

ANTICIPAZIONI

VALERIO AIUTI

Cordero e l'“atto di fede”*

Il saggio analizza una delle tesi più caratteristiche di Franco Cordero in materia di valutazione della prova dichiarativa: la c.d. “tesi dell’atto di fede”. Secondo questa tesi, il giudice deve valutare le prove dichiarative attraverso gli strumenti della logica (per lo più induttiva), ma può trovarsi in condizioni di indecidibilità tali da non poter far altro che convincersi della sincerità o dell’insincerità di un dichiarante sulla base di un moto di simpatia o di repulsione (par. 1). La tesi viene prima inquadrata nella dogmatica del procedimento probatorio seguita da Franco Cordero quindi ne viene approfondita la natura di tesi descrittiva, e non prescrittiva, in materia di valutazione razionale della prova (par. 2), e infine ne vengono illustrate origini teoriche e conseguenze sistematiche quanto alla disciplina della formazione e della documentazione della prova, nonché della decisione e della motivazione sul fatto (par. 3-4).

Cordero and the “act of faith”

The essay analyzes one of Franco Cordero's most characteristic theses regarding the evaluation of declarative evidence: the so-called “act of faith” thesis. According to this thesis, the judge should evaluate declarative evidence using logical tools (primarily inductive reasoning) but may find themselves in situations of indecision where they have no choice but to be convinced of a witness's sincerity or insincerity based on a feeling of sympathy or repulsion (par. 1). The thesis is first framed within the dogmatics of evidentiary procedure followed by Franco Cordero, then its nature as a descriptive, rather than prescriptive, thesis in rational evidence evaluation is explored (par. 2), and finally, its theoretical origins and systematic consequences are illustrated, taking into consideration the rules for the formation and documentation of evidence, as well as decision-making and quæstio facti reasoning (par. 3-4).

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'“atto di fede” nella teoria della prova: a) collocazione dogmatica - b) funzione neustica - c) natura dogmatica - 3. L'“atto di fede” nella teoria della conoscenza processuale: a) formazione e documentazione della prova - b) decisione e motivazione - 4. Origini teoriche.

1. *Introduzione.* Una delle tesi più caratteristiche e costanti nel pensiero di Franco Cordero in materia di ragionamento probatorio è quella che potremmo definire “tesi dell’atto di fede”. Volendola semplificare molto, essa suona pressappoco così:

Valutazione della prova e decisione sul fatto sono pratiche che - di solito - il giudice esercita tramite la ragione, ossia confrontando le proprie osservazioni sulle tracce del presente con le regole della logica, della scienza, e della comune esperienza, per com-

ⁱⁱⁱ Una riduzione di questo saggio è stata presentata al convegno *Prova e ragionamento probatorio nel pensiero di Franco Cordero*, tenutosi alla *Sapienza* - Università di Roma il 5 novembre 2024 (reperibile in <https://www.youtube.com/watch?v=WZuhcC7yCnQ>, a partire da 4:59:01). Esso è destinato alla raccolta degli atti del convegno, in corso di pubblicazione. Ringrazio, per preziosi commenti alle sue versioni precedenti, i proff. Francesco Caprioli, Pasquale Bronzo, Arturo Capone, Marcello Daniele, Gaetano Carlizzi, Roberto Poli, Karma Natali, e la dott.ssa Flora Romano.

prendere cosa possa aver prodotto quelle tracce nel passato; tutto sommato, egli si comporta proprio come uno scienziato naturale che mette a confronto le osservazioni tratte dagli esperimenti con le teorie di cui cerca una conferma¹. Esiste però un dominio interno a tali pratiche, del tutto residuale, che è sottratto alla speculazione teorico-giuridica. In questo dominio, a differenza dello scienziato naturale, il giudice – per così dire – subisce le conseguenze della sua appartenenza al genere umano: nella valutazione delle prove dichiarative è infatti possibile che egli non riesca ad attribuire ad una determinata fonte un coefficiente di attendibilità definitivo solo attraverso la logica, la scienza, o la comune esperienza; in casi del genere, ma solo in casi del genere, il fatto che il giudice ritenga attendibile (o inattendibile) una certa fonte non è tanto il prodotto di un ragionamento in senso stretto, quanto più la conseguenza di un'attitudine emotiva caratteristicamente definita "fiducia".

A dire il vero, il lessico di Cordero, che per quanto pirotecnico è sempre molto rigoroso, sul punto non è affatto chiaro, né tantomeno univoco. Ecco alcuni esempi con i quali viene indifferentemente descritta questa attitudine: «un elemento se non irrazionale certo metarazionale»²; «elemento emotivo della credenza»³; «atto intuitivo»⁴; «atto di fiducia nei confronti dell'interlocutore»⁵; «componente emotiva [...] moto di simpatia o di ripulsione»⁶; «salto intuitivo»⁷; «illuminazioni intuitive e [...] scelte emotive»⁸; «micro-percezioni empatiche: credo a qualcuno perché lo 'sento' veridico»⁹; «sfondo

¹ «[...] i procedimenti gnoseologici seguiti nel dominio delle scienze empiriche e nel processo, non diremmo che differiscano di molto (eccettuato, s'intende, il fenomeno della prova legale): tanto lo sperimentatore quanto il giudice pongono a confronto due o più proposizioni tratte dall'osservazione dei fatti, e scelgono in base alla regola, che presiede al singolo metodo di ricerca. La differenza riguarda la natura dei fatti osservati ed eventualmente l'origine del criterio che determina la scelta: il quale nelle scienze naturali è somministrato per intero dall'esperienza» (CORDERO, *Il procedimento probatorio* [1963], ora in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 25, nt. 63).

² *Ibid.*, 7-8, nt. 15.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, 10.

⁵ *Ibid.*, 22.

⁶ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1966, 608.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, 617.

⁹ CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 572.

alogico»¹⁰; «residui emotivi non verificabili né falsificabili»¹¹; «fattori emotivi [...] residui irrazionali»¹²; «componente irrazionale, materia di fede [...] accensione emotiva»¹³; «dato mistico o medianico della convinzione»¹⁴; «effetto [...] alogico»¹⁵; «fattori subrazionali»¹⁶; «“atto di fede”»¹⁷; «fede»¹⁸.

Sebbene intuizione, empatia (o emotività), e fede sarebbero - a rigore - concetti tra loro distinti¹⁹, Cordero li usa allusivamente, in qualità di quasi-sinonimi. Il senso complessivo della tesi infatti è abbastanza chiaro: la ricostruzione processuale dei fatti possiede una caratteristica davvero singolare, rispetto ad ogni altra impresa cognitiva umana altrettanto organizzata (soprattutto, rispetto alla scienza); può infatti succedere che il giudice non tragga le proprie conclusioni solo in base ad una spietata analisi razionale del caso, ma che si convinca dell'attendibilità o dell'inattendibilità di una certa prova dichiarativa (e quindi, in definitiva, della verità o falsità di una certa ipotesi ricostruttiva) anche - e talvolta soprattutto - in virtù di una sorta di “conoscenza inespressa” a base emotiva²⁰.

¹⁰ *Ibid.*, 575.

¹¹ *Ibid.*, 592.

¹² CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 323.

¹³ CORDERO, *La confessione nel quadro decisorio*, in *La giustizia penale e la fluidità del sapere. Ragionamento sul metodo*, a cura di De Cataldo Neuburger, Padova, 1988, 58.

¹⁴ *Ibid.*, 64.

¹⁵ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 579.

¹⁶ *Ibid.*, 592.

¹⁷ *Ibid.*, 579.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Un'intuizione, infatti, può essere descritta come un'attitudine proposizionale di carattere grossolano, ma pur sempre razionale, se soggetta ad una accurata verifica *a posteriori* (come nel provvisorio “mi sembra che le cose stiano così”, v. PUST, voce *Intuition*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di Zalta-Nodelman, autunno 2024, par. 1). Quanto all'empatia (o, in senso lato, emotività), essa può parimenti essere considerata come un complesso ragionamento analogico circa gli stati mentali del prossimo, a partire da quelli che sperimenteremmo noi stessi nelle medesime condizioni in cui lo osserviamo agire o reagire (cfr. STUEBER, voce *Empathy*, *Ibid.*, autunno 2019, par. 2, e VON WRIGHT, *Spiegazione e comprensione*, Bologna, 1971, cap. I). Il concetto che più si avvicina a ciò di cui parla Cordero, come cercheremo di chiarire nel testo, è proprio “fede”. Con “fede” infatti indichiamo dei fenomeni in definitiva irriducibili a qualcosa di razionale: da un punto di vista cognitivo, il termine viene normalmente associato a quegli stati epistemici - diversi tanto dalla piena conoscenza quanto dall'opinione preconcepita - con cui si assume la verità di certe proposizioni in virtù di un loro *status* particolare (ad esempio, nel caso delle verità teologiche, per effetto della loro rivelazione divina, cfr. BISHOP, voce *Faith*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di Zalta-Nodelman, 9 dicembre 2023, par. 5).

²⁰ In questo senso, l'impostazione di Cordero è del tutto accostabile a quella di Polanyi, secondo il quale una parte consistente delle nostre conoscenze (anche scientifiche) risiede in capacità pratiche di cui ignoriamo le origini razionali. Nella identificazione poliziesca di un volto, ad esempio, la scelta del viso

In questo contributo proveremo a chiarire alcuni aspetti di fondo della tesi dell’“atto di fede”, a ricostruirne almeno in parte le origini teoriche, e ad illustrarne alcune conseguenze di carattere interpretativo e sistematico. Precisiamo fin da subito che la presente non vuole essere un’analisi critica del pensiero di Cordero, e che la ricostruzione che presenteremo sarà il più possibile aderente al senso fatto palese dalle sue parole; ogni implicazione che ne trarremo sarà pertanto condotta, nei limiti del possibile, “seguendo la sua stessa logica”.

Nel par. 2 inseriremo la tesi nella teoria della prova di Franco Cordero, provando a mostrarne l’ambito di applicabilità (in quale momento del procedimento probatorio essa si colloca?), la funzione neustica (si tratta di una tesi che *describe* come il giudice matura il proprio convincimento, o di una tesi che *prescrive* come il giudice dovrebbe maturare il proprio convincimento?), e la natura dogmatica (di che cosa parliamo, esattamente, quando parliamo di “atto di fede”?): concluderemo che per Cordero si tratta di una tesi che punta a *descrivere* un aspetto *costitutivo* della valutazione giudiziale della sola *sincerità* del testimone, in un sistema processuale privo di regole di prova legale.

Nel par. 3 inseriremo la tesi così precisata nella più ampia teoria della conoscenza processuale dei fatti che Cordero dichiara di osservare, cercando di precisarne il senso complessivo nell’economia del suo discorso: concluderemo che la tesi vale solo in un sistema in cui la prova dichiarativa si forma nel contraddittorio tra le parti, e viene valutata in assenza di particolari vincoli giuridici; tale tesi tuttavia implica anche che ciò che di una vicenda giudiziaria è suscettibile di controllo razionale è solo una porzione dell’effettiva decisione, e che di questo scollamento tra ragioni reali e ragioni effettive poste alla base delle sentenze Cordero ritiene che il giurista non solo non dovrebbe occuparsi, ma nemmeno preoccuparsi.

Nel par. 4 proveremo a ricostruirne le origini teoriche partendo dalle poche fonti citate nel corso dei lavori in cui questa tesi è stata articolata: concluderemo che la tesi attribuisce al rigido neo-empirismo di Cordero un’inclinazione fondamentalmente moderata.

