

IL PROCESSO PENALE E LE SUE VERITÀ

RENZO ORLANDI*

Il saggio si apre con un chiarimento sull'evoluzione del concetto di verità nell'ordinamento processuale italiano. L'autore muove dalla tradizionale teoria della prova che distingue fra prova storica (o narrativa) e prova logica (o critica). Rileva la crescente marginalizzazione della testimonianza (prototipo della prova storica) a vantaggio della prova digitale (un esempio moderno di prova critica) e la conseguente maggior importanza dell'iniziativa ufficiale nella formazione del convincimento giudiziale. Il contributo illustra poi i numerosi limiti che l'attività del giudice incontra nell'accertamento di responsabilità penali, soffermandosi altresì sulle molteplici facce che la ricerca della verità assume nel rito ordinario e nei riti alternativi al dibattimento. Un cenno, infine, è dedicato alla "verità" nelle procedure di giustizia riparativa.

The essay opens with a clarification of the concept of truth in the Italian procedural system. The author starts from the traditional theory of evidence, which distinguishes between historical (or narrative) evidence and logical (or critical) evidence. He notes the growing marginalization of testimony (prototype of historical evidence) in favor of digital evidence (as modern example of critical evidence) and the consequent greater importance of the official initiative for the formation of judicial conviction. The contribution then illustrates the multiple limits that the judge's activity encounters in the determination of criminal responsibility, also focusing on the multiple faces that the search for truth assumes in the ordinary trial as well as in other judgments alternative to the trial. Finally, a mention is dedicated to the "truth" in restorative justice proceedings.

SOMMARIO: 1. Premessa a chiarimento del titolo. – 2. Spostamento dell'asse gnoseologico nell'accertamento processuale dei fatti. – 3. Limiti all'accertamento della verità giudiziaria. – 3.1. Limiti temporali. – 3.2. Effetto preclusivo del giudicato. – 3.3. Limiti derivanti dall'oggetto della prova. – 3.4. Divieto di scienza privata. – 3.5. Divieti probatori. – 3.6. Situazioni di incertezza. – 4. La "verità" nei riti alternativi al dibattimento e nelle procedure di giustizia riparativa. – 4.1. Giudizio abbreviato. – 4.2. Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento nei quali non si accerta la responsabilità penale). – 4.3. Procedure di giustizia riparativa.

* Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Bologna.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2025 R. Orlandi. This is an open access article, double blind peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Premessa a chiarimento del titolo.* – La verità giudiziaria è tema tanto affascinante quanto sfuggente. La sua trattazione non può prescindere dalle regole che – in un ordinamento dato e storicamente definito – il giudice deve seguire per accertare i fatti del processo. In particolare, nel processo penale l'accertamento della verità sembra porsi con un'assolutezza ignota ad altri contesti giurisdizionali (processo civile, processo amministrativo, processo tributario). È facile riscontrare nella manualistica di qualche decennio fa affermazioni che celebrano la “verità materiale” come principio cardine dell'accertamento penale¹ e, in qualche ordinamento, tale principio è tuttora esplicitamente riconosciuto sul piano normativo².

La “verità materiale” intesa quale entità di consistenza fisica e concreta, esistente al di fuori del processo e tale da poter essere afferrata o, si può dire, ghermita con l'arsenale probatorio in dotazione alla polizia e alla magistratura penale, trova terreno fertile nei sistemi di tipo inquisitorio³, dove i poteri di accertamento nell'interesse pubblico prevalgono sui privati diritti di difesa. Ma le stesse procedure di tipo inquisitorio sono ben lontane dal poter assicurare che la verità ricostruita nel processo corrisponda effettivamente alla realtà delle cose che si vuol ricostruire al fine di stabilire se l'imputato sia o meno colpevole. Fatti relegati nel passato, come sono le asserite condotte penalmente illecite, restano inconoscibili nei molteplici dettagli oggettivi e soggettivi che interessano il potere punitivo. Possono essere “resi presenti” (rappresentati) al giudicante, attraverso quei mezzi di conoscenza chiamati “prove”: termine, quest'ultimo, che esige di essere chiarito nel particolare significato che assume nel contesto giudiziario.

La procedura inquisitoria – si diceva – è quella che si alimenta del concetto di “verità materiale” per giustificarsi sul piano etico-politico. C'è una sola verità ed è quella accessibile all'inquisitore, operante nell'interesse del sovrano e in nome di principi trascendenti le umane vicende. Per verità, un'esigenza etico-politica sta anche alla base del modello accusatorio (o *adversary*), incline ad attenuare la pervicace ricerca della “verità materiale”, col permettere che i diritti individuali condizionino la ricostruzione processuale dei fatti, sicché ogni processo produce una propria verità che le parti in contesa contribuiscono a costruire. È infatti

¹ Nel diffusissimo manuale di Giovanni Leone si leggeva, ad esempio, che «nel processo penale vige il principio dell'*accertamento della verità materiale*, contrassegnato anche come principio del libero convincimento del giudice» (corsivo dell'autore): cfr. G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1978, X ed., p. 47.

² È il caso della *Strafprozessordnung* tedesca che assegna al giudice il compito di accertare la verità, estendendo l'istruzione probatoria ai fatti e alle prove rilevanti per la decisione (§ 244 comma 2); sicché la dottrina – anche quella che si esprime in termini critici sulla disposizione appena menzionata – deve partire dalla premessa che il processo penale tedesco punta alla ricerca della verità materiale: cfr. J. METZ, *Wahrheit im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2021, pp. 447 ss.

³ Come ammette, ad esempio, TH. WEIGEND, *Truth in Criminal Law and Procedure: The Erosion of a Fundamental Value*, in *Juridica International*, 28/2019, pp. 28 ss., consultabile al seguente link: https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2019_28_28_truth-in-criminal-law-and-procedure-the-erosion-of-a-fundamental-value, data ultima consultazione 05.2025.

assunto ben argomentato – in dottrina – quello che afferma la divaricazione fra modello accusatorio e ricerca della verità⁴.

Quanto appena detto esce confermato dall'evoluzione del diritto processuale penale in Italia e dalle coeve elaborazioni giurisprudenziali⁵ nonché dottrinali. Per rendersene conto è sufficiente prestare attenzione al passaggio dalla codificazione processuale del 1930 alla riforma del 1988.

Il codice del 1930 (di ispirazione inquisitoria) celebrava la ricerca della verità nell'art. 299 comma 1°: «Il giudice istruttore ha obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione appaiono necessari per l'accertamento della verità». La riprova che il processo penale sfociasse nell'accertamento ufficiale della verità la si aveva in numerose disposizioni di quel codice; principalmente in quelle che assegnavano al giudicato penale un valore incontrovertibile, tale da imporsi anche in altri ambiti processuali: nel giudizio civile risarcitorio (artt. 25 e 27 c.p.p. 1930), oltre che nei giudizi civili non risarcitori o nei giudizi amministrativi (art. 28 c.p.p. 1930). La dottrina dell'epoca – pur in assenza di disposizioni specifiche al riguardo – giungeva alla conclusione che persino il giudice penale fosse vincolato dalla decisione “pregiudiziale” di altro giudice penale, posto che l'art. 18 c.p.p. 1930 imponeva la sospensione del processo pregiudicato (ad esempio, riguardante una ricettazione) in attesa che si concludesse il giudizio sul furto della cosa che si assumeva ricettata⁶. Vigeva, all'epoca, una mitica “unità della giurisdizione”, ancorata all'accertamento penale come quello che meglio di altri contesti giurisdizionali assicurava la ricerca della “verità effettiva o ufficiale”. L'idea di una “verità” assoluta e incontestabile rifletteva al contempo – come già accennato – una visione autoritaria dell'accertamento penale.

Le cose cambiano con la citata riforma processuale del 1988. Si veda quanto stabilisce esplicitamente l'art. 2 comma 2 del codice riformato: «la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o

⁴ In tal senso si veda M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 111: «Il processo *adversary* è strutturalmente inidoneo, ed anzi è fortemente controindicato, per la ricerca della verità e si fonda su una ideologia della giustizia nella quale alla verità non si attribuisce alcun valore positivo». Nello stesso senso, M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 146. Chi sostiene che il contraddittorio fra le parti (assicurato nel processo *adversary*) è il miglior mezzo per lasciar affiorare la verità, dimentica – come sostiene Damaška, – che il fuoco incrociato nell'esame dei testimoni, in un contesto di scontro qual è l'agone processuale, produce più calore che luce; *Ibidem*, p. 147. La ragione che induce a preferire il modello *adversary* (rispetto all'inquisitorio) risiede non tanto in una miglior approssimazione alla verità, bensì nel primato che si vuol assegnare ai diritti inviolabili della persona (e, in particolare, al diritto di difesa) rispetto al perseguimento del pubblico interesse alla repressione del reato.

⁵ Si allude, in particolare, alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, si adoperò per affermare il primato dei diritti individuali dell'imputato sulla ricerca della verità.

⁶ Tale era la conclusione cui perveniva, ad esempio, G. FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1946, proprio sul presupposto (non esplicitato dalla norma processuale) che l'accertamento definitivo sul furto obbligasse il giudice della ricettazione a rispettare la conclusione del giudizio “pregiudiziale” sul furto. Opinione poi ribadita dallo stesso autore in *Id.*, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano 1965, pp. 78 ss.

penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». Come dire che ogni processo penale produce una propria verità, non esportabile in altri contesti procedurali che pur avessero ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti. Il discorso vale anche per gli effetti del giudicato penale in sede civile risarcitoria. Gli artt. 651 e 652 del codice oggi vigente ammettono infatti che la decisione del giudice dibattimentale divenuta definitiva abbia effetti vincolanti solo a condizione che il responsabile civile o il danneggiato abbiano avuto la possibilità di partecipare (nel processo *a quo*) alla formazione del giudicato che sarebbe loro sfavorevole⁷. E qualcosa di simile vale per l'effetto del giudicato penale in sede amministrativa (anche disciplinare) o in giudizi civili diversi da quelli risarcitori (artt. 653 e 654).

