

## CONFRONTO DI IDEE

---

**FILIPPO RAFFAELE DINACCI**

### **Elefantiasi delle decisioni, metodo probatorio e motivazione razionale: quando lo storico prevale sul giudice**

L'adesione ad un criterio storiografico, che alcune sentenze mostrano di prediligere nella ricostruzione del fatto, allontana da un corretto metodo probatorio incentrato rigorosamente sul principio di pertinenza e produce un gigantismo motivazionale che, incentrandosi su fatti altri rispetto a quelli dell'imputazione, produce un vizio argomentativo della decisione.

*Elephantiasis of decisions, evidentiary method and rational reasoning: when the historic background prevails over the judge.*

*The adherence to a historiographic criterion, which some judgements show a preference for in the reconstruction of the fact, moves away from a correct evidentiary method based on the principle of relevance and produces a motivational gigantism that, by focusing on facts other than those related to the accusation, produces an argumentative flaw in the decision.*

**SOMMARIO:** 1. I moniti della Cassazione. - 2. La metamorfosi valutativa del dato probatorio: l'espansione giudiziaria. - 3. Imputazione e metodo gnoseologico. - 4. Legalità probatoria e ingordigia conoscitiva. - 5. Soluzione "storiografica" e vizio di motivazione. - 6. Il presidio costituzionale sull'obbligo di motivare. - 7. Conclusioni.

1. *I moniti della Cassazione.* La tendenza ad affrontare i momenti di ricostruzione giudiziaria del fatto attraverso metodi storiografici risulta oltremodo pericolosa; e ciò non solo perché in tal modo inevitabilmente ci si discosta dai criteri preposti alla "definizione" della fattispecie giudiziale<sup>1</sup>, ma anche in quanto un simile errore non può che scontarsi sul risultato. E quando questo accade nel processo penale, immancabilmente si violano valori e diritti fondamentali.

Tale realtà è stata colta dalla Corte di cassazione che ha avuto modo di denunciare la rischiosa tendenza ad «un modello di ricostruzione del fatto penalmente rilevante secondo un approccio metodologico di stampo storiografico»<sup>2</sup>. Sempre in quella sede si è precisato che, anche quando l'oggetto del processo sia costituito da fatti di «rilievo storico o politico [...] e dunque connotati da una genesi multifattoriale, l'accertamento del giudice penale non muta la sua natura, la sua funzione e il suo statuto garantistico, indefettibile sul piano costituzionale»<sup>3</sup>. In tale prospettiva, l'organo nomofilattico ribadisce il

---

<sup>1</sup> Sulla nozione di fattispecie giudiziale si rimanda a LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 44.

<sup>2</sup> Così Cass., Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 45506.

<sup>3</sup> In tal senso, Cass., Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 45506, cit.

necessario rispetto del principio di pertinenza probatoria rilevando che il giudice, nella trama argomentativa, non deve smarrire “la centralità dell'imputazione”. Il mancato rispetto di tale dovere giuridico, infatti, «offusca le ragioni della decisione» e rende il ragionamento decisorio di difficile «identificazione e interpretazione»<sup>4</sup>.

L'argomento, non a caso, era stato posto all'indice, tempo addietro, dalle stesse Sezioni unite le quali, nello stigmatizzare la genesi di sentenze affette da elefantiasi, evidenziavano come tale modello ostacoli «la comprensione del senso della decisione, tradisc(a) la funzione euristica della motivazione, disattend(a) precise indicazioni di plurime norme processuali»<sup>5</sup>.

In particolare, si è ritenuto doveroso porre in rilievo come l'approccio storiografico, caratterizzato da un allontanamento dal metodo probatorio, confonda il contenuto conoscitivo con il suo risultato. Infatti, «l'acritica trasposizione nella sentenza del tenore delle prove senza l'appropriata spiegazione in ordine ai fatti che si ritengono accertati costituisce una patologica rottura della sequenza dei momenti dell'operazione decisoria che rischia di vulnerarne la tenuta logica»<sup>6</sup>.

## 2. *La metamorfosi valutativa del dato probatorio: l'espansione giudiziaria.*

L'avvertimento è di quelli importanti di cui occorre fare tesoro; esso verte non tanto sull'eventuale tendenza a scrivere la storia tramite sentenze, quanto sul dovere di osservanza delle regole di accertamento e, in particolare, di quelle che impongono adeguate motivazioni. Sullo sfondo, il rischio che si paventa è che la propensione a “svaporare” il punto di prova disancorandolo dal perimetro dell'imputazione conduce, di fatto, alla possibilità che l'argomentazione giudiziaria si fondi non già sul dato conoscitivo quale elemento di “corrispondenza ai fatti”<sup>7</sup>, ma su una conoscenza costruita attraverso forme di astrazione generalizzate. E, quando la risultante di tale operazione è

---

<sup>4</sup> Così, ancora, Cass., Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 45506, cit.

<sup>5</sup> In questa direzione Cass, Sez. un., 29 settembre 2016, n. 40516.

<sup>6</sup> Così Cass., Sez. un., 29 settembre 2016, n. 40516, cit.

<sup>7</sup> Per un corretto inquadramento di un teorico modello di verità come “corrispondenza” a quanto giudicato cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, 36 e 43, dove precisa che «nel diritto penale la sola giustificazione accettabile delle decisioni è quella rappresentata dalla verità dei loro presupposti giuridici e fattuali, intesa “verità” proprio nel senso di corrispondenza il più possibile approssimativa della motivazione alle norme applicate e ai fatti giudicati» ed in particolare si puntualizza che «la legittimità delle decisioni penali (è) condizionata alla verità empirica delle loro motivazioni».

posta a fondamento del ragionamento argomentativo, lo stesso nasce necessariamente viziato perché si fonda su di un'informazione probatoria manipolata, diversa da quella che consegna il processo. Quel che entra in crisi, in tal modo, è quell'obbligo di "fedeltà al processo"<sup>8</sup> che costituisce la premessa indispensabile per l'osservanza della regola dell'oltre ragionevole dubbio.

In altri termini, l'espansione valutativa, conducendo ad una metamorfosi del risultato probatorio, realizza *ab origine* un vizio motivazionale. Il problema, però, non è solo il vizio formale. L'argomentazione giudiziaria, inclusa quella relativa al dato probatorio nella ricostruzione di un "accadimento della vita", fa ricorso ad elaborazioni concettuali.

