurídico*, in *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1987, 161

- GARGANI A.**, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in *Studi senesi*, 2017, 59
- *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *La legislazione penale*, 2013, 839
- *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99
- GARUTI G.**, *La specificità dei motivi di appello*, in *Archivio penale*, 2018, 3
- GAZZOLO T.**, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, 2019
- GIALUZ M.**, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2019
- GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J.**, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 173
- GIANFORMAGGIO L.**, *Logica e argomentazione nell’interpretazione giuridica ovvero i giuristi presi sul serio*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, (a cura di) E. DICIOTTI – V. VELLUZZI, Torino, 2008
- *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986
- GIANNINI M. S.**, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, 257
- GIORDANO L.**, *Autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela: ancora disorientamenti di giurisprudenza?*, in www.ilpenalista.it, 7 gennaio 2019
- *Dopo le Sezioni unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 marzo 2017
- *Meccanismi complessi non senza pericoli per il diritto di difesa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 1744
- *Sull’annullamento dell’ordinanza cautelare priva dell’autonoma valutazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2015

GIOSTRA G., *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Distretto di Ancona*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 gennaio 2014

— *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020

— *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 57

GIRARD R., *Dostoevskij: dal doppio all'unità* (1953), (trad. it.) R. ROSSI, Milano, 2005

— *La violenza e il sacro* (1972), (trad. it.) O. FATICA – E. CZERKL, Milano, 1980

GISONDI G., *Vico e il problema del metodo tra sperimentalismo e retorica*, in *Laboratorio dell'ISPF*, 2016, 10

GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961

GIULIANI L., *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del Tribunale della libertà (alle soglie di una 'storica' riforma?)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 354

GIUNCHEDI F., *Loquacità, moniti, silenzi e ripensamenti nella dialettica tra le Corti*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 15

— *I poteri istruttori del giudice*, in *Archivio penale*, 2014, 2

GIUNTA F., *Addio Beccaria?*, in *La giustizia penale*, 2014, 248

— *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Studi senesi*, 2013, 23

— *"Dimmi che giudice hai, ti dirò che diritto avrai". La riscoperta di un'ovvietà?*, in AA.VV., *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 111

— *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in www.discrimen.it, 26 marzo 2020

— *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019

— *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in www.discrimen.it, 12 novembre 2020

- *L'abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo). Leggendo Natalino Irti, Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto, Il Mulino, 2020, in www.discrimen.it, 11 gennaio 2021*
- *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1998, 414*
- *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione, in La giustizia penale, 2011, 259*
- *Legalità penale e poteri del processo, in AA.VV., Legge e potere nel processo penale, Padova, 2017, 21*
- *Nota introduttiva. "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale", in Criminalia, 2016, 157*
- *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni, in www.discrimen.it, 5 febbraio 2020*

GIUNTI D., *Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di cassazione conferma le proprie posizioni, in Diritto penale contemporaneo, 2018, 3, 79*

- *Il giurista e la comunicazione, in Questione giustizia, 2018, 4, 255*

GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18^e siècle, in AA.VV., La motivation des décisions de justice, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 37*

GORI G., *Lost in Translation. I rischi per diritto e diritti nella transizione verso una società data-driven, in AA. VV., Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale, (a cura di) S. DORIGO, Pisa, 2020, 265*

GORLA G., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella Common Law: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui "Reports" e sul "Dissenting", in Giurisprudenza italiana, 1985, 1239*

GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati, Roma, 1968*

GORSUCH N., *Di leoni e di orsi, di giudici e di legislatori, in Istituto Bruno Leoni – Occasional Paper (<http://www.brunoleoni.it/di-leoni-e-di-orsi-di-giudici-e-di-legislatori>), 27 aprile 2020*

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010

GRECO D., *La formazione culturale del giudice*, in AA. VV., *Magistrati o funzionari?*, (a cura di) G. MARANINI, Milano, 1962, 562

GRIFFO M., *Sono inutilizzabili i dati intercettati a mezzo di captatore informatico al di fuori dei luoghi consentiti*, in *Sistema penale*, 2020, 10, 127

GRISOLIA M. C., *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1, 5

GROPPI T., *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *www.lavoce.info*, 17 gennaio 2020

GRÖSCHNER R., *“Justizsyllogismus? Jurisprudenz!”*, in AA. VV., *Die Sprache des Rechts. Studien der Interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, II – Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, (a cura di) K. D. LERCH, Berlin, 2005, 203

GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018

— *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017

— *L’invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, 831

— *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007

— *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020

GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125

GROSSO S., *Il giudizio di prevedibilità dell’evento e l’incidenza dell’hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, 583

GUARNIERI C. – PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997

GUERINI I., *L'iniziativa probatoria del giudice nel processo penale accusatorio: la Cassazione definisce i limiti all'esercizio del "potere di completamento istruttorio" di cui all'art. 507 c.p.p.*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 1, 50

GUERNELLI M., *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, 485

GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011

— *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995

— *Genaro Carriò e la trama aperta del diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 153

— *Hans Kelsen sull'interpretazione*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 121

— *Legalità*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 137

— *Michel Troper e l'interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 249

— *Osservazioni in margine* [a AARNIO A. – ALEXY R. – PECZENIK A., *I fondamenti del ragionamento giuridico*], in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 189

— *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017

GÜNTHER K., *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, (trad. it.) L. CEPPA, Torino, 2010

HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), (trad. it.) L. CEPPA, Bari-Roma, 2013

HAN B., *L'espulsione dell'Altro*, (trad. it.) V. TAMARO, Milano, 2017

— *La scomparsa dei riti. Una topologia del presente*, (trad. it.) S. BUTTAZZI, Milano, 2021

