

prof. Dr. Dr. h.c. HANS-HEINER KÜHNE
Università di Trier e di Westminster

LA STRUMENTALIZZAZIONE DELLA VERITÀ E DELLA SUA RICERCA NEL PROCESSO PENALE^(*)

SOMMARIO: I. Il concetto di verità giuridico-processuale. – II. Le limitazioni poste dalla legge nella ricerca della verità materiale. - 1. I procedimenti, formalmente o informalmente, semplificati. - 2. La generale pretesa di accelerazione dei procedimenti. - 3. Il buon funzionamento della giustizia penale (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*). – III. Restrizioni giudiziali e psicologiche nell'accertamento della verità. – IV. Conclusione riassuntiva. – V. Prospettive.

La ricerca della verità è generalmente considerata il punto centrale del diritto processuale penale. Tuttavia, nella realtà, essa gioca un ruolo fondamentale solo in un numero esiguo di casi. Il fenomeno trova una spiegazione non tanto nei limiti giuridici imposti all'attività probatoria, quanto piuttosto in soluzioni pragmatiche o in leali intese fra giudici e pubblici ministeri con esclusione della difesa. Il grande divario tra teoria e pratica forense nell'accertamento della verità rende necessaria una profonda revisione del diritto probatorio.

I. *Il concetto di verità giuridico-processuale*

Va anzitutto chiarito cosa si intende qui per ricerca della verità. Il processo penale si interessa soltanto della rappresentazione di fatti storici¹, senza pretese filosofiche o metafisiche. Ciò nondimeno la percezione di fatti storici – sempre che l'apparato percettivo funzioni a dovere – è il risultato di una sele-

* Articolo pubblicato in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 361-374 col titolo *Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren*. La traduzione, approvata dall'Autore, è della dott.ssa Laura Patti.

¹ Questi sono definiti attraverso la descrizione degli elementi che costituiscono la fattispecie incriminatrice, anti-giuridicità, colpa e dolo e vengono tratti dalla molteplicità dei dati di fatto rilevanti per l'accertamento giuridico. L'interesse per i dati di fatto subisce dunque una limitazione grazie al filtro rappresentato dai criteri giuridici rilevanti. Sembra però esagerato voler trarre da questa ovvietà considerazioni teoriche circa il carattere selettivo della ricerca della verità, come propone KRAUß, in *Festschrift SCHAFFSTEIN*, 1975, p. 427.

zione e di un'attribuzione di significato, che rende opinabile la sussistenza di un certo accadimento o, qualora se ne affermi l'esistenza, in particolare se esso possa essere riprodotto in maniera univoca dalla percezione umana. La ricerca sulla percezione della verità, così come messa a punto di recente da *Bender e Nack*² per la pratica legale, lascia forti dubbi circa l'esattezza di una risposta affermativa (esempio: "*ho visto una donna*"). Il testimone ha visto una persona di corporatura esile con capelli lunghi e una gonna. I dettagli fanno pensare a una donna, ma si sarebbe potuto trattare anche di uno scozzese, di un travestito o di qualcuno appena uscito da una festa di carnevale).

Nel migliore dei casi si tratta di un mero avvicinamento alla realtà storica pensata in maniera obiettiva³, che in un contesto processuale può anche essere chiamata verità. Questo implica un'inevitabile ambiguità. Tutto dipende quindi dalla forza definitoria di chi attribuisce significato a un evento. Questa è in definitiva e in ultima istanza, stando alla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, materia del giudizio di merito. Per le parti private del processo ciò vuol dire rendere convincente il significato delle prove esibite sulla base di un senso comune da rinnovare continuamente.

Grazie a questi sforzi è possibile giungere a risultati che non tanto corrispondono ad una costruzione della realtà storico-obiettiva, quanto, come ha sostenuto in maniera piuttosto aggressiva *Niklas Luhmann*, ad una *nuova costruzione* di realtà meramente processuale, definibile anche in termini di *decostruzione* della verità storica. Il procedimento giudiziario creerebbe una verità nuova, corrispondente alla verità storica solo idealmente, non per il suo intimo contenuto. Benché una simile eventualità non possa essere evitata nella prassi, non siamo di fronte, come invece erroneamente sostiene *Luhmann*, a conseguenze necessariamente correlate con l'essenza della procedura giudiziaria. Si tratta di inconvenienti non tanto intrinseci al *procedere* quanto piuttosto dipendenti dai naturali limiti della conoscenza umana. C'è tuttavia qualcosa di esatto nella tesi luhmaniana: lo sforzo volto a raggiungere la verità storica sfocia in un accertamento definitivo, che – salvo rare eccezioni come la revisione del giudicato – resta immune anche a fronte di una più precisa conoscenza dei fatti.

Due sono i fattori che dovrebbero garantire concretamente una maggiore

² BENDER/NACK/TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München Beck, 3°ed., 2007.

³ Ovviamente entro i limiti degli obiettivi commisurati alle fattispecie penali, v. KÜHNE, in *Kommentar zur Strafprozessordnung Löwe-Rosenberg*, de Gruyter, Berlin-New York 2007, 26° ed., *Introduzione*, H 26.

corrispondenza tra la verità storica e quella processuale nell'ambito di un procedimento penale:

- un'assunzione delle prove rispettosa del contraddittorio e tale da rendere ottimale la comunicazione fra le parti del processo, secondo le forme e le rigorose regole predisposte per l'accertamento dibattimentale (*Strengbeweisverfahren*);
- una documentazione che descriva la ricerca della verità e che sia suscettibile di verifica attraverso la motivazione della sentenza.