Queste, tuttavia, sono ammissibili nella misura in cui non producono un allontanamento dal risultato di prova. In caso contrario, il rischio concreto è quello di assistere ad un divario tra il "fatto" dimostrato e quello percepito e/o argomentato. La situazione dimostra tutta la sua nevralgicità ove si consideri che la regola decisoria risulta affidata al principio del libero convincimento. Illustre formula<sup>9</sup>, la quale però amplifica le conseguenze di una costruzione non oggettiva ma soggettivamente percettiva del dato conoscitivo. In simili realtà, l'incapacità di rendersi liberi anche dalle proprie intime convinzioni può produrre vizi nell'attività valutativa. In tal modo, tuttavia, quest'ultima è in balia di un solipsismo che conduce ad un'estrema incertezza del risultato con ovvie conseguenze in tema di prevedibilità. E ciò tanto più ove si consideri che l'elaborazione concettuale consente di rispettare in ogni caso una coerenza formale del ragionamento impiegato; bisogna allora essere chiari nel pretendere che si resti aderenti al contenuto dell'informazione probatoria. Viceversa, se dalla stessa si procede attraverso astrazioni generalizzate ci si allontana dal contenuto della medesima che, nel suo significato probatorio,

---

<sup>8</sup> Sul punto, si richiama l'insegnamento della Corte nomofilattica che, nella sua più alta composizione, ha avuto modo di precisare come non siano tollerabili giudizi formulati sulla base di un'infedeltà "al testo del processo"; circostanza, questa, che si è ritenuta ricorrere allorché il giudice di merito, anziché confrontarsi e fornire adeguata giustificazione sulle ipotesi e sulle prove addotte dalle parti, fonda la sua valutazione su di un teorema formulato in violazione delle corrette regole di valutazione della prova. Così Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2023, n. 45276. Sull'argomento si richiamano le puntuali considerazioni di BARGI, *I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, in *Giur. it.*, 2009, 2286.

<sup>9</sup> Sul tema si rimanda in genere a NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 18. In particolare, per la presa d'atto dell'involuzione del principio anche in conseguenza di prassi operative ID., *Storia di un illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 71.

viene progressivamente diluita, sostituendosi ad essa il convincimento personale in forza del quale ogni conclusione diviene possibile purché si garantisca il rispetto dei canoni della logica formale. Si genera, così, una “verità” non fedele al dato da cui promana ed anzi la medesima costituisce la risultante non di una “corrispondenza ai fatti” ma delle convinzioni personali del giudicante.

In tal modo, però, il “fatto dimostrato” non consegue al dato di conoscenza obiettivo, bensì a quella elaborazione in “provetta” condotta attraverso un processo mentale di astrazioni progressive capaci di snaturarne e modificarne il contenuto. E, nel momento in cui si segue un simile percorso, è inevitabile che nella valutazione si inseriscano inferenze che pongono il fatto così come ricostruito rispetto al fatto da provare come un termine di relazione indiretto. La circostanza dimostra che il procedimento mentale in discorso media ulteriormente l’originaria inferenza tra esperimento conoscitivo e dimostrazione del fatto. Quest’ultima, infatti, è il portato di più inferenze affidate non a leggi scientifiche od universali, ma a semplici “mediazioni intellettuali”<sup>10</sup> governate dalla logica formale.

La delineata situazione giuridica è rilevante non solo perché affida a giudizi logici un risultato di prova, ma anche e soprattutto in quanto tali giudizi presiedono, attraverso plurimi passaggi argomentativi, alla relazione tra esperimento giudiziario e risultato di prova. Questo, quindi, non si caratterizza per un sapere giudiziale discendente immediatamente dal risultato dell’esperimento probatorio, necessitando di forme inferenziali logiche e, quando queste intervengono, è inevitabile che chi effettua l’operazione mentale inserisca negli schemi di ragionamento i propri “giudizi di valore”. Si delinea un quadro caratterizzato da ampio soggettivismo ma, soprattutto, dalla capacità di trasformare il risultato probatorio attraverso percorsi logici od inferenze valutative.

Non è difficile immaginare che quando un simile metodo viene posto a fondamento di un giudizio di pertinenza probatoria ne dilati fortemente il perimetro, dando la stura ad istruzioni dibattimentali infinite su temi che poco o nulla pertengono all’oggetto del processo. L’effetto segnalato, occorre riconoscere, spesso e volentieri è determinato oltre che dall’utilizzo in sede operativa di un non ortodosso metodo probatorio anche da una legislazione penali-

---

<sup>10</sup> In tal senso cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Torino, 2013, 71.

stica spesso caratterizzata da fattispecie scolorite ed inosservanti del dovere di tipicità<sup>11</sup>. In tali frangenti è dato cogliere la «distanza intercorrente tra la capacità selettiva di una fattispecie sul piano astratto e l'esito della sussunzione nel processo»<sup>12</sup>. E qui occorre prestare attenzione perché il problema è particolarmente subdolo. Se il fatto tipico arretra nella sua capacità descrittiva e lo si affida ad elementi indeterminati e a caratteristiche di «antigiuridicità sfumate e labili (le qualifiche di illiceità speciali: “ingiusto”, “indebitamente”, ecc.) o su meri contrassegni soggettivistici (il mero abuso della qualità) anche il tema probatorio si contrae pericolosamente»<sup>13</sup>, aprendosi a ricostruzioni presuntive che sfociano in percorsi intuizionistici violativi di un corretto metodo di accertamento.

