

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

L'ANALISI
ARGOMENTATIVA
E L'ANALISI GIURIDICA
DELLA MOTIVAZIONE
DEL GIUDICE COMUNE

I. ANALISI DELLA MOTIVAZIONE
QUALIFICATORIA E ANALISI
DELLA MOTIVAZIONE CENSORIA
DI QUELLA RELATIVA
ALLA FORZA PROBATORIA
DELLA TESTIMONIANZA

GAETANO **CARLIZZI**



L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune
I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza

The Argumentative and the Legal Analysis of the Justification of the Common Judgment.
I. Analyses of the Qualificatory Justification and Analyses of the Justification of the Legitimacy Check on the Justification of the Trial Judge Concerning the Probative Value of the Common Testimony

GAETANO CARLIZZI

Giudice del Tribunale Militare di Napoli. Docente di Teoria dell'argomentazione giuridica nell'Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli.
E-mail: gaetano_carlizzi@libero.it

ABSTRACT

Attraverso un saggio diviso in varie parti, si intende teorizzare e praticare l'analisi argomentativa della motivazione del giudice comune, in particolare penale. In questa prima parte, dopo aver stabilito i principi fondamentali dell'analisi argomentativa, essa verrà confrontata con l'analisi giuridica. Il confronto verrà condotto analizzando da entrambi i punti di vista sia una immaginaria motivazione qualificatoria, sia una reale motivazione censoria di una motivazione relativa alla forza probatoria della testimonianza, contenuta nella sentenza Cass., Sez. VI, n. 3041/2018.

The work, which will be divided in many parts, aims both to give a theory of the argumentative analysis of the justification of the common judgment, particularly of the criminal one, as well as some examples of such analysis. In this first part, after explaining the fundamental principles of the argumentative analysis, it will be compared to the legal analysis. The comparison will be made by analysing from both points of view, on the one hand, a fictional qualificatory justification, on the other hand, a real justification of the legitimacy check on the justification of the trial judge concerning the probative value of the common testimony. The latter justification has been extracted from the judgment of the Corte di Cassazione, Sez. VI, n. 3041/2018.

KEYWORDS

Argomentazione giuridica, motivazione giudiziale, interpretazione normativa, valutazione evidenziale, forza probatoria della testimonianza

Legal argumentation, judicial justification, legal interpretation, evidential assessment, probative value of common testimony

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza n. 3041/2018

L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune

I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza

GAETANO CARLIZZI

Questo libro, forse, lo comprenderà solo colui che già a sua volta abbia pensato i pensieri ivi espressi – o, almeno, pensieri simili –.
(L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Prefazione, incipit)

1. *Programma* – 2. *Motivazione di merito e motivazione di legittimità* – 3. *L'analisi della motivazione qualificatoria* – 3.1. *Definizione delle due forme principali di analisi* – 3.2. *Confronto pratico tra le due forme di analisi* – 4. *L'analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza* – 4.1. *Aspetti generali dell'analisi della motivazione censoria di quella probatoria* – 4.2. *Analisi argomentativa e analisi giuridica della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza. Nota a Cass., Sez. VI, n. 3041/2018* – 4.2.1. *Analisi argomentativa* – 4.2.1.1. *Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e generale* – 4.2.1.2. *Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e speciale* – 4.2.1.3. *Ragionamento relativo al principio probatorio (interamente) materiale e speciale* – 4.2.1.4. *Ragionamento relativo alla regola probatoria materiale e speciale* – 4.2.1.5. *Ragionamento relativo alla tesi censoria* – 4.2.2. *Analisi giuridica* – 4.2.2.1. *Riferimento al principio del libero convincimento* – 4.2.2.2. *Selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale* – 4.2.2.3. *Peculiarità dei requisiti di attendibilità testimoniale* – 4.2.2.4. *Valutazione di attendibilità delle testimonianze e valutazione di persuasività degli indizi.*

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza n. 3041/2018

1. *Programma*

Il fine principale della rubrica che ospita questo saggio, “*Ratio decidendi*”, è di promuovere un “genere letterario” ancora poco coltivato nella nostra cultura giuridica. Mi riferisco all’analisi scientifico-argomentativa (d’ora in poi: argomentativa) della motivazione giudiziaria, in particolare dei provvedimenti (d’ora in poi: sentenze) delle corti poste al vertice dei vari sistemi di giustizia¹.

Preliminarmente va evidenziata la molteplicità delle forme di motivazione giudiziaria, delle forme di analisi di tale motivazione, nonché delle possibili combinazioni tra le forme dei due ordini. In particolare, sotto il primo profilo, relativo all’oggetto, oltre che la motivazione del giudice comune, suscettibili di analisi sono la motivazione del giudice costituzionale, del giudice sovranazionale e così via. Sotto il secondo profilo, relativo al metodo, oltre che da un punto di vista argomentativo, la motivazione giudiziaria può essere analizzata da un punto di vista scientifico-giuridico (d’ora in poi: giuridico), retorico e così via.

Nella presente sede mi propongo di teorizzare e praticare l’analisi argomentativa della motivazione del giudice comune, in particolare penale. Tuttavia, proprio a causa della pluralità delle pos-

¹ Cfr. CARLIZZI, PINO 2018.

sibili combinazioni suddette, l'attuazione di questo progetto non può essere compiuta in un'unica soluzione. Pertanto, in questa prima parte del saggio, mi limiterò:

A) sul piano *teorico*, a distinguere le due *specie di motivazione* del giudice comune (di merito e di legittimità), le due *parti principali* in cui può essere idealmente divisa la motivazione della prima specie (motivazione probatoria/qualificatoria) e della seconda (motivazione censoria di quella probatoria/di quella qualificatoria), nonché le due *questioni probatorie particolari* che la motivazione della prima specie deve risolvere e la cui corretta soluzione deve essere controllata dalla motivazione della seconda (questione della forza probatoria delle comunicazioni/degli indizi) (§ 2);

B) sul piano *pratico*, a confrontare l'analisi *argomentativa* con l'analisi *giuridica* con riguardo sia a una immaginaria motivazione *qualificatoria* (§ 3), sia a una reale motivazione *censoria* di una motivazione relativa alla forza *probatoria* della *testimonianza* (quale forma esemplare di evidenza comunicativa), motivazione, quella censoria, contenuta nella sentenza Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 3041 (§ 4).

Questo comporta che il confronto tra l'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione della forza *probatoria* delle *comunicazioni* e degli *indizi*, nonché della motivazione *censoria* di quella relativa alla forza probatoria degli *indizi* dovrà essere svolto in saggi futuri (il confronto tra le due analisi relativamente alla motivazione *censoria* di quella *qualificatoria* verrà invece tralasciato, dal momento che, sotto questo riguardo, la motivazione censoria non differisce significativamente da quella qualificatoria).

2. Motivazione di merito e motivazione di legittimità

Nel nostro e in altri ordinamenti, l'organizzazione giudiziaria è fondata sulla distinzione tra giudici di merito (giudici di pace, tribunali, corti di assise e relative corti di appello) e giudice di legittimità (Corte di Cassazione). Poiché i giudici dei due ordini sono titolari di funzioni diverse, anche le motivazioni delle sentenze che essi sono tenuti redigere (artt. III, comma 6, Cost., 546, comma 1, lett. e, c.p.p.) hanno configurazioni differenti.

In particolare, la *motivazione di merito* espone le ragioni per cui il relativo giudice ha risolto in un certo modo sia la questione se i fatti di causa (processuali o sostanziali) sono accaduti o accadono (*questione probatoria*), sia la questione se e a quale titolo essi sono giuridicamente rilevanti (*questione qualificatoria*). D'altro canto, la prima questione può essere divisa in due sottoquestioni, che riflettono la dicotomia fondamentale delle prove (*comunicazioni* e *indizi*), dato che la forza probatoria dei fatti del primo tipo funziona diversamente da quella dei fatti del secondo tipo (*questione della forza probatoria delle comunicazioni/degli indizi*). Tanto chiarito, per ciascun fatto di causa, sia la questione probatoria sia la questione qualificatoria può essere risolta in senso positivo o negativo e deve essere risolta secondo un modello tipico, quello della *valutazione evidenziale*² (in senso lato) e, rispettivamente, dell'*interpretazione normativa* (in senso lato). Correlativamente a tutto ciò, la motivazione di merito è idealmente divisibile in due parti, che chiamerò per coerenza "*motivazione (della forza) probatoria (delle comunicazioni o degli indizi)*" e "*motivazione qualificatoria*".

D'altro canto, la *motivazione di legittimità* espone le ragioni per cui il relativo giudice ha risolto in un certo modo la questione se i *vizi* giuridici *denunciati* dal ricorrente affliggono effettivamente la sentenza di merito impugnata. In particolare, limitandoci alle questioni probatorie e qualificatorie

² Uso questo neologismo, certamente un po' cacofonico, per rimediare a una lacuna del nostro lessico: a differenza che nella lingua inglese, dove il termine "*evidence*" designa un elemento di prova da valutare, mentre il termine "*proof*" designa il risultato della valutazione di tale elemento, in italiano le due figure sono designate dallo stesso termine, ossia "*prova*", con tutte le ambiguità che ne derivano.

effettivamente risolte da quest'ultimo, la motivazione di legittimità espone le ragioni per cui il relativo giudice ha risolto in un certo modo la questione se la motivazione di merito, sia essa (della forza) probatoria (delle comunicazioni o degli indizi) oppure qualificatoria, è conforme al diritto processuale o, rispettivamente, sostanziale. Correlativamente a ciò, anche la motivazione di legittimità è idealmente divisibile in due parti, che, data la sua inerenza alla due suddette parti di quella di merito, la funzione di controllo esercitata dal giudice che la redige e l'esigenza di evitare equivoci, propongo di chiamare “*motivazione censoria di quella (relativa alla forza) probatoria (delle comunicazioni o degli indizi)*” e “*motivazione censoria di quella qualificatoria*”.

3. L'analisi della motivazione qualificatoria

3.1. Definizione delle due forme principali di analisi

L'*analisi giuridica* della motivazione qualificatoria è la forma di analisi più diffusa. Essa rientra tipicamente nella competenza del penalista, del processualpenalista e così via, e si propone di stabilire se la motivazione della qualificazione di un fatto compiuta in una sentenza è conforme al diritto. Tale correttezza, a sua volta, dipende dalla corrispondenza delle “proposizioni cruciali” della motivazione alle concezioni teorico-, metodologico- e dogmatico-giuridiche dell'analista di turno.