Le tecnicità procedurali testé riferite possono essere condensate in una conclusione chiara e semplice: ogni processo penale afferma una propria verità; quella verità che le parti, nel loro dialettico rapportarsi, e il giudice, nell'assolvimento dei suoi compiti, statuiscano. Una verità particolare, valida per la decisione cui quel processo approda, ma priva di effetti vincolanti per altri giudici (civili, amministrativi, penali). Se ne ricava, tra l'altro, che la verità non è propriamente il fine del processo: è, semmai, un mezzo (o, se si preferisce, una tappa) sulla via che porta alla decisione circa l'alternativa colpevole/innocente e la conseguente decisione di condanna o assoluzione, che del processo penale rappresentano il fine ultimo.

Il carattere relativo della verità giudiziaria risulta poi da taluni limiti all'accertamento del fatto che la legge processuale (anche) penale impone. Benché la magistratura nei suoi compiti di accertare i fatti possa contare su poteri coercitivi sconosciuti alle altre magistrature (civile o amministrativa), esistono soglie non superabili persino per reprimere delitti di massima gravità; esistono inoltre limiti temporali per chiudere l'accertamento; esistono, infine, limiti di ordine conoscitivo, giacché non sempre la "ricerca della verità" approda a esiti soddisfacenti (di sufficiente certezza) per il giudicante⁸.

E non è tutto. Finora si è ragionato dando per scontato che il processo penale approdi al dibattimento, congegnato come la fase nella quale la verità dovrebbe essere accertata nella sua completezza, con il contributo delle parti di fronte a un giudice imparziale. Sappiamo però che gli ordinamenti processuali penali contemporanei (e l'italiano non fa davvero eccezione) offrono agli imputati

⁷ La scelta legislativa maturata con la riforma processuale del 1988 era stata in realtà preceduta da alcune importanti sentenze della Corte costituzionale che avevano dichiarato illegittimi gli artt. 25 e 28 c.p.p. 1930, in quanto imponevano al giudice civile o amministrativo di subire passivamente gli effetti di un giudicato penale vertente su fatti accertati dal giudice penale, anche se nei confronti di soggetti che alla formazione di quel giudicato non avevano potuto contribuire. Si era ravvisata nelle norme dichiarate illegittime un contrasto con il diritto di difesa assicurato dall'art. 24 comma 2 Cost. Si vedano le sentenze Corte Cost., 27 giugno 1973, n. 99 per l'art. 28 e Corte Cost., 20 giugno 1975, n. 165 per l'art. 25. L'orientamento della Corte costituzionale era già stato anticipato in dottrina dalla illuminante monografia di G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.

⁸ Cfr. *infra*, par. 3.

la possibilità di chiudere in anticipo la partita, attraverso procedure consensuali (giudizio abbreviato, patteggiamento, sospensione del processo con messa alla prova, decreto penale di condanna, per citare i principali) definite sulla scorta di accertamenti incompleti del fatto. Converrà quindi chiedersi quale idea di “verità” ispiri codeste singolari procedure⁹.

Espressioni impegnative quali “verità” o “ricerca della verità” non sono beninteso interdette. Le si può usare e le si userà anche nel presente contributo, consapevoli tuttavia della relatività che la accennata evoluzione normativa e la conseguente riflessione dottrinale hanno da tempo svelato.

Prima però di affrontare le due rilevanti tematiche appena accennate, sarà utile spendere qualche parola sul delicato problema dottrinale riguardante la posizione del giudicante rispetto alla formazione della prova, vale a dire, rispetto al “veicolo” tramite il quale la “realtà” entra nel processo. La digressione si impone soprattutto in considerazione del fatto che – come si vedrà nel paragrafo seguente – le nuove tecnologie della comunicazione e del trattamento dei dati personali stanno alterando (pur senza sconvolgerla) la tradizione teorica della prova giudiziaria.

2. *Spostamento dell'asse gnoseologico nell'accertamento processuale dei fatti.* – Stando a una dottrina risalente, tuttora salda nella sua premessa, il giudice ha essenzialmente due modi per conoscere i fatti sui quali decidere: o, trattandosi di fatti transeunti, ne acquisisce conoscenza “mediata” da chi li ha visti e vissuti (testimoni, parti processuali) per poi narrarli in giudizio o descriverli in documenti; oppure, trattandosi di fatti che hanno lasciato una traccia sensibile nel presente (corpi del reato, segni ed effetti provocati dalla condotta criminosa), li conosce direttamente, avvalendosi, se necessario, della collaborazione di un esperto per coglierne il significato. Le conoscenze del primo tipo compongono la specie delle prove “storiche” o “rappresentative”. Quelle del secondo tipo, la specie delle prove “critiche”.

Proposta inizialmente da Francesco Carnelutti¹⁰, la distinzione ha il pregio di evidenziare il diverso rapporto del giudice con le fonti di conoscenza che gli aprono l'accertamento del fatto. Le prove “storiche” impongono una verifica circa l'attendibilità del “medium” conoscitivo (soggetto dichiarante o documento a contenuto dichiarativo): va testata la *fides* nella narrazione (orale o documentale). Le prove “critiche” (di natura essenzialmente indiziaria) impegnano direttamente il raziocinio del giudice e – come appena detto – dell'eventuale esperto che lo

⁹ *Infra*, par. 4.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 1914, I ed. (seguita da una versione ampliata nel 1947), Edizioni dell'ateneo, Roma, pp. 70 ss., con ampi riferimenti alla dottrina tedesca di fine Ottocento. Lo stesso Carnelutti preciserà meglio il suo pensiero al riguardo in *Id.*, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 128 ss.

La distinzione viene poi assimilata da Franco Cordero in un saggio di notevole importanza per la processualistica italiana: F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove*, Milano, 1963, pp. 3 ss.

assiste: va qui verificato il percorso logico seguito nel valutare quanto direttamente percepito, se necessario con l'aiuto di uno sguardo specialistico. La diversa struttura delle fonti di prova condiziona anche le scelte legislative in tema di diritto probatorio.

Sulla prova testimoniale, archetipo della prova storica a contenuto dichiarativo, si è costruita la dottrina dell'oralità e del contraddittorio che mirava a superare lo stile scritto del modello inquisitorio¹¹. Il rilievo carneluttiano che anche il testimone, nel narrare i fatti sui quali è esaminato, "giudica", contribuì a chiarire che il giudice, nel valutare la testimonianza, altro non fa che "giudicare il giudizio" di un terzo intorno a una propria esperienza¹². Diventa perciò di primaria importanza sorvegliare (e regolare normativamente) quel "giudizio" del testimone sul quale si deve poi innestare la valutazione giudiziale. L'enfasi sui valori dell'oralità e del contraddittorio si alimenta proprio dall'idea che il "giudizio" del testimone è necessariamente influenzato da chi esamina il dichiarante. Affermare il contraddittorio nella formazione della prova, significa mettere la parte processuale (anche privata) nella condizione di partecipare alla costruzione di quel "giudizio" che poi il giudice dovrà valutare.

Vero è che pure l'esame del perito ha natura dichiarativa e anche per questo tipo di prova (prevalentemente innestato sulla prova critica) si pone un problema di tutela del contraddittorio. Bisogna tuttavia riconoscere che il compito dell'esperto trova un duplice limite non riscontrabile nelle prove cosiddette "storiche": da un lato, egli è chiamato a pronunciarsi sul valore di elementi oggettivi (tracce del reato) sottratti alle sue determinazioni; dall'altro, nell'espletare il proprio incarico è vincolato a quelle massime d'esperienza specialistiche inaccessibili al giudice. Anche i "giudizi" dell'esperto (perito, consulente) sono ovviamente soggetti a errori (nella valutazione delle tracce o in un cattivo uso delle massime d'esperienza specialistiche): errori solitamente riscontrabili attraverso i "giudizi" di altri esperti che al giudice appaiono più convincenti. Gli errori dei testimoni possono invece dipendere da lacune mnemoniche o da travisamenti nella percezione dei fatti sui quali debbono riferire: e si tratta di errori che il contraddittorio fra le parti e l'intelligenza del giudice possono smascherare facendo leva su comuni massime d'esperienza.

C'è poi una differenza, relevantissima per il nostro tema, fra la valutazione giudiziale delle dichiarazioni testimoniali e quelle del perito. Entrambe – beninteso – vanno intese e apprezzate con prudenza, dando conto in motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 192 c.p.p.), ma le dichiarazioni degli

¹¹ Vale la pena ricordare anche qui l'opera di Cordero, a partire da CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi*, cit., p. 175 ss.