— *La società della trasparenza*, (trad. it.) F. BUONGIORNO, Milano, 2014

— *Topologia della violenza*, (trad. it.) S. BUTTAZZI, Milano, 2020

- HARARI Y. N.**, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, (trad. it.) M. PIANI, Milano, 2017
- HART H. L. A.**, *Il concetto di diritto* (1961), (a cura di) M. A. CATTANEO, Torino, 2002
- HASSEMER W.**, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 73
- HEGEL G. W. F.**, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio* (1820), (trad. it.) B. HENRY, Bari-Roma, 2010
- *Scienza della logica* (1812/1816-1831), (trad. it.) G. CASTEGNARO – P. GIUSPOLI – F. ORSINI, Padova, 2018
- HESSE H.**, *Siddharta* (1969), (trad. it.) M. MILA, Milano, 2018
- HIRSCH G.**, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, 107
- HIRSCHL R.**, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new Constitutionalism*, Harvard, 2007
- HOBBS T.**, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), (trad. it.) A. LUPOLI – M. V. PREDAVAL – R. REBECCHI, Bari-Roma, 2010
- HOFMANN A.**, *Percezioni di realtà*, (trad. it.) R. FEDELI, Viterbo, 1993
- HOFMANN H.**, *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della Costituzione*, Modena, 2013
- HOLMES O. W.**, *The Path of the Law* (1897), Massachusetts, 2006
- HOLOCHER J.**, *Juristische Topik. Erfindungs- und Begründungsperspektive*, Kraków, 2010
- HORN N.**, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 2016
- HRUSCHKA J.**, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), (trad. it.) G. CARLIZZI, Bologna, 2009

(VON) HUMBOLDT W., *La diversità delle lingue* (1836), (trad. it.) D. DI CESARE, Bari-Roma, 2000

HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 69

IACOVIELLO F. M., *Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 349

— *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2011, 794

— *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013

— *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2000, 750

— *Scelta decisionale "giusta" e motivazione insufficiente: gli incerti poteri del giudice di legittimità*, in *Cassazione penale*, 1994, 145

IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1431

IANNUZZI A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020, 2, 13

IASEVOLI C., *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *Archivio penale*, 2018, 3

— *La nomofilachia 'creatrice' in tema di videoriprese*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, 285

— *Motivazione e filtri di ammissibilità*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 446

INSOLERA G., *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco – Quaderni periodici dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 139

— *Il contesto e l'interpretazione della legge penale nell'epoca dei giudici: il ruolo delle giurisdizioni europee*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 119

— *Il giudice e la cultura del limite. Il limite della legge*, in www.parolaalladifesa.it, 2017, 245

— *Una discesa nel Maelström*, in www.discrimen.it, 20 settembre 2018

IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 5, 987

— *Del salire in politica*, Torino, 2014

— *Idola liberatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985

— *I 'cancelli delle parole'. Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015

— *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007

— *Il tessitore di Goethe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 1177

— *In cammino verso la domanda*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 3, 225

— *L'età della decodificazione*, Milano, 1989

— *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, 147

— *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, 11

— *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, 5, 3

— *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 917

— *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 1, 11

— *"Verità effettuale" e politeismo giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 6, 647

JACOBS F. G., *The Sovereignty of Law. The European Way*, Cambridge, 2007

(VON) JHERING R., *La lotta per il diritto (1872)*, Bari-Roma, 1960

JORI M., *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 211

— *Pragmatica giuridica*, Modena, 2016

KAFKA F., *Il processo (1925)*, (trad. it.) C. MORENA, Milano, 2017

KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica (1965)*, (a cura di) M. CORSALE, Milano, 1971

- KANT I.**, *Per la pace perpetua* (1795), (a cura di) L. T. FERENTE, Milano, 2010
- KELSEN H.**, *Diritto e logica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 65
- KIRBY M.**, *Judicial Activism. Authority, principle and policy in the judicial method*, Londra, 2004
- KOSTORIS R. E.**, *Giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1997, 1
- KÖTZ H.**, *La sentenza in Europa*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 361
- KREUZBAUER G.**, *Topics in Contemporary Legal Argumentation: some remarks on the Topical Nature of Legal Argumentation in the Continental Law Tradition*, in *Informal Logic*, 2008, 28, 1, 71
- KRIELE M.**, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979
— *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976
- KUHN T. S.**, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), (trad. it.) A. CARUGO, Torino, 2009
- LA ROCCA E. N.**, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *Archivio penale*, 2015, 2
- LA TORRE M.**, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, 153
— *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, 2012
- LAMARQUE E.**, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015, 91
— *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 1844

LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, 115

LANZA L., *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011, 365

— *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare* – incontro di studio sul tema “La motivazione della sentenza penale (CSM – IX Commissione), Roma, 14-16 settembre 2009

(<http://www.masterscienzecriminologiche.it/news/CSM%20La%20motivazione%20nella%20Sentenza%20penale.%20Decidere,%20scrivere,%20argomentare%20e%20CNV.pdf>)

LANZA P., *Nullità delle sentenze fondate su motivazioni erranee*, in *Giustizia penale*, 1909, 546

LARICCHIA M. D., *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 985

LATTANZI G., *Il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale*, in www.sistemapenale.it, 28 febbraio 2020

LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1975

LECIS A. M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae ed esperti dalla porta principale*, in www.diritticomparati.it, 23 gennaio 2020

LEGNINI G. – PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, 2019

LENTANO M., *Il re che parlava alle ninfe. Miti e storie di Numa Pompilio*, Pisa, 2019

— *Nomen*, Bologna, 2018

LEO G., *Il giudizio di appello contro le sentenze assolutorie di primo grado*, in *Corriere del merito*, 2006, 116

— *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, 161

LEVI P., *Dello scrivere oscuro*, in *La Stampa*, 11 dicembre 1976

LEROY J., *La force du principe ed motivation*, in AA.VV., *La motivation*, (Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Nationales – Limoges, 1998) III, Paris, 2000, 35

LINDGREN J. – LIUKKONEN J., *The Heisenberg Uncertainty Principle as an Endogenous Equilibrium Property of Stochastic Optimal Control Systems in Quantum mechanics*, in *Symmetry*, 2020, 12, 1533