Sennonché, il punto di vista giuridico non basta a sé stesso, in quanto consente di stabilire, sì, se le suddette proposizioni cruciali sono giuridicamente corrette nel senso indicato, ma non *quali* sono tali proposizioni cruciali. A tal fine, è necessario l'intervento dell'*analisi argomentativa*, coltivata innanzitutto dallo scienziato (teorico e metodologo) dell'argomentazione giuridica. Costui, muovendo dalle acquisizioni della propria materia: sa quali specie di proposizioni devono sussistere per la *completezza* minima della motivazione e quali specie di proposizioni possono dare sostegno a queste ultime (fondamento *teorico*-argomentativo); sa in quale modo devono concatenarsi tra loro le proposizioni di queste specie, nonché le inferenze che esse compongono, ai fini della *validità* della stessa motivazione (fondamento *metodologico*-argomentativo); è in grado, su queste basi, di *comprendere* se e quali proposizioni e concatenazioni di questi tipi sono effettivamente contenute nella motivazione, o perché espone in forma precisa o perché comunque ricavabili dal suo testo (prestazione *ermeneutico*-argomentativa, che costituisce il nucleo dell'analisi argomentativa della motivazione).

3.2. Confronto pratico tra le due forme di analisi

Dopo aver stabilito le definizioni dell'*analisi argomentativa* e dell'*analisi giuridica* della motivazione qualificatoria, intendo ora confrontarle in pratica, ossia svilupparle con riguardo a una stessa motivazione qualificatoria, sia pure immaginaria. Ciò al fine non solo di approfondire la diversità dei due approcci, ma anche di mostrare la loro complementarità. Per semplicità mi concentrerò su una singola sezione della motivazione, modellata su un caso tratto dai lavori preparatori del codice penale. Essa giustifica la conclusione che il fatto imputato a Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsene, è qualificabile come “sottrazione” ai sensi della norma sul furto (art. 624 c.p.).

L'analisi argomentativa e quella giuridica di tale motivazione, che spiegherò dopo averle espone, possono essere presentate nelle forme indicate nelle seguenti tabelle³ (le didascalie punteggiate in testa alle colonne stanno, rispettivamente, per: *enunciato*, risultati dell'*analisi argomentativa*, *proposizione cruciale* e risultati dell'*analisi giuridica* della motivazione qualificatoria).

³ Per alcuni dei cui contenuti sono debitore della insuperabile opera di ENGISCH 1943, 13-37, nonché degli illuminanti spunti di GUASTINI 2004, 139-141. Per uno sviluppo di questi ultimi, cfr., di recente, CANALE, TUZET 2020.

I) Ragionamento relativo al criterio interpretativo

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
---	Manca un <u>principio di scelta di un criterio interpretativo</u>	1) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 1') Se un ordinamento è incentrato sul principio di legalità e sulla competenza legislativa del Parlamento e del Governo, il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice di tale ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico
---	Manca un'applicazione di un principio di scelta di un criterio interpretativo	2) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 2') Il nostro è un ordinamento incentrato sul principio di legalità e sulla competenza legislativa del Parlamento e del Governo
DUNQUE			
"a b c"	C'è un <u>criterio interpretativo</u>	3) Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i>	È <u>preferibile ritenere che:</u> 3') Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico

II) Ragionamento relativo all'applicazione del criterio interpretativo

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
---	Manca un <u>principio di scelta di un'applicazione di un criterio interpretativo</u>	4) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 4') Se una parola compare in un articolo del c.p., essa è contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento. Il suo significato letterale maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico è quello, tra i suoi significati elencati dal vocabolario V, che forma oggetto della volontà espressa nei lavori preparatori dello stesso c.p.
---	Manca un'applicazione di un principio di scelta di un'applicazione di un criterio interpretativo	5) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 5') "Sottrazione" compare nell'art. 624 c.p. Dei suoi significati letterali elencati nel vocabolario V, quello che forma oggetto della volontà espressa nei lavori dello stesso c.p. è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa
DUNQUE			
"d e f"	C'è un'applicazione di un <u>criterio interpretativo</u>	6) "Sottrazione" è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i> è: eliminazione della possibilità che il detentore di una cosa ha di usarla nell'immediato	È <u>preferibile ritenere che:</u> 6') "Sottrazione" è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa

III) Ragionamento relativo alla tesi interpretativa

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
“a b c”	C'è un <u>criterio interpretativo</u>	3) Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i>	È <u>preferibile ritenere</u> che: 3') Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico
“d e f”	C'è <u>un'applicazione di un criterio interpretativo</u>	6) “Sottrazione” è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i> è: eliminazione della possibilità che il detentore di una cosa ha di usarla nell'immediato	È <u>preferibile ritenere</u> che: 6') “Sottrazione” è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa
DUNQUE			
“g h i”	C'è una <u>tesi interpretativa</u>	7) Il significato penalistico di “sottrazione” è: eliminazione della possibilità che il detentore di una cosa ha di usarla nell'immediato	È <u>preferibile ritenere</u> che: 7') Il significato penalistico di “sottrazione” è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa

IV) Ragionamento relativo alla tesi subordinativa (o sussuntiva generale)

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
---	Manca un <u>criterio subordinativo</u>	8) ---	<u>Bisogna ritenere</u> che: 8') Se certi fatti realizzano nello stesso specifico modo le proprietà indicate dal significato penalistico di una parola contenuta in una disposizione incriminatrice o comunque sono presi in considerazione come casi di tale significato dai lavori preparatori del codice, essi compongono una sottoclasse rientrante nella portata dello stesso significato
---	Manca <u>un'applicazione di un criterio subordinativo (debitrice di 7)</u>	9) ---	<u>Bisogna ritenere</u> che: 9') I fatti consistenti nel prendere il portafogli che un'altra persona ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi realizzano nello stesso specifico modo le proprietà indicate dal significato penalistico della parola “sottrazione”, contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p., e comunque sono presi in considerazione come casi di tale significato dai lavori preparatori del codice

DUNQUE			
"l m n"	C'è una <u>tesi subordinativa</u>	10) I fatti consistenti nel prendere il portafogli che un'altra persona ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi non compongono una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola "sottrazione", contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.	È <u>preferibile ritenere</u> che: 10') I fatti consistenti nel prendere il portafogli che un'altra persona ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi compongono una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola "sottrazione", contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.

V) Ragionamento relativo alla tesi qualificatoria

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
"o p q"	C'è un <u>criterio qualificatorio</u>	11) Se e solo se un fatto è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola contenuta in una disposizione incriminatrice, esso deve essere qualificato con questa parola ai sensi della stessa disposizione	<u>Bisogna convenire</u> che: 11') Se e solo se un fatto è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola contenuta in una disposizione incriminatrice, esso deve essere qualificato con questa parola ai sensi della stessa disposizione
"r s t"	C'è un' <u>applicazione</u> di un criterio qualificatorio (o sussunzione individuale, debitrice di 10)	12) Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, non è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola "sottrazione", contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.	È <u>preferibile ritenere</u> che: 12') Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola "sottrazione", contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.
DUNQUE			
"x y z"	C'è una <u>tesi qualificatoria</u>	13) Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, non deve essere qualificato con il termine "sottrazione" ai sensi dell'art. 624 c.p.	È <u>preferibile ritenere</u> che: 13') Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, deve essere qualificato con il termine "sottrazione" ai sensi dell'art. 624 c.p.

Poiché le particolarità dell'analisi argomentativa della motivazione *qualificatoria*, anche in rapporto alla sua analisi giuridica, sono state già illustrate in due eccellenti note apparse in questa rubrica (le quali, peraltro, usano terminologie un po' diverse)⁴, nel prosieguo di questo paragrafo mi limiterò a svolgere poche osservazioni essenziali. Ciò soprattutto in funzione preparatoria del discorso che mi interessa maggiormente, relativo al confronto tra l'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione in materia *probatoria*⁵.

La spiegazione seguente va letta in stretta correlazione ai contenuti delle tabelle, perché altrimenti potrebbe risultare eccessivamente astratta:

⁴ CHIASSONI 2018, DICIOTTI 2019. Una rigorosa analisi argomentativa si trova anche in un altro contributo apparso in questa rubrica: VELLUZZI 2019. Per una chiara teoria dell'argomentazione interpretativa in generale, cfr. il recentissimo PINO 2021, cap. 8 e 9.

⁵ Anche in tale materia sono apparsi importanti contributi nella presente rubrica, dedicati agli standard di prova e alla prova indiziaria: cfr. FERRER BELTRÁN, TUZET 2018 e, rispettivamente, UBERTIS 2020.

A) le tabelle proposte, frutto di una ricostruzione *metascientifica* (o filosofica), sono cinque e corrispondono al ragionamento sfociante nella tesi qualificatoria conclusiva e agli altri ragionamenti che, concatenandosi tra loro, preparano il nucleo delle sue necessarie premesse (ragionamenti relativi: al criterio interpretativo, alla sua applicazione, alla tesi interpretativa e a quella subordinativa o sussuntiva generale). Idealmente, la motivazione qualificatoria è data dalla correlazione tra questi cinque ragionamenti. Tuttavia, se, dal punto di vista *logico*, essi si susseguono nel modo indicato, dal punto di vista *epistemologico* si susseguono in senso contrario. Infatti, come per individuare le due premesse del ragionamento sfociante nella proposizione finale (la tesi qualificatoria) bisogna partire da quest'ultima, così, per individuare i ragionamenti che servono a individuare tali premesse concatenandosi l'uno con l'altro bisogna partire da esse e risalire a ritroso.

B) quanto appena detto lascia aperti due *problemi*, che qui mi devo limitare ad accennare e che è compito di una compiuta scienza dell'argomentazione risolvere:

b₁) il primo problema riguarda la *sufficienza* dei cinque ragionamenti proposti. In altre parole, ammesso che una motivazione li sviluppi compiutamente (ciò che nella prassi non capita mai e che nel diagramma proposto è stato fatto solo dal punto di vista giuridico, per mostrare la configurazione tipica di tutte le proposizioni che compongono gli stessi ragionamenti), deve ritenersi per ciò solo che essa sia completa? Oppure alcune delle proposizioni che compaiono o sarebbero potute comparire nella tabella (es.: quella che compare come applicazione del criterio subordinativo) possono e devono essere ulteriormente argomentate per la completezza della motivazione?

b₂) il secondo problema riguarda la *necessità* degli stessi cinque ragionamenti proposti. Se questa vale certamente per il ragionamento finale, relativo alla tesi qualificatoria, dubbi sorgono rispetto ai quattro ragionamenti restanti. In altri termini, devono essi emergere tutti in una motivazione per la sua completezza oppure basta che ne emergano solo alcuni? E, qualora si risponda nel secondo senso (cosa che alcuni studiosi dell'argomentazione giuridica hanno fatto, escludendo, ad esempio, la necessità del ragionamento relativo alla tesi subordinativa⁶), quali sono i ragionamenti necessari ai suddetti fini?

