

1. GLI ASSIOMI - 2. ISTRUZIONE IN DUE RITI - 3. CRITICA DELL'ISTRUZIONE SOMMARIA - 4. ISTRUZIONE FORMALE IN CONTRADDITTORIO? - 5. I DUE RITI A CONFRONTO - 6. LA SOLUZIONE DEL PROCESSO ACCUSATORIO - 7. DUE OBIEZIONI - 8. SUPERSTIZIONE DEL LIBERO CONVINCIMENTO - 9. PROCESSO PER IMPUTATI RICCHI? - 10. UN FALSO PROBLEMA DI COSTITUZIONALITÀ - 11. L'INSIDIA DELLE PAROLE - 12. IDEOLOGIA DEL CONTRADDITTORIO - 13. PROBLEMI DELL'ESAME INCROCIATO - 14. LA COMUNANZA DEI VERBALI - 15. INCIDENTI D'ISTRUZIONE - 16. EQUITVOCI SULL'ARCHIVIAZIONE - 17. L'IMPORTANZA D'ESSERE COERENTI - 18. IL DOCUMENTO E LA TESTIMONIANZA - 19. TESTIMONIANZE *DE AUDITU* - 20. TESTIMONIANZA E LIBERO CONVINCIMENTO.

IX - DIATRIBE SUL PROCESSO ACCUSATORIO

1. GLI ASSIOMI.

La domanda a cui dobbiamo rispondere è se vi sia un processo penale migliore degli altri. Quando si ragiona di simili argomenti, incombe il pericolo di non capirsi e quindi di disputare a vuoto, ma il segreto di un discorso vertebrato sta nello scegliere le premesse tra quelle accettate dagli interlocutori e poi trarne le conseguenze, avendo cura di non incorrere in contraddizioni. L'accordo sugli assiomi non dovrebbe essere irraggiungibile. In primo luogo, si aspira a una semplificazione del processo: è unanime l'opinione che molti degli istituti attuali pecchino di superflua complessità e perciò di una disfunzione, il cui sintomo è la lentezza nei tempi del procedimento. Inoltre si vuole che le attività strumentali alla decisione siano regolate in tal modo da ridurre al minimo l'eventualità della sentenza ingiusta: di qui alcuni corollari circa l'assetto dell'istruzione probatoria. Ciò riguarda i profili tecnici del problema, oltre i quali se ne indovina uno ideologico. Il processo è un'espressione di civiltà o di cultura, come oggi si suol dire, e quindi soggiace ai limiti imposti dal comune riconoscimento di certi valori. Ad esempio, potrebbe darsi che una droga o un trattamento psicologico o qualcosa di simile permettessero di violare la mente del paziente con un'assoluta garanzia di risultati veridici. Concedere al giudice l'uso di questo mezzo equivarrebbe a sradicare l'errore: il sogno degli inquisitori avverato senza contropartite di gusto troppo sgradevole e cioè una giustizia infallibile verificata con l'esperimento. Eppure, a una certa levatura di sensibilità morale nessuno oserebbe compiacersi del risultato e anzi si riterrebbe incivile il processo nel quale, in omaggio alla ricerca della verità, l'uomo fosse trattato a quel modo. Fra i nostri assiomi, allora, annoveriamo anche

questo, al quale compete un'importanza fondamentale: si può discutere finché si vuole sui particolari tecnici della riforma, purché si accetti un limite imposto dal rispetto della persona. Trattare l'imputato come una persona significa farlo interloquire nella disputa e così realizzare la formula degli scrittori medievali, secondo la quale giudicare qualcuno è *actus trium personarum*: in parole esplicite, l'esclusione dal processo di ogni prova ottenuta fuori del controllo delle parti.

Le premesse sono state scelte. Ora ci chiederemo quali siano gli aspetti deprecabili della disciplina vigente e come si possa rimediare. Soggiungo, sebbene sia superfluo, che nella scelta del rimedio conviene attenersi alla realtà, giacché le alternative utopistiche sono la via migliore per lasciare le cose al punto in cui sono.

2. ISTRUZIONE IN DUE RITI.

Una caratteristica appariscente dell'ordinamento attuale è lo sdoppiamento del processo in due fasi denominate «istruzione» e «dibattimento» o anche «giudizio», nella terminologia del codice. Poiché in entrambe si giudica e si acquisiscono prove, la scelta delle parole non appare felice. Diciamo che il primo procedimento serve a sapere se esistono le condizioni per assoggettare l'imputato al dibattimento; e poiché tra di esse figura una certa qual probabilità del reato, il solo mezzo per venire a capo della questione consiste nel raccogliere e valutare tutte le prove accessibili, le quali, ormai introdotte nel processo, sono poi valutate una seconda volta quando occorre sentenziare sulla responsabilità penale.

Tale fase preliminare, costituente parte del processo, è prevista in due configurazioni che corrispondono ai riti formale e sommario. Oggi, a causa di un'interpretazione arbitraria, l'imputato è assai meno tutelato nel secondo di quanto sia nel primo¹, ma questa è una differenza che si reputa unanimemente ingiustificata, mentre - nella supposizione che le due figure debbano risolversi in una - si disputa se convenga affidare il procedimento preliminare al pubblico ministero ovvero a un giudice diverso da quello del dibattimento.

¹ *Supra*, I.

3. CRITICA DELL'ISTRUZIONE SOMMARIA.

Dei molti problemi che la riforma suggerisce questo è il primo, in ordine logico, e anche il più facile. Basta un attimo di riflessione per capire come - ammessa in ipotesi la necessità di un'istruzione simile all'attuale - la scelta dell'organo istruttorio, non possa ragionevolmente cadere sul pubblico ministero. Vi è anche chi sostiene il punto di vista opposto in base a ragioni che, nell'essenziale, sono due: si comincia con il vantare la rapidità di cui l'istruzione sommaria è garanzia; il pubblico ministero, si ha cura di aggiungere, non è un giudice e neppure una parte ma «organo di giustizia»: è quindi scongiurato il pericolo che la ricerca e l'assunzione delle prove siano condotte parzialmente.

Che l'istruzione del pubblico ministero sia meno complessa di quella del giudice (sotto il profilo della struttura), è un dato che si può facilmente concedere; ma sarebbe ancora più semplice un processo nel quale il pubblico ministero, dopo avere istruito, sentenziasse, assolvendo o condannando. Fuori di paradosso, è meglio stare lontani da certe forme dirompenti di semplificazione, che sconvolgono il profilo razionale degli istituti. Il processo, come tutti gli strumenti, ubbidisce a leggi in qualche modo indipendenti dal nostro arbitrio e perciò «naturali», una delle quali vuole che le parti siano parti e il giudice agisca imparzialmente. Quanto al secondo assunto, la confutazione si deduce da un rilievo banale: se il procedimento preliminare serve anche a formare le prove, delle quali si terrà poi conto nel dibattimento, il minimo che si debba pretendere è che esse siano formate da un soggetto imparziale e non da colui che poi se ne serve in veste di parte. Sebbene la moda oggi inclini più alle formule ambigue che alle idee chiare, vi sono argomenti così lineari che nessuno può permettersi di fraintenderli. La logica vale anche per gli zelatori dell'istruzione sommaria. Al rilievo che il pubblico ministero istruttore è una parte che agisce con i poteri del giudice, essi hanno risposto che il pubblico ministero non è parte ma organo di giustizia. Ma davvero si crede di risolvere il problema con un fatuo gioco di parole? Il dovere di agire secondo giustizia non esclude che il pubblico ministero eserciti l'azione, presenti requisitorie, scenda in disputa nel dibattimento, formuli istanze e impugni la decisione: «essere parte» non significa niente di più. Insomma, chiunque sostenga quel singo-

lare punto di vista ha l'onere di dimostrare che la formazione unilaterale delle prove ad opera dell'accusatore rientra nel disegno razionale del processo e non nuoce all'obiettività della decisione, a meno di confessare: «non credo al contraddittorio e perciò non attribuisco importanza al fatto che le prove siano o meno formate da un organo imparziale con il concorso delle parti». Poiché le cose sono quel che sono e al pubblico ministero, che è l'organo dell'accusa, non si può attribuire più di un ruolo, la dimostrazione appare impossibile, sicché il partito più rispettabile (dal punto di vista dialettico) sarebbe dire chiaro e tondo che si rifiuta il principio del contraddittorio. La sincerità è un gran pregio: tutti capirebbero che certi fautori dell'istruzione sommaria guardano al processo inquisitorio come alla somma delle perfezioni; infatti, accordare al giudice le funzioni dell'accusatore o all'accusatore un potere del giudice (tale è quello di formare le prove) sono espedienti egualmente deprecabili².