LOCKE J., *Due trattati sul governo e altri scritti politici* (1690), (a cura di) L. PAREYSON, Torino, 2010

LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967

LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012

LORENZETTO E., *Reformatio in melius. Per le Sezioni unite la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale non è obbligatoria*, www.ilpenalista.it, 25 giugno 2018

— *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 Cedu.): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016

LORUSSO S., *Indagini preliminari, danno da esposizione mediatica e tempi ragionevoli: fattispecie e rimedi*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, (a cura di) G. SPANGHER, Torino, 2017, 137

— *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2015

— *Ipertrofia normativa e declino del sistema processuale*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 285

— *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2018

LOUVEL B., *Ouverture des travaux de la commission de réflexion sur la motivation*, 14 settembre 2015, in

https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/commission_reflexion_32508.html

LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2016, 391

— *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2018, 872

— *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020, 2, 402

LUDOVICI L., *Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all'imputazione*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, (a cura di) G. SPANGHER Torino, 2017, 341

— *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. riforma Orlando*, in in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, (a cura di) G. M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO, Padova, 2017, 427

LUMINATI M., *Giudici-legislatori, alla maniera elvetica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2011, 303

LUPO E. – AMODIO E., *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, in *Giustizia insieme*, 2009, 2-3, 75

LUPO E., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cassazione penale*, 2020, 911

LUZZATI C., *Il superamento pragmatico dell'opposizione tra regole e principi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 135

— *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990

— *Significato liquido?*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, (a cura di) B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ, Milano, 2012, 21

LYONS D., *Justification and easy cases*, in AA.VV., *Conditions of validity and cognition in modern legal thought*, (a cura di) N. MACCORMICK – S. PANOU – L. L. VALLAURI, Stuttgart, 1985, 162

LYOTARD J. F., *La condizione postmoderna* (1979), (trad. it.), C. FORMENTI, Milano, 2018

- MACCHIA A.**, *Il percorso logico-giuridico del giudice*, in *Cassazione penale*, 2016, 3989
- MACCHIA A. – GAETA P.**, *L'ordinanza cautelare e il suo controllo in Cassazione*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 1161
- MACCORMICK N.**, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 243
- MACCORMICK N. – O. WEINBERGER**, *Il diritto come istituzione*, (a cura di) M. LA TORRE, Milano, 1990
- MAFFEO V.**, *La motivazione della sentenza. Art. 1, co. 52 L. n. 103 del 2017*, in *Archivio penale*, 22 maggio 2018
- MAGGIO P.**, *I poteri istruttori del giudice penale tra interpretazioni consolidate e nuovi limiti dettati dal principio della “parità delle armi”*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 6, 139
- MAIELLO N. M.**, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cassazione penale*, 2020, 2755
- *Sulla discontinuità normativa tra la millanteria corruttiva e il traffico di influenze illecite*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1501
- MAIELLO V.**, *Cultura penale dei giudici e dialogo tra le Corti*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 137
- *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 107
- *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 129
- *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 777

MALAGNINO F., *Così lontano, così vicino: garanzie difensive ai tempi del coronavirus*, in www.giurisprudenzapenale.it, 26 marzo 2020

MALDONATO L., *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 401

MALINVERNI A., *Studi sul processo penale*, Torino, 1983

MANN T., *La montagna incantata* (1924), (trad. it.) E. POCAR, Milano, 2012, 492

MANNA A., *Considerazioni introduttive su: “Il principio di legalità tra legislatore e giudice”*, in *Archivio penale (web)*, 2020, 1

— *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017

MANCUSO F., *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, 1999

MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018

— *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, 86

— *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012

— *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cassazione penale*, 2014, 1918

— *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in www.discrimen.it, 15 maggio 2020

— *La “vittima” del “processo mediatico: misure di carattere rimediabile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 129

MANGIARACINA A., *“L'eterno ritorno”*: vacilla l'autonoma valutazione in sede cautelare, in *Processo penale e giustizia*, 2019, 2, 517

MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2012, 837

MANTOVANI D., *La lingua del diritto: un programma di ricerca e di insegnamento*, in AA. VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, Roma, 14 aprile 2016, 23

MANTOVANI F., *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in www.discrimen.it, 17 luglio 2018

— *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 1201

MARAFIOTI D., *A passo di giudice. Democrazia e “rivoluzione giudiziaria”*, Napoli, 1994

MARANDOLA A., *Ambiti e limiti dell'autonoma valutazione del giudice cautelare*, in *Cassazione penale*, 2017, 1664

— *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione e la sua inammissibilità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2284

— *L'appello riformato*, Padova, 2020

— *Ricostruzione “alternativa” del fatto e test di ragionevolezza del “dubbio” in appello*, in *Archivio penale*, 2012, 1

MARCHESE V., *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, in *Archivio penale*, 2013, 1035

MARCHESIELLO M., *Il linguaggio della legge*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 133

MARCO AURELIO, *A se stesso* (180 [?]), IV, 3, (trad. it.) E. V. MALTESE, *Pensieri*, Milano, 2016

MARIANI MARINI A., *Leggere per ragionare, per scrivere, per parlare*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 27

MARINARI M., *La motivazione della sentenza ed il confronto con la giurisprudenza inglese tra requisiti sostanziali e struttura formale*, in *Corriere giuridico*, 2006, 1167

MARINELLI F., *Il diritto altrove. Itinerari giuridici tra letteratura, arte e religione*, Pisa, 2019

MARINELLI V., *I dadi del giudice Bridoye*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 529

MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 1254

MARTIELLO G., *Dalla crisi della legalità "democratica" alla nuova legalità "convenzionale": un processo sempre vantaggioso per le garanzie individuali?*, in www.discrimen.it, 26 marzo 2020

MASCIOTTA C., *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1, 193

MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964

— *Motivazione della sentenza (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, 1

MAZZA O., *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in www.archiviopenale.it, 14 maggio 2018

— *Contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia del diritto*, Roma, 2014, 247

