

## ESERCIZIO DELLA FUNZIONE DECISORIA: ALCUNE OSSERVAZIONI IN TEMA DI VINCOLI PER IL GIUDUCE

di Enzo Zappalà

(Professore ordinario di Diritto processuale penale,  
Università degli Studi di Catania)\*

Ringrazio gli organizzatori di questo incontro di studio in onore di Mario Chiavario per avermi invitato a parteciparvi. Sono onorato e felice non solo per l'antica amicizia che mi lega a Mario ma, anche, perché mi dà l'occasione di testimoniare l'intenso rapporto che è sempre intercorso fra la scuola torinese di procedura penale e quella catanese: basta ricordare i nomi dei professori Conso e Siracusano.

L'esauriente relazione della prof.ssa Galgani, sul tema della "funzione decisoria" nel volume di Mario Chiavario *Processo e garanzia della persona*, mi consente di limitare l'intervento soltanto ad alcune riflessioni brevi e concise. La prof.ssa Galgani ha giustamente sottolineato che, nell'impostazione di Chiavario, la funzione decisoria risponde al diritto dell'imputato ad ottenere una decisione giusta. Correlativamente, al giudice incombe il dovere di decidere e il dovere di motivare.

Per il dovere di decidere, Chiavario preferisce attenersi al principio dettato dall'art. 6 n. 2 Conv. eur. e dall'art. 14 n. 2 Patto internaz., secondo il quale l'accusato deve essere presunto innocente fino a che non sia stata "legalmente provata" la sua colpevolezza. Il ricorso a tale formula, che risulta più chiara di quella contenuta nell'art. 27 comma 2° Cost., fa emergere il palese intento del nostro Autore di suggerire uno studio dell'ordinamento giuridico italiano, e in particolare del processo penale, dall'angolo visuale delle garanzie della persona previste dalle normative transnazionali. Indicazione diretta agli studenti, ma sicuramente valida anche per gli studiosi del processo. Il punto che vorrei sottolineare è il rilievo che viene ad assumere in tale contesto "la legalità del procedimento probatorio". Difatti, il ruolo fondamentale che, nei moderni modelli processuali penalistici, riveste il criterio di valutazione del libero convincimento del giudice, introdotto, come è noto, nel XVIII secolo dal legislatore francese in opposizione al "sistema della prova legale", implica l'adozione di necessarie disposizioni dirette a proteggere la persona dal rischio di decisioni arbitrarie o irrazionali. Diventa cioè indispensabile fissare i binari entro cui

---

\* *Discussant* dell'intervento della prof.ssa Benedetta Galgani.

deve svolgersi il procedimento di ammissione e acquisizione della prova: percorsi questi che devono potere esser calcolati in anticipo da tutte le parti, garantendo così il pieno godimento del diritto di difesa, inteso, soprattutto, come diritto alla prova. Soltanto un itinerario probatorio normativamente prescritto riesce a impedire che il giudice si lasci trascinare da credenze personali e da visioni arbitrarie. Il dovere di decidere, fondato sul libero convincimento, impone che gli elementi di prova su cui il giudice poggia il suo apprezzamento siano legalmente acquisiti al processo; di qui la fondamentale importanza delle regole che il giudice deve seguire nella decisione sull'ammissione dei mezzi di prova: il materiale probatorio va legalmente selezionato, perché influisce sulla valutazione decisoria in ordine sia all'accertamento del fatto sia all'applicazione-interpretazione del diritto.

Nel quadro del modello decisorio accennato, Chiavario si confronta con il tema probatorio tradizionale dell'alternativa tra la tassatività e la libertà dei mezzi di prova. Coerentemente con il punto di vista della garanzia della persona nel processo, l'Autore ritiene la prima la più appropriata, anche se non sottovaluta i vantaggi della seconda in ordine alla possibilità di coprire gli eventuali vuoti probatori ricorrendo a "prove non nominate dalla legge, ma reperibili *in natura rerum*". Con Chiavario e la sua preferenza per il più garantista principio della tassatività dei mezzi di prova (soprattutto per l'esperienza comune che la libertà dei mezzi di prova talora sia servita per aggirare gli "scopi che la legge ha voluto perseguire" con la tipicità delle figure probatorie) si sono schierati non solo alcuni studiosi (per es. il sottoscritto), ma anche, con l'autorevolezza che gli spetta, il progetto preliminare del codice di procedura penale, che all'art. 179 sinteticamente prescrive: "il giudice non può ammettere prove diverse da quelle previste dalla legge". Sul punto, la Commissione redigente ha svolto un approfondito dibattito, come risulta dai lavori preparatori, e ha sottolineato la coerenza di tale regola con il nuovo modello di processo accusatorio, evidenziando, in particolare, l'opportunità di evitare il riemergere della figura di un giudice "*dominus*" assoluto della prova in un processo di parti. Di fronte a mezzi di prova non previsti dalla legge, accanto all'assenza di vincoli per il giudice, si ha la forte preoccupazione che il diritto di difesa non possa esercitarsi con la pienezza e con la incisività richieste dal nuovo modello di codice che si vuole introdurre nell'ordinamento italiano.