C) nella *prima* colonna compaiono gli *enunciati* della motivazione che costituiscono il termine immediato di analisi per entrambe le analisi in raffronto. Solo che, mentre il primo approccio è interessato all'aspetto formale, il secondo è interessato all'aspetto materiale del suo contenuto, nel senso che chiarirò tra breve. Ciascun riquadro della colonna presenta o non presenta lettere tra virgolette a seconda che nella motivazione vi sia o non vi sia un enunciato (o un gruppo di enunciati) che consente di ricavare una proposizione cruciale (nel senso che chiarirò tra breve).

D) correlativamente a ciò, nella *seconda* colonna compaiono i risultati dell'analisi *argomentativa*. Essa, costituendo applicazione della scienza dell'argomentazione giuridica, riconosce la presenza o l'assenza sia delle proposizioni che devono sussistere per la *completezza* minima della motivazione, sia delle proposizioni che possono dare sostegno a queste ultime (in entrambi i casi: "*proposizioni cruciali*", indicate nella terza colonna), che inquadra secondo le categorie (teoriche) e dispone secondo gli schemi (metodologici) elaborati dalla suddetta scienza (come criterio interpretativo, tesi qualificatoria ecc.). Tre precisazioni si impongono riguardo all'analisi in esame. Essa:

d₁) è interessata all'aspetto *formale* del contenuto della motivazione, ossia a stabilire se questo sia riconducibile alle suddette categorie e ai suddetti schemi, di cui si impegna dunque a fornire un *resoconto* almeno sommario (es.: illustrando la configurazione tipica del criterio di interpretazione letterale). Dunque, l'analisi argomentativa, a differenza di quella giuridica, non è interessata a decidere se tale contenuto sia *materialmente* il più plausibile (ad esempio, se il criterio interpretativo trascelto dalla motivazione sia quello preferibile tra i tanti disponibili);

⁶ Sul punto, cfr. NEUMANN 2013, 93.

d2) attraverso i suoi strumenti *teorici* (categorie proposizionali) e *metodologici* (schemi inferenziali) l'analisi argomentativa svolge essenzialmente una funzione *ermeneutica*⁷. Leggendo la motivazione con le lenti delle proprie categorie e dei propri schemi, essa riesce, cioè, non solo a individuarvi contenuti e lacune, ma anche a imprimervi una configurazione e un ordine che quasi sempre non è immediatamente visibile. Ciò in quanto i giudici, per tante ragioni e almeno in buona parte, non svolgono il loro discorso esplicitando le categorie di cui fanno uso e organizzandole nella successione imposta dagli schemi in cui si inseriscono;

d3) trae, sì, le categorie e gli schemi che usa dalla scienza dell'argomentazione giuridica, ma solo entro i limiti consentiti dall'*ordinamento* in cui opera la motivazione esaminata. Con riguardo al nostro ordinamento, questo discorso ha un'importanza relativa sul terreno della motivazione qualificatoria (dato che la norma fondamentale in materia, ricavabile dall'art. 12 disp. prel. c.c., è sufficientemente generica da legittimare l'uso di tutti i criteri interpretativi enucleati dalla suddetta scienza), mentre ha un'importanza notevole sul terreno della motivazione probatoria e della motivazione censoria di quella probatoria (per le quali il c.p.p. fissa vincoli alquanto stringenti: cfr. § 4).

E) nella *terza* colonna compaiono le *proposizioni cruciali* che l'analisi argomentativa ha individuato comprendendo gli enunciati della motivazione secondo le proprie categorie e i propri schemi. Anche qui si impongono alcune precisazioni:

e1) quando *non individua enunciati significativi* a tale duplice stregua (cfr. riquadri vuoti nella prima colonna), l'analisi argomentativa può solo segnalare la mancanza del corrispondente tipo di proposizione cruciale (cfr. riquadri relativi nella seconda colonna) e, ovviamente, non può segnalare alcuna proposizione cruciale (cfr. riquadri vuoti nella terza colonna);

e2) le *proposizioni cruciali* che l'analisi argomentativa fa venire alla luce, oltre a essere inquadrare e ordinate nel modo appena indicato, costituiscono il *termine di riferimento mediato* pure dell'*analisi giuridica*. Infatti, posto che anche quest'ultima ha quale termine di riferimento immediato gli enunciati della motivazione esaminata, le proposizioni che ne ricava costituiscono il frutto dell'interpretazione di questi enunciati compiuta seguendo, in modo più o meno consapevole ed esplicito, l'approccio argomentativo. Insomma, ogniqualvolta esamina una motivazione qualificatoria, lo scienziato del diritto (il penalista, il civilista ecc.), non può fare a meno di individuare preliminarmente le proposizioni cruciali in essa presenti, ossia di compiere un'operazione *ermeneutica* di matrice *argomentativa*. È proprio qui che risiede la *complementarità* del punto di vista argomentativo rispetto a quello giuridico. Tuttavia, complementarità non significa indiscernibilità: la differenza tra i due tipi di analisi resta ferma e risiede nei modi in cui esse proseguono, come ho anticipato e come mi accingo a chiarire meglio.

F) nella *quarta* e ultima colonna compaiono le *prese di posizione* dell'*analisi giuridica* sulle proposizioni cruciali della motivazione esaminata. Anche qui si impongono due precisazioni:

fi) ogni presa di posizione appartiene a uno tra *tre tipi*. Se riguarda una proposizione cruciale mancante (es.: perché la motivazione non contiene enunciati sul metacriterio che l'ha spinta a scegliere uno dei molteplici criteri interpretativi vigenti), la presa di posizione ha valore *integrativo* (espresso dalla formula "bisogna ritenere che"), in quanto prospetta una proposizione cruciale che riempie uno spazio vuoto nella motivazione esaminata. Se, invece, riguarda una proposizione cruciale ivi presente, la presa di posizione può avere o valore *sostitutivo* (espresso dalla

⁷ Per un'impostazione differente, che distingue nettamente l'argomento in senso soggettivo e in senso oggettivo, ritenendo che il primo costituisca tema di analisi e il secondo strumento di valutazione, cfr. NEUMANN 2010, 52 s. A mio modesto avviso, siffatta impostazione potrebbe condividersi in un mondo ideale, nel quale le motivazioni siano strutturate in maniera pienamente ordinata. Nel nostro mondo, invece, dove di regola le motivazioni non sono perfettamente organiche, i principi teorici e metodologici servono innanzitutto a identificare la loro effettiva struttura (nel tacito presupposto che essi siano fondamentalmente condivisi dai loro autori), e solo in seguito a valutarne la correttezza (dato che condividere certi principi non implica necessariamente la loro puntuale applicazione).

formula “è preferibile ritenere che”), in quanto prospetta una proposizione cruciale che pretende di soppiantare la prima, oppure valore *confermativo* (espresso dalla formula “bisogna convenire che”), in quanto prospetta una proposizione cruciale che concorda con la prima.

f₂) come detto, è qui che l’analisi *giuridica* si *distingue* da quella *argomentativa*. Infatti, mentre quest’ultima si limita a rilevare la presenza o l’assenza delle proposizioni cruciali di certe specie (es.: criterio interpretativo) e a disporle in un determinato ordine inferenziale (es.: come prima premessa del ragionamento sfociante nella tesi interpretativa), l’analisi *giuridica* si concentra direttamente su quelle proposizioni, confermandole oppure integrandole o sostituendole con altre ritenute più corrette dal punto di vista teorico-, metodologico- o dogmatico-giuridico (es.: proponendo un criterio interpretativo alternativo, ritenuto preferibile a quello formulato nella motivazione).

4. L’analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza

4.1. Aspetti generali dell’analisi della motivazione censoria di quella probatoria

La *motivazione censoria di quella probatoria* consiste nel complesso delle ragioni per cui il giudice di legittimità ha risolto in un certo modo la questione se la motivazione di merito circa la capacità dei fatti probatori di confermare quelli di causa è conforme alla normativa processuale in materia. Nel nostro ordinamento, tale normativa corrisponde all’art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p. e agli altri articoli del codice di rito da esso implicitamente richiamati (in particolare: artt. 187, 192, commi 1 e 2, 533, comma 1, 546, comma 1, lett. e).

Qui riemerge la netta *differenza* rispetto alla *motivazione di merito* sul terreno *probatorio*. Solitamente essa viene espressa dicendo che quest’ultima costituisce un giudizio sulle prove, mentre la prima un metagiudizio, ossia un giudizio sul primo giudizio. Tale modo di esprimersi è corretto, ma generico. Esso può precisarsi proprio alla luce di quanto detto finora. Mentre la motivazione di merito è puramente probatoria, perché consiste in una valutazione di evidenze volta a stabilire se se ne possa ricavare la conferma (o prova) che i fatti di causa sono accaduti, la motivazione di legittimità è mista. Essa, infatti, ha un *oggetto probatorio*, vertendo sulla motivazione probatoria di merito, ma una *funzione qualificatoria*, dovendo stabilire se quest’ultima sia conforme alla legge processuale. È proprio per tale ragione che, nel § 3, mi sono soffermato sull’analisi della motivazione qualificatoria.

Come tale motivazione, così anche quella censoria della motivazione probatoria può esser sottoposta soprattutto a due tipi di *analisi*: *argomentativa* o *giuridica*. Anche qui l’una non si distingue dall’altra per i propri referenti immediati o mediati. Entrambe, infatti, muovono dagli enunciati della motivazione censoria e si concentrano sulle proposizioni cruciali che essi esprimono o consentono di ricavare. Piuttosto, le due analisi si distinguono per il loro rispettivo *modus procedendi*. L’analisi *argomentativa* stabilisce le specie di proposizioni cruciali presenti e quelle assenti nella motivazione, le specie di inferenze in cui esse si inseriscono in un certo ordine, nonché i nessi attraverso cui queste si concatenano tra loro. L’analisi *giuridica*, invece, si propone di confermare le proposizioni cruciali presenti e conformi alle sue concezioni teoriche, metodologiche o dogmatiche, di criticare le proposizioni cruciali presenti e difformi da tali concezioni, nonché di integrare alla stessa stregua le proposizioni cruciali assenti.