2. *L’“atto di fede” nella teoria della prova: a) collocazione dogmatica.* La tesi dell’“atto di fede” compare per la prima volta ne *Il procedimento probatorio*, nel quadro di un’analisi del fenomeno probatorio di carattere schiettamente neo-empirista: il giudice, come fa lo scienziato naturale con le proprie teorie,

che somiglia a quello del responsabile è spesso compiuta senza essere «in grado di spiegare come riusciamo a fare un tale raffronto» (POLANYI, *La conoscenza inespressa* [1966], Roma, 1979, 21).

decide mettendo a confronto la proposizione che riassume l'imputazione (ad esempio "Tizio ha accoltellato Caio il tale giorno alla tale ora, cagionandone la morte") con le proposizioni che riassumono le tracce lasciate nel presente dagli accadimenti descritti dall'imputazione (ad esempio "il testimone ha visto Tizio accoltellare Caio", o "sul corpo di Caio sono presenti ferite da taglio"), interpretate alla luce di massime d'esperienza o leggi scientifiche (più raramente, attraverso regole di prova legale).

Il lavoro mentale che il giudice deve compiere su queste tracce si snoda in tre fasi consequenziali²¹:

- 1) *rilevanza*: prima di acquisirla, il giudice deve sintetizzare in una proposizione il contenuto che la prova avrebbe una volta acquisita (ad esempio, "sul corpo della vittima è presente una ferita" nel caso di un'ispezione, oppure "il testimone dice di aver visto Tizio accoltellare Caio", nel caso di una testimonianza), e confrontarlo col contenuto proposizionale dell'imputazione ("Tizio ha accoltellato Caio il tal giorno alla tale ora, cagionandone la morte"). Se il contenuto delle due proposizioni è logicamente concordante o discordante, la prova è rilevante e va ammessa (nel primo caso sarà una prova a carico, nel secondo sarà una prova a discarico). Se il contenuto proposizionale della prova è tale che, anche dato per vero ciò che la prova consentirebbe di dimostrare, la questione storica resterebbe impregiudicata, la prova è irrilevante e deve essere esclusa (ad esempio, "un testimone dice di aver visto Tizio bere un caffè al bar stamattina prima dell'udienza"²²);
- 2) *veridicità*: acquisita la prova, il giudice deve valutare - diremmo oggi - l'attendibilità del suo contenuto. Questo secondo passaggio è diversamente articolato, a seconda del tipo di prova che viene in considerazione:
 - a) nel caso delle prove c.d. "rappresentative" (ossia, diremmo oggi, delle c.d. "prove dichiarative"²³), la verifica deve tenere in considerazione due parametri:

²¹ Le tre fasi sono così analiticamente illustrate nei par. 4 e 5 di CORDERO, *Il procedimento*, cit., dal quale è tratto anche il lessico in corsivo.

²² L'esempio fa ovviamente salvo il caso in cui un tema cruciale del processo non sia - per esempio - l'allergia dell'imputato al caffè. L'impostazione "proposizionale", vale la pena di ricordarlo, sarà quella poi ripresa e sviluppata anche nel seminale studio di TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* [1970], Roma, 2023, spec. 231 ss.

²³ Cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già dir. da Cicu-Messineo, cont. da Mengoni, vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, 1992, 433 ss.; FERRUA, *La prova nel processo*

- i) *genuinità dell'esperienza dell'autore*: il giudice deve esaminare le dichiarazioni del testimone alla luce delle sue condizioni cognitive («è possibile che, in un certo ambiente chimico o fisico, un segnale luminoso rosso appaia verde»²⁴, oppure è possibile che il testimone non goda di buona memoria, poiché depone in modo confuso);
- ii) *fedeltà alla realtà*: il giudice deve decidere se credere al fatto che il testimone stia riferendo sinceramente ciò che sostiene di aver sperimentato in prima persona;
- b) nel caso delle prove c.d. “critiche” (ossia di tutte quelle prove non-rappresentative, o – che dir si voglia – non-dichiarative), la verifica deve tenere in considerazione un solo parametro:
 - i) *genuinità della traccia*: il giudice deve verificare che l'elemento probatorio che verrà posto come fatto noto alla base di un'inferenza non sia il frutto di una contraffazione o di una creazione umana (ad esempio, un'impronta simulata, o un campione alterato);
- 3) *verificazione*: il giudice deve infine valutare il contenuto proposizionale della prova acquisita alla luce di una qualche massima di esperienza (o, se è disponibile, di una legge scientifica), per stabilire se sia o no verosimile ciò che tale prova consentirebbe di dimostrare. Nel caso delle prove rappresentative, ciò significa interrogarsi sulla fondatezza del racconto del testimone; in quelle critiche, ciò significa interrogarsi – diremmo oggi – sulla fondatezza dell'inferenza che consente di transitare dal fatto noto al fatto ignoto. «Ciò presuppone che si usino procedimenti basati sulla logica del probabile»²⁵.

In breve, insomma, il giudice deve prima considerare la prova come allegazione (“se quanto il testimone dirà/l'indizio dimostrerà fosse vero, ne otterrei delle informazioni che mi aiuteranno a ricostruire i fatti?”), poi deve valutarla qualitativamente (“il testimone mi ha riferito in modo sincero ciò a cui ritiene di aver assistito [c.d. *sincerità*]?” Ed è ragionevole ritenere che abbia percepito ciò che dice di aver percepito [c.d. *attendibilità*]?”/“l'indizio è artefatto?”), e

penale, vol. I - *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 66 ss.; TARUFFO, *Carnelutti e la teoria della prova*, in *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 318, spec. 321 ss.

²⁴ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 22, nt. 52.

²⁵ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 27.

infine deve valutarne l'idoneità a dimostrare una certa conclusione ("ciò che il testimone ha dichiarato in modo sincero e attendibile/l'indizio consente di dimostrare è verosimilmente accaduto?")²⁶.

La "tesi dell'atto di fede" è esposta con esclusivo riferimento alla verifica della veridicità delle prove rappresentative (*supra*, in 2, a). Da un punto di vista analitico, si tratta di una verifica di carattere misto: prevalentemente razionale, e occasionalmente emotiva. Per valutare se un testimone stia riferendo sinceramente (*supra*, in 2, a, ii), e per ritenere che egli stia riferendo il risultato di un'esperienza personale genuina (*supra*, in 2, a, i), abbiamo difatti due generi di strumenti *concorrenti*:

- a) *argomenti tratti dall'esperienza*: il giudice può considerare il passato epistemico del testimone (la c.d. "fama"), la sua posizione rispetto alle parti²⁷, le condizioni di fatto nelle quali il testimone riferisce di aver percepito un certo evento (ossia, le «circostanze che servono per valutare la ... credibilità [del testimonio]», art. 357, co. 1 c.p.p. 1930), gli eventuali precedenti giudiziari, la qualità delle dichiarazioni per come esse risultano dall'interrogatorio (o dall'esame incrociato, nei sistemi in cui tale strumento è ammesso. Ad esempio, la lacunosità, la confusione, la coerenza, e così via), e gli «atteggiamenti del narratore»²⁸. Come aveva già intuito Carnelutti, tutti questi elementi costituiscono - a rigore - delle prove "critiche"²⁹ che *vertono su* quella c.d. "rappresentativa",

²⁶ A livello didattico, sfruttiamo quindi il "triangolo testimoniale" di Tribe: «Di solito, il primo collegamento nella catena inferenziale richiesta [nella valutazione di una testimonianza, *n.d.R.*] è il collegamento che va dall'atto o dal proferimento alla credenza che si ritiene esso esprima o indichi. Aiuta pensare a questo collegamento come se implicasse un "viaggio" nella mente della persona responsabile dell'atto o del proferimento (il dichiarante) per vedere cosa stesse realmente pensando quando l'atto si è verificato [nel nostro caso, è la valutazione di *sincerità*, *n.d.R.*]. Il secondo collegamento è quello che va dalla credenza presupposta del dichiarante ad una conclusione relativa a qualche evento esterno che si suppone abbia innescato la credenza, o che è collegato alla credenza in qualche altro modo. Questo collegamento implica un viaggio fuori dalla mente del dichiarante, per far corrispondere la credenza da esso presupposta alla realtà esterna che occorre dimostrare [nel nostro caso, è la valutazione di *attendibilità*, *n.d.R.*]» (TRIBE, *Triangulating Hearsay*, in *Harvard Law Rev.*, 1974 (87), 958-959, traduzione nostra).

²⁷ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 609.

²⁸ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 22, nt. 55.

²⁹ Solitamente definite per contrapposizione a quelle "rappresentative" (o, oggi, "dichiarative"), in Cordero le prove "critiche" identificano in un primo momento tutte quelle cose o tracce prive di una destinazione comunicativa impressa dall'uomo a partire dalle quali si inferiscono i c.d. fatti ignoti (CORDERO, *Il procedimento*, cit., 13); più tardi - e più semplicemente - identificheranno i risultati di qualsiasi ragionamento inferenziale: «rilevato *x*, lo colloco in un sistema, postulante date relazioni; e applico i relativi assiomi; se, ad esempio, *x* implica *y*; "induco" quest'ultimo; o lo nego, qualora li avessi postulati incompatibili. Puro gioco deduttivo. Che poi siano conclusioni plausibili e quanto, dipende dalle massime

contribuendo ad un ragionamento inferenziale complessivo che mette insieme testimonianza e testimone stesso: «la persona del testimone ha una importanza assorbente per la veridicità della testimonianza»³⁰;

- b) “atto di fede”: siccome una testimonianza costituisce, in definitiva, un enunciato (del tipo “ho visto Tizio accoltellare Caio”), prima che tale enunciato possa essere posto alla base di una ricostruzione bisogna valutarne il valore di verità. Tale valutazione è tuttavia avvinta da un paradosso³¹: se ne valutiamo il valore di verità ricorrendo a prove critiche diverse (ad esempio, un filmato in cui sia stata fedelmente ripresa la medesima azione criminosa descritta dal testimone³²), la decisione rela-

empiriche (o “d’esperienza”) immesse nella macchina deduttiva: perciò suona esatto “inferre” [...]; dal discorso salta fuori quel che c’era già; l’avevamo incluso nelle premesse» (CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 587). La stessa transizione da un criterio *ontologico* (come certe cose sono state prodotte o si presentano in natura?) ad uno *epistemologico* (come ragioniamo di fronte a certe prove? Le trattiamo da racconti di fatti riferiti da altri o da indici di qualcos’altro?) avviene anche in Carnelutti, v. per la prima impostazione CARNELUTTI, *La prova civile* [1915], rist. an. II ed. 1947, Esi, 2016, 225 ss.; ID., *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1947, 259; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951³, 387; per la seconda, ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 128.

³⁰ CARNELUTTI, *La prova*, cit., 173-174; ID., *La critica della testimonianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, 171, spec. 174-176; ID., *Il testimone, questo sconosciuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 177 ss.

³¹ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 23, nt. 56.

³² Sul fatto che le prove tecnologiche (registrazioni fonografiche, videoriprese, ecc.) siano da ricomprendere nelle prove c.d. “rappresentative” accanto a documenti (dichiarativi) e testimonianze, anziché nelle prove “critiche”, tra Cordero e Carnelutti si è consumata un’accesa diatriba. In un primo momento, Cordero aveva dissentito con l’idea secondo cui le prove tecnologiche fossero da ricomprendere in quelle critiche (v. CARNELUTTI, *Diritto*, cit., 131), avendo – anche se attraverso mezzi di comunicazione più sofisticati – la stessa destinazione comunicativa impressa dall’uomo che è tipica delle testimonianze e dei documenti (dichiarativi, v. CORDERO, *Il procedimento*, cit., 7-8 e nt. 15, in cui tali prove sono ricomprese in una categoria *ad hoc*, ossia quella delle prove rappresentativo-critiche, al fine di sottolinearne alcune peculiarità “mimetiche”). In un secondo momento, invece, Cordero collocherà le c.d. “mimesi meccaniche” (ossia, le prove tecnologiche) tra le prove critiche, perché ricomprenderle tra le prove “rappresentative” (o “storiche”, secondo l’uso carneluttiano più risalente) implicherebbe accostarne l’efficacia “mimetica” – indiscutibilmente maggiore, giacché frutto di un’inferenza garantita da «ottica e acustica; rifrazioni e onde non mentono» (CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 581) – a quella delle testimonianze, il cui effetto rappresentativo invece dipende spesso, come sappiamo, da un “atto di fede”. Sulla questione, v. anche CARNELUTTI, *chiosa a Franco Cordero*, Tre studi sulle prove penali, Giuffrè, Milano, 1964, 7, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 450-451.