¹² «La narrazione, invero, è un tessuto di giudizi. Per quanto questa sia una verità manifesta, per molto tempo, anche dai teorici, è stata disconosciuta; serpeggia ancora negli ambienti pratici la superstizione che il testimone debba narrare dei fatti, non pronunciare dei giudizi»: CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 130. Rilievo fatto proprio da CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 6.

esperti sono valutate dal giudice con diverso grado di affidabilità, secondo che esse provengano dal perito nominato dal giudice o dal consulente nominato dalle parti. Stando al consolidato orientamento della nostra Corte di cassazione le conclusioni dei periti ufficiali sono, in linea generale, più affidabili di quelle dei consulenti di parte. In caso di contrasto d'opinione fra i primi e i secondi, si ritiene infatti sufficiente che il giudice dimostri in motivazione di aver criticamente valutato le conclusioni del perito, senza bisogno di dar conto analiticamente di quelle del consulente¹³. Per contro, quando intende discostarsi dalle conclusioni del perito d'ufficio è tenuto ad un più penetrante onere motivazionale, illustrando accuratamente le ragioni della scelta operata, in rapporto alle prospettazioni che ha ritenuto di disattendere, attraverso un percorso logico congruo, che evidenzi la correttezza metodologica del suo approccio al sapere tecnico-scientifico, a partire dalla preliminare, indispensabile verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni scientifiche disponibili ai fini della spiegazione del fatto¹⁴. La ragione di questo distinto trattamento degli esperti risiede nella loro diversa posizione processuale: solo i periti – non i consulenti – prestano la loro opera assumendo l'impegno di “obiettività” espresso nella formula recitata al conferimento dell'incarico¹⁵. In breve, ai fini del convincimento giudiziale, i resoconti dei periti hanno maggior pregio di quelli esibiti dai consulenti di parte. Non è lo stesso per i testimoni, le cui dichiarazioni vanno valutate sempre con la stessa prudenza, quale che sia il soggetto (difensore, pubblico ministero, giudice) che ne ha proposto od ordinato l'esame.

Questa lunga digressione serve a chiarire un punto importante ai fini del nostro discorso, se solo si pensa al crescente peso che vanno assumendo gli accertamenti specialistici nel processo. Non tanto per effetto della frequenza con la quale nei nostri processi penali siamo abituati a veder usata la “prova scientifica”¹⁶, ma piuttosto per lo spazio che perizia (e consulenza tecnica) stanno progressivamente sottraendo alla prova testimoniale.

Accade spesso, infatti, che per accertare responsabilità penali si faccia oggi leva su informazioni archiviate in database (pubblici o privati) facilmente accessibili all'autorità giudiziaria. Fino ad alcuni anni fa, quelle informazioni erano acquisibili solo attraverso le persone (testimoni, imputati, coimputati) in grado di riferirle per aver percepito i fatti oggetto di prova. Gli esempi sono molteplici: si pensi alle informazioni ricavabili dai social media; dai tabulati telefonici; dai pagamenti elettronici; dalle immagini videoregistrate in luoghi pubblici; dalle conversazioni registrate ad opera dei *call center*; dall'uso di

¹³ Così Cass. Sez. I, 18 febbraio 2009, RV 243791.

¹⁴ Così, testualmente, Cass. Sez. V, 9 marzo 2016, RV 267566.

¹⁵ «...consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo nello svolgimento dell'incarico, mi impegno ad adempiere al mio ufficio senza altro scopo che quello di far conoscere *la verità* e a mantenere il segreto su tutte le operazioni peritali» (art. 226 c.p.p.).

¹⁶ Concetto, peraltro, che rinvia sempre a una prova di natura peritale e, come tale, privo di reale autonomia giuridica. Su questo punto sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *Contro il concetto di prova scientifica*, in *Giustizia penale*, 2025, III, pp. 121 ss.

piattaforme web; da dispositivi elettronici indossabili (*smartwatch*, *fitness tracker* e *smartglass*), etc. Una rete di informazioni avvolge il mondo reale e mette a disposizione della polizia e della magistratura penale dati utili per localizzare persone indiziate, controllare abitudini di vita o rapporti interpersonali attraverso le tracce lasciate sui social e, in qualche caso, persino attraverso la videoregistrazione integrale o parziale della condotta criminosa. Da tempo viviamo immersi in un mondo virtuale (infosfera¹⁷) che duplica il mondo reale, aspirando a registrare e comporre in misura crescente un patrimonio informativo fatto di relazioni fra persone, fra persone e cose, fra persone ed eventi: un archivio onnicomprensivo che – come detto – riduce progressivamente il bisogno della “intermediazione testimoniale”, capace anche per questa di realizzare il sogno (o l’incubo) del moderno inquisitore.

Nel quadro attuale delle disponibilità probatorie, la testimonianza continua a mantenere un proprio spazio, ma viene marginalizzata e magari ridotta a strumento sussidiario della prova informatica, come quando il teste viene sentito per confermare o meno l’autenticità del documento archiviato nel database. Anche nella ricostruzione processuale dei fatti di reato, la realtà virtuale sta voracemente occupando lo spazio della realtà “analogica”.

Bisogna ammettere che, in conseguenza del fenomeno testé accennato, l’asse gnoseologico del processo si è andato rapidamente spostandosi dalla classica prova testimoniale al documento elettronico, con inevitabili ripercussioni sul modo di accertare la verità giudiziaria. Il dato informatico entra nel processo come prova documentale (art. 234 e art. 234-*bis*) e, qualora risultassero dubbi sulla sua autenticità o integrità, andrebbe esaminato con le modalità della perizia. Il contraddittorio sarebbe certo garantito dalla facoltà, per le parti, di nominare propri consulenti, ma si è visto che – in caso di disaccordo fra gli esperti – il resoconto del perito nominato dal giudice avrebbe buone probabilità di imporsi sul diverso parere dei consulenti. In altre parole, l’accennato spostamento gnoseologico porta con sé, sul piano probatorio, un affievolimento del contraddittorio, la cui potenzialità si esprime al meglio nell’esame di testimoni, le cui dichiarazioni – giova ripeterlo – sono valutate secondo criteri uniformi, quale che sia il soggetto che ne ha chiesto od ordinato l’audizione. In un giudizio prevalentemente fondato su documenti informatici, la verità è il frutto dell’attività istruttoria del giudice, più che dell’iniziativa delle parti.

3. *Limiti all’accertamento della verità giudiziaria.* – La ricerca della verità giudiziaria deve fare i conti con molteplici limiti che la legge penale e processuale stabilisce. Si fa spesso il paragone fra giudice e storico proprio per evidenziare le peculiarità dell’accertamento giudiziario. Come già scriveva Piero Calamandrei¹⁸, tanto il giudice quanto lo storico sono impegnati nella ricostruzione di fatti

¹⁷ Cfr. L. FLORIDI, *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, in particolare pp. 123 ss.

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di diritto processuale*, 1939, p. 105.

consegnati al passato, grazie all'uso di analoghe fonti cognitive (documenti e testimonianze), secondo metodi che assicurano un approssimarsi alla verità. È risaputo, tuttavia, che il percorso del giudice (anche penale) incontra limiti e ostacoli ignoti allo storico. Di codesti limiti conviene dar conto qui di seguito, con la brevità e la concisione che il presente saggio consiglia.

3.1. *Limiti temporali.* – Un primo ordine di limiti è dato dal trascorrere del tempo. Per la maggior parte dei reati esiste un termine (decorrente dalla consumazione o dall'ultimo atto del tentativo) entro il quale l'accertamento si deve concludere¹⁹. Raggiunto quel termine, ogni attività processuale va interrotta, salvo che l'interessato rinunci alla prescrizione²⁰. Esistono reati imprescrittibili (quelli punibili con l'ergastolo)²¹, ma questo non significa che il processo possa proseguire *sine die*. Anche per i reati più gravi, l'accertamento si chiude quando muore l'imputato: non sono ammessi processi in effigie. È chiaro che nelle situazioni appena esemplificate, la chiusura del processo penale impedisce qualsiasi passo verso la "verità". Non così – detto per inciso – andrebbero le cose nel processo civile, per il diverso congegno normativo che regola la prescrizione nei rapporti fra privati: la morte del debitore non impedirebbe, infatti, la prosecuzione dell'accertamento in capo agli eredi, sicché il processo potrebbe durare ben oltre la vita terrena di coloro che ne hanno vissuto le prime udienze²². Quanto allo storico, la sua ricerca non è soggetta a limiti temporali, potendo spingersi ben oltre i termini appena accennati. Anzi, la ricerca storica si svolge per lo più intorno a fatti opera di soggetti da tempo defunti.

3.2. *Effetto preclusivo del giudicato.* – Altro ostacolo a un completo accertamento della verità può venire dal giudicato penale. La regola del *ne bis in idem* impedisce che la persona assolta o condannata per un reato sia sottoposta di nuovo a un procedimento penale per il medesimo fatto²³. Questo accade – quantomeno in Italia – anche se all'assoluzione dovessero sopraggiungere prove schiaccianti a carico dell'assolto e perfino se questi confessasse la propria colpevolezza²⁴. Nel nostro ordinamento, una riapertura del caso è ammessa solo in favore dell'imputato, attraverso l'impugnazione straordinaria della revisione²⁵: questa ragionevole eccezione al *ne bis in idem* e la connessa urgenza di accertare la verità sono qui funzionali al solo scopo di rimediare al possibile errore giudiziario.

¹⁹ Art. 157 c.p.

²⁰ Art. 157 comma 7 c.p.

²¹ Art. 157 comma 8 c.p.

²² Viene alla mente il romanzo *Casa desolata*, nel quale Charles Dickens (memore di esperienze fatte in veste di praticante avvocato) racconta la storia di una causa ereditaria di durata spropositata.

²³ Art. 649 c.p.p.

²⁴ Va detto che esistono ordinamenti nei quali l'esigenza di accertare la verità prevale sulla garanzia del *ne bis in idem*. È il caso della legge processuale tedesca, che ammette revisioni *in peius* della sentenza di assoluzione: cfr. § 362 *Strafprozessordnung*.

²⁵ Nei casi stabiliti dall'art. 630 e 630-bis c.p.p.

