

## CONFRONTO DI IDEE

---

**ALFREDO BARGI**

**L'inconcludente pretesa priorità probatoria della  
consulenza del p.m.: solo un marchiano errore o il  
segnale di un irriducibile  
pericoloso ritardo culturale?**

La corte di cassazione non finisce di sorprendere.

Sono a dir poco sconcertanti i principi affermati in tema di prova dalla recente decisione<sup>1</sup>, anche perché, per quanto è dato comprendere dalla lettura del documento, la soluzione del *thema probandum* era agevolmente conseguibile alla stregua degli ordinari criteri di valutazione della prova, senza lo sfoggio di così disinvolta erudizione di stampo inquisitorio<sup>2</sup>, rievocatrice dei tempi più bui ed oscuri della cultura processuale in tema di prova.

Invero, nel caso di specie si fronteggiavano le opposte valutazioni del consulente del p.m. e della difesa in ordine alla sussistenza di un abuso edilizio, la cui definizione era sostanzialmente ancorata al controllo di dati meramente fattuali inerenti all'ampliamento o meno di un manufatto edilizio e alla sua trasformazione della pianta dalla forma rotonda in quella ovale.

In definitiva la soluzione del tema controverso non comportava scelte particolarmente complesse, ma unicamente la verifica, per nulla complessa, della rispondenza fattuale del manufatto ai criteri prospettati dall'accusa; o, viceversa, la fondatezza e esaustività dei rilievi sollevati dalla difesa.

In definitiva il semplice raffronto degli elaborati tecnici con la documentazione in atti era idoneo a risolvere il contrasto tra le due contrapposte consulenze, senza ricorrere a principi generali in tema di valutazione della prova assolutamente estranei al nostro ordinamento processuale.

Ciò nonostante, il giudice di legittimità piuttosto che ricorrere ad una decisione *tranchant*, ha privilegiato un percorso argomentativo ridondante, espressione di una cultura riecheggiante accenti propri della *prova legale* e declinata secondo il tendenziale sotteso inconfessabile ossequio al vietato principio secondo cui *auctoritas non veritas facit legem*<sup>3</sup>.

Invero quale diverso fondamento logico o processuale ha la pretesa che “le

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. III, Barbone, in *Mass. Uff.*, n.16458.

<sup>2</sup> In tal senso, recentemente, KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa* in *www.sistema penale*.

<sup>3</sup> Risalente, come è noto, a HOBBS, *Leviatano*.

*conclusioni del consulente PM ... pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa"*

Né, come è ovvio, può valere l'altrettanto erronea affermazione che *"il pubblico ministero ha per proprio obiettivo quello della ricerca della verità - concretamente raggiungibile attraverso un'indagine completa in fatto e corredata da indicazioni scientifiche espressive di competenza e imparzialità - dovendosi necessariamente ritenere che il consulente dallo stesso nominato operi in sintonia con tali indicazioni"* Di guisa che l'elaborato del consulente del p.m. *"pur non potendo essere equiparato alla perizia del giudice del dibattimento, è pur sempre il frutto di un'attività di natura giurisdizionale che perciò non corrisponde appieno a quello del consulente tecnico della parte privata"*

L'iter argomentativo è connotato dall'ostinata sequenza di enunciazioni di principi privi di qualsiasi fondamento processuale e infarcita di premesse e di conclusioni, la cui evidente erroneità esime dal prenderle in esame in maniera ampia ed approfondita, anche se è forte la tentazione di dare spazio a severe ed articolate censure di fronte a tale scempio della cultura processuale.

Non vale la pena, infatti, soffermarsi a contestare la pretesa *sostanziale priorità* della consulenza tecnica del p.m., peraltro fondata sulla dichiarata premessa che *il pubblico ministero ha per proprio obiettivo quello della ricerca della verità* e che *l'elaborato del consulente del p.m. ...è pur sempre il frutto di un'attività giurisdizionale (sic!!!) che perciò non corrisponde appieno a quello del consulente tecnico della parte privata.*

È sufficiente sottolineare che neanche la suggestiva quanto controversa definizione del p.m. come parte imparziale era fondata sul presupposto che l'organo dell'accusa svolgesse un'attività giurisdizionale e fosse deputato alla ricerca della verità(!); essa muoveva, piuttosto, dalla considerazione che esso fosse gravato anche dall'onere della ricerca di elementi probatori a favore della difesa sì da concorrere alla corretta ricostruzione del fatto.