D’altro canto, quando hanno a che fare con la *motivazione censoria di quella probatoria*, *entrambe le analisi* scontano *difficoltà* nettamente *maggiori* di quelle valevoli quando vertono sulla *motivazione qualificatoria*. Ciò soprattutto per due ragioni. Innanzitutto, perché, come detto, la motivazione censoria è mista: ha un *oggetto probatorio*, ma una *funzione qualificatoria*. In secondo luogo, perché tale oggetto, ossia la motivazione di merito probatoria, soggiace a variabili molto più numerose ed eterogenee di quelle che condizionano la motivazione di merito qualificatoria. Sotto quest’ultimo profilo, basti considerare che l’interpretazione normativa del giudice di merito dipende da un numero relativamente circoscritto di criteri (o metodi). La sua valutazione evidenziale, invece, deve fare i conti,

innanzitutto, con la *summa divisio* dei fatti probatori in *comunicazioni e indizi*, dato che la *forza probatoria* dei primi soggiace a una logica ben diversa da quella dei secondi; in secondo luogo, con una serie di ulteriori distinzioni vevoli all'interno di tali specie di fatti probatori (sottospecie di comunicazioni – testimoniali e documentali – e di indizi – immediati e mediati –), nonché delle altre due componenti tipiche del ragionamento probatorio (sottospecie di criteri probatori e di *facta probanda*).

4.2. *Analisi argomentativa e analisi giuridica della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza. Nota a Cass., Sez. VI, n. 3041/2018*

In questa sede, come anticipato, non posso dar conto di tutte le variabili appena indicate, ma mi concentrerò sull'analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza. Più precisamente intendo svolgere innanzitutto, nella forma tabellare già proposta nel § 3.2, un'analisi argomentativa di una motivazione siffatta, questa volta reale, giacché contenuta nella sentenza Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 3041. Solo in un secondo momento sottoporro ad analisi giuridica, nella tradizionale forma discorsiva, quattro punti di questa stessa motivazione.

Prima di tutto, è opportuno riassumere il *caso in decisione*, gli *esiti* dei giudizi di merito, il *motivo di ricorso* che interessa ai nostri fini e l'*esito* del giudizio di legittimità. L'imputato era chiamato a rispondere del reato di inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 356 c.p.) per aver gestito, attraverso la società di cui era legale rappresentante, il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani di un Comune in maniera difforme da quella pattuita. Egli era accusato, in particolare, di non aver svuotato regolarmente i cassonetti comunali e di aver addebitato all'ente anche i costi di conferimento in discarica di rifiuti provenienti da altri Comuni. In primo grado era stato condannato sulla base di vari indizi, soprattutto riferiti da testi, che avevano dichiarato di aver assistito allo scarico, da parte dei suoi dipendenti, di materiale diverso dai rifiuti solidi urbani, e comunque di materiale cartaceo con indirizzi di altri Comuni. Successivamente, la Corte di appello ha assolto l'imputato, in particolare perché ha ritenuto "deboli" le suddette testimonianze a carico. Il ricorso in Cassazione presentato dal Comune offeso, in particolare per vizio di motivazione, viene accolto proprio sotto questo profilo dal giudice di legittimità. Esso ritiene, infatti, che la sentenza di appello abbia violato l'art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p., per aver omesso di motivare, tra l'altro, il proprio giudizio negativo circa l'attendibilità dei testi a carico dell'imputato.

4.2.1. *Analisi argomentativa*

Ora posso procedere all'elaborazione delle tabelle di analisi argomentativa della suddetta motivazione censoria. Essa verrà considerata nella sola parte relativa alla motivazione di merito circa la forza probatoria delle testimonianze a carico dell'imputato, in particolare circa la loro attendibilità. Dato che i relativi commenti saranno più articolati di quelli svolti nel § 3.2, li esporrò subito dopo aver stabilito la tabella che di volta in volta ne forma oggetto.

In tal modo mi propongo di approfondire ulteriormente le *criticità* dell'analisi *argomentativa*, ma anche i contributi *ermeneutici*, *espositivi*, *classificatori*, *ordinatori* e *critici* che essa fornisce. Il punto, ancora una volta, è che pressoché nessuna motivazione esprime le proprie proposizioni cruciali nella forma raffinata, né tanto meno nell'ordine rigoroso in cui sono presentate nelle tabelle. Piuttosto, gli enunciati che compaiono nelle motivazioni sono pressoché sempre liberamente organizzati e generici a tal punto da esprimere una pluralità di proposizioni cruciali, e non di rado lasciano aperte lacune oppure producono contraddizioni o ridondanze. L'analista ha pertanto il compito, secondo quanto già chiarito nel § 3, di: controllare se e quali degli enunciati esaminati sono in grado di esprimere le proposizioni cruciali ai fini della conclusione censoria; formulare tali proposizioni nei termini dei tipi cui corrispondono; rilevare la presenza di questi ultimi; concatenare le proposizioni esposte secondo gli schemi inferenziali composti dai relativi tipi; mostrare la necessità di argomentare ulteriormente alcune proposizioni cruciali; sciogliere

le contraddizioni insorte tra alcuni enunciati, facendo prevalere quello effettivamente impiegato ai fini decisori; evidenziare le ridondanze prodotte da altri enunciati, in quanto espressivi di proposizioni non cruciali.

È appena il caso di notare che la complessità, anzi la fatica immane che si accompagna a tutte queste operazioni non solo spiega la scarsa diffusione di contributi propriamente analitico-argomentativi, ma lascia temere che questa situazione possa ancora perdurare; ciò tanto più in materia probatoria, per le ragioni illustrate verso la fine del § 4.1, che trovano conferma se solo si confrontano le tabelle esposte nel presente paragrafo e quelle esposte nel § 3.2. Ma è altrettanto superfluo ribadire che, una volta acquisita dimestichezza con questo tipo di analisi, impareggiabili sono i vantaggi che anche il giurista può ottenere per la comprensione dei propri problemi e la chiarezza delle proprie indagini.

4.2.1.1. Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e generale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
A) “[...] il legislatore repubblicano [ha accolto] un sistema fondato sul c.d. libero convincimento del giudice” B) “Si può quindi affermare che il legislatore in talune ipotesi ha autorizzato il giudice a ritenere provato un determinato fatto solo perché rappresentatogli da un unico mezzo di prova, e purché non sussistano ragioni che consiglino di svalutarne il valore”	C’è un <u>principio probatorio formale e generale</u>	1) Il fatto rappresentativo ha nel processo una forza probatoria che dipende dalla sua natura ed opera entro i limiti dell’idea di libero convincimento
<i>Idem</i>	C’è una prima <u>integrazione</u> del principio probatorio formale e generale	2) Il fatto rappresentativo ha per sua natura una forza probatoria piena
DUNQUE		
<i>Idem</i>	C’è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e generale</u>	3) Il fatto rappresentativo ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell’idea di libero convincimento

La prima tabella schematizza il ragionamento relativo al (ossia che sfocia nel) principio probatorio parzialmente materiale e generale.

Avendo il compito di controllare la motivazione di merito che (a suo avviso: *contra* cfr. § 4.2.2.4) ha negato la forza probatoria di alcune testimonianze, quella di legittimità deve innanzitutto stabilire il principio che regola l’attribuzione di tale forza.

Poiché la testimonianza è solo una *species* del più ampio *genus* del fatto rappresentativo (*rectius*: della comunicazione), la motivazione formula il principio in riferimento a quest’ultimo, stabilendo nella proposizione cruciale (d’ora in poi: proposizione) 1) i due parametri attraverso i quali ritiene che operi: natura dell’evidenza e compatibilità con l’idea di libero convincimento quale idea guida in materia di valutazione evidenziale. Si muove così da un principio probatorio formale e generale: formale, perché composto da due parametri vuoti, bisognosi di essere integrati a seconda dell’evidenza considerata; generale, perché riferito all’intera classe delle evidenze rappresentative.

La proposizione 2) procede proprio all’integrazione del primo parametro, chiarendo che, per sua natura, il fatto rappresentativo ha una forza probatoria piena, che deve comunque rispettare i limiti dell’idea di libero convincimento. Nei termini del linguaggio della probabilità, questo significa che la probabilità che il fatto (in definitiva) rappresentato sia accaduto è pari a 1, ossia al-

la certezza totale, ma non per questo è incondizionata, dati i limiti appena indicati, sui quali tornerò tra breve.

La proposizione 3), che risulta dalle due precedenti, costituisce, come detto, un principio probatorio parzialmente materiale e generale: parzialmente materiale, perché basato sulla integrazione del solo primo parametro del principio di partenza; generale, perché riferita al genere dei fatti rappresentativi, anziché alla sola specie delle testimonianze.

Ciò posto, già a questo livello iniziale si notano le prestazioni *ermeneutiche*, *ordinatrici* e critiche dell'analisi argomentativa. Sotto i primi due profili, le tre proposizioni proposte certo non compaiono nella motivazione esaminata con la chiarezza e nell'ordine in cui sono esposte nella tabella. Tuttavia, esse sono ricavabili dagli enunciati che compaiono nella motivazione. Infatti, da un lato, affermare, con l'enunciato B), che i fatti rappresentativi sono dotati di forza probatoria piena in quanto tali ("solo perché") significa far dipendere tale forza dalla loro natura. Dall'altro lato, far discendere, sempre nell'enunciato B); i limiti di tale forza ("e purché non sussistano ragioni") dall'idea di libero convincimento illustrata nell'enunciato A) ("quindi"), significa individuare in questa idea la fonte di quei limiti. Ed è proprio per ciò che i due lunghi enunciati A) e B) sono in grado, come rivela il loro richiamo nei riquadri sottostanti per mezzo della locuzione "*idem*", di fungere da fonti comuni a tutte e tre le proposizioni esposte. Il punto è che uno stesso enunciato, se combinato con altri e considerato nelle sue presupposizioni e nelle sue implicazioni, è in grado di esprimere al contempo una molteplicità di proposizioni correlate eppure diverse.

Sotto il secondo profilo, relativo al contributo *critico* che l'analisi argomentativa può fornire, essa rileva che la proposizione 2) è condivisibile, ma avrebbe potuto essere ulteriormente argomentata. Premesso che un'eventuale integrazione dell'analista in questo senso costituirebbe un'operazione analitico-giuridica (per un ulteriore esempio in tal senso, cfr. § 4.2.2.2), essa potrebbe essere compiuta nei termini seguenti. La motivazione in esame avrebbe potuto chiarire perché il fatto rappresentativo ha per sua natura una forza probatoria piena. La risposta è che tale forza dipende da ragioni logiche. Infatti, sarebbe contraddittorio dire che si crede pienamente a una rappresentazione (in quanto rispettosa dei limiti dell'idea di libero convincimento), ma non si crede che sia accaduto il fatto rappresentato (es.: che si crede pienamente a un'attendibile testimonianza oculare, ossia alla dichiarazione di una persona di ricordare di aver visto un fatto, ma non si crede che tale fatto sia accaduto).