Lo storico non subisce questo effetto, tipicamente giuridico, fissato dalla norma processuale nell'interesse della persona già giudicata.

3.3. *Limiti derivanti dall'oggetto della prova.* – L'accertamento della verità deve mantenersi entro i limiti segnati dalle questioni che – in base alla normativa penale sostanziale – servono al giudice per prendere la propria decisione. Rilevano solo i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza e all'eventuale responsabilità civile da reato²⁶. In altre parole, nel suo sforzo di accertare il vero, il giudice è vincolato alla domanda (imputazione) posta dal pubblico ministero e ai presupposti della punibilità fissati dalla legge penale sostanziale; farebbe un cattivo uso dei suoi poteri se si occupasse di fatti non rilevanti ai fini della concreta decisione che lo attende... non si vuol dire con questo che vanno accertati solo i fatti direttamente riconducibili alla fattispecie incriminatrice evocata dall'accusa. L'espressione "... che si riferiscono all'imputazione" include anche fatti per così dire secondari (appartenenti alla categoria degli indizi), penalmente neutri e tuttavia utili per avvicinarsi alla verità, in quanto logicamente collegati con i fatti dal cui accertamento dipendono affermazione di responsabilità, quantificazione della pena o della misura di sicurezza. Resta tuttavia il rilievo che la fattispecie incriminatrice evocata dal pubblico ministero nell'atto di accusa opera una secca cesura fra fatti pertinenti all'oggetto di prova e fatti non pertinenti che il giudice è tenuto a considerare come superflui, anche se le parti non fossero d'accordo (art. 190 comma 1 c.p.p.). Va da sé che lo storico, quando sonda condotte illecite, può invece spingere il proprio sguardo ben oltre i limiti della legge penale e dare rilievo a circostanze politiche, sociali, economiche utili per spiegare i fatti illustrati.

3.4. *Divieto di scienza privata.* – *Quod non est in actis non est in mundo*: il noto brocardo esprime un postulato tradizionale dell'accertamento giudiziario. Il giudice (non solo penale) deve formare il proprio convincimento attingendo solo agli atti presenti nel fascicolo che si è andato formando nel corso del processo. È pertanto bandita la "scienza privata", al punto che il giudice dovrebbe fingere di non conoscere fatti dei quali è stato testimone. Ciò segna una differenza ragguardevole con la posizione dello storico, al quale è invece consentito trarre spunto da esperienze personali per arrivare alle proprie verità.

La legge processuale considera incompatibile la funzione di giudice con quella di testimone²⁷. E si tratta di incompatibilità motivata dalla necessità di salvaguardare l'imparzialità del giudicante, facendo al contempo salva la possibilità che sulle fonti cognitive del giudice si eserciti il controllo del contraddittorio. È evidente, infatti, che se, per la formazione del proprio convincimento, il giudice potesse avvalersi di fatti conosciuti personalmente,

²⁶ Art. 187 c.p.p.

²⁷ Si veda, ad es., l'art. 197 lett. d c.p.p.

l'imputato che lo volesse contestare sarebbe costretto a trattarlo come parte avversa, facendone venir meno il ruolo di soggetto imparziale²⁸.

3.5. *Divieti probatori.* – In un saggio – come il presente – dedicato alla ricerca della verità giudiziaria non può mancare un cenno ai divieti probatori. L'evoluzione normativa in questo delicato settore del diritto processuale ha visto svilupparsi divieti, per così dire, funzionali all'accertamento della verità e altri invece che, in nome di interessi diversi, tendono a ostacolare tale accertamento.

Sono funzionali alla verità i divieti che mirano a prevenire errori cognitivi. Vediamo qualche esempio tratto dal nostro codice di procedura penale: l'art. 189 ammette l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge (cosiddette "prove atipiche") a condizione però che risultino «idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti»; sarebbero pertanto inammissibili come prove le audizioni di *medium* o indovini, almeno fino a quando la scienza ufficiale non ne attestasse l'idoneità a produrre risultati veritieri. Altro esempio lo ritroviamo nell'art. 195 comma 7, che vieta radicalmente testimonianze indirette, quando sia ignoto il teste diretto: l'assoluta impossibilità di verificare quanto dichiara il teste indiretto, rende il suo contributo del tutto inaffidabile e pericoloso per l'accertamento dei fatti; preferibile, pertanto, farne a meno²⁹. Un divieto del tipo qui indicato affiora poi nella normativa sulla perizia genetica a proposito della metodologia da seguire nell'analisi di reperti e campioni biologici ai fini della tipizzazione dei profili da inserire nella banca dati nazionale DNA. Si prevede che dette analisi siano eseguite sulla base dei parametri elaborati dalla Rete europea degli istituti di scienze forensi (*European Network of Forensic Science Institutes*) e che i profili possano essere inseriti in banca dati solo se tipizzati in laboratori certificati a norma ISO/IEC³⁰. La perentorietà del comando normativo è tale da lasciar supporre un implicito divieto probatorio in caso di inosservanza³¹. Anch'esso un divieto funzionale all'accertamento della verità.

Esistono però – come già anticipato – divieti probatori imposti anche a costo di ostacolare la ricerca del vero. Vengono principalmente in considerazione quelli volti a proteggere e tutelare diritti individuali, particolarmente curati negli

²⁸ Che la "scienza privata" vada bandita dal novero delle fonti di convincimento giudiziale è assunto pacifico nella letteratura processualistica. Lo ha chiarito con straordinaria efficacia F. STEIN con il suo fondamentale *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893. Esistono – secondo Stein – solo due eccezioni al divieto di scienza privata: i "fatti notori" e le "massime d'esperienza" (*Erfahrungssätze*), vale a dire, elementi conoscitivi che – per loro natura – sono tendenzialmente sottratti al contraddittorio: *notoria non egent probatione*. Quanto alle massime d'esperienza, si tratta di criteri per valutare (o validare) dati probatori e diventano a loro volta oggetti di prova – con la perizia – solo se la loro conoscenza è accessibile a un numero limitato di specialisti. Benché sia trascorso più di un secolo, le conclusioni cui pervenne Stein appartengono tuttora al patrimonio concettuale delle dottrine processualistiche.

²⁹ La testimonianza indiretta può invece essere utilizzata quando sia nota l'identità del teste diretto, alle condizioni poste dal combinato disposto dei commi 1-3 dell'art. 195 c.p.p.

³⁰ Art. 11 l. 30 giugno 2009, n. 85.

³¹ Non risultando precedenti giurisprudenziali su questo punto non è possibile dire se e in che misura siano rispettate le condizioni poste dalla normativa sulla tipizzazione dei reperti genetici. Ciò non inficia peraltro quanto asserito nel testo.

ordinamenti demo-costituzionali. Gli esempi sono molteplici. Merita di essere ricordato innanzitutto l'art. 188 c.p.p. che vieta l'uso di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione delle persone», persino quando constasse il loro consenso: assolutamente proibiti, pertanto, sieri o macchine della verità, dal momento che invaderebbero la sfera intima della persona considerata intangibile e inviolabile (art. 2 Cost.). Lo stesso vale per il diritto al silenzio, dal quale scaturisce il divieto di cavare dall'imputato o indagato, con la forza o con l'astuzia, dichiarazioni autoincriminanti (artt. 63 e 64 c.p.p.). Ostacoli all'accertamento della verità, possono poi derivare dalle disposizioni che permettono ai parenti di astenersi dall'obbligo testimoniale (nei limiti previsti dall'art. 199 c.p.p.) e da quelle che proteggono varie specie di segreto professionale (art. 200 c.p.p.). Né vanno dimenticati i limiti e le condizioni posti all'autorità giudiziaria nell'uso di strumenti investigativi che comprimono diritti inviolabili della persona, come le intercettazioni di comunicazioni (art. 266 ss. c.p.p.), i prelievi coattivi finalizzati ad accertamenti genetici (art. 224-bis, art. 359-bis c.p.p. e art. 9 l. n. 85 del 2009), gli agenti sotto copertura (art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146). La tutela dei diritti inviolabili della persona la vediamo operare principalmente nel processo penale, per la ragione facilmente comprensibile che qui lo Stato impone all'individuo (ancora presunto innocente) sacrifici che non si giustificerebbero in altri ambiti giurisdizionali. Ma pure nel processo penale la compressione dei diritti individuali va calibrata in ragione della gravità dei reati da perseguire, secondo un prudente uso del criterio di proporzionalità³². Questo spiega, fra l'altro, perché talune tecniche investigative (come le intercettazioni, i prelievi coattivi di campioni biologici, l'uso di agenti sotto copertura) siano vietate per l'accertamento dei reati meno gravi, la cui "verità" diventa pertanto più difficile da raggiungere. Segno che la "verità" viene perseguita con strumenti diversi e diversamente incisivi in ragione del tipo e della gravità del reato da reprimere.

L'ostacolo all'accertamento di responsabilità penali può derivare, infine, dalla presenza di segreti opponibili all'autorità giudiziaria in quanto volti a tutelare interessi pubblici considerati superiori al dovere di punire. È il caso del segreto di polizia e del segreto di stato.

Grazie al primo (art. 203 c.p.p.), la polizia può rifiutarsi di svelare l'identità di confidenti in grado di fornire elementi, anche utilissimi per l'accertamento della verità, allo scopo di proteggere una fonte informativa che potrebbe venir buona per impostare future indagini: eventualità assai frequente nei procedimenti per traffico di stupefacenti.

