

Valerio Aiuti

Contributo allo studio dell'appello penale

Tra principio di immediatezza
e doppio grado di giurisdizione



Giappichelli

INTRODUZIONE

Negli ordinamenti penali moderni, il timore che la sentenza di primo grado possa risultare errata o ingiusta ha condotto la gran parte dei sistemi giuridici a introdurre mezzi d'impugnazione. Affidare ad un giudice isolato il potere di condannare o prosciogliere un imputato, insomma, non basta a riconoscere al giudicato la sua capacità di accertare in via definitiva un fatto penalmente rilevante, ricollegando ad esso le conseguenze giuridiche previste dalla legge: occorre che la sentenza sia sottoponibile ad una (o più) istanze di controllo, per prevenire il rischio che il tentativo di fare giustizia, sottraendo le più delicate vicende della vita associata alla vendetta privata, non si tramuti in una semplice occasione di ingiustizia.

Naturalmente, la concessione di un mezzo d'impugnazione non esclude che la seconda sentenza, riformando la prima con l'intento di correggerla, non incorra in errori ancora peggiori. Poiché però protrarre un rituale giudiziario a tempo indefinito è a sua volta in contrasto con il concetto di giustizia, le possibilità di sottoporre una sentenza ad un'impugnazione vengono coerentemente limitate, rendendo così le occasioni di riforma della decisione sempre più rare e difficili da rilevare.

Se normalmente si conviene che il controllo di legittimità, orientato per lo più alla corretta applicazione del diritto, rivesta un compito insostituibile in ogni ordinamento fondato sul principio di legalità, nel caso dell'appello, che può spingersi fino alla rivalutazione delle prove e ad un diverso accertamento del fatto, gli scetticismi sulla capacità di un secondo grado di giudizio di comportare un effettivo miglioramento nella decisione definitiva sono senza dubbio maggiori; in specie quando, ad un proscioglimento in primo grado, segue una condanna in appello.

In sede penale, l'aspetto più delicato coinvolge un pressante quesito di epistemologia giudiziaria: in tutti quei sistemi in cui la formazione della prova deve avvenire in pubblico, in contraddittorio, e di fronte al giudice della decisione, l'eventualità che un giudice diverso – nel controllare la validità o la giustizia di una sentenza – possa mutare radicalmente la ricostruzione dei fatti e la valutazione delle prove senza però aver assistito personalmente alla loro formazione induce il sospetto che la decisione definitiva verrà presa nelle condizioni peggiori, e non in quelle migliori possibili; anche nel caso in cui i due giudici seguissero gli stessi metodi ricostruttivi (oralità e immediatezza), peraltro, residuerebbe sempre il ragionevole dubbio che due sentenze di segno diverso sulla medesima vicenda non costituiscano *di per sé* un'ottima ragione per prosciogliere direttamente l'imputato. Il presente studio si interroga sulla fondatezza di questi quesiti, tentando – se non di offrire una risposta definitiva – di fornire gli strumenti d'analisi per affrontarli col massimo della consapevolezza.

Il volume si struttura in tre capitoli, di generalità e astrattezza decrescenti.

Nel primo si prendono le mosse dalle Sezioni Unite *Dasgupta*, a partire dalle quali il giudizio d'appello penale ha subito la sua più importante rivoluzione teorica: rompendo con una consolidata tradizione che vedeva nell'acquisizione della prova in secondo grado un espediente eccezionale, da concedere secondo criteri discrezionali, per non dire arbitrari, la Cassazione ha inteso ricollegarsi ad una nutrita schiera di sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani per affermare che la condanna in appello del prosciolto in primo grado non può pressoché mai intervenire senza prima aver celebrato una seconda volta l'acquisizione in contraddittorio delle prove dichiarative controverse e poste alla base della decisione.

Prima di essere esaminata nella sua portata disciplinare, la tesi di fondo della sentenza *Dasgupta* farà da termine di paragone per un'analisi di teoria generale dedicata al principio che più di tutti ha consentito alla Corte di cassazione di ritenere che la decisione del giudice d'appello fosse migliore della decisione del giudice di primo grado, quantomeno in caso di condanna del prosciolto: il principio di immediatezza, ossia quel principio in base al quale il giudice deve intrattenere un "contatto diretto" con la prova oggetto di acquisizione in contraddittorio prima di poter decidere sul tema della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio.

Per quanto tale principio sia unanimemente ritenuto tra i più caratteristici e condivisibili dei sistemi accusatori nati nel solco della Rivoluzione francese, la sua funzione, la sua importanza, e persino la sua definizione teorica costituiscono uno dei capitoli più complessi – e perciò più avvincenti – della storia della procedura moderna. Poiché l'asserito difetto del processo d'appello è la sua strutturale carenza di "contatto diretto" tra giudice e prova, insomma, intendendosi sul significato del principio ha un valore logicamente preliminare.

Il capitolo si articolerà pertanto in due parti.

Nella prima, seguendo una riconosciuta tradizione di studi processuali, verrà proposta una ricostruzione storico-dogmatica del principio di immediatezza, volta a mostrarne origini e sviluppi. Come vedremo, il "contatto diretto" tra giudice e prova è stato inizialmente inteso come uno strumento in grado di veicolare, nell'accertamento processuale, un metodo di acquisizione e valutazione della prova affine a quello praticato dallo scienziato naturale attraverso l'esperimento: in questa prima fase della riflessione, la convinzione – tutta illuminista – era che in base al contatto diretto con la prova il giudice, specialmente se laico, avrebbe potuto seguire un metodo rigoroso nell'accertamento dei fatti, analogo all'osservazione sperimentale, emancipandosi così dall'alternativa della semplice lettura dei verbali istruttori, che invece implicava il ricorso all'inaccessibile (e in fin dei conti arbitrario) metodo di calcolo degli indizi tipico della giustizia di *Ancien Régime*. Tale convinzione dovette però fare da subito i conti con le obiezioni dei reazionari, che identificando immediatezza e giudice laico associavano a tale principio – al contrario – la capacità di inquinare proprio la più razionale e meno emotiva ricostruzione delle vicende giudiziarie sottoposte alla cognizione del processo.

Tra l'inizio del Novecento e l'entrata in vigore del codice Rocco, l'immediatezza verrà ripudiata per motivi di carattere puramente politico, in ragione della sua tendenza – se intesa come principio generale informatore del processo – a calibrare l'accertamento del fatto sul dibattito, anziché sulle fasi anteriori. Con l'avvio della stagione riformistica degli anni '60, invece, tale principio verrà tradotto, quantomeno nella letteratura contemporanea sul processo penale, in ciò che allo tempo stesso costituisce il principale presupposto e il principale corollario teorico del c.d. "principio di separazione tra le fasi": in un sistema nel quale le sole cono-

scenze che possono essere poste a fondamento di una decisione di merito sono – in linea di principio – quelle formate nella dialettica tra le parti, non ha senso consentire al giudice di servirsi di conoscenze provenienti da fasi anteriori, con la cui formazione egli non ha intrattenuto alcun “contatto diretto”, senza porre concretamente nel nulla la stessa dialettica tra le parti; se ciò che conta come “elemento di prova” sul quale è legittimo fondare una decisione penale deve essere il frutto esclusivo della dialettica dibattimentale, il “contatto diretto” con la prova in formazione consente dunque al giudice di assistere e contribuire allo sviluppo di tale dialettica, ma soprattutto lo vincola a maturare il proprio convincimento solo a partire da ciò che emerge da quel contesto istituzionalizzato di interazioni comunicative che è il dibattimento.

Nella seconda parte, la ricostruzione storica verrà abbandonata in favore dell’analisi critica, tentando di costruire due diversi modelli di immediatezza la cui declinazione non è palese, ma latente nelle teorie degli studiosi contemporanei.

Il primo, denominato per l’occasione “modello euristico”, nel quale il principio di immediatezza consente al giudice di adoperare i tratti paralinguistici del discorso testimoniale (palpiti, balbettii, titubanze, e via dicendo) per ricavarne il racconto più accurato possibile dei fatti da provare, che verrà poi verbalizzato e sottoposto all’analisi razionale attraverso la giustificazione data alla decisione con la motivazione della sentenza.

Il secondo, denominato per l’occasione “modello cognitivo”, nel quale l’immediatezza serve più propriamente a stabilire una partecipazione “empatica” tra giudice e prova che consenta di accertare, assieme al contenuto descrittivo dei mezzi acquisiti nel corso del dibattimento, le implicazioni valoriali che essi manifestano nel quadro di ogni vicenda penale. Nel primo modello, l’immediatezza è dunque un principio che riconnette tra loro diversi istituti attinenti alla fase della *formazione* del convincimento finale del giudice (artt. 192, 506, 507 c.p.p.); nel secondo, è invece il principio che attribuisce alla *valutazione* della prova la sua legittimazione più profonda.

Confrontando i due modelli, tenteremo infine di proporre una ridefinizione di sintesi che torni utile nel prosieguo dell’analisi, concludendo a favore dell’idea che l’immediatezza sia – in senso giusfilosofico – un principio generale della materia probatoria, presente, ma inespresso, tra le regole costituzionali sul c.d. “giusto processo”, limitato alla fase di *formazione* del convincimento, insuscettibile di rilevare in quanto tale in sede di *valutazione* della prova, e invece suscettibile – come ogni principio – di ragionevoli bilanciamenti.

Forti di questa analisi, affronteremo – prima in direzione *destruens*, poi in direzione *construens* – i presupposti e le conseguenze sistematiche prodotte dalla sentenza *Dasgupta* e dalle pronunce delle Sezioni Unite ad essa antecedenti e successive sul giudizio d’appello: la tesi di fondo del secondo capitolo sarà che, in virtù di una lettura massimalista della giurisprudenza europea intervenuta sul punto, la Cassazione abbia inteso riconvertire *nei fatti* il giudizio d’appello in accordo ad un modello disciplinare tanto noto quanto discutibile, spesso considerato come ideale di un’impugnazione di merito in un sistema accusatorio, ossia il c.d. “appello rescindente”.

Questa riconversione, motivata sulle stesse basi concettuali che avevano condotto all’abolizione dell’appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento nel 2006, si rivelerà da subito assai fragile. Nel più noto modello di appello rescindente diffuso in sede pe-

nale, infatti, all'impugnazione del proscioglimento viene riconnessa la tendenziale necessità di celebrare un nuovo processo orale. In esso, perciò, albergano concezioni di "valutazione della prova" e "raggiungimento dello *standard* della condanna" in certa misura estranee ai sistemi accusatori *continentali*, che tra formazione del convincimento e decisione sul fatto introducono invece una forte cesura, costituita dal dovere di motivare in modo razionale e intersoggettivamente controllabile l'accertamento prodotto tramite la sentenza impugnata.

Tale riconversione – fondata su una declinazione del tutto "cognitiva" del principio di immediatezza – rischia pertanto di trasformare i giusti moniti della Corte Europea e i commendevoli intenti della Cassazione in istanze di profondo irrazionalismo, conducendo cioè a ravvisare la ragione ultima che permette alla seconda decisione di essere migliore della prima non tanto nella risposta alle critiche rivolte dalle parti agli argomenti posti alla base della decisione impugnata (*veritas, non auctoritas, facit iudicium*), bensì in un nuovo "contatto diretto" tra giudice e prova purchessia (*auctoritas, non veritas, facit iudicium*).

Per combattere questo retropensiero, il secondo capitolo si articolerà in tre parti.

Nella prima verranno ricostruite le origini concettuali del dibattito che ha condotto le Sezioni Unite e il legislatore a risolvere il problema della compatibilità tra appello e sistema accusatorio nel senso appena illustrato, per avanzare delle critiche *prima facie* a tale assetto che ne revochino in dubbio la sostenibilità.

Nella seconda ci dedicheremo invece al recupero di un dibattito più antico e troppo spesso dimenticato: quello relativo alla c.d. "legittimazione cognitiva" del secondo grado di giudizio, che tanto nella procedura civile quanto nella procedura penale ha raggiunto picchi teorici di straordinaria raffinatezza.

Tale ritorno al passato non vuole essere meramente nostalgico, bensì sarà strettamente funzionale a recuperare la condizione di fondo che il giudizio d'appello deve rispettare per risultare – oltre che maggiormente in linea con il contenuto sostanziale della disciplina costituzionale sul c.d. "giusto processo" – in grado di vincere i millenari scetticismi determinati dal dilemma di Ulpiano: la seconda sentenza è migliore della prima perché nasce dalla necessità di rispondere alle critiche specifiche che le parti rivolgono a porzioni più o meno ampie del ragionamento posto alla base della decisione, fondato su basi razionali, e impone così al secondo giudice di argomentare in modo *più* razionale del primo, indipendentemente dagli esiti che riterrà di raggiungere e – in certa misura – anche a prescindere dallo stile istruttorio che ne caratterizzerà la formazione del convincimento. Che un appello più orale sia – come oggi si tende a ritenere – più in linea con la regola costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova è senz'altro vero, ma non è rilevante: il problema è invece capire *quando occorre* che l'appello sia orale, perché sia in linea con il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Il recupero di tale dibattito farà così da fondamento teorico non solo per criticare i più recenti tentativi che hanno ravvisato nel c.d. "appello rescindente", o nel ripristino purchessia dei principi di oralità e immediatezza anche in appello, la soluzione al problema del ribaltamento del proscioglimento: esso sarà anche necessario ad approfondire le critiche rivolte alla giurisprudenza della Cassazione, argomentando a favore di un suo abbandono pressoché integrale.

Nella terza parte del capitolo, in direzione *construens*, affronteremo pertanto, e in ordine di generalità decrescente, i quesiti di fondo che normalmente interessano il secondo grado di giudizio: la sua fondazione costituzionale, la tollerabilità costituzionale e istituzionale dell'ap-

pello del pubblico ministero, e l'interpretazione della disciplina positiva che risulta maggiormente in linea con le regole che disciplinano il c.d. "giusto processo". Concluderemo, in particolare, a favore dell'idea che il quesito sulla fondazione costituzionale del c.d. "doppio grado di giurisdizione nel merito" sia mal posto, e che non è la sua previsione, bensì la sua abolizione a dover essere argomentata, da un punto di vista tanto teorico quanto economico: allo stato delle regole costituzionali attuali, la scansione *ordinariamente* tripartita tra primo grado, appello, e Cassazione è invece la miglior alternativa possibile, da un punto di vista sia teorico sia economico. Quanto all'appello del pubblico ministero, concluderemo invece a favore dell'idea che il potere d'impugnazione sia del tutto coerente col potere di azione, e che pertanto gli inconvenienti determinati dalla possibilità di condannare un imputato prosciolti vadano gestiti precisando le regole che lo disciplinano in concreto: l'effetto devolutivo, con particolare riguardo all'impugnazione delle sentenze di proscioglimento, e la c.d. "specificità dei motivi". Alcune delle più recenti scelte del legislatore del 2017 e del 2022 verranno dunque salutate con favore, poiché in grado di rafforzare la c.d. "legittimazione cognitiva" del secondo grado di giudizio senza perdite di garanzie individuali.

Il terzo capitolo, scendendo sempre di più nella disciplina di dettaglio, si dedicherà invece alla articolazione dei poteri istruttori riconosciuti dalla legge a giudice e parti, con particolare attenzione alle prove dichiarative.