— *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, 112

— *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Archivio penale*, 2019, 2

— *Tradimenti di un codice*, in *Archivio penale*, 2019, 3

MAZZACUVA F., *Nomofilachia, legalità e giustizia penale*, in *L'indice penale*, 2018, 288

MAZZACUVA F., *La Corte europea ritorna sul "principio di prevedibilità" del diritto penale tra irretroattività, retroattività della lex mitior e prééminence du droit*, in www.sistemapenale.it, 20 febbraio 2020

— *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013

MAZZACUVA N., *Opinione a confronto. “Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza”*, in *Criminalia*, 2010, 367

MAZZANTI E., *Il perimetro del diritto penale degli stupefacenti nelle recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1099

— *Eternal Sunshine of the Spotless Crime. Informazione e oblio nell’epoca dei processi su internet*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 212

MAZZANTINI E., *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti “generali” agli indicatori “di settore”*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 1143

MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996

MEGALE F., *Lo stile delle sentenze francesi e angloamericane. Analisi delle variabili e strategie di traduzione*, in *inTRAlinea* (<http://www.intralinea.org/archive/article/1802>), 2011, 1

MENEGHELLO B., *Una proposta concreta per la giustizia. Abolire la motivazione delle sentenze* (1969), www.dirittopenaleeuomo.org, 22 gennaio 2020

MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996

MENNA M., *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 1545

— *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000

MICHELETTI D., *Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 161

MICHELI G., *I limiti dell’autonoma valutazione nelle ordinanze de libertate*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 234

MILETTI M. N., *Stylus judicandi. Le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998

MINICUCCI G., *Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 745

— *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in www.discrimen.it, 17 marzo 2020

— *La “duttilità” del dolo eventuale: tra oggettivazione, stereotipi sociali e processualizzazione. Brevi riflessioni sul ruolo della scienza sociale e sul suo dialogo con la giurisprudenza*, in ius17@unibo.it, 2015, 1, 179

MINNELLA C., *Equo processo, obbligo di motivazione come argine all’inammissibilità del ricorso in cassazione*, in *Guida al diritto*, 2020, 22, 110

MITIDIERO D., *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, in *Revista de Processo*, 2015, 245, 345

MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 1720

MOLE M., *Sentenza (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, 3

MOLINARI F. M., *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cassazione penale*, 2012, 696

MONACO M. M., *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in Cassazione*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 279

MONATERI P. G., *“Correct our watches by the public clocks”. L’assenza di fondamento dell’interpretazione del diritto*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, (a cura di) J. DERIDDA – G. VATTIMO P. G., Bari-Roma, 1998, 189

MONOD J., *Il caso e la necessità*, (trad. it.) A. BUSI, Milano, 1970

(DE) MONTAIGNE M., *La torre di Montaigne. Le sentenze scritte sulle travi della biblioteca*, (pres.) A. TORNO, Milano, 2013

— *Saggi* (1580), (trad. it.) F. GARAVINI, Milano, 2012

(DE) MONTESQUIEU C. D. S., *De l'esprit des lois des les Lois* (1748), (trad. it.) B. B. SERRA, *Lo spirito delle leggi*, I e II, Milano, 2011

MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, (a cura di) F. TRITTO, Bari, 2005

MORSELLI C., *La sentenza penale*, Torino, 2003

MORTARA GARAVELLI B., *Manuale di retorica*, Milano, 2016

— *Profili argomentativi e stilistici dei testi della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 51

MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Milano, 1958

MUSCELLA A., *La motivazione apparente tra disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Archivio penale*, 2016, 595

NACAR B., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 314

NAPPI A., *Principio di completezza della motivazione e diritto alla prova*, in *Cassazione penale*, 1988, 1237

NATALE A., *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 7

NADIA LA ROCCA E. – GAITO A., *Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *Archivio penale*, 2019, 1

NAPOLETANO G., *La struttura normativa dell'atto motivazione*, in AA. VV., *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, (a cura di) C. IASEVOLI, Napoli, 2018, 331

NEGRI D., *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 3

— *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 69

— *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Archivio penale*, 2019, 2

— *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Archivio penale*, 2017, 421

NERI F., *Ritorno al metodo*, in *Gazzetta filosofica (web)*, 27 settembre 2018

NEUMANN U., *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, 51

— *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986

— *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, 83

— *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2010, 49

NICOLICCHIA F., *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020

NIETZSCHE F. W., *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno* (1883), (a cura di) M. MONTINARI, Milano, 1976

— *Frammenti postumi 1885-1887*, (versione di) S. GIAMETTA, in *Opere di Friedrich Nietzsche*, (diretta da) G. COLLI – M. MONTINARI, Milano, VIII, I, 1976

— *La gaia scienza* (1882), (a cura di) S. GIAMETTA, Milano, 2008

— *Linguaggio e verità* (1869-1875), (a cura di) M. CARASSAI, Roma, 2016

— *Per la dottrina dello stile* (1882), (trad. it.) S. PASTORINO, Genova, 2018

NOBILI M., *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Critica del diritto*, 1997, 123

— *La disciplina costituzionale del processo. Appunti di Procedura penale dal Corso del prof. Massimo Nobili*, Bologna-Perugia, 1976

— *Nuovi modelli e connessioni: processo-teoria dello Stato epistemologia*, in *Indice penale*, 1999, 31

— *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 648

NOCERA A., *L'acquisizione delle chat whatsapp e messenger: intercettazione, perquisizione o sequestro?*, in www.ilpenalista.it, 12 febbraio 2018

NOCERINO W., *Il captatore informatico: un Giano bifronte. Prassi operative vs risvolti giuridici*, in *Cassazione penale*, 2020, 824

— *Le intercettazioni e i controlli preventivi*, Padova, 2019

NORMAND J., *Le domaine du principe de motivation*, in AA.VV., *La motivation*, Paris, 2000, 17

