

francescopaolo arnò
ASCOLTO, GIUSTIZIA E VERITÀ
NEL CONTRADDITTORIO GIUDIZIARIO

Io sono venuto questa sera soprattutto per ascoltare. [...] Sono venuto soprattutto per ascoltare perché ritengo che mai come in questo momento sia necessario che io ricordi a me stesso e ricordi a voi che sono un magistrato. [1]

1. Scriveva Giorgio Del Vecchio nel 1951 che "l'attività giudiziaria, tanto civile quanto penale, ha per primo ufficio l'accertamento della verità, che è manifestamente un presupposto essenziale per la retta applicazione della legge e quindi per una giusta sentenza". [2] E nello stesso anno il legislatore rielaborava la formula di giuramento prevista per i giudici popolari della Corte di Assise (art. 30 L. n. 287/1951), che appare esemplarmente chiara sul rapporto tra ascolto, giustizia e verità. Giurano i giudici popolari di ascoltare con diligenza e di esaminare con serietà le prove e le ragioni dell'accusa e della difesa, e di formare quindi il loro intimo convincimento con imparzialità: "affinché la sentenza riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e giustizia".

Secondo il legislatore di cinquant'anni or sono, la società non può, pertanto, non attendere dal giudice una sentenza che, accertata la verità dei fatti, attraverso le prove assunte in sua presenza e valutate alla luce delle ragioni esposte dall'accusa e dalla difesa, sia contestualmente "giusta". È ovvio che non si allude alla giustizia "formale", rispettosa delle forme di legge, bensì a quella "materiale".

Un'endiadi, quindi: giustizia e verità.

È giusto quel processo in cui il giudizio espresso nella sentenza rispetti la verità dei fatti. Se i fatti dedotti nella sentenza non rispondono al vero, la sentenza, pur legittima in rito, è ingiusta.

La società attende quindi un "giusto processo", affermazione di verità e giustizia, come precisa l'art. 111 della Costituzione nella nuova formulazione, [3] che aggiunge un tassello di particolare spessore quale quello di una durata "ragionevole" del processo.

Se la tendenza alla verità, archetipicamente insita nel nostro inconscio collettivo, non è soltanto un dato psicologico e gnoseologico, ma è anche un principio etico, alla maniera dei principi eterni a cui l'Antigone di Sofocle si appellava contro il decreto di Creonte, [4] ancor più tale esigenza preme nel giudice: e icasticamente si è affermato che per il giudice "la verità è la sua ossessione deontologicamente professionale".

[5]

2. Qualsiasi sistema penale si configura come un complesso di norme di comportamento volte a regolare le relazioni sociali attraverso un meccanismo che intende esercitare un controllo sulla criminalità. I modi di tale controllo sono variabili dipendenti dal tempo, dallo spazio, dai rapporti e dalle società prese in considerazione. Il processo penale è quindi suscettibile di diverse definizioni e valutazioni, soprattutto di diversi risultati a seconda degli strumenti di giudizio utilizzati; tenuto conto del fatto che la procedura stessa oggetto di esame può assumere forme e schemi differenti. Una valutazione, pur non esaustiva, del processo penale non può, pertanto, prescindere da un'indagine preliminare del modello di appartenenza e della sua applicazione, posto che le categorie astratte possono essere identiche, ma esprimersi diversamente nella pratica.

Un sistema processuale penalistico può, ad esempio, avere come scopo principale quello della ricerca della verità (come nel modello italiano), un altro può invece ritenere rilevante il "modo" di risoluzione della lite, mettendo in secondo piano l'aspirazione ad una ricostruzione veritiera dei fatti (come nei modelli di common law).

Il processo italiano ha come scopo, tra i suoi principali, quello di evidenziare la verità dei fatti oggetto della causa, nel rispetto dei principi e delle leggi costituzionali, della normativa ordinaria e delle regole procedurali. Una finalità apparentemente così semplice, quasi naïve nella sua lineare espressione, comporta tuttavia uno sforzo notevole: è necessaria in primis una procedura ad hoc, ovvero una formalizzazione e tipizzazione degli strumenti di ricerca, nonché la presenza di organi in grado di comprendere e armonizzare tali regole specifiche e tecniche, ma soprattutto la verità, per essere accettabile erga omnes, deve basarsi su fatti rilevanti e ammissibili che ne sostengano la fondatezza.

La ricerca della verità è un'aspirazione etica che coinvolge qualsiasi organo giudicante, sia che appartenga ad un sistema accusatorio che ad uno inquisitorio; possono però essere diverse le regole che disciplinano gli strumenti, i poteri e la posizione degli organi e delle parti nel processo e, più in generale, il processo stesso. Le decisioni giudiziali sono espressione delle leggi naturali, della tradizione storica, di condizioni variabili che producono risultati relativi e quindi non inamovibili. La società verifica di volta in volta la correttezza dei principi che reputa strumentali per garantire la legalità e la verità, spesso trasformando le regole procedurali, ammettendo o escludendo fonti di prova, ampliando o restringendo i poteri e i doveri delle parti.

Anche modelli processuali che non ritengono primaria la ricerca della verità, di fatto presuppongono dei dogmi, dei nuclei duri che rappresentano la realtà sociale, economica e storica e che assurgono a idee guida, fintanto che non si verificano mutamenti. Altresì, nei sistemi inquisitori che privilegiano la ricerca della verità, la procedura penale non può degenerare sino a valutare tutte le teorie sulla verità, perché altrimenti si innescherebbe un regressus ad infinitum; e inoltre, le aule giudiziarie non sono state

create per diventare luogo di dibattiti scientifici.