D'altra parte, Il diritto dovere che incombe sul pubblico ministero di ricercare anche elementi a favore dell'imputato, pur esercitando una funzione pubblica volta all'esercizio dell'azione penale, non implica in alcun modo che egli svolga un'attività di natura giurisdizionale, poiché il titolare dell'accusa rimane una parte - seppure pubblica- che si contrappone alla parte privata, il cui ruolo processuale rimane confinato nei limiti della ricerca e della selezione di elementi di prova - anche di quelli favorevoli all'indagato (art 358 c.p.p.)- ai fini dell'esercizio dell'azione penale e non già in funzione della pre-

tesa ricerca della verità, come erroneamente assunto dalla cassazione.

La ricerca della verità, oltretutto, non è neanche compito del giudice, ma solo uno dei *principia naturalia* che connotano il modello processuale di tipo *cognitivo*, che tende all'accertamento della verità come *corrispondenza* dell'enunciato alla realtà dei fatto descritto<sup>4</sup> e presuppone il *contraddittorio* nella formazione della prova, come *regola d'oro*<sup>5</sup> servente a tale finalità cognitiva, in cui si contrappongono verità giudiziarie, vale a dire, tra “*asserzioni che enunciazioni ipotesi accusatorie e asserzioni che le contraddicono, con ciò confutando, oltre alla loro verità, anche la validità che su di esse si basano*”<sup>6</sup>.

In tale ambito le parti non svolgono una funzione epistemica, in funzione paritaria - anche in ragione del principio costituzionale di parità processuale delle parti - poiché “*le iniziative e le attività delle parti non sono orientate verso la ricerca e la scoperta della verità*” per l'interesse che esse hanno di dimostrare la fondatezza di ciò che hanno allegato e nel diritto alla prova<sup>7</sup>

Compete al giudice, invece, l'accertamento dei fatti - non la ricerca della verità - e il compito di garantire la correttezza del procedimento probatorio funzionale alla decisione.

L'adozione del modello normativo di decisione delineato dagli artt.125 comma3,191, comma1, 292, commi 2, lett. c), e c *bis*, 2ter, speculari all'art.546 c.p.p. - espressione diretta del precetto dell'art.111 cost.- riflette l'esigenza culturale propria del nuovo modello processuale, per il quale la motivazione in fatto deve essere completa e coerente, di guisa che la narrazione dei fatti sia dotata di valida giustificazione razionale, vale a dire che sia confermata dall'analisi critica di tutte le prove disponibili e fondata su ragioni migliori, *in quanto sorrette da una giustificazione più forte*<sup>8</sup>

Sicché, anche per effetto dell'affrancamento dalla teoria formalistica<sup>9</sup>, la decisione è giusta nella misura in cui i fatti siano accertati in modo razionale e veritiero, vale a dire, mediante il contraddittorio, alla stregua del modello di giusto processo di cui all'art. 111 cost.

Il contraddittorio, cioè, è strumento insostituibile per conseguire il giudizio

---

<sup>4</sup> Come sottolineato, in particolare, da TARUFFO, *Sui confini*, Bologna 2002, 302.

<sup>5</sup> Secondo la nota definizione di FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 115.

<sup>6</sup> In tali termini, efficacemente, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari 1989, 533.

<sup>7</sup> Come prospettato da TARUFFO, *La semplice verità*, Bari 2009, 168.

<sup>8</sup> Come sottolineato da TARUFFO, *La corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna 1991, 88.

<sup>9</sup> Per l'approfondimento dei profili che comotano la teoria formalistica della decisione e sulle sue ricadute anche sul giudizio di legittimità, cfr., volendo, BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova 2004, 20.

sulla veridicità degli enunciati relativi ai fatti della causa, in relazione al maggiore o minore grado di conferma che le prove acquisite attribuiscono ad ogni ipotesi di fatto ; regola euristica, che deve tenere conto anche del principio che impone (art. 533 c.p.p.) che la prova della colpevolezza sia conseguita oltre ogni ragionevole dubbio, e, quindi, un grado di conferma probatoria assai più elevato di quello della prevalenza di conferma logica di un'ipotesi rispetto alle altre.

Tirando le somme.

Il contraddittorio, che, come detto, è regola di rango costituzionale, ignora e rifiuta ogni gerarchia delle prove ancorata alla pretesa autorevolezza del soggetto processuale che formula l'ipotesi probatoria e svolge un'essenziale funzione epistemica, in sintonia con il modello normativo di decisione, ancorata ai criteri del nuovo diritto delle prove, che garantiscono la legalità della prova e del convincimento del giudice secondo le regole di razionalità proprie del modello costituzionale del giusto processo.

L'opzione maldestra per una sorta di priorità probatoria delle conclusioni del consulente tecnico del pubblico ministero, in definitiva, è non solo arbitraria in quanto estranea al sistema probatorio del nostro ordinamento processuale, ma è anche segnale preoccupante di un pericoloso ritardo culturale che collide con i criteri propri della decisione razionale e giusta.