Nella prima parte, una volta illustrati i maggiori contrasti affiorati in giurisprudenza a seguito delle Sezioni Unite *Dasgupta, Patalano, Troise, Pavan e Dine*, verranno proposti due strumenti interpretativi funzionali a risolverli. Da un lato, una teoria della valutazione della prova dichiarativa che riesca a dare conto sia del modo in cui i diversi modelli di immediatezza visti nel primo capitolo orientano il nostro modo di concepire la formazione delle conoscenze processuali che dipendono dalle parole degli altri, sia del modo in cui il modello di "doppio grado di giurisdizione" proposto nel secondo capitolo possa influenzare il nostro modo di rimetterle in discussione. Dall'altro, uno schema di sintesi delle indicazioni della Corte Europea dei Diritti Umani che possa costituire un affidabile termine di paragone delle interpretazioni convenzionalmente conformi delle norme interne, con particolare attenzione al regime di pubblicità del giudizio di secondo grado, e alla disciplina generale dei poteri istruttori.

Nella seconda e ultima parte del capitolo, concluderemo l'indagine analizzando più da vicino l'art. 603 c.p.p. e proponendone l'interpretazione a nostro avviso più in linea sia con le premesse teoriche offerte nel corso del lavoro sia con le indicazioni costituzionali e convenzionali rilevanti: concluderemo in particolare che l'ampiezza della rinnovazione non dipende, come ritiene la giurisprudenza (e, in qualche misura, anche il legislatore), dal *tipo di sentenza* impugnata (o da emettere), bensì dal *tipo di critica* che l'impugnante rivolge al ragionamento probatorio svolto nella prima decisione, distinguendo così i diversi presupposti che determinano la riapertura dell'istruttoria nelle ipotesi più discusse degli ultimi anni (come la perizia e consulenza tecnica, l'imputato sul fatto proprio, o l'imputato sul fatto altrui), nonché le conseguenze decisorie che – in caso di omessa rinnovazione – al giudice è consentito di trarre. Da ultimo, affrontando i due quesiti più delicati e ancora oggi oggetto di dibattito, ci occuperemo del vizio di omessa rinnovazione, della sua rilevanza in Cassazione, e del regime istruttorio che – soprattutto a seguito delle recenti riforme approvate con il d. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 – dovrebbe seguire all'appello delle sentenze emesse in seguito a rito abbreviato.

Il lavoro che il lettore ha in mano costituisce il risultato di riflessioni che mi hanno occupato per molti anni, conducendomi soprattutto a contrarre numerosi debiti intellettuali lungo la strada. Il primo verso il prof. Giorgio Spangher, che – da appassionato studioso dell'appello – ha avuto la lungimiranza di indicarmi un tema destinato ad evoluzioni inimmaginabili, in una fredda mattina del 2013, all'inizio del mio percorso di dottorato. Il secondo verso una macchinetta automatica del caffè, purtroppo non più esistente, installata all'interno della Biblioteca Centrale Giuridica della Corte di cassazione, di fronte alla quale ho imparato pressoché tutto quello che so di questa affascinante materia dalle due persone che, più di tutte, hanno trovato il tempo per insegnarmela: il prof. Pasquale Bronzo e il prof. Arturo Capone. Il terzo verso il prof. Glauco Giostra, col quale ho avuto il privilegio di discutere nel minimo dettaglio tutti gli aspetti più delicati del presente studio: senza le sue critiche, e lo sforzo di affrontarle al quale esse mi hanno costretto, questo lavoro sarebbe stato senza dubbio peggiore in ogni suo aspetto. Il quarto verso tutti coloro che hanno trovato il modo di leggere e discutere con me parti dell'elaborato, indicandomi i passaggi più oscuri, o evitandomi imperdonabili errori: il dott. Luca Pressacco, il dott. Federico Donelli, la dott.ssa Karma Natali, la dott.ssa Flora Romano, il prof. Paolo Ferrua, il prof. Gaetano Carlizzi, il prof. Marco Nicola Miletta, e il prof. Vittorio Villa.

Pur restando fermo che di ogni errore contenuto nel testo la responsabilità è integralmente mia, ho almeno la consolazione di poter dire che, se questo studio ha un senso, esso è che la nostra conoscenza non progredisce attraverso l'accumulazione delle risposte giuste, bensì proprio attraverso lo scarto di quelle sbagliate.

Il debito più grande che ho contratto, però, non è di carattere solo intellettuale, e l'ho contratto con Martina, che – nonostante tutto – è riuscita ad avere tutta la pazienza del mondo per starmi accanto dalla prima all'ultima riga, e ritorno.

Capitolo I

IL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA

Parte I

STORIA E DOGMATICA

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'immediatezza nella tradizione – 2.1. Un ricorrente complesso d'inferiorità – 2.2. (segue) il giudice come scienziato naturale – 2.3. (segue) il giudice come storico – 3. L'immediatezza e il tecnicismo processuale – 3.1. (segue) i principi fondamentali del processo accusatorio orale – 4. L'immediatezza prima del contraddittorio – 4.1 (segue) immediatezza e oralità verso il codice del 1930 – 5. L'immediatezza *ossia* il principio di separazione tra le fasi – 5.1. Una vicenda metodologica – 5.2. (segue) l'immediatezza nella teoria della prova – 5.3. Una vicenda dogmatica.

1. Introduzione

Nell'aprile del 2008, a Castiglione delle Stiviere, un cittadino bengalese residente in Italia viene convinto da un amico, Tapas Kumar Dasgupta, a consegnargli due distinte somme di denaro. Secondo l'accusa, la prima somma sarebbe servita ad ottenere un nulla osta, del quale Dasgupta si era indebitamente appropriato, necessario a far rientrare il nipote della vittima in Italia; la seconda sarebbe invece servita a trovare al nipote un lavoro, per poi permettergli di richiedere un permesso di soggiorno. Dasgupta viene arrestato in flagranza nell'atto di ricevere le somme pattuite, quindi processato, poi assolto dal Tribunale, e infine – nel 2013 – condannato in appello per estorsione.

Nel ricorso per cassazione, evidenziando che la diversa conclusione sulla propria responsabilità dipendeva da una rivalutazione meramente cartolare delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, Dasgupta solleva un quesito sul quale la Cassazione stessa, sollecitata dalla Corte Europea, si stava confrontando ormai già da qualche anno: a quali condizioni è consentito condannare un imputato per la prima volta in appello?

Il quesito viene rimesso alle Sezioni Unite e, nel 2016, la Corte coglie l'occasione per interpretare in modo convenzionalmente conforme una norma che, sin dalle sue prime apparizioni nei codici pre-unitari, mai era stata intesa con tale livello di specificazione: l'art. 603 c.p.p. Ogni volta che il giudice d'appello deve esaminare l'impugnazione con cui il pubblico ministero lamenta un'errata valutazione delle prove dichiarative poste alla base del prosciogli-

mento in primo grado – dirà la Corte – la rinnovazione del dibattimento è “assolutamente necessaria”: la condanna in appello, insomma, è consentita a patto che le testimonianze poste alla base del primo proscioglimento vengano ri-acquisite di fronte all’ultimo giudice del merito¹.

L’impostazione della soluzione nasconde diverse ambiguità, subito sottolineate dalla dottrina: la regola della rinnovazione deve essere intesa come un presupposto della condanna, o come una conseguenza dell’impugnazione del pubblico ministero²? E quanto di questa regola deriva effettivamente da una schietta interpretazione della giurisprudenza convenzionale³? Si tratta di una questione rilevabile d’ufficio dalla Cassazione, magari sanzionata con qualche genere di invalidità, o è necessario che la parte ne rilevi l’inosservanza con il suo atto di ricorso⁴? È una regola valida in ogni caso, senza eccezioni, o ci sono impugnazioni del pubblico ministero trattabili *ex actis* senza bisogno di riaprire il dibattimento in appello⁵? Per il momento, non è importante affrontare direttamente questi quesiti, ai quali sarà dedicato il resto del lavoro. Ciò che più interessa esaminare, ora, è la giustificazione posta alla base della decisione. Secondo la Corte, infatti, la rinnovazione prima della condanna è necessaria perché:

«[...] nel nostro ordinamento processuale – che ha prescelto a statuto cognitivo fondante del processo penale il modello accusatorio, ispirato ai principi fondamentali della oralità della prova, della immediatezza della sua formazione davanti al giudice chiamato a decidere e della dialettica delle parti nella sua formazione – il giudice d’appello [...] non ha di per sé [...] una “autorevolezza maggiore” [...], [e] può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio [...] *solo a patto che nel giudizio di appello si ripercorrono le medesime cadenze di acquisizione in forma orale* delle prove elaborate in primo grado.

[...] nel modello di giudizio ordinario, “contraddittorio”, “oralità”, “immediatezza” nella formazione della prova e “motivazione” del giudice di merito sono *entità strettamente correlate*.

[...] la *percezione diretta* è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa. L’apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è *condizione essenziale* della correttezza e completezza del ragionamento sull’apprezzamento degli elementi di prova, tanto più in relazione all’accresciuto *standard* argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del “ragionevole dubbio”, che, come già osservato, si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza»⁶.

Questo passo, apparentemente innocuo e condivisibile, rappresenta in realtà l’ultimo capitolo di una riflessione che risale alle discussioni affrontate dai Costituenti francesi sulle forme

¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203 ss.

² Cfr. CAPONE, A., *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 60-61.

³ Cfr. TESORIERO, S., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, pp. 239-254.

⁴ Cfr. AIUTI, V., *Poteri d’ufficio della Cassazione e diritto all’equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3224 ss.

⁵ Cfr. BRONZO, P., *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2015, spec. p. 243 ss.

⁶ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., p. 3209, corsivi nostri.

da attribuire al nascente processo penale con giuria⁷, si snoda attraverso un serrato confronto sui c.d. principi fondamentali del giudizio penale tra i maggiori criminalisti ottocenteschi, nella vigenza dei primi codici misti, avvizzisce poi – curiosamente – nella riflessione processualpenalistica di inizio Novecento e quindi rifiorisce definitivamente nella «propaganda» per l'oralità⁸ di Chiovenda e della successiva letteratura processualciviltistica. Si tratta, in breve, della dottrina o teoria dell'immediatezza.

La storia di questo principio tipico degli ordinamenti processuali nati nel solco della tradizione francese è già stata scritta, ma da due prospettive storicamente situate: la prima è quella di Massimo Nobile, che nel lavoro su *Il principio del libero convincimento del giudice* del 1974 l'ha «vista» attraverso il rapporto tra libertà e legalità della prova, registrando i diversi slittamenti sperimentati dal concetto di «libero» nelle diverse soluzioni date al dilemma tra «governo degli uomini» e «governo delle leggi» nell'accertamento processuale di un fatto⁹; la seconda è quella di Paolo Ferrua, che nel lavoro sull'*Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali* del 1981 l'ha «vista» attraverso il rapporto tra principi dichiarati e prassi espresse nel consentire o vietare ai verbali delle fasi preliminari di filtrare, inquinando la purezza del giudizio orale, tra le conclusioni riportate in motivazione dal giudice di merito¹⁰.

Non si tratta, pertanto, di una nozione inedita nell'armamentario del processualpenalista. Né il richiamo all'immediatezza è nuovo, nel denunciare l'intrinseca contrarietà del giudizio d'appello ai canoni di fondo del processo accusatorio¹¹. Ciò che è nuovo è l'uso che la Cassazione ne ha fatto per ristrutturare l'assetto cognitivo dell'impugnazione di merito, ribadendo l'esistenza di una saldatura *tendenzialmente indefettibile* tra razionalità dell'accertamento e percezione diretta del materiale probatorio.

Ciò è nuovo non solo per l'esistenza di una prassi accreditata che aveva associato la razionalità del ribaltamento di una decisione di primo grado ad una rielaborazione *più* razionale delle prove acquisite, da parte del giudice successivo, anziché ad una loro necessaria ri-

⁷ Cfr. PADOA SCHIOPPA, A., *La giuria penale all'Assemblea Costituente francese* [1988], ora in *La giuria penale in Francia. Dai "philosophes" alla Costituente*, Milano, 1994, p. 102 ss. Con ciò non si intende naturalmente sostenere che, prima della Rivoluzione francese, di rapporto immediato tra giudice e prova non si parlasse, come giustamente fa notare MILETTI, M.N., *Le facce d'un diamante. Appunti per una storia dell'immediatezza nella procedura penale italiana*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2021, p. 387-388. Il punto è che la veste teorica conferita al principio, nel contesto delle riforme illuministiche, ha reso la riflessione attorno ad esso assai più articolata rispetto al passato, tanto che è proprio Nobile a ravvisare, nelle argomentazioni di Dupont, e nel loro indiretto riferimento a Pagano (v. *infra* § 2.1), la nascita della «teoria della c.d. "immediatezza" processuale» (NOBILI, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 158-159, nt. 29). Cfr. anche MENNA, M., *Immediatezza e "discorso" probatorio* [1992], ora in *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, p. 27-29.

⁸ CIPRIANI, F., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, p. 129. Con la stessa metafora elettorale, parla di «campagna per l'oralità e la concentrazione» di Chiovenda anche Tarello (*L'opera di Giuseppe Chiovenda* [1973], ora in *Dottrine del processo civile*, a cura di R. Guastini-G. Rebuffa, Bologna, 1989, p. 190-191), ma d'altronde è lo stesso Chiovenda a definirsi un «propagandista» dell'oralità (CHIOVENDA, G., *Sulla riforma del Processo Civile* [1922], ora in *Saggi*, cit., vol. III, Milano, 1993, p. 394).

⁹ Cfr. NOBILI, M., *op. cit.*, spec. cap. I.

¹⁰ Cfr. FERRUA, P., *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, spec. p. II, cap. II.

¹¹ Fra i primi, in epoca contemporanea, vedi NAPPI, A., *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 974 ss.

acquisizione in contraddittorio¹². È nuovo anche perché in questo uso del principio di immediatezza come strumento di demarcazione tra un accertamento razionale e un accertamento non razionale si intravedono sfondi più ampi, che lo studioso del processo penale è chiamato ad indagare: che cosa s'intende, nella procedura penale, per "principio di immediatezza"? E perché tale principio è così importante, nella valutazione della prova? Tale principio, poi, si comporta allo stesso modo in ogni grado di giudizio? O esiste, al suo interno, una tensione essenziale fra la necessaria razionalità del ragionamento sulle prove e l'inevitabile emotività dell'«atto di fede»¹³ che si dice stia alla base della valutazione di alcune tra queste, e segnatamente delle prove orali?

Questi interrogativi sono interessanti perché sembrano "camminare all'indietro" rispetto all'evoluzione del pensiero umano: secondo le ricostruzioni sociologiche della c.d. "scuola di Toronto", alla nascita della scrittura e della stampa a caratteri mobili sarebbe infatti seguito un diverso modo di pensare, razionale e analitico, in grado di condurre la civiltà oltre i limiti – soprattutto cognitivi – delle società primitive, fondate invece su una cultura esclusivamente orale¹⁴; alcune tesi della psicologia cognitiva contemporanea sostengono poi che gran parte dei processi mentali che si svolgono nella rapidità degli scambi quotidiani, malgrado la loro indubbia funzionalità, è vittima di pregiudizi ed errori logici che occorrerebbe saper governare sottoponendo le nostre intuizioni immediate a corsi decisionali più lenti e collettivizzati¹⁵. In entrambi i casi, insomma, malgrado le riflessioni delle altre discipline tentino di metterci in guardia sui pericoli dell'interscambio orale e immediato in favore delle riposate forme dell'argomentazione testuale e asincrona, sembra che il processualista nutra una sorta di feticismo per gli aspetti più "tribali" del rito penale¹⁶: lo sguardo, il balbettio, il tono della voce del

¹² Vedi, fra le prime nel codice Vassalli, Cass., sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381, in *C.E.D. Cass.*, n. 201487, e quindi Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Giust. pen.*, 2006, II, p. 257 ss.