4.2.1.2. Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e speciale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e generale</u>	3) Il fatto rappresentativo ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell'idea di libero convincimento
C) "Tale è appunto l'ipotesi della testimonianza che, come si afferma, 'fa prova sino a prova contraria'"	C'è una <u>specificazione</u> del principio probatorio parzialmente materiale e generale	4) La testimonianza è un fatto rappresentativo
DUNQUE		
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e speciale</u>	5) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell'idea di libero convincimento

La seconda tabella schematizza il ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e speciale.

Essendo in discussione la correttezza di una motivazione (asseritamente: cfr. di nuovo § 4.2.2.4) relativa alla forza probatoria di alcune testimonianze, quella in esame è tenuta a specificare la proposizione conclusiva del primo ragionamento.

La proposizione 3) compare dunque nuovamente, in cima a questo secondo ragionamento, e si collega alla proposizione 4), che opera la specificazione, compiendo l'affermazione di immediata evidenza secondo cui la testimonianza è un fatto rappresentativo. Di qui si trae la proposizione 5), ossia un principio probatorio che è, sì, ancora solo parzialmente materiale, dato che l'altro parametro dei limiti stabiliti dall'idea di libero convincimento attende ancora di essere integrato, ma, d'altro canto, è divenuto speciale, ossia valevole specificamente per la testimonianza.

Dopo le ampie spiegazioni fornite per la prima tabella, non è necessario indugiare ulteriormente sul metodo di analisi che ha condotto alla individuazione delle tre proposizioni in esame. Basti dire che l'enunciato C), specificando con riguardo alla testimonianza un aspetto del principio generale stabilito nella proposizione 3), non solo esprime la proposizione 4), ma anche il principio conclusivo del ragionamento, ossia la proposizione 5). Insomma, con quell'enunciato la motivazione in commento non dice semplicemente che il principio *sub* 3) vale anche per la testimonianza, bensì che vale anche per la testimonianza in quanto questa è un fatto rappresentativo. Così facendo, esso, in sostanza, inquadra la testimonianza nell'ambito del fatto rappresentativo e fa pertanto valere per l'una il principio già stabilito in riferimento all'altro.

4.2.1.3. Ragionamento relativo al principio probatorio (interamente) materiale e speciale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e speciale</u>	5) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell'idea di libero convincimento
<i>Idem</i> D) "Il fondamento di tale asserto è rinvenibile [in un] complesso di regole di esperienza [, ad esempio, quella secondo cui], di solito, chi comunica a terzi un fatto, dice la verità" E) "la [...] testimonianza [è] sottoposta al prudente apprezzamento del giudice all'esito della verifica che questi avrà effettuato. Verifica che [...] potrà essere limitata all'esame dell'attendibilità intrinseca della deposizione" F) Necessario e sufficiente sarà perciò che, in omaggio ai su riferiti principi [...], la deposizione sia [...]"	C'è una seconda <u>integrazione</u> del principio probatorio parzialmente materiale e speciale	6) Secondo l'idea di libero convincimento, la forza probatoria della testimonianza nel processo vale se e solo se soddisfa certi requisiti di attendibilità, ossia presenta certe caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a crederle
DUNQUE		
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio (interamente) materiale e speciale</u>	7) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e vale se e solo se essa soddisfa certi requisiti di attendibilità, ossia presenta certe caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a crederle

La terza tabella schematizza il ragionamento relativo al principio probatorio (interamente) materiale e speciale.

Tale ragionamento porta a compimento il lavoro dei due precedenti. Infatti, restava ancora da integrare l'altro parametro del principio di partenza, quello dei limiti apposti dall'idea di libero convincimento alla pienezza della forza probatoria della testimonianza nel processo.

La proposizione 5) è ereditata dal ragionamento immediatamente precedente, sicché non richiede commenti. La proposizione 6) opera l'integrazione attesa sotto tre profili correlati. Essa chiarisce che: i limiti apposti dall'idea di libero convincimento alla forza probatoria della testimonianza altro non sono che specifiche condizioni chiamate "requisiti di attendibilità"; tali re-

quisiti consistono in caratteristiche che inducono a credere alla testimonianza; queste caratteristiche vanno individuate sulla base dell'esperienza razionale. Dal collegamento tra la proposizione 5) e la proposizione 6) deriva la proposizione 7), che finalmente presenta nella sua precisa connotazione il principio di attribuzione della forza probatoria alla testimonianza nel processo.

Anche queste due nuove proposizioni (6) e 7) non sono espresse dalla motivazione in commento nella forma raffinata e nell'ordine rigoroso in cui le presenta la tabella. Anzi, esse si ricavano da un complesso alquanto disorganico e caotico di enunciati (C)-D)-E)-F), che pertanto richiede un notevole sforzo ordinatore e critico. In altre parole, per formare le suddette proposizioni occorre, per dir così, prendere pezzi qui e lì dalla motivazione in esame ed eliminare alcune contraddizioni in cui essa incorre senza rendersene conto. Così, sotto il profilo *ordinatore*: che la testimonianza faccia piena prova, si ricava, come già detto, dall'enunciato C); che tale forza dipenda dalla sua attendibilità, si ricava dall'enunciato E); che tale attendibilità vada intesa come credibilità della testimonianza, si ricava dalla parte finale dell'enunciato D); che tale credibilità poggi su specifiche caratteristiche (soggettive e oggettive) della testimonianza, si ricava dalla seconda parte dell'enunciato F); che tali caratteristiche vadano individuate in base all'esperienza razionale, si ricava dalla prima parte dell'enunciato D); che esse operino secondo la logica del "se e solo se" (ossia quali condizioni "necessari[e] e sufficient[i]"), si ricava dalla prima parte dell'enunciato F).

Sotto il profilo *critico*, l'analisi argomentativa consente di eliminare una contraddizione in cui incorre chiaramente la motivazione in esame. In effetti, l'enunciato C), richiamato attraverso la locuzione "idem", è incompatibile con l'enunciato F). Più precisamente, la Cassazione, dapprima concepisce la testimonianza come un'evidenza che "fa prova [piena] sino a prova contraria" (ovvero è foriera di una "presunzione di attendibilità [...] generica e 'Juris tantum'"), poi afferma che, ai fini della sua attendibilità, è "necessario e sufficiente" che la testimonianza presenti certe caratteristiche. Insomma, la contraddizione risiede nel fatto che prima si dice che la testimonianza è *attendibile salvo che* emergano certe caratteristiche *screditanti*, poi si dice che essa è *attendibile solo se* emergono certe caratteristiche *accreditanti*, che corrispondono, peraltro solo in parte (ovviamente in una formulazione rovesciata), alle prime (es.: alla mancanza di terzietà corrisponde la terzietà). Certo, la differenza tra i due approcci contraddittori non ha un'incidenza concreta nel caso in esame. Essa, infatti, rileva soltanto qualora la motivazione di merito affermi l'attendibilità della testimonianza, dato che, per il primo approccio, non deve compiere alcuna valutazione se la parte interessata non ha evidenziato la presenza delle caratteristiche screditanti, per il secondo approccio, invece, deve verificare la presenza dei requisiti accreditanti. Per contro, nel caso in esame, l'attendibilità testimoniale è (*rectius*: sarebbe) stata negata dalla motivazione di merito, sicché questa era comunque tenuta a considerare i suddetti requisiti. Nondimeno, la segnalata contraddizione non può restare insoluta, data la funzione orientante e talvolta rigidamente vincolante svolta dai precedenti del giudice di legittimità. La soluzione va trovata facendo prevalere l'enunciato di cui la motivazione censoria fa effettivamente uso ai fini della decisione. Al riguardo, la motivazione censoria in esame propone sì, la tesi della presunzione relativa di attendibilità della testimonianza. Tuttavia, nel prosieguo, specie quando enumera le caratteristiche che il giudice di merito deve controllare, la abbandona chiaramente, per abbracciarne un'altra, secondo cui la testimonianza ha una forza probatoria piena solo nel concorso delle suddette caratteristiche (così, peraltro, generando paradossalmente una nuova presunzione probatoria, assoluta e di matrice giurisprudenziale: cfr. § 4.2.2.1).

4.2.1.4. Ragionamento relativo alla regola probatoria materiale e speciale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio (integralmente) materiale e speciale</u>	7) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e vale se e solo se essa soddisfa certi requisiti di attendibilità, ossia presenta certe caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a crederle

Cfr. D) e F)	C'è una <u>concretizzazione</u> del principio probatorio (integralmente) materiale e speciale	8) Le caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a credere alla testimonianza sono: la terzietà, il disinteresse a mentire, la consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché la logicità e coerenza interna, la compatibilità o perlomeno la incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e l'analicità della sua narrazione
DUNQUE		
Cfr. C), D), E) e F)	C'è una <u>regola probatoria speciale</u>	9) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e vale se e solo se essa soddisfa i seguenti requisiti di attendibilità: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analicità della sua narrazione

La quarta tabella schematizza il ragionamento relativo alla regola probatoria speciale.

In effetti, disporre di un principio probatorio materiale e speciale non consente di raggiungere il fine ultimo perseguito attraverso la sua formulazione. Non basta sapere che la forza probatoria di una testimonianza dipende dal soddisfacimento di certi requisiti di attendibilità, ossia dalla presenza di certe caratteristiche (soggettive e oggettive), se poi non si conoscono queste ultime. Procurare tale conoscenza è esattamente il compito del ragionamento in esame, che produce una vera e propria regola probatoria, ossia un criterio direttamente applicabile (dalla motivazione di merito) nel concorso delle condizioni da esso stabilite.

Ora, posto che anche qui la proposizione 7) coincide con la conclusione del precedente ragionamento, la proposizione 8) prepara l'attuazione del suddetto compito, concretizzando il concetto di "caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a credere alla testimonianza". Dalle due proposizioni discende la proposizione 9), la quale, appunto, stabilisce la vera e propria regola probatoria speciale, che presenta le suddette caratteristiche come condizioni contemporaneamente necessarie della forza probatoria piena della testimonianza.

Delle due nuove proposizioni cruciali, la proposizione 8) si ricava dai già esposti enunciati D) e F): il primo considerato nella parte in cui fa riferimento al nesso di condizionamento tra le caratteristiche in esame e la credibilità della testimonianza che le presenta, nonché la base empirico-razionale di siffatto nesso; il secondo, nella parte in cui enumera tali caratteristiche. La proposizione 9), invece, oltre che da tali enunciati, si ricava dai già esposti enunciati C) ed E): il primo considerato nella parte in cui fa riferimento alla forza probatoria della testimonianza; il secondo, nella parte in cui concepisce le suddette caratteristiche come requisiti di attendibilità.