Secondo Giulio Ubertis, però, Cordero adopererebbe il concetto di “rappresentatività” in modo promiscuo, in materia di prove tecnologiche (UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2021, 101-102, nt. 77): ossia, prima al fine di accostarle a testimonianze e documenti in virtù della loro efficacia rappresentativa, e poi – simultaneamente – per escluderle, non essendo tali prove anche una «espressione di un giudizio del loro autore» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, 347). Da questo punto di vista, assisteremmo ad una artificiosa tripartizione tra prove *a)* rappresentativo-dichiarative (ossia, testimonianze e documenti dichiarativi), *b)* rappresentativo-critiche (ossia, le prove tecnologiche), e *c)* critico-critiche (ossia, quelle che più genericamente si definiscono “indizi”). La distinzione a cui Ubertis fa riferimento, tuttavia, sembra formulata da Cordero al fine di definire innanzitutto l’ampia *speciès* del-

tiva alla verità del contenuto del racconto (“Tizio ha accoltellato Caio”) – in fin dei conti – verrà presa a prescindere dalla verità dell’enunciato “ho visto Tizio accoltellare Caio” (del quale in sostanza ci disinteressiamo); se invece ricorriamo ad altre testimonianze, il problema della verifica non fa che spostarsi “a cascata”, dall’enunciato costituito dalla prima testimonianza a quelli costituiti dalle altre. Da questo paradosso, sostiene Cordero, talvolta è impossibile districarsi coi soli strumenti della logica: «[...] vi è un punto, oltre il quale la questione se si debba o no credere, esige una scelta metarazionale»³³, ossia una scelta situata oltre i confini della ragione. In questo territorio, il giudice non riflette, ma prova sensazioni e matura credenze: «l’inflessione di voce di un testimone può insospettire un interlocutore e, a un altro, suggerire l’impressione d’un lodevole sforzo mnemonico ed espressivo, con risultati diametralmente opposti quanto alla persuasione di chi giudica»³⁴.

Se questa è la prima articolazione della tesi, nell’evoluzione del pensiero di Cordero la sua applicabilità – già definita residuale nei primi lavori³⁵ – andrà restringendosi ulteriormente, mano a mano che la classificazione tra le diver-

le prove rappresentative (reali) come «prove reali artificiali» + «idonee ad evocare un fatto» (ossia, appunto, come «oggett[il] manipolat[il] artificialmente al fine di far presente un fatto», *Ibid.*), e quindi a suddividere tale *species* nelle due sotto-specie di *a)* quelle che esprimono *dichiarazioni* (ossia, i documenti dichiarativi), e *b)* quelle che *non* esprimono *dichiarazioni* (ossia, le prove tecnologiche in genere). Da questo punto di vista, e impregiudicata l’utilità di una classificazione di questo tipo (che lo stesso Cordero, difatti, ha più tardi abbandonato, v. CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 576 ss.), l’obiezione di Ubertis non coglierebbe nel segno: è solo il *contenuto* della rappresentazione a suddividere la *species* in due sotto-specie, senza alcun uso promiscuo del termine “rappresentazione”, e – di conseguenza – senza alcuna artificiosa tripartizione.

³³ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 22, nt. 55.

³⁴ *Ibid.*, 46, nt. 106. A rigore, il fatto che tali prove inneschino una dinamica del genere giustificerebbe un ampio sospetto sulla loro affidabilità generale. Sennonché, quella che noi oggi definiremmo “divisione del lavoro cognitivo” è una parte essenziale della vita associata, e il giudice in questo non fa eccezione: se, in definitiva, non potessimo mai semplicemente fidarci (o non fidarci) delle testimonianze degli altri, la vita in comune per come la sperimentiamo ogni giorno diventerebbe tecnicamente impossibile (figuriamoci un processo penale). Sulla “divisione del lavoro cognitivo” (ossia, quel fenomeno biologico per cui la specie umana si è andata evolvendo attraverso una distribuzione delle conoscenze necessarie al regolare funzionamento di ogni aspetto della vita tra tutti i suoi membri, senza che ciascuno di essi sia tenuto a detenerle tutte insieme contemporaneamente), essendo sterminate le fonti, è possibile limitarsi ad indicare SLOMAN-FERNBACH, *The Knowledge Illusion. Why We Never Think Alone*, New York, 2017.

³⁵ «Non che tutto si riduca a un moto di simpatia o di ripulsione [...]. Per lo più, nel saggiare la veridicità del testimone, ci si serve di argomenti tratti dall’esperienza, sicché le prove critiche costituiscono uno strumento necessario a verificare quelle storiografiche» (CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608, corsivi nostri).

se specie di prova andrà semplificandosi.

A partire dalla pubblicazione della prima *Procedura penale*, Cordero smetterà progressivamente di classificare le prove in base alle loro caratteristiche oggettive (ossia, a seconda che si abbia a che fare con «una porzione di materia foggiate in tal modo, da riprodurre un discorso»³⁶, ovvero con la traccia di qualcosa), preferendo basarsi più che altro sull'«atteggiamento mentale del giudice»³⁷: se una prova può richiedere *anche* un “atto di fede”, si tratta di una “funzione narrativa”; se invece richiede *solo* un calcolo inferenziale, si tratta di una “funzione induttiva”³⁸.

Nel caso delle “funzioni narrative”, l’“atto di fede” è infatti quello strumento che consente di colmare il *gap* inferenziale tra quanto il testimone dice di aver percepito e quanto ritiene di aver percepito. Si tratta di un’indagine sottratta a vere e proprie verifiche empiriche giacché riguarda quell’inaccessibile foro interno che sono le menti degli altri³⁹. Nel caso delle “funzioni induttive”, invece, l’“atto di fede” sarebbe superfluo, dato che *gap* inferenziali in senso stretto non possono tecnicamente prodursi: il passaggio dal fatto noto a quello ignoto, per Cordero, è sempre condotto in base ad una regola inferenziale conosciuta, e della quale conosciamo anche tutte le premesse e i margini di errore.

Puntare l’attenzione classificatoria sull’atteggiamento mentale del giudice presuppone pertanto che qualsiasi dato suscettibile di un qualche tipo di “inferenzializzazione” (buona, cattiva, o pessima che sia la massima d’esperienza utilizzata) sia sottratto dalla vera e propria area d’influenza dell’“atto di fede”. Sicché, tale influenza, che nella prima fase del pensiero di Cordero è estesa anche alle verifiche relative alla c.d. “genuinità dell’esperienza dell’autore” (ossia la coincidenza tra quanto il testimone dice di aver percepito e quanto è ragionevole ritenere che abbia effettivamente percepito), finisce mano a mano per ridursi alle sole verifiche relative alla c.d. “fedeltà alla realtà”: l’“atto di fede” diventa, in pratica, lo strumento attraverso il quale il giudice decide di credere al fatto che il testimone stia veramente dicendo di aver percepito ciò che ritiene di aver percepito.

Se definiamo “sincerità” la coincidenza tra quanto il testimone dice di aver percepito e quanto ritiene di aver percepito e “attendibilità” la coincidenza tra quanto il testimone dice di aver percepito e quanto è ragionevole ritenere che abbia effettivamente percepito, l’“atto di fede” è insomma lo strumento attra-

³⁶ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 8.

³⁷ CORDERO, *La confessione*, cit., 58.

³⁸ Per questo lessico, v. CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 579 ss.

³⁹ Cfr. AUSTIN, *Le altre menti* [1949], ora in *Saggi filosofici* [1961], Milano, 1990, spec. 109 ss.

verso il quale il giudice ne valuta la sola *sincerità*.

b) funzione neustica. L'aspetto più delicato della tesi, però, non sta tanto nella sua collocazione dogmatica, bensì nella sua funzione neustica: si tratta di una tesi che serve a *descrivere* il percorso mentale del giudice di fronte ad una prova dichiarativa, oppure si tratta di una tesi che serve a *prescrivere* quale percorso mentale il giudice dovrebbe seguire di fronte ad una prova dichiarativa⁴⁰?

Alcune delle formulazioni con cui la tesi è spesso circolata in dottrina sembrano propendere a favore della natura prescrittiva della tesi. Nella *Procedura* del 1966, ad esempio, Cordero scrive: «quando siano state usate tutte le risorse dell'argomentazione induttiva, il giudice si trova con un residuo non verificato: e a questo punto *deve lasciare il terreno della logica e spiccare un salto intuitivo*»⁴¹. Se però consideriamo anche le altre sedi in cui essa è stata esposta, è ragionevole ritenere che si tratti di una tesi puramente descrittiva: «per quanto vigile sia stata la riflessione, è *impossibile* sottrarsi ad una sollecitazione metarazionale»⁴²; «supponendo una conclusione nel vuoto assoluto, senza interessi nemmeno consapevoli, il motivo determinante *sale* da micropercezioni empatiche: credo a qualcuno *perché* lo 'sento' veridico»⁴³; «sulla conclusione (se N meriti 'fede') *influiscono* residui irrazionali; ora sebbene qualcuno le vanti, *gnoseologicamente contano poco* tali accensioni»⁴⁴; «i fatti espressivi

⁴⁰ Cfr. – per una prospettiva conforme a quanto sviluppato nel testo – CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 ottobre 2018, 5.

⁴¹ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608, corsivo nostro.

⁴² CORDERO, *Il procedimento*, cit., 22, corsivo nostro.

⁴³ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 572, corsivi nostri.

⁴⁴ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., 323, corsivi nostri. In questo caso, quel “qualcuno” che vanterebbe la priorità, sugli aspetti razionali del ragionamento probatorio, di quelli emotivi, è Michele Massa, i cui lavori in materia di teoria del giudizio – permeati dagli spunti più “irrazionalistici” di Carnelutti (*Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 81 ss.) e Capograssi (*Giudizio processo scienza verità* [1950], ora in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, 19 ss.), cfr. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 98 ss. e *infra*, nel testo, par. 4 – sono di poco successivi a quelli di Cordero, v. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964 e *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969. Alle teorie di Massa, Cordero aveva subito dedicato rilievi infuocati (e – come di consueto – non direttamente riferiti, v. CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 614 ss.), ma il contrasto era già sorto sotto traccia quando era emerso il problema di interpretare il neo re-introdotta art. 62-bis c.p. in materia di attenuanti generiche. Per Massa, infatti, si trattava di una disposizione positiva capace di rinnegare i fondamenti stessi del giuspositivismo. Essa infatti attribuiva al giudice un potere equitativo slegato da ogni norma giuridica (che non fosse il medesimo art. 62-bis c.p.): concedere un'attenuante generica significava dunque «registrare nella [...] decisione [...] un particolare significato dell'azione, una misura di minore riprovevolezza, *implicita* in una spe-

che suscitano ripugnanza in uno degli interroganti, può darsi che piacciono all'altro ed è da situazioni di questo genere che *in sede psicologica* si genera o meno l'adesione»⁴⁵. Quel "deve lasciare il terreno della logica" della *Procedura* del 1966, insomma, può essere tranquillamente inteso come un "è costretto, in assenza di altro, a lasciare il terreno della logica": «così vanno le cose», aggiungerà nella *Procedura* del 1987⁴⁶.