Sul punto, deve essere chiaro che affinché la devianza punibile sia “regolata” e non “costituita” dal sistema penale non è sufficiente la previsione di un comportamento, bensì occorre che tale previsione non pecchi di indeterminazione, atteso che in questa evenienza la “identificazione giudiziaria” risulta rimessa «più che a prove, a valutazioni del giudice inevitabilmente discrezionali che vanificano di fatto sia il principio formalistico della legalità che quello empiristico della fattualità della devianza punibile. Perché questi stessi principi siano soddisfatti è altresì necessario che non solo la legge, ma anche il giudizio penale non abbia carattere “costitutivo” bensì “ricognitivo” delle norme e “cognitivo” dei fatti da queste regolati»<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> In via esemplificativa e non esaustiva si pensi ai reati associativi, al concorso esterno nei medesimi, alle forme di concorso di persone nel reato e alla stessa corruzione per atto conforme. In tali casi, la scoloritura della fattispecie amplia le paratie valutative sull'ammissibilità della prova e rende molto più elastico il vincolo del principio di pertinenza. Come spesso accade a fronte di inadeguatezze del dato normativo, le situazioni operative tendono a degenerare, il vuoto normativo è colmato dall'espansionismo giudiziario e, non a caso, a fronte di fattispecie indeterminate si assiste alla processualizzazione dell'elemento di tipicità carente. In tal modo, però, il fatto tipico viene colmato dal dato probatorio con l'effetto che la stretta legalità viene sostituita dal c.d. libero convincimento. Su tali considerazioni sia consentito il rinvio a DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alla libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità delle decisioni*, in *Arch. pen.*, 2022, fasc. 1, 1.

<sup>12</sup> Così GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di DE FRANCESCO-MARZADURI, Torino, 2016, 95. Per puntuali approfondimenti sul tema cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 535.

<sup>13</sup> Così, esattamente, MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1146.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 9. Il concetto di “sentenza costitutiva”, contrapposto a quello di “sentenza dichiarativa” o “di cognizione” o “di accertamento”, è una vec-

Pertanto, l'attenuazione o la negazione della stretta legalità produce, in termini direttamente proporzionali, l'attenuazione o la negazione della stretta giurisdizionalità, con conseguente «accentuazione fino ai limiti dell'arbitrio del potere di etichettamento e di inquisizione del giudice che viene a configurarsi volta a volta come confessore, o analista o terapeuta sociale, svincolato in tutti i casi da criteri rigidi e certi di qualificazione penale. E il giudizio penale, al pari di quello etico o estetico, decade a giudizio “senza verità”: non motivato da giudizi di fatto, cioè da asserzioni verificabili o falsificabili, ma da giudizi di valore né verificabili né falsificabili perché per loro natura né veri né falsi»<sup>15</sup>. In tal modo, l'accertamento diviene attività a forma libera del tutto sganciata dalle regole del metodo probatorio. E tutto ciò genera un giudizio “potestativo” e non di “corrispondenza” ai fatti. Esso, infatti, viene affidato all'autorità del giudice e non alla verifica empirica delle fattispecie accusatorie. Tuttavia, un simile esercizio della giurisdizione la sottrae a controlli effettivi e la degrada a forme di discrezionalità amministrativa che sconfinano nell'arbitrio<sup>16</sup>.

3. *Imputazione e metodo gnoseologico*. Per evitare percorsi di tale natura, che producono un'abnorme dilatazione degli ambiti del ragionamento argomentativo a sostegno della motivazione, la stessa Corte di cassazione rammenta che non va smarrita la «centralità dell'imputazione nella trama del processo penale»<sup>17</sup>. Il messaggio non potrebbe essere più chiaro: occorre essere rispettosi del metodo probatorio.

In questa prospettiva, il richiamo all'imputazione nel perimetrare l'oggetto di prova non assolve solo ad una funzione di “ordine processuale”, ma “marchia” l'ideologia che distingue il sistema delle prove. Evidente è la contrapposizione con l'art. 299 del previgente c.p.p. in forza del quale, con formula iperbolica, si affermava che il giudice istruttore dovesse compiere «tutti e soltanto quegli atti» che appaiono «necessari all'accertamento della verità».

---

chia e consolidata categoria della dogmatica processual-civilistica, stranamente trascurata dalla letteratura filosofico-analitica sulle norme costitutive. Sul punto, cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, (1906), Napoli, 1923, 179 e ss; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, (1935), Napoli, 1960, 168 e ss..

<sup>15</sup> Così, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 16.

<sup>16</sup> In tale direzione, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 26.

<sup>17</sup> Così, Cass., Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 45506, cit.

La fissazione di un tema di prova segna il limite oltre il quale chi è chiamato ad elaborare l'elemento conoscitivo non può andare e, allo stesso tempo, demarca il confine del giudizio contenendo anche i poteri del giudice. Non deve peraltro sfuggire come la fissazione di un tema di giudizio sia una scelta essenziale per l'attuazione di un sistema di conoscenza giudiziale di natura dialettica. Valori simili si «affievoliscono o addirittura scompaiono [...] quando ci si sposta verso forme di *inquisitio generalis* o di cc.dd. accertamenti alla “cieca” e, più in particolare, laddove resti indeterminato e oscuro ciò di cui si controverte o di cui si è accusati»<sup>18</sup>.

Senza la delimitazione della “controversia” l'attività istruttoria risulterebbe “casuale e fortuita”, ma soprattutto potrebbe essere guidata da solo capriccio o dalla mera curiosità<sup>19</sup>.

Il rilievo assume ulteriore valore ove si consideri che i meccanismi di conoscenza giudiziale implicano esercizio di potere con conseguenti effetti sui diritti della persona. In tale quadro, la delimitazione del *thema probandum* costituisce un limite di quel potere, circoscrivendo ciò che può e deve costituire oggetto di indagine e di giudizio. L'art. 187 c.p.p. assume, pertanto, connotati di natura ideologica diretti a bandire abusi di potere mediante l'arbitrio della conoscenza giudiziale. Sulla base di tale consapevolezza i comportamenti difformi dallo “schema legale” non devono e non possono ritenersi privi di tutela sanzionatoria. La mancanza di una specifica previsione in tal senso non esclude il ricorso a quella sanzione tipica dell'atto probatorio nella misura in cui le “deviazioni” dall'oggetto di prova integrano quel divieto di cui all'art. 191 c.p.p.<sup>20</sup>.

L'art. 187 c.p.p., peraltro, nell'individuare i temi oggetto di prova, ne evidenzia la sua struttura “polidirezionale”. La norma, infatti, è diretta al giudice in quanto perimetra i limiti cognitivi che si riflettono non solo sul giudizio di merito ma anche su quelle valutazioni che presidiano l'ammissibilità delle

---

<sup>18</sup> In tal senso, NOBILI, *Art. 187*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, a cura di Chiavario, II, Torino, 1990, 390.