¹³ CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 579.

¹⁴ Cfr. HAVELOCK, E.A., *Cultura orale e civiltà della scrittura* [1963], Roma-Bari, 2019, spec. capp. VIII, XI; BARTHES, R.-MARTY, E., voce *Orale/scritto*, in *Enciclopedia*, Torino, vol. X, 1980, spec. p. 79 ss.; ONG, W.J., *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola* [1982], Bologna, 2014, spec. capp. III-IV; PACCAGNELLA, L., *Sociologia della comunicazione*, Bologna, 2010², pp. 80-89. Cfr. anche WILLIAMS, B., *Genealogia della verità. Storia e virtù del dire il vero* [2002], Roma, 2005, pp. 156-159, secondo il quale l'invenzione della scrittura avrebbe fortemente responsabilizzato l'umanità nel concepire il passato alla stregua del presente, ossia come qualcosa di distinguibile in "vero" o "falso", al fine di separare la storia dal mito. Molte di queste riflessioni si fondano sul problema della condanna platonica alla cultura america, cfr. PLATONE, *Repubblica*, a cura di G. Reale-R. Radice, Milano, 2016³, lib. X, p. 991 ss. [595 A – 608 C].

¹⁵ Cfr. KHANEMAN, D., *Pensieri lenti e veloci* [2011], Milano, 2012, spec. capp. I-II, e cfr. pp. 461-465; da una prospettiva in parte opposta vedi GIGERENZER, D., *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo* [2007], Milano, 2009, spec. capp. VI, IX-X. Cfr. anche BONA, C.-RUMIATI, R., *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare, decidere nell'esperienza forense*, Bologna, 2013, cap. VI.

¹⁶ È stato detto, infatti, che parole, espressioni, e gesti giudiziari significano qualcosa non *in sé*, ma nella misura in cui si manifestano nel contesto di un rituale formalizzato; la capacità di attribuire o privare di un senso più profondo gli aspetti esteriori dell'esperienza processuale, che indicano la verità solo se si manifestano nel quadro di un giudizio, rende così ogni rito – per quanto evoluto rispetto ai giudizi di Dio – una forma di «esposizione al sacro» (GARAPON, A., *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario* [2001], Milano, 2007, p. 112-113, ma più in generale i capp. V e VI; CORDERO, F., *Riti e sapienza del diritto* [1981], Roma-Bari, 1985, p. 553-555).

testimone sottoposto al controesame e alla presenza fisica dell'imputato, del giudice e del pubblico come elementi *tendenzialmente indefettibili* di una valutazione *razionale* della prova.

Sono però interrogativi interessanti anche perché consentono di riesaminare la storia del principio di immediatezza da un'ottica, in parte, inesplorata: è stato giustamente osservato che, nel dibattito sulla prova in appello, si agita una contrapposizione tra due diversi modi di fondare la conoscenza giurisdizionale, «un disaccordo essenziale tra chi ancora la conoscenza alla percezione e chi ancora la conoscenza all'argomentazione»¹⁷. Ed è in effetti vero che esiste un legame profondo, storicamente accertato, tra il modo più accreditato di conoscere in generale e la particolare teoria delle prove dominante in una certa epoca¹⁸.

Esplorare le ragioni profonde della soluzione adottata dalla Cassazione implica pertanto affrontare una contrapposizione che, anche in dottrina, è sempre più avvertita: da un lato chi, nella riaffermazione dell'immediatezza anche in appello, vede una sospetta esigenza di «assicurare all'«istinto percettivo» del giudice la possibilità di trarre elementi di convincimento, basandosi sulle «osservazioni» circa il comportamento e l'attendibilità del testimone»¹⁹; dall'altro chi, riconoscendo la stretta connessione tra scambio dialettico nella formazione della prova e dimensione orale del processo, nell'immediatezza vede invece il modo di ribadire, anche in appello, un «marchio gnoseologico sicuro per siglare la conoscenza [processuale] in grado di essere legittimata come giusta»²⁰.

Il presente capitolo si articolerà quindi in due parti. Nella prima, ricostruiremo la storia del principio di immediatezza vista attraverso una lente particolare: quella dell'eterno complesso di inferiorità del giurista nei confronti dello scienziato, che ha costantemente animato il tentativo di ispirare le procedure giudiziarie ai concetti e ai metodi di quella che – nei diversi momenti della storia – è stata volta per volta ritenuta la forma più garantita di produzione della conoscenza.

Vedremo, in particolare, che – in seguito alla Rivoluzione francese – l'immediatezza verrà prima intesa come il metodo di acquisizione e valutazione della prova più simile a quello praticato dallo scienziato naturale, dal quale sembrava possibile mutuare il rigore ricostruttivo anche a scapito della dimensione più propriamente dialettica dell'accertamento, per essere poi reinterpretata come un deprecabile fattore di compromissione emotiva tra giudice e prova, capace al contrario di inquinare proprio la più serena e «scientifica» ricostruzione dei fatti (§ 2); in un secondo momento – una volta inserita nella teoria della prova – l'immediatezza verrà però adoperata per distinguere in modo forse un poco ingenuo tra i diversi mezzi di prova a seconda della loro capacità di fornire una conoscenza più o meno «diretta» della realtà ad oggetto di un accertamento giudiziario (§ 3); in seguito, essa verrà invece fatta oggetto di un ri-

¹⁷ CAPONE, A., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Dir. pen. cont. – Archivio 2010-2019*, 9 ottobre 2018, p. 3-4.

¹⁸ Cfr. ROSONI, I., *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, p. 3-4.

¹⁹ Cfr. MACCHIA, A., *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in *Dir. pen. cont., Archivio 2010-2019*, 9 novembre 2017, spec. p. 4-5.

²⁰ CHINNICI, D., *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e gradualità aperture in attesa del «sigillo» del legislatore*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri-R. Orlandi, Torino, 2017, p. 192.

fiuto puramente politico, in ragione della sua tendenza ad implicare un processo incentrato sul dibattimento anziché sulle fasi precedenti (§§ 4), per essere così relegata ad una caratteristica puramente esteriore delle modalità di svolgimento del procedimento probatorio; infine, essa verrà tradotta, quantomeno nella letteratura contemporanea sul processo penale, nel principale presupposto teorico di quello che ancora oggi viene inteso, in modo forse più familiare, come principio di separazione tra le fasi (§ 5).

Nella seconda parte, prendendo spunto dalle tesi di Franco Cordero e Michele Massa, che hanno affrontato da due ottiche in qualche misura opposte l'incidenza di tale principio nel contesto del ragionamento probatorio, ne ricondurremo le interpretazioni a due modelli di fondo che animano ancora oggi – espressamente o per implicito – le riflessioni degli studiosi. Vedremo, in particolare, che a seconda della collocazione del principio nella *sola* fase di formazione o *anche* in quella di valutazione della prova, l'immediatezza è in grado di risultare un aspetto del procedimento probatorio tanto imprescindibile, in ogni momento processuale in cui viene in discussione una prova dichiarativa, quanto rischioso, poiché di per sé capace di trasformare il principio del *libero* convincimento nella valutazione della testimonianza nell'opposto principio dell'*intimo* convincimento. Ne tenteremo dunque una ridefinizione teorica che, mediando tra i due modelli, riesca a fornire uno strumento d'analisi per il resto dell'indagine: se l'asserito difetto del processo d'appello contemporaneo è la strutturale carenza di immediatezza, intendersi sul significato del principio ha un valore logicamente preliminare.

2. L'immediatezza nella tradizione

Una caratteristica tipica delle trattazioni recenti e di taglio più generale sul problema dell'immediatezza è l'uniformità dei riferimenti teorici²¹. La nozione, le conseguenze tecniche, e i principi che dall'immediatezza derivano o si ritengono ad essa connessi vengono infatti quasi sempre ricavati dallo stesso atto di nascita: il celebre saggio *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)* di Chiovenda, del 1924²².

Si tratta di un noto scritto polemico con cui Chiovenda, aprendo le pubblicazioni della *Rivista di diritto processuale civile*, ricapitolò – contro l'opinione di Mortara²³, e malgrado i fallimenti del progetto di riforma partorito dalla Commissione del 1918, di cui era da poco stato Presidente²⁴ – quasi tutti i tratti fondamentali di quel gruppo di «principii interdipendenti»²⁵,

²¹ Ci si riferisce, in via esemplificativa, e limitandoci volontariamente alla sola letteratura più recente sul processo penale, a RENON, P., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2009, p. 10 ss.; CHINNICI, D., *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, pp. 32-39; BUZZELLI, S., *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis-G.P. Voena, Milano, 2000, pp. 2-5; UBERTIS, G., voce *Dibattimento (principi del)* nel *diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, pp. 464-465.

²² Cfr. CHIOVENDA, G., *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)* [1924], ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, vol. II, pp. 197-225.

²³ Cfr. MORTARA, L., *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 136 ss.

²⁴ Cfr. CHIOVENDA, G., *Relazione sul Progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra* [1920], ora in *Saggi*, cit., vol. II, p. 1 ss., sulla cui nascita e declino, vedi CIPRIANI, F., *op. cit.*, pp. 191-215.

dall'origine antica²⁶, ma adattissimi all'epoca moderna²⁷, che avrebbero potuto (anzi, dovuto) proiettare il lento e scritto processo civile del tempo nella contemporaneità²⁸: oralità nella trattazione della causa, immediatezza nella valutazione della prova, immutabilità del giudice che decide nel merito, e concentrazione dell'istruttoria e della deliberazione.

Questa singolare comunanza di fonti, senz'altro giustificata dall'indubbia caratura di Chiovenda, ha tuttavia indotto una certa tendenza negli studiosi del processo penale alla decontestualizzazione di questo contributo. Il saggio *Sul rapporto*, infatti, non solo ha una particolare dimensione storica (quella della riforma del codice di procedura civile del Regno d'Italia) e una decisa tensione provocatoria (quella legata alla contesa accademica con Mortara²⁹) che spiegano certe semplificazioni, soprattutto in rapporto al processo penale e alla storia della procedura moderna. Esso ha soprattutto un preciso taglio teorico: come si desume facilmente anche dal titolo, il proposito di Chiovenda è infatti quello di collocare al centro della propria riflessione una certa nozione di "prova", opposta a quella più tipica del modello ordalico del processo romano-canonico, per edificarvi attorno le forme processuali più adatte al suo manifestarsi³⁰.

In questo senso, è stato giustamente scritto che nel libero convincimento come rigetto del sistema di prova legale e nell'ideale dell'oralità chiovendiana si riflette «il trionfo del metodo induttivo-sperimentale per rejectiones et exclusiones, ossia del metodo del "provare e riprovare"; il trionfo insomma del metodo della osservazione diretta dei dati concreti della realtà, sopra il vecchio metodo dell'apriorismo astratto meccanico formale»³¹. Dato però che il concetto di "metodo sperimentale" è una variabile dipendente dall'epistemologia dominante³², è in primo luogo

²⁵ Cfr. CHIOVENDA, G., *L'idea romana nel processo civile moderno* [1932], ora in *Saggi*, cit., vol. III, p. 87.

²⁶ Celebre il riferimento all'epigrafe sulla *Lis fullonum*, in mostra ai Musei Capitolini, cfr. CHIOVENDA, G., *Le nuove norme sul giudice unico e il problema della riforma processuale* [1913], ora in *Saggi*, cit., vol. III, pp. 370-371.

²⁷ In quanto adottati, ricorda Chiovenda, tanto nel processo penale Rivoluzionario quanto nel processo penale dell'epoca (ossia quello del codice di procedura penale...del 1865), cfr. CHIOVENDA, G., *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali* [1910], ora in *Saggi*, cit., vol. I, pp. 411-413.

²⁸ «In questa età di rapide comunicazioni e di scambi vorticosi, in cui la manifestazione orale del pensiero ha esteso fuor di misura la propria importanza, in questa vita mossa e quasi nervosa, dalle pronte vedute e dalle pronte decisioni, il nostro processo si accampa ancora col bagaglio ingombrante delle sue voluminose scritture, con gli enormi fascicoli, uno per ciascuna parte litigante, infarciti di atti in originale e in copie spesso molteplici, offerti alle lunghe solitarie meditazioni del giudice» (CHIOVENDA, G., *Lo stato*, cit., p. 396).

²⁹ Sulla quale vedi, sinteticamente, BRUNO, P., voce *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, App., Torino, 1992, pp. 498-499.

³⁰ CHIOVENDA, G., *Sul rapporto*, cit., p. 225. Cfr., con lo stesso approccio, SIRACUSANO, D., *La testimonianza dall'istruzione al giudizio: scrittura, oralità, letture*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale. Atti del convegno*, Milano, 1974, p. 31.

³¹ CAPPELLETTI, M., *Ideologie nel diritto processuale* [1962], ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 10. Nello stesso senso, vedi DENTI, V., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei* [1965, 1967], ora in *Processo civile e giustizia sociale*, Bologna, 1971, pp. 80-84; CAPPELLETTI, M., *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)* [1971], ora in *Giustizia e società*, Bologna, 1977, p. 99 ss. Entrambi, in parte, sulla scia delle ricerche di GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, Appendice, §§ 2-3, spec. pp. 238-250, che però identificava nella svolta empirista del processo moderno una pericolosa cessione allo scientismo.

³² Cfr. KUHN, T.S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 1969, pp. 19-29.

alla paziente analisi di quest'ultima che occorre rivolgersi, letta nelle trame delle discussioni che impegnarono giuristi e riformatori nel passaggio dal sistema misto a quello tendenzialmente accusatorio in vigore ancora oggi, per comprendere a quale dimensione dell'accertamento ci si richiama di volta in volta nel richiedere che la formazione e/o la valutazione della prova (in specie, quella orale) siano improntate al principio di immediatezza.

2.1. Un ricorrente complesso d'inferiorità

Quando Norberto Bobbio, nel 1950, tentò di ricapitolare le varie risposte date nella storia al problema metodologico fondamentale che tormentava le riflessioni dei filosofi del diritto nel secondo dopoguerra – ovvero se lo studio del diritto potesse, in qualche modo, considerarsi una scienza – notò acutamente che l'impatto delle teorie di Galileo e Newton nel mondo della conoscenza scientifica aveva avuto un singolare contraccolpo nelle riflessioni dei giuristi: le scienze dure esibivano infatti un metodo rigoroso e di successo nello studio del mondo naturale, ricercando con l'uso della ragione le leggi immutabili del cosmo; la giurisprudenza si occupava di fatti umani irriducibili a schemi universali e pareva al contrario destinata all'esistenza umile e pratica delle *arti*, al di fuori cioè del regno della *vera* conoscenza³³.