La replica di solito è condotta in base a questi argomenti: l'istruzione sommaria non esclude le opportune garanzie per la difesa (come se vi fossero garanzie sufficienti a compensare la disegualianza contro natura che si crea accordando al pubblico ministero, che è parte, il potere di formare le prove); le testimonianze raccolte nell'istruzione sono poi reiterate nel dibattimento, sicché, in ultima analisi, si può contare sulla tavola di salvezza del prudente apprezzamento del giudice (di tutte le ragioni deboli questa è la più stravagante: si vuole un esordio abnorme, in cui una parte agisca da giudice, e poi si confida che le conseguenze dell'anomalia siano neutralizzate nelle fasi ulteriori; non è più semplice evitare il vizio d'origine?), e altri che non è il caso di riferire ma si lasciano facilmente intuire e non valgono più dei due appena accennati.

4. ISTRUZIONE FORMALE IN CONTRADDITTORIO?

Non dovrebbero essere rimasti molti dubbi sulla convenienza di sopprimere l'istruzione del pubblico ministero. Escluso il primo termine, sembrerebbe inevitabile scegliere il secondo e quindi

² *Supra*, I, § 4; VII, § 4; VIII, § 4.

l'istruzione in contraddittorio condotta da un giudice; ma qui sorgono le prime incertezze veramente serie, nel discutere le quali bisogna avere presenti tutti i dati del problema. Converrà chiedersi in primo luogo che cosa significa «principio del contraddittorio». Perché un processo rispetti tale canone non basta che vi si tengano tornei di garrula e pittoresca eloquenza, ma bisogna che la decisione sia costruita su quanto è emerso dall'attività corale dei protagonisti del giudizio: per intenderci, le prove sono tali in quanto acquisite dal giudice con il concorso attivo delle parti; le informazioni ottenute segretamente non sono testimonianze e non lo diventano per il fatto puro e semplice che il loro autore ammetta di averle fornite: conta ciò che si dice dinanzi al giudice, sotto gli occhi dei contraddittori.

Ovvia la ragione di questo limite. Supponiamo che basti l'ammissione d'aver reso all'istruttore una certa dichiarazione perché la si possa usare ai fini del decidere, sebbene il testimonio l'abbia ritrattata nel dibattimento: il giudice userebbe come prova un'informazione ottenuta fuori del controllo delle parti, contro l'ipotesi enunciata a titolo di premessa³. Che la dichiarazione sia stata formulata è fuori disputa, perché c'è l'ammissione del suo autore; ma questa non è una condizione sufficiente, poiché il contraddittorio serve non tanto a escludere il pericolo (più teorico che reale) della contraffazione della prova quanto a formare le prove nel migliore dei modi. È raro che il senso della testimonianza si riduca ad un monosillabo affermativo o negativo. Per di più il testimonio non è un narratore spontaneo ma una persona provocata a rispondere, sicché tono e contenuto della risposta spesso dipendono dalla domanda. Infine, la risposta non è scindibile dal timbro di voce, dall'espressione del volto e insomma, da ogni atteggiamento espressivo idoneo a svelare la mente dell'interrogato e quindi a fornire argomenti alla valutazione di veridicità. Ecco, nell'essenziale, le ragioni per le quali, secondo i canoni del contraddittorio e dell'oralità, non si potrebbe considerare testimonianza quella che il testimonio non avesse formulato dinanzi al giudice e alle parti, assumendone la relativa responsabilità⁴.

³ *Supra*, VIII, § 16.

⁴ *Infra*, §§ 18, 19, 20.

Era importante fissare questo punto perché si vedrà fra breve come l'istruzione formale possa essere concepita in due modi, uno dei quali non corrisponde ai nostri assiomi. Tutti dicono di volere un'istruzione corredata da adeguate garanzie per l'imputato, ma l'espressione è abbastanza ambigua da nascondere un serio dissenso, e così accade che la falsa unanimità dei fautori dell'istruzione formale si rompa a proposito del regime della testimonianza: si ammette o no che il difensore assista agli atti di formazione delle prove? Per quanto so, l'unico che risponda affermativamente è Nuvolone, mentre le formule degli altri muovono dalla riserva mentale più o meno trasparente che interrogatorio e testimonianza debbano essere acquisiti in segreto. Convengo con Nuvolone nel considerare inaccettabile la limitazione, che esclude il contraddittorio rispetto a nove su dieci prove comunemente usate in materia penale, e tuttavia non riesco a dissimularmi alcune obiezioni che non sono così futili da poter essere taciute.

In primo luogo, il processo penale serve anche alla repressione dei reati ossia a un interesse fondamentale della società, che non si sa in qual modo sarebbe soddisfatto il giorno in cui l'istruzione fosse condotta secondo le regole di un impeccabile *fair-play*. Poiché la raccolta del materiale istruttorio avviene per approcci successivi, una certa dose di segretezza sembra corrispondere a esigenze reali più che ad un esasperato spirito di cautela: chiunque capisce che la pubblicità delle prime acquisizioni (in specie dell'esame dei testimoni) potrebbe frustrare le mosse successive dell'istruttore con intuibile pregiudizio per il buon risultato del processo; e se qualcuno esortasse a non essere troppo pessimisti e confidare in una riforma del costume spontaneamente indotta da quella delle norme, risponderai che l'uso della ragione è preferibile alla dolce narcosi delle utopie.

In secondo luogo, il processo penale è abbastanza macchinoso oggi perché sia il caso di complicarne ancora l'architettura con un'istruzione condotta in contraddittorio dalla prima all'ultima battuta.

In terzo luogo, un procedimento preliminare nel quale ogni atto fosse compiuto di fronte alle parti e con il loro apporto, renderebbe quasi superfluo il dibattimento o per lo meno accentuerebbe lo squilibrio, già ripetutamente lamentato, derivante dal fatto che il centro di gravitazione oggi cade nella prima fase del processo. Probabilmente Nuvolone mi risponderà che il dibattimento non si ridurrebbe a un *bis*

in idem, perché le funzioni dei due procedimenti sono diverse: il primo vaglia la semplice probabilità del reato, mentre l'altro è inteso al giudizio sulla responsabilità penale. Argomento ineccepibile ma libresco: quando i testimoni fossero stati interrogati dal giudice istruttore con l'intervento delle parti e ogni altro atto probatorio fosse stato compiuto secondo la medesima regola, il dibattimento a che servirebbe se non alla discussione? Tendenzialmente, almeno, il processo penale si modellerebbe su quello civile: l'istruzione in uno stillicidio di udienze e un oratorio finale riservato ai disputanti. In breve, se le prove già formate fossero accuratamente riacquisite nel dibattimento, il mezzo sarebbe sovrabbondante rispetto al risultato: la moltiplicazione superflua degli enti non è più vantaggiosa nel processo di quanto sia in filosofia. Se invece il dibattimento, come sembra probabile, si riducesse di fatto a una discussione sul conto di prove già formate, che il giudice conosca attraverso i verbali, l'inconveniente sarebbe serio, perché finirebbe sacrificata l'immediatezza (ossia l'identità tra l'organo che assume la prova e quello che decide) senza la quale l'oralità diventa una larva di se stessa. L'unità di tempo e d'azione è un canone della tragedia che vale anche nel processo. Meglio sopprimere i diaframmi tra la formazione delle prove e la decisione e lasciare che il giudice decida sotto l'impressione diretta di quanto ha visto e udito; ma ciò implica che l'istruzione probatoria, nella misura del possibile, si esaurisca nel dibattimento.