NOVALIS, *Enrico di Ofterdingen* (1802), (trad. it.) T. LANDOLFI, Milano, 1997

NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, 3

OCCHIPINTI A., *Interpreti e fonti del diritto nella globalizzazione giuridica*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1

OCCHIUZZI B., *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 391

OLIVITO E., *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2019, 10, 485

ONDELLI S., *Il genere testuale della sentenza penale in Italia*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Carmen Sánchez Montero*, (a cura di) G. BENELLI – G. TONINI, Trieste, 2006, 295

— *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un'analisi pragmalinguistica*, Padova, 2012

ONG W. J., *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 1986

ONIDA V., *Le parole della Carta, le parole della Corte*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 43

ORDINE N., *L'utilità dell'inutile*, Milano, 2013

ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 3

— *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 47

ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea (1977)*, Milano, 1999

PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, 11 luglio 2006

PADOVANI T., *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 689

— *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014

— *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'indice penale*, 1999, 527

— *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 419

PAGANO F. M., *Considerazioni sul processo criminale (1787)*, Bologna, 2010

PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il Protocollo d'intesa tra Cassazione e Cnf*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 2782

PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979

- *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, 77
- *La "nuova" legalità e il ruolo della Corte di cassazione*, in www.sistemapenale.it, 5 marzo 2020
- *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 3, 4
- *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1279
- *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 139
- *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 285
- *Un limite o un sostegno per le procure della Repubblica?*, in www.sistemapenale.it, 7 ottobre 2020
- *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cassazione penale*, 2019, 2398

PALIERO C. E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 467

— *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985

PALMA A. U., *Agnosticismi metodologici nel redde rationem giurisdizionale*, in *Cassazione penale*, 2020, 4822

— *Il progressivo ampliamento dei poteri interpretativi del giudice: un vulnus a libertà e garanzie?*, in *La Giustizia penale*, 2016, 136

PALOMBELLA G., *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 61

PANIZZA S., *Il significato della motivazione*, in *Foro italiano*, 1998, V, 373

PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Sociologia del diritto*, 2016, 133

PAONESSA C., *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, 2017, 303

PAPA M., *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 5, 129

— *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017

— *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in www.discrimen.it, 4 marzo 2020

— *La tipicità iconografica della fattispecie e l’interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, (a cura di) G. CONTE – S. LANDINI, Mantova, 2017, I, 329

PARDOLESI R. – SASSANI B., *Motivazione, autorevolezza interpretativa e “trattato giudiziario”*, in *Foro italiano*, 2016, V, 299

PASCAL B., *Pensieri (1669)*, (trad. it.) F. DE POLI, Milano, 2010

PASSAROTTI M., *Non esistono lingue geniali: geniali sono i loro Autori*, in *Corriere della sera – La lettura*, 23 dicembre 2018

PASTORE B., *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in *Ars interpretandi*, 2001, 157

— *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2016, 61

— *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in AA. VV., *Rule of law. L’ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 153

PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie del giudice dibattimentale e “giusto processo”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 842

PECCHIOLI G., *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una “quadratura del cerchio”?*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1219

PECORELLA G., *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 945

— *Più luci che ombre nella riforma della motivazione e dell'appello penale*, in *Cassazione penale*, 2019, 475

PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale. Obblighi di motivazione fra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006

PELLEGRINI L., *Rilievi critici sulle contrazioni applicative dell'attenuante del danno lieve (art. 62, n. 4 c.p.)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 660

PERELMAN C., *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 415

PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), (trad. it.) C. SCHICK – M. MAYER, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1989

PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 716

PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative "in malam partem" e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019

PESSOA F., *Il libro dell'inquietudine* (1982), (trad. it.) M. J. DE LANCASTRE – A. TABUCCHI, Milano, 2018

PETRILLO L., *Funzioni e limiti dell'esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1201

PIETRANGELO M., *Il processo telematico e la qualità degli atti processuali*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 187

PILLA E., *Provvedimenti e motivazione*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, 111

PINO G., *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena, 2014

— *Legalità penale e rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 177

— *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 167

PIRANDELLO L., *Il piacere dell'onestà* (1917), edizione elettronica (a cura di) R. CARDO, 1998, liberamente disponibile al seguente link:
https://www.liberliber.it/mediateca/libri/p/pirandello/il_piacere_dell_onestà/pdf/il_pia_p.pdf

— *Uno, nessuno e centomila* (1925), Milano, 2015

PIREYRE B., *L'arbre qui cachait la forêt*, in *La Semaine Juridique*, 2019, 25, 1178

PISANI M., *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *L'indice penale*, 1970, 317

— *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988

PIZZI C., *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 195

POLLERA M., *Le Sezioni Unite penali e il principio di diritto*, in *Cassazione penale*, 2019, 4546

POPPER R. K., *Tutta la vita è risolvere problemi. Scritti sulla conoscenza, la storia e la politica* (1994), (trad. it.) D. ANTISERI, Milano, 2001

POSENATO N., *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, 2017

PLATONE, *Gorgia*, (trad. it.) F. ADORNO, Bari-Roma, 1997

— *Protagora*, (a cura di) M. L. CHIESARA, Milano, 2010

PRESSACCO L., *La motivazione del decreto che dispone il sequestro “impeditivo”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 2, 101

PRETEROSSO G., *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, 77

PRETTI D., *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1, 189

PRIGOGINE I., *Le leggi del caos* (1993), (trad. it.) C. BREGA – A. DE LACHENAL, Bari-Roma, 2003

PRIMICERI S., *Etica del buonsenso*, Padova, 2017

PROCACCINO A. – NOCERINO W., *Le nuove investigazioni nei reati corruttivi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1623

PUGIOTTO A., *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020, 2, 426

— *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesi, usi, implicazioni*, Milano, 1994

PULITANÒ D., *Corti europee e Corti nazionali fra legalità e prevedibilità*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, (a cura di) C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI, Roma, 2018, 157

— *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 29

— *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia*, 9 luglio 2019

— *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123

— *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012

QUAGLIANO G., *Acquisizione di corrispondenza del detenuto: la Consulta promuove il principio di non sostituibilità*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 1058