Il carattere triadico dell'assunzione probatoria trova riscontro nella ricerca dei fatti rilevanti da parte dei tre soggetti processuali (giudice, accusatore, difensore) su un piano di parità, con il giudice nella veste di chi è in definitiva responsabile per l'affermazione di questa realtà. Il codice di procedura penale sfrutta i diversi punti di vista del pubblico ministero e della difesa nel loro tentativo di avvicinarsi alla verità. Le accennate facoltà di lettura dei fatti processuali sono distribuite a seconda degli interessi in gioco così da offrire al giudice una maggiore possibilità, idealmente libera da interessi, di avvicinarsi alla realtà storica, alla realtà processuale, per l'appunto⁴.

Tutto questo accade nell'ambito della normativa riguardante la prova, la cui assunzione prevede le modalità di comunicazione tra i soggetti professionali (giudice, accusatore, difensore) oltre che tra essi e l'imputato. Queste norme che disciplinano la prova dibattimentale (*Strengbeweisverfahren*), garantiscono formalmente la comunicazione durante il processo ottimizzandone lo svolgimento⁵. La tendenza del giudice di legittimità – sulla quale tornerò fra poco – di correggere gli *errores in procedendo* incorsi nel dibattimento sulla base di un accertamento non rispettoso del contraddittorio (*Freibeweisverfahren*) attinge perciò al cuore della ricerca processuale della verità.

Lo sforzo volto ad accertare la realtà storica viene documentato nei motivi

⁴ Altra questione è se le modalità comunicative siano regolate dalla procedura penale in maniera ottimale. Il problema è stato oggetto di discussione negli anni settanta, soprattutto da parte dei sociologi, che hanno parlato di “comunicazione sistematicamente contorta” (ROTTLEUTHNER, *Soziologie richterlichen Handelns* [II], in *Kritische Justiz*, 1971, 72) oppure di “comunicazione superflua sbilanciata con riguardo a un discorso auspicabilmente privo di dominio” (HABERMAS, principalmente in: *Theorie der Gesellschaft* [con LUHMANN] 1971, ad esempio, p. 137 ss).

⁵ Per una più approfondita analisi del tema si rinvia a KÜHNE, *Strafverfahrensrecht als Kommunikationsproblem: prolegomena einer strafverfahrensrechtlichen Kommunikationstheorie*, Heidelberg, Kriminalistik-Verlag, 1978.

della sentenza. La verità dei fatti, ricostruita durante il procedimento, è per così dire trasformata in un intreccio di constatazioni e valutazioni, sì da essere elevata su un piano meta-giuridico. La verità non viene poi cercata nuovamente nel controllo di legittimità della sentenza di merito; più modestamente, a questo livello, ci si limita a verificare che la *verità processuale sia il prodotto di attività conformi alle regole*. Questo porta ad un concetto di *verità* essenzialmente *formale*, valido per il solo ricorso di legittimità quale istanza di controllo dell'accertamento condotto nel processo di merito. Quest'ultimo si caratterizza principalmente per la doverosa e coerente sistemazione degli argomenti tratti da prove regolarmente assunte sulle quali si fonda il contenuto della sentenza⁶.

A prima vista questo concetto di verità formale permette e al contempo conferma la differenza tra verifica del giudice di legittimità e assunzione delle prove da parte dei giudici di merito. Solitamente questo viene spiegato col dire che il giudice di legittimità dovrebbe limitarsi a un esame formale circa la correttezza del provvedimento impugnato. Ma la distinzione è ingannevole, perché insuscettibile di effettiva implementazione.

Mentre l'assenza di contraddizioni nella sentenza può essere soggetta a un esame fondato su un criterio obiettivo, capace di fungere da presupposto generale e necessario per ogni decisione che abbia la pretesa di essere corretta, lo stesso non si può dire per le parti normative della motivazione: se si possa credere ad una testimonianza molto dettagliata, se il movente sia stata una gelosia comprovata, se dalla proprietà dell'arma del delitto si possano trarre conclusioni circa l'uso della stessa da parte del proprietario, etc., sono questioni che implicano valutazioni soggettive, per loro natura diverse a seconda di chi le fa e refrattarie a qualsiasi uniformazione obiettiva. Qui subentra il controllo di legittimità della verità formale che si sostituisce alla valutazione dei fatti operata dal giudice di merito, come qualche volta emerge chiaramente nelle sentenze del *Bundesgerichtshof*⁷.

⁶ *Decisioni del Bundesverfassungsgericht*, vol. 55, p. 206 e WAGNER, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1994, p. 272 e ss. Per il resto *Bundesgerichtshof*, in *Strafverteidiger* 2000, p. 243; p. 600; e *ivi*, 2001, p. 551; cfr. anche *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1990, p. 448 e *ivi*, 2001, p. 161. Per ulteriori informazioni al riguardo v. KÜHNE, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafrechts* Heidelberg, Müller 2007, 7.ed, nr. a margine 2001.

⁷ Così si esprime, ad esempio, il *Bundesgerichtshof* cassando un'assoluzione pronunciata dal giudice di merito: proprio per la quantità e la completezza delle circostanze a carico dell'imputato, appare possibile che il tribunale sarebbe giunto a una condanna, se avesse deciso sulla scorta di una complessiva visione dei fatti. *Der Spiegel*, 51/2007, p. 62.

Considerazioni analoghe valgono per la definizione e la determinazione del contenuto delle norme da applicare. Anche qui, notoriamente, la sussunzione giuridica, lungi dall'essere un atto di semplice deduzione, è in realtà il risultato di un'assegnazione normativa in forma di argomentazione deduttiva. Di conseguenza, in questo ambito si affida alla gerarchia la decisione circa la validità giuridica delle singole argomentazioni. Così, di regola, la verità storica viene definita nuovamente, oppure vengono formulate nuove condizioni per un nuovo giudizio di merito, il cui esito è peraltro pregiudicato dalla decisione di legittimità.