Per risolvere questo «complesso di inferiorità» del giurista rispetto agli scienziati, o a quelli che si presumevano tali³⁴, si avvicendarono, tra il XVIII e il XIX secolo, due diversi approcci al problema del metodo giuridico: uno affine al primo razionalismo illuminista, che poneva come condizione per nobilitare gli studi giuridici lo studio delle leggi di natura che regolano la condotta umana, da scoprire e ricavare attraverso l'astrazione generalizzatrice (il giusnaturalismo); l'altro in linea col rigetto di ogni presupposto metafisico del razionalismo, tipico invece del positivismo scientifico ottocentesco, che poneva come condizione per nobilitare gli studi giuridici l'adozione di un approccio più simile a quello degli scienziati della natura, prescrivendo cioè di ridurre il diritto a una serie di fatti osservabili (fatti psicologici, come le manifestazioni di volontà contenute nelle norme, o fatti morali, come i comportamenti, i costumi, e così via) da riorganizzare in leggi generali (la psicologia e la sociologia giuridica)³⁵.

Naturalmente si trattava di due strategie parimenti fallimentari: avvicinare il diritto alla scienza per via giusnaturalistica implicava affermare che, come le leggi cosmiche rispetto ai fatti naturali, anche le leggi di natura rispetto alle norme giuridiche fossero *verificabili*, il che però veniva costantemente negato – ad esempio – dal fatto che le norme giuridiche sono dati il cui valore prescinde dal loro accordo coi fatti da esse regolati; avvicinare il diritto alla scienza per via sociologica o psicologica, invece, implicava rendere la giurisprudenza sì una scienza ma che non aveva più niente a che vedere con quello che i giuristi facevano ogni giorno, ossia l'interpretazione sistematica dei concetti e delle qualificazioni normative (c.d. dogmatica giuridica)³⁶.

³³ Cfr. BOBBIO, N., *Teorie della scienza giuridica*, Torino, 1950, p. 55 ss.

³⁴ *Ivi*, p. 60.

³⁵ *Ivi*, pp. 58-67; LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica* [1960], Milano, 1966, capp. II-III.

³⁶ Cfr. BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 65; VILLA, V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 5-10.

Se il discorso sul metodo, intriso di questo complesso di inferiorità, si rivelerà infruttuoso almeno fino all'inizio del XX secolo, il parallelismo tra scienza e impresa giuridica nel suo complesso animerà con un diverso vigore le riflessioni dei filosofi e dei giuristi in materia di diritto processuale. Dopo la Rivoluzione illuminista, il processo si era infatti chiaramente manifestato come uno di quei settori giuridici in cui il contatto fra norme e realtà si presentava (o avrebbe dovuto presentarsi) come presentato in senso epistemico: la necessità di applicare un diritto certo ad un fatto incerto presupponeva insomma norme processuali in qualche modo finalizzate alla scoperta della verità³⁷.

Agli albori di questa riflessione, nella quale l'immediatezza avrà un ruolo cruciale, si collocano da due diversi versanti Jeremy Bentham e Giovanni Carmignani. La scelta di questi due autori in particolare non deve apparire casuale. Sebbene oralità e immediatezza siano state al centro di una lunga tradizione riformistica, in particolare nelle riflessioni di Beccaria, Filangieri, e Pagano³⁸, è noto alla storiografia giuridica che le tesi epistemologiche di Beccaria e Filangieri non possano andare disgiunte da una profonda fascinazione politica verso la giuria³⁹. Essa, affidando la valutazione della prova a giudici digiuni dalle sottili distinzioni criminalistiche di diritto comune sui quarti e ottavi di prova⁴⁰, costituiva il giudice-tipo di un rito penale che

³⁷ Una conferma indiretta di questo argomento si può trarre da una rilettura "in negativo" delle note invocazioni di Montesquieu e Beccaria sul giudice meccanico applicatore di norme. In esse, difatti, il feticcio del principio di legalità si mescolava al sospetto programmatico verso la classe giudiziaria, espressione tipica dell'*Ancien Régime* (cfr. TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I – *Assolutismo e codificazione* [1976], Bologna, 2014, p. 473): una volta rimosso per definizione il problema della *questio iuris* grazie all'utopia delle leggi chiare e complete, al giudice non restava pertanto che occuparsi della *questio facti*; ma se questa non può essere più scandita dalle antiche regole di prova legale, né dev'essere sofisticata e inaccessibile alla comprensione del comune cittadino, non resta che servirsi dell'epistemologia spontanea con cui si risolvono i problemi di tutti i giorni. Il problema delle forme del processo, però, viene solo *dopo* questa scelta epistemologica preliminare: va da sé, infatti, che è solo in pubblico che chi giudica o assiste al giudizio è in grado di esercitare in modo condiviso quel tipo di razionalità quotidiana e frugale legata all'*id quod plerumque accidit* (cfr. TUZET, G., *Il dilemma della valutazione probatoria: criteri e standard rilegendo Beccaria*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, p. 670, 672-674).

³⁸ Quanto al primo, cfr. BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene* [1764], a cura di F. Venturi, Torino, 1965, § XIV, pp. 34-35; quanto al secondo cfr. FILANGIERI, G., *La scienza della legislazione* [1780-91], rist. an. integrale dell'edizione parigina del 1853, Napoli, 2003, lib. III, p. I, spec. cap. XVI, p. 158, e capp. XIX-XXI, pp. 172-184; quanto al terzo, cfr. PAGANO, F.M., *Logica de' probabili applicata a' giudizi criminali* [1803], rist. an. dell'edizione milanese del 1806, in *Considerazioni sul processo criminale, Principii del codice penale, Teoria delle prove (Logica de' probabili)*, Milano, 1998, cap. XI, p. 45, nonché il ben più famoso *Considerazioni sul processo criminale*, *ivi*, cap. XXI, pp. 101-105 (delle opere di Pagano vengono qui citate le pagine delle ristampe, non quelle del volume che le raccoglie).

³⁹ Da questo punto di vista, come ha acutamente notato Isabella Rosoni, «[...] la cesura della Rivoluzione francese e l'abbandono del sistema di prova legale [...], hanno in realtà interrotto [un] fertile processo epistemologico [di riaccentramento dell'accertamento giudiziario sul ragionamento induttivo, e il calcolo razionale degli indizi], applicando il luogo comune (tutto illuministico) secondo il quale, a imitazione dei vecchi privilegi, ogni cittadino ha il diritto di farsi giudicare dai suoi pari [...], e imponendo una banalizzazione del principio della *conviction intime* ricondotta a mero criterio discrezionale di valutazione del giudice» (ROSONI, I., *op. cit.*, pp. 26-27). Cfr. anche AMODIO, E., *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione*, in *I giudici senza toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, a cura di E. Amodio, Milano, 1979, p. 6 ss.; FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* [1989], Roma-Bari, 2011, pp. 587-591.

⁴⁰ Sulla scia del noto commento di VOLTAIRE, *Commentario sopra il libro dei delitti e delle pene*, s.l., 1767, § XXII, pp. 105-107, l'idea dei quarti e degli ottavi di prova, ridotta ad una caricatura, costituiva per molti la più chia-

– dovendo essere improntato al principio di pubblicità, per essere sottratto al segreto del gabinetto dell'inquisitore⁴¹ – intendeva allontanarsi dalle strutture non solo istituzionali, ma soprattutto cognitive di *Ancien Régime*⁴². Quanto a Pagano, il cui famoso passo sul “tuono della voce” è stato volentieri sfruttato tanto da un liberale come Chioyenda quanto da un reazionario come Manzini nel magnificare la superiorità dell'oralità sulla scrittura, è altrettanto noto che il suo particolare antagonismo verso il c.d. “processo scritto” costituisse più che altro il precipitato tecnico di una lettura critica di più ampio respiro nei confronti del sistema inquisitorio⁴³: la scrittura non era infatti intesa da Pagano come la causa, bensì come la conseguenza

ra espressione di una forma di razionalità del tutto inadeguata all'empirismo dominante in epoca Rivoluzionaria, cfr. ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jus' à nos jours*, Parigi, 1882, pp. 417-438; NOBILI, M., *op. cit.*, pp. 61-62; LANGBEIN, J.H., *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime* [1976], Chicago e Londra, 2006, pp. 8-12, 55-60, 64-69, 77-79; FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 115-120; ROSONI, I., *op. cit.*, p. 313-315.

⁴¹ Per “pubblicità” non possiamo dunque limitarci ad intendere, secondo certi usi più contemporanei, la possibilità reale o virtuale che chiunque – salvo circostanze eccezionali non lo impediscano – sia in grado di accedere all'aula d'udienza e assistere alla celebrazione di un dibattimento (cfr. CARNELUTTI, F., *La pubblicità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, spec. pp. 4-7; VIGORITI, V., *La pubblicità delle procedure giudiziarie (prolegomeni storico-comparativi)*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. II, Firenze, 1977, p. 636 ss.; VOENA, G.P., *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984, pp. 1-4, 186-193, 199 ss.; UBERTIS, G., *op. cit.*, pp. 455-457). Essa va piuttosto intesa come una chiave di volta più generale, che intendeva contrapporre al processo condotto in segreto, e all'oscuro dell'imputato, una forma più democratica e trasparente di amministrazione della giustizia penale (cfr. CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. II - *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005, pp. 190-218).

⁴² Cfr. CASSIRER, E., *La filosofia dell'illuminismo* [1936], Firenze, 1973, spec. pp. 23-32, 65-77, 142-145, 325-351; CATTANEO, M.A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, pp. 14-24. Su questa postura di Beccaria, in particolare, cfr. PISANI, M., *Beccaria e il processo penale*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy. International Congress*, Milan, Castello Sforzesco, December 15th-17th, 1988, Milano, 1990, pp. 113-117; MILETTI, M.N., *Riletture di Beccaria nella processual-penalistica italiana del XX secolo*, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi-L. Garlati, Torino, 2015, p. 156; CAPRIOLI, *Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano, ivi*, p. 32-33; FERRAJOLI, L., *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2015, p. 150 ss. Quanto a Filangieri, cfr. invece DEZZA, E., *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, p. 172 ss., spec. 185-186; COGROSSI, C., *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla “certezza morale”, antesignana del libero convincimento del giudice: note*, in *Riv. sto. dir. it.*, 2000, p. 203 ss.

⁴³ Lo scetticismo illuminista verso la scrittura era maturato sulla scia di due riflessioni parallele, condotte in autonomia, da Montesquieu e Matthes. In Montesquieu, in realtà, non troviamo alcuna valutazione propriamente negativa della scrittura e del segreto: essi sono infatti semplicemente presentati, secondo lo stile di analisi “socio-antropologica” dello *Spirito*, come le forme processuali più adatte all'evoluzione di una società feudale. La scrittura, in particolare, svolgeva al contrario un ruolo correttivo e – in un certo senso – garantista rispetto all'antico sistema degli appelli per duello: il vassallo che subiva una prepotenza del signore, anziché sfidare in combattimento i singoli componenti del tribunale che gli aveva dato inizialmente torto, o gli stessi testimoni, al fine di ottenere ragione poteva chiedere un confronto sulle verbalizzazioni di quanto deciso in precedenza (MONTESQUIEU, CH.L.S., *Lo spirito delle leggi* [1748], a cura di S. Cotta, vol. II, Torino, 1952, Lib. XXVIII, capp. XXVII ss., spec. cap. XXXIV). La riletture di Montesquieu come antagonista del processo scritto, tipica del pensiero illuminista, è dunque l'ennesimo frutto di quella distorsione parziale e selettiva operata da alcuni suoi interpreti successivi (cfr. TARELLO, G., *Storia*, cit., p. 458). Al contrario, nel *De Criminibus* [1644], il commentario che Anton Matthes dedicherà ai lib. 47 e 48 del Digesto (i c.d. *Libri terribiles*), vero e proprio manifesto proto-illuminista del processo accusatorio, assieme al *De Origine processus inquisitorii* [1711] di Christian Thomasius (cfr. DEZZA, E., *op. cit.*, pp. 106-116), il ricorso alla scrittura sarebbe stato giustificato in base ad una traduzione maldestra della L. XIV C. *de Testibus*: i giureconsulti, studiando l'esame *secretum* dei testimoni, anziché intendere l'esame in tribunale (*secretum*, da *secretarium*, il luogo del giudizio), credettero erroneamente che il lemma si riferisse al

di un imbarbarimento nel rito penale, che doveva ritenersi piuttosto il frutto della coincidenza, tipicamente inquisitoria, tra giudice e accusatore. Da un lato, un processo senza accusatore era evidentemente destinato al formalismo dotto delle alfabetizzate classi magistratuali, aprendo così ad un'epistemologia della valutazione probatoria di carattere colto e incomprensibile al popolo; dall'altro, il progressivo incremento degli affari penali nell'età comunale aveva reso necessario il ricorso alla scrittura e ai «notai della causa»⁴⁴ in veste di autorità verbalizzanti delle deposizioni raccolte in sede istruttoria, per ragioni eminentemente pratiche. Nel quadro di una gestione solipsistica della repressione penale, l'accusa pubblica, la parità tra i poteri delle parti, il contraddittorio e le altre garanzie processuali, prima che oggetto di un rifiuto etico – notava Pagano – erano più che altro cognitivamente inutili⁴⁵. Di qui, la preferenza per un processo orale non *in sé*, bensì *in quanto* capace di riaffermare una serie di corollari garantistici uguali e contrari ai corollari invece più tipici del sistema inquisitorio⁴⁶.

Il confronto tra Bentham e Carmignani che qui si propone è invece determinato dal fatto che le loro riflessioni sono le prime ad aver svincolato il problema dell'immediatezza dal sottotesto politico che aveva motivato – in base all'associazione istintiva tra oralità e giudice laico – la scelta a favore del processo accusatorio dei riformatori illuministi: Bentham da un lato più filosofico, e Carmignani da uno più tecnico-processuale sono difatti i primi ad essersi interrogati sulle implicazioni più propriamente epistemologiche di una valutazione della prova improntata allo stile orale rispetto ad una improntata alla lettura dei verbali delle fasi precedenti, costituendo così un implicito termine di paragone di tutte le riflessioni loro successive.

2.2. (*segue*) il giudice come scienziato naturale

Bentham, filosofo empirista e padre dell'utilitarismo, dedicherà numerosi scritti alla riforma delle procedure giudiziarie, nel tentativo di abbandonare le complessità con cui il sistema dei precedenti di *common law* aveva lentamente sostituito ai fini della giustizia (*ends of justice*) i fini dei giudici (*ends of judicature*): un corpo non stipendiato che, riscuotendo onorari in proporzione al numero di passaggi processuali necessari a chiudere una causa (*fee-gathering system* o *technical system*), aveva finito per allearsi con gli avvocati (*Judge & Co.*) nel rendere il processo una selva di tecnicismi inaccessibili ai ricorrenti in buona fede, soggetta per di più ad ampie manipolazioni da parte delle classi abbienti⁴⁷. Carmignani, avvocato e professore universitario di spiccata vocazione dogmatica e chiara formazione giusnaturalistica, fu invece tra i più acuti

gabinetto dell'istruttore (la notazione è presente già in FILANGIERI, G., *op. cit.*, Lib. III, p. I, cap. III, nt. 4, p. 124, che la trae evidentemente da Matthes, pur senza citarlo, e viene ribadita da PAGANO, F.M., *op. cit.*, cap. XII, p. 63). Cfr. anche MILETTI, M.N., *Le facce*, cit., p. 837-838.

⁴⁴ PAGANO, F.M., *op. cit.*, cap. XVII, p. 79 e *antea*.

⁴⁵ *Ivi*, capp. XVII-XX, pp. 79-100.

⁴⁶ Cfr. IPPOLITO, D., *Mario Pagano: il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, 2008, p. 207 ss.; DEZZA, E., *op. cit.*, p. 188 ss., spec. 200-202.