Ma siffatta prospettiva più garantista, come è noto, non ha avuto il successo sperato. Con il conforto della Commissione consultiva, che ha ritenuto "la libertà di prova" più adatta ad un processo moderno aperto "alle possibili ulteriori conquiste della scienza e della tecnica" (senza lasciare trasparire l'idea che per le nuove acquisizioni scientifiche lo strumento appropriato tipico sia la "perizia"), il legislatore del 1989 ha soppresso la suddetta disposizione dell'art. 179 del progetto e ha introdotto il vigente art. 189 dedicato, appunto, alle prove non disciplinate dalla legge. Con tale

articolo viene abbandonato il principio della tassatività della prova e viene attribuito al giudice il potere di decidere sull'ammissione della prova atipica o innominata, preoccupandosi così il legislatore, più che di porre vincoli al giudice, al fine di ottenere l'acquisizione di un materiale probatorio genuino e di non oscura origine, di indicare soltanto il criterio di ammissione della prova, ravvisato nell'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti senza pregiudizio della libertà morale della persona. Lo stesso soggetto giudice, dunque, che si vuole vincolare per evitarne l'arbitrio, diventa, per i mezzi di prova non previsti dalla legge, l'arbitro nella scelta degli elementi di conoscenza per la formazione del suo libero convincimento.

Il diritto di difesa viene garantito nell'ultima parte della disposizione (forse superflua!) che prevede: "il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova".

Non so che cosa ne pensi Mario Chiavario (dato che è stato uno degli artefici del nuovo codice di procedura penale), ma credo che, dal punto di vista delle garanzie della persona nel processo penale, il tema della tassatività o libertà dei mezzi di prova abbia fatto registrare una sonora sconfitta!

Per quanto riguarda il dovere di motivazione, che strettamente si accompagna al predetto dovere di decidere, esso è diretto pure a contribuire ad evitare che il libero convincimento del giudice trasmodi in arbitrio. Il giudice, nella sua valutazione, non ha vincoli normativi esterni, ma deve pervenire alla formazione della decisione mediante l'impiego di criteri di ragione appartenenti all'ambito della logica, della scienza e del comune sentire. Si tratta, certamente, di una certezza logica applicata al caso concreto e modellata secondo un itinerario argomentativo oggettivamente suscettibile di controlli. Il giudice, infatti, mediante una motivazione che risulti ispirata a ragionevole completezza, senza diventare vacuo orpello (come sottolineato dalla prof.ssa Galgani), deve dare conto non solo dei risultati acquisiti e dei criteri adottati ma anche degli elementi di prova posti a fondamento della decisione. Lo schema normativo di giustificazione della decisione del giudice serve per dare conto del risultato di una serie di ragionamenti comunicabili, comprensibili, controllabili e valutabili anche da terzi. In tale contesto giustificativo, il giudice ritrova anche il faro per orientarsi verso soluzioni interpretative condivisibili ed oggettivamente fondate. Trova, in altri termini, la via per abbandonare la tentazione dell'arbitrio e seguire la strada del ragionamento giudiziale impostato a legalità e verificabilità.

Il modello di motivazione prescritto non soltanto aiuta il giudice a non evadere dall'itinerario cognitivo legalmente prefissato, ma consente anche di rendere trasparente l'esercizio del potere giurisdizionale.

Sul punto, nonostante siffatte pluralità di funzioni, già Chiavario avvertiva (come ribadito oggi dalla Prof.ssa Galgani) che la motivazione, pur essendo uno

strumento di garanzia, deve essere “opportunamente concisa”, limitandosi al minimo indispensabile per non scadere nel fenomeno della motivazione pletorica: “quel che sembra essenziale – dice Chiavario – è il rispetto di una regola di ragionevole completezza della motivazione”.

E con questa ultima citazione credo di aver terminato il mio intervento, essendo felice di aver contribuito, con tutta la sua Scuola, ad onorare l'amico Mario Chiavario.

ILP