5. I DUE RITI A CONFRONTO.

Ho enumerato gli argomenti favorevoli e contrari a una riforma intesa a sostituire il pubblico ministero al giudice istruttore ovvero a sopprimere l'istruzione sommaria. Per essere precisi, la prima soluzione non offre nemmeno l'ombra di un vantaggio e anzi rappresenta un torbido compromesso, sicché non vale la pena di parlarne ancora. La seconda, nella versione proposta da Nuvolone, è lineare e rispettosa di una esigenza ideologica che condivido pienamente ma, sul piano tecnico e pratico, offre il fianco ad alcune obiezioni da non trascurare. Malgrado tale difetto, non esiterei a schierarmi per quest'ultima soluzione, se dovessi optare fra il giudice istruttore e un pubblico ministero - organo di giustizia - quasi

giudice. Scelta ovvia: non capisco perché nel processo penale, che è un meccanismo pericoloso e difficile, si debba rinunciare all'onesto uso della ragione.

6. LA SOLUZIONE DEL PROCESSO ACCUSATORIO.

Tuttavia la scelta non si pone in quegli stretti termini. La proposta illustrata nella mia relazione⁵ svolge l'idea d'un processo accusatorio nel quale molti interrogativi sinora insoluti trovano una risposta soddisfacente; non è la formula del processo perfetto ma presenta difetti minori delle altre. Si è ragionato da una premessa: che il contraddittorio nella formazione delle prove sia necessario perché un processo degno di gente civile non può farne a meno, e anche perché costituisce una garanzia di veridicità. Non c'è molto da scegliere: escluse la tortura, le informazioni anonime, la narcoanalisi e simili, il solo strumento ragionevole di cui si disponga è una discussione spinta a fondo, in cui ciascuno reciti il suo ruolo e non siano tollerati travestimenti; dove le prove siano acquisite di fronte alle parti e le fonti della decisione siano palesi. Una volta si credeva che le informazioni raccolte a bassa voce e a quattr'occhi fossero la via migliore per raggiungere la verità. Poi, con il progresso degli studi sulla psicologia della testimonianza, si è scoperto che non vi è nulla come l'escussione in contraddittorio che predisponga il testimone a parlare senza reticenze. So qual'è l'obiezione: «il processo accusatorio è un lusso per comunità di alto livello morale, mentre il nostro paese è ancora afflitto da sopravvivenze di costume incivile; un'escussione in contraddittorio potrebbe atterrire il testimone con il risultato di chiudergli la bocca». Può darsi che sia così, ma questo non è un buon motivo per commisurare il processo agli strati infimi della società. Presupporre una morale d'*élite* significa uscire dalla realtà, ma la scelta di un modello troppo scadente è la via più sicura per imbarbarirsi.

Ora si comincia a capire che l'ostacolo principale all'attuazione del contraddittorio è la cosiddetta istruzione, nella quale sopravvive il

⁵ *Supra*, VIII.

reliitto storico del processo inquisitorio; e se si riflettesse meno distratamente su questa discendenza, si riuscirebbe a decifrare più di un aspetto singolare. L'ascoltatore attento ha capito che, dicendo «istruzione», non si è alluso a un'attività preparatoria del dibattimento, che in una forma o nell'altra appare necessaria, ma al valore processuale di tali iniziative: al fatto cioè che le dichiarazioni raccolte segretamente dal pubblico ministero o dal giudice istruttore oggi sono considerate prove e valgono per tali anche nel dibattimento. Risolvere il problema con il contraddittorio nell'istruzione, lasciando per il resto le cose al punto a cui sono, è misura che, come si è visto, induce qualche serio inconveniente⁶. L'altra soluzione consiste nel far coincidere processo e dibattimento. Gli atti anteriori, dei quali non si può fare a meno in una materia che come questa non ammette improvvisazioni, o sono compiuti dal pubblico ministero e allora non possono essere usati quali prove, oppure sono destinati a valere anche nel dibattimento e in tal caso debbono essere compiuti dal giudice del reato, di fronte alle parti e nel contesto di singoli «incidenti» paragonabili alle odierne acquisizioni a futura memoria⁷.

L'idea è stata appena accennata e si capisce che non è facile tradurla in un ordinamento coerente e completo. Nella relazione ho cercato di spiegare in qual modo la cosa si possa attuare⁸. Qui per dissipare ogni equivoco, basterà precisare due punti: nel processo accusatorio che ho in mente, le iniziative preprozessuali del pubblico ministero non sono *legibus solutae* e, al contrario, compongono un procedimento la cui regolarità formale è condizione di validità del processo (cade perciò l'argomento a effetto di quanti si dicono atterriti dalla prospettiva di un giudizio instaurato *ex abrupto* e pericolosamente simile a un gioco d'azzardo). In secondo luogo, l'attribuzione del procedimento preliminare al pubblico ministero, quale organo dell'accusa, implica che gli atti compiuti in questa fase, senza l'intervento del giudice, non valgano come prove. Ecco la profonda differenza rispetto all'istruzione sommaria. È un punto sul quale conviene tenere gli occhi aperti: non vi è nulla di scandaloso nel preferire

⁶ *Supra*, § 4.

⁷ *Supra*, VIII, § 11.

⁸ *Supra*, VIII § 7 s.

un'idea all'altra purché, per difetto di energia logica o inclinazione ai compromessi, non si proponga questa nella veste di quella: se si ammettesse l'uso nel dibattimento delle informazioni raccolte dal pubblico ministero, la differenza di maggior rilievo tra procedimento preliminare e istruzione sommaria starebbe nel nome. Vale quindi la pena sottolineare la linea di discriminazione tra la prassi attuale e il processo del quale sono state accennate le linee: le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero, non essendo testimonianze, non possono servire da premessa della decisione; esse servono anzitutto all'accusatore, per sapere se l'imputato debba o meno essere assoggettato al dibattimento, e poi offrono alle parti e al giudice una traccia utile all'esame del testimone: nel contrasto fra la deposizione resa al pubblico ministero e quella del dibattimento il giudice può negare credito alla seconda ma non assumere la prima a ragione del decidere, perché ciò equivarrebbe a usare come prova un'informazione ottenuta dalla parte fuori del processo e senza contraddittorio.

7. DUE OBIEZIONI.

L'occasione è propizia per tentare un'analisi dei dissensi espressi da Leone. Le obiezioni di fondo sono due, che si elidono l'una con l'altra: ciò che, a rigore di termini, rende superflua la risposta. Dapprima si è detto che un processo accusatorio quale ho cercato d'ideare, malgrado le buone intenzioni, si risolverebbe in un arnese d'inquisizione. Poi si è soggiunto che l'idea del contraddittorio vi è spinta a tal punto da sacrificare l'esigenza della giustizia (ma allora non sono un *apprenti sorcier*, come la prima critica insinuava). È probabile che non sia stato inteso un concetto molto importante relativo ai limiti entro i quali ho proposto che i verbali istruttori del pubblico ministero siano usati nel dibattimento. Leone dice: «può darsi che il pubblico ministero contesti al testimone l'eventuale contraddizione e il giudice non creda alla versione fornita nel dibattimento; nulla di strano, ma è *assurdo* che non si possa prendere a fondamento della decisione la prima versione (resa al pubblico ministero), giacché limiti del genere compromettono il libero convincimento: pur sapendo d'essere di fronte al colpevole, il giudice dovrebbe assolvere». Suppongo che qui stia l'aspetto più scandaloso

dell'estremismo che mi si rimprovera, purché abbia capito l'interlocutore e ne abbia riferito fedelmente il pensiero, sia pure con le parole che avrei usato io: i parlatori d'impeto mi mettono a disagio più degli amatori di dimostrazioni esatte.