⁴⁷ Cfr. BENTHAM, J., *Letters on Scotch Reform* [1809], ora in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, vol. V, Edimburgo, 1838-43, spec. pp. 5-8; FERRARO, F., *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Pisa, 2011, pp. 170-178.

difensori del sistema di prova legale – seppure declinato in senso garantista – nel timore che l'applicazione del libero convincimento ai giudici togati, ormai diffuso nelle procedure miste di mezza Europa, si sarebbe presto risolta in una forma di malcelato arbitrio⁴⁸.

I due teorici non muovono quindi da un orizzonte legislativo comune (*common law* e *civil law*), e condividono strategie di riforma agli antipodi (deformalizzante ed empirista quella di Bentham, formalistica e razionalista quella di Carmignani), ma offrono due risposte paradigmatiche allo stesso pressante quesito di fondo: cosa rende razionale la valutazione giudiziale della prova (in particolare, della prova orale)?

Per Bentham, la risposta è molto semplice. Le farraginose procedure giudiziarie di *common law* andavano infatti sostituite con un rito che massimizzasse le *chance* di successo nell'applicare la legge sostanziale ai fatti accertati, seguendo un modello antico ma alla portata di tutti, noto alla procedura inglese delle origini e ormai caduto in desuetudine, ma di per sé eterno: il modello naturale del *buon padre di famiglia* (*natural system*).

«Il padre di una famiglia, quando scorge una qualsiasi disputa tra coloro che sono da lui dipendenti, o se ritiene necessario pronunciarsi su una contravvenzione di un proprio ordine, chiama le parti a sé; consente loro di produrre prove in proprio favore; insiste ad ottenere risposta ad ogni domanda, anche se pensa che ciò andrà a loro svantaggio; e considera il loro silenzio come confessione, salvo che non possa vedere motivi che potrebbero indurre anche un innocente a tacere. Compie il suo esame al momento; la risposta ad ogni domanda viene data immediatamente, senza che sia noto ciò che ne seguirà. Non rifiuta alcun testimone; li ascolta ad uno ad uno, riservandosi di apprezzare il valore di ciascuno; e decide, non secondo il numero, ma secondo il valore dei testimoni [...]. Se chiunque delle parti offrisse prove contraddittorie, egli le confronterebbe immediatamente; ne farebbe misurare la forza l'una contro l'altra; e la verità è il risultato del conflitto. Egli cercherebbe di raggiungere presto una conclusione, per non coltivare il seme della discordia in famiglia; e poiché i fatti recenti sono più facilmente conosciuti e provati, non garantirebbe alcun ritardo salvo speciali ragioni»⁴⁹.

Si tratta di un passo ben noto alla dottrina processuale, che ne verrà a conoscenza soprattutto grazie alle tavole di raffronto tra pregi e difetti del sistema c.d. “naturale” in confronto a quello c.d. “tecnico” celebrate da Chiovenda nel saggio *Sul rapporto*⁵⁰. La metafora domestica,

⁴⁸ Cfr. DEZZA, E., «L'arme terribile». *La polemica di Giovanni Carmignani sull'intima convinzione del giudice togato*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale contemporaneo*, a cura di M. Montorzi, Pisa, 2003, p. 133 ss., spec. p. 141 ss.; SBRICCOLI, M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* [1990], ora in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, t. I, Milano, 2009, pp. 496-498.

⁴⁹ BENTHAM, J., *A Treatise on Judicial Evidence*, a cura di E. Dumont, Londra, 1825, lib. I, p. 7 (traduzione nostra). Il racconto torna, riferito da Allorio per bocca di un illuminato ma ignoto giudice milanese, nel suo *Allarme per la giustizia civile* [1946], ora in *Problemi di diritto*, vol. II, Milano, 1957, p. 440-441.

⁵⁰ Cfr. CHIOVENDA, G., *Sul rapporto*, cit., pp. 220-222. In realtà, la tavola di raffronto citata da Chiovenda appartiene ad una composizione degli scritti di Bentham, il *De l'organisation judiciaire et de la codification*, Parigi, 1828, operata da Étienne Dumont sulla base del *Draught of a Code for the Organisation of the Judicial Establishment in France* del 1790, ora in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, vol. IV, Edimburgo, 1838-43, p. 285

per apparentemente banale che sia, nasconde però una teoria della conoscenza molto raffinata. Poiché per Bentham ogni questione umana, dalle domande fondamentali sull'universo alla ricetta dello stinco di montone, nasconde in ultima istanza questioni di diritto probatorio, e poiché ogni conoscenza umana deriva dall'esperienza, che si accumula tramite l'osservazione e l'esperimento, tanto nelle scienze più sofisticate, quanto nelle procedure giudiziarie, le fonti del sapere sono sempre in definitiva riducibili a due: l'osservazione diretta e il ragionamento induttivo⁵¹. Bentham non ne parla espressamente in questi termini, ma proietta questa dicotomia in una classificazione probatoria di grande successo, osservata ancora oggi: quella tra prove dirette (*direct evidence*), in cui il passaggio dal fatto noto a quello ignoto dipende da una sola inferenza *generale*, e prove indirette o circostanziali (*circumstantial evidence*), in cui al giudice tocca invece ricorrere ad altre inferenze *speciali* che connettano i fatti provati, quelli da essi inferiti, e i fatti ancora da provare⁵².

Pur non implicando alcuna gerarchia, tale distinzione poggia sull'evidente sottinteso che all'aumentare dei passaggi inferenziali la forza probatoria (*probative force*) della singola prova diminuisca⁵³, e che, paradigmaticamente, l'unica prova «che non può mentire, è quella che, senza l'intervento di alcuna testimonianza umana, si presenta direttamente ai sensi del giudice»⁵⁴.

L'assegnazione della forza probatoria ad un singolo mezzo di prova dipende quindi sempre da un calcolo probabilistico: noi crediamo *poco* ad un ragionamento fondato su una prova indiretta perché, in base alla nostra esperienza quotidiana, le catene di ragionamenti induttivi spesso si rivelano fallaci; crediamo *di più* ad un ragionamento fondato su una prova diretta perché, in base alla nostra esperienza quotidiana, le possibilità che una singola induzione sia fallace sono senz'altro inferiori; crediamo *molto* ad un ragionamento fondato sui nostri sensi perché, per ritenerlo erroneo, dovremmo rivedere diverse teorie fondamentali e quotidianamente funzionanti sull'esistenza del mondo e il nostro rapporto con esso⁵⁵.

ss.: si tratta della bozza di riforma del processo che Bentham offrì alla Costituente, ed entrata poi a far parte delle discussioni dell'Assemblea. In essa Chiovenda troverà un saldo riferimento per gli aspetti più liberali del suo pensiero riformatore, cfr. COMOGLIO, L.P., *Il principio di economia processuale*, Padova, vol. I, 1980, p. 20-23; DENTI, V., *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 1988, c. 347 ss., spec. cc. 351-353.

⁵¹ «Il sistema naturale non è tanto un metodo per accertare i fatti *prescritto* dalla Natura, ma il migliore in cui si può operare alla luce delle condizioni umane, nelle quali i nostri soli mezzi di conoscenza sono i dati presentati dai nostri sensi, *come opposti alla teoria metafisica delle idee innate*» (TWINING, W., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford, 1985, p. 52, traduzione e corsivi nostri).

⁵² Se ne può trovare la spiegazione più estesa in BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to the English Practice*, a cura di J.S. Mill, Londra, 1827, vol. III, lib. V, pp. 7-11. Troviamo però la medesima classificazione, da ultimo, in TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu-F. Messineo (cont. da L. Mengoni), vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, 1992, pp. 232-248.

⁵³ Cfr. BENTHAM, J., *Rationale*, cit., p. 219-222. Questa giustificazione, alla base del ben noto divieto giurisprudenziale di ammettere il *presumptum de presunto*, è stata efficacemente contestata, in epoca contemporanea, considerandola una mera regola prudenziale, intesa cioè solo ad assicurare che ogni anello della catena inferenziale da un fatto noto ad altri ignoti possieda – singolarmente inteso – un grado di conferma tale da giustificare l'attendibilità dell'inferenza successiva (cfr. TARUFFO, M., *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1165, spec. 1179). In senso critico, v. invece ANDRIOLI, V., voce *Presunzioni*, in *N. Iss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1976, p. 766, spec. 770.

⁵⁴ Cfr. BENTHAM, J., *Rationale*, cit., p. 249-250 (traduzione nostra).

⁵⁵ Cfr. TWINING, W., *op. cit.*, pp. 35-38.

Anche la valutazione della testimonianza segue la stessa traccia: l'esperienza ci suggerisce di credere ai racconti dei nostri simili, perché senza di essi gran parte della nostra vita quotidiana non sarebbe possibile⁵⁶, e tuttavia tale credenza è aperta alla smentita, in presenza di dati osservativi che ce ne fanno dubitare. Come quasi due secoli dopo sottolineerà anche Paolo Ferrua, la prova testimoniale è insomma un mezzo tecnicamente complesso⁵⁷: essa si fonda sui criteri di senso comune che ci fanno ritenere in astratto verosimile un racconto (e che anche Bentham riprende di peso dai criteri di valutazione di un buon testo scritto⁵⁸); in tale valutazione concorrono però i segni esteriori (fisiognomica, tono della voce, fermezza e prontezza delle risposte e così via) percepiti da chi assiste alla dichiarazione, i quali hanno una forza probatoria *di per sé* superiore alla testimonianza, poiché fondati sull'osservazione diretta⁵⁹, e che ci consentono di elaborare contro-argomenti per screditarla o accreditarla.

La metafora del *buon padre di famiglia*, dunque, non è altro che la traduzione in termini utilitaristici di questi assunti: essa punta ad indicarci la migliore metodologia possibile, alla luce delle limitate risorse cognitive ed economiche disponibili all'essere umano, per acquisire e valutare una prova a fini decisorii; una metodologia fondata sull'immediatezza, la concentrazione, e il libero convincimento, che coincide con quella sfruttata dall'uomo comune nelle sue faccende quotidiane. Poiché però le metafore non sostituiscono semplicemente una nozione con un sinonimo più colorito, ma costruiscono dei quadri concettuali inediti, ci dobbiamo interrogare su quale sia lo sfondo di questo ideale di giustizia domestica.

Com'è stato attentamente notato, il sistema naturale di Bentham, informale, diretto, capace di massimizzare le utilità del singolo e del sistema giuridico nel suo complesso, va letto nell'ottica di una generale approvazione del modello della giustizia di Cadì. Tale modello, reso noto qualche decennio prima dagli studi di Montesquieu, incarnava in realtà il tipo di amministrazione della giustizia ritenuto più caratteristico degli Stati dispotici⁶⁰. Per Bentham, però,

⁵⁶ Cfr. BENTHAM, J., *Razionale*, cit., vol. I, lib. I, pp. 110-112.

⁵⁷ Cfr. FERRUA, P., *La prova nel processo penale*, vol. I – *Struttura e procedimento*, Torino, 2017², pp. 72-73.

⁵⁸ Cfr. BENTHAM, J., *Razionale*, cit., vol. I, lib. II, p. 276, 298 ss.

⁵⁹ Dirà infatti Bentham, parlando del prototipo di decisione diretta presa dal giudice in virtù dei suoi soli sensi, che «qualsiasi superiorità la testimonianza immediata possenga nei confronti di quella indiretta, sarà la stessa che la percezione interna da parte del giudice possiede in rapporto alla persuasione fondata sulla testimonianza di un altro, o di un qualsiasi numero di altri» (*ivi*, vol. I, lib. I, p. 252, traduzione mia). Questa impostazione teorica è ancora ben visibile in FRAMARINO DEI MALATESTA, N., *La logica delle prove in criminale*, Torino, 1895, vol. I, spec. parte II, pp. 81-82 e 303 ss., che (primo tra i teorici contemporanei a riprendere i motivi più propriamente epistemologici del principio) chiamerà l'immediatezza – sulla scia di Bentham – «canone generale dell'originalità delle prove», influenzando poi FLORIAN, E., *Delle prove penali*, vol. I, Milano, 1924², pp. 274-275 e, quindi, MASSA, C., *La pubblicità e l'oralità del dibattimento penale*, in *Ann. Univ. Macerata*, vol. XXV, Milano, 1961, p. 161.

⁶⁰ Il primo riferimento a questa figura esotica di giudice orientale viene, come noto, dallo *Spirito* (MONTESQUIEU, CH.L.S., *op. cit.*, p. I, lib. VI, cap. II, pp. 158-159), la cui associazione tra Cadì e forme di governo dispotiche indusse nei commentatori dell'epoca una sottaciuta disapprovazione. Poco tempo dopo, nel *Dei Delitti*, Beccaria riabilitò però l'immagine, identificando nella giustizia di Cadì l'archetipo del processo *informativo*, «cioè la ricerca indifferente del fatto, quello che la ragione comanda [...], usato dallo stesso asiatico dispotismo nei casi tranquilli ed indifferenti» (BECCARIA, C., *op. cit.*, § XVII, p. 46). Bisognerà attendere le analisi di Weber per rivedere nel Cadì una forma di giustizia eticizzante e sostanzialista, materialisticamente orientata in pregiudizio della certezza del diritto (WEBER, M., *Economia e società* [1922], vol. IV – *Sociologia politica*, Torino, 1999, p. 77 ss.; SAPONARO, A.-MASSARO, P., *Diritto irrazionale interstiziale e la "scienza del Cadì" nella giurisdizione penale: da Weber a Damaška*, in

non si tratta di un modello ostile; al contrario. Esso, attribuendo al giudice larghi poteri istruttori e di governo del rito, ne fa un protagonista attivo della disputa e, deformatizzandone le procedure di accertamento, lo mette in grado di compiere, in ogni istante, i bilanciamenti utilitaristici necessari a massimizzare le possibilità di accertamento dei fatti (e, quindi, di corretta applicazione del diritto): in materia di concessione del diritto alla prova, ripartizione degli oneri dimostrativi, tecniche dell'escussione diretta⁶¹. Si tratta, in poche parole, di un'ideale sostanzialmente inquisitorio⁶², che accosta l'empirismo di Bentham a quello – allora inteso come parimenti solipsistico – dello scienziato naturale⁶³.

Una conferma di ciò si può ricavare dall'analisi dei vantaggi del metodo orale (*viva voce*) nell'escussione testimoniale compendiata nel *Treatise*: tra i maggiori, infatti, Bentham sottolinea che solo tramite la presentazione orale della testimonianza è consentito *al giudice* trarre quei segni esteriori che consentono di tracciare inferenze sulla credibilità del dichiarante, e ciò è tanto più importante perché solo in virtù di essi *il giudice*, volendo, può approfondire o completare il racconto del testimone per soddisfare la sua convinzione. Da questo punto di vista, una testimonianza scritta è sempre sospetta di infedeltà, incompletezza o inaccuratezza: non in sé, però, bensì rispetto alle dichiarazioni effettivamente rese dal dichiarante (o a quelle che avrebbe potuto effettivamente rendere, se esaminato direttamente)⁶⁴.

Sociologia, 2018, f. 1, p. 89 ss.), e quelle di Pound, che contrapponeva l'arbitrio del Cadi al modello del giudice meccanico come stereotipi opposti ed egualmente inaccettabili di amministrazione della giustizia in uno Stato di diritto (POUND, R., *The Decadence of Equity*, in *Colum. Law Rev.*, 1905, vol. 5 (1), p. 21; MARZOCCO, V., *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018, p. 27 ss.).