Il secondo (art. 202 c.p.p. e art. 66 disp. att. c.p.p.) punta a mantenere riservate le modalità operative dei servizi di sicurezza (interna ed esterna), istituiti per tutelare l'integrità dello Stato democratico. È noto che, in Italia, si è fatto un

³² Sull'uso del criterio di proporzionalità con riguardo alla tutela dei diritti inviolabili sia consentito rinviare al precedente studio ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi "naturali" e concezioni normative*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, in particolare pp. 482 ss.

uso spesso discutibile di questa specie di segreto. La lista dei casi (concentrati particolarmente nel periodo politicamente turbolento degli anni '70) è piuttosto lunga e sconcertante. Come esempi di uso del segreto di Stato che ha di fatto ostacolato l'accertamento di gravi reati possono essere ricordati:

- la strage di Piazza Fontana – 16 dicembre 1969³³;
- il tentato colpo di stato organizzato da Junio Valerio Borghese – dicembre 1970³⁴;
- la strage di Brescia – 28 maggio 1974³⁵
- la strage dell'Italicus – 4 agosto 1974³⁶;
- il cosiddetto “Golpe bianco”, organizzato da Edgardo Sogno nella prima metà degli anni '70³⁷;
- la strage di Ustica – 27 giugno 1980³⁸;
- la strage alla stazione di Bologna – 2 agosto 1980³⁹;
- il caso Abu Omar – 17 febbraio 2003⁴⁰.

³³ Bomba alla banca nazionale dell'agricoltura a Milano: 17 morti. Indagini ostacolate dall'opposizione del segreto di Stato e da scarsa collaborazione dei servizi di sicurezza con la magistratura penale, se non addirittura da atteggiamenti ostruzionistici dei primi rispetto all'accertamento di responsabilità penali.

³⁴ Golpe non riuscito per desistenza volontaria degli organizzatori: la vicenda giudiziaria che ne seguì fu ostacolata in maniera non dissimile da quanto accaduto per la strage di Piazza Fontana.

³⁵ Bomba collocata in piazza della Loggia (Brescia) durante una manifestazione sindacale: 9 morti. Indagini ostacolate dal ruolo ambiguo dei servizi di sicurezza. Informazioni incomplete e depistaggi impedirono di far luce sugli autori e sui mandanti.

³⁶ Bomba su treno nel tratto Firenze-Bologna, scoppiata all'altezza di S. Benedetto Val di Sambro: 12 morti. Anche in questo caso le indagini soffrirono ostacoli per l'opposizione del segreto di Stato. Il clamore suscitato da questo tentativo di rovesciamento dell'ordine costituito fu tale da indurre il Parlamento a rivedere la normativa sui servizi di sicurezza e sul segreto di Stato (l. 24 ottobre 1977, n. 801), in maniera da sottrarre la gestione di quest'ultimo alla discrezione pressoché incontrollata del governo.

³⁷ Ennesimo tentativo di colpo di Stato, detto “bianco” perché destinato a svolgersi in maniera incruenta, senza uso di armi o di forza fisica. Le indagini che ne seguirono furono ancora una volta ostacolate dall'opposizione del segreto di Stato.

³⁸ Un aereo della compagnia di volo privata Itavia, si inabissa al largo dell'isola di Ustica, probabilmente a causa di un missile lanciato da nave straniera per colpire un altro velivolo straniero: 81 morti. Protrattesi per vari decenni, le indagini furono sistematicamente ostacolate dall'opposizione del segreto di Stato.

³⁹ Bomba collocata nella sala d'aspetto della stazione: 85 morti. I numerosi processi che si sono celebrati hanno portato all'individuazione di vari responsabili, ma sono stati moltissimi gli ostacoli frapposti al lavoro della magistratura penale. Anche qui opposizioni del segreto di Stato e molteplici tentativi di depistaggio anche da parte dei servizi di sicurezza allora operanti.

⁴⁰ Rapimento di Abu Omar, cittadino egiziano, imam di Milano, ad opera di servizi di sicurezza americani (CIA) coadiuvati dai servizi italiani. Il rapito viene trasferito in Egitto dove sarà incarcerato e torturato per circa un anno. I processi a carico degli agenti americani e italiani subirono molteplici interruzioni a seguito del segreto di stato sistematicamente opposto da diversi presidenti del consiglio (dal 2006 al 2011). Ne nacquero conflitti di attribuzione (fra Presidente del consiglio e magistratura milanese) che la Corte costituzionale risolse sempre in favore del governo, affermando la legittimità del segreto di Stato opposto (sent. n. 106 del 2009 e sent. n. 24 del 2014). Va detto che il caso Abu Omar fu oggetto anche di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con sentenza del 23 febbraio 2016 (Nasr e Ghali c. Italia) ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 CEDU, censurando fra l'altro l'ostacolo frapposto dall'opposizione del segreto di Stato all'accertamento delle responsabilità penali degli autori del rapimento. La vicenda Abu Omar indusse il legislatore italiano a rivedere la normativa sui servizi di sicurezza e sul segreto di Stato (l. 3 agosto 2007, n. 124).

L'abuso che – nella storia giudiziaria italiana – se ne è fatto, ha consigliato di introdurre una saggia regola che impedisce di opporre il segreto di Stato, quando si tratta di accertare reati tesi a minare l'ordinamento democratico, reati di strage, di associazione mafiosa o condotte illecite imputabili ad appartenenti ai servizi che abbiano operato senza esserne espressamente autorizzati (art. 204 c.p.p.). Benché non se ne sia fatta ancora applicazione, la regola è del tutto ragionevole. Posto che i servizi di sicurezza hanno per scopo la difesa dello Stato democratico, sarebbe assurdo che la ragion di Stato (sottesa alla pratica del segreto) potesse spingersi fino al punto da coprire condotte eversive (come accaduto nell'esperienza italiana della quale si è appena fatto cenno).

3.6. *Situazioni di incertezza.* – Lo sforzo del giudice di raggiungere la verità per statuire sulla domanda del pubblico ministero è talvolta destinato al fallimento. Non potendosi sottrarre alla decisione (divieto di *non liquet*), egli deve sentenziare anche in caso di dubbio, facendosi guidare da apposite regole di giudizio predisposte dal legislatore. Tali regole servono a contenere e orientare la discrezionalità giudiziale non nell'atto di valutare le singole prove (attività già guidata dalle regole espresse nell'art. 192), bensì nel momento successivo alla acquisizione delle prove stesse, quando si tratta di attribuire al compendio probatorio già formato un significato di “verità” o di dubbio funzionale al provvedimento da adottare. Una verità impossibile da raggiungere è rimpiazzata da una verità fittizia, imposta *ex lege*. Conviene soffermarsi brevemente su questa singolare *fictio iuris*.

A uno sguardo anche solo superficiale l'attenzione è colpita da tre figure: la regola *in dubio pro reo*, che dà rilievo normativo a situazioni di incertezza e insufficienza probatorie (art. 530 comma 2, art. 529 comma 1 e art. 529 comma 2); la regola “al di là di ogni ragionevole dubbio” (art. 533 comma 1) e la regola – di più recente conio – della “ragionevole previsione di condanna”, che somministra al giudice un criterio per superare l'eventuale incertezza riguardante provvedimenti da adottare nella fase preliminare del procedimento (art. 408 comma 1, art. 425 comma 3 e art. 554-ter comma 1).

Un opportuno sforzo di semplificazione consiglia di ridurre l'accennata triade a una diade. A ben vedere, l'*in dubio pro reo* non tanto esprime una regola di giudizio (nel senso stretto che qui si vuol dare al sintagma), quanto piuttosto esplicita la condizione, imposta all'accusa, di provare la colpevolezza per esigere la condanna. Oggi siamo abituati a scorgere in codesto principio un corollario della presunzione di innocenza, ma, a ben vedere, l'*in dubio pro reo* era in voga anche in ordinamenti processuali del recente passato che apertamente disconoscevano il valore oggi consacrato nell'art. 27 comma 2 cost.⁴¹. Concettualmente l'*in dubio pro*

⁴¹ L'art. 479 comma 3 c.p.p. 1930 (anche nella sua versione originaria) imponeva l'assoluzione per insufficienza di prove quando risultavano «insufficienti le prove per condannare». La norma non discendeva dalla presunzione d'innocenza (apertamente avversata dalla cultura giuridica fascista): era, più modestamente, il frutto di una scelta di opportunità politica (storicamente risalente) che –

reo rivela un parallelismo o, se si preferisce, una specularità, con il criterio dell'onere probatorio cui si ispira il processo civile. La differenza sta in questo: che nel processo civile la prova dev'essere fornita dall'attore (salvi i casi di inversione dell'*onus probandi*). Nel processo penale, invece, quell'onere spetta sistematicamente all'accusa per via della naturale relazione asimmetrica fra pubblico ministero e imputato.

In ambito processuale penale operano simultaneamente il canone dell'*in dubio pro reo* (art. 530 comma 2) e la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1). Pur codificata in tempi recenti nella nostra legge processuale⁴², la regola *BARD* (*Beyond Any Reasonable Doubt*) era in realtà desumibile dal sistema (come corollario della presunzione d'innocenza) anche prima della formale codificazione⁴³.