Il fatto che si tratti di una tesi descrittiva crea qualche dissonanza in chi è abituato allo studio sui testi di Cordero. Il c.d. "atto di fede" assume infatti

cifica circostanza del caso concreto. [...] [È] la legge stessa [...] che obbliga l'interprete ad andare direttamente all'esperienza [...]. Il giudice è immerso per la sua funzione in quei valori, concorre come ogni uomo a formarli, vi partecipa e li avverte senza difficoltà», salva la possibilità di errore (MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 109 e 110, corsivo nostro). Per Cordero, il medesimo quesito sarebbe stato ozioso. La disposizione di cui all'art. 62-bis c.p. - aveva sostenuto un anno prima - è semplicemente strutturata in chiave di *indeterminatezza intenzionale* (cfr. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* [1934, 1960], a cura di Losano, Torino, 2021, 446 ss. Sulle difficoltà collegate ai tentativi di accoppiare la c.d. "discrezionalità" al concetto kelseniano di *beabsichtigte Unbestimmtheit*, v. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 344 ss.): il giudice, nel concedere un'attenuante generica, non pone affatto la norma al posto del legislatore, ma si limita a (poter) scoprire quella che il legislatore avrebbe posto se fosse stato giudice del caso concreto, e che in sé «è già data *a priori* [...]». È possibile, naturalmente, che nel corso di questo faticoso itinerario ci si imbatta in punti critici, per superare i quali è inevitabile affidarsi a folgorazioni intuitive difficilmente inquadrabili negli schemi sillogistici secondo cui si usa raffigurare l'attività razionante del giudice: è l'immane rischio di ogni giudizio, più che un tratto esclusivo della discrezionalità (si pensi ad esempio all'indagine volta a ricostruire il fatto sulla base di un materiale di prova contraddittorio); che gli strumenti conoscitivi dell'operatore in certi casi si rivelino insufficienti, non significa ancora "facoltà" di eludere l'ostacolo grazie ad un'opzione gratuita» (CORDERO, *Circostanze "generiche" e termine di prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 831). Su questa *querelle*, i cui temi di fondo sono gli stessi di cui discutiamo nel testo, ancorché declinati con riferimento alla soluzione della *questio iuris* anziché della *questio facti*, v. l'attenta ricostruzione di MILETTI, *Elemosina giudiziaria o trionfo dell'equità? Il ripristino delle attenuanti generiche nella penalistica italiana del secondo dopoguerra*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di Bartoli-Pifferi, Milano, 2016, 165, spec. 183 ss. Sul punto, infatti, vale la pena ricordare il fatto che Cordero osservava una teoria dell'interpretazione del diritto ben consapevole della differenza che corre tra la disposizione testuale in cui un comando giuridico viene formulato e le norme che da tale disposizione l'interprete è in grado di ricavare. Secondo Cordero, anche se «oltre date soglie inafferrabili dall'analisi quantitativa, l'evasione dalla lettera diventa abuso [...], le regole ermeneutiche esibiscono una valenza giuridica piuttosto debole: i substrati dipendono da variabili culturali» (CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, 4). Nella "vecchia" *Procedura*, non a caso, le scelte interpretative tipiche di quelli che noi oggi chiameremmo *hard cases*, governate in ultima istanza «dalle ideologie, dagli interessi e persino dall'inconscio dell'operatore», verranno accostate - si badi, però, solo accostate - proprio alle «illuminazioni intuitive e [...] scelte emotive» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, 975 per entrambe le citazioni) dell'"atto di fede" che caratterizza la valutazione delle testimonianze. Sullo scetticismo interpretativo di Cordero, v. comunque PINO, *Franco Cordero, filosofo del diritto*, in *Lo Stato*, 2021, 369, spec. 373 ss.

⁴⁵ CORDERO, *La confessione*, cit., 59 (corsivo nostro).

⁴⁶ CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 975.

un'importanza capitale nell'economia del discorso sulle prove e, come vedremo, della stessa giustificazione della decisione, costituendo la nota più caratteristica dei procedimenti di ricostruzione giudiziaria condotti a partire da prove dichiarative (ossia, al tempo in cui Cordero scriveva i suoi primi contributi, la stragrande maggioranza). Ciò nonostante, la sua presenza nel procedimento probatorio viene tematizzata sempre con grande circospezione:

- 1) innanzitutto, è chiaro fin da subito che il ricorso all'"atto di fede" non è qualcosa di necessitato: in linea teorica, le "risorse dell'argomentazione induttiva" potrebbero consentirci di decidere se un certo testimone è sincero oppure no. Difatti, non è nemmeno escluso che - sempre in linea puramente teorica - le circostanze fattuali sulla cui base tale "atto di fede" solitamente matura siano suscettibili di un calcolo (non umano): «in teoria sono pensabili algoritmi probatorio-legali molto attendibili, alimentati da un mostruoso cervello statistico, informato dell'intero scibile fisio-psichico, politico, economico, et coetera»⁴⁷; «[...] balbuzie, tremito, pallore, congestione, pupille dilatate, rigidità, convulsione motoria, afasia, loquela alluvionale e simili, altrettante spie introspettive [sulla sincerità del dichiarante, *N.d.R.*]; se l'equazione fosse calcolata esattamente, dai sintomi sarebbe inferibile il contenuto mentale»⁴⁸;
- 2) inoltre, è altrettanto chiaro che il ricorso all'"atto di fede" non è qualcosa di particolarmente desiderabile: «decidere su materiali narrativi è anche dura autoanalisi; le parole, il contegno, la figura del narrante, suscitano risposte emotive e *bisogna sapersene difendere*»⁴⁹. «Ovvio che l'informazione tecnica venga utile: ad esempio, è importante sapere, grazie ai dati sperimentali disponibili, quanto poco riconoscibili siano verità e menzogna dai segni sul viso o nei gesti [...]; a pari acume, un giudice scientificamente ferrato sarà *meno incline a conclusioni apodittiche*»⁵⁰;

⁴⁷ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 626. Sul punto, Cordero concluderà però che l'uso di algoritmi in sede penale è da escludere: «quando anche esistesse [questo "mostruoso cervello statistico", *n.d.R.*], ripugnerebbe al sentimento etico decidere su tali premesse la sorte dell'imputato» (*ibid.*).

⁴⁸ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 553.

⁴⁹ CORDERO, *Procedura*, 2012, *loc. ult. cit.* (corsivi nostri).

⁵⁰ *Ibid.*, 669 (corsivi nostri). Il passo, naturalmente, non va inteso come un implicito avallo ad una disinvolta violazione del divieto di scienza privata, ma come una rilevazione di buon senso: un giudice a conoscenza della scarsa, per non dire nulla, attendibilità delle congetture relative alla sincerità di un individuo condotte a partire da gesti ed espressioni del volto inibirà la propria tendenza, nei casi dubbi, ad

- 3) infine, è da sempre chiarissimo che l'“atto di fede” incide, quando incide, sulla componente *psicologica* del convincimento, non su quella *giustificativa*: sulla motivazione come “attività”, diremmo oggi, non sulla motivazione come “documento”⁵¹; o, se si vuole, sul contesto di *scoperta*, non su quello di *giustificazione*⁵². Il passo della *Procedura* del 1966 dal quale avevamo preso le mosse, in questo senso, prosegue in modo eloquente: «[...] a questo punto deve lasciare il terreno della logica e spiccare un salto intuitivo, *del quale è improbabile che la motivazione sveli le vere origini*»⁵³. La tesi punta insomma a descrivere una dimensione della formazione del giudizio che, a rigore, è sottratta alla speculazione del giurista, appartenendo semmai a quella dello psicologo, del sociologo, o dello studioso di scienze cognitive. Qualsiasi cosa avvenga nel momento in cui il giudice compie questo “salto intuitivo” e si convince della sincerità di un testimone, quindi, si può senz'altro indicare, ad esempio in veste di *caveat* didattico, ma non è qualcosa di visibile nel discorso giustificativo riportato in sentenza, né dunque si può spiegare, né tantomeno giustificare. D'altronde «la motivazione non è uno spiraglio aperto sull'anima del giudice, affinché se ne possano cogliere e soppesare i pensieri e i sentimenti, ma l'espressione dialettica della decisione, la quale può essere valutata soltanto in base agli argomenti addotti [...]. Il resto non conta»⁵⁴.

c) natura dogmatica. Fin qui abbiamo cercato di evidenziare come, attraverso la tesi dell'“atto di fede”, Cordero abbia inteso descrivere il fatto che il giudice

esercitare sulle medesime basi un cieco “atto di fede”. Sul punto, v. GIUSBERTI-BENSI, *Le parole e i gesti della menzogna. Trent'anni di ricerca scientifica: verità e falsità sul comportamento mistificatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, 301 ss.; VRIJ, *Nonverbal Communication and Credibility*, in *Psychology and Law: Truthfulness, Accuracy and Credibility*, a cura di Memon, Hoboken, 1998, 32 ss.; DE CATALDO NEUBURGER, “*Arrivare ad una decisione*”. *Analisi dei criteri di giudizio adottati in alcune sentenze e ricerca di regole empiriche per la valutazione della chiamata in correità*, in *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, a cura di De Cataldo Neuburger, Padova, 1992, 185, spec. 190 ss.

⁵¹ Cfr. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, 219 ss.

⁵² Cfr. UBERTIS, *op. cit.*, 28-29. La distinzione tra contesti, che proviene dalle riflessioni della filosofia della scienza, risale a Reichenbach (REICHENBACH, *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, Chicago, 1938, 36-37). Sull'abuso della dicotomia in ambito giuridico si veda, per tutti, SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi* [1970], ora in *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 252, spec. 281 ss.

⁵³ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 609.

⁵⁴ *Ibid.*, 614-615.

talvolta è *costretto* a decidere sulla *sincerità* di un testimone in base ad una credenza idiosincratica e maturata privatamente. Tale decisione – stando a come ne parla Cordero – non presenta quindi i caratteri tipici di un’inferenza⁵⁵:

- 1) innanzitutto, non è perfettamente chiaro su quali materiali la decisione si fondi, e se – tra gli esempi formulati da Cordero – si tratti di un elenco tassativo o esemplificativo. In questo senso, i dati a partire dai quali l’“atto di fede” maturerebbe variano dalla «inflexione di voce»⁵⁶, alla «espressione del volto o un tremito nervoso o un’esitazione nel parlare»⁵⁷, ai più generici «fatti espressivi»⁵⁸, fino alla genericissima «qualità dei locutori»⁵⁹;
- 2) in secondo luogo, il passaggio dai dati alle conclusioni è «logicamente indefinibile»⁶⁰ in quanto frutto di «residui emotivi non verificabili né falsificabili»⁶¹. In gergo metaetico, diremmo che nell’“atto di fede” è racchiuso un giudizio simile alle preferenze di gusto (“questo testimone mi piace” o “non mi piace”)⁶². Per questo, se anche un giudice partico-

⁵⁵ Assumo qui una nozione sufficientemente ristretta e internalista di “inferenza”, intesa come quella forma di mutamento di credenze fondata su un ragionamento. Nel formulare un ragionamento che conti come inferenza, la nota contraddistintiva sta soprattutto nella nostra *consapevolezza* circa le cause di tale mutamento: «inferire implica necessariamente che chi pensa *prenda* le proprie premesse come base della propria conclusione e tragga le proprie conclusioni *a causa* di questo fatto. [...] [N]essun processo causale conta come inferenza, a meno che esso non consista in un tentativo di arrivare ad una credenza cercando di capire che cosa, in qualche senso adeguatamente esteso, è supportato da altre cose in cui si crede» (BOGHOSSIAN, *What is Inference*, in *Phil. Stud.*, 2014 (169), 5, traduzione nostra).

⁵⁶ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 46, nt. 106.

⁵⁷ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608.

⁵⁸ CORDERO, *La confessione*, cit., 58.