⁶¹ Cfr. FERRARO, F., *op. cit.*, pp. 198-216.

⁶² Cfr. POSTEMA, G.J., *Bentham and the Common Law Tradition* [1986], Oxford, 2019, pp. 331-343; GIULIANI, A., voce *Prova*, cit., p. 571. Non è un caso che proprio questo tratto più inquisitorio dell'impostazione di Bentham, dalla quale Chiovenda ha ampiamente attinto, ha fatto dire ad uno dei più accurati interpreti del pensiero di Chiovenda che nel suo ideale «non [figurasse] l'udienza (pubblica) a fini di garanzia, come strumento contro gli abusi del giudice, ma [figurasse] il contatto diretto e immediato tra la causa (parti, avvocati e testi) e il giudice, perché solo così il giudice può capire bene e giudicare presto» (CIPRIANI, F., *op. cit.*, p. 147. Nello stesso senso, COMOLIO, L.P., *op. cit.*, p. 21). Nella famigerata relazione al Re del codice di procedura civile del 1940, difatti, l'immediatezza nelle relazioni tra le parti e il giudice sarebbe dovuta servire a rendere quest'ultimo «non più spettatore passivo del dibattito, ma attivo partecipe del processo, e munito dei poteri necessari per dirigerlo» (cfr. *Relazione al Re*, in LUGO, A.-BERRI, M., *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1942², p. 40). In senso critico, v. LIEBMAN, T., *Storiografia giuridica "manipolata"*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 100 ss., spec. 108-110; TARUFFO, M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, spec. 189 ss.

⁶³ Lo stesso Bacone, nel *Novum Organum*, ispirò difatti il suo metodo sperimentale ai fondamenti dell'indagine giudiziaria, secondo l'ideale inquisitorio dell'investigazione su una natura concepita come «realtà esterna ed estranea, che va forzata e costretta a svelare i suoi segreti» tramite l'esperimento (ROSONI, I., *op. cit.*, p. 21). Su questo parallelismo, in Bentham, v. anche ORLANDI, R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Bologna, 1992, p. 21, nt. 33.

⁶⁴ «Un giudice, che non avesse sentito i testimoni, non sarebbe mai sicuro che le deposizioni scritte rappresentino fedelmente la testimonianza orale, o che questa fosse originariamente accurata e completa. Quando egli ha le parti e i testimoni di fronte a sé, vede dove il testimone è difettoso; e, ponendo domande, ottiene le informazioni che desidera. *Chi sa meglio di lui, su quale punto la sua convinzione non è soddisfatta?* [...] Una testimonianza presentata nella sua forma inferiore [per iscritto, *n.d.R.*], è priva della sua parte più istruttiva – di quelle prove circostanziali che risultano alla condotta di testimoni e parti, e aggiungono così tanta forza alla testimonianza orale. [In tal caso, *n.d.R.*] Il giudice non può più discernere in base alla propria osservazione quelle caratteristiche della verità, ad un tempo così impressionanti e così naturali, che sorgono dalla fisionomica, dal tono della voce, dalla fermezza e dalla

Tale riduzione è senz'altro approssimativa: il rasoio utilitaristico che anima le riflessioni di Bentham gli impedisce infatti di aderire in modo univoco ai postulati che qualificano un sistema come accusatorio o inquisitorio, più familiari invece al processualista⁶⁵. Ed è certo che, al pari degli illuministi riformatori, anche Bentham vedeva nella pubblicità – un valore in sé antitetico ad ogni processo inquisitorio – il più forte amplificatore delle garanzie poste a presidio di un'acquisizione genuina della prova (come l'esame incrociato, che andava difatti condotto oralmente e in pubblica udienza)⁶⁶. Seguendo tuttavia la tassonomia di Illuminati, se è inquisitorio quel metodo probatorio che esclude «la dialettica tra accusa e difesa, per cui l'indagine, svolta unilateralmente dal magistrato, procede in modo analitico, potenzialmente senza limiti, e l'acquisizione delle prove è scritta e segreta»⁶⁷, nelle proposte di Bentham la dialettica tra le parti si colloca decisamente in secondo piano rispetto al ruolo del giudice, il quale procede in autonomia e potenzialmente senza limiti, pur acquisendo le prove in pubblico, in contraddittorio, e oralmente.

2.3. (*segue*) il giudice come storico

Dall'altra parte della Manica, le cose andavano molto diversamente. Dopo la Rivoluzione, e l'ascesa al potere di Napoleone, gli ordinamenti processuali europei assistettero ad un riflusso inquisitorio volto a restaurare gran parte degli elementi tipici della giustizia di *Ancien Régime*. In particolare, l'impatto col processo accusatorio puro venne metabolizzato attraverso il ben noto compromesso tecnico delle procedure miste, riproduzione fedele degli atteggiamenti paternalistici della classe dirigente dell'epoca: un dibattito pubblico come luogo privilegiato di tutela dell'individuo contro lo Stato, anticipato però da un'istruttoria segreta, in cui lo Stato recuperava tutto il suo spazio inquisitorio, nascondendosi non solo al controllo popolare ma soprattutto a quello della difesa⁶⁸.

prontezza delle risposte, dalle emozioni di paura, dalla semplicità dell'innocenza, dall'imbarazzo della malafede; *egli si può dire che debba chiudere il libro della natura di fronte a lui, per rendersi cieco e sordo, laddove dovrebbe sentire e vedere ogni cosa*» (BENTHAM, J., *A Treatise*, cit., lib. III, p. 95, traduzione e corsivi nostri).

⁶⁵ Non va infatti dimenticato che, nell'escussione orale di fronte al giudice chiamato a decidere nel merito, Bentham richiederà di adottare la *cross-examination* (BENTHAM, J., *Rationale*, cit., vol. II, lib. III, p. 1-2, e vol. I, lib. II, p. 445 ss.), e che il prototipo della decisione massimamente affidabile, poiché presa in virtù delle sole percezioni del giudice, viene rigettato in quanto «la mente del giudice non è la sola alla cui soddisfazione è meritevole guardare [...]: nel caso di un qualsiasi governo semplicemente monarchico o, in un grado più o meno ampio, popolare, nel quale gli umori del pubblico sono, o sono trattate come, oggetto di riguardo, è la mente del pubblico la cui soddisfazione [...] si dice debba essere l'obiettivo ultimo» (*ivi*, vol. III, lib. V, p. 253, traduzione e corsivi nostri).

⁶⁶ *Ivi*, vol. III, lib. II, pp. 278-285, 522 ss.

⁶⁷ Cfr. ILLUMINATI, G., voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. I, p. 2, ma anche FERRAJOLI, L., *Diritto*, cit., p. 576, 620.

⁶⁸ Cfr. DEZZA, E., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, 2013, p. 137 ss.; STORTI, C., *Incredulità e «malsana curiosità» dell'opinione pubblica: la logica dell'istruttoria tra politica legislativa e giurisprudenza di Cassazione (1898-1930)*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao-L. Lacché-C. Storti, Bologna, 2008, pp. 122-130; FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 118-120; FERRUA, P., *Oralità*, cit., pp. 33-52; NOBILI, M., *op. cit.*, pp. 162-172.

Le discussioni al Consiglio di Stato, nel contesto dell'elaborazione del *Code d'instruction criminelle* del 1808, sono lo specchio fedele di queste perplessità di fondo. Per quanto interessa questa analisi, i temi sono gli stessi di cui si erano occupati anni prima i deputati della Costituente: abbandonate le prove legali, conviene affidare il libero convincimento a giudici di professione o a giudici laici? Nel primo caso i vantaggi dell'esperienza professionale andavano considerati alla luce della forza dell'abitudine, che avrebbe potuto trasformare la valutazione della prova non legalmente regolata in un affare burocratico e a rischio di arbitri; nel secondo, gli svantaggi dell'inesperienza tecnica andavano misurati alla luce dell'attenzione e dell'empatia che i giurati avevano dimostrato di saper riservare ad eventi ad alto tasso emotivo come le cause penali⁶⁹. Diversamente dal passato Rivoluzionario, però, la carica polemica legata al bisogno di ribadire il principio di pubblicità (e quindi di oralità) del giudizio era di gran lunga inferiore: da un lato, il sistema di prova legale era stato formalmente abbandonato, facendo così smarrire la connessione tradizionale tra questo e il ricorso alla scrittura⁷⁰; dall'altro, la presenza di un dibattito pubblico, nonostante un'istruttoria segreta, sembrava grossomodo sufficiente a bilanciare i diritti dell'individuo con le sempre più pressanti esigenze di difesa sociale.

Non va infatti dimenticato che, in seguito alla nascita degli Stati nazionali, l'Europa aveva assistito ad un forte inurbamento, accompagnato ad una crescita dei reati contro il patrimonio e del banditismo; è in questo scorcio storico che prende piede la rivoluzione industriale e si afferma il sistema produttivo capitalistico, con la correlativa insorgenza delle prime lotte operaie⁷¹. Nell'Ottocento inizia così a diffondersi il timore che la partecipazione in forma "spettacularizzata" del popolo alle udienze, più che consentire un controllo visibile dell'ammini-

⁶⁹ HELIE, F., *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle* [1845], Parigi, 1866, t. I, §§ 386-388, pp. 444-449 e t. IV, § 1553 ss., p. 35 ss., spec. 40-45; ESMEIN, A., *op. cit.*, pp. 482-526; NOBILL, M., *op. cit.*, p. 165-166, 175-179; FERRUA, P., *op. cit.*, p. 33, 48, 58-59; CORDERO, F., *Procedura*, cit., pp. 59-65.

⁷⁰ Cfr. FERRUA, P., *op. cit.*, p. 66. È noto che, nelle discussioni della Costituente Rivoluzionaria, scrittura e verbalizzazione vennero discusse con un approccio autenticamente demonizzante, giacché figuravano come l'ipostatizzazione più pura delle procedure criminali di *Ancien Régime* (vedi specialmente gli interventi di Duport e Thouret, in PADOA SCHIOPPA, A., *La giuria*, cit., pp. 102-105, 110-113; NOBILL, M., *op. cit.*, pp. 158-162; FERRUA, P., *op. cit.*, pp. 23-25, 27-32), così come sono note le posizioni di chi – per cauto conservatorismo o rigetto dell'equivalenza tra scrittura e prova legale – tentava di reintrodurre a qualche livello la verbalizzazione delle prove dichiarative rese in udienza in base a considerazioni pragmatiche: su tutti, Tronchet e, *mutatis mutandis*, anche Robespierre (cfr. PADOA SCHIOPPA, A., *op. cit.*, pp. 109-110). Perfino Condorcet, accanito difensore della giuria, aveva criticato "da destra" le proposte di Duport: «[...] Se adottassimo come motivo sufficiente per vietare la procedura scritta la difficoltà di trovare giurati che si prendessero la briga di seguirla, sarebbe necessario, per lo stesso motivo, vietare i metodi astronomici per trovare la longitudine in mare, e avremmo dovuto vietare, alcuni secoli fa, di utilizzare le regole del rilevamento del territorio per la misurazione o la divisione del terreno. Una semplice stima e il rilievo a passi richiedono meno tempo e portano ad un'approssimazione spesso sufficiente. Si potrebbe anche dire, nei termini del secondo esempio, che è più importante apprezzare il valore di una terra anziché conoscerne con rigore l'estensione, e che pertanto è da preferire il colpo d'occhio di un conoscitore alle operazioni di un geometra, lodando la conoscenza della fisionomia di un campo allo stesso modo in cui lodiamo la conoscenza della fisionomia di un testimone. Tali principi, allontanando metodi esatti e rigorosi di ricerca della verità e sostituendoli con un cieco empirismo, tendono a ricacciare la specie umana nella barbarie da cui è appena emersa, e a sostituire il dispotismo dell'ipocrisia e delle dottrine occulte a quello del potere» (DA PASSANO, M., *La giustizia penale e la riforma Leopoldina in alcuni inediti di Condorcet*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1975, pp. 406-407, traduzione e corsivi nostri).

⁷¹ Cfr. SBRICCOLI, M., *op. cit.*, spec. p. 572.

strazione giudiziaria e diffondere nella collettività sentimenti di legalità, provocasse, al pari di un'epidemia, una sorta di contagio morale⁷².

Da questo punto di vista, tra le esperienze giuridiche più significative c'è senz'altro quella italiana⁷³, perché qui l'impianto reazionario dei codici napoleonici venne imposto, su indicazione diretta di Napoleone, senza fare ricorso alla giuria. Nell'equazione classica tra forme del processo e tipologia di giudice, che aveva animato nel profondo l'accostamento istintivo tra oralità, immediatezza, e giudice laico, entra così una variabile che il riformismo illuminista non aveva ben considerato⁷⁴: la motivazione in fatto della decisione. Interpretata dapprima come una indicazione rachitica del fatto accertato e delle norme di legge applicate, nell'ottica di consentire un controllo sul rispetto del principio di separazione dei poteri da parte del neonato *Tribunal de Cassation*⁷⁵, essa acquistò un'importanza crescente soprattutto con la legislazione napoletana: sulla scia della nota (per quanto isolata) esperienza delle Prammatiche di Ferdinando IV di Borbone, l'esposizione dei motivi in fatto iniziò così a manifestarsi come l'ennesimo corollario del principio di pubblicità; essa verrà difatti riletta, oltre che come mezzo di controllo del sovrano sul potere giudiziario, come mezzo di controllo del *popolo* sull'esercizio del potere più in generale⁷⁶.

In questo contesto, è evidente che l'associazione indefettibile tra libero convincimento e giudice laico avrebbe determinato un obbligo di motivare concepito come una semplice enunciazione degli «*elementi del convincimento*», ossia un'elencazione delle prove, e non come una vera e propria argomentazione sui «*motivi del convincimento*»⁷⁷, ossia un discorso logico sulle ragioni poste a fondamento della decisione. Ed è proprio in questa contraddizione tra diversi

⁷² Si radicano difatti proprio in quegli anni gli estremi del dibattito che impegnò i processualpenalisti, a ridosso dell'entrata in vigore del codice del 1865, sul problema dei posti riservati in udienza con un sistema di biglietti di prima e seconda classe (e i cui strascichi saranno ancora visibili in quell'art. 426, comma 6, c.p.p. 1930 che vietava a presidente o pretore di «riservare posti speciali nella sala di udienza per persone del pubblico»). La teatralità del dibattimento, secondo i detrattori dell'oralità e del giudizio per giurati, rendeva difatti manifesto l'intento di emotivizzare anziché razionalizzare lo svolgimento dell'accertamento penale, con l'aggravante di fornire alle menti più condizionabili un pretesto, si diceva, criminogeno (cfr., per una ricostruzione del punto e la relativa letteratura, VOENA, G.P., *op. cit.*, pp. 379-388); SOFFIETTI, I., *Sulla storia dei principi dell'oralità, del contraddittorio e della pubblicità nel procedimento penale. Il periodo della Restaurazione nel Regno di Sardegna*, in *Riv. sto. dir. it.*, 1971-1972, pp. 188-194, 216-219.

⁷³ Accanto a quella tedesca, notoriamente approfondita da NOBILI, M., *op. cit.*, cap. III, sez. II; DAMAŠKA, M., *Of Hearsay and Its Analogues*, in *Minn. Law Rev.*, 1991-1992, p. 425, spec. 446 ss.