La sua applicazione nel dibattimento suppone, innanzitutto e in via preliminare, che il giudice faccia ogni sforzo per superare eventuali sentimenti di incertezza: dall'invito alle parti di «indicare temi di prova nuovi o più ampi utili alla completezza dell'esame» (art. 506 comma 1), all'iniziativa di completare con proprie domande l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, coimputati (art. 506 comma 2), all'iniziativa diretta nell'assumere nuove prove, quando queste appaiano «assolutamente necessarie», vale a dire, utili per accertare la verità, sciogliendo il dubbio sulla *quaestio facti* (art. 507). Se, nonostante questi sforzi, l'incertezza perdura, il giudicante dovrà affidarsi alla regola di giudizio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio». Regola che non sarebbe efficace, se non fosse sindacabile. La sentenza dibattimentale è impugnabile e, pertanto, soggetta al possibile sindacato di un giudice superiore. Quand'anche non fosse appellabile, sarebbe sempre suscettibile di controllo in sede di legittimità anche sul punto concernente l'uso che il giudice di merito ha fatto della regola di giudizio. Registriamo infatti una cospicua quantità di massime che si sforzano di chiarire ai giudici di merito come applicarla per non incorrere in un annullamento della sentenza per vizio di motivazione. Meritano di essere qui ricordate, in particolare, le decisioni che annullano sentenze di merito per aver accolto con troppa disinvoltura le prospettazioni dell'accusa o della difesa, escludendo «ricostruzioni alternative» che rientrano «nell'ordine naturale delle cose e della razionalità umana». Oltre a violare il canone *BARD*, l'eventuale trascuratezza di credibili

persino in quel clima politico-costituzionale – preferiva l'assoluzione del colpevole alla condanna di un possibile innocente. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1931, p. 184 accettava a malincuore «l'ambiguo brocardico» in *dubio pro reo* in quanto «politicamente e moralmente conveniente».

⁴² Art. 5 l. n. 46 del 2006.

⁴³ Così, fra altre, Cass. Sez. Un., 6 luglio 2016, Dasgupta, CED Rv 267492, dove si ricorda che già la nota sentenza Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, CED Rv 222139 menzionava esplicitamente quella regola supponendola già presente nel sistema penale, ancorché non espressamente prevista. Anche in dottrina si ritiene che la citata riforma del 2006 si sia limitata a esplicitare una regola già presente nel sistema: in tal senso, P. FERRUA, *Regole di giudizio e udienza preliminare*, in *Processo penale e giustizia*, 2023, p. 731.

ricostruzioni alternative, comporterebbe l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per vizio di motivazione.

Segue la stessa linea l'orientamento giurisprudenziale che ricava dalla regola *BARD* il dovere del giudice di merito di acquisire (se del caso, d'ufficio) un mezzo di prova necessario a superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*. A ben vedere, un simile orientamento – se valorizzato dal punto di vista della difesa – amplia il diritto alla prova dell'imputato, includendo fra i motivi di annullamento della sentenza di merito anche la mancata assunzione di una semplice prova decisiva (non necessariamente di una prova contraria nel senso dell'art. 606 comma 1 lett. *d*). A questa conclusione è pervenuta una recente sentenza della Suprema corte⁴⁴, della quale vale la pena riportare per intero il principio di diritto espresso:

«La sentenza di condanna che si fondi su un risultato probatorio incerto [...] deve dare adeguata spiegazione delle ragioni per le quali, a fronte della richiesta dell'imputato di perizia, gli esiti delle analisi al reo sfavorevoli vengano ritenuti esaustivi e incontrovertibili giacché la regola di giudizio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” impone al giudice l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria».

Si consideri che, nei motivi di ricorso, la difesa aveva lamentato la mancata assunzione della prova da parte del giudice di appello a norma dell'art. 603 comma 3. Di qui la conclusione che – facendo leva sulla regola *BARD* – si può pretendere l'annullamento (con rinvio) di una sentenza, anche oltre il più limitato motivo indicato nel citato art. 606 comma 1 lett. *d*. In breve, questo ampliamento del motivo di ricorso per cassazione a semplici violazioni del diritto alla prova – per come argomentato in giurisprudenza – è un effetto riflesso della regola di giudizio *BARD* che guida l'attività decisoria del giudice dibattimentale. In altre parole, il giudice penale (nel caso appena esemplificato, il giudice di appello) non deve lasciar nulla di intentato nell'opera di ricerca della verità. Il mancato attivarsi in tale direzione comporterebbe l'annullamento della sentenza censurabile per quella mancata ricerca.

4. *La “verità” nei riti alternativi al dibattimento e nelle procedure di giustizia riparativa*⁴⁵. – Fin qui il tema della verità è stato affrontato supponendo che il processo si svolga secondo le regole che disciplinano il giudizio ordinario, quello destinato a sfociare nel dibattimento, dove la prova va formata oralmente, nel contraddittorio fra le parti, davanti al giudice incaricato della decisione. È noto però che esistono altre modalità per definire il processo con una decisione di merito: si tratta dei riti cosiddetti “alternativi” al dibattimento e, precisamente, del giudizio abbreviato, del patteggiamento, del decreto penale di condanna e della sospensione del processo con messa alla prova. Hanno in comune la caratteristica

⁴⁴ Cass. Sez. III, 13 aprile 2023, CED RV 284364.

⁴⁵ La parte esposta nel par. 4 ss. è già stata oggetto di precedenti ricerche.

di risolvere il merito della questione (vale a dire, l'alternativa assoluzione/condanna) sulla base di prove scritte, non formate nel contraddittorio fra le parti, con rimarchevoli limitazioni al diritto di difesa e al diritto alla prova. È pertanto lecito chiedersi sulla base di quale "verità" essi siano definiti.

Su un piano diverso rispetto ai riti alternativi al dibattimento si pongono le procedure di giustizia riparativa. Queste non puntano alla condanna o all'assoluzione dell'imputato. Nella legislazione italiana si presentano, per così dire, come coestensive al procedimento penale o alla fase esecutiva della pena, benché siano congegnate in maniera che il loro buon esito possa sortire effetti favorevoli sia per l'imputato sia per il condannato⁴⁶. Benché non abbiano ad oggetto i giudizi di colpevolezza o innocenza, gli incontri di giustizia riparativa sono occasioni per fissare, concordare, condividere "verità" utili alla ricomposizione autore/vittima. Converrà pertanto farvi qualche cenno, anche per evidenziare quanto sia diversa codesta verità, rispetto a quella cui punta il processo penale.

4.1. *Giudizio abbreviato*. – Quale verità è in grado di produrre quella modalità di definizione del processo chiamata giudizio abbreviato, la cui caratteristica consiste nell'approdare a una decisione di merito sulla base di atti raccolti anche unilateralmente da polizia, pubblico ministero o difensore? Un tipo di processo dove l'imputato rinuncia volontariamente a talune garanzie difensive, in cambio di un sensibile sconto di pena. La risposta va cercata anche qui interrogandosi sui criteri che il giudice deve seguire nei casi di incertezza. Il codice di rito è esplicito nell'estendere a codesto rito semplificato la regola di giudizio prevista per la decisione che chiude il giudizio ordinario (art. 442 comma 1). La sola differenza, meritevole di essere sottolineata, riguarda la diversa "qualità" del materiale conoscitivo sul quale si forma il convincimento del giudice: non prove filtrate dal contraddittorio dibattimentale, bensì atti investigativi formati unilateralmente da polizia e pubblico ministero o difensore nel corso delle indagini o acquisiti nella fase preliminare, per iniziativa istruttoria del giudice procedente (es. art. 422).

La legge processuale consente che anche su questo grezzo materiale conoscitivo si formi un convincimento "al di là di ogni ragionevole dubbio". C'è da chiedersi come possa concretizzarsi un convincimento di tal qualità, quando il materiale conoscitivo a disposizione è scadente e inaffidabile, secondo i criteri della migliore epistemologia giudiziaria. La circostanza che la legge processuale – grazie all'accennato art. 442 (artt. 529-531) – abbia semplicemente esteso le regole di giudizio imposte al giudice dibattimentale ha finora dissuaso la dottrina dal prendere posizione critica sul punto.

La questione è affiorata, sia pur in via per così dire laterale e indiretta, quando la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il problema del giudizio di

⁴⁶ Artt. 42-69 d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

appello contro sentenze assolutorie emesse a seguito di giudizio abbreviato. Si arrivò a sostenere che il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio imponeva un recupero del contraddittorio nella formazione della prova in fase di appello, quale condizione per ribaltare l'assoluzione in condanna. E questo a prescindere dal rilievo che – con la richiesta di giudizio abbreviato – l'imputato rinuncia volontariamente al contraddittorio (assicuratogli dall'art. 111 comma 4 Cost.). La necessità di una «motivazione rafforzata» esige «percorsi epistemologicamente corretti», dicono espressamente le sezioni unite in una significativa sentenza del 2017⁴⁷.

Tale posizione⁴⁸ intendeva confermare – nell'ordinamento processuale italiano – l'abbondante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di limiti al potere del giudice di appello di condannare l'imputato assolto in primo grado⁴⁹. Ne seguì – ancora nel 2017 – la riforma legislativa che impose la rinnovazione del dibattimento in appello, quando il pubblico ministero avesse impugnato sentenze assolutorie per motivi attinenti alla valutazione di prove dichiarative⁵⁰: regola da applicare anche nei giudizi di appello contro le sentenze di giudizio abbreviato. In questa circostanza, pertanto, la regola *BARD* esigeva che le prove dichiarative fossero assunte nel contraddittorio fra le parti, anche per ribaltare la sentenza assolutoria, emessa in primo grado allo stato degli atti o con integrazioni probatorie non necessariamente rispettose del contraddittorio.