QUATTROCOLO S., *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 135

— *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *La legislazione penale*, 18 dicembre 2018

— *Qualcosa di meglio del diritto (e del processo) penale?*, in www.discrimen.it, 26 giugno 2020

— *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 1, 168

— *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cassazione penale*, 2019, 1748

QUENEAU R., *Esercizi di stile* (1947), (a cura di) U. ECO, Torino, 2014

RAMAT M., *Significato costituzionale della motivazione*, in AA. VV., *Magistrati o funzionari?*, (a cura di) G. MARANINI, Milano, 1962, 694

RAMPIONI R., *"In nome della legge" (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cassazione penale*, 2004, 310

RANALDI N., *L'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, (a cura di) F. GIUNCHEDI, Pisa, 2018, 67

RECALCATI M., *A libro aperto. Una vita è i suoi libri*, Milano, 2018

— *L'ora di lezione. Per un'erotica dell'insegnamento*, Torino, 2014

RECCHIA N., *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 129

— *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020

RECCHIONE S., *Il processo a statuto probatorio variabile: la rinnovazione in appello della prova scientifica*, in *Sistema penale*, 2020, 6, 249

REDONDO M. C., *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 31

REHBOCK K., *Topik und Recht. Eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, München, 1988

RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016

RICCIO G., *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Archivio penale*, 2019, 3

RIDOLA P., *La Corte apre all'ascolto della società civile*, in *www.federalismi.it*, 22 gennaio 2020

RIGO F., *La sentenza dibattimentale*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, (diretto da) G. SPANGHER – A. MARANDOLA – G. GARUTI – L. KALB, II, (a cura di) A. MARANDOLA, Milano, 2015, 1434

— *La struttura della sentenza secondo la legge di riforma n. 103 del 2017*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2279

RIVELLO P., *La necessità di evitare l'ingresso della junk science nelle aule giudiziarie: un ripensamento circa alcune ricorrenti affermazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2017

ROMAGNOLI M., *Il modello di partecipazione a “triplo binario” della Corte costituzionale italiana: la riforma delle norme integrative riguardo a interventi dei terzi, amici curiae ed esperti nel segno del dialogo con la società civile e della rilegittimazione continua*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2020, LXX, 277, 1047

ROMBI N., *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Processo penale e giustizia*, 2018, 93

— *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, 806

RONCO M., *La legalità stratificata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 1387

— *Legalità penale e legalità processuale*, in *Archivio penale*, 2017, 455

RORDORF R., *Editoriale*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 4

ROSELLI F., *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 1701

— *La motivazione della sentenza civile*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 389

— *Sentenze creative?*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 2005, 2, 13

ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1

ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 3

RUGA RIVA C., *Le Sezioni unite sull'ingente quantitativo di stupefacenti: dal giudice bocca della legge al giudice ventriloquo della legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 2010

RUGGERI A., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in *Consulta online*, 26 ottobre 2012

— *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *www.giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2020

— *Penelope alla Consulta: tesse e sfilava la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *Consulta online*, 16 ottobre 2012

RUOTOLO M., *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Consulta online*, 2019, 589

RÜTHERS B., *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, 121

SABATO R., *Il linguaggio nel contesto comunicativo del sistema giudiziario italiano*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 61

SACCHETTO E., *Face to face: il complesso rapporto tra Automated facial recognition technology e processo penale*, in *La legislazione penale*, 16 ottobre 2020

SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 177

SALVI G., *La motivazione delle sentenze penali tra tecnica argomentativa e finalità comunicative. Appunti per una discussione*, relazione svolta nell'ambito dei "Seminari di formazione del Dottorato in Scienze Giuridiche" presso l'Università degli Studi di Firenze, 5 febbraio 2019

SAMMARCO A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001

SANNA A., *L'irriducibile atipicità delle intercettazioni tramite virus informatico*, in AA. VV., *Le indagini atipiche*, (a cura di) A. SCALFATI, Torino, 2019, 601

SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 332

SANTI R., *L'ordinamento giuridico* (1917), Firenze, 1945

SANTORIELLO C., *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Archivio penale*, 2020, 1

— *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Archivio penale*, 2012, 355

— *Motivazione (controlli sulla)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2008, 695

SANTORO E., *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008

SAPONARO L., *Motivazione rafforzata in caso di ribaltamento del giudizio in appello. La motivazione rafforzata della sentenza d'appello: an e quomodo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 2258

SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994

SAUNDERS G., *L'egoismo è inutile. Elogio della gentilezza*, (trad. it.) C. MENNELLA, Roma, 2014

SAUVEL T., *Essai sur la notion de précédent*, in *Cronique XVIII*, 1955, 93

— *Historie de jugement motivé*, in *Revue de droit publique et de science politique en France et à l'étranger*, 1955, 5

SCAPARONE M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 473

— *Prove a difesa e motivazione implicita*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, 4, 1

SCARANO L. A., *L'interpretazione conforme al diritto dell'UE nella giurisprudenza civile di legittimità*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015, 189

SCARCELLA A., *Regola del b.a.r.d. nel giudizio d'appello e riforma "contra reum" della sentenza assolutoria*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 205

SCARPELLI U., *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Rivista di filosofia*, 1985, 1

— *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, in *Foro italiano*, 1970, Supplemento al n. 1, *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana – atti delle giornate di studio di Ancona*, 2-3 maggio 1968

— *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 1971, 553

— *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982

SCEVI P., *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Archivio penale*, 2020, 1

SCELLA A., *I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 210

SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), (trad. it.) C. RUSTICI, Bologna, 2000

SCHILLACI A., *La “porta stretta”: qualche riflessione sull’apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in www.diritticomparati.it, 31 gennaio 2020

SCHIRÒ D. M., *Circostanze del reato e tutela del minore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 107

SCHMITT C., *La tirannia dei valori (1957-1971; 1967)*, (a cura di) G. GURISATTI, Milano, 2008