⁷⁴ Cfr. AMODIO, E., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, vol. I, Milano, 1967, pp. 80-82. L'obbligo di motivare le sentenze era stato naturalmente previsto anche dai Costituenti francesi, nella l. 16-24 agosto 1790, per confluire nell'art. 208 della Costituzione dell'anno III, ma tali istanze non rispecchierebbero alcuna consapevolezza critica circa il portato garantistico di tale obbligo, rispetto alla formulazione del giudizio: si tratterebbe piuttosto dell'ennesimo tentativo politico di distanziarsi dalle prassi giudiziarie di *Ancien Régime* al fine di impedire accumulazioni incontrollate di potere, cfr. TARUFFO, M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 270-272; GORLA, G., *Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole*, in *Foro it.*, 1980, V, cc. 209-210.

⁷⁵ Cfr. CALAMANDREI, P., *La Cassazione civile*, p. I [1920], ora in *Opere giuridiche*, vol. VI [1976], Roma, 2019, p. 373 ss.

⁷⁶ Cfr. AMODIO, E., *op. cit.*, p. 86 ss.; TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 333-336.

⁷⁷ AMODIO, E., *op. cit.*, p. 99; NOBILI, M., *op. cit.*, pp. 200-205.

modi di far interagire l'obbligo di motivazione con l'estrazione del giudice chiamato ad adempierlo che è possibile collocare la riflessione epistemologica di Carmignani.

Per quanto alcuni temi di fondo siano già presenti nella sua produzione giovanile, è noto come le posizioni di Carmignani si fossero irrigidite a favore del ripristino delle prove legali in seguito all'entrata in vigore del c.d. Codice Romagnosi, nel 1807, e all'estensione ai dipartimenti toscani – nei quali peraltro svolgeva la professione forense – della legislazione francese: codificazioni miste, senza giuria popolare né prove legali, e senza obbligo di motivazione⁷⁸. Se però astraiano per un attimo dal contesto storico e dal legame indissolubile allora percepito tra forme del giudizio e tipologie di giudice, nelle idee espresse nel IV libro della *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* e nel *Saggio teorico-pratico* è possibile osservare un importante punto di svolta nella genealogia del principio di immediatezza.

Per Carmignani è infatti abbastanza chiaro che, nell'evoluzione storica del giudizio penale, l'umanità è da sempre impegnata a sostituire forme più o meno palesi di violenza con la legalità; la passione, insomma, con la ragione⁷⁹. Tra modello accusatorio e modello inquisitorio corrobberebbe in questo senso una differenza innanzitutto antropologica: nel primo si affida il giudizio all'istinto della giuria, in una specie di aggiornamento maldestro del duello; nel secondo lo si affida invece alla sapienza del magistrato di professione, indagatore dei fatti e ricercatore spassionato della verità, in grado di adoperare un metodo *scientifico* nel «calcolo delle probabilità giudicarie»⁸⁰.

Le faccende penali, ancor più di quelle quotidiane, sarebbero infatti dotate di un'intrinseca complessità, impossibile da restituire con il rapido esame pubblico presupposto dal metodo accusatorio: in esso, al contrario, i fatti si confondono con la rappresentazione drammatizzata che ne viene offerta dall'oratoria giudiziaria, e la verità diventa ciò che la moltitudine dei presenti ritiene essere la verità⁸¹. I due modelli si proporrebbero addirittura due fini diversi e incompatibili: nel processo accusatorio il fine sarebbe sì la scoperta della verità (tanto che il giurato può decidere, in modo binario, solo condannando o assolvendo l'imputato), ma poiché la verità in senso assoluto è inattuabile dalla mente umana, si tratterebbe di un fine dogmatico e irraggiungibile per definizione; nel processo inquisitorio il fine sarebbe invece, più modestamente, un calcolo razionale delle probabilità attorno ad un avvenimento determinato (tanto che al giudice del processo inquisitorio sono normalmente concesse alternative graduabili, che Carmignani vede come più garantiste, come la pena straordinaria e l'*absolutio ab instantia*⁸²).

È poi chiaro che i due modelli si accoppiano a due diverse tecniche istruttorie, perché l'ignoranza e il sentimentalismo del giurato possono essere suscitate solo dall'oralità, mentre il magistrato di professione ha bisogno di carte e argomenti scritti da studiare per ponderare con attenzione i *pro* e i *contra* di ciascuna decisione⁸³. La superiorità dell'istruttoria scritta non di-

⁷⁸ Cfr. DEZZA, E., «*L'arme terribile*», cit., pp. 139-142.

⁷⁹ Cfr. CARMIGNANI, G., *Teoria*, cit., lib. IV, cap. I, p. 3 ss., spec. pp. 31-34.

⁸⁰ CARMIGNANI, G., *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica e su i suoi vari metodi nelle materie penali* [1826], ora in *Scritti inediti*, Lucca, 1852, vol. VI, p. 242.

⁸¹ *Ivi*, pp. 256-257, 296-329; ID., *Teoria*, cit., lib. IV, cap. V, pp. 55-65, cap. VI, pp. 77-78, cap. XII, pp. 214-215, cap. XVIII, p. 316, 325.

⁸² CARMIGNANI, G., *Saggio*, cit., pp. 260-261; ID., *Teoria*, cit., cap. V, p. 62-69, cap. VIII, pp. 124-125.

⁸³ *Ivi*, cap. XII, p. 215, cap. XV, p. 260; ID., *Saggio*, cit., p. 261.

pende però solo dall'estrazione del giudice (e dalla connessa possibilità di imporgli legalmente di osservare certi canoni di valutazione), bensì dipende – più in generale – dalla posizione del processo rispetto alla realtà investigata: imputazione, prove, e sentenza si collocano infatti in un momento *successivo* rispetto al fatto, e il giudizio su di esse non è quindi altro che un'«opera storica»⁸⁴. Se nelle vicende quotidiane, in definitiva, potrebbe anche essere corretto preferire le nostre osservazioni dirette al racconto altrui⁸⁵, i fatti storici non seguono lo stesso criterio:

«quel che il tuono della voce, l'atteggiamento del volto, il linguaggio degli occhi aggiunge alla credibilità delle parole [...], eccellente per il giudice popolare che non ha altra critica che il suo intimo sentimento e sa porsi bene a contatto della persona che parla, è pericoloso per il giudice magistrato, a cui la legge rammenta che *non quel che accade in un caso ma quel che più comunemente accade è la norma del suo giudizio*. Se le regole della certezza morale ed storica non tengono conto d'un semituono, d'una esitazione, d'un volgere di sguardo, ma calcolano le verisimiglianze, e le probabilità degli eventi umani [,] non possono quelle minuzie ingannevoli esser valutate da un giudice, il quale si senta oracolo della giustizia non inquisitor del pensiero»⁸⁶.

In breve, insomma, nel processo accusatorio la verità risiederebbe in ultima analisi «in un tuono di voce, in una sospensione, in un colore del volto»; nel processo inquisitorio, invece, risiederebbe nella «natural progressione delle idee, [...] dando [tale processo] il mezzo di attentamente paragonare le une colle altre»⁸⁷.

⁸⁴ CARMIGNANI, G., *Teoria*, cit., cap. XVIII, p. 318.

⁸⁵ *Ivi*, p. 325.

⁸⁶ *Ivi*, p. 323, corsivo nostro. E continua: «se il giudice magistrato non può decider la causa sugli atomi fuggitivi, ed equivoci sempre che elevandosi dal volto del testimone e del reo si convertono come quelli di Epicuro in idee al pari di loro soggette all'inganno: se egli maneggia la critica della storia, la quale si legge, e non si vaticina, siccome lo scritto non cambia dall'uscir dallo mano d'uno e passar sotto gli occhi d'un altro, non vi è alcuno svantaggio per lui nel non aver assistito alle interrogazioni, e alle risposte delle persone del detto delle quali egli dee colla sola critica giudicare» (*ivi*, pp. 323-324). Anche nel *Saggio* aveva infatti ribadito che «le relazioni simpatiche che si stabiliscono tra il giudice che interroga, e il testimone, o il reo, che è interrogato, assumono attributo di verità per il cuore, ma non l'assumono per l'intelletto. Tutti sono inclinati a cercare il vero per via delle passioni che abbreviano, ed improvvisano, perché immaginano, anziché per la via dei metodi intellettuali, i quali tengono indietro le passioni, e son destinati a farle tacere e soggiogarle. La istruzione scritta, essendo una *storia* destinata a tener memoria unicamente di quel che interessa l'avvenimento, lascia per terra, e senza valutazione tutti questi *atomi passionati*, all'azione de' quali si attribuisce tanta efficacia nella istruzione orale. La parola, unica e sola immagine della idea, ha bisogno d'essere conservata in processo» (CARMIGNANI, G., *Saggio*, cit., p. 329).

⁸⁷ *Ibidem*. Nell'ideale di Carmignani, l'affidamento all'istruttoria scritta non implica però un ostracismo verso qualsiasi forma di oralità. Esaminando il progetto di riforma del Regolamento di procedura penale per gli Stati pontifici del 1831, egli affermerà infatti che «uno de' grandi mezzi di rintracciare la verità *della istruzione scritta* è il proprio e vero confronto, il quale si effettua col porre l'inquisito, ed il testimone, a faccia a faccia tra loro, con facoltà pienissima di dialogizzare, di riprendersi, di confutarsi, senza che alcuno si mescoli del loro diverbio» (CARMIGNANI, G., *Pavere sopra un progetto di riforma del regolamento di procedura penale vigente nello Stato pontificio* [1838], ora in *Scritti inediti*, cit., p. 140, corsivi nostri): il diritto al confronto, quindi, era concepito come uno strumento euristico *sui* risultati dell'istruttoria, necessario a chiarire o approfondire punti che l'istruttore non aveva accuratamente esaminato.

Al di là delle evidenti ingenuità e della carica polemica, più che speculativa, di molte affermazioni, le idee di Carmignani hanno l'indubbio merito di evidenziare il fatto che – senza un'adeguata teoria sulla valutazione della prova – l'oralità e i suoi tradizionali corollari, di per sé soli, non solo non bastano ad assicurare razionalità all'accertamento penale, ma rischiano anzi di tramutarsi in istanze profondamente irrazionalistiche. Sebbene in Carmignani lo storico dubbio di Beccaria tra il sentimento ignorante e la scienza opinabile venga aristocraticamente risolto a favore del secondo⁸⁸, tanto che il giudice incaricato di applicare tale scienza finisce di fatto per appartenere quasi ad «una specie diversa da quella del giudice *popolare*»⁸⁹, il tentativo di affrancarsi dalla connessione *necessaria* tra oralità e razionalità e scrittura e arbitrio costituisce uno dei pungoli intellettuali più interessanti offerti, ancora oggi, dalla discussione del tempo.

In esse rivive infatti quel complesso di inferiorità della giurisprudenza nei confronti delle scienze dure cui abbiamo accennato al principio, apertamente riproposto dal punto di vista dell'epistemologia giudiziaria, ma in senso diametralmente opposto a quello che abbiamo visto accadere con Bentham: nell'immagine galileiana della scienza allora in voga, gli aspetti minuti e individuali dell'esperienza quotidiana non hanno difatti alcun rilievo cognitivo se non sono quantificabili e riproducibili all'infinito; la giurisprudenza, come la storia, si occupa però di vicende singolari, da un'ottica qualitativa (ne scruta cioè il valore, positivo o negativo, alla luce di un criterio di giudizio). La scelta, nella più ridotta ottica del processo, era allora molto netta: o le particolarità individuali legate ad elementi transitori, come il pallore o il tono della voce, venivano sacrificate ad una generalizzazione cieca ma “scientifica”, o queste si sarebbero presto riappropriate del loro ruolo “emotivo” negando alla giurisprudenza, e all'accertamento penale in particolare, qualsiasi statuto razionale, nonché – di conseguenza – la stessa possibilità di parlare sensatamente di “verità”, “prova”, “probabilità”, e così via⁹⁰.

Come per il Galileo del *Saggiatore*, insomma, anche per Carmignani l'indagine su un fatto (che in Galileo è infatti il *libro della natura*) è scientifica, e quindi razionale, nella misura in cui somiglia all'interpretazione di un *testo* (i «triangoli, cerchi ed altre figure geometriche»⁹¹ del libro della natura di Galileo): la comprensione di questo testo, però, deve ricondurne i contenuti a regolarità universalizzabili per contare come autentica conoscenza, disinteressandosi così, fatalmente, delle caratteristiche più minute e fuggevoli di carattere sensibile⁹².

⁸⁸ Cfr. CARMIGNANI, G. *Teoria*, cit., cap. XVIII, p. 307-308. Ci si riferisce al noto passo «[...] è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione» (BECCARIA, C., *op. cit.*, § XIV, p. 35): inaugurando il convegno per il bicentenario della pubblicazione dell'opera all'Accademia dei Lincei, Leone assegni proprio a questo brano in materia processuale l'autentica rivoluzione teorica di Beccaria (vedi la relazione, ora riprodotta in LEONE, G., *I delitti e le pene*, in AA.VV., *Beccaria e i diritti dell'uomo*, Roma, 1965, spec. p. 35 ss.).

⁸⁹ Cfr. CARMIGNANI, G., *loc. cit.* e le benevole critiche, sul punto, dell'allievo CARRARA, F., *Introduzione. Giurati e magistrati* [1870], in *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale, con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, 2004, pp. 53-59.

⁹⁰ Cfr. GINZBURG, C., *Spie. Radici di un paradigma indiziario* [1979], ora in *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di U. Eco-T.A. Sebeok, Milano, 1983, p. 110-121; HACKING, I., *L'emergenza della probabilità. Ricerca filosofica sulle origini delle idee di probabilità, induzione e inferenza statistica* [1975], Milano, 1987, cap. V, spec. p. 56-60.

⁹¹ GALILEI, G., *Il Saggiatore* [1623], a cura di L. Sosio, Milano, 1965, p. 38.

⁹² Riprenderà gli stessi temi e lo stesso approccio di Carmignani, come noto, CARNEVALE, E., *L'arbitrio del giudice per l'applicazione della pena* [1897-98], ora in *Diritto criminale*, vol. II, Roma, 1932, pp. 329-359. Cfr. EDIGATI, D., *Il dibattito sulla pubblicità e sull'oralità dei processi criminali in Toscana (1814-1838)*, in *Historia et ius*, 2013, n. 4, p. 1 ss.,

Avrà buon gioco Nicolini a ribaltare tali opinioni, vantando negli stessi anni l'oralità del dibattimento assicurata dal celebratissimo *Codice per lo Regno*⁹³, in un ordinamento che però prevedeva un obbligo di motivazione strutturato razionalmente. A quel punto, infatti, il vantaggio dell'escussione orale poteva essere facilmente connesso al contraddittorio, «dove finalmente fra mille contrapposizioni e confronti, dal volto, dal gesto, dagli atti, non pur de' testimoni, ma di tutti gli astanti, viene a gittarsi sull'affare, e sui punti più controversi del fatto, una tal copia, un tal contrasto, un tal riverbero di lumi, che malgrado le astuzie della calunnia, e la caligine de' sofismi ed i pregi dell'eloquenza, forza è che la verità ne traluca finalmente, anzi ne sfolgori»⁹⁴; il giudice era tuttavia costretto ad una resa dei conti pubblica sulle impressioni maturate nel corso dell'accertamento, dovendo redigere una motivazione⁹⁵. La razionalità del giudizio veniva dunque assicurata dal dovere di palesare in modo intersoggettivo, e quindi controllabile, le ragioni poste alla base della sentenza: il pericolo avvertito da Carmignani, che il libero convincimento maturato nell'oralità del giudizio si tramutasse in arbitrio, era insomma neutralizzato dal dovere di fornire ragioni, e non impressioni o intuizioni, a favore della decisione.