Questa tormentata vicenda normativa ha poi avuto un epilogo sorprendente, propiziato ancora dalla giurisprudenza di Strasburgo, quando una sentenza riguardante proprio l'Italia ha affermato che l'art. 6 CEDU non esige un recupero dei principi di immediatezza e oralità in appello, visto che l'imputato ha consapevolmente e liberamente rinunciato al contraddittorio, al momento di chiedere il giudizio abbreviato⁵¹. Di qui l'ulteriore ripensamento legislativo che limita la possibilità di rinnovare l'istruttoria in appello, quando il pubblico ministero abbia impugnato la sentenza assolutoria, contestando una prova dichiarativa solo se assunta all'esito di integrazione probatoria intercorsa nel giudizio abbreviato⁵². La nuova prova dichiarativa andrebbe comunque formata con le modalità previste per il giudizio dibattimentale, vale a dire nel contraddittorio fra le parti. Il giudice di appello potrebbe invece condannare sulla

⁴⁷ Cass. Sez. Un., 14 aprile 2017, CED RV 269785 dove si legge: «L'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria». Decisione successivamente avallata da Corte cost., sent. 23 maggio 2019, n. 124.

⁴⁸ Autorevolmente fatto proprio da Cass. Sez. Un., 6 luglio 2016, CED RV 267486.

⁴⁹ Si vedano, in particolare, Dan c. Moldavia, Corte EDU, 5 luglio 2011; Găitănaru c. Romania, Corte EDU, 26 giugno 2012; Lazu c. Repubblica di Moldavia, Corte EDU, 5 luglio 2016.

⁵⁰ Art. 603 comma 3-bis, novellato da art. 1 comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁵¹ Di Martino e Molinari c. Italia, Corte EDU, sez. I, 25 marzo 2021.

⁵² Questa la (francamente un po' cervellotica) soluzione imposta oggi dall'art. 603 comma 3-bis, novellato dall'art. art. 34, comma 1, lett. i), n. 1), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

base di prove disponibili nel fascicolo processuale, vale a dire senza bisogno di rinnovare il dibattimento, se in prima istanza non ci fosse stata integrazione probatoria⁵³.

Pertanto, nel giudizio abbreviato di primo grado vale la regola BARD, ma la si applica, in linea generale, a un materiale conoscitivo considerato di minor qualità e, si direbbe, di minor affidabilità rispetto a quello formato in un dibattimento ordinario. Il rispetto dell'oralità e del contraddittorio è assicurato solo in via eccezionale, nei ricordati casi di "integrazione probatoria" in appello, secondo la previsione del citato art. 603 comma 3-bis. Negli altri casi, l'assoluzione in primo grado può convertirsi in condanna da parte del giudice d'appello sulla base o di una semplice lettura di atti presenti nel fascicolo, o di una rinnovazione dibattimentale disposta d'ufficio (*ex* art. 603 comma 3), destinata a svolgersi secondo le regole dettate per il giudizio abbreviato (oralità senza contraddittorio)⁵⁴.

Torniamo alla domanda di partenza: quale tipo di certezza è in grado di produrre un materiale conoscitivo "grezzo", non raffinato dal contraddittorio e, per ciò stesso, da considerare con estrema prudenza, se non con sospetto? Difficilmente esce un buon prodotto dall'uso di ingredienti scadenti.

Se davvero ci si distanzia dall'ideale epistemologico (normativamente fissato dalla norma-cardine contenuta nell'art. 526), il giudice tenuto a risolvere l'alternativa assoluzione/condanna sulla scorta di "mezze-prove" dovrebbe – a rigor di logica – essere incline più al dubbio che alla certezza, persino quando gli elementi a carico fossero all'apparenza prevalenti su quelli a favore dell'imputato. L'uso corretto della discrezionalità decisoria dovrebbe – in altre parole – indurre il giudice del giudizio abbreviato ad assolvere (per insuperabile incertezza sul fatto) in misura maggior di quanto accada nel giudizio ordinario. Questo suggerirebbe la logica. Da un punto di vista concettuale, parrebbe verificarsi un corto circuito fra "qualità della prova" e regola dell'al di là di ogni dubbio ragionevole, quando è la stessa modalità di assunzione della prova a instillare il dubbio sulla sua idoneità a supportare giudizi di responsabilità penale.

Si sa, invece, che la richiesta dell'imputato di accedere al rito speciale ha l'effetto "magico" di trasformare le "mezze prove" in "prove piene", sicché la finzione giuridica fa sparire la differenza sostanziale fra i compendi probatori

⁵³ Traendo spunto dalla sent. Di Martino e Molinari c. Italia della Corte EDU perviene a questa conclusione la più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. Sez. II, 12 marzo 2024, CED RV 286100.

⁵⁴ Può considerarsi ancora attuale – al riguardo – l'orientamento della Corte di cassazione (Sez. Un, 29 gennaio 1996, CED RV 203427) che, in caso di appello sulla sentenza di giudizio abbreviato, riconosce al giudice il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove (art. 603 comma 3) secondo le modalità previste per il rito speciale: «Nel processo celebrato con la forma del rito abbreviato al giudice di appello è consentito [...] disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 603, comma 3 c.p.p.; in tale fase, peraltro, non può configurarsi alcun potere di iniziativa delle parti in ordine all'assunzione delle prove in quanto, prestando il consenso all'adozione del rito abbreviato, esse hanno definitivamente rinunciato al diritto alla prova».

(qualitativamente assai diversi) che risultano dai due contesti procedurali qui evocati (quello del giudizio dibattimentale e quello del giudizio abbreviato).

Una contraddizione immanente al nostro sistema processuale, pacificamente accettata in dottrina e giurisprudenza e che – come si è detto poco sopra – trova parziale eccezione solo quando la sentenza di giudizio abbreviato rischia di essere ribaltata in condanna da parte del giudice di appello (art. 603, comma 3-*bis*).

4.2. *Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento nei quali non si accerta la responsabilità penale).* – Considerazioni a parte vanno fatte per la sentenza di patteggiamento e per le decisioni adottate in altri provvedimenti ad essa affini (principalmente l'ordinanza che accoglie la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova⁵⁵ e il decreto penale di condanna)⁵⁶.

Tutti questi provvedimenti hanno in comune la natura di decisioni condannatorie, emesse senza un vero accertamento di responsabilità penale. Per ciascuno di essi la legge processuale si accontenta che il giudice verifichi sommariamente l'assenza di “cause di non punibilità”, vale a dire di evidenti ragioni che imporrebbero l'assoluzione dell'imputato a norma dell'art. 129 comma 1.

Per semplificare l'esposizione del nostro tema, conviene riferirsi alla sola sentenza di patteggiamento, consapevoli che, salvo lievi differenze, quanto si dirà con riguardo a codesta decisione vale – limitatamente al tema che ci interessa – anche per altri due riti alternativi destinati a sfociare in una decisione di condanna senza previo accertamento di responsabilità: il decreto penale di condanna (art. 459 c.p.p.) e l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-*quater* c.p.p.).

Con la richiesta di patteggiamento, l'imputato esonera il pubblico ministero dal dover provare l'accusa e il giudice dal dover motivare *in facto* la condanna. La sentenza inappellabile e pure il ricorso per cassazione va limitato ai motivi tassativamente indicati nell'art. 448 comma 2-*bis*: da segnalare – per quanto direttamente ci riguarda – l'impossibilità di impugnare la sentenza per vizio di motivazione⁵⁷, conseguente a eventuali errori nell'uso di regole di giudizio da parte del giudice di merito. Ciò rende difficoltoso ricostruire il quadro giurisprudenziale su un tema che – in linea generale – è sottratto all'elaborazione del giudice di legittimità con riguardo all'accertamento del fatto.

Un aiuto può venire dalle decisioni che si sono occupate dei limiti entro i quali è ammessa la revisione delle sentenze di patteggiamento per il sopraggiungere di nuove prove (art. 630 lett. c).

⁵⁵ Art. 464-*quater*, comma 1.

⁵⁶ Art. 459, comma 3.

⁵⁷ Il discorso non vale per l'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, soggetta a ricorso per cassazione da entrambe le parti (art. 464-*quater* comma 7). Che ciò possa avvenire per tutti i motivi indicati nell'art. 606, incluso quindi il vizio di motivazione, è stato chiarito da Cass. Sez. Un., 6 aprile 2023, CED RV 284273.

In linea generale, la revisione delle sentenze di condanna è ammessa a condizione che gli elementi forniti dall'impugnante siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato va prosciolto a norma degli artt. 529, 530 o 531» (art. 631). Parrebbe, quindi, che, pure per le sentenze in questione, il sopraggiungere di una nuova prova apra la prospettiva dell'*in dubio pro reo* e della regola *BARD*, benché l'imputato, patteggiando, abbia sostanzialmente accettato la ricostruzione fattuale prospettata nell'atto di accusa. In realtà, non è questa la soluzione che la giurisprudenza ha escogitato.

Un orientamento ormai consolidato nega che la revisione della sentenza di patteggiamento vada accolta quando si prospetti la possibilità di una assoluzione anche con formula dubitativa⁵⁸. Norma di riferimento – ai fini di un buon esito dell'impugnazione straordinaria – resta l'art. 129. In altre parole, il processo è destinato a riaprirsi nella stessa situazione in cui si trovava l'imputato al momento di chiedere la pena concordata. In caso di dubbio, la revisione non sarebbe ammessa, perché non troverebbe applicazione né l'*in dubio pro reo* (art. 530 comma 2), né l'al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1).

Questa conclusione è avversata da una parte della dottrina, incline a ravvisare nella sentenza di patteggiamento un vero accertamento di responsabilità penale, con conseguente applicazione del canone *BARD*. Si sottolinea, in particolare, che nella procedura patteggiata «la “sommarietà” della verifica di colpevolezza può essere tollerata solo in quanto si accompagni a un esito provvisorio dell'attività cognitiva che già soddisfi, in sé e per sé considerato, il parametro valutativo fissato dall'art. 533»⁵⁹.