Possiamo pertanto fissare i seguenti punti:

- Il processo penale tende a una ricostruzione della verità storica che, per la relatività della percezione sensoriale, può talvolta portare ad una costante de-costruzione.
- Garanzia fondamentale per la maggiore aderenza tra verità storica e verità processuale è il rispetto delle regole probatorie previste per il dibattimento penale (*Strengbeweisverfahren*), che, nemmeno nel giudizio di legittimità, possono essere sostituite dalle più permissive regole previste per l'accertamento di fatti processuali (*Freibeweisverfahren*).
- Mentre il giudice di merito deve occuparsi della verità materiale, compito del giudice di legittimità è verificare la correttezza della procedura seguita per produrre questa verità, col risultato di spostare l'accento su una verità per così dire formale.
- In taluni settori importanti, tuttavia, margini di libertà normativa permettono al giudice di legittimità di intervenire sul convincimento del giudice di merito, col che si assottiglia la differenza tra verità materiale e verità formale.

II. Le limitazioni poste dalla legge nella ricerca della verità materiale

Sarebbe però errato ritenere che il processo penale serva esclusivamente alla ricerca della così descritta verità processuale. Anzitutto vanno ricordati i divieti probatori che esigono il loro tributo in termini di formalismo processuale. La bella espressione usata dal *Bundesgerichtshof*, secondo la quale l'accertamento della verità non può esser perseguito ad ogni costo⁸, illustra bene il punto, sul quale non conviene indugiare oltre. Merita tuttavia sottolineare come la corrente di pensiero dominante nella giurisprudenza tedesca sia sempre

⁸ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, vol. 16, p. 365.

meno incline ad accettare simili civilissime limitazioni nell'accertamento della verità⁹ e sempre meno disposta a riconoscere che dal divieto di prova scaturisca un divieto di utilizzazione della prova stessa.

Con decisione vediamo evocare l'argomento dell'efficienza processuale per trarne conclusioni circa il tipo e la portata dei limiti da rispettare nel ricercare la verità. Dal punto di vista processuale, l'argomento in questione rileva su tre distinti piani, dove la ricerca della verità subisce limitazioni talvolta nascoste. Mi riferisco precisamente

- ai procedimenti formalmente o informalmente semplificati;
- alla generale esigenza di accelerare il corso dei procedimenti;
- alla pretesa di far funzionare al meglio la giustizia penale (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*).

1. I procedimenti, formalmente o informalmente, semplificati

In Germania, come nella maggior parte degli altri paesi dell'Unione Europea, il processo celebrato nella sua completezza è, statisticamente parlando, una rarità¹⁰. La legge processuale prevede soluzioni semplificate come il procedimento per decreto (§§ 407 ss. *StPO*) e il procedimento a citazione diretta (§§ 417 ss. *StPO*). Forme di *diversion* sono rese possibili dall'attuazione del principio di opportunità nei §§ 153 ss. *StPO*, da tempo divenute regola da eccezioni che erano¹¹. Modelli di semplificazione formalizzati, ancorché disciplinati dalla legge, si riscontrano nei patteggiamenti (*Absprachen*), apertamente tollerati dalla giurisprudenza delle corti superiori (*Bundesverfassungsgericht* e *Bundesgerichtshof*). Al di sotto di questo livello e affini per contenuto all'accennato patteggiamento, ritroviamo le c.d. cooperazioni fra imputato e giudice, vale a dire la disponibilità del primo a facilitare il compito del secondo confessando (anche parzialmente) il fatto in cambio di una considerevole riduzione della pena.

⁹ È dovuta intervenire, contro la Germania, la Corte di Strasburgo, per porre fine all'indegna pratica consistente nella somministrazione di preparati vomitivi per il recupero di ovuli di droga. Si veda la sentenza dell'11 luglio 2006, *Jalloh vs Germania*; va qui menzionato anche l'insufficiente recepimento da parte della Corte Suprema tedesca della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di agente provocatore, rientra nel quadro. Si veda, al riguardo, la sentenza del 9 giugno 1998, *Teixeiras vs Portogallo*.

¹⁰ Sulla situazione in Europa, dettagliatamente KÜHNE, in *Kommentar*, cit., G 32 ss.

¹¹ V. per esempio i dati di HEINZ, *Festschrift* GÜNTHER KAISER, 1998, S.85, secondo il quale almeno un terzo di tutte le fattispecie teoricamente imputabili, vengono impostate sui §§ 153 ss. *StPO*.

In tutte queste varianti la lotta per la verità viene sostituita da una trattativa sulla verità. Le regole per questa trattativa sono dettate rispettivamente dall'interesse della giustizia di smaltire il carico di lavoro e dall'interesse dell'imputato di minimizzare il rischio di provvedimenti sfavorevoli.

Il conflitto con il principio, in teoria illimitato, di una ricerca del vero conforme al diritto probatorio viene tematizzato solo in apparenza, col ripetere che in nessun caso l'accertamento dei fatti debba soffrirne. *Come* ciò dovrebbe esser possibile, con l'alterazione delle procedure, non viene però detto. Viene così tacitamente introdotto un *nuovo paradigma*. *Esso si risolve nell'assunto che esiste una certa tipologia di casi in cui le regole in tema di accertamento probatorio, così come previste dalla StPO, sono superflue, se non addirittura dannose, e, pertanto non vanno applicate.*

A una simile conclusione si perviene molto semplicemente innanzitutto col seguente ragionamento *a contrario*. Se il diritto probatorio fosse applicabile senza limitazione in tutti i casi, non ci sarebbe bisogno dei procedimenti semplificati, né di quelli previsti dalla legge, né di quelli forgiati dalla prassi. Se si applicasse questo diritto in modo flessibile si potrebbe, infatti, renderlo adatto a ogni mutevole combinazione di fatti. Ma proprio questo non si fa, preferendo invece affidarsi alle diverse forme di semplificazione procedurale per mettere fuori gioco – anche solo in parte – le regole in tema di prova. Sembra unanime il consenso sull'insufficienza del diritto probatorio, che, per la sua complessità, costituisce spesso fattore di disturbo. Al contempo, il *Bundesgerichtshof* continua ad affermare che la scoperta della verità non deve subire pregiudizi¹². Ma non si spiega come sia possibile mantenere questa completezza nell'accertamento della verità, quando si disattivano in tutto o in parte le regole probatorie.