SCHOLZ J.M., *Motiva sunt pars sententiae*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, (a cura di) B. PARADISI, 1977

SCHOPENHAUER A., *Filosofia dell’Università (1845-1851)*, (trad. it.) G. COLLI, Milano, 1992
— *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile (1890)*, (trad. it.) E. A. KUHN, Milano, 2010

SCIALOJA V., *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, 9, 941

SCIASCIA L., *Cronachette*, Milano, 2006
— *Il contesto*, Milano, 2006

SCIVOLETTO O., *Patteggiamento e applicazione della confisca: bisogna motivare comunque il rapporto di pertinenzialità tra res e reato*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 1337

SCODITTI E., *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, 129
— *Lo scenario dell’inter-legalità*, in www.questionegiustizia.it, 22 aprile 2020

SCODNIK N., *Il bracciale elettronico è una misura cautelare autonoma?*, in *Guida al diritto*, 2017, 2, 51

SERGES G., *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 3, 1

SERIANNI L., *Prima lezione di grammatica*, Bari-Roma, 2006

SIRACUSANO D. – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, (a cura di) G. DI CHIARA – V. PATANÈ – F. SIRACUSANO, Milano, 2018

SIRACUSANO D., *Distinzioni in tema di motivazione difettosa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 939

— *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, per relationem e sommarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, 336

— *Rapporti tra questione di fatto e questione di diritto con particolare riguardo all'applicabilità dell'art. 152 c.p.p. nel giudizio di rinvio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, 895

SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019

— *Meccanismo di “aggiramento” della legalità e della tassatività nel codice Rocco* tesi, in *La questione criminale*, 1981, 319

SILANCE L., *La motivation des jugements et la cohérence du droit*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 219

SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020

— *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018

— *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2011, 95

SIMONCINI A., *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 3066

SOMMA E., *Studio della giurisprudenza e modelli*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1972, 18

SOMERHAUSEN M., *La motivation et la mission normative du juge*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 23

SPANGHER G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 4, 4

- *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015
 - *I “fenomeni criminali” e l’erosione delle garanzie processuali*, in *Il penalista*, 18 febbraio
 - *Introduzione allo studio del processo penale*, Pisa, 2020
 - *Il “Protocollo” tra il CNF e la Cassazione e il vaglio di inammissibilità dei ricorsi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 2764
 - *L’art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del “sistema accusatorio” compatibile con la Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 901
- SPANGHER G. – SURACI L.**, *Le impugnazioni penali. Modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pisa, 2020
- SPANGHER G.**, *Nomofilachia “rinforzata”: serve trasparenza*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 985
- *Piani di lettura della riforma Orlando*, in *Archivio penale – speciale riforme*, 2018, 31
 - *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 806
- SPANÒ M.**, *Le parole e le cose (del diritto) – Postfazione*, in Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, Macerata, 2015
- SPERTI A.**, *Alcune riflessioni sull’apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Consulta online*, 23 marzo 2020
- SPINA S.**, *Il diritto penale nella stagione dei populismi*, in www.questionegiustizia.it, 2 aprile 2019
- STENDHAL (alias BEYLE M.)**, *La Certosa di Parma* (1839), (trad. it.) M. CUCCHI, Milano, 2017
- STORTONI L.**, *Una piccola falla può far crollare la diga*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 43
- STRUCK G.**, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit. Studie*, Frankfurt am Main, 1971
- *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1977

SURACI L., *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale. tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, Pisa, 2020

— *La disciplina del captatore informatico. Nota breve al d.m. 20 aprile 2018*, in *Quotidiano giuridico*, 25 luglio 2018

— *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in www.penaledp.it, 18 febbraio 2020

— *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 255

— *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, (a cura di) G. SPANGHER, Pisa, 2017, 221

TAMIETTI A., *Processo e mass-media nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 377

TANI C., *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in www.lacostituzione.info, 18 febbraio 2020

TARELLO G., *L'attività interpretativa*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 3

TARLI BARBIERI G., *Il destino delle riserve di legge nell'epoca della centralità del Governo nella produzione normativa statale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 293

— *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare*, in *Criminalia*, 2016, 215

— *La "scommessa" dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in AA. VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, (a cura di) C. PAONESSA – L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 171

— *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 20

TARUFFO M., *Addio alla motivazione?*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 2014, 375

- *Ermeneutica, prova e decisione*, in *Ars interpretandi*, 2018, 29
- *Giudizio (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, 1
- *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e Illuminismo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1974, 265
- *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 233
- *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 311
- *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975
- *La semplice verità*, Bari, 2009
- *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007
- *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020

TEDOLDI A., *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa, 2017

TESORIERO S., *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cassazione penale*, 2017, 3668

- *Riforma della sentenza e apertura dell'istruttoria in appello*, in *Archivio penale*, 2017, 2

TEXIER P., *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences*, in AA.VV., *La motivation*, (Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Nationales – Limoges, 1998) III, Paris, 2000, 5

TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 3

TOLSTOJ L., *Anna Karenina (1877)*, (trad. it.) L. GINZBURG, Milano, 2017

- *Resurrezione (1899)*, (trad. it.) E. GUERCETTI, Milano, 2020

TONINELLI C., *L'“autonoma valutazione” nella motivazione delle ordinanze de libertate*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1517

TONINI P., *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 360

— *I captatori informatici*, in *Jus Online*, 2017, 3, 373

TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014

— *Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Processo penale e giustizia*, 2012, 1

— *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 2010

— *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cassazione penale*, 2001, 688

— *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 1225

— *La prova penale*, Padova, 2000

— *Le fallacie del giudizio*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 1129

— *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2020

— *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 417

TORRE M., *Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*, in *Jus Online*, 2017, 3, 436

— *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017

— *Protezione dei dati personali, processo penale e intercettazioni*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 180

TOULMIN S. E., *The Uses of Argument* (1958), Cambridge, 2003

TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Archivio penale*, 2017, 1

TRAPPELLA F., *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cassazione penale*, 2018, 4013