Tale opinione si sforza di riportare ad unità i criteri di accertamento del fatto nel procedimento penale, per giustificare la decisione di condanna, anche a fronte dei principi costituzionali posti a tutela dell'imputato (principalmente, la presunzione di innocenza). Essa si scontra tuttavia con la disciplina processuale dei riti alternativi al dibattimento (in particolare quelli considerati in questo paragrafo) che autorizzano il giudice a emettere una decisione condannatoria sulla base di un semplice e sommario accertamento negativo circa l'insussistenza di cause di non punibilità. Le già segnalate circostanze che caratterizzano codeste procedure “negoziate” (assenza di una motivazione *in facto*, inoppugnabilità dei vizi di motivazione) rendono il giudice di merito libero di determinarsi come meglio crede e, certamente, non gli impongono di applicare la regola *BARD*.

In definitiva, né la sentenza di patteggiamento, né gli altri provvedimenti di tipo condannatorio che subordinano l'accertamento del fatto al presupposto di una mera delibazione di inapplicabilità dell'art. 129 comma 1, implicano

⁵⁸ Valga per tutte Cass. Sez. V, 30 marzo 2021, CED RV 280759, alla cui motivazione si rinvia per i numerosi precedenti tutti conformi.

⁵⁹ Così F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2009, pp. 78 ss. Opinione non condivisa da FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., pp. 739 ss.

l'applicazione della regola di giudizio al di là di ogni dubbio ragionevole, né comportano la soggezione alla più vaga formula dell'*in dubio pro reo*⁶⁰.

Se si volesse fare dei riti negoziali altrettanti spazi processuali da assoggettare a una sola regola di giudizio, sarebbe necessario modificarne la struttura, evitando di surrogare con un atto di volontà (dell'imputato, condiviso dal pubblico ministero) l'incompleto accertamento del fatto⁶¹.

Val la pena notare che nel contesto qui considerato non sussiste la contraddizione in precedenza denunciata a proposito del giudizio abbreviato. Nel patteggiamento (e altri riti speciali destinati a culminare in sentenze condannatorie senza accertamento positivo della responsabilità) la deliberazione giudiziale del materiale investigativo non avviene alla luce dell'*in dubio pro reo*: vale la regola contraria, in *dubio contra reum*, giacché solo l'eventuale prova positiva dell'innocenza o la totale assenza di prove di colpevolezza imporrebbero al giudice di assolvere l'imputato a norma dell'art. 129. Diversamente, nel giudizio abbreviato si pretende di applicare la regola *BARD* a un materiale probatorio che, pur non formato nel contraddittorio fra le parti, è considerato idoneo ad alimentare il convincimento giudiziale.

⁶⁰ Nella richiesta di patteggiamento così come nella mancata opposizione al decreto penale di condanna è insita una parziale rinuncia alla presunzione di innocenza (e alla regola di giudizio che ne costituisce il corollario). Nella richiesta di sospensione del processo con messa alla prova la rinuncia alla presunzione di innocenza è totale: viene messo fra parentesi il suo valore sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento. In questo senso (con riguardo alla procedura di patteggiamento) anche FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., p. 739, il quale giustamente insiste sulla natura anticognitiva del rito speciale in questione.

⁶¹ Come accade in altri ordinamenti processuali che conoscono istituti affini ai nostri riti negoziali. Per chiarire il punto affrontato nel testo risulta istruttiva la lettura della sentenza con la quale la Corte costituzionale tedesca ha affermato che la speciale procedura delle *Absprachen* (affini al nostro patteggiamento) deve assicurare l'accertamento della verità secondo le stesse regole imposte per l'ordinaria sentenza dibattimentale di merito. Si tratta della decisione *Bundesverfassungsgericht* sez. II, 19 marzo 2013, n. 17, consultabile (anche in lingua inglese) al seguente link: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html. Va detto che la speciale procedura detta delle *Absprachen* (o *Verständigungen*) regolata nel § 257c della *Strafprozessordnung*, ricorda solo alla lontana il nostro patteggiamento; ne differisce per le seguenti caratteristiche: implica sempre una confessione del richiedente; la trattativa deve coinvolgere anche il giudice e va esposta in un pubblico dibattito; la richiesta dell'imputato non comporta diminuenti processuali, ma solo una comunicazione, da parte del giudice, del massimo di pena concretamente irrogabile (in maniera da ridurre la forbice edittale astrattamente prevista dalla legge penale, mettendo così l'imputato in condizione di "fare i suoi calcoli"); il giudice è tenuto ad acquisire d'ufficio le prove necessarie a superare eventuali incertezze; acquisizione delle prove, loro valutazione e regole di giudizio sono le stesse previste per il giudizio ordinario. Si capisce, quindi, che l'ordinamento processuale penale tedesco, diversamente da quello italiano, non deroga al modello cognitivo con l'istituto delle *Absprachen*, che pur trova giustificazione in ragioni di efficienza processuale. La citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha inteso affermare l'ancoramento al concetto di verità materiale anche delle "trattative sulla pena", con conseguente uniformità delle regole di giudizio a disposizione del giudice.

A sua volta, il *code de procédure pénale* francese regola la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, prevedendo esplicitamente che l'imputato si dichiari responsabile dei fatti attribuitigli (art. 495-7, comma 1 e art. 495-11, comma 1) e imponendo al giudice una previa verifica sulla *réalité des faits* (art. 495-9, comma 2).

4.3. *Procedure di giustizia riparativa.* – Rilievi interessanti affiorano poi riflettendo sull'oggetto della procedura riparativa. Siamo certamente in presenza di un fatto che si suppone penalmente rilevante e che costituisce (o può costituire) il tema di un parallelo accertamento giudiziario o di una successiva esecuzione di condanna. Tuttavia, mentre nel procedimento penale quel fatto vale per il *nomen iuris* che lo contrassegna, nella procedura riparativa vale per le corde emotive che ha mosso e muove nella vittima, nell'asserito autore, nel condannato e negli altri soggetti partecipanti al tentativo di mediazione. Di più: in tale procedura non hanno alcuna importanza le qualificazioni giuridiche, né le drastiche amputazioni che, ad esempio, fanno scadere nel limbo dell'irrilevanza richieste di prova considerate distanti dai fatti descritti nell'imputazione o che attengono alla punibilità dell'imputato (art. 187 c.p.p.). Si può dire, in altre parole, che nella procedura riparativa i fatti non subiscono i confini normativi noti all'accertamento penale, come accennato in precedenza⁶². Tutto può essere "rilevante", purché serva a spiegare i moventi della condotta offensiva, la storia personale della vittima e dell'asserito autore, il contesto sociale nel quale l'offesa è maturata, le credenze e i valori ai quali l'uno e l'altro si sentono legati, le idiosincrasie o le fobie che accompagnano le loro vite. Dal "penalmente rilevante" l'accento si sposta sul "contesto esistenziale" nel quale hanno vissuto e vivono i partecipanti al dialogo riparativo.

Dai fatti, nei quali si sono concretate le offese, l'attenzione si sposta sulle persone che hanno sperimentato il conflitto causato da quegli stessi fatti. Val la pena ribadirlo: interessano nella procedura riparativa anche dettagli o circostanze di vita che non avrebbero accesso, perché del tutto marginali se non irrilevanti in un processo penale, sotto il profilo del citato art. 187. I riflettori si accendono su sentimenti personali anche risalenti nel tempo, più che sulle condotte illecite; sulle opinioni anche morali coltivate, sulle scelte di vita di offensore e offeso, più che sugli illeciti.

La giustizia penale tradizionale limita lo sguardo al gesto criminoso, tagliando fuori o lasciando cadere (come estranei all'oggetto da accertare) i mille fili che legano il gesto offensivo alla personalità dell'autore: ed è proprio quel groviglio di fili a porsi come il "fatto" della procedura riparativa.

In realtà, parlare di "fatto" e di "verità" rischia di essere qui fuorviante, se l'espressione allude alla qualifica penalistica della condotta. La procedura riparativa ha la sostanza più di una pratica terapeutica che dell'agone processuale. Il "fatto" penalmente rilevante non va accertato, bensì osservato ed elaborato – con l'aiuto dei mediatori – senza interferenze col quadro penalistico: ciò al fine di trarne spunti di incontro e avvicinamento emotivo fra chi l'offesa l'ha causata e chi l'ha subita. Non si tratta di accertare una verità ufficiale, ma piuttosto di partire da assunti fattuali condivisi, alla ricerca di una sintonia pacificante fra autore e vittima.

⁶² Cfr. *supra* par. 3.3.

Del resto, presupposto irrinunciabile della procedura riparativa è l'assunzione di responsabilità dell'offensore. Pur cautelativamente definito "persona indicata come autore dell'offesa" (per rispettare formalmente la presunzione di innocenza), egli non può che mostrarsi consapevole della lesione prodotta a chi quell'offesa ritiene di aver subito: qualsiasi tentativo riparatorio sarebbe altrimenti infecondo, non foss'altro per la indisponibilità della vittima a trattare con chi ritiene di non aver nulla da rimproverarsi. E, quand'anche le vittime fossero indeterminate (c.d. vittime "aspecifiche"), la procedura riparativa esigerebbe comunque una inclinazione dell'asserito autore a riconoscere l'offesa recata alla comunità come esito di una propria condotta lesiva di interessi che reclamano tutela. Non sarebbe una confessione: non ne avrebbe la forma, né la sostanza giuridica, perché siamo fuori dalla procedura giudiziaria. Sarebbe, semmai, una assunzione di responsabilità sociale fatta, di fronte a rappresentanti della comunità, da chi si mostra consapevole delle sofferenze cagionate ad altri con il proprio agire.