Ci si affida all'esperienza. È “il semplice fatto evidente” che fa apparire superflue ulteriori domande. Qualunque pratico pretende di riconoscere queste fattispecie semplici. Sarà anche – pur nell'impossibilità di fornirne prova statistica – che la maggior parte dei casi risultano strutturati in maniera semplice, sì da rendere superfluo un accertamento esteso e complesso. Tuttavia, ciò implica un rischio per la verità: quando la chiarezza regna sulla semplicità del fatto da provare, non c'è spazio per altre domande. Se la semplificazione delle procedure consiste nel rendere irrilevanti ulteriori domande, bisogna ammettere che viene meno la stessa possibilità di riconoscere e correggere l'eventua-

¹² Si vedano, per esempio, le decisioni pubblicate in *Strafverteidiger*, 2004, p. 470 e *ivi*, 2005, p. 312.

le erroneità, a discapito della chiarezza, di una simile supposizione nel caso singolo.

Certo si potrebbe obiettare che le parti del processo sono pur sempre libere di affidarsi alle situazioni di evidenza destinate a sfociare in codeste procedure semplificate. Ciascuna di esse, se vedesse pregiudicato l'accertamento dei fatti, potrebbe pretendere un processo con le migliori garanzie di verità. Si tratta di argomento che, valutato dal punto di vista processuale penale, appare certamente sbagliato per due ragioni. Da un lato esso omette di considerare che, in ambito penale, l'oggetto dell'accertamento sfugge alla disponibilità delle parti. Un accordo volto a interrompere l'accertamento dei fatti, sul presupposto di una loro asserita semplicità o evidenza, non può né pertanto deve essere concluso, dal momento che qui il giudice sarebbe tenuto a intervenire d'ufficio. Noi tutti sappiamo però che, ragioni di efficienza, sulle quali fra un po' si tornerà, impediscono che ciò accada; anzi, sovente è il giudice stesso a insistere per la procedura semplificata.

Dall'altro lato, l'argomento poco fa illustrato dimentica che la teorica facoltà di esigere un accertamento pieno della verità, soprattutto per la difesa, nella pratica non sussiste. Il timore di perdere il *favor judicis* e/o di danneggiare il proprio assistito con una simile richiesta¹³, porterà spesso a prestare il consenso per un accertamento incompleto, magari favorevole ai comprensibili interessi dell'assistito, ma non all'accertamento della verità. Tutto ciò, quanto meno in teoria, è estraneo al nostro diritto processuale penale!

È dunque possibile ribadire, a ragion veduta, quanto asserito in precedenza, vale a dire che nelle procedure semplificate la verità viene, quanto meno potenzialmente, fatta oggetto di trattativa.

2. La generale pretesa di accelerazione dei procedimenti

Il principio di ragionevole durata del processo che trova attuazione in alcune disposizioni della *StPO*¹⁴, è previsto a chiare lettere dal § 6 I della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ed è stato ripetutamente applicato nella

¹³ Per la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* favorevole alla c.d. forbice sanzionatoria v. le decisioni pubblicate in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2004, p. 577 e *ivi*, 2008, p.170 dove si vede come, nelle varie fasi del processo di merito, l'imputato venga trattato piuttosto sgarbatamente quando non confessa. Bisogna dare atto al *Bundesgerichtshof* di essersi lodevolmente opposto ad una simile prassi.

¹⁴ V. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., Numero a margine 268 s.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sarebbe però un grossolano errore pensare che il principio in questione possa essere invocato per influenzare negativamente l'accertamento dei fatti. Dalla giurisprudenza della Corte europea risulta evidente che il principio di ragionevole durata è violato solo quando la giustizia resti inerte o quando non proceda con la dovuta celerità, secondo le regole dell'ordinamento interno¹⁵. Durate apparentemente eccessive, dovute a difficoltà riguardanti le situazioni di fatto o di diritto sono sempre state considerate come conformi alla Convenzione¹⁶. Lo stesso vale per i ritardi provocati dall'attività difensiva¹⁷.

Non è certo da escludere che ritardi provocati da impugnazioni che hanno propiziato un'erronea applicazione del diritto possano essere visti come lesivi del citato art. 6 I. Proprio questo è il timore, non del tutto ingiustificato, che affiora in una sentenza emessa nel 2007 dai *Große Senate del Bundesgerichtshof*¹⁸. La conclusione che se ne trae, di non censurare la violazione in omaggio al principio di ragionevole durata del processo, è tuttavia avventurosa. Se gli insuccessi della giustizia comportano dilazioni della procedura, ciò che andrebbe fatto è rimuovere le cause che hanno provocato il fallimento, non nascondere gli insuccessi come la polvere sotto il tappeto.

Problemi per l'accertamento della verità sorgono solo in corrispondenza di attività illecite o processualmente illegittime o, ancora e per lo più, di inerzie dell'apparato giudiziario, capaci di provocare inammissibili dilazioni del processo. Notoriamente, in questi casi estremi, il *Bundesgerichtshof* riconosce la

¹⁵ Soprattutto la Corte europea dei diritti dell'uomo evidenzia che non può fungere da giustificazione né il sovraccarico né la disorganizzazione della giustizia; v. la sentenza del 25 gennaio 2000, *Agga vs Grecia*; e ancora la sent. 8 febbraio 2000, *Majaric vs Slovenia*. Alla giurisprudenza europea si è allineato il *Bundesverfassungsgericht*: si vedano le sentenze pubblicate in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, p. 49, nonché *ivi* 2006, p. 73 e p. 87.