8. SUPERSTIZIONE DEL LIBERO CONVINCIMENTO.

La risposta è elementare: tutto sta nel capire la formula «libero convincimento», che è diventata una delle più ambigue del nostro repertorio. Se s'intende per tale la libertà del giudice di sentenziare secondo la sua personale e gratuita certezza morale, allora Leone ha ragione di scandalizzarsi della mia proposta; ma se con l'espressione «libertà di convincimento» si vuol dire (ciò di cui nessuno dovrebbe seriamente dubitare) che il giudice apprezza le prove secondo la propria esperienza, non si vede che cosa vi sia di allarmante in quello che ho proposto. Sta bene il libero convincimento e cioè il rifiuto delle prove a valutazione vincolata ossia legali; ma la prova, di cui si dice che sia liberamente valutabile, è pur sempre un atto regolato dal diritto, che anzitutto ne fissa le condizioni di ammissibilità e il modo di formazione⁹. Se un testimone, la cui audizione è vietata dalla legge, fosse interrogato malgrado il divieto, il giudice dovrebbe ignorare la deposizione ai fini del decidere, anche se apparisse irresistibilmente persuasiva, poiché le prove assunte invalidamente sono inefficaci. Anche qui Leone invocherebbe il libero convincimento? E che cosa si dovrebbe dire della ricognizione nulla? Insomma, la valutazione libera non esclude e anzi normalmente presuppone certi limiti legali relativi prima all'ammissione e poi al modo di costituzione della prova: ciò che si ottiene fuori di essi non è una prova, giuridicamente parlando, sicché l'equivoco di Leone a questo proposito consiste nel confondere il profilo psicologico del fenomeno con quello giuridico. Una volta ammesso che la dichiarazione resa a una parte qual'è il pubblico ministero, lontano dal giudice e senza contraddittorio, non è una testimonianza, la soluzione del problema appare ovvia: il precedente, in quanto rievocato nel dibattimento, serve a misurare la credi-

⁹ *Infra*, § 20.

bilità della deposizione successiva ma, in sè, non costituisce una prova e pertanto non è idoneo a fare da premessa alla decisione. La cosa ha poco a che vedere con il libero convincimento, se la formula è intesa per quel che realmente significa.

Leone ha soggiunto che quel limite, oltre a violare il canone del libero convincimento, come egli erroneamente crede, sarebbe di fatto inefficace: chi garantisce che il giudice non tenga conto della dichiarazione resa dal testimone al pubblico ministero e poi ritrattata? Ma anche oggi il giudice deve non tener conto della prove ammesse invalidamente, sebbene non vi sia alcun mezzo per evitare che ricordi quel che ha visto e udito. Quando si dice che egli «deve non tener conto», non si allude a una dissociazione mentale o a qualche altra diavoleria introspettiva. Sarebbe ridicolo. Si vuol dire che fra le ragioni della sentenza, quali emergono dalla motivazione, non deve figurare la prova che non si sarebbe dovuta valutare. Ciò che è avvenuto nella mente del giudice non ha importanza, perché nessuno riuscirà a saperlo; le sole che contano sono le ragioni palesi della sentenza ossia la motivazione. Se questa è la regola che vige oggi, nonché l'unica praticamente possibile, è incomprensibile l'incredulità che si ostenta nell'efficacia del divieto di usare come prova un fatto di cui si sia avuta esperienza e perciò si conservi il ricordo¹⁰. I due argomenti sono stati variamente riproposti in parole diverse. Ad esempio: «qui si vuole il processo accusatorio ma in una formula che attribuisce al pubblico ministero un potere immenso, con il risultato di ridurre le garanzie dell'imputato». Frasi a effetto. Con un po' di attenzione è facile rilevare che i poteri del pubblico ministero, nel processo di cui ho disegnato le linee, stanno nella misura di ciò che ragionevolmente compete a una parte pubblica. Si può anche constatare come la posizione dell'imputato vi sia tutelata in modo certamente più efficace di quanto desiderino i fautori di un'istruzione formale «con adeguate garanzie», come essi usano dire. Del resto, il mio primo bersaglio consiste nell'equivoca idea di un pubblico ministero organo di accusa e di giustizia, situato a metà strada tra la figura della parte e quella del giudice: a questo proposito non c'è nulla che mi si possa rimproverare.

¹⁰ *Infra*, § 13.

Si è lanciato anche uno *slogan* che dissimula un'accusa di lesa socialità e pressapoco suona così: quello che piace a me è un processo bello e forse vicino a una teorica perfezione ma studiato su misura per imputati ricchi: ciò dipenderebbe dal fatto - sul quale gli zelatori dello *status quo* non sembrano avere dubbi - che il pubblico ministero nell'istruzione sommaria ricerca con scrupolo le prove favorevoli all'imputato, mentre, nel procedimento preliminare che io immagino, da quello stesso magistrato ci si dovrebbero attendere vessazioni, spirito persecutorio, bassi trucchi e così seguitando. Non è facile capire le ragioni di questa maligna metamorfosi, i cui profeti, d'altro lato, si tengono nel vago, sicché l'assunto ha l'aria di una mossa propagandistica più che di un argomento di disputa scientifica. Un problema serio, che sinora non mi consta sia stato sollevato, è piuttosto questo: se convenga lasciare nella disponibilità esclusiva del pubblico ministero i verbali nei quali sono documentate le informazioni rese nel procedimento preliminare ovvero sia preferibile renderli comuni nella fase che immediatamente precede il dibattimento, in modo che ogni parte e il giudice stesso possano trarne i possibili suggerimenti. La seconda direttiva non mi sembra incompatibile con la logica del processo accusatorio¹¹.

10. UN FALSO PROBLEMA DI COSTITUZIONALITÀ.

Infine si è obiettato che la disciplina dell'archiviazione escogitata nella mia proposta¹² sarebbe contraria alla norma costituzionale secondo cui l'esercizio dell'azione è obbligatorio. Non capisco questo rilievo: l'iniziativa del pubblico ministero è stata prevista come obbligatoria a tal punto che l'inerzia (nel caso di *notitia criminis* infondata) presuppone un provvedimento autorizzativo del procuratore generale, contro il quale l'offeso può invocare in sede contenziosa l'accertamento del dovere d'agire. Se

¹¹ *Infra*, § 14.

¹² *Supra*, VIII, § 8.

quest'ultimo si inferisce dall'esistenza di un organo di controllo, l'esercizio dell'azione nel processo di cui ho suggerito il modello, è obbligatorio alla seconda potenza rispetto a quanto avviene oggi.

11. L'INSIDIA DELLE PAROLE.

Sarei lieto se questo scambio di battute fosse valso a fissare le tesi in contrasto e a far cadere qualche equivoco. Nelle discussioni scientifiche e in quelle dirette a stimolare i legislatori le parole non dovrebbero mai essere usate come trappole. Converrebbe anche rammentarsi che il rispetto di certe regole formali del gioco distingue le discussioni ragionate dalle vociferazioni. Per parte mia ho cercato di rispettarle e così mi sono esposto alla garbata deprecazione di Leone, che mi attribuiva poco fa un amore eccessivo per le conseguenze a fil di logica; ma i nostri discorsi o rispettano le regole dell'*art de penser*, come dicevano i logici di *Port-Royal*, o sono parole in libertà. Purtroppo nella disputa sulla riforma del processo capita talvolta che l'interlocutore eviti la stretta dell'argomento scomodo o si propizi un consenso immeritato con invocazioni a contenuto mistico o magico. Il repertorio è ricco e il segreto di ciascuna sta nel riempire gradevolmente gli spazi del discorso, con il vantaggio di non significare nulla e quindi di non compromettere chi le usa. Sono le formule con cui i tessitori dei compromessi fabbricano le false unanimità, e nelle quali gli ascoltatori pigri si rifugiano come nella soluzione più accessibile. Per quanto scortese la cosa possa apparire, queste ragnatele verbali vanno spazzate una ad una: dopo di che si scopre che frasi squillanti come proteste di fede non vogliono dir nulla o, peggio, dissimulano il contrario di ciò che dicono. Ci siamo imbattuti in un modello ragguardevole di questo stile elusivo quando abbiamo ragionato intorno alla figura del pubblico ministero cosiddetto organo di giustizia; ma ora disponiamo di altri esempi ugualmente interessanti. L'idea ispiratrice di certe posizioni che grado grado stanno emergendo, in linguaggio schietto si sarebbe potuta esprimere così: «vogliamo ritoccare qualcosa per non mutare nulla». Una dichiarazione del genere sarebbe apparsa troppo cruda. Meglio diluirla in molte parole e così parlare di un contraddittorio anticipato alle prime battute del processo, dell'«avviso di procedimento»