Anche qui l'analisi argomentativa svolge non solo un ruolo ermeneutico, ordinatore e classificatore, ma altresì *critico*, in particolare di promozione *integrativa*, attraverso la seguente riflessione. La proposizione 8) costituisce il cuore del principio di attribuzione di forza probatoria alla testimonianza, in quanto indica le caratteristiche che condizionano tale attribuzione. Pertanto, esso avrebbe potuto e dovuto essere ulteriormente argomentato, non limitandosi a dire *che* l'esperienza razionale porta a selezionare proprio quelle caratteristiche, ma chiedendosi *come* e *perché* tale esperienza conduce a esse. Tuttavia, costituendo lo sviluppo di questa nuova argomentazione una presa di posizione, l'analisi argomentativa può limitarsi a segnalarne l'esigenza, mentre il suo effettivo sviluppo spetta all'analisi giuridica, che dunque è nuovamente stimolata dalla prima (cfr. § 4.2.2.2).

4.2.1.5. Ragionamento relativo alla tesi censoria

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
G) “Si tratta di una [...] motivazione formalmente apparente, gravemente carente e sostanzialmente elusiva dei principi generali in tema di valutazione della prova testimoniale”, nonché C), D), E) e F)	C'è una <u>regola censoria</u>	10) Se una motivazione di merito nega la forza probatoria nel processo di una testimonianza senza indicare quali delle seguenti caratteristiche sono assenti: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione, la motivazione è mancante <i>in parte qua</i>
H) “La Corte di merito non ha fatto corretta applicazione di tali principi. La motivazione della sentenza non ha spiegato perché gli elementi di prova provenienti da molteplici deposizioni testimoniali rese da soggetti terzi rispetto ai fatti di causa [...] debbano considerarsi ‘deboli’”, nonché C), D), E) e F)	C'è un' <u>applicazione</u> della regola censoria	11) La motivazione della sentenza di merito impugnata ha negato la forza probatoria nel processo di diverse testimonianze senza indicare quali requisiti erano assenti tra i seguenti: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione
DUNQUE		
Cfr. G), nonché I): “[...] la decisione è fondata su un ragionamento probatorio di nessuna tenuta argomentativa”	C'è una <u>tesi censoria</u>	12) La motivazione della sentenza di merito impugnata è mancante <i>in parte qua</i>

La quinta tabella schematizza il ragionamento relativo alla tesi censoria.

Una volta stabilita, attraverso il precedente ragionamento, la regola che la motivazione di merito avrebbe dovuto applicare per attribuire o negare forza probatoria alle testimonianze da essa considerate, la motivazione censoria può finalmente procedere al controllo che le spetta.

A quest'ultimo fine servono le tre proposizioni della tabella. La proposizione 10) fissa la regola censoria, che, come ogni regola, ha un'antecedente e un conseguente. L'antecedente è l'inadempimento di un obbligo di secondo grado, modellato su un obbligo di primo grado ed espressivo dell'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. In questo senso, l'obbligo di primo grado viene fatto discendere (con una certa licenza) dalla suddetta regola probatoria (corrispondente alla proposizione 9), secondo cui il giudice può attribuire forza probatoria alla testimonianza se e solo se essa soddisfa certi requisiti di attendibilità, e consiste nell'obbligo di negare tale forza probatoria se e solo se (qui sta la suddetta licenza) essa non soddisfa gli stessi requisiti. L'obbligo di secondo grado è stabilito dalla regola censoria e attua il suddetto obbligo generale di motivazione, consistendo nell'obbligo di indicare, nel caso in cui si neghi la forza probatoria di una testimonianza, i requisiti dalla cui assenza tale negazione dipende. Insomma, l'antecedente della regola censoria è l'inadempimento di tale obbligo. D'altro canto, il conseguente della stessa regola, legato, appunto, a tale inadempimento, è il riconoscimento della mancanza della motivazione *in parte qua*, ossia sul tema probatorio in esame.

La proposizione 11), a sua volta, applica la regola così stabilita. Più precisamente, tale applicazione consiste nel riconoscere che, nella motivazione di merito della sentenza impugnata, difetta ogni riferimento alla presunta assenza dei requisiti di attendibilità delle testimonianze considerate.

Ne deriva la proposizione 12), la quale porta a compimento il ragionamento, esprimendo la tesi censoria secondo cui la motivazione di merito della sentenza impugnata è mancante sul te-

ma della forza probatoria della testimonianza, in particolare della sua (asseritamente disconosciuta) attendibilità.

Tutte queste proposizioni sono espresse ancora una volta da una molteplicità di enunciati. La proposizione 10) è espressa dall'enunciato G), che riconosce la violazione, da parte della motivazione di merito, dei "principi generali in tema di valutazione della prova testimoniale", come visto ricavabili dagli enunciati C), D), E) e F). La proposizione 11) è espressa dall'enunciato H), il quale, di nuovo richiamando questi enunciati, riconosce la mancata applicazione dei medesimi principi. La proposizione 12) è espressa dagli enunciati G), considerato nella sua prima parte, e I), i quali concludono in termini simili per la carenza della motivazione della sentenza di merito impugnata.

Venendo infine, ai contributi speciali dell'analisi argomentativa, ossia che vanno oltre i suoi ricorrenti contributi ermeneutici, classificatori e ordinatori, essi sono in tal caso due, entrambi *critici*. Essa riconosce, innanzitutto, che passare dalla regola probatoria stabilita nella proposizione 9), secondo cui la testimonianza ha forza probatoria nel processo se e solo se soddisfa certi requisiti, alla regola probatoria secondo cui la testimonianza non ha forza probatoria nel processo se e solo se non soddisfa gli stessi requisiti è un *salto logico*. A rigore, infatti, la prima proposizione implica la seconda solo nella parte in cui l'assenza dei requisiti di attendibilità della testimonianza è concepita come condizione sufficiente della carenza della sua forza probatoria ("se"), non anche nella parte in cui quell'assenza è concepita come condizione necessaria di tale carenza ("solo se").

Il secondo contributo *critico* che l'analisi argomentativa fornisce al presente livello tocca una nuova *ridondanza* della motivazione censoria in esame. Se è vero, come esprime rigorosamente la proposizione 11), che la mancanza *in parte qua* della motivazione di merito dipende dall'omessa indicazione dei requisiti di attendibilità di cui sono (*rectius*: sarebbero) state ritenute prive le testimonianze da essa considerate, allora la Cassazione si sarebbe dovuta limitare, nei corrispondenti enunciati, a riconoscere tale omessa indicazione. Per contro, trasformandosi in maniera più o meno inconsapevole in giudice di merito, la Cassazione prende posizione e aggiunge addirittura, senza che ve ne fosse bisogno, che i principali requisiti di attendibilità delle testimonianze esaminate dovevano ritenersi soddisfatti.

4.2.2. *Analisi giuridica*

Passando all'analisi *giuridica* della parte di motivazione censoria relativa a quella della forza probatoria delle testimonianze, in particolare della loro attendibilità, mi limiterò a considerare quattro aspetti⁸. L'illustrazione di tali aspetti non è un fuor d'opera: oltre che al giurista quale soggetto direttamente interessato, essa può essere utile al teorico dell'argomentazione probatoria, perché permette di approfondire una particolare forma di complementarità tra le analisi di competenza dei due soggetti. Se è vero, come detto, che l'analisi argomentativa prepara sempre il terreno a quella giuridica con le proprie ricostruzioni e organizzazioni proposizionali, è pur vero che, nei casi seguenti, tale preparazione facilita l'individuazione, da parte dell'analisi giuridica, di improprietà e paradossi (cfr. § 4.2.2.1), lacune (cfr. §§ 4.2.2.2 e 4.2.2.3) e confusioni (cfr. § 4.2.2.4).

4.2.2.1. *Riferimento al principio del libero convincimento*

L'analisi argomentativa ha messo in luce che, per la motivazione censoria in esame, l'attribuzione di forza probatoria alla testimonianza deve avvenire nei limiti dell'idea di libero convincimento (cfr. § 4.2.1.2).

Questa osservazione spinge l'analisi giuridica a interrogarsi sul vero ruolo dell'idea di libero convincimento e a controllare se essa sia fatta valere propriamente nella suddetta motivazione. La rispo-

⁸ Sui problemi epistemologico-giuridici posti dalla testimonianza, v. anche TUZET 2016.

sta è negativa. In ambito continentale, l'idea di libero convincimento si è affermata con la Rivoluzione francese (sulla scia del modello inglese) per superare il regime della prova legale, il quale poggiava su criteri probatori precostituiti al giudice dall'autorità normativa (es.: due testimonianze oculari concordi erano per ciò stesso sufficientemente attendibili, dunque dotate di forza probatoria piena). Essa vige anche nel nostro sistema penale, innanzitutto a livello fondamentale (artt. 3, comma 2, e III, comma 6, Cost.), poi a livello legislativo (cfr., in particolare, artt. 192, comma 1, 193 c.p.p.)⁹. Tale idea può dunque essere fatta valere da una motivazione per opporsi alla pretesa di una delle parti di vincolare la valutazione probatoria del giudice a criteri rigidamente prestabiliti. In particolare, in materia di valutazione della forza probatoria della testimonianza, richiamarsi all'idea di libero convincimento potrebbe servire a una motivazione per rifiutare la pretesa di ancorare il giudizio positivo sull'attendibilità testimoniale alla presenza di specifici presupposti.

Se è così, il richiamo all'idea di libero convincimento contenuto nella motivazione in esame è non solo improprio, ma addirittura paradossale. È *improprio* là dove, nella proposizione 5), viene compiuto per limitare la valutazione probatoria del giudice (anziché la pretesa di una delle parti), peraltro vietandogli di fare ciò che già la ragionevolezza gli impedisce di fare, ossia di attribuire forza probatoria piena alla testimonianza in modo incondizionato, senza, cioè, tener conto della sua attendibilità. Ma il suddetto richiamo all'idea di libero convincimento è soprattutto *paradossale*, là dove, nella proposizione 9), traduce il suddetto divieto in un insieme di requisiti concepiti come condizioni necessarie e sufficienti di attendibilità. Così facendo, infatti, si sottrae al giudice quell'autonomia nella individuazione dei criteri probatori che, come visto, costituisce il vero obiettivo dell'idea di libero convincimento. Più precisamente, la motivazione in esame, nell'invocare tale idea, finisce per stabilire una vera e propria *presunzione assoluta* di matrice *giurisprudenziale*, ossia qualcosa che la contraddice in maniera radicale.

4.2.2.2. Selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale

L'analisi argomentativa, inoltre, è servita sia a individuare la selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale contenuta nella motivazione censoria esaminata (cfr. proposizione 8), sia a sollecitare la giustificazione di tale selezione, assente nella stessa motivazione (cfr. § 4.2.1.2).