¹⁶ Molto interessante, con riguardo a un processo di criminalità economica, la sentenza relativa al caso *v. Hennig vs Austria*, pubblicata in *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht (wistra)* 2004, p. 177 con nota di GAEDE p.166.

¹⁷ Erroneamente allora il *Bundesgerichtshof* (*Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 2466) ha fatto discendere dal principio di ragionevole durata il potere del giudice – non previsto dalla legge – di porre un termine alle parti del processo in caso richieste probatorie presentate con lo scopo di rallentare il corso del processo. Scaduto quel termine, il rigetto delle richieste di prova è motivato nella sentenza di merito, non in un apposito provvedimento. Se la legge non basta ad evitare azioni dilatorie – cosa che appare opinabile – non è il giudice a poter prendere il posto del legislatore con provvedimenti che limitano il diritto di difesa.

¹⁸ *Große Senate del Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 2419 e p. 2422.

sussistenza di un ostacolo procedurale¹⁹, tale da imporre una rinuncia ad ulteriori tentativi di accertare i fatti. Ma questa, a ben vedere, è (anche) una sanzione per l'inefficienza della giustizia²⁰, non, invece, un limite all'accertamento della verità dipendente dal principio di ragionevole durata del processo.

Se ne ricava che il principio in questione non ha efficacia negativa sulla ricerca della verità.

3. *Il buon funzionamento della giustizia penale* (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*)

Elevato al rango di principio costituzionale dal *Bundesverfassungsgericht*²¹ il paradigma del *buon funzionamento della giustizia penale* è stato altresì gioiosamente recepito dalla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*²². Varianti nominalistiche, ma non di contenuto, le riscontriamo, ad esempio, in espressioni quali “la necessità di un’efficace lotta contro il crimine” o “la necessità di accertare gravi reati”²³. Il paradigma viene principalmente utilizzato per convalidare, confermare condanne anche affette da errori processuali, o per limitare garanzie processuali, anche richiamandosi alla necessità di accertare la verità²⁴. *Hassemer* – quando ancora non era giudice costituzionale – parlava, a questo proposito, di “topos argomentativo controriformista”²⁵. Per giunta si tratta di una formula dal contenuto vago, aperta ad applicazioni arbitrarie. Il più delle volte inespressa essa nasconde un’impressione del tipo: “non si può sottrarre un colpevole alla meritata pena solo per motivi formali”. Ma con ciò si nega il carattere equo del processo penale, la sua conformità alla giustizia e ai postulati dello stato di diritto. In realtà, la giustizia penale può essere consi-

¹⁹ *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 1146. Precedentemente, in questo senso anche *Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 128.

²⁰ Naturalmente in questo modo viene tutelato anche e forse soprattutto l'imputato.

²¹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* vol. 33, p. 383.

²² Criticamente su questo punto GRÜNEWALD in *Juristenzeitung* 1976, p. 772; NIEMOELLER/SCHUPPERT in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1982, p. 367; RIEHLE, in *Kritische Justiz*, 1980, p. 316; RIEß, in *Strafverteidiger Forum* 2000, p. 364.

²³ V. RIEß, *loc. ult. cit.*, p. 364.

²⁴ Molto bello l'elenco di HASSEMER, in *Strafverteidiger*, 1982, p. 275.

²⁵ HASSEMER, *loc. ult. cit.* RIEß, *Strafverteidiger Forum*, cit., p. 364 e p. 365 ss ravvisa un'applicazione favorevole all'imputato di questo concetto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; in effetti il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza che si può leggere in *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 668 ha deciso in senso favorevole alla libertà, in un bilanciamento tra gli interessi dell'imputato e le esigenze di repressione penale.

derata ben funzionante quando è in grado di:

- distinguere il colpevole dall'innocente
- seguendo le previsioni della legge processuale.

La complessa struttura del processo penale non può essere concepita come un ostacolo per un efficiente accertamento della verità, nemmeno quando una delle parti processuali – senza dubbio la difesa, come si vedrà subito di seguito – è disposta a prenderla davvero sul serio. L'impressione abilmente associata al paradigma del *buon funzionamento della giustizia*, che la giustizia penale collapserebbe se un determinato diritto fosse garantito, sarà psicologicamente efficace, ma è obbiettivamente disonesta. Di nuovo *Hassemer* fa notare che, nell'esperienza tedesca, mai è stato messo in pericolo il buon funzionamento della giustizia penale, sicché sarebbe opportuno astenersi dall'usare quel *topos* argomentativo.

In definitiva, il principio costituzionale del *buon funzionamento della giustizia penale*, nella disfunzionale applicazione che oggi se ne fa, viene utilizzato dalla giurisprudenza delle Corti superiori come argomento per limitare diritti di libertà processuali, col risultato di ampliare le possibilità di ricercare la verità solo dal punto di vista di giudici e pubblici ministeri. Viene così limitata se non addirittura neutralizzata la facoltà della difesa di controllare la correttezza della procedura e di influire con propri controargomenti sul convincimento giudiziale, in fatto e in diritto.

“Il buon di funzionamento della giustizia penale” privilegia il punto di vista dei giudici e dei pubblici ministeri; al contempo, espropria la difesa di propri diritti.