come del *deus ex machina* che risolverà la crisi del processo penale italiano, e di altre cose simili. Il gioco riesce sino all'istante in cui un interlocutore ostinato cerca di veder chiaro nelle parole che si usano a torrenti, e comincia a esaminarle in trasparenza una ad una, con risultati deprimenti: il contraddittorio che si vorrebbe anticipare alle prime battute del processo è tutto fuor che un contraddittorio, poiché si postula - Leone lo ha dovuto ammettere - che le testimonianze siano assunte segretamente; e tolte le testimonianze e l'interrogatorio dell'imputato, non vi sono atti istruttori di qualche rilievo ai quali già oggi non si ammetta l'assistenza dei difensori; l'avviso di procedimento (del quale si parla come dell'innovazione che scuoterà dalle fondamenta l'edificio del processo), propriamente parlando, non è affatto un'innovazione, giacché neppure oggi, se il codice fosse applicato esattamente, avverrebbe che qualcuno si trovi assoggettato a processo senza saperlo. Insomma, non si vuole mutare nulla d'importante. Anche questa è una soluzione possibile (sebbene io mi chieda che cosa vi sia da conservare nella squallida tradizione del nostro processo inquisitorio) ma non sta bene contrabbandarla per «prudente ricerca del progresso». La cautela è fuori luogo nelle materie in cui è in gioco il rispetto della persona, a meno che si reputi sufficiente una mezza civiltà. La questione è stata ormai discussa a sazietà: si vuol sapere se il contraddittorio debba o meno essere esteso alla formazione di tutte le prove. Questo è il crinale che divide due modi d'intendere il processo: Leone e Nuvolone difendono l'istruzione formale, ma il secondo pone come condizione e il primo esclude il contraddittorio nell'interrogazione dei testimoni; e perciò Leone e Nuvolone, malgrado l'apparente coincidenza d'idee, stanno agli antipodi. Accolta la risposta affermativa - e cioè ammesso che non siano prove quelle formate fuori del contraddittorio - poi ci si può capire, perché il problema diventa esclusivamente tecnico: il procedimento preliminare, nei termini in cui l'ho immaginato, appare obiettivamente preferibile all'istruzione formale in base ad argomenti verificabili da un osservatore neutrale. Sulla questione pregiudiziale, invece, non sono possibili compromessi, sebbene i negatori del contraddittorio si affannino a proporre di ogni genere e così si esprimano per lunghe e oscure perifrasi anziché in monosillabi affermativi o negativi, come sarebbe desiderabile quando è in gioco una scelta importante.

I discorsi intesi sinora tradiscono una volenterosa ricerca dell'accordo. Serpeggia la tendenza a chiudere gli occhi su dissensi profondi come abissi e a sottolineare punti di convergenza inesistenti o molto tenui. Eppure, malgrado i propositi di cautela, non si è riusciti a soffocare qualche nota stridula, appena sono stati sfiorati i veri temi della riforma: alludo ai soli dei quali valga la pena discorrere ossia a quelli che dividono gli interlocutori. I dialettici teneri fanno generose concessioni all'avversario e così sfigurano i concetti. Noi, invece, approfondiremo il dissenso sino al punto in cui sia chiaro a tutti ciò che ciascuno ha in mente, poiché la discussione sarebbe inutile se non servisse a fare emergere le idee dalle parole, le quali, per quanto siano scelte accuratamente, contengono sempre un residuo di ambiguità. Risaliamo perciò alla sorgente di tutte le discordie ovvero alla questione del contraddittorio nella formazione delle prove. Conso si è lasciata sfuggire una frase rivelatrice quando ha detto che non è il caso di preoccuparsene troppo. Nel convegno di Lecce un colto magistrato, alludendo alla definizione di Bartolo che io avevo ricordata, deprecò che fossimo preda del «mito del triangolo». Insomma, siamo a questo punto: porre il contraddittorio (un effettivo contraddittorio e non il simulacro a cui qualcuno pensa) come condizione di ogni atto di formazione della prova significa suscitare la perplessità di alcuni e la reazione ostile di altri. Può darsi che vi sia chi non afferra i termini del problema ma altri sanno ciò che vogliono: il loro è un atteggiamento, di cui con un poco di pazienza si potrebbero isolare i componenti. Nello sfondo un concetto pessimistico degli uomini e sin qui nulla di riprovevole, giacché la percezione del lato negativo delle cose è inseparabile dalla vera intelligenza. Ma poi si contraddicono perché, dopo avere espresso una radicale sfiducia nell'uomo, propongono di affidare ad alcuni uomini un compito per assolvere il quale basterebbe a stento un'essenza angelica: così nasce il mito del giudice infallibile; a cui basta uno sguardo per penetrare l'anima dell'imputato; il contraddittorio è tempo perso e le chiacchiere non servono a ricostruire il passato; ci vuole una chiaroveggenza esercitata in solitudine e il giudice è dotato per investitura di questo talento intuitivo, che in termini meno esoterici si chiama «libero convincimento». Poiché i veri veggenti su questa terra sono meno numerosi dei giudici, si capisce che siffatto modo di pensare provochi qualche conse-

guenza spiacevole: ad esempio, favorisca un'inclinazione a sentirsi sicuri di sè, da cui nessun giudice dovrebbe lasciarsi contagiare.

Ricordate il sistema di prove legali in uso nel processo civile medievale? La testimonianza dell'uomo prevale sulla deposizione della donna; la testimonianza del chierico su quella del laico, e così seguitando in una trama di previsioni che esaurivano l'orizzonte del giudizio e in ogni singolo caso imponevano una soluzione già vagliata e approvata dalla legge. A parte l'opinabilità delle regole, quello era un rispettabile tentativo di sradicare l'arbitrio dal giudizio di fatto: si cercava di sostituire un calcolo rigorosamente controllato all'anarchia delle intuizioni. L'espedito ha fatto il suo tempo e nessuno lo rimpiange; in materia penale, poi, non potrebbe essere riesumato per una ragione morale, a parte ogni altra: se anche si sapesse che una regola probatoria legale fornisce risultati veritieri in nove casi su dieci, la certezza dei nove non basterebbe a placare la coscienza a proposito del decimo. In considerazione dell'altissima posta del processo, il minimo che si pretende è una ricerca che dia fondo a tutte le possibilità logiche; e sotto quest'aspetto il metodo del libero convincimento è parso il più idoneo. Ora, il contraddittorio (seriamente inteso come partecipazione dei contendenti alla formazione delle prove) viene in considerazione in due sensi: è utile in quanto favorisce il buon risultato dell'istruzione probatoria, ed è moralmente necessario; un processo senza contraddittorio, anche se fosse garantita la giustizia della decisione, sarebbe un prodotto ideologicamente deterioro.