⁵⁹ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 579.

⁶⁰ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608.

⁶¹ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 592.

⁶² Nella tassonomia di Cordero, l’“atto di fede” corrisponderebbe dunque ad una valutazione in senso emotivo-forte, che è quella che si svolge esprimendo un sentimento, e non ad una valutazione in senso emotivo *tout court*, che è quella che si svolge proferendo un enunciato «diretto come il primo a influire sulla condotta altrui [...], al quale non corrisponde necessariamente un sentimento del parlatore» (CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme* [1967], Torino, 2008, 189). Vale la pena di sottolineare che, per Cordero, alle valutazioni emotive-forti non corrispondono invece i giudizi di valore di cui si interessa il diritto, essendo tali valutazioni al più una *componente* dei giudizi di valore giuridico: «le formule normative non sono soltanto affermazioni sui nostri sentimenti, come vogliono i soggettivisti, o espressioni spontaneamente esclamative di sentimento, secondo l’assunto positivistico-logico: sono, *soprattutto*, strumenti psicagogici intesi a influire sul prossimo, predisponendolo a un certo comportamento» (*Ibid.*, 191, corsivo nostro), cfr. DI LUCIA, *L’animale osservante. Frammenti di deontica corderiana*, in *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di Ferrua-Catalano, Torino, 2023,

larmente introspettivo desiderasse chiarire in motivazione da che cosa a tutti gli effetti dipenda la sua particolare simpatia o repulsione nei confronti di un certo testimone, «iddio sa quante cose verrebbero fuori [...]; risulterebbe che l'intera storia individuale di quel giudice abbia giocato in quell'esito [...], dovrebbe raccontare mille e una cosa, verrebbero fuori confessioni fluviali nello stile preromantico di Rousseau, verrebbero fuori romanzi dell'anima»⁶³. Il più che ne caveremmo insomma è la *descrizione* di un interno mentale, non la *giustificazione* di una scelta difesa intersoggettivamente⁶⁴;

- 3) perciò, nell'«atto di fede» si svolge – a ben vedere – un processo *causale*: «il motivo determinante *sale* da micropercezioni empatiche: credo a qualcuno *perché* lo ‘sento’ veridico»⁶⁵. Il comportamento del testimone, insomma, provocherebbe nel giudice qualcosa di più simile ad un singhiozzo che ad una qualche specie di intuizione. Secondo Cordero, infatti, perfino «i cosiddetti lampi intuitivi risalgono a prove»⁶⁶; nel caso dell'«atto di fede», invece, le «micropercezioni» non sono *prove* della «sensazione di veridicità», bensì ne sono le *cause* (allo stesso modo in cui il calore non è la prova dell'ebollizione dell'acqua, bensì ne è la causa)⁶⁷.

Il fatto che si tratti di uno strumento non-inferenziale è confermato da quanto abbiamo visto nel par. 2, *a)*: se l'«atto di fede» contenesse una qualsiasi specie di inferenza in grado di accoppiare i comportamenti del testimone ad una massima d'esperienza più o meno consolidata, esso si identificherebbe in nient'altro che una «funzione induttiva». «Funzioni induttive» e «atto di fede»,

109 ss.

⁶³ CORDERO, *La confessione*, cit., 58-60.

⁶⁴ Cfr. TARUFFO, *La motivazione*, cit., 124-126.

⁶⁵ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 572, corsivi nostri.

⁶⁶ *Ibid.*, 550.

⁶⁷ «Il mondo è il sistema delle mie esperienze; quelle altrui si riducono a mie percezioni, come la voce del testimone, e a certe mie congetture sulla base d'altri fatti appresi di prima o seconda mano. L'Altro vi affiora dapprima come un corpo e appena s'avvicina viviamo lo stato organico chiamato «emozione» in una gamma che va dal piacere di sentirsi protetti alla paura dell'aggressione; *l'effetto emotivo non segue la percezione ma vi si confonde*: questo modo oscuro di percepire (così i neonati distinguono la madre dagli estranei) nella nomenclatura degli psicologi si chiama «rapporto empatico». La visione speculare sopravviene a un livello superiore di sviluppo; osservare una cosa vuol dire avvolgerla in uno sguardo attento e distaccato; l'osservatore esperto riesce a guardare le cose da cui gli altri rifuggono: tenere gli occhi aperti è un modo di reprimersi» (CORDERO, *Trattato di decomposizione*, Bari, 1970, 25, corsivi nostri).

invece, sono nozioni che si escludono a vicenda.

Per queste ragioni, è interessante cercare di comprendere di che tipo di strumento cognitivo si tratti:

- 1) innanzitutto sappiamo che l'incidenza del c.d. "atto di fede" nella valutazione di una prova dichiarativa (e, per derivazione, nella decisione relativa all'ipotesi fattuale ad essa correlata) non è illimitata. Già ne *Il procedimento probatorio*, immediatamente dopo aver esposto la sua tesi, Cordero chiarisce infatti che «vi è comunque un limite: non si può infliggere il proscioglimento dubitativo, quando il sospetto rappresenta una pura reazione emotiva, che non trova giustificazione in nessuna delle prove acquisite: così la certezza come il dubbio "morali" sono proscritti dalla gnoseologia giudiziaria»⁶⁸. Se il giudice dicesse «il mio intuito mi ha suggerito di non credere a quel testimonio, della cui deposizione perciò non tengo conto», l'enunciato non soddisferebbe l'esigenza della motivazione»⁶⁹. Come abbiamo già visto, dei processi interiori che motivano la formazione del convincimento - secondo Cordero - i giuristi si possono disinteressare. Ciò però non significa che i risultati esteriori di tali processi possano aggirare il requisito fondamentale di qualsiasi decisione penale: ogni scelta del giudice va fondata su ragioni, anche reperite *a posteriori* o insincere se è necessario⁷⁰, ma mai su sensazioni private; d'altronde, «[...] la gnoseologia processuale esclud[e] fantasie divinatorie, lampi intuitivi, visioni oniriche, voci

⁶⁸ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 46, nt. 106. Questa è una delle poche sedi in cui Cordero si abbandona alla citazione della più attenta giurisprudenza del tempo, che - nel medesimo senso - invitava a distinguere il libero convincimento inteso come «ragionamento che, preso lo spunto da premesse di fatto accuratamente accertate, pervenga con progressivo raziocinio alle conclusioni di giustizia» dalla «mera opinione soggettiva del giudice quale fatto interno della sua coscienza morale» (Cass., sez. I, 7 febbraio 1962, Asaro, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1962, 1150), oppure arrivava ad annullare la sentenza che, dopo aver escluso la partecipazione dell'imputato al fatto, avesse concluso in virtù di un «tal quale dubbio» col comminare il proscioglimento solo dubitativo (Cass., sez. I, 2 marzo 1953, n. 420, Gasparini ed altro, in *Giur. compl. Cass. - Sez. pen.*, 1953, 2° bim., 148), oppure - ancora - che riteneva viziata la sentenza nella cui motivazione il giudice avesse disconosciuto qualsiasi efficacia agli accertamenti dattiloscopici «sul riflesso di una sua subiettiva sfiducia nel procedimento dattiloscopico» (Cass., sez. II, 1 giugno 1962, M. in c. Albertoni, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1962, 1148).

⁶⁹ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 620.

⁷⁰ «È diventato ormai un luogo comune osservare come la motivazione della sentenza (elaborata successivamente alla deliberazione) sia un'autoapologia del giudice, che non garantisce l'esposizione fedele delle ragioni del decidere e anzi può servire a nascondere: di qui sermoni patetici sul giudice che nel frattempo si sia persuaso di avere deciso male e malgrado ciò debba difendere il proprio errore [...] e altri, allarmati, sulla possibile dissimulazione dei motivi veri e irriferribili» (*Ibid.*, 614).

medianiche et similia»⁷¹. Insomma, se avessimo sufficienti “argomenti tratti dall’esperienza” per credere (o non credere) alla sincerità di un testimone, l’“atto di fede” non potrebbe condurci *da solo* alla soluzione opposta. Esso, di per sé, interviene solo in quelli che oggi chiameremmo *hard cases*, o casi dubbi;

- 2) inoltre, essendo causalmente collegato ad una serie di stimoli che nascono tutti nel contesto empirico del dibattito (e che, in sostanza, riguardano il comportamento del testimone sottoposto ad esame), sappiamo anche che l’“atto di fede” non rappresenta qualcosa di puramente intellettuale: senza stimoli di questo genere, l’“atto di fede” propriamente inteso non può tecnicamente maturare. Allo stesso tempo, ciò che - nei casi dubbi - finisce effettivamente per giustificare la credenza nella sincerità di un testimone non è però pienamente accessibile nemmeno al giudice stesso: è la sua intera “storia individuale” - e niente di più preciso - ad aver provocato una certa reazione empatica;
- 3) infine, sappiamo che l’“atto di fede” riveste un ruolo *costitutivo* nelle conoscenze del giudice, che è innanzitutto un appartenente al genere umano (anzi, alla comunità umana di riferimento del processo e della sentenza): se il giudice non disponesse di questo particolarissimo strumento cognitivo, che all’occorrenza gli consente di fare affidamento sulle sue sensazioni private (quantomeno nei casi dubbi), decidere sulla sincerità di un testimone sarebbe letteralmente impossibile; «l’intera vita sociale si svolge sul filo della fiducia nelle esperienze altrui e nella veridicità delle descrizioni con cui sono comunicate, e il processo non fa eccezione»⁷².

Ai fini di questa analisi, il dato più importante è senza dubbio il terzo. Per Cordero, il fatto che l’“atto di fede” rivesta un ruolo *costitutivo* nelle cono-

⁷¹ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 573. «La semiotica giudiziaria rifiuta le ‘verità’ cosiddette intuitive o svelate da oracoli o acquisite lungo vie estranee all’epistemologia dominante: ad esempio, percezioni extrasensoriali, sedute medianiche, quel calcolo siderale in cui hanno confidato tanti speculanti sottili, da Francesco Guicciardini al dottor Josef Goebbels; hanno corso i soli enunciati compatibili con un modello dagli ascendenti identificabili (Bacone, Galileo, Cartesio, Newton e via seguitando)» (CORDERO, *Guida*, cit., 321). «Ad esempio, un pubblico ministero occultista afferma che N abbia devastato le messi a P, scatenandogli sui campi fulmini e grandine, servizievolvermente mandati da Satana, col quale aveva dei patti, e indica i relativi testimoni [...]. Niente osterà a testimonianze o indagini peritali su simili “maleficia”, quando gli addetti al discorso scientifico riscoprono la categoria cosmologica del diabolico, elaborata dalla Scolastica, riaccreditando testi famosi come i *Disquisitionum magicarum Libri sex* del gesuita Martino del Rio» (CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 572).

⁷² CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608.

scenze del giudice è infatti una conseguenza per così dire obbligata dell'abbandono del sistema delle prove legali di marca medievale. Cordero è infatti convinto che nel "gioco processuale" del libero convincimento sia implicita l'accettazione di un rischio che il "gioco processuale" delle prove legali medievali teoricamente non conosce (e, anzi, respinge): siccome in regime di libero convincimento non è più possibile sopprimere gli atteggiamenti irriflessi che le prove dichiarative sono solite provocare in chi le riceve, obbligando il giudice al rispetto di una norma precostituita, il giudice tornerà a comportarsi come fa ogni altro essere umano nella sua vita quotidiana; egli tornerà cioè a fidarsi o a non fidarsi della sincerità degli altri, nei casi dubbi, semplicemente a causa delle emozioni che gli altri gli provocano.