III. Restrizioni giudiziali e psicologiche nell'accertamento della verità

Come già detto in precedenza, la percezione sensoriale di un fatto è necessariamente il risultato di una riduzione normativa, con implicazioni psicologiche. Inoltre, in relazione al contesto processuale, v'è una particolare combinazione psicologica che merita di essere menzionata. Si ha l'impressione che un assunto di fondo psicologico interferisca con la percezione dell'accadimento processuale. Questo può essere descritto come intrinseca lealtà dell'apparato giudiziario, vale a dire di giudici e pubblici ministeri, nei confronti di attori per così esterni al mondo giudiziario, vale a dire i difensori. Ciò si manifesta nella presunzione di correttezza che solitamente caratterizza il controllo giudi-

ziale sul comportamento di giudici e pubblici ministeri e negli sforzi argomentativi che vengono intrapresi per confermare quella presunzione. I difensori, per contro, vantano un minor bonus di correttezza presunta, essendo spesso costretti a giustificare le loro scelte e strategie.

Alla base di tale assunto sembra esserci l'idea che vede nei difensori altrettanti fattori di disturbo sulla via che porta al giusto risultato; risultato che sarebbe invece perseguito in maniera encomiabile da giudici e pubblici ministeri. Ne segue che gli interventi dei difensori sono guardati come ostacoli all'accertamento della verità, mentre le attività di giudici e pubblici ministeri, benché *contra legem*, sono comunque considerate ispirate all'alto fine di accertare la verità. Per questo, spesso, l'inosservanza della legge processuale è considerata una sorta di peccato veniale, una irregolarità irrilevante nel giudizio di legittimità.

È chiaro che una simile rappresentazione ignora la struttura di fondo del processo penale e il suo necessario formalismo. Giudici e pubblici ministeri negheranno quel che si è detto in precedenza. Non resta dunque che tentarne una dimostrazione attraverso un'analisi rapida ed esemplificativa della giurisprudenza.

Risulta fondamentale, al riguardo, il noto orientamento dei giudici di legittimità incline a distinguere le norme processuali in precetti in senso stretto e disposizioni meramente ordinatorie²⁶. L'inosservanza di queste ultime è ovviamente priva di sanzioni processuali. Benché si tratti di norme volte, non a caso, a proteggere la posizione dell'imputato, il difensore non può censurarne il mancato rispetto in sede di legittimità.

Segue lo stesso schema mentale l'orientamento che interpreta in senso arbitrariamente restrittivo il rapporto fra divieti di prova e divieti di utilizzazione probatoria. L'idea che l'inosservanza di un divieto così centrale nell'economia del processo come quello che pone limiti all'assunzione della prova comporti poi un divieto di utilizzare la prova stessa trovo riscontro solo negli ordinamenti processuali francese, spagnolo ed italiano²⁷. In Francia e in Italia la documentazione è esclusa dagli atti, onde evitare persino il tacito effetto che la prova vietata potrebbe avere sul convincimento del giudice²⁸.

²⁶ KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., numero a margine 1084.

²⁷ Del resto, i divieti di utilizzazione probatoria in Francia sono condizionati al rispetto di "formalità fondamentali" e in Spagna alla "violazione di diritti e libertà fondamentali", sicché v'è anche in quegli ordinamenti una certa libertà di azione, non dissimile dalla prassi tedesca che distingue fra divieto di prova e divieto di assunzione della prova.

²⁸ KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit. numeri a margine 1237, 1292.

Il costante rafforzamento dei requisiti formali imposti per l'efficacia delle impugnazioni costituisce un ulteriore, particolare ambito in cui lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha accettato l'orientamento restrittivo, al dichiarato scopo di limitare il numero dei ricorsi²⁹. Qui, evidentemente, si hanno di mira solo economie processuali ed esigenze di alleggerimento del carico giudiziario! La ricerca della verità non gioca più alcun ruolo.

A riprova del nostro assunto sta l'esigua quota di rigetti nei confronti dei ricorsi di legittimità presentati dai pubblici ministeri, come documentato nello studio empirico di *Barton*³⁰. L'assunto trova peraltro ulteriore conferma nella stessa legge processuale che, nel § 349, comma 2, attribuisce al pubblico ministero una sorta di diritto al vaglio preliminare (di manifesta infondatezza) dei ricorsi di legittimità presentati dal difensore³¹. È curioso che moltissimi rigetti, per ragioni formali, colpiscano i ricorsi di legittimità presentati dai difensori; ciò non può esser certo spiegato con una miglior preparazione tecnico-giuridica dei pubblici ministeri.

Questa tendenza si conferma nella valutazione di fondatezza del ricorso di legittimità, quando si esige che il ricorrente illustri nell'atto di impugnazione circostanze a sé sfavorevoli (*Negativtatsachen*)³². Considerato che tali circostanze sfavorevoli non possono essere previste in anticipo e fissate con criteri obiettivi³³, si aprono per il giudice di legittimità ampie possibilità di arbitrio nel rigettare i ricorsi sul presupposto di una insufficiente indicazione dei motivi da parte del ricorrente. D'altro canto, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* è unanime nel negare che l'eventuale contrasto fra atti processuali e sentenza possa costituire un valido motivo di ricorso³⁴. Affiora di nuovo la presunzione di correttezza dell'attività giudiziale, per la quale si lascia perdere l'inspiegato e l'inspiegabile, laddove la più piccola inosservanza, il più piccolo difetto di argomentazione da parte del difensore è motivo di rigetto del ricorso.

Anche nel campo della ricusazione del giudice sono evidenti gli sforzi volti

²⁹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 88, p. 118.

³⁰ BARTON, *Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen*, 1999, p.193 s.

³¹ Tuttavia la giurisprudenza in alcuni casi ha ammesso che anche i ricorsi proposti dal pubblico ministero possano essere sottoscritti dal procuratore generale ai sensi del § 349, comma StPO, al qual riguardo si veda KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., numero a margine 1089.1.

³² Purtroppo ripreso criticamente dal *Bundesgerichtshof*, in *Bundesverfassungsgericht, Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2005, p. 522.

³³ Per ulteriori approfondimenti si veda KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit, numero a margine 1070.