TRAVERSI A., *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in www.questionegiustizia.it, 10 aprile 2019

TRAVI A., *La lingua nella giurisprudenza amministrativa*, in AA. VV., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, (a cura di) F. BAMBI, Firenze, 2016, 133

TRIA L., *Il linguaggio e lo stile delle Corti Supreme*, in AA. VV., *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, (a cura di) F. BAMBI – A. MARIANI MARINI, Pisa, 2013, 177

TRIGGIANI N., *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012

— *“In nome del popolo italiano”?* Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale, in www.penalecontemporaneo.it, 4 novembre 2016

TROPER M., *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007

TURCHETTI S., *Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 97

TUZET G., *L’algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in www.medialaws.eu, 16 maggio 2020

— *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 1065

UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979

— *I diritti dell’uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 1507

— *L’adeguamento italiano alle condanne europee per violazione della equità processuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, II, (a cura di) P. M. CORSO – E. ZANETTI, Piacenza, 2010, 597

— *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 371

— *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. UBERTIS, Milano, 1992, 1

— *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2007, 16

— *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000

— *Prova, verità e processo*, in *Archivio penale*, 2020, 2

VALENTINI C., *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *Archivio penale*, 2018, 2

— *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 922

— *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: per aspera ad astra*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, 193

VALENTINI V., *Giustizia Penale e Diritto Sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 147

VAN EEMEREN F. H. – GROOTENDORST R., *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, 2004

VANNI R., *Motivazione approfondita per i provvedimenti de libertate*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 352

VANWELKENHUYZEN A., *La motivation des revirements de jurisprudence*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 251

VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1994

VATTIMO G., *Ermeneutica, scienze umane e società della comunicazione*, in *Aut Aut*, 1987, 217-218, 213

VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia*, 2008, 493

— *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia*, 2012, 305

— *Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni*, in *Criminalia*, 2016, 229

— *Opinione a confronto. "Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza"*, in *Criminalia*, 2010, 375

VICARI FABRIS E., *Un esercizio di stile fra pratica e grammatica*, in CODRAIX J.L., *Guida filosofica del denaro* (2001), (trad. it.) E. VICARI FABRIS, Roma, 2012, 101

VICO G., *De nostri temporis studiorum ratione* (1709), (a cura di) L. PICA CIAMARRA, in *Laboratorio dell'ISPF*, 2012, 6 [edizione elettronica: http://www.ispf-lab.cnr.it/2012_1-2_101.pdf]
— *La scienza nuova* (1725), (a cura di) CENTRO DI UMANISTICA DIGITALE DELL'ISPF-CNR. LABORATORIO DELL'ISPF, in *Laboratorio dell'ISPF*, 2015 [edizione elettronica (sviluppata sull'edizione del 1744): http://www.ispf-lab.cnr.it/2015_101.pdf]

VIEHWEG T., *Topik und Jurisprudenz* (1953), (a cura di) G. GRIFÒ, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016
— *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 19 gennaio 2021

VILLA V., *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, 2016
— *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, Torino, 2012

VINCENTI E., *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 147

VINCIGUERRA S., *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in AA. VV., *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, (a cura di) A. MANNA, Pisa, 2016, 51

VIOLA L., *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, II, Milano, 2018

VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 341

VISCONTI J., *La lingua del giudice*, in *Publifarum*, 2016, 26

VISSER 'T HOOFT H. PH., *Vers un style de motivation plus concret ? (Remarques à partir de la jurisprudence et de la doctrine néerlandaises)*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 161

VOENA G. P., *Processo penale e mezzi di comunicazione di massa: un instabile stato dell'arte*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, 1113

VOGLIOTTI M., *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA. VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, (coordinati da) E. MARZADURI, collana: Giurisprudenza sistematica di Diritto processuale penale, (diretta da) CHIAVARIO M. – E. MARZADURI, Torino, 1996, 31

— *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 45

— *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2013, 371

— *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, 131

WALDRON B., *Il rule of law e l'importanza della procedura*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. PINO – V. VILLA, Bologna, 2016, 357

WASSERMANN J., *Il caso Maurizius (1928)*, (trad. it.) L. SGUEGLIA, Roma, 2016

WEBER M., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi (1919)*, (trad. it.) A. GIOLITTI, Torino, 1966

WEIGEND T., *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI° secolo*, in *Criminalia*, 2014, 75

WEINBERGER O., *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlin, 1979

WEISCHEDEL W., *Il coraggio della responsabilità*, Roma, 2015

WIETHÖLTER R., *Le formule magiche della scienza giuridica (1968)*, (trad. it.) L. R. AMIRANTE, Bari-Roma, 1975

WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus* [1921] e *Quaderni 1914-1916*, (trad. it.) A. G. CONTE, Torino, 2009

WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 267

— *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, (a cura di) P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, I, Torino, 1989, 277

— *Motivation de la décision judiciaire*, in AA.VV., *La motivation des décisions de justice*, (a cura di) C. PERELMAN – P. FORIERS, Bruxelles, 1978, 111

ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 2019, 7

— *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990

— *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007

ZAGREBELSKY G., *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014

— *Il diritto mite*, Torino, 1992

— *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007

— *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 1148

— *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008

— *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005

ZAKARIA F., *Ten Lessons for a Post-Pandemic World*, New York, 2020

ZAMPAGLIONE A., *La motivazione della decisione dibattimentale di primo grado*, Padova, 2019

ZANCHETTA P. L., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)* (1999), in *Questione giustizia*, 2016, 4, 82

ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, 359

ZAZA C., *La sentenza penale. Struttura e casistica*, Milano, 2011

ZEUNER A., *La sentenza in Germania*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. BESSONE – R. GUASTINI, Padova, 1994, 383

ZIRULIA S., *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della "scienza nuova"*, in www.sistemapenale.it, 13 febbraio 2020

ZWEIG S., *La novella degli scacchi (1941)*, (a cura di) R. RIZZO, Milano, 2013