Per Cordero, all'accettazione di questo rischio, data l'intrinseca limitatezza delle risorse intellettuali dell'essere umano, non c'è alternativa (se non, appunto, il ritorno al sistema delle prove legali medievali). Per questo tale atteggiamento è sottratto a qualsiasi valutazione razionale, privo di autentici fondamenti probatori, e immune da qualsiasi scetticismo: l'"atto di fede" non è qualcosa di razionale, né di irrazionale, bensì di «metarazionale»⁷³ o «subrazional[e]»⁷⁴; le credenze maturate in virtù di esso non sono né logiche, né illogiche, bensì «alogic[he]»⁷⁵; «sarebbe devastante se sottoponessimo a dubbio radicale le conoscenze accumulate così [ossia, attraverso la fiducia o la sfiducia nei testimoni che ci sembrano o non ci sembrano veridici, *N.d.R.*]»⁷⁶.

In quest'ottica, l'"atto di fede" assume dunque un ruolo molto simile a quelli che Wittgenstein chiamava *hinge commitments* (impegni cardinali):

«le *questioni* che poniamo, e il nostro dubbio, riposano su questo: che certe proposizioni sono esenti da dubbio, come se fossero cardini (*hinges*) sui quali si muovono quelle altre»⁷⁷.

Proposizioni come "esiste un mondo esterno" o "i libri non evaporano" sono alcuni esempi di questi cardini. Esse sono sottratte allo scetticismo radicale non perché disponiamo di prove conclusive a loro favore, né perché sia irra-

⁷³ CORDERO, *Il procedimento*, cit., 7-8, nt. 15.

⁷⁴ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 592.

⁷⁵ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 572.

⁷⁶ CORDERO, *Guida*, cit., 322-323.

⁷⁷ WITTGENSTEIN, *Della certezza. L'analisi filosofica del senso comune* [1950-51], Torino, 1978, par. 341. Non è difatti infrequente, nella letteratura di settore, che l'attitudine proposizionale rivolta agli *hinge commitments* venga definita come una forma di "fiducia", cfr. - per un'analisi critica - PRITCHARD, *Hinge commitments and trust*, in *Synthese*, 2023 (202), 148 ss.

gionevole credere il contrario (lo scettico radicale, anzi, lo fa regolarmente)⁷⁸; «dovremmo piuttosto dire o riconoscere che questo fatto (che i libri non svaniscono [o che esiste un mondo esterno, *N.d.R.*]) “è infuso [o fuso] nel fondamento del nostro gioco linguistico”⁷⁹. Siccome tutte le nostre pratiche razionali si incardinano attorno ad esse, se dubitassimo anche di tali proposizioni, le nostre conoscenze verrebbero meno tutte in una volta⁸⁰.

In modo *analogo*, la proposizione “nei casi razionalmente irrisolvibili, posso fidarmi o non fidarmi di questo testimone in base a ciò che sento” rappresenterebbe un cardine cognitivo dal quale il giudice non può umanamente svincolarsi, se non intende paralizzare l'intera pratica della valutazione della prova dichiarativa: nel “gioco processuale” del libero convincimento, in fin dei conti, noi muoveremmo dal presupposto che, nei casi razionalmente indecidibili, non resti che fidarsi o non fidarsi delle parole degli altri a certe condizioni intellettualmente imperscrutabili.

Una ricostruzione del genere è avvalorata dal largo scetticismo che Cordero mostrava di nutrire nei confronti di tutte le prove dichiarative, di cui pure riconosceva l'importanza, a fini ricostruttivi⁸¹. Le frequenti e dettagliatissime ricostruzioni del processo *de peste manufacta*, ad esempio, trasmettono in modo eloquente l'idea che i comportamenti dei protagonisti di quella vicenda facessero parte solo di una colorita (per quanto giustificata) messinscena, abilmente decostruita dal talento induttivo (per quanto paranoico) dei giudici milanesi⁸². Insomma, si potrebbe concludere dicendo che, per Cordero, la valu-

⁷⁸ Se questo renda tali impegni delle vere proprie credenze o no, e delle credenze anche razionali ovvero arazionali, è materia di discussione filosofica, v. BARRANCO LOPEZ, *Hinge commitments as arational beliefs*, in *Synthese*, 2023 (201), 108 ss.

⁷⁹ PERISSINOTTO, *Introduzione a Wittgenstein*, Bologna, 2018, 253.

⁸⁰ Cfr. COLIVA, *Extended Rationality. A Hinge Epistemology*, Londra, 2015, spec. capp. VI e VII.

⁸¹ «Sono rischiose le evocazioni narrative, notoriamente; e nel processo riescono meno bene che agli storiografi: tempi esigui, materiali impuri, operatori interessati, ambiente caldo, quindi poco idoneo alla scepsi. Dalle regole codificate trapela un'idea piatta del testimone, senza sfondo psichico (meccanismi percettivi, economia cognitiva, lavoro mnemonico, trame linguistiche), con i relativi effetti deformanti (relatività del percepito, curva dell'oblio, pseudomemorie, ipermnesia, coazioni locutorie, suggestione accumulata e via seguitando); e che in sede clinica il tasso di fallibilità sia allarmante, lo dicono vari casi nella neoinquisizione alimentata dai pentiti-confidenti» (CORDERO, *Presentazione*, in DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, XIV).

⁸² È ben noto l'atteggiamento intellettualmente tollerante che Cordero aveva dedicato alle pratiche criminali inquisitorie, pur essendone stato tra i censori più spregiudicati (cfr. PASSERO, *Processo accusatorio e processo inquisitorio. Appunti per una riflessione sull'opera di Franco Cordero*, in *Studi sen.*, 2003 (CXV), III serie, LII, f. 3, spec. 530 ss.). Secondo Cordero, infatti, la natura intrinsecamente congetturale delle conoscenze storiche dovrebbe condurre «se non a riabilitare, certo a proporre in luce meno sfavorevole il sistema, invalso nel processo legale [...] delle regole legali di valutazione della prova: a parte l'opinabilità dei singoli canoni, quello era un tentativo scientificamente rispettabile di trapiantare

tazione della prova dichiarativa deve essere il più possibile condotta con le armi della ragione *perché c'è il rischio* che il giudice - in un ambiente processuale privo di regole di prova legale - finisca per convincersi in base ad un "atto di fede".

3. *L'“atto di fede” nella teoria della conoscenza processuale: a) formazione e documentazione della prova.* Come abbiamo tentato di chiarire, il fatto che il giudice decida di credere alla sincerità di un testimone nei casi dubbi in base ad un semplice "atto di fede" è una piana conseguenza dell'abbandono delle regole di prova legale di marca medievale, nonché il portato più tipico del principio del "libero convincimento". Come preciserà un decennio più tardi anche Massimo Nobili, il concetto ha difatti due diversi significati⁸³: in negativo, il convincimento può dirsi "libero" nel senso di *non vincolato* al rispetto di una (più o meno opportuna) norma precostituita, come quelle secondo cui «la testimonianza dell'uomo prevaleva su quella della donna e quella del chierico su quella del laico»⁸⁴; ma in positivo il convincimento deve dirsi "libero" anche - se non soprattutto - nel senso di *non intimo*, ossia (paradossalmente) nel senso di *vincolato solo* alle regole della logica, della scienza, e della comune esperienza⁸⁵.

Per Cordero, essendo il sistema delle prove legali ormai fuori discussione, il convincimento del giudice restava sempre e comunque vincolato alle regole della logica, della scienza, e della comune esperienza. Pertanto, ciò che rimar-

nel processo il metodo matematico, sul presupposto che la possibile, scontata ingiustizia della decisione nel caso singolo, fosse compensata da una maggiore probabilità di esiti veritieri nell'universo dell'esperienza giudiziaria. I motivi che inducono a rifiutare un simile concetto, sono d'ordine non tanto logico quanto politico» (CORDERO, *Il procedimento*, cit., 45, nt. 105). Non a caso, contro la condanna manzoniana contenuta nella *Storia della colonna infame*, Cordero invitava a notare che «è anche una Weltanschauung l'inquisizione, connotata da pessimismo teologale» (CORDERO, *Introduzione*, in MANZONI, *Storia della colonna infame*, Milano, 1995, 13): «tali essendo le regole, come hanno lavorato gli inquirenti nell'affare milanese delle unzioni? Esemplarmemente bene, rispetto ai casi analoghi [...] Avviene tutto dans les règles, sebbene casi simili legittimino ampie licenze [...]: può anche darsi che qualcuno covasse passioni biasimevoli, ma dai verbali non emergono e, mancando i sintomi, sarebbe futile speculare sull'interno psichico; considerati regole, dati obiettivi, modelli metalegali, l'operazione appare corretta» (*Ibid.*, 19, 23). In prospettiva storica, pertanto, Cordero sottoscriverebbe la tesi secondo cui le valutazioni operate dai partecipanti di due "sistemi epistemici diversi" sono giudicabili solo *iuxta propria principia* (cfr. BOGHOSSIAN, *Paura di conoscere. Contro il relativismo e il costruttivismo*, Bari, 2006, 81 ss.): «Insomma, c'è uno stretto rapporto tra una certa concezione della società politica e la logica del giudice» (CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 977). Il punto è svolto più approfonditamente in ID., *La fabbrica della peste*, Roma-Bari, 1984, 363 ss.

⁸³ NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 465-467.

⁸⁴ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608.

⁸⁵ Cfr. NOBILI, *op. cit.*, cap. I.

rebbe di “libero”, nella formazione psicologica di tale convincimento, è solo questa possibilità che la conclusione circa la sincerità o l’insincerità di un testimone, nei casi razionalmente indecidibili, derivi da un moto di simpatia o di repulsione: «quando si dice “libero convincimento”, si allude soprattutto a queste fratture emotive e volitive in un ordine di pensieri intessuti *geometrico more*»⁸⁶.

Per quanto confinata alla fase psicologica della formazione del convincimento, la “tesi dell’atto di fede” presuppone dunque un certo assetto processuale anche nella formazione e nella documentazione della prova, e ne implica un altro, ben preciso, nella decisione e nella motivazione della sentenza.

Quanto all’assetto relativo alla formazione e alla documentazione della prova, Cordero intreccia al problema epistemologico un sottotesto politico. Gli anni del *Il procedimento* e quelli della prima *Procedura* sono infatti gli stessi in cui Cordero parteciperà in prima linea al movimento riformistico culminato, vent’anni più tardi, con l’adozione del codice Vassalli⁸⁷. In quel contesto, anche se in una chiave del tutto depurata dalla tesi dell’“atto di fede”, Cordero si era duramente battuto a favore del principio di separazione tra le fasi, e contro il vecchio sistema delle letture degli atti istruttori. Le ragioni per cui un processo “degnò di questo nome” dovrebbe preferire la formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale tra le parti e, di conseguenza, l’irrelevanza degli atti compiuti nelle fasi precedenti, sono molto note, e non è necessario rammentarle in questa sede. Pertanto, ci limiteremo ad offrire solo una precisazione.

Il legame tra “oralità” e “libero convincimento” è senz’altro tra i più frequentati, nella letteratura processuale: secondo l’insegnamento chiovendiano, a cui Cordero (raramente) si rifà⁸⁸, le prove dichiarative devono seguire una certa tecnica di formazione (l’oralità) *affinché* siano valutabili nel modo più appropriato (ossia, attraverso il libero convincimento); se non seguissero quella tecnica di formazione (venendo cioè imprigionate in atti scritti), sarebbero insuscettibili di una valutazione appropriata (verrebbero cioè valutate in modo

⁸⁶ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608.

⁸⁷ Cf. ORLANDI, *Franco Cordero e le dottrine del processo penale*, in *Lo Stato*, 2021 (16), 353, spec. 358 ss.; FERRUA, *Teoria della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2020, 1-2; SCCELLA, *Contestazioni al testimone e riforma del processo penale: brevi osservazioni su un ricorrente equivoco*, in *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, a cura di Negri-Pifferi, Milano, 2011, 133, spec. 136 ss.