Un attimo di riflessione sul secondo aspetto lascia intendere come il problema della giustizia della sentenza, in fondo, sia secondario: se la perfezione è relativa, si può pretendere il massimo impegno dai singoli operatori ma non un risultato obiettivamente positivo; anche qui la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato. Si possono immaginare un processo nel quale, comunque le cose vadano, la dignità dell'uomo è avvilita, e un altro in cui è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori. A parole tutti vogliono un processo del secondo tipo ma l'unanimità è sospetta, poiché rispettare la dignità della persona non è così semplice quanto si crede. Anzitutto, dovremmo sradicare qualche pregiudizio e, per cominciare, l'idea che nessun prezzo sia eccessivo per la verità. Quest'asserzione conduce alla tortura, a proposito della quale un nostro grande giurista (al quale spetta il merito d'aver gettato il seme d'una riforma del processo in senso accusatorio) ha infelicemente scritto alcuni anni or sono che il problema sta

nel vedere se vi sia un mezzo idoneo a procurare risposte veritiere, «senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito», giacché in tal caso «non vi sarebbe alcuna ragione perché non fosse attuato». Insomma, quando si sia avvertito che il contraddittorio nella formazione delle prove è una misura utile tecnicamente e moralmente necessaria, perché non c'è altro modo di procurare all'imputato l'occasione di un'effettiva difesa, si capisce anche come questa materia rifiuti le mezze soluzioni: se la parte è esclusa dalla formazione delle prove, il processo non è più una contesa ad armi pari.

Si potrebbero dire altre cose interessanti ma con scarso costrutto: siamo di fronte a una scelta ideologica e le ideologie non si discutono. Certamente non m'illudo di persuadere coloro per i quali il contraddittorio è il «mito del triangolo»; posta la questione in tali termini, la sola risposta valida è che tra il mito del triangolo e quello del giudice onnisciente io preferisco il primo. Molti tra i presenti accettano quest'impostazione ma alcuni pensano che la via migliore per realizzare il contraddittorio consista nel far precedere il dibattimento da un'istruzione formale senza limiti all'intervento della difesa. Il problema è esclusivamente tecnico e perciò risolvibile in base alla considerazione neutrale delle ragioni favorevoli e contrarie. Ripeterò in breve gli argomenti contrari all'istruzione formale: anziché semplificare la struttura del processo, così la si complica; la partecipazione dei difensori ad ogni atto istruttorio implica rischi facilmente immaginabili a scongiurare i quali è inteso l'attuale regime del segreto; se nel procedimento preliminare si è indagato da capo a fondo e in contraddittorio sul tema del giudizio, il dibattimento si riduce tendenzialmente alla pura discussione e la sentenza è emessa in base ai verbali delle operazioni istruttorie compiute da un giudice diverso da quello che decide.

13. PROBLEMI DELL'ESAME INCROCIATO.

Tali inconvenienti non si manifestano nel procedimento preliminare affidato al pubblico ministero e concepito come un semplice preludio all'eventuale processo: le informazioni raccolte, non essendo prove, non possono essere usate in quanto tali; ogniqualvolta occorra compiere un atto istruttorio destinato a valere nel dibattimento (perizia, ricognizione, esame di testimoni a futura memoria) o debba

essere convalidata una misura restrittiva della libertà personale, si instaura un incidente con l'intervento del giudice e il rispetto del contraddittorio. A parte gli eventuali incidenti d'istruzione, il processo si risolve nel dibattimento. Si è rimproverato a questa direttiva di non tutelare abbastanza l'imputato dal rischio che le informazioni assunte dal pubblico ministero e riecheggiate dall'esame incrociato siano surrettiziamente usate dal giudice come premessa del decidere. Poiché, si è detto, non esiste un mezzo per impedire che la psiche del giudice sia impressionata dal precedente, l'unica via sicura consiste nel fare assistere il difensore all'atto che poi si rievoca nel dibattimento: insomma, l'istruzione formale con un effettivo contraddittorio.

L'argomento sarebbe insuperabile se si fosse concesso al giudice, in ossequio alla libertà del suo convincimento, di valutare anche le dichiarazioni rese al pubblico ministero e successivamente smentite nel dibattimento. Ma ciò equivarrebbe a far risorgere l'istruzione sommaria sotto il nome di «procedimento preliminare», mentre il processo accusatorio, come si è insistentemente osservato, implica una regola fondamentale: la testimonianza è un atto compiuto dinanzi al giudice e ai contraddittori; le informazioni raccolte dal pubblico ministero non sono prove ma una traccia utile a saggiare il testimone nel dibattimento: se egli si smentisce, lo si provoca con le contestazioni a un contegno narrativo o comunque espressivo del quale il giudice coglie ogni sfumatura; ma se si ostina nel tenere ferma la seconda versione, la prima non può essere valutata ai fini del decidere (salvo l'eventuale reato di falsa testimonianza), per la ragione molto semplice che l'informazione fornita alla parte non è una testimonianza: testimoniare significa parlare in un dato contesto di tempo e di luogo, assumendo la responsabilità di quanto si dice.

Si obietta: chi garantisce che il giudice ignori davvero ciò di cui non deve tener conto? Ho l'impressione che il problema sia stato sopravvalutato: intanto non accade ogni giorno che un testimone si contraddica; poi vi sono casi nei quali la questione si riduce a credere o meno alla deposizione nel dibattimento, tenuto conto della discordanza con la precedente (ad esempio, il testimone prima non ha riferito nulla d'interessante e poi dice cose in base a cui il giudice dovrebbe condannare, se le ritenesse vere). Resta l'ultima eventualità: nel contrasto fra le due deposizioni il giudice non crede alla seconda - sin qui *tout est dans le règles* - e la prima è tale che, se fosse usata come prova, determinerebbe il contenuto della decisione: ecco la situazione a cui si riferisce il divieto di usare (ai fini del

decidere) la dichiarazione resa fuori del contraddittorio. Anche questo, come tutti i divieti, può essere eluso, ma il pericolo è assai meno grave di quanto si tema. Infatti, i casi possibili sono: (a) che nella motivazione resti traccia dell'informazione di cui non si sarebbe dovuto tener conto, e allora la sorte della sentenza è segnata nell'eventuale procedimento di gravame; (b) che non vi si parli della risultanza proibita, ma essendo stata quest'ultima la causa psicologica del decidere, la decisione appaia sornita di ragioni sufficienti, e anche questo è un vizio che conduce alla riforma o all'annullamento; (c) che, infine, le ragioni proposte nella motivazione siano ammissibili e logicamente sufficienti: qui è superfluo sottilizzare sul retroscena psicologico della sentenza, giacché quali siano stati i veri motivi non si sa e non interessa sapere. L'importante è che le ragioni addotte siano obiettivamente plausibili: non si può pretendere di più dal giudice.

14. LA COMUNANZA DEI VERBALI.

Ora s'impone una precisazione sull'uso dei verbali del procedimento preliminare. Nella relazione¹³ ho parlato di un'istruzione «privata» del pubblico ministero, in contrapposto a «giurisdizionale», alludendo alla circostanza che gli atti di tale fase non appartengono al processo. Senonché l'aggettivo non appare felice perché fa pensare (sia pure erroneamente) a un pubblico ministero *legibus solutus*, che agisce secondo la misura dei suoi personali apprezzamenti: ciò che avverrebbe se, ad esempio, esumasse nel dibattimento i verbali sfavorevoli all'imputato e tenesse gelosamente nascosti quelli favorevoli. Il problema è serio perché coinvolge l'eguaglianza delle parti, che sarebbe gravemente compromessa se al pubblico ministero fosse consentito d'agire a quel modo. Il rimedio sta nell'imporgli di rendere palesi tutti i verbali, depositandoli allorché richiede la citazione a giudizio, affinché difensore e giudice possano esaminarli e trarne ogni indicazione ai fini del dibattimento. Qualcuno dirà che a questo modo si riaprono gli argini al diluvio delle scritture (nel quale sta l'inconveniente più vistoso del processo attuale), ma, *considerata la regola che presiede all'uso dei verbali*, il timore di una svalutazione dell'oralità appare infondato.

¹³ *Supra*, VIII, § 7.