³⁴ *Bundesgerichtshof*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 5.

a neutralizzare in via argomentativa condotte scorrette dell'autorità giudiziaria. Solo l'1% delle richieste viene accolto³⁵. Un bell'esempio tratto dalla recente giurisprudenza lo riscontriamo nella sentenza emessa dal *Bundesgerichtshof* il 12 settembre 2007³⁶. Si trattava di un presidente di tribunale che, prima del dibattimento, si era accordato col difensore, promettendo che avrebbe irrogato la pena entro un certo limite, se l'imputato avesse confessato. La trattativa era avvenuta all'oscuro del pubblico ministero, il quale, quando se ne rese conto nel corso del dibattimento, decise di chiedere la riconsiderazione del giudice. Richiesta che – caso raro – fu rigettata. Vero che il difensore dava giustamente per scontato che quella promessa risultava vincolante per il giudice; tuttavia, ad avviso del *Bundesgerichtshof*, ciò risulterebbe irrilevante, poiché quel presidente poteva ben supporre che l'avvocato conoscesse il consolidato orientamento giurisprudenziale, che in siffatti casi ammette solo promesse non vincolanti. Pertanto, l'avvocato ha frainteso le parole del presidente. In altri termini, una dichiarazione del giudice va intesa come legittima, anche se il suo significato letterale portasse a considerarla illegittima. Inversamente, solo le dichiarazioni erronee provenienti da soggetti diversi dal giudice sono da qualificare come illegittime. Evidentemente solo i giudici conoscono il diritto oltre ogni possibile dubbio; tutti gli altri, soprattutto i difensori, azzardano dichiarazioni "incomplete" sempre e solo per la loro ignoranza giuridica!

L'irresistibile svalutazione del valore probatorio del verbale d'udienza al fine di rigettare doglianze di per sé fondate fornisce un'altro, efficace dimostrazione del nostro assunto: contro quanto stabilisce il § 274 *StPO*, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* ammette una correzione del verbale, persino quando questa dovesse pregiudicare il diritto all'impugnazione (*Rügeverkümmierung*)³⁷. Un verbale sembra pertanto meritare questa qualifica solo quando è stato corretto – quante volte? – definitivamente. Le ragioni della correzione vanno ovviamente accertate dal giudice con modalità libere da vincoli particolari (*Freibeweisverfahren*), senza bisogno di aprirsi al contraddittorio delle parti. E se lo stesso valesse per le sentenze? E che dire poi dei motivi

³⁵ NACK, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, p.159.

³⁶ *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 172.

³⁷ Si veda la nota di VENSZKE alle decisioni dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo (15 febbraio 2003) e del *Bundesgerichtshof* (3 dicembre 2003) in *Strafverteidiger*, 2004, p. 300. Un efficace resoconto storico circa le restrizioni del § 274 *StPO* è offerto da HAMM, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, p. 3166.

allegati ai ricorsi di legittimità? Possono anche questi atti, all'occorrenza, essere ripuliti dei loro vizi?

I *Große Senate* del *Bundesgerichtshof*, quando giustificano queste prassi dicendo che il valore probatorio del verbale ex § 274 *StPO* non modifica i dati di fatto, né trasforma il vero in falso³⁸, incorrono in un grave errore di comprensione della legge processuale penale. Come evidenziato in precedenza, la *StPO* esige che la verità storica sia accertata nel rispetto di rigorose regole probatorie, rispettose del contraddittorio (*Strengbeweisverfahren*). Il citato § 274 prevede l'efficacia probatoria del verbale come parte di tale rigorosa modalità di accertamento. Ne segue che ogni deviazione da questo tracciato normativo pregiudica l'accertamento della verità. Richiamarsi a una "verità vera", che starebbe al di là del verbale, significa sostituire la verità processuale con informazioni e valutazioni soggettive acquisite irrualmente. Nemmeno ai giudici più elevati in grado è riservato il privilegio di accertare la verità, trasferendo nel processo opinioni personali in contrasto con quanto prevede la legge. Anche il diritto di difesa sancito dal § 6, comma 3, CEDU sarebbe in tali casi violato, in quanto l'accertamento della verità avverrebbe senza l'intervento del difensore o comunque senza la sua partecipazione.

Un ulteriore esempio contribuirà a chiarire meglio perché una "verità soggettiva al di là del verbale", già per ragioni di uguale trattamento, non possa esser posta a base di decisioni la cui correzione pregiudicherebbe il diritto all'impugnazione. Anche quando appare certo che un giudizio si fonda su un falso presupposto di fatto, il *Bundesgerichtshof* non trarrà certo spunto da ciò per salvare l'impugnazione del difensore, considerando come veniali eventuali vizi formali o errori consistenti nell'incompletezza dei motivi di ricorso. Farà piuttosto riferimento al proprio limitato dovere di verifica, che non gli permette di estendere il controllo ad altri aspetti della sentenza, per attestarne la correttezza al di fuori dei motivi dedotti nell'atto di impugnazione. In questo contesto, la verità materiale è argomento inconsistente. Ma perché questa indulgenza nei confronti dei giudici in presenza di falsi verbali e, al contempo, questo improvviso voltafaccia da parte dei giudici di legittimità con riguardo alla verità materiale? Se le previsioni normative considerate non apparissero idonee agli scopi cui risultano preordinate, dovrebbe essere compito del legislatore modificarle, non della giurisprudenza.

Non costituisce eccezione alla regola qui illustrata l'insegnamento del *Bun-*

³⁸ *Große Senate* del *Bundesgerichtshofs*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, p. 2419 e p. 2422.

desgerichtshof riguardante la rinuncia all'impugnazione sulla base di un'intesa fra i soggetti processuali. Quel che interessa al *Bundesgerichtshof* è salvare il proprio punto di vista, dichiarando inammissibile una rinuncia all'impugnazione che sia frutto di un accordo. Interessa inoltre ripudiare procedure informali che potrebbero vanificare il definitivo controllo di legittimità sulle sentenze di merito. È del tutto casuale che questo sforzo di coerenza con i meccanismi formali della procedura ridondi in favore dell'imputato alla stressante ricerca di un accordo.