⁸⁸ Si veda, per esempio, il riferimento obliquo a CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, vol. I, in CORDERO, *Scrittura e oralità* [1963], ora in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 203, n. 62.

molto simile a quanto si faceva in epoca medievale, attraverso apriorismi e massime d'esperienza screditate)⁸⁹. Per Cordero, e su questo punto serve la massima attenzione, “oralità”, “scrittura”, “libero convincimento” e “regole di prova legale” non sono tuttavia concetti in rapporto di implicazione o di esclusione necessaria tra loro: le prove devono formarsi oralmente perché se si formassero per iscritto, ossia nelle fasi preliminari, verrebbero sottratte al contraddittorio, impedendo cioè alle parti di definirne, in condizioni di parità, i migliori contenuti informativi; una prova “scritta”, per Cordero, non è inaffidabile *perché* insuscettibile di valutazione appropriata⁹⁰, bensì è inaffidabile *perché* (e *finché*) formata in modo inappropriato (indipendentemente da quanto bene potremmo valutarla in seguito)⁹¹.

In questo senso, se un sistema processuale vuole diminuire i rischi di errore giudiziario tutelando le garanzie individuali deve innanzitutto assicurarsi che le prove siano formate in contraddittorio, ossia non da una sola parte; *in più*, esso deve assicurarsi che tali prove siano valutate razionalmente, ossia in assenza di regole di prova legale. Ciò tuttavia comporta l'inevitabile rischio che - nei casi dubbi - il convincimento del giudice sia vittima di pulsioni incontrollabili. In un contesto giuridico fatto così, l'“atto di fede” fa dunque parte - assieme al contraddittorio e al libero convincimento - delle “leggi naturali del

⁸⁹ Cfr. CHIOVENDA, *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, 197 ss.

⁹⁰ Non a caso, Cordero ha più volte concesso ai teorici del processo misto che anche un atto istruttorio fosse astrattamente valutabile nel modo migliore, limitandosi soltanto ad opporre un contro-argomento di carattere pragmatico: conservando il vecchio regime delle letture, il giudice avrebbe semplicemente finito per affidarsi alle deposizioni rese nella fase delle indagini, giacché rese ad una minor distanza cronologica rispetto al fatto da provare, senza quindi chiedersi se le domande del solo inquirente potessero aver condizionato le risposte dell'interrogato, fabbricando così una rappresentazione distorta dei fatti. «[L]a deposizione raccolta dall'istruttore e insinuata nel dibattimento attraverso la lettura, spiega la sottile suggestione delle cose scritte; si può confidare che il dilemma sia risolto secondo il suggerimento di un'approfondita critica; ma per poco che si attenui il rigore nel controllo dei motivi, il luogo comune del libero convincimento si risolve in una salvaguardia del fatto compiuto» (CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., 212-213). Il possibilismo teorico dell'alternativa “inquisitoria” d'altronde è ricorrente, e non casuale: «[...] tolte figura e voce, un fatto semantico impallidisce; dove i *loquentes* siano invisibili, nel distacco frigido del segno grafico, i discorsi tendono a valori uniformi, *finché non li pesiamo criticamente commisurandoli a qualche termine assunto da fuori*» (CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 574, corsivi nostri). Inteso a rigore, infatti, il passo implicherebbe che la “pesatura critica” di un “segno grafico” possa equivalere, sul piano ricostruttivo, al giudizio operato in base ad una ricezione diretta del medesimo “fatto semantico”.

⁹¹ Non è un caso che, con sano pragmatismo, Cordero era pronto a riconoscere, anche in un processo improntato alla più schietta accusatorietà, un ruolo niente affatto secondario a quell'“incidente “giurisdizionale”» (CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, 70) di acquisizione anticipata della prova che ha poi preso il nome, nel codice vigente, di “incidente probatorio”.

processo”, non sottintendendo con «l’espressione “leggi naturali del processo” [...] premesse giusnaturalistiche: si vuole soltanto dire che, se ogni strumento ubbidisce a certe leggi, vale la pena cercare quelle alle quali soggiace il processo inteso, appunto, come strumento volto a una decisione possibilmente giusta, ottenuta senza sacrificare troppo la dignità delle persone implicate nel gioco»⁹².

Ovviamente, tutto ciò non significa che un processo orale aborrisca l’uso della scrittura, che resta invece uno strumento fondamentale. Un atto probatorio non verbalizzato, dirà Cordero, è un atto probatorio giuridicamente inesistente⁹³, e dunque inutilizzabile: «è un mondo finto il processo; e “quod non est in actis” sta fuori dall’orizzonte»⁹⁴. Tutto ciò, si badi, malgrado nei confronti del giudice che abbia assistito ad un atto probatorio non documentato, tecnicamente, «non sorga un problema di prova»⁹⁵.

Al contrario, la verbalizzazione andrebbe tecnologicamente implementata, giacché «nella riproduzione letteraria finirebbe dissolto l’atteggiamento espressivo del *loquens* per quanto solerti e volenterosi siano giudice e cancelliere: a descrivere senza residui il contegno mimico d’un testimone non basta la più ossessivamente microanalitica delle pagine proustiane»⁹⁶. Insomma, sic-

⁹² CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 21. Sull’espressione, cardinale nella ricostruzione teorica di Cordero, v. di recente ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi “naturalisti” e concezioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 465, spec. 468 ss.

⁹³ CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., 205.

⁹⁴ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 347.

⁹⁵ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 331. Qui naturalmente influisce la lezione di Carnelutti, secondo il quale l’archetipo della conoscenza umana starebbe nella percezione di «qualche cosa coi propri sensi»: quando il fatto da provare si presenta direttamente come oggetto della percezione, abbiamo una prova che Carnelutti definisce “diretta” (ad esempio, la distanza tra gli alberi di un fondo nel giudizio in cui l’attore ne chiede l’abbattimento); quando il fatto da provare è invece perso nel passato, occorre ricostruirlo a partire da prove che Carnelutti definisce “indirette”, ossia dalla «percezione di un altro fatto, dal quale [il giudice, *N.d.R.*] possa dedurre la esistenza con l’aiuto dell’esperienza» (ad esempio, un contratto di compravendita, nel giudizio in cui l’attore chiede il pagamento del prezzo), cfr. CARNELUTTI, *La prova*, cit., 63-64. Nel caso in discorso, un atto probatorio non documentato non per questo non è direttamente sperimentato dal giudice, sicché la fase percettiva della prova (la quale potrà essere tanto “diretta” quanto “indiretta”) si è senza dubbio verificata; altro è se le regole del processo consentano di porre tale percezione come fondamento di un ragionamento e di una decisione. Il passo citato nel testo, insomma, usa la parola “prova” come sinonimo di “elemento di prova” («ciò *che*, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato come fondamento della successiva attività inferenziale (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell’oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via)», UBERTIS, *op. cit.*, 81), e non come sinonimo di “risultato di prova” (ossia l’esito dell’attività inferenziale rappresentato «da una proposizione» che conclude un ragionamento condotto a partire da un dato “elemento”, *ibid.*, 82).

⁹⁶ CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., 591. Nella *Procedura penale* del 1966, cit., 334, il passo chiudeva con «basterebbe a stento la prosa di Stendhal». Nella *Procedura penale* del 2012, cit., 341-342,

come «in misura notevole la critica della testimonianza avviene sul materiale sintomatico esibito dal parlante»⁹⁷, e «il processo non rispetta [come dovrebbe, *N.d.R.*] l'unità di tempo»⁹⁸, una verbalizzazione accurata è l'unico strumento che rende anche *praticamente* fattibile una valutazione della prova dichiarativa coerente con la “logica del contraddittorio e dell'oralità” che ne ha ispirato la formazione.

La funzione svolta dalla verbalizzazione in primo grado è però sottilmente distinta dalla funzione svolta nei gradi successivi. In questi, infatti, il problema non è più quello - se si vuole - di consentire al giudice di rievocare l'esperienza dibattimentale per stimolare l'“atto di fede” con cui decidere, nei casi dubbi, sulla sincerità di un testimone. Essa serve semplicemente a rendere accessibili i fondamenti della decisione: «oggi si tende a sopprimere ogni residuo dell'apparato sacrale o mistico di altri tempi; i fatti processuali debbono essere comuni e pubblici: il risultato non sarebbe accessibile, se gli avvenimenti del processo si potessero conoscere soltanto per esperienza diretta e tradizione orale»⁹⁹.

b) decisione e motivazione. Come abbiamo più volte ripetuto, la “tesi dell'atto di fede” riguarda la dimensione *psicologica* del convincimento, non quella *giustificativa*. Se un giudice particolarmente introspettivo decidesse di rivelare gli interni mentali che l'hanno condotto a credere alla sincerità di un testimone, potrebbe certo descrivere le sensazioni provate nel corso dell'escussione (ricollegandole, magari, a qualche esperienza personale pregressa), ma non potrebbe mai difendere la credenza maturata in forza di quel-

invece, l'elenco degli Autori si arricchisce: «i cancellieri non sono Stendhal, né Balzac o Dickens, sicché, quando tutto vada bene, le carte rievocano approssimativamente i fatti [...]: lavorando a penna, nemmeno un mago tachigrafo coglie sfumature, contesti, sintomi, atmosfere; quando poi abbia percepito tutto, bisogna che dai fantasmi mentali cavi descrizioni fulminee [...]. A supporla riuscita, è performance acrobatica [...]. I verbali, insomma, tagliano e diluiscono l'avvenimento».

⁹⁷ «[...] composto, farfallino, laconico, logorroico, ammiccante, untuoso, gelido, tremebondo, arroccato, querulo, secco, affabile; ogni maschera suggerisce ipotesi introspettive» (*Ibid.*, 591).

⁹⁸ CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 585.

⁹⁹ *Ibid.* Non a caso, Cordero era pienamente consapevole del fatto che le tecniche di verbalizzazione dell'istruzione dibattimentale in uso al tempo fossero gravemente carenti sul piano rappresentativo, e che, per rimediare in appello ad una verbalizzazione insoddisfacente, ossia incapace di restituire fedelmente il *contenuto* di una testimonianza, «il rimedio potrebbe essere fornito dalla rinnovazione del dibattimento ogniqualvolta, in relazione a una questione di critica della prova, nasca il dubbio che il protocollo, pur essendo veritiero, non offra elementi sufficienti al fine d'apprezzare *le dichiarazioni che vi sono rappresentate*» (CORDERO, *Il procedimento*, cit., 204-205, nt. 67). In una prospettiva coerente a questi insegnamenti, si consenta il rinvio al nostro *Contributo allo studio dell'appello penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Torino, 2023, spec. 378 ss.

le sensazioni come la migliore o la più opportuna: provare adesione o repulsione è infatti al di fuori delle sue possibilità di accesso o di controllo razionale.

Come abbiamo detto, inoltre, questo aspetto della decisione sulla sincerità della testimonianza dubbia (e, per derivazione, dell'ipotesi a cui quella testimonianza si riferisce) è in definitiva impulsivo. Pertanto, a meno che il giudice non disponga di migliori "argomenti tratti dall'esperienza", accadrà semplicemente che l'"atto di fede" finisca dissimulato: «siccome non constano ragioni che inducano a considerare con diffidenza quella persona i cui precedenti sono buoni, che sembra non avere interesse nella causa, sembra a questo giudice che le sue dichiarazioni meritino credito. *Questa non è una motivazione*; ma non si vede nemmeno cosa sia possibile motivare se il *clou* del fenomeno è un'accensione emotiva, una ripugnanza o una simpatia»¹⁰⁰.