Tale sollecitazione deve essere raccolta dall'analisi giuridica, innanzitutto indagando il fenomeno testimoniale in maniera più approfondita. In questa sede non è consentito procedere a tale indagine, ma può bastare svolgere le seguenti riflessioni. La testimonianza consiste tipicamente nell'affermazione di un soggetto di ricordare di aver percepito una vicenda (quest'immagine tipica può avere delle variazioni, sulle quali sorvolo in questa sede: ad esempio, può consistere nell'affermazione di ricordare di aver *fatto* qualcosa, oppure nella *negazione* di questo ricordo o di quello suddetto). La sua complessità probatoria dipende proprio da questo suo essere *stratiforme*. C'è un'affermazione, c'è un ricordo, c'è una percezione e c'è una vicenda. L'affermazione è il *contenuto comunicativo*, il cui oggetto si articola in tre fatti: il ricordo è il *fatto comunicato immediato*, la percezione è il *fatto comunicato intermedio* e la vicenda è il *fatto comunicato finale*.

La selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale può essere giustificata anche grazie a questa *microteoria della testimonianza*. Ricordiamo la proposizione 8), che opera la selezione: “le caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a credere alla testimonianza sono: la terzietà, il disinteresse a mentire, la consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché la logicità e coerenza interna, la compatibilità o perlomeno la incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e l'analicità della sua narrazione”. Perché e come l'esperienza razionale spinge a ritenere che siano proprio queste, e non altre, le caratteristiche che rendono credibile la testimonianza?

⁹ Su questi aspetti storici, giuridici e teorici, cfr., volendo, CARLIZZI 2018, II-46.

Provo a rispondere. La testimonianza si compone di un'affermazione, di un ricordo, di una percezione e di una vicenda. Quest'ultima è il fatto finale non solo nel senso che viene alla fine, ma anche nel senso che costituisce il fine della comunicazione, ciò che in definitiva si intende comunicare. Gli altri tre elementi compongono, invece, lo strumento comunicativo, il mezzo utilizzato per comunicare il fatto in definitiva testimoniato. La loro unità, inoltre, è data dalla circostanza che si tratta di prodotti di una stessa fonte, il testimone che afferma, ricorda e ha percepito. Se è così, sono proprio questi tre elementi a costituire l'oggetto del controllo di attendibilità testimoniale. Ora, a rigore, tale controllo dovrebbe essere *diretto*, ossia consistere nella verifica dell'*adeguatezza* di questi elementi al loro rispettivo tema: che l'affermazione del ricordo sia veridica, che il ricordo della percezione sia fedele e che la percezione della vicenda sia corrispondente. Sennonché, siffatta triplice verifica non è possibile, data l'impossibilità per chi la compie di accedere al termine di riferimento del rapporto di turno: costui non può fare esperienza del ricordo e della percezione altrui, né tanto meno della vicenda passata. Di qui la necessità di procedere a un triplice controllo *indiretto*, *vertente*, cioè, sulle caratteristiche da cui dipende la suddetta *adeguatezza*. Esso può chiamarsi "controllo di *integrità* etica, mnemonica o percettiva" ed essere compiuto sulla base dell'esperienza razionale, la quale spinge a selezionare due ordini di caratteristiche: quelle contenute nel concetto di testimonianza eticamente, mnemonicamente o percettivamente adeguata (requisiti analitici), nonché le caratteristiche che, in base a una legge empirica di matrice razionale, costituiscono cause o effetti probabilistici di una testimonianza siffatta (requisiti sintetici).

I *requisiti analitici di attendibilità testimoniale* sono necessari e consistono nell'attitudine almeno minima a dire il vero, a ricordare esperienze e a percepire vicende. Ciascuna di queste attitudini, a sua volta, è in genere presente nell'uomo, sicché si può presumere fino a prova contraria, ossia fino a che non si dimostri la presenza di disturbi capaci di escluderla (es.: mitomania, morbo di Alzheimer e, rispettivamente, cecità). I *requisiti sintetici di attendibilità testimoniale* sono sufficienti in certe combinazioni (cfr. § 4.2.2.3) e consistono nelle caratteristiche elencate nella proposizione 8) e in altre ancora (es.: compostezza nella deposizione). Essi sono sia di carattere soggettivo, consistendo in caratteristiche del teste (es.: terzietà, disinteresse a mentire), sia di carattere oggettivo, consistendo in caratteristiche della sua narrazione (es.: coerenza, analiticità), e devono in ogni caso essere riscontrati, perché non vi è motivo di ritenere che siano in genere presenti. Inoltre, come detto, i requisiti sintetici sono caratteristiche che, in ragione di una legge empirica di matrice razionale, costituiscono cause o effetti probabilistici di una testimonianza eticamente, mnemonicamente o percettivamente adeguata. In altre parole, non solo tali caratteristiche devono ricorrere con una certa frequenza nelle testimonianze che, per esperienza diretta o per convenzione sociale, riteniamo adeguate sotto uno dei tre profili indicati, ma ciò deve avvenire per una ragione ben precisa. Così, ad esempio, la terzietà del teste è una causa probabilistica di un'affermazione veridica, ossia una caratteristica che probabilmente produrrà un'affermazione siffatta. Infatti, allorché riferiamo una vicenda che coinvolge due persone in conflitto rispetto alle quali siamo equidistanti, *tendiamo* a dire il vero, *dato che* dire il falso ci risulta penoso, o quanto meno comporta uno sforzo che siamo disposti a sopportare solo verso una contropartita proporzionata, e *dato che* non siamo disposti a sopportare ciò che ci è penoso, ovvero una falsa testimonianza a favore di estranei non comporta alcun vantaggio.

Tanto premesso, se i requisiti di attendibilità testimoniale sono soddisfatti, il fatto finalmente comunicato (ossia la vicenda che il teste afferma di ricordare di aver percepito) deve ritenersi accaduto, perché altrimenti si incorrerebbe nella contraddizione già segnalata nel § 4.2.1.2. Ciò consente di approfondire il discorso svolto in sede di analisi argomentativa circa la forza probatoria piena ma condizionata della testimonianza. Tale forza è condizionata, perché bisogna essere sufficientemente sicuri dell'affermazione, del ricordo e della percezione del teste, ma è piena, perché, una volta raggiunta tale sufficiente sicurezza, si deve concludere che il fatto finalmente testimoniato è senz'altro accaduto. Inoltre, quanto detto consente di ritenere meramente apparente il circolo vizioso che alcuni autori intravedono nella valutazione della forza probatoria della testimonianza: si crederebbe che il fatto testimoniato sia accaduto proprio perché si crede a tale testimonianza. In realtà, la valutazione della

forza probatoria della testimonianza avviene in due momenti, attraverso due strumenti e su due temi diversi: *dapprima* si stabilisce, per ragioni *epistemiche*, se si può credere a sufficienza all'*affermazione* del teste di *ricordare* di aver *percepito*, poi, una volta risolta positivamente la questione, si stabilisce, per ragioni *logiche*, che la *vicenda* in definitiva comunicata in tal modo è effettivamente accaduta.

4.2.2.3. Peculiarità dei requisiti di attendibilità testimoniale

Il terzo dato che colpisce nella motivazione di legittimità in esame è il *mancato approfondimento*, da parte del giudice di legittimità, delle *peculiarità dei requisiti di attendibilità testimoniale*.

Sorvolo sulla contraddizione già evidenziata nel § 4.2.1.3: la Cassazione dapprima concepisce alcuni di questi requisiti come qualità che si presumono esistenti fino a prova contraria, tanto da concorrere a fondare una presunzione relativa di attendibilità della testimonianza, poi cambia idea e, più correttamente, li inquadra come qualità di cui il giudice deve accertare la sussistenza ai fini della stessa attendibilità.

Quel che mi preme notare ora è che il giudice di legittimità non si sofferma sulle tre peculiarità dei requisiti in esame, che stanno alla base della sua speciale problematicità: essi sono defettibili, esemplificativi e graduabili¹⁰.

Sotto il profilo della *defettibilità*, contrariamente a quanto afferma la motivazione censoria in commento, per l'attendibilità della testimonianza non è "necessario" che essa presenti tutte le qualità indicate nella proposizione 9), che qui è opportuno ricordare nuovamente: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione. Insomma, questi requisiti *non sono tassativi*, come è possibile comprendere sulla base di un semplice esempio, Prendiamo che il teste Tizio sia del tutto estraneo alle parti, sia indifferente all'esito del processo, sia stato ammonito dal giudice (com'è previsto) sulle conseguenze di una sua eventuale falsa testimonianza, renda dichiarazioni sensate e compatibili con le altre risultanze di causa, nonché dettagliate, ma incorra in alcune pur significative contraddizioni (es.: dichiara di aver assistito un certo giorno a un accoltellamento dall'abitacolo di una delle sue autovetture, mentre poco prima aveva dichiarato che proprio tale autovettura quel giorno era ricoverata in officina). Ebbene, nulla impedisce di ritenere altamente attendibile la sua testimonianza, perché potrebbe darsi che il suo ricordo non sia più nitido a causa dei tanti anni passati dalla vicenda e che egli abbia assistito a quest'ultima dall'abitacolo di un'altra delle auto di cui era proprietario.

D'altro canto, i requisiti in esame sono *esemplificativi*, sicché, contrariamente a quanto afferma la motivazione in commento, ai fini dell'attendibilità della testimonianza non è "sufficiente" che essa presenti tutte le qualità suddette. Per giustificare la tesi del carattere *non esaustivo* dei corrispondenti requisiti, si può riformulare l'esempio appena addotto: se Tizio e la sua narrazione soddisfano tutti questi requisiti, ma risulta che il primo era fortemente miope e che ha assistito all'omicidio da una notevole distanza, vi sono buoni motivi per diffidare della sua testimonianza, dunque per escludere la sua attendibilità e con ciò, in definitiva, la sua forza probatoria.