<sup>19</sup> Sul tema si rimanda alle sempre attuali considerazioni di FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1965, 19.

<sup>20</sup> La sanzione dell'inutilizzabilità potrebbe farsi derivare anche dalla carenza di potere dell'organo procedente, posto che il perimetro probatorio è attributivo, in quell'ambito, di poteri d'indagine e decisorio. Nel senso della configurazione dell'inutilizzabilità anche nei casi di carenza soggettiva di poteri, cfr., volendo, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 82.

prove richieste dalle parti<sup>21</sup>; ed è diretta anche a queste ultime, fungendo da limite di ricerca e di richiesta del materiale probatorio.

Non è un caso che la disposizione utilizzi una forma linguistica diversa da quella di rilevanza o non superfluità indicata dall'art. 190 c.p.p. Nella sostanza cambia poco, ma il richiamo ai «fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza» comprende lo scibile cognitivo del giudizio ed ancora la valutazione di rilevanza a parametri determinati discendenti direttamente dalla “fattispecie giudiziale” enunciata nel capo d'imputazione<sup>22</sup>.

4. *Legalità probatoria ed ingordigia conoscitiva.* L'inosservanza operativa al principio di pertinenza genera forme di conoscenza bulimiche. Realtà, questa, che conduce ad un processo non ordinato in cui il momento conoscitivo non è assistito da regole e limiti. Di qui la lievitazione di apparati argomentativi che si disperdono su temi del tutto estranei all'oggetto di prova seppur ritenuti comunque utili dal giudice. Ed è proprio su tale realtà che la Cassazione ha fatto sentire la propria voce, ribadendo come «la discrasia tra imputazione e oggetto dell'accertamento processuale» offuschi «le ragioni della decisione e (renda) le linee argomentative di difficile identificazione e perimetrazione», con conseguente elusione della funzione euristica della motivazione<sup>23</sup>. Ora, al di là di tali considerazioni, già di per sé sufficienti ad inquadrare il fenomeno, deve rilevarsi come la situazione analizzata tragga origine da specifiche violazioni di legge generate probabilmente dalla mancata consapevolezza che il codice ha inteso assegnare alle regole poste a tutela del sistema probatorio una specifica valenza di natura generale. Basti pensare alle invalidità che si è avuto cura di contemplare a garanzia della legittimità dell'intero procedimento probatorio: l'inammissibilità, l'inutilizzabilità e, in alcuni casi, anche la nullità. A tale potente griglia sanzionatoria si affianca la scelta sistematica di prevedere “disposizioni generali” in tema di prove, cui si aggiunge una tecnica

---

<sup>21</sup> Nel senso che i provvedimenti di ammissione delle prove devono essere adeguatamente motivati, cfr. Cass., Sez. II, 9 dicembre 2003, Nucci, Rv n. 227245. Più di recente, v. Cass., Sez. III, 17 Gennaio 2017, Rv n. 269331; Id., Sez. V, 30.9.2013, A., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 2, 157. Sul tema V. ADORNO, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, IV.2, Milano, 2009, 141.

<sup>22</sup> Sulla nozione di fattispecie giudiziale cfr. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., 44.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 45506, cit.

legislativa che, per la prima volta nella legislazione interna, è stata racchiusa in un microsistema contenuto nel libro III del codice di rito.

L'opzione è tanto più significativa ove si ponga mente al fatto che la legge-delega non aveva ritenuto doversi soffermare sui principi fondamentali del procedimento probatorio, né sulla fisionomia dei diversi «mezzi, che pure [...] sono indicati come idonei a influire sulla decisione nelle varie fasi del procedimento»<sup>24</sup>. La scelta di confezionare un autonomo microsistema racchiudente la disciplina della prova evidenzia la volontà di sottolineare la centralità del tema, ripudiando la frantumazione normativa. Al riguardo, i *conditores* danno conto di una scelta consapevole, affermando che «le norme sulle prove avrebbero potuto essere inserite nel libro sul giudizio in modo da sottolineare il legame inscindibile tra prova e dibattimento [...]. Si è però preferito collocare il nuovo *corpus* di norme [...] in un libro a sé destinato a seguire quello degli atti processuali in modo da segnalare il valore tutto particolare che gli strumenti del convincimento rivestono»<sup>25</sup>. Dalla conseguente unitarietà di collocazione formale del regime delle prove discende una sostanziale unitarietà di fondo delle prescrizioni, che per l'interprete costituisce un vincolo esegetico diretto a rimarcare la volontà legislativa di assoggettare il sapere giudiziario alle regole in quella sede dettate. In tale direzione si pone anche l'opzione di non regolamentare solo i profili procedurali dell'acquisizione probatoria ma, soprattutto, di disciplinare la «funzionalità delle relative regole rispetto alla formazione del convincimento del giudice»<sup>26</sup>. Tutto ciò dimostra una «scelta di campo» verso un processo cognitivo che implica la necessità di ricondurre entro l'ambito di precise previsioni, concretizzanti nel «conoscere attraverso prove»<sup>27</sup>, i capisaldi dell'attività del giudice. Emerge, dunque, il recepimento di una concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche bensì i modi di produzione della verità<sup>28</sup>. Il fine del processo non è soltanto la scoperta del vero o la difesa della società, quanto

<sup>24</sup> In tal senso cfr. GREVI, *Le prove*, in *Compendio al c.p.p.*, CONSO, GREVI, Padova, 2006, 289.

<sup>25</sup> Cfr. Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p., Roma, 1988, 58.

<sup>26</sup> Sul punto, cfr. GREVI, *Le prove*, cit., 291; V. pure volendo, DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 2.

<sup>27</sup> Sul tema, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 8.

<sup>28</sup> Sull'argomento si rimanda a DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale, in Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, 221.

anche e maggiormente il fatto che la lotta contro il crimine sia condotta «in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole»<sup>29</sup>. La prospettiva assiologica di fondo è rinvenibile nella consapevolezza che il sapere giudiziale è sottoposto a limiti scaturenti da specifici diritti<sup>30</sup>. Potere e limite, quindi, risultano essere le caratteristiche dell'accertamento giudiziale. Il metodo di conoscenza costituisce un valore in quanto «restringe il campo in cui si esercita l'arbitrio del giudice»<sup>31</sup> e tutela da degenerazioni decisorie attraverso il presidio di limiti conoscitivi<sup>32</sup>. Si coglie, così, come le regole preposte alla gnosi giudiziaria non realizzino inutili formalismi ma, quali specifiche espressioni di un valore, siano portatrici di un'esigenza etica da rispettare, da individuarsi nella “scelta” secondo cui il risultato del processo conta almeno quanto il modo attraverso cui lo si raggiunge<sup>33</sup>. Emerge in tal modo un'etica della legalità imposta ancor di più in sede probatoria in considerazione della funzionalità dello strumento conoscitivo rispetto alla decisione<sup>34</sup>.