In questo passo Cordero espone, con un approccio sempre descrittivo e non prescrittivo (v. *supra* par. 2), due verità di carattere, potremmo dire, antropologico-culturale:

- 1) l'obbligo di motivazione è «un potente meccanismo inibitorio: l'atto ingiusto costa qualche rischio quando una norma esiga ragioni scritte»¹⁰¹. Essendo censurabile, esso infatti assicura ad esempio che la questione di diritto venga risolta nel quadro delle alternative contemplate da una interpretazione ragionevole della legge. Sulla questione di fatto però «l'antidoto della motivazione è sufficiente fino ad un dato punto»¹⁰², giacché le basi cognitive del c.d. "atto di fede" sono in definitiva inaccessibili al medesimo giudice che lo compie. Quest'area può dunque essere al più *indicata* dalle motivazioni stereotipe, che sono il tipico espediente attraverso il quale simpatie e antipatie vengono travestite da argomenti razionali: «dove il giudice crede o non crede a quell'imputato o a quel testimone tutto quello che può avvenire è che quel giudice, se è accorto, usi un certo numero di formule, tratte possibilmente dal lessico, dalla prosa della cassazione, che costituiscono una pseudo motivazione *anche perché una motivazione effettiva qui non è possibile*»¹⁰³;

¹⁰⁰ CORDERO, *La confessione*, cit., 59 (corsivi nostri).

¹⁰¹ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 670, nt. 29.

¹⁰² CORDERO, *La confessione*, cit., 60.

¹⁰³ *Ibid.* (corsivi nostri).

- 2) c'è dunque un'area della decisione penale, che è quella in cui l'“atto di fede” concretamente si verifica, sottratta a qualsiasi tipo di controllo (anche successivo). «[N]ella psiche del giudice [...] i soli che riescano a guardare a fondo e non si lascino sfuggire il minimo particolare sono i cultori delle “strutture ontologiche”, dei “valori fondamentali della vita” e simili: per gli altri che, essendo privi di chiaroveggenza medianica, devono accontentarsi dei modesti arnesi della logica formale, i pensieri e i sentimenti inespressi del prossimo sono un mistero»¹⁰⁴.

In sede processuale, e non semplicemente epistemologica, la “tesi dell'“atto di fede”” si tramuta quindi nella descrizione dei confini di quello che noi oggi chiameremmo “merito” della decisione (come concetto contrapposto a “legittimità”): siccome le prove sotto-determinano le decisioni (ossia, siccome esistono più decisioni, anche opposte, empiricamente compatibili con le medesime prove¹⁰⁵), il confine tra una ricostruzione ragionevole e una ricostruzione irragionevole del medesimo fatto non è logicamente imposto dai dati istruttori; la scelta tra le alternative resta in sé intangibile anche in sede di legittimità, e per questo resta anche sempre – in qualche misura – arbitraria¹⁰⁶. In assenza di regole di prova legale, secondo Cordero, «non è possibile premunirsi contro questo relativismo»¹⁰⁷.

Al lettore scandalizzato dalla possibilità che il fondo più potenzialmente arbi-

¹⁰⁴ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 618.

¹⁰⁵ Cfr. FERRUA, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 10.

¹⁰⁶ Secondo la letteratura maggioritaria, infatti, la Cassazione può al più rilevare che il giudice di merito non abbia tenuto in considerazione una ricostruzione alternativa altrettanto ragionevole, rispetto a quella abbracciata dalla sentenza, ma non può censurare la scelta di non averla anche adottata, se tale alternativa è stata presa in considerazione e motivatamente scartata, cfr. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I – *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 96-98; CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, Bologna, 2017, 77; IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2023, 437. Allo stesso modo, è nozione comune che, data la natura congetturale delle conoscenze poste alla base di qualsiasi sentenza, l'esercizio della giurisdizione penale – privo com'è dei medesimi contatti con la realtà che sarebbe tipico delle scienze dure – è sempre in qualche misura illegittimo sul piano politico (FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 557 ss.).

¹⁰⁷ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 608. La tesi era già stata articolata con riferimento alla possibilità che il giudice utilizzasse una prova vietata «dietro lo schermo d'una motivazione formalmente ineccepibile ma insincera, che dissimula le origini intuitive della decisione [...]» (CORDERO, *Scrittura*, cit., 180, nt. 9). Siccome il controllo di legittimità è di carattere formale, e non attinge ai «momenti intuitivi della decisione [...], può accadere che scampi all'annullamento una sentenza, il cui contenuto non sarebbe stato il medesimo, se il giudice *a quo* non avesse apprezzato la prova invalidamente acquisita» (*ibid.*, 188, n. 25).

trario delle sentenze resti in definitiva intangibile, Cordero offre una sola e laconica soluzione, per giunta parziale, nonché corredata da una considerazione pragmatica (ai limiti del cinismo).

La soluzione emerge dopo gli anni '80, e i primi grandi processi di mafia. In quel contesto giudiziario, la Cassazione inizia infatti a formalizzare quelle regole sulla c.d. “chiamata di correo” che poi si trasformeranno nell’attuale art. 192, co. 3 c.p.p.¹⁰⁸. Sappiamo bene con quale diffidenza Cordero vedesse qualsiasi regola che aspirava a disciplinare legalmente la valutazione della prova, intimorito dalla possibilità che in tal modo finisse rievocata l’ormai obsoleta esperienza delle prove legali medievali¹⁰⁹: l’«argomento appartiene alla clinica giudiziaria. Quanto meno i legislatori vi interloquiscono, tanto meglio. Il discernimento non s’impara sui codici»¹¹⁰. Nonostante le dichiarazioni di intenti, lo stesso Cordero dovrà però ammettere che gli unici criteri di valutazione disponibili per (redigere e quindi) controllare motivazioni fondate su prove dichiarative sono proprio quelli in definitiva escogitati dalla Cassazione:

- 1) considerazione degli interessi in causa del dichiarante¹¹¹;
- 2) «coerenza del contesto narrativo»;
- 3) «verosimiglianza che non significa veridicità come l’inverosimiglianza non esclude la verità storica [del narrato, *N.d.R.*]»;
- 4) «riscontri obiettivi: se tutto stesse nella coerenza interna, un intelligente e abile narratore come Baruello incanterebbe tutti i giudici del mondo»¹¹².

¹⁰⁸ Per una panoramica storicamente fedele della giurisprudenza del tempo, v. BONETTI, *La “chiamata di correo”: rassegna critica*, in *Ind. pen.*, 1986, 57 ss. Volendo, cfr. anche il nostro *La strage Cottarelli: considerazioni metodologiche sulla chiamata di correo*, in www.dirittoquestionipubbliche.org, 2024, 1, 153, spec. 188 ss.

¹⁰⁹ «Ogni formula (che, ad esempio, la chiamata di correo debba essere “vestita”) risulta vaga: né va sottovalutato il pericolo che rinasca un computo degli indizi e *adminicula*, l’unica teoria utile ai fini operativi qui consiste in analisi casistiche su come *non* vadano usati questi materiali» (CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 965. In questo senso, viene citata favorevolmente Cass., sez. I, 3 giugno 1986, Greco, in *Cass. pen.*, 1987, 161 ss., che fu tra le prime ad escludere la natura *in sé* indiziaria della chiamata in correità, malgrado la sua tecnica di valutazione richiedesse di reperire riscontri oggettivi prima di poterla porre tra le premesse della decisione).

¹¹⁰ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 669.

¹¹¹ *Ibid.*, 591.

¹¹² CORDERO, *La confessione*, cit., 64 per tutte le precedenti citazioni. Il concetto di “verosimiglianza” allude a quel genere di verità probabilistica – diversa dalle verità logiche – «che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto» (CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile* [1955], ora in *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, vol. V [1972], Roma Tre Press, 2019, 616. Il riferimento a Calamandrei è esplicito

Questo tipo di struttura, giacché censurabile nei limiti delle «incongruenze, scelte dispotiche, massime false, ossia gli aspetti intollerabili nella patologia decisoria»¹¹³, è l'unica in grado di assicurare alla motivazione sulle prove dichiarative la sua funzione *minimale*, che è quella di presentarsi «come un prodotto di buon razio[n]cino e soddisfa[re] le esigenze di giustizia dei consociati»¹¹⁴. Essa tuttavia di regola non assicurerà comunque un controllo totale sull'aderenza tra le c.d. ragioni reali e le c.d. ragioni espresse del giudizio.

Di questo ben noto scollamento¹¹⁵ - ecco la considerazione pragmatica - da un lato è *inutile* occuparsi, dall'altro è *meglio non* preoccuparsi. È inutile occuparsi perché «l'opera del giudice non è soltanto logica ma lo è in una misura ragguardevole e, dove non lo è, *non soltanto sfugge al controllo ma neppure si può descrivere*, a meno di ripetere sino all'esasperazione dell'interlocutore formule sul tipo di "strutture ontologiche", "mondo oggettivo dei valori" e simili, che non significano nulla e dalle quali perciò sarebbe pudico astenersi»¹¹⁶. Ed è meglio non preoccuparsi perché «tutto sommato, giova alla quiete sociale che l'interno psichico delle sentenze sia così poco trasparente. È tanto vulnerabile la verità storica costruita sulla "fede"»¹¹⁷.

Insomma, in fin dei conti è un bene che questo sfondo metarazionale della decisione resti nascosto, o venga al più dissimulato. Se dovesse essere espresso in sentenza con la massima sincerità, apparirebbe come una insensata preferenza di gusto nei confronti di un certo testimone, mettendo quindi a dura prova la confidenza dei consociati nell'amministrazione della giustizia (e per giunta inutilmente, dato che si tratta di uno sfondo emotivo giuridicamente incoercibile).

in CORDERO, *Il procedimento*, cit., 44, nt. 104). Come sappiamo oggi, il termine risulta ambiguo se usato in questo modo, perché in sé potrebbe indicare tanto quel fatto che "sembra vero" al giudice quanto quel fatto che è "probabilmente vero" in base ad un qualche coefficiente di conferma logica (cfr. TARUFFO, *La prova*, cit., 160).

¹¹³ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 592.

¹¹⁴ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 615.

¹¹⁵ Cfr. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 212 ss. Stando alla tassonomia di Taruffo, Cordero andrebbe quindi annoverato a pieno titolo tra le schiere degli "irrazionalisti psicologistici" al confine col realismo giuridico americano. È convinzione degli appartenenti a tali correnti di pensiero, infatti, che «al di sotto degli schemi logici con cui tradizionalmente si è descritta la decisione, vi sia invece una realtà psicologica che non si lascia ridurre in alcuna rigida forma logica» (TARUFFO, *La motivazione*, cit., 99, il quale tuttavia non ha mai espressamente annoverato Cordero in tale gruppo di studiosi).

¹¹⁶ CORDERO, *Procedura*, 1966, cit., 618 (corsivi nostri).

¹¹⁷ CORDERO, *Procedura*, 2012, cit., 579.

4. *Origini teoriche.* Come abbiamo detto, la “tesi dell’atto di fede” costituisce uno dei contributi più originali del pensiero di Cordero in materia di ragionamento probatorio¹¹⁸. Se scorriamo la manualistica più diffusa al tempo, per esempio, ci accorgiamo facilmente che nell’interpretazione *standard* di allora la valutazione della prova dichiarativa era ridotta ad una serie di constatazioni – per quanto attente agli avvertimenti della psicologia¹¹⁹ – in fin dei conti stereotipate:

«Il “libero convincimento del giudice” non deve intendersi nel modo sentimentale di una pura “voce dell’animo” tranquillizzante la coscienza del giudice stesso, ma come libero e logico apprezzamento di effettivi elementi di prova»¹²⁰.

«La testimonianza [...] è suscettiva di dare soltanto quella certezza che dicesi *morale*, in contrapposto alla certezza fisica o metafisica; cioè quella certezza che è resa particolarmente relativa dal supposto d’un possibile vizio o difetto in chi attesta e di una invincibile impotenza di sicuro controllo in chi riceve l’