Infine e soprattutto, i requisiti in esame sono *graduabili* (esattamente come la proprietà che condizionano, ossia l'attendibilità testimoniale): caratteristica, questa, che il giudice di legittimità non ha considerato affatto, sebbene sia la più importante delle tre che ho indicato. In questa sede non mi è consentito approfondire il tema, fondamentale eppure negletto nella letteratura giuridica recente, del ruolo della graduabilità nel diritto. Tuttavia, reputo importante sottolineare la tendenza di noi giuristi, confermata dalla motivazione in commento, a ragionare in termini radicalmente categorici:

¹⁰ Per l'approfondimento di questi problemi con particolare riguardo alla valutazione di affidabilità delle tesi esperie, cfr., volendo, CARLIZZI 2019, 123-126.

una volta riconosciuto che un certo fatto deve soddisfare precisi requisiti per produrre determinati effetti giuridici, siamo portati a pensare che tale soddisfacimento soggiaccia a una rigida logica binaria: *aut-aut*, o si dà oppure non si dà assolutamente. Sennonché, questa tendenza costituisce la semplificazione di una realtà molto più complessa. Con particolare riguardo alla testimonianza, se si eccettuano i casi-limite (es.: persona che non ha mai avuto rapporti con le parti del processo), nessuno dei requisiti di attendibilità elencati dalla Cassazione è *rigido* come essa li tratta. Piuttosto, ciascuno può presentarsi in misura più o meno intensa, nel senso che, da un lato, il teste può essere più o meno terzo rispetto alle parti, disinteressato a mentire, consapevole delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale, dall'altro lato, la sua narrazione può essere più o meno logica e coerente internamente, compatibile con altre risultanze altrettanto o più sicure oppure spiegabile nella sua incompatibilità con esse, nonché analitica (e lo stesso vale per altri possibili requisiti di attendibilità).

Numerose sono le conseguenze che possono trarsi dalla "scoperta" di queste tre caratteristiche tipiche. Per quanto riguarda in particolare il controllo di legittimità della motivazione di merito relativa all'attendibilità della testimonianza (da cui è condizionata la sua forza probatoria), le conseguenze variano a seconda che venga denunciato l'uno o l'altro dei tre vizi indicati dall'art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p. (mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, nei termini ivi stabiliti). Concentrandoci sul vizio di mancanza di motivazione, fatto valere dalla pronuncia esaminata, la Corte di cassazione dovrà annullare la sentenza impugnata sia se quest'ultima abbia ritenuto inattendibile una certa testimonianza senza dar conto dell'assenza di almeno uno dei suddetti requisiti (assenza che può essere assoluta o relativa, ossia nella misura minima richiesta dallo standard probatorio di turno¹¹, variabile a seconda che la testimonianza sia a carico o a discarico); sia se la motivazione della sentenza impugnata abbia ritenuto attendibile una certa testimonianza senza dar conto della presenza (assoluta o relativa) di almeno uno dei medesimi requisiti.

Questo dar conto mette la sentenza impugnata al riparo da censure per mancanza di motivazione, ma non toglie che il ricorrente possa avanzare anche una censura per manifesta illogicità della stessa motivazione. Ad esempio, egli potrebbe lamentare, rispettivamente, che il giudizio di inattendibilità basato sul riscontro dell'assenza (assoluta o relativa) di un solo requisito oppure il giudizio di attendibilità basato sul riscontro della presenza (assoluta o relativa) di un solo requisito sia del tutto insensato, perché utilizza su un criterio probatorio manifestamente implausibile (es.: "il semplice fatto che il teste sia legato da stretti vincoli affettivi all'imputato rende assolutamente inattendibile la sua testimonianza" o, rispettivamente, "il semplice fatto che il teste sia del tutto estraneo alle parti in causa rende assolutamente attendibile la sua testimonianza").

D'altro canto, gli esempi appena adottati costituiscono casi estremi, come tali agevolmente risolvibili nel senso della manifesta illogicità della motivazione. Ben più problematico sarebbe il caso se il ricorrente formulasse una censura siffatta nei confronti di una motivazione che abbia ritenuto inattendibile una testimonianza per l'assenza (assoluta o relativa) di un limitato numero di requisiti o, rispettivamente, attendibile una testimonianza per la presenza (assoluta o relativa) di un numero analogo.

4.2.2.4. Valutazione di attendibilità delle testimonianze e valutazione di persuasività degli indizi

L'aspetto più problematico della motivazione censoria in esame è che essa sembra svolgere una critica alquanto incongruente col giudizio che ne forma oggetto. Tale motivazione, infatti, censura secondo i principi della valutazione di *attendibilità* delle *testimonianze* un apprezzamento del giudice di merito che sembra riguardare, piuttosto, la *persuasività* delle informazioni *indiziarie* ricavate da

¹¹ Sul ruolo che gli standard di prova svolgono all'interno della motivazione giudiziale, v. la penetrante indagine di FERRER BELTRÁN 2021, 171 ss.

tali testimonianze. Che i due profili vengano confusi, trova riscontro già nel fatto che, dopo aver illustrato i principi della valutazione di *attendibilità* testimoniale, la Cassazione, nell'accusare la Corte di appello di non averli applicati correttamente, lamenta che essa non abbia spiegato perché ha ritenuto le suddette testimonianze dotate "di limitata capacità *persuasiva*".

Ricordiamo brevemente gli aspetti principali del fatto in giudizio. L'imputato era accusato di non aver svolto regolarmente il servizio di raccolta dei rifiuti di cui era stato incaricato da un Comune. Gli elementi emersi a suo carico erano diversi, ma tutti di carattere indiziario, in quanto non rappresentavano direttamente il suddetto inadempimento, bensì consistevano in altri fatti che potevano ragionevolmente indurre a ritenere che egli lo avesse realizzato. Alcuni di questi elementi erano di origine documentale (es.: statistiche sull'aumento della quantità di rifiuti raccolti nei mesi invernali, durante i quali essa sarebbe invece dovuta diminuire, riguardando un Comune molto frequentato durante il periodo estivo; statistiche sul ritorno alla normalità della suddetta quantità a seguito di una contestazione di irregolarità fatta all'imputato).

Non intendo approfondire gli indizi appena indicati. Piuttosto, mi preme concentrarmi su quelli di origine testimoniale. Essi erano stati riferiti dagli addetti al riciclaggio dei rifiuti raccolti e conferiti dall'impresa dell'imputato e consistevano nella presenza, tra tali rifiuti, di materiali di natura o provenienza diversa da quella che ci si sarebbe dovuti ragionevolmente attendere. Più precisamente, sotto il primo profilo, alcuni materiali, anziché rifiuti solidi urbani (provenienti dai cassonetti pubblici), erano rifiuti già trattati; sotto il secondo profilo, altri materiali, anziché documenti riconducibili a residenti nel Comune affidante, erano documenti riconducibili a residenti in Comuni limitrofi. Questi due elementi (così come quelli di origine documentale) sono stati ritenuti "deboli" dalla Corte di appello, sulla base di considerazioni a loro volta alquanto vaghe (in verità, lo stesso resoconto della sentenza di legittimità non è particolarmente perspicuo). In particolare, il primo elemento è stato ritenuto debole in quanto basato su un "dato esperienziale", il secondo, invece, perché "non esprimeva un valore quantitativo". La Corte di Cassazione censura la motivazione di appello affermando che il suo giudizio di debolezza probatoria è stato espresso senza considerare che le testimonianze su cui si è appuntato possedevano le principali caratteristiche che le rendono attendibili.

Senonché, come anticipato, non pare che la Corte di appello abbia affrontato il tema dell'*attendibilità* testimoniale, bensì quello della *persuasività* indiziaria. In sostanza, essa non ha sostenuto che le affermazioni fatte dai testi non fossero credibili, ma solo che i fatti da essi riferiti non fossero in grado di confermare l'inadempimento attribuito all'imputato. Anzi, ciò sembra trovare conferma nella motivazione censoria in esame là dove afferma che quella di merito ha considerato "deboli" (anziché inattendibili) "gli elementi di prova provenienti da[lle] deposizioni testimoniali" (anziché queste stesse testimonianze).

Più precisamente, con riguardo al primo elemento suddetto, tutto dipende da come la Corte di appello ha inteso il concetto di "dato esperienziale". Se lo avesse inteso nel senso che la classificazione testimoniale di certi materiali quali rifiuti già trattati, anziché solidi urbani, non dipendeva da un giudizio scientifico, dunque sicuro, bensì da un giudizio basato sull'esperienza di riciclaggio, dunque opinabile, allora potrebbe sostenersi che la Corte di appello abbia in effetti messo in discussione la piena capacità di categorizzare dei dichiaranti, dunque l'*attendibilità* delle loro testimonianze. Tuttavia, di questa possibile ricostruzione non vi è traccia nella sentenza della Cassazione. Pertanto, pare più probabile che la Corte di appello abbia inteso il primo elemento suddetto nel senso che, per quanto i testimoni abbiano correttamente classificato alcuni dei materiali conferiti come rifiuti già trattati, la presenza di tali rifiuti tra quelli conferiti da un'impresa incaricata di raccogliere solo rifiuti solidi urbani dovesse considerarsi anomala solo in base all'esperienza (anziché per necessità logica), dunque modestamente significativa per la prova dell'inadempimento attribuito all'imputato. Ma se è così, allora il giudizio di "debolezza" della Corte di appello non ha riguardato l'*attendibilità* delle testimonianze rese, ma solo la capacità dei dati da esse riferiti di confermare l'ipotesi accusatoria, ossia la loro *persuasività*.

D'altro canto, con riguardo al secondo elemento riferito da queste stesse testimonianze, pare ancor più difficile ritenere che la valutazione della Corte di appello sia stata un'autentica valutazione di *attendibilità* testimoniale. In effetti, anche ammesso che i testimoni non avessero riferito con esattezza il numero di documenti riconducibili ai residenti di Comuni diversi da quello affidante ritrovati tra i rifiuti da riciclare, questo ritrovamento anomalo costituiva comunque un elemento circostanziale dotato di rilevanza probatoria. Pertanto, l'unica questione che la stessa Corte di appello si poteva porre concerneva l'incidenza della suddetta incertezza quantitativa sulla capacità dello stesso elemento di provare l'inadempimento dell'imputato, ossia una tipica questione di *persuasività* indiziaria.

Riferimenti bibliografici

- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.
- CARLIZZI G. 2019, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CARLIZZI G. 2018, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo.
- CARLIZZI G., PINO G. 2018. *Presentazione*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18/1, 2018, 400.
- CHIASSONI P. 2018. *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18/1, 2018, 403 ss.
- DICIOTTI E. 2019, *La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria. Un'analisi della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 19/1, 2019, 337 ss.
- FERRER BELTRÁN J. 2021. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN J., TUZET G. 2018. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18/2, 2018, 455 ss.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- NEUMANN U. 2013. *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in «Ars interpretandi», 1, 2018, 83 ss.
- NEUMANN U. 2010. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Ars interpretandi», 1, 2010, 49 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.
- TUZET G. 2016. *La prova testimoniale*, in «Ragion pratica», 2/2016, 279 ss.
- UBERTIS G. 2020. *Processo indiziario e valutazione probatoria*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 20/1, 2020, 315 ss.
- VELLUZZI V. 2019. *Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio. Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 19/2, 2019, 305 ss.