Del resto, le “forme” probatorie, nel pretendere il rispetto delle regole di accertamento, sono state scelte perché ritenute dal legislatore le più idonee a garantire un giudizio di verosimiglianza. Ne discende, quindi, un'opzione guidata da un formalismo contenutistico considerato dal legislatore il migliore viatico per un corretto accertamento. Non va peraltro dimenticato che i modi

<sup>29</sup> In questi termini, DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 221.

<sup>30</sup> Da tempo si è affermato che il fine del processo penale non è quello di «affliggere di pena un reo in qualunque modo», muovendo una specifica critica «a chi a tempi nostri tiene il rito e le forme in conto di cerimonie vane, ripetendo sempre che il rito vero sta nella coscienza dé magistrati». Così NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Livorno, I, 1843, 396.

<sup>31</sup> In tal senso cfr. NOBILI, Il principio del libero convincimento del giudice, cit., 26. Sul tema si era specificato che «la legge toglie di mezzo alcune prove e depura e rende legali col suo metodo quelle che la prudenza del magistrato è in arbitrio di raccogliere; sopra queste sole egli può esercitare la critica; in ciò solo vale la regola che sta nel suo arbitrio, la questione di fatto». Così NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, II, cit., 783.

<sup>32</sup> Sul valore delle forme processuali con particolare riferimento al metodo probatorio v. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale, III*, Prato, 1886, 215, dove si precisa che la prova è sempre un atto legittimo tanto nell'ipotesi di prova legale quanto in quella di prova libera o «morale». Nel primo caso si tratterà di atto legittimo nella sostanza e nella forma, nel secondo di un atto legittimo nella forma e razionale nella sostanza.

<sup>33</sup> Sul punto si rimanda a CORDERO, *Diatribie sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Milano, 1966, 220, dove si specifica che «giudicare un nostro simile è impresa terribile che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato. Si possono immaginare un processo dal quale, comunque le cose vadano, la civiltà riesce umiliata ed un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori».

<sup>34</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., 4.

acquisitivi del sapere giudiziale trovano riconoscimento nell'art 111 Cost. e, comunque, concorrendo alla formazione della decisione, inevitabilmente incidono sullo sviluppo della personalità dell'individuo costituente il "nocciolo duro" dei valori costituzionali. Non pare, pertanto, controvertibile come l'inosservanza alle regole probatorie realizzi una di quelle violazioni "sensibili" capaci di inficiare il risultato processuale<sup>35</sup>.

Ed allora, se il c.d. fenomeno dell'elefantiasi delle decisioni così come denunciato dalla Corte nomofilattica trae origine dalla mancata osservanza delle regole dettate a presidio del procedimento probatorio, occorre che tali regole vengano fatte rispettare attraverso il ricorso ai presidi sanzionatori che il codice offre. Non a caso, si è visto come l'arroccarsi su forme di conservazione dell'esistente non giovi nemmeno in termini di efficienza processuale nella misura in cui la violazione delle regole del giusto processo può condurre alla neutralizzazione del risultato processuale conseguito.

*5. Soluzione "storiografica" e vizio di motivazione.* Anche a volere superare le tematiche inerenti alla violazione di legge circa l'osservanza di un corretto metodo probatorio, va evidenziato come le medesime rilevino anche sotto il profilo dell'obbligo motivazionale.

Dal momento in cui l'approccio ricostruttivo perseguito dalla sentenza smarrisce il perimetro dell'imputazione e offusca le ragioni della decisione rendendo le linee argomentative di difficile decifrazione<sup>36</sup> è inevitabile che venga meno la funzione tipica della motivazione, che è quella di rendere ragione dei cardini del *decisum*<sup>37</sup>. Funzione questa che deve essere svolta con ancora maggiore puntualità laddove si assiste a "percorsi probatori" caratterizzati da momenti argomentativi capaci di snaturare il risultato conoscitivo "flettendolo" verso soluzioni diverse attraverso l'impiego di alchimie basate su inferenze logiche ed astrazioni dal dato concreto. Con tali percorsi non si perviene a "scoprire" il risultato di prova ma, al contrario, lo si "costruisce". In tal modo, però, l'apparato argomentativo corre il rischio di fondarsi su una conoscenza che non c'è. Si motiva, in altri termini, su un risultato di prova che non solo

---

<sup>35</sup> Il riferimento è alla c.d. revisione processuale introdotta con sentenza della Corte cost. n.113 del 2011 e all'art. 628-*bis* c.p.p.

<sup>36</sup> V. Cass., Sez VI, 10 novembre 2023, n. 45506, cit.

<sup>37</sup> Il rilievo evidenzia come la motivazione costituisca una categoria funzionale, o è o non è, *tertium non datur*.

nasce da un illegittimo metodo probatorio ma che origina da un momento della realtà diverso da quello ipotizzato. E ciò accade in tutti quei casi nei quali la valutazione del dato probatorio si sostituisce alla sua percezione; quando cioè l'*argumentum* diviene prova. Tale modo di procedere, oltre a generare un vizio estetico di elefantiasi delle decisioni, realizza, come correttamente colto dalla Corte di cassazione, un difetto di motivazione in fatto e cioè relativo alla ricostruzione storica del medesimo<sup>38</sup>. Non deve sfuggire come sul punto il legislatore pretenda elevati *standards* qualitativi di argomentazione. Ne è dimostrazione il combinato operare degli artt. 192, comma 1 e 546, comma 1, lett. e) c.p.p. laddove, da un lato, si pone obbligo al giudice di dare conto, tra le altre cose, dei “risultati acquisiti” e, dall’altro lato, si individua quale requisito di validità della motivazione l’esplicitazione razionale del perché si ritengono “non attendibili le prove contrarie”. Di qui un’attenzione particolare alla motivazione in fatto, che costituisce una scelta indispensabile a fronte di un sistema che ha optato per un processo improntato al razionalismo critico<sup>39</sup>. Pertanto, l’erronea motivazione in fatto, nei termini in cui si è ipotizzato, integra un’evenienza di motivazione apparente<sup>40</sup> in quanto configura un discorso giustificativo il quale, fondandosi su elementi altri o diversi rispetto a quelli esistenti, realizza una motivazione fittizia<sup>41</sup>. Essa non adempie alla funzione che l’ordinamento le ha assegnato e cioè quella di rendere ragione dei motivi a sostegno della decisione, atteso che il suo sviluppo logico-