3. L'immediatezza e il tecnicismo processuale

È dunque chiaro che, in reazione alla tradizione delle prove legali, il principio di immediatezza sia stato storicamente inteso come il più pregiato precipitato tecnico del principio di

spec. pp. 12-16. A questa impostazione si riferiva, criticamente, von Savigny, che pur riconoscendo fondatezza all'obiezione, riteneva che nel processo orale «a causa della vivacità del dibattito, l'attenzione dei giudici è più in tensione, lo sguardo è più attento e vi è una visione complessiva dell'individualità del caso più chiara di quanto non sia possibile leggendo atti senza vita e ascoltando una relazione scritta» (VON SAVIGNY, F.C., *Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale* [1846], tr. it. a cura di P. Rondini, Milano, 2012, p. 24).

⁹³ Com'è noto, il Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819) è storicamente annoverato come il modello più avanzato di giudizio misto partorito nel corso dell'Ottocento, soprattutto in virtù di quella spiccata tutela del principio di oralità offerta dal rigido divieto di tenere conto di «alcun fatto che non sia stato esaminato in pubblica discussione, menoché non si tratta di fatti non messi in controversia» (art. 293, comma 2). Per una disamina del rito e della collegata letteratura, cfr. le analisi classiche di FERRUA, P., *op. cit.*, pp. 78-82 e NOBILI, M., *op. cit.*, p. 210, nt. 19. Scrive infatti Nicolini: «Il giudice associa il pubblico a giudizi che tanto lo interessano; e la presenza del pubblico desta il pudore della giustizia. Così, innanzi al pubblico, il confronto presente de' testimoni e degli accusati, è il solo mezzo per disvestire i dubbi del fatto, per iscioglierlo dalle apparenze ingannevoli, per ridurre ciò che il testimone dice, a ciò ch'ei sente e crede aver detto; ed un giudice franco ed accorto saprà togliersi dinanzi gli ostacoli della timidità e della ignoranza, e confondere la sfrontatezza della impudenza e la ipocrisia della malizia. Così le arti o l'imperizia della istruzione scritta svaniscono; i testimoni non muovono né parlano che osservati dagli interessati, da' giudici, e da tutti, e tutti dalle loro dispute contraddittorie scuopriranno *sincera testimoniorum fidem et quae rei aptiora et vero proximiora sunt*» (NICOLINI, N., *Della procedura penale nel Regno delle Due-Sicilie* [1828-32], Livorno, 1843, vol. I, p. II, sez. XII, § 225, p. 390-391). Sulla stessa scia erano però già orientati anche i pratici più liberali, ancorché immersi in sistemi maggiormente inquisitori, come quello del Lombardo-Veneto, v. PATROFILO [pseudon. Bianchetti, G.], *Del vantaggio della pubblicità nelle procedure criminali*, in *Antologia*, vol. LXXIX, 1827, p. 5 ss., spec. pp. 19-21.

⁹⁴ NICOLINI, N., *Della discussione pubblica ne' giudizi penali*, *Discorso* [1833], ora in *Questioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali*, Napoli, 1835-1841, vol. III, p. 6.

⁹⁵ *Ivi*, p. 8. Cfr. TARUFFO, M., *L'obbligo*, cit., p. 292-295.

pubblicità delle procedure giudiziarie. Esso infatti era in grado di rendere l'accertamento giurisdizionale basato sul racconto di qualcuno un'impresa orientata empiricamente e in senso garantista, anziché aprioristicamente e in senso autoritario: il contatto tra giudice e prova determina infatti l'oralità dell'escussione, ideale per l'esercizio del contraddittorio; immediatezza, oralità, e contraddittorio sono poi tanto congeniali ad un giudice laico quanto lo sono ad un magistrato di professione; ma se la valutazione della prova non deve più seguire i sofisticati metodi di calcolo degli indizi ereditati dal diritto comune, tanto vale restituire il giudizio sul fatto al popolo stesso, sottraendolo cioè alle classi aristocratiche, tra le quali i magistrati di professione venivano regolarmente assoldati.

Con Bentham e Carmignani, questa immagine apparentemente monolitica mostra alcune crepe, visibili solo agli occhi del processualista contemporaneo: la riflessione di Bentham contribuisce a separare da un punto di vista anche teorico la connessione tipicamente Rivoluzionaria tra immediatezza e giudice laico, aprendo alla possibilità di intendere il principio anche in un senso più marcatamente inquisitorio, quale strumento di un accertamento rigoroso in quanto condotto tramite l'osservazione diretta della realtà, ma non necessariamente in conseguenza della dialettica tipica del contraddittorio processuale; quella di Carmignani ne mette invece a fuoco lo sfondo alogico ed emotivo, o meglio la dipendenza tra il concetto di razionalità da essa intimamente presupposto e quello invece osservato nelle forme di conoscenza più garantite a nostra disposizione, come – di nuovo – la razionalità scientifica.

Il contributo più significativo allo sviluppo del dibattito sul principio di immediatezza, un contributo ignoto alla storia del processo civile, deriverà però proprio dalla reazione all'esperienza delle codificazioni penali miste⁹⁶. È noto l'effetto prodotto dall'accostamento permeabile tra istruzione e dibattimento sul modo di intendere il principio del libero convincimento: al prevalere delle esigenze di difesa sociale corrispondeva, con una torsione inquisitoria del senso del predicato "libero", la possibilità di recuperare i risultati dell'istruttoria a scapito di quelli del dibattimento⁹⁷. Ed è parimenti noto l'effetto che tale accostamento ebbe sul principio di oralità: al prevalere delle esigenze di difesa sociale, cui seguiva il recupero dei verbali della fase istruttoria, corrispondeva uno svuotamento sostanziale dell'oralità, che si riteneva rispettata purché l'istruttoria dibattimentale prevedesse come *medium* l'uso della parola⁹⁸.

Le discussioni intrattenute nell'ambito delle diverse codificazioni pre-unitarie e unitarie⁹⁹ sulla possibilità per i giurati (laddove previsti) di consultare in camera di consiglio i verbali delle prove dichiarative raccolte in sede di indagini o di registrare per iscritto quanto avveniva in dibattimento, sulle eccezioni agli eventuali divieti di lettura o sulle annotazioni al verbale

⁹⁶ Com'è stato giustamente osservato, questa medesima esperienza non poteva rilevare in un procedimento privo di una fase di «istruzione primaria» (CAVALLONE, B., *Crisi delle "Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria* [1978], ora in *Il giudice*, cit., p. 310-311 e *antea*, citando BENVENUTI, F., *op. cit.*, p. 72, nt. 1).

⁹⁷ NOBILI, M., *op. cit.*, p. 217-218.

⁹⁸ È il primo, e più pedestre, dei tre significati di oralità storicamente rilevati da FERRUA, P., *op. cit.*, pp. 280-282.

⁹⁹ L'analisi di tali codificazioni e la letteratura corrispondente sono reperibili *ivi*, pp. 67-120 e in MILETTI, M.N., *op. cit.*, pp. 850-853.

d'udienza apposte dagli ausiliari in seguito agli «schiarimenti» prodotti dalle contestazioni ai testimoni – nella nostra chiave di lettura – ruotano tutte attorno al medesimo pressante quesito: il mezzo privilegiato per produrre una conoscenza giurisdizionale attendibile è il racconto verbalizzato da un vorace giudice istruttore o l'impressione suscitata, dall'esame in contraddittorio di chi racconta, sulla *virgin mind* del giudice dibattimentale?

Quanto all'immediatezza, il problema stesso dei vantaggi e degli svantaggi di quello che oggi chiamiamo “contatto diretto tra giudice e prova” era divenuto di complessa decifrazione. Da un lato la disciplina del principio di pubblicità, che era stato formalmente costituzionalizzato dallo Statuto albertino (art. 72), venne sostanzialmente delegata alla codificazione processuale ordinaria: in questo modo, il problema della presenza simultanea di giudice, parti, e pubblico all'acquisizione delle prove venne svuotato del suo sottotesto politico per essere trasportato nuovamente nell'ambito della polemica sulla preferenza per un giudizio con giuria¹⁰⁰. Dall'altro, si faceva allora strada una distinzione tra oralità e immediatezza, tipica di quell'atteggiamento che sarà poi caratteristico di parte della letteratura processualpenalistica sui codici del 1913 e del 1930, secondo cui l'immediatezza sarebbe in realtà un attributo classificatorio della *prova*, non del giudizio.

Sempre partendo dal presupposto che le fonti della conoscenza umana siano sostanzialmente riducibili a due, ossia l'osservazione diretta e l'inferenza, si iniziava infatti a parlare di prove *immediate* con riferimento a quei mezzi che forniscono al giudice una conoscenza grazie alla mera osservazione, e di prove *mediate* con riferimento a quei mezzi che, in qualche modo, implicano invece l'uso di facoltà razionali e non solo percettive¹⁰¹. Dal punto di vista cognitivo, le due categorie si presentavano poi ordinate gerarchicamente: va da sé infatti che, all'aumentare della mediatezza, aumenta la difficoltà di raggiungere una qualsiasi soglia decisoria. Dalla certezza fisica degli eventi presenti, che si produce istantaneamente alla rilevazione delle loro manifestazioni immediate, si passa alla certezza morale degli eventi passati, che si produce invece lentamente, dopo lunghe e complesse inferenze fondate sulle prove mediate di essi¹⁰².

In questo senso, l'ideale della conoscenza certa *in quanto* immediata venne incarnato da una figura che avrà una lunga fama, nella storia del diritto probatorio: il giudice del reato commesso in udienza¹⁰³. Come avviene nel caso dell'ispezione oculare rispetto alla traccia del

¹⁰⁰ Cfr. VIGORITI, V., *op. cit.*, pp. 680-681, 688-698; FERRUA, *op. cit.*, p. 120 ss.

¹⁰¹ Cfr. ELLERO, P., *Della critica criminale*, Venezia, 1860, pp. 58-59; TOLOMEI, G., *Diritto e procedura penale esposti analiticamente ai suoi scolari*, Padova, 1874, *Procedura penale* – cap. III, pp. 539-540. Non adottano espressamente la distinzione, ma si muovono nello stesso ordine di idee, pur facendone scaturire conseguenze diverse, MITTERMAIER, C.G.A. [ma C.J.A., sic], *Teoria della prova nel processo penale* [1809], Milano, 1858, pp. 155-158; PESCATORE, M., *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, vol. I, 1863, pp. 66-69; FRAMARINO DEI MALATESTA, N., *op. cit.*, vol. I, pp. 81-82, 304-310.

¹⁰² ELLERO, P., *op. cit.*, pp. 18-20; PESCATORE, M., *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*, Torino, 1864, vol. I, p. II, pp. 93-99; MITTERMAIER, C.J.A., *op. cit.*, pp. 155-158. Sul punto, v. anche MENNA, M., *op. cit.*, p. 35-37.

¹⁰³ La figura, come ricordato, ha ascendenze benthamiane (cfr. BENTHAM, J., *Rationale*, cit., vol. III, lib. V, p. 253), e viene citata come ideale anche da teorici che dell'immediatezza dimostravano una comprensione ben più raffinata, come ELLERO, P., *op. cit.*, p. 19; CARRARA, F., *Del giudizio*, cit., § 905, p. 170; TOLOMEI, G., *op. cit.*, p. 542-543. Fu merito di Lucchini sottolineare che il giudice presente alla commissione di un reato in udienza, pur

reato, il giudice che assiste al fatto criminoso si troverebbe difatti nella miglior posizione possibile, dal punto di vista cognitivo: dinanzi a lui, ciò che per antonomasia è un fatto storico (il reato) diventa infatti un evento presente. In queste ipotesi, certezza fisica e certezza morale finirebbero per coincidere completamente.

Com'è ovvio, però, non solo rispetto ai rari casi di reati commessi in udienza il giudice rivestirebbe semmai il ruolo di *testis in re sua*. Il fatto è che, nella maggior parte dei casi, il giudice ha di fronte a sé eventi del passato, da ricostruire cioè tramite indizi e testimonianze. Seguendo la tassonomia in commento, la prova orale si presenterebbe allora come una prova immediata e mediata allo stesso tempo: immediatamente essa esibisce un narratore, del quale il giudice percepisce – al pari della traccia sensibile nell'ispezione oculare – lo stile espositivo e l'atteggiamento esteriore; mediatamente invece essa contiene un racconto in base al quale il giudice può formulare inferenze che gli consentono di ritenere provata una circostanza più o meno rilevante per il giudizio¹⁰⁴.

Come scriverà ancora nel 1920 Raffaele De Notaristefani, con una definizione che ben restituisce un certo spirito del tempo (ma che oggi riterremmo forse più adatta a descrivere i fondamenti teorici della testimonianza indiretta):

l'immediatezza consisterebbe nella «mancanza di interposizione di un mezzo di prova fra un altro mezzo di prova e il giudice. Contradice al principio di immediatezza, quando il contenuto di essa è un'altra prova [...]. *La base del principio di immediatezza è nella legge di natura, per la quale normalmente la conoscenza è tanto più vicina alla verità quanto più la percezione è vicina al fatto* [...]. La manifestazione più vicina e quindi più fedele di una rappresentazione è la parola [...]. La scrittura costituisce quasi sempre una menomazione. Il tono di voce, la figura della persona che parla, l'esitazione, l'indugio nelle risposte, il contegno, i turbamenti contengono rivelazioni utili alla valutazione e sfuggono alla constatazione anche dello stenografo più esatto o del fonografo [...]. Pertanto, quando la prova scritta riferisce la conoscenza che un individuo ha avuto di un fatto, è sempre una prova che affida meno della parola di quell'individuo, è sempre una prova mediata [...]. Ma può essere immediata una prova scritta, quando ha altro contenuto che un riferimento, come nel caso di un documento dispositivo [...]. E può essere orale una prova mediata, come nel caso di un testimonio che riferisce la deposizione giudiziale di un altro testimonio»¹⁰⁵.

avendo il beneficio epistemologico di una conoscenza immediata dei fatti, non sarebbe un giudice né logicamente né politicamente: «logicamente, ossia tecnicamente, *per la maggiore fallibilità dell'osservazione diretta*; politicamente, perché mancherebbe ogni controllo, ogni guarentigia sulla rettitudine del suo giudizio, le ragioni del quale avrebbe tratto unicamente dalle sue sensazioni. D'altra parte, non ispira piena fiducia una certezza, che pone le sue radici precipuamente in un calcolo tutto interno e soggettivo» (LUCCHINI, L., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, p. 134-135, corsivi nostri; poi anche in SABATINI, GU., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, Catanzaro, 1911, vol. II, p. 48-49).

¹⁰⁴ Lo avvertono, tra gli altri, MITTERMAIER, C.J.A., *Teoria*, cit., p. 155-158; PESCATORE, M., *La logica*, cit., pp. 67-70; TOLOMEI, G., *op. cit.*, pp. 537-540; PESSINA, E., *Della istituzione dei giurati ne' giudizi penali* [1872], ora in *Opuscoli di diritto penale*, Napoli, 1874, pp. 300-301; FRAMARINO DEI MALATESTA, N., *op. cit.*, vol. II, pp. 22-26.

¹⁰⁵ DE NOTARISTEFANI, R., sub *Art. 404 a 407*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L. Mortara