Da quel che si è sin qui detto mi sembra che molti siano gli argomenti atti a supportare la mia tesi iniziale circa l'emarginazione del difensore (non certo prevista dalla legge processuale) e circa le reciproche prestazioni di aiuto (nemmeno esse previste dalla legge processuale) dei giudici fra di loro e nei confronti dei pubblici ministeri.

IV. *Conclusioni riassuntive*

La maggior parte dei processi imbocca la strada di una soluzione consensuale, dove le norme sull'accertamento della verità non giocano più alcun ruolo; a tal fine è sufficiente padroneggiare dichiarazioni che hanno la parvenza di un simile accertamento. Nel caso di sentenze con motivazioni semplificate nemmeno quella parvenza è richiesta. Di fatto, si tratta di una semplificazione procedurale che, nel migliore dei casi, si fonda sull'evidenza dei fatti, nel peggiore, su una manifestazione di consenso.

Vi sono certo processi conflittuali, dove il giudice applica il diritto probatorio, poiché non è in grado di promuovere nessuna intesa che porti all'abbreviazione della procedura. Solo questi casi (una esigua minoranza rispetto al totale) comportano uno svolgimento completo della procedura e forniscono così alla giurisprudenza di legittimità l'occasione di correggere le sentenze di merito e di elaborare in sede applicativa le regole sulla prova. Ma a pregiudicare la signoria della verità e della sua ricerca nel processo contribuiscono i seguenti fattori:

la ricerca della verità viene in generale gravata da una presunzione di esattezza delle decisioni giudiziali, soprattutto quando si tratta di condanne³⁹. Il carattere normativo delle prassi giudiziali si sovrappone al e interferisce con

³⁹ Assoluzioni pronunciate da giudici di merito vengono cassate più facilmente. Infatti, qui prevale l'interesse alla condanna e, una volta tanto, la vicinanza professionale con i magistrati della procura supera la pur doverosa lealtà verso i colleghi giudici.

l'interesse alla verità materiale. L'idea che la verità abbia una consistenza che va oltre il processo fa di quest'ultimo una fastidiosa formalità, sicché il sistema di regole scritte nel codice di rito e tese a una conoscenza ponderata e obiettiva dei fatti viene disattivato o sacrificato ai sentimenti personali dei giudici superiori. Questa personale verità del giudice viene strumentalizzata per denunciare il formalismo delle regole processuali che presiedono all'accertamento della verità.

Conseguentemente, il concetto di verità materiale si afferma in favore dell'imputato solo in presenza di errori evidenti⁴⁰. Per contro, errori che hanno portato a una condanna dell'imputato non vengono corretti, se solo appare possibile una loro giustificazione o una descrizione tale da farli apparire innocui. La presunzione di innocenza viene così capovolta.

Da quel che s'è detto, il concetto di verità storico/materiale ci appare prevalentemente come strumento per giustificare l'irritualità di provvedimenti sfavorevoli all'imputato, che vorrebbero sostituire la verità processuale con personali rappresentazioni e punti di vista dei giudici.

Solo a livello di evidenza fattuale la verità vale come principio guida dell'attività processuale. Quando i fatti sono evidenti, i processi non danno solitamente luogo a conflitti o, se ciò accadesse, si produrrebbero grossolani errori suscettibili di essere corretti nelle fasi di impugnazione. Quando, invece, le questioni di fatto e di diritto implicate nell'accertamento penale sono più complesse perché non sussiste quell'evidenza, il principio della ricerca della verità, lungi dal giocare un ruolo significativo, si presta alle strumentalizzazioni sopra illustrate.

V. Prospettive

La diagnosi qui proposta mostra come il diritto probatorio del modello processuale tedesco (processo inquisitorio riformato o modello misto) ha, nella pratica, importanza secondaria. Dal che si possono trarre due conclusioni opposte: o la giurisprudenza deve, con forza, affermare il valore della legge processuale nell'ambito delle prove – oppure si deve considerare se non sia preferibile introdurre una nuova normativa in materia di prove, secondo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza alle prese con i problemi sopra illustrati.

⁴⁰ Al riguardo sono necessari rilevazioni giuridico-fattuali, al fine di ricavare più chiaramente i criteri di rilevanza di simili situazioni di evidenza.

Questa seconda possibilità implicherebbe una riconsiderazione *ab imis* della struttura processuale. Se, infatti, la ricerca della verità perde la sua centralità, bisogna ammettere che il sistema di accertamento si è spostato verso il modello anglo-americano del processo di parti, dove difensore e pubblico ministero dispongono dell'oggetto in contesa, mentre il giudice non deve più cercare la verità, bensì limitarsi a garantire la correttezza formale della procedura. Nulla di strano in questo, se non fosse che l'opinione comune considera i due sistemi processuali come incompatibili e tali da escludersi reciprocamente. L'Italia ha da poco inserito nel proprio modello elementi del processo di parti⁴¹. Questa esperienza, almeno a un primo sguardo superficiale, sembra smentire l'assunto che esclude la possibilità di far funzionare un modello processuale misto. Essenziale, a tal fine, un intervento legislativo, preceduto da un'ampia discussione scientifica. La via da seguire non può essere una riforma fatta di soppiatto, ad opera della giurisprudenza, attraverso riflessioni pragmatiche orientate a casi specifici, senza fini dichiarati e riconoscibili.

⁴¹ Per ulteriori dettagli si rinvia a KÜHNE, *Strafprozessrecht*. cit., numero a margine 1250.