---

<sup>38</sup> Sul tema si rimanda a BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio in Cassazione*, Padova, 2004, 37 e ss; nel senso che il vizio di motivazione non sarebbe configurabile su questioni in diritto cfr. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, agg., Milano, 1999, 772. Nella medesima direzione, Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2020, F.N. ed altri, Rv n. 280027.

<sup>39</sup> Sul punto cfr. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Intelligenza artificiale, giurisdizione penale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 127, dove specifica che il processo penale si innerva intorno a concetti di «ipotesi e fatti, indizi e prove, verità e dubbio, conferma e falsificazione dell’ipotesi, giustificazione razionale della decisione, controllo impugnatorio della motivazione. Di qui, l’ormai acquisita consapevolezza della valenza soltanto probabilistica del giudizio di conferma dell’enunciato di partenza, in funzione dell’accertamento dell’ottimale corrispondenza, verosimiglianza, plausibilità dell’ipotesi rispetto al fatto realmente accaduto nel passato (*lost facts*). Il paradigma indiziaro postula, cioè, non la certezza o verità materiale e assoluta, ma l’alta credibilità razionale della soluzione decisoria di conferma dell’enunciato di accusa, in termini di alta e qualificata probabilità».

<sup>40</sup> Un simile vizio potrebbe nelle ipotesi estreme integrare anche un travisamento della prova «che si risolve nell’utilizzazione di un’informazione inesistente o nella omessa valutazione della prova esistente agli atti». In tal senso cfr. Cass., Sez VI, 16 ottobre 2020, n. 36512; in termini, Cass., Sez IV, 24 marzo 2016, n. 17656; Cass., Sez III, 24 settembre 2015, n. 45637.

<sup>41</sup> Sull’argomento si rimanda a IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 365.

argomentativo fornisce un discorso giustificativo meramente di facciata. Deve peraltro rimarcarsi che l'obbligo di motivazione, per come congegnato dagli artt. 192, comma 1 e 546, comma 1, lett e) c.p.p., costituisce l'antidoto ad esercizi arbitrari sulla valutazione dei singoli momenti conoscitivi destinati ad una "fedele" ricostruzione del fatto. Tale obbligo di "fedeltà" rappresenta un momento imprescindibile del controllo sulla motivazione. Non a caso, la stessa Corte nomofilattica ha precisato che un «caso di infedeltà al testo del processo va individuato nelle premesse logico giuridiche della motivazione della sentenza» nelle evenienze in cui il giudice di merito «disancorandosi consapevolmente dalle ipotesi antagoniste prospettate dall'accusa e dalla difesa ed esimendosi dall'obbligo istituzionale di sciogliere i nodi del confronto dialettico sviluppatosi sia sulle ipotesi che sulle prove [...] ha deciso di sottoporre a verifica giudiziale un suo teorema [...] formulato in via autonoma ed alternativa in violazione delle corrette regole di valutazione della prova»<sup>42</sup>. Emerge, quindi, che il richiamo alla "fedeltà al processo" può e deve essere vissuto come obbligo di non allontanarsi dal momento conoscitivo; è su di esso, infatti, che si deve esprimere il giudizio la cui alterazione contenutistica, in qualsiasi modo avvenga, determina un'alterazione del *decisum*.

Il rilievo è foriero di ulteriori considerazioni ove si ponga mente al fatto che l'accesso al giudice della Cassazione costituisce un diritto espressamente riconosciuto in Costituzione dall'art. 111 comma 7. Pertanto, il controllo in quella sede contemplato deve essere effettivo perché ad esso è affidata, nel disegno costituzionale, l'adozione di una "giusta decisione".

6. *Il presidio costituzionale sull'obbligo di motivare*. Solo così si rispetta il dovere costituzionale dell'obbligo di motivazione: con questa, infatti, il giudicante deve dar conto di aver svolto in modo effettivo la sua funzione e deve esplicitare le ragioni della decisione. La soluzione è imposta dall'art.111, comma 6, Cost. secondo cui «i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»<sup>43</sup>. Al di là del valore oggettivo del presidio costituzionale, quel che conta sono le ragioni di fondo che lo giustificano. La motivazione, infatti, è

<sup>42</sup> Così Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276.

<sup>43</sup> Sul valore all'interno dell'ordinamento del dovere di motivare si rimanda ad AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 185; MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 28.

l'esplicazione razionale della decisione<sup>44</sup>; si tratta di un atto d'intelligenza postuma attraverso cui il giudice "rende conto" della decisione adottata che si caratterizza come espressione razionale del momento emotivo del giudizio, inevitabilmente condizionato da quel sistema di valori di cui è portatore il dato probatorio<sup>45</sup>.

La previsione di un obbligo di motivare ha origini storiche che si compendiano nelle volontà di affidare il potere di *ius dicere* non a giurie ma a giudici professionali<sup>46</sup> e questi devono consentire una valutazione-controllo di come la giustizia venga amministrata. L'opzione di sistema è resa ancora più cogente dalla scelta di un "diritto probatorio" che, rifiutando il regime delle prove legali, ha optato per l'adesione al c.d. principio del libero convincimento la cui operatività, ancorché limitata al singolo esperimento probatorio e quindi non estensibile alla valutazione complessiva del "contesto conoscitivo", è subordinata all'osservanza della regola processuale dell'articolo 192, comma 1, c.p.p. laddove dispone che «il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione di risultati acquisiti e dei criteri adottati». Ne deriva come, per volontà normativa, l'obbligo di motivazione costituisca l'antidoto ad esercizi arbitrari sulla valutazione dei singoli dati conoscitivi. La regola processuale in discorso, a ben vedere, altro non è che il momento applicativo di specifici precetti costituzionali. Se, infatti, si procede ad un raccordo dell'art. 101, comma 1, con l'art. 111, comma 6, Cost. emerge un connubio tra il potere di decidere e il dovere di motivare. Affermandosi che «la giustizia è amministrata in nome

---

<sup>44</sup> Cfr. MASSA, voce *Motivazione della sentenza (dir. proc. Pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1.