I giudici sono tenuti a dare una risposta alle doglianze delle parti, in un contesto quindi parziale, in cui la verità, più che come assioma generale, si riduce a strumento di soluzione specifico, spesso con sfumature soggettive più che obiettive; a ciò va aggiunto che in un processo orale di fronte ad una giuria, a maggior ragione in un sistema di common law, sovente prevalgono le strategie persuasive, gli attacchi alle debolezze altrui che scatenano simpatie o addirittura pregiudizi e che quindi allontanano l'attenzione dalla realtà dei fatti provati, per accentuare le valutazioni soggettive.

Il giudizio, in ogni modo, non trascende completamente la realtà del caso, specie se le prove sono prodotte sulla base di testimonianze di esperti e con applicazione di tecniche scientifiche, come avviene per le prove balistiche, gli esami biologici o le impronte digitali. Ma non si può negare che esistono casi in cui i chiaroscuri della valenza probatoria lasciano una maggiore discrezionalità al giudice.

È il caso ad esempio delle testimonianze, dove il giudice è inevitabilmente combattuto nel credere alle parole ascoltate da un teste anziché a quelle ascoltate da un altro, così che, per allontanare l'irrazionalità della decisione finale, cerca sostegno in altri riferimenti e fonti di prova, come la scena o la data dell'evento, il carattere dell'imputato o le regole di esperienza.

Non potrà quindi essere persuasiva, sotto il profilo della giustizia, una decisione che permetta alle pulsioni e alle emozioni di prevalere: infatti verrebbero travolti i principi fondamentali di fairness del sistema.

3. La struttura e il modello del processo penale non sono che l'espressione dell'ideologia da cui le leggi penali traggono alimento. È antecedente la scelta del fine che si vuole raggiungere, ed è successiva la scelta del mezzo per raggiungerlo. Così, nella teoria dei due modelli, Packer afferma che la scelta normativa rende riconoscibile il processo penale nei suoi dettagli; l'attenzione per gli elementi statici e dinamici permette una visione d'insieme del sistema nella sua identità e nelle sue caratteristiche, e permette anche di valutarne le potenziali tensioni, lacune.

I modelli giuridici, riconducibili alle grandi famiglie del diritto, hanno subito nel tempo notevoli riforme: non solo i confini geografici si sono avvicinati, ma soprattutto le ideologie e le culture si sono confrontate, evolute e inevitabilmente confuse. In tal senso, i modelli tipici del processo penale, quello inquisitorio e quello accusatorio, solo teoricamente rimangono distinti. Nella realtà, non esiste né un processo accusatorio puro né un processo inquisitorio puro, ma solo processi misti.

Gli orientamenti contemporanei del pensiero scientifico, riguardo all'attività gnoseologica, evidenziano come la libertà di ricerca e di apprezzamento costituisca la scelta più congrua ed adeguata rispetto al fine di una più precisa ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio.

Le prove, la loro assunzione, valutazione e incisività, distinguono il processo accusatorio da quello inquisitorio e, tra loro, diverse versioni dello stesso modello. Ad esempio, nel processo accusatorio, le parti, accusatore ed accusato, hanno pari poteri per quanto riguarda la determinazione della causa petendi, del petitum e del thema probandum. Nei processi inquisitori si riscontra, invece, una disparità di poteri tra giudice e parti, essendo il giudice direttamente coinvolto nel caso, quale organo d'accusa.

Particolarmente interessante è proprio il ruolo del giudice, terzo ed imparziale, nella versione accusatoria: valuta, col suo personale ascolto, le prove presentate dalle parti, quelle che emergono durante la fase dibattimentale, e poi pronuncia una sentenza che decide il caso. Alle parti spetta comunque il ruolo centrale: sono tenute, nel loro interesse a raccogliere le prove, a resistere agli attacchi e addirittura a superare, in quanto a valenza probatoria, quelle addotte dagli avversari. Spetta proprio alle parti determinare i confini della causa, ossia l'oggetto, e quali prove presentare all'ascolto del giudice. Hanno l'onere di sostenere le proprie argomentazioni, pubblicamente e oralmente, di fronte ad un giudice e, in alcuni casi, ad una giuria, secondo lo schema della "parità di armi", ossia una parità di diritti e poteri fra organo accusatorio e imputato. Questi si contrappongono, si scontrano, al fine di "convincere" il giudice della fondatezza delle prove addotte e della posizione sostenuta. Il giudice è come il Samuele biblico: l'orecchio di Dio. [6]

Al contrario, nella versione inquisitoria, il processo è scritto ed è contraddistinto da una segretezza esterna ed interna, nel senso che gli atti processuali sono segreti, non solo ai soggetti estranei al processo, ma anche allo stesso imputato. Gli atti processuali contengono, soprattutto, l'esito della ricerca delle prove, condotta ex officio: per cui l'imputato, oltre ad essere impossibilitato a produrre prove a discarico, non conosce neppure quelle a carico, e di conseguenza la sua difesa avrà un'efficacia limitata.

In realtà, il ruolo del giudice non è mai assolutamente passivo o assolutamente attivo, né le parti si trovano in una posizione di perfetta parità. Le decisioni dei giudici spesso trascendono la peculiarità del caso, delle prove e degli argomenti, per confluire in una risposta standardizzata e coerente con la posizione giurisprudenziale dominante. Allora il giudice all'ascolto delle parti preferisce l'ascolto di ciò che affermano le sentenze precedenti, specie se della Corte di Cassazione. Nicodemo era un Fariseo. Ma ai Farisei disse: "Come si può condannare Gesù senza prima averlo ascoltato?". [7]

Spesso la ripetitività e la specializzazione dei compiti comportano una prevalenza dei fini istituzionali, rispetto a ciò che le parti hanno dimostrato durante il processo. Esistono, cioè, più interessi confliggenti: la ricerca della verità, il rispetto del modello procedurale di appartenenza, l'armonizzazione di un'attività indipendente, ma anche l'aspirazione all'uniformità.

4. Il cuore del dibattimento, in quanto a fissazione del caso e delle prove, è sicura-

mente il contraddittorio, espressione più pura della "contesa ad armi pari", quale ideologia e spirito del sistema accusatorio. Secondo questo modello, il giudice è posto nelle migliori condizioni per valutare imparzialmente il caso e quindi darne una definizione prossima alla verità. Le parti sono teoricamente in una posizione paritaria, hanno uguali probabilità di vittoria, perché possono utilizzare le stesse armi del dialogo e della persuasione: alla maniera dell'antica Sofistica, ma senza i sofismi dei maestri di arcane cabale giuridiche, e senza i cavilli che Porzia utilizza contro Shyloch, lui non armato di precettistica e casistica, lui unicamente desideroso di far ascoltare al giudice le sue ragioni e di lottare per il riconoscimento del proprio diritto soggettivo, lui uno Jhering ante litteram. Il contraddittorio è così la forma giuridica del dialogo (dialeghen), o di una filosofia dialogica. [8]

Il giudice deve assicurare il fair play, considerando le parti come titolari di diritti processuali equivalenti, così come l'icona della dea che personifica la giustizia. Il giudice è bendato, sì, ma le sue orecchie non sono turate come quelle dei compagni di Odisseo nell'attraversare il mare delle sirene. Pur apprezzando la purezza dell'immagine, non si possono tralasciare la realtà delle aule giudiziarie, le imperfezioni del sistema e l'inciviltà degli argomenti che inevitabilmente pesano sulla bilancia del giudizio. L'equilibrio di un giudizio giusto è leso intimamente dalla disparità che talvolta si riscontra tra le parti, una disparità che può essere determinata dalla ricchezza, dall'appartenenza ad una razza, ad una religione o un partito politico.

Sul piano giudiziario, nella diligente ricerca della verità dei fatti, il giudice assume la veste dello "storico", dovendo anche lui ricostruire gli accadimenti passati. [9] Se lo storico può però utilizzare tutti gli elementi in suo possesso, anche i più disparati, per cogliere, con una veduta d'insieme, l'histoire des idées, il giudice è obbligato all'utilizzo dei soli elementi offerti dalle parti che è tenuto a liberamente valutare per applicare la relativa norma. L'orecchio dello storico capta voci dovunque si protenda. Il suo ascolto idiografico non ha limiti precostituiti. L'orecchio del giudice capta la voce della legge e quella delle parti in contraddittorio. La sua scienza idiografica ha limiti precostituiti. Per lo storico, ogni voce può essere importante. Per il giudice, ci sono voci che non può o non deve ascoltare.

Solo la possibilità che il giudice formi in modo "libero" (cioè privo di vincoli) il proprio convincimento, pervenendo alla decisione attraverso una sua propria valutazione delle prove addotte, [10] può garantire l'accertamento della verità "reale". E sono dunque incompatibili sia la tipizzazione di prove privilegiate o legali, sia la predeterminazione normativa del valore probatorio di ogni singolo elemento. [11]

Senza dubbio, il libero convincimento del giudice è un principio cardine del nostro ordinamento, ed è stato espressamente recepito dal legislatore con l'art. 192 comma 1° c.p.p., secondo cui "il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati", e con l'art. 116 c.p.c., secondo cui "il giudice deve

valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti".

Entrambe le norme fanno però riferimento alla sola attività di valutazione degli elementi probatori. Soltanto in questa fase - e non certo in quelle precedenti di ammissione ed assunzione dei mezzi di prova - vi è infatti spazio per il libero convincimento del giudice. La motivazione della sentenza, a cui il giudice è obbligato, deve tenere conto di tutti gli elementi acquisiti nel processo e deve rendere espliciti i criteri logico-giuridici utilizzati. La "verità", ricercata dal giudice nella sentenza, non è che il punto di approdo di una complessa procedura che, partendo dalle "fonti" di prova (personali e/o reali, idonei a produrre una conoscenza), escusse da predeterminati "mezzi" di prova (gli strumenti processuali mediante i quali si accosta la fonte e la si escute per farle produrre la conoscenza di cui è portatrice), giunge all'"elemento" di prova (ossia all'ambito di conoscenza ricavabile dalla fonte) e quindi al "risultato" della prova, mediante un procedimento intellettuale. [12]

Poiché la verità d'un fatto (il reale accadimento di un fatto storico) è, e non può non essere, una sola, in estrema sintesi teorica si deve ritenere che la verità "reale" d'un fatto descritto nell'imputazione ha (maggiori) "probabilità" di emergere, ove le "fonti" diano affidamento per attendibilità e serietà, il ventaglio dei mezzi probatori ammissibili ed escussi nel contraddittorio delle parti sia il più ampio possibile, e gli elementi emersi risultino tutti utilizzati.

Se nell'attività gnoseologica la verità d'un fatto ha elevata probabilità di evidenziarsi in costanza di una ampia libertà di ricerca ed apprezzamento ed è verificabile sperimentalmente, sul piano giudiziario, ove è indispensabile il controllo della sentenza, non è possibile lasciare al giudice una libertà nella ricerca della prova. Senza una metodologia processuale la speranza di trovare la verità rischia di essere un'illusione. [13]

5. Il racconto in aula di un fatto durante una prova testimoniale esprime uno tra gli aspetti più caratterizzanti del processo penale, posto che la sua valutazione non è più soltanto espressione di regole di diritto, nel caso specifico di rules of evidence, ma anche del legame tra il quotidiano, tra il giudizio sociale e la giustizia formale, tra una comunicazione più individualizzata ed una più oscura.

Una tale organizzazione procedurale permette di interpretare e stimare la realtà attraverso il racconto storico del caso; senza che la giustizia diventi un'entità superiore e misteriosa. La semplicità di questo legame tra il fatto, la sua presentazione in forma di storia e la sua valutazione, sublima la realtà processuale in quanto ad efficacia. I poteri di interpretazione della storia raccontata in aula devono considerare un ampio spettro prospettico, un numero elevato di informazioni, al fine di organizzare e spesso riorganizzare il fatto, a causa di prove costantemente cangianti. La trama è assai complessa, specie se si considerano le inevitabili parentesi che vengono aperte durante il

giudizio, le sottotesi che si insinuano e che disorientano o le domande parallele all'argomento principale che richiedono una verifica, ma al contempo complicano l'intreccio del caso. Plot e subplots, parole dette e parole taciute, parole ascoltate e parole abbandonate al vento, parole ricordate e parole dimenticate: come in un play di Shakespeare.

La plausibilità di una storia deve passare attraverso l'accertamento del giudice, attraverso l'interpretazione, la valutazione delle prove addotte, la loro combinazione e l'alternante critica tra le opposte posizioni sostenute dalle parti. Queste ultime godono così di una certa libertà in quanto a descrizione e narrazione, specie se il caso deve essere accertato sulla base di prove circostanziali; prove, cioè, che sono controllabili e manipolabili perché non definite, né determinanti se considerate singolarmente, ma suscettibili di interpretazioni favorevoli, a seconda dell'abilità nel presentarle e nell'accostarle ad altre prove.

Il giudice potrebbe essere ingannato, illuso dal fatto oggetto di giudizio, giacché la dinamicità del caso non è mai scontata o prevedibile. La procedura di accertamento può diventare vittima del sistema, più che sua guida; le immagini possono essere percepite in modo fallace, la comunicazione può essere distorta. Senza cedere a visioni pessimistiche, resta sempre la sfida ad una diversa interpretazione, ad una nuova storia che emerge da una nuova prova o da una diversa opinione formatasi nel corso del processo.

La trasparenza e fragilità che caratterizzano la realtà non eccedono, peraltro, in una sfiducia nella giustizia, anzi, stimolano proprio l'attenzione dell'osservatore perché permettono variazioni continue delle teorie gnoseologiche; permettono di selezionare dati ed elementi di giudizio, sempre nuovi ed imprevedibili, di ridefinire i criteri guida e di acquisire le nozioni "mancanti" per comprendere lo spirito di sistema probatorio incentrato sull'oralità del dibattimento: da un lato, le parti che vogliono farsi ascoltare; dall'altro, il giudice che è chiamato all'ascolto.

In talune ipotesi ciò che il giudice interpreta sono per lo più elementi non tangibili, non empirici, che permettono di stabilire dei legami tra punti di una storia complessa e, soprattutto, di individuare la versione reale degli eventi. Le prove, cioè, possono mancare di consistenza, possono difettare in quanto a causalità o descrivere situazioni improbabili; così che il giudice può effettivamente stimare la consistenza e veridicità di un elemento di prova, solo se procede ad una considerazione del caso nella sua totalità.

Il giudizio valutativo di un fatto nella sua formazione deve superare l'ostacolo della singola prova, estrapolata dal contesto, per prediligere l'insieme degli elementi raccolti, delle categorie linguistiche, logiche e normative che si intrecciano nel corso del processo. La ricostruzione di un evento passato richiede una grande capacità di ascolto e osservazione critica, di interpretazione dei vari e contraddittori elementi; la capacità di

giudicare, solo quando tutte le prove sono state presentate; di giudicare in modo fair e in maniera oggettiva.

Ciò non significa necessariamente ricostruire la realtà, bensì accertare gli eventi alla luce della percezione del soggetto che racconta il fatto o del convincimento del giudice che lo ascolta; per cui, la rappresentazione di un fatto può generare la convinzione che la soluzione sia veritiera, tanto la ricostruzione appare perfetta. Questa molteplicità di cause, effetti e significati, è tale che ogni descrizione è insufficiente. Le possibilità di scelta con riferimento a tali elementi di giudizio non sono quantificabili, né sono definibili con certezza le categorie conoscitive e normative utilizzate; così che, da un medesimo evento possono fiorire diverse ricostruzioni, a seconda della rilevanza e dell'impressione fatta dalle ambiguità della storia.