15. INCIDENTI D'ISTRUZIONE.

Rimangono due obiezioni. Si è osservato che nemmeno nel mio progetto il dibattimento risulta ermeticamente separato dalla fase anteriore; infatti, io ammetto e anzi postulo che alcuni atti siano compiuti con l'intervento del giudice in altrettanti «incidenti d'istruzione»¹⁴ e ciò nuoce all'architettura del procedimento. La cosa mi lascia indifferente, giacché il problema è pratico e non estetico (sul tipo di quelli che una volta si risolvevano con le finestre false dipinte per amore di simmetria): se certi atti debbono essere compiuti nel procedimento preliminare e in modo tale da valere nel dibattimento, la soluzione più semplice consiste nel farli compiere dal giudice con l'intervento delle parti. Queste isole «contenziose» o «giurisdizionali» che dire si voglia, pregiudicano la purezza di linee dell'istituto? Non è il caso di dolersene se la soluzione, realisticamente considerata, appare buona.

16. EQUIVOCI SULL'ARCHIVIAZIONE.

L'altro rilievo riguarda l'archiviazione. È incredibile quanti siano i pregiudizi in questa materia: per alcuni è cosa d'importanza capitale che il provvedimento sia emesso dal giudice istruttore piuttosto che dal pubblico ministero; si teme che nel secondo caso le ragioni dell'offeso non siano abbastanza tutelate. Non lasciamoci incantare dalle parole e cerchiamo di cogliere qualche punto fermo. L'esercizio dell'azione penale - oltretutto l'atto che instaura il processo - è obbligatorio; il qual principio non conterebbe un gran che, se la legge non predisponesse un congegno di controllo. Sinora si è seguito il metodo dell'esigere per l'inazione (e cioè per l'inerzia del pubblico ministero, il quale ritenga che non si debba procedere) un provvedimento autorizzativo; e non ha molta importanza che l'autorizzazione sia concessa dal procuratore generale (secondo la direttiva vigente nel testo originario del codice) o dal giudice istruttore (secondo la direttiva introdotta e anzi restaurata con la riforma del 1944): in entrambi i casi il contenuto e il valore giuridico del provvedimento sono quelli di una pronuncia non giurisdizionale.

¹⁴ *Supra*, VIII, §§ 10 e 11.

(che io sappia, Leone è il solo a sostenere che archiviare equivalga a prosciogliere). La distinzione naturale tra le funzioni dell'accusa e della decisione fornisce anzi un buon argomento per preferire il sistema cosiddetto del controllo gerarchico: quanto riguarda l'azione è bene che appartenga al pubblico ministero. Si obietta che l'offeso così è esposto al rischio di un diniego arbitrario dell'azione. Se si vuol dire che l'offeso, di fronte al provvedimento negativo dell'organo investito del potere d'archiviare, non ha altra risorsa che la reiterazione della *notitia criminis* con la speranza di un esito migliore, il rilievo appare esatto, ma l'inconveniente non è escluso dal fatto che la *fin de non recevoir* sia opposta dal giudice istruttore piuttosto che dal pubblico ministero; nè in linea generale vedrei qualche ragione per accordare maggior fiducia al primo che al secondo. Siamo giunti al vero nucleo del problema, che è formulabile in questi termini: quale il rimedio all'inazione del pubblico ministero ritualmente autorizzata? I rimedi efficaci, per quanto è dato d'immaginare, sono due: il primo, radicale, consiste nel concedere all'offeso un potere d'azione privata, e questa è una misura la cui pericolosità è facilmente intuibile. Resta la seconda direttiva, che ho proposta nella relazione: una domanda (simile a quella che introduce il *Klageerzwingungsverfahren* dei tedeschi) con cui l'offeso invochi in un procedimento *ad hoc* l'accertamento del dovere d'agire. L'eventuale accoglimento della domanda costituisce il dovere del pubblico ministero di instaurare il processo, con ovvie conseguenze di natura disciplinare e penalistica per il caso di una persistente inazione¹⁵.

17. L'IMPORTANZA D'ESSERE COERENTI.

Era prevedibile che saremmo giunti a questo punto. Per lo più si cede volentieri alla tentazione di un comodo compromesso e quindi c'era da aspettarsi che prima o poi qualcuno dicesse, a proposito del processo accusatorio di cui ho abbozzato le linee: «è un'idea che mi piace, a parte un piccolo particolare e cioè la regola

¹⁵ *Supra*, VIII, § 8.

che vieta al giudice di usare come prove le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero; doppiato questo capo delle tempeste, sul resto siamo d'accordo». Non ho difficoltà a credere che a questo prezzo l'accordo sia facile: si credeva d'amputare un'appendice di nessun conto e si è soppresso il nucleo vitale di quel tipo di processo. Tolto quel limite, è il caso di chiedersi perché insistere nella rivoluzione dei nomi e non dire schiettamente che si vuole l'istruzione sommaria. Infatti, un procedimento preliminare i cui verbali, formati dal pubblico ministero, possano essere usati nel dibattimento come fonti di prova, è l'istruzione sommaria e cioè una delle più stravaganti creazioni a cui si sia spinto il gusto dell'ibrido. Qui, come in materia di fede, il sentiero dell'ortodossia è stretto e difficile: una piccola deviazione e dalla sfera del processo accusatorio ci si ritrova in quella del pubblico ministero-giudice ossia dell'aberrazione inquisitoria.

18. IL DOCUMENTO E LA TESTIMONIANZA.

Quello che si sta tentando è un intervento di chirurgia concettuale degno di Procuste. Il primo argomento suona pressapoco così: «i verbali formati dal pubblico ministero sono sottoscritti dall'autore della dichiarazione e, quindi, sono documenti al pari degli altri: quale la differenza tra una scrittura del genere e una lettera dell'imputato?». La differenza c'è e ragguardevole: il verbale è una scrittura formata dal pubblico ministero al fine di conservare la traccia di una dichiarazione, e perciò ammetterne l'uso nel dibattimento equivale ad aprire lo spiraglio a una testimonianza scritta. Ma la testimonianza consiste nella narrazione che qualcuno fa di una propria esperienza di fronte al giudice e alle parti; pertanto, se si consentisse la lettura del verbale come di un veicolo di prova (quando è possibile interrogare l'autore della dichiarazione documentata per iscritto), si violerebbe due volte la regola della testimonianza: si userebbe come tale una dichiarazione che non è stata raccolta dal giudice ma da una parte, e si introdurrebbe nel processo un'informazione assunta fuori del contraddittorio. Due ottime ragioni per respingere l'equiparazione (alquanto semplicistica) dei verbali istruttori agli altri documenti.

Ecco il secondo argomento, accennato da Delitala: se si ammette la testimonianza del funzionario di polizia su quanto egli ha visto e udito, non c'è motivo per escludere l'uso dei verbali del pubblico ministero. Se vogliamo intenderci, conviene veder chiaro nella premessa che, in quei termini, è ambigua. Voglio dire che la testimonianza *de auditu* dell'ufficiale di polizia in certi casi dovrebbe essere ammissibile e in altri no. Colui che ha eseguito l'arresto, ad esempio, allorché depono sulle circostanze in cui l'operazione è avvenuta, è ovvio che riferisca ogni particolare relativo al contegno dell'imputato, ivi inclusi gli atteggiamenti verbali. Ma supponiamo che una persona sia stata interrogata dalla polizia; fuori del caso in cui sia assolutamente impossibile procurarsi la testimonianza dell'interrogato, la logica del processo accusatorio esclude che si usino quali prove il documento o la testimonianza *de auditu* del funzionario. Consentire alla polizia ciò che in linea di principio si nega al pubblico ministero? Ma se l'una è la *longa manus* dell'altro, i verbali formati dalla prima non possono essere usati a fini diversi da quelli per i quali si ammette l'esibizione dei documenti formati dal secondo. Insomma, per dimostrare la possibilità d'usare (quali prove) i verbali del pubblico ministero, si è postulata arbitrariamente un'analogia possibilità quanto ai verbali della polizia, per poi inferire l'una dall'altra con un'argomentazione *a fortiori*. È una dimostrazione, anche questa ma di nessun valore, perché condotta da una premessa di comodo.