<sup>45</sup> Quanto affermato altro non è che la naturale conseguenza dell'inscindibilità tra fatto e valore. Infatti, il dato è portatore di valore nel senso che impone al soggetto decidente il giudizio sulla base delle proprie strutture di valore. Ne consegue, quindi, che il dato sul quale si deve esprimere il giudizio, attinge contemporaneamente la sfera conoscitiva ed emozionale del soggetto senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti. La considerazione deriva dalla consapevolezza che non esiste una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale (sul punto, con specifico riferimento al valore dell'immutabilità del giudice, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 170). Pertanto, come correttamente rilevato, una presa di coscienza rispetto al dato implica «l'inferenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venire isolato dall'altro in un'operazione densa di rapporti scambievoli il cui rispettivo peso dà l'impressione di poter essere colto soltanto rispetto a quei casi in cui l'usualità ricorrente dell'atteggiarsi in un senso determinato della coscienza emozionale della percezione del dato, sembra annullare il momento valutativo e lasciare in rilievo quello meramente conoscitivo». Così, MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 168.

<sup>46</sup> Sul tema cfr. AMATO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 444; IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1977, 761.

del popolo» si specifica poi come tale “potere” debba essere assoggettato ad una motivazione imposta con un sintagma lessicale direttamente precettivo come può evincersi 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 ed in particolare deve essere esercitato in modo tale da poterne effettuare un controllo. Tutto ciò assegna all’obbligo di motivazione la specifica funzione di consentire una verifica sui modi di esercizio del potere giurisdizionale, e tale verifica deve realizzarsi sia all’interno che all’esterno del processo. Sotto il primo profilo, si consente alle parti di comprendere i motivi della decisione e, quindi, di poter formulare le proprie doglianze al giudice dell’impugnazione<sup>17</sup>; con riferimento alla seconda prospettiva, deve consentirsi alla comunità di “giudicare il giudizio” realizzandosi per tale via un “controllo democratico diffuso”<sup>18</sup>. Il giudice, pertanto, quando esercita le funzioni non deve pensare di avere come destinatari solo le parti del processo, bensì tutti cittadini. Come correttamente evidenziato, viene qui in rilievo un «profilo di trasparenza e visibilità del potere giudiziario»<sup>19</sup>. Se quindi si è sensibili a garantire tale aspetto non si può pervenire a letture riduttive dell’obbligo di motivazione. Questa costituisce sicuramente una forma, ma tale forma mira a garantire e rendere effettivi principi costituzionali.

7. *Conclusioni.* Le decisioni giudiziarie, pertanto, non possono fondarsi su metodologie acquisitive e valutative di natura storiografica. Se è vero che sotto alcuni profili l’attività del giudice presenta affinità con quella dello storico<sup>50</sup>

---

<sup>17</sup> Qui la motivazione tutela l’imputato da degenerazioni decisorie. Sul tema cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985, 965.

<sup>18</sup> La felice espressione è di AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, cit., 185.

<sup>19</sup> In tale corretta prospettiva PAULESU, in *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 150.

<sup>50</sup> Si richiamano qui le considerazioni di CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 105. Sul tema non è mancato chi ha posto in evidenza come l’attività ricostruttiva dello storico si differenzi da quella del giudice per il fatto che, mentre quest’ultimo nella ricostruzione del fatto deve osservanza alle regole del procedimento probatorio, lo storico può avvalersi di forme di conoscenza “libere”. In tal senso UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006, 1214. Sull’argomento si è anche evidenziato come l’attività dello storico non si limiti ad accertare i fatti, ma dagli stessi è chiamato a porre problemi, in questa direzione TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 313. Da ultimo, per acute considerazioni sul tema, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza, la logica dell’ipotesi, il paradigma dell’interesse*, Padova, 2016, 292.

nella misura in cui è chiamato a ricostruire un fatto del passato che non è più<sup>51</sup>, è anche vero che mentre da un lato vi è una forma di conoscenza a contenuto libero, dall'altro lato sono ammesse solo conoscenze regolamentate<sup>52</sup>. E quando, per stessa ammissione della Corte di cassazione, non può acconsentirsi ad un'indagine giudiziale che perde di vista il perimetro dell'imputazione e quindi "offusca le ragioni della decisione" rendendo le linee argomentative di difficile interpretazione<sup>53</sup>, occorre prendere atto che si è in presenza di un metodo che, violando le regole probatorie, perviene ai risultati di prova attraverso astrazioni generalizzate in cui si inseriscono soggettive "mediazioni intellettuali" di natura logica. In altre parole, non si rispetta la funzione epistemica della motivazione che impone l'onere di argomentare sui risultati acquisiti e sul perché non si ritengono attendibili i risultati contrari. In tal modo, però, il metodo utilizzato non "scopre" il risultato probatorio ma lo "genera" attraverso un momento di confusione tra il risultato conoscitivo e l'argomentazione probatoria. Questa, infatti, non appartiene all'estrinsecazione fenomenica della realtà, bensì all'opinione sulla medesima e, in quanto tale, è bandita dalla base conoscitiva su cui si fonda l'argomentazione giudiziaria. Inoltre, non deve sottovalutarsi la considerazione che una forma di giudizio che sostituisce gli argomenti al risultato di prova tradisce l'esigenza di un giudizio di "corrispondenza ai fatti" ed esprime il valore tipico di un giudizio "potestativo" e non "cognitivo". Peraltro, quando la decisione non muove dalla constatazione di un fatto, bensì dalle mediazioni

<sup>51</sup> In tale attività di ricostruzione è stata vista la "magia" del processo, poiché «questo rivivere che il giudice attraverso il rivivere degli altri non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile, è un far presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere attraverso segni che significano ma non sono la cosa significata». Così, CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59.