Il margine di errore è sicuramente elevato, ma allo stesso tempo inevitabile, posto che la codificazione dei vari input e delle varie circostanze presentate rivela una difficoltà e limitatezza tipicamente umana. La verità che viene presentata nei tribunali è, solo in ipotesi estreme, perfettamente tangibile, precisa e chiara.

6. Stabilire la verità e la dinamica dei fatti comporta una serie di passaggi probatori, ma anche deduttivi che coinvolgono il giudice e la sua coscienza. Esistono degli elementi di prova che hanno un peso notevole e che sono in grado, proprio in virtù di questa loro caratteristica, di fissare la soluzione del caso attraverso una forza dirompente e insindacabile.

Il sillogismo che si compone, per esempio, nel caso di un assassinio da arma da fuoco, si rivela elementare se l'accusa presenta al giudice l'arma del delitto, le impronte digitali, coincidenti con quelle dell'imputato o la prova alla paraffina di tracce di polvere da sparo sulle mani del medesimo. [14] Il fatto costitutivo dell'illecito appare di facile individuazione; così che, il compito del giudice non è che marginale, le prove essendo puntuali e precise.

I casi processuali di maggior interesse comportano una ragnatela ben più fitta e vischiosa. Le prove prodotte disegnano un ordito complesso, non sono cioè semplicemente costitutive, ovvero non richiedono solo un'attività di analisi, necessitando anche di un lavoro di speculazione deduttiva.

A volte la credibilità di una prova è facilmente contestabile o verificabile, riferendosi questa ad eventi concreti che il lavoro di sondaggio, di vaglio e di ricostruzione fanno emergere. Altre volte, invece, la credibilità si spinge su un piano astratto, facendo riferimento ad elementi ed aspetti non tangibili, né riscontrabili. Questo spazio decisorio sembra contraddire in parte la concezione processuale prima evidenziata. Si pensi ad esempio al reato di diffamazione o ad altri reati commessi con le parole, strumenti comunicativi volatili e spesso privi di segni e riscontri pratici. In questi casi, il conflitto tra credibilità della prova e verità è complicato dal fatto che spesso una critica obietti-

va dell'elemento nella sua unicità viene confusa dalla suggestione e dalla forza persuasiva della presentazione dell'elemento, ossia dalla capacità di persuasione di chi racconta i fatti all'orecchio del giudice.

Questa ipotesi, in cui non sono possibili verifiche rilevanti, offre un esempio di come alla credibilità oggettiva della prova possa venire preferita una valutazione più individualizzata, ma anche più incerta, posto che la verità soggettiva è suscettibile di confusione ed errore. La possibilità di raccontare il falso da parte di un testimone è sanzionata dalla norma penale, anche se difficilmente viene rilevata, specie nelle sue forme più sofisticate, quali ad esempio l'omissione come espressione di influenza indiretta protetta dalla scusante del vuoto di memoria.

"Non ricordo", dice il testimone. E il giudice che lo ascolta deve ricordarsi che il testimone non ha ricordato. Ma è difficile che dimentichi, al di là delle parole freddamente registrate in actis, perché non ha ricordato: se davvero non ha ricordato o se invece non ha voluto o saputo ricordare. Il giudice è un Samuele laico. Non l'orecchio di Dio, ma l'orecchio di quel piccolo e umanissimo dio che lui stesso è e sa di essere: seduto sullo scranno più alto, anche quando il suo viso è immobile e immobili sono i suoi occhi, spesso è assalito da dubbi e perfino dal dubbio d'aver bene ascoltato e compreso, perché in interiore homine habitat veritas, ma quale è l'homo interior?

In quest'ultimo caso, la prova sarà considerabile di per sé come attendibile, anche se pericolosa e sviante, posto che un evento, se privato di alcuni punti, di alcune caratteristiche, può perdere completamente senso o, nella peggiore delle possibilità, acquistarne uno del tutto diverso: può diventare ad esempio un alibi perfetto, un'accusa vigorosa, una ricostruzione di comodo.

Un altro elemento caratterizzante la prova è quindi la consistenza delle affermazioni e dei fatti con essa sostenuti, un aspetto questo che evidentemente assume importanza grazie alla cross-examination e alle capacità dei patrocinanti di far emergere le incongruenze e le illogicità di una specifica ricostruzione, in modo da permettere al giudice di filtrare solo le informazioni che appunto sono consistenti, fondate e rilevanti evitando le contraddizioni. Qui si gioca la credibilità della "giustizia": perché - in tempi dominati da esigenze di tutela della collettività, in cui si assiste anche al ricorso a fonti probatorie altamente inquinate ed inquinanti come i pentiti impigliati in un variegato reticolo di convenienze, e spesso interessati a sottrarsi al dovere del contraddittorio - si presenta il rischio elevato che la giustizia formale non corrisponda a quella materiale, e che quest'ultima rimanga solo una vuota aspirazione.

7. Quid est veritas? E cioè: il giudice deve ricercare ad ogni costo la verità "reale", o può limitarsi a quella "processuale"?

Il discorso è lungo e complesso. [15] Mi limito a pochi cenni.

In materia civile si assiste da anni a (disorganici) tentativi del legislatore di limitare il

principio dispositivo delle parti (secondo cui costoro sono chiamati ad offrire il materiale probatorio: *iuxta allegata et probata*) con quello inquisitorio, aumentando i poteri del giudice, che on the stage of process diviene così co-protagonista con le parti in causa. Si pensi, ad esempio, al potere del giudice di interrogare e ascoltare liberamente, già nella prima udienza, le parti (art. 183 c.p.c.), sia pure per conciliarle, ma acquisendo elementi utili per l'individuazione della "verità", valorizzando le loro dichiarazioni che possono essere fonte, anche unica, del suo convincimento.

Anche per nuovi strumenti (offerta alle parti) incidenti sulla celerità del "giudizio" (art. 186/ter e quater c.p.c.), le recenti modifiche legislative nel rito appaiono certo più appaganti rispetto alle norme precedenti. È vivo l'auspicio che i procedimenti cautelari - che, nel contraddittorio delle parti, consentono pronunce in tempi assai rapidi - abbiano sempre maggiore ingresso anche in altri ambiti. [16]

In materia penale si assiste al tentativo sia della Corte Costituzionale (che fa anche richiamo a "valori interni" alla Costituzione, come quello che impone al giudice ricerchi la "verità") che del legislatore di precisare meglio non solo quale sia il materiale probatorio che il giudice può utilizzare, [17] ma anche assegnargli poteri più incisivi per l'accertamento dei fatti.

Interessanti, sotto tale ultimo profilo, sono i disposti dell'art. 189 c.p.p. sull'ammissione ed assunzione da parte del giudice di mezzi di prove non disciplinati per "assicurare l'accertamento dei fatti", dell'art. 506 c.p.c. sul potere del giudice di indicare alle parti "temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame", e dell'art. 507 c.p.p. sull'ammissione di nuovi mezzi di prova "se risulta assolutamente necessario". E pertanto un sistema processuale può continuare ad essere definito accusatorio (come quello italiano), anche se viene riconosciuto al giudice un ruolo attivo, purché preveda la formazione della prova nel contraddittorio, in un contesto quindi dialogico. In materia tributaria va ricordato lo statuto del contribuente (L. n. 212/2000) che pone delle linee guida pienamente condivisibili quali, ad esempio, l'irretroattività della norma fiscale, gli obblighi di chiarezza, informazione e conoscibilità degli atti a carico dell'amministrazione, e soprattutto la tutela dell'affidamento e della buona fede dei contribuenti; il tutto chiarisce che persino il contribuente deve essere informato, deve sapere per poter anche lui ascoltare la voce della legge senza trovarsi di fronte (e inaspettatamente) al dito imperioso di essa. E la buona fede, non è forse un ascoltare se stessi?

8. Al di là delle norme giuridiche, ricordo ancora, in un celebre e ormai vecchio romanzo, l'amaro "sfogo" d'un giudice, dimessosi dalla magistratura per una ritenuta ingiustizia perpetrata dal collegio in danno dell'imputata (rivelatasi poi effettivamente colpevole), il suo travaglio nella scelta tra verità "processuale" e "reale":

Dovermi dibattere fra la verità pura e la verità che risulta dalle carte, quella cioè a cui

mi debbo attenere per giudicare: quod non est in actis non est de hoc mundo; intravedere la verità, quella che non risulta dai documenti, ma si sente, si intuisce, è nelle emanazioni nervose dell'aula, e non poterla proclamare perché non è consacrata negli atti!

Dare valore alle testimonianze quando io penso che a chi mi domandasse se questa giubba che indosso da due anni ha la spaccatura in fondo alla schiena o non l'ha, io non saprei che cosa rispondere. Eppure quasi tutti i testimoni affermano ed escludono con la più sfacciata sicurezza...Vedere, in certi giudizi d'appello, che l'imputato nel giudizio di I° grado non ha dedotto tutte le prove della sua innocenza o perché non aveva denaro, o perché non ne apprezzava l'importanza. Dover chiudere la porta dinanzi alla verità perché il teste d'accusa è una guardia campestre giurata. [18]

Quid est veritas, dunque? Il dovere del giudice di ricostruire la verità del caso sulla base delle prove presentate soffre di alcune difficoltà, dovute essenzialmente al fatto che la valutazione non considera gli eventi come un insieme di cause ed effetti naturalmente successivi, secondo relazioni semplici di necessità o sufficienza, ma come un ordine complesso, la cui struttura è comprensibile in modo totale sulla base della storia, che si evince dalla concatenazione degli elementi oggettivi e soggettivi, ma anche tenendo conto della rappresentazione che l'orecchio del giudice crea nella sua mente e nel suo animo.

Le prove hanno infatti un significato proprio, quello per cui vengono considerate come mezzi di convincimento, ed un altro, più sottile, che può essere manipolato e distorto, a seconda del grado di apprezzamento riservatogli. La prova si riferisce ad un elemento specifico, ad un anello della ricostruzione determinato, sia questo concreto ed empirico, sia invece astratto, enfatizzando, ad esempio, lo stato d'animo e la mens rea dell'imputato.

Le presunzioni e gli altri mezzi di prova, inoltre, non hanno la stessa forza persuasiva ed impressionante del caso in esame, posto che vengono riportati attraverso un linguaggio arido e difficile, privo di espressioni di comune utilizzo. Al contrario, l'emotività che genera la discussione in aula, le prove prodotte e confutate, le testimonianze e le ricostruzioni presentate, si fissano nel ricordo, focalizzando l'attenzione di chi le ascolta.

La ricostruzione di una storia soffre di difficoltà numerose, dovute soprattutto alla molteplicità di prove e testimonianze che si susseguono, senza seguire necessariamente un ordine cronologico o causale preciso. La speculazione e l'interpretazione sono quindi strumenti necessari per poter procedere alla valutazione del caso, ma sono anche strumenti suscettibili di errore, di inesattezza, di parzialità.

9. La finalità principale di un sistema di giustizia è quella di decidere su fatti passati attraverso una serie di principi, più o meno formalizzati, che sono considerati gli stru-

menti migliori per giungere ad una ricostruzione il più possibile veritiera. Ogni sistema elegge un metodo come essenziale per tale ricerca e, in tal senso, armonizza la sua azione, le sue regole, la sua linea fondamentale e anche il lavoro reso dai propri organi.

Nei sistemi continentali, questo compito grava sul legislatore e sui professionisti del diritto, anzi, specificamente, è il giudice che viene investito di un'importante responsabilità di giudizio, pur se il ruolo dei patrocinanti ne guida e limita in gran parte l'inchiesta.

La "verità", prevista dalle enunciazioni altisonanti che reggono il sistema, non è il risultato di semplici operazioni algebriche o meccaniche, né la sentenza è un mero prodotto sillogistico.

L'intelletto e l'etica sono chiamati a svolgere un compito essenziale, ma estremamente difficile, considerando il trasporto emotivo da cui ogni uomo, sia giudice o patrocinante, viene pervaso. [19]

Le valutazioni probatorie possono addirittura tradire i valori superiori, ma la loro presenza garantisce e deve garantire una devozione che sprona, che deve spronare al "perfectum". Al "perfectum" della giustizia e della verità nel contraddittorio giudiziario. Nulla iustitia, nulla veritas, cum altera pars inaudita sit. E perciò l'ascolto del giudice. E perciò anche il giudice che si ascolta.

"My nerves are bad to-night. Yes, bad. Stay with me.

"Speak to me. Why do you never speak? Speak.

"What are you thinking of? What thinking? What?

"I never know what you are thinking. Think".

I think we are in rats' alley

Where the dead men lost their bones.

["I miei nervi sono a pezzi, stasera. Sì, a pezzi. Resta con me.

"Parlami. Perché non parli mai? Parla.

"A cosa stai pensando? Cosa pensi? Che cosa?

"Non so mai a cosa stai pensando. Pensa".

Io penso che siamo nel vicolo dei sorci

Dove i morti hanno perso le loro ossa.]

Eliot, *The Waste Land*, II, vv. 35-40.

Il racconto in aula di un fatto durante una prova testimoniale esprime uno tra gli aspetti più caratterizzanti del processo penale, posto che la sua valutazione non è più soltanto espressione di regole di diritto, nel caso specifico di rules of evidence, ma anche del legame tra il quotidiano, tra il giudizio sociale e la giustizia formale, tra una comunicazione più tangibile ed individualizzata ed una più oscura.

Una tale organizzazione procedurale permette di interpretare e stimare la realtà attraverso il racconto storico del caso; senza che la giustizia diventi un'entità superiore e misteriosa. La semplicità di questo legame tra il fatto, la sua presentazione in forma di storia e la sua valutazione, sublima la realtà processuale in quanto ad efficacia. I poteri di interpretazione della storia raccontata in aula devono considerare un ampio spettro prospettico, un numero elevato di informazioni, al fine di organizzare e spesso riorganizzare il fatto, a causa di prove costantemente cangianti. La trama è assai complessa, specie se si considerano le inevitabili parentesi che vengono aperte durante il giudizio, le sottotesi che si insinuano e che disorientano o le domande parallele all'argomento principale che richiedono, comunque, una verifica, ma che nel contempo complicano l'intreccio del caso. Plot e subplots, parole dette e parole taciute, parole ascoltate e parole abbandonate al vento, parole ricordate e parole dimenticate: come in un play di Shakespeare.

L'essere plausibile di una storia deve passare attraverso l'accertamento del giudice, che la interpreta e la valuta. Le parti godono di una certa libertà in quanto a descrizione e narrazione, specie se il caso deve essere accertato sulla base di prove circostanziali; prove, cioè, che sono controllabili e manipolabili perché non definite, né determinanti se considerate singolarmente, ma suscettibili di interpretazioni favorevoli, a seconda dell'abilità nel presentarle e nell'accostarle ad altre prove. (F.A.)

NOTE

1. P. BORSELLINO, I giorni di Giuda, discorso pronunciato a Palermo il 25 giugno 1992 e pubblicato nel marzo del 1993 sulla rivista "Micromega".
2. G. DEL VECCHIO, La verità nella morale e nel diritto, Roma 1951.
3. L. costituzionale 23.11.1999 n.2.
4. D. CORRADINI H. BROUSSARD, Miti e archetipi, 2 ed., Pisa 1992. Cfr. inoltre l'edizione più aggiornata del testo, Miti e politica.
5. P. PAJARDI, Essere giudice oggi, Milano 1990.
6. D. CORRADINI H. BROUSSARD, Miti e archetipi, 2 ed., Pisa, 1992. Cfr. inoltre l'edizione del testo più aggiornata, Miti e politica.
7. È, in effetti, paradigmatico il processo a Gesù. Ciò che colpisce in quel processo è la sostanziale "ingiustizia" della sentenza. Ingiusta perché contraria alla verità, e non già perché il processo (nei suoi due momenti, religioso e laico) sia stato affetto da vizi. Per molti studiosi quel processo fu, infatti, "formalmente" giusto. Ma non ogni processo esente da vizi porta ad una sentenza giusta, sì come non ogni processo viziato porta inevitabilmente ad una sentenza in sostanza ingiusta. L'ingiustizia di quel processo sta nel tradimento della verità. Allorché Gesù rispose a Caifa d'essere "figlio di Dio", disse, e non poté non dire, il vero. Tuttavia non fu creduto, non gli si volle credere, nonostante la prova testimoniale fosse miseramente naufragata (v. Marco, 14,55 e segg.) e le dichiarazioni di quell'"imputato" trovassero riscontro nei molteplici "segni" della sua vita che avrebbero dovuto far riflettere tutti i sinedrini (e non solo Giuseppe d'Arimatea e Nicodemo). E fu condannato per bestemmia (reato religioso) pur essendo innocente, come del resto ammise lo stesso Pilato.
8. D. CORRADINI H. BROUSSARD, Diritto e conflitto, Pisa 2002.
9. Come sosteneva CALOGERO. Inoltre il giudice è storico anche nell'interpretare i documenti normativi.
10. Si distingue, generalmente, tra iudicium secundum conscientiam (che apre un ampio spazio di libertà al giudice) e iudicium secundum allegata et probata (che restringe la sua sfera di libertà).
11. M. NUNZIATA, Critica Penale in L'articolo 192 comma 3° del c.p.p. comprime il libero convincimento del giudice, Bologna 1998, I, 55.
12. E. FASSONE, La prova penale: dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione, Roma 1998.
13. P. PAJARDI, Essere giudice oggi, Milano 1990. Sulla differenza tra verità processuale e verità storica, particolarmente interessanti sono le riflessioni del Prof. Avv. CORRADINI H. BROUSSARD: la verità contenuta nella sentenza non sempre coincide con la verità storica. Altrimenti perché il giudizio di Appello? E quanti innocenti giacciono nelle patrie galere per verità di sentenza? E quanti colpevoli, sempre per verità di sentenza, sono uccelli di bosco? Questa antica idea del Prof. Corradini si oppone a quel filone della filosofia del diritto che in Italia ebbe il suo iniziatore con DEL VECCHIO e il suo continuatore con Enrico OPUCHER.
14. Senza tralasciare l'elemento psicologico: colpa, colpa cosciente, dolo, preterintenzione.
15. La ricerca di corretti ed inequivoci criteri di indagine è un compito indubbiamente arduo per il legislatore (sono quanto mai accesi i dibattiti parlamentari sugli atti che possono legittimamente entrare a far parte del patrimonio utilizzabile dal giudice), dovendosi sfruttare tutto il bagaglio delle recenti esperienze giudiziarie (a volte tragiche) anche di altri Paesi, ed i progressi della tecnologia scientifica; se entrambi avranno dimostrato l'insufficienza e/o lacunosità dei criteri vigenti, il legislatore avrà il dovere di aggiornarli affinché i giudici non usino quelli ormai superati dai fatti.
16. Va detto che appare sommamente ingiusto che il giudice, ritenuta l'esistenza del *fumus boni iuris*, debba dire al ricorrente che, difettando il *periculum in mora*, gli darà sì ragione, non oggi, ma ... poi.
17. Si pensi, ad esempio, alle problematiche sulla chiamata in correità, sull'utilizzazione delle dichiarazioni accusatorie non confermate in dibattimento.
18. PITIGRILLI [DINO SEGRE], L'esperimento di Pott, Milano 1929.
19. Rilevava ALTAVILLA (in Il processo psicologico e la verità giudiziale, Torino 1925) che, ad esempio, il magistrato a tipo intellettuale, che vive principalmente della preoccupazione di dare ai fatti la loro vera fisionomia giuridica, è piuttosto arido e spesso ingiustamente severo; quello a tipo emotivo vede il lato umano di ogni avvenimento, si rappresenta con facilità le emozioni e le passioni, e propende quindi all'indulgenza; quello a tipo logico finisce con l'essere un pericoloso subiettivo che non riesce a darsi conto della realtà coi suoi poliedrici atteggiamenti.

Ringrazio il mio magister non vitae sed inquietudinis Prof. Domenico Corradini H. Broussard per aver ispirato e discusso con me questo saggio.

BIBLIOGRAFIA MINIMA

- ALTAVILLA, Il processo psicologico e la verità giudiziale, Torino 1925.
ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano 1985.
BORSELLINO P., I giorni di Giuda, "Micromega", marzo 1993.
CORRADINI H. BROUSSARD D., Miti e archetipi, 2 ed., Pisa 1992.
CORRADINI H. BROUSSARD D., Diritto e conflitto, Pisa 2002.
CRISAFULLI V., La Costituzione italiana e le sue disposizioni di principio, Milano 1952.
DEL VECCHIO G., La verità nella morale e nel diritto, Roma 1951.
FASSONE E., La prova penale: dalla certezza all'ipotesi preferibile. Un metodo per la valutazione, Roma 1998.
MANTOVANI F., Diritto penale, 3ª ed, Padova 1992.
NUNZIATA M., Critica Penale in L'articolo 192 comma 3° del c.p.p. comprime il libero convincimento del giudice, Bologna 1998.
PAJARDI P., Essere giudice oggi, Milano 1990.
PISAPIA, Nuova g. civ. comm., 1991, I.
PITIGRILLI [SEGRE D.], L'esperimento di Pott, Milano 1929.