L'ultima questione riguarda il punto se il limite che ho postulato sia compatibile con l'ammissibilità in linea generale delle testimonianze *de auditu*. Con un poco d'attenzione si discernono le ragioni della risposta affermativa. Altro è interrogare un qualsivoglia testimone *de auditu*; altro usare a tal fine un ufficiale che opera al servizio del processo. Non è consentito introdurre per questa via obliqua dichiarazioni che non costituiscono una testimonianza in senso tecnico, non essendo state rese al giudice con il rispetto del contraddittorio. La soluzione contraria equivarrebbe ad ammettere che la testimonianza, oltre che dal giudice, possa essere assunta dal pubblico ministero e dai suoi ausiliari.

Un'ultima obiezione, più sottile delle precedenti, è stata proposta da Foschini in questi termini: la libertà di valutazione non esclude l'esistenza di regole legali di ammissione e formazione della prova; nel nostro caso, tuttavia, non è in gioco una di codeste regole: il giudice non deve scegliere fra la testimonianza orale e quella rappresentata nel documento ma semplicemente valutare la prima nella sua interezza; e se il testimone ammette d'aver fornito al pubblico ministero un'altra versione, anche quest'ultima cade nel crogiolo della valutazione: si rimane dunque nei limiti dell'apprezzamento di una testimonianza orale. Ho detto che quest'obiezione è più sottile delle altre, in quanto sembra sviluppare argomenti che io condivido e anzi ho assunto a premessa del mio discorso. Impressione ingannevole perché, a un'analisi più attenta, si scopre come l'interlocutore abbia interpolato una premessa in più, che non posso condividere. Egli infatti dà per pacifico che, quando un testimone rievoca una sua precedente dichiarazione, affrettandosi a smentirla con una di contenuto opposto o comunque diverso, il giudice possa scindere il contesto nel senso di estrarre la dichiarazione rievocata (per usarla come premessa del decidere), ignorando quella che la rievoca e la smentisce (o meglio ignorandola in quanto smentita perché, in quanto strumento di rievocazione, è considerata una prova attendibile).

Ammetto che l'affermazione corrisponde a un'opinione assai diffusa ma ciò non la rende più persuasiva. Alludo all'idea o meglio all'immagine del libero convincimento come di una vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo. Prima ci sono le prove, e si può dire con tutta la desiderabile precisione in quali e quanti oggetti regolati dal diritto consistano; ma poi, come nel culto dei misteri, sopravviene un istante panico nel quale la ragione è sospesa e il fedele comunica con l'assoluto, e di qui viene fuori la decisione nella quale le prove si sono metaforicamente dissolte. Per suggestiva che possa apparire, questa descrizione non è fedele. Si deve negare cioè che il libero convincimento sia una sorta di potenza dionisiaca della quale non si possa parlare se non nei termini allusivi con cui la baccante parlava del dio; che l'intelletto non sia onnipotente non è un buon motivo per rinunciare a usarlo dove potrebbe ancora illuminarci.

Ora cerchiamo di risolvere il nostro caso. Il testimone ha rievocato una sua precedente dichiarazione, smentendola con un'altra. Indubbiamente, non vi sono una sillaba o un gesto o un trasalimento che vadano perduti. Il giudice raccoglie tutto e usa tutto, ma qui bisogna cominciare a distinguere. In che cosa consiste la testimonianza? Nella dichiarazione *a titolo di verità* con cui una persona riferisce d'aver percepito un fatto; non un enunciato purchessia, quindi, ma una dichiarazione che il *loquens* afferma veridica, impegnando in tale affermazione la propria responsabilità. È sufficiente tenere presente questo concetto per capire come nell'esempio proposto la testimonianza consista nella dichiarazione con cui il testimone afferma d'aver detto una cosa inesatta, quando diceva *nero*, in quanto la verità, che egli ora dice d'enunciare, è *bianco*. Questa è la prova, che bisogna stabilire se sia vera o falsa, al qual proposito il giudice usa tutte le indicazioni fornitegli dal comportamento del testimone. Egli può convincersi che *nero* sia la versione vera e *bianco* quella mendace, e *purché tale convinzione sia il prodotto ragionato di un'esperienza probatoria ammessa dalla legge*, la decisione proclamerà *nero*. Occorre cioè che la convinzione si basi su altre prove, che non siano l'ammissione del testimone d'aver formulato la precedente dichiarazione a cui si riferisce la smentita. Insomma, e qui il discorso diviene elementare, quando il testimone dice *bianco*, tutto è possibile, ma non che il giudice tratti la dichiarazione come se vi si dicesse *nero*. Se ci fossimo fatti incantare di meno dal mito del libero convincimento, non sarebbe così difficile rendere accettabile quest'idea così ovvia: che la testimonianza sia una dichiarazione, che il giudice può reputare veritiera o falsa ma in ogni caso deve prendere per quella che è. Dato un processo le cui sorti si giocassero su un'unica prova consistente in una testimonianza del tipo considerato, il giudice potrebbe credere al testimone o non credergli ma in nessun caso (in mancanza d'altre prove) assumere a fondamento della sentenza quella prima dichiarazione che il testimone ammette d'aver formulato e che afferma falsa.

Allora, si dirà, bisognerebbe escludere dal processo tutte le testimonianze *de auditu*, ogniqualvolta almeno la persona di cui sono riferite le parole fornisce un'altra versione. Non è affatto necessario arrivare a questa conclusione, ovvio essendo che la testimonianza *de auditu* possa assolvere almeno due funzioni molto importanti e cioè, da un lato, servire quale veicolo di una prova che altrimenti non si sarebbe potuta acquisire (ad esempio, la deposizione che rievoca le parole di una persona morta o

divenuta incapace d'esprimersi) e, dall'altro, fornire elementi per valutare la veridicità delle risposte date nel processo da colui del quale si riferiscono le precedenti dichiarazioni. Ciò che non mi sembra possibile è che la testimonianza *de auditu* sia usata come mezzo per introdurre (*quale premessa della decisione*) una dichiarazione che è stata smentita nel processo dal suo autore. Ripeto che la riluttanza ad ammettere questa conclusione, in sé ovvia, dipende dalla suggestione irrazionale esercitata dal luogo comune del libero convincimento; suggestione a cui non è facile sottrarsi ed alla quale le menti grossolane e quindi incapaci di distinguere si abbandonano con voluttuoso rapimento.

A parte i termini generali della questione, è il caso poi di ribadire che, ai fini dell'ammissibilità e del valore della testimonianza *de auditu*, le dichiarazioni raccolte e anzi provocate con un'interrogazione dall'accusatore o dai suoi ausiliari non possono essere trattate come quelle genericamente emesse fuori del processo. La cosa è di un'evidenza così schiacciante che anche i meno propensi a distinguere dovrebbero capirla: tutto sta nel rendersi conto che il pubblico ministero non è un terzo disinteressato.

L'ultima ragione per negare che si possano usare come premesse del decidere le dichiarazioni che il testimone ammette d'aver reso al pubblico ministero e poi smentisce nel processo, discende dal fatto che la testimonianza è un prodotto dialettico. Sapere *come* il testimone abbia risposto e a quali domande e sotto quali sollecitazioni non è meno importante del sapere *che cosa* abbia detto. Ecco perché si vuole che le testimonianze siano assunte dal giudice dinanzi alle parti.

Se nel processo civile un testimone ammettesse di aver dichiarato *nero* all'attore ma affermasse che la verità è *bianco*, nessuno dubiterebbe che quella testimonianza possa essere creduta o meno ma non usata come uno strumento sufficiente *da solo* a provare la verità di *nero*. Il fatto che, pur essendo identico il problema, qualche cultore del processo penale consideri scandaloso ciò che nel processo civile appare ovvio, può essere variamente spiegato; e tra le spiegazioni possibili c'è anche questa: che alle discussioni di procedura penale, nei termini in cui sono talvolta condotte, si reputi sufficiente una minor dose di raziocinio, a compensare la quale si abbonda in enfasi oratoria.