<sup>52</sup> Si è correttamente rilevato che nel settore del diritto probatorio «quanto vale nel mondo esterno non sempre vale nel procedimento probatorio, ma deve esservi introdotto attraverso certi filtri che regolano il flusso delle informazioni che provengono ab extra e devono essere elaborate dal giudice. Se le maglie di questi filtri o criteri di prova si allentano e si vanificano, con l'abolizione di fatto delle regole di esclusione (come quando si consideri la ricerca della verità materiale nel singolo caso come unico scopo del procedimento probatorio), si perviene talvolta al risultato paradossale di pregiudicare la stessa sicurezza della ricerca, garantita dalle esperienze accumulate nei secoli per la eliminazione degli errori. Il rispetto delle norme di esclusione della prova può anche, in alcuni casi, costituire un ostacolo alla ricerca della verità materiale, che potrebbe essere invece assicurata da un sistema che si identifichi con un tipo libero di processo conoscitivo. Ma l'essenza del processo probatorio risiede proprio in questa possibile frattura o dissociazione che può delinarsi tra la realtà e il suo equivalente giudiziario, come conseguenza del limite alla libera ricerca». Così DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 210.

<sup>53</sup> In tal senso Cass., Sez VI, 10 novembre 2023, n. 45506, cit.

logiche inerenti la possibile esistenza di quel fatto, diviene difficile immaginare la possibilità di un controllo effettivo il quale può realizzarsi solo se si lavora sulla cognizione di un fatto ma non quando allo stesso viene sostituita una mediazione probatoria di natura logica. Questa, se può conseguire all'accertamento ricostruttivo non ne può divenire la base su cui il medesimo si fonda.

Se non si resta aderenti alle linee di metodo probatorio nelle forme di giudizio si espande il potere svincolato da ogni limite normativo ed allora la decisione si tramuta in un'attività a forma libera tipica di un ordinamento probatorio omnivoro. Accade così che lo storico prende il sopravvento sul giudice; il diritto libero sopprime il diritto regolamentato con l'effetto che quel che conta è il risultato e non già come si perviene allo stesso. Eppure, è noto come l'opzione ideologica del legislatore si muova in una direttrice del tutto contraria. L'introduzione di un limite di conoscibilità dei dati conoscitivi svela il recepimento di una concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche, ma i modi di produzione della verità<sup>54</sup>. Il fine del processo, infatti, non è soltanto la scoperta del vero o la difesa della società, ma è anche e soprattutto il fatto che la lotta contro il crimine sia condotta «in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole»<sup>55</sup>.

La prospettiva assiologica di fondo si rinviene nella consapevolezza che il sapere giudiziale incontra dei limiti<sup>56</sup> scaturenti da specifici diritti. Potere e limite, quindi, risultano essere le caratteristiche dell'accertamento giudiziale. Il metodo con cui si «indaga deve, dunque, costituire di per sé un valore perché - purificando il materiale della decisione - restringe il campo in cui si esercita l'arbitrio del giudice»<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Sul tema si rimanda a DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 221.

<sup>55</sup> Così NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 24.

<sup>56</sup> Da tempo si è affermato che il fine del processo penale non è quello di «affliggere di pena un reo in qualunque modo» muovendo una specifica critica «a chi a tempi nostri tiene il rito e le forme in conto di cerimonie vane, ripetendo sempre che il rito vero sta nella coscienza dé magistrati». Così NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, I, cit., 396.

<sup>57</sup> In tal senso ancora NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 26. Sul tema si era specificato che «la legge toglie di mezzo alcune prove e depura e rende legali col suo metodo quelle che la prudenza del magistrato è in arbitrio di raccogliere; sopra queste sole egli può esercitare la critica; in ciò solo vale la regola che sta nel suo arbitrio, la questione di fatto». Così NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, II, cit., 783.

Pertanto, l'osservanza di un metodo legale probatorio è imposta anche dalla consapevolezza che esso costituisce un valore in quanto tutela da degenerazioni decisorie mediante il presidio di limiti conoscitivi per il giudice<sup>58</sup>. In tal modo, le regole gnoseologiche non realizzano inutili formalismi ma, quali specifiche espressioni di un valore, costituiscono un approdo che rappresenta un'esigenza etica da rispettare: il risultato del processo conta almeno quanto il modo con cui lo si raggiunge<sup>59</sup>.

Si coglie, così, un'etica della legalità imposta ancor di più in sede probatoria in quanto la sanzione per l'inosservanza delle regole del relativo procedimento mira a garantire quei principi che, per l'appunto, quelle forme intendevano tutelare. Emerge, in tal modo, il valore contenutistico del formalismo «complemento inseparabile della libertà dell'individuo»<sup>60</sup>, pervenendosi al binomio «legalità e giustizia». Quest'ultima non si può perseguire senza la prima.

Se si è consapevoli di tale realtà e si vuole dare seguito al monito espresso dalla Corte di cassazione occorre iniziare a pretendere maggiore attenzione all'osservanza delle regole di conoscenza giudiziale e in particolare alle forme di redazione di una corretta imputazione. È infatti in quella sede che si aprono i varchi a «libertinaggi» probatori e valutativi e, se veramente si vuole andare fino in fondo per il ripristino di un diritto «osservato», occorre avere il coraggio di abbandonare quella che è stata definita la «giurisprudenza degli interessi»<sup>61</sup> e pretendere una puntuale e chiara descrizione dell'addebito processuale che, delimitando il perimetro del giudizio, previene esondazioni probatorie e, con esse, elefantiasi delle decisioni.

---

<sup>58</sup> Sul valore delle forme processuali con particolare riferimento al metodo probatorio v. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., dove si precisa che la prova è sempre un atto legittimo tanto nell'ipotesi di prova legale quanto in quella di prova libera o «morale». Nel primo caso si tratterà di atto legittimo nella sostanza e nella forma, nel secondo di un atto legittimo nella forma e razionale nella sostanza.

<sup>59</sup> Sul punto si rimanda ancora a CORDERO, *Diatribie sul processo accusatorio*, cit., 220.

<sup>60</sup> Così, MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, 1, Gallimard, 865.

<sup>61</sup> Il tema è trattato da FOSCHINI, *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*, in *Riv. dir. pen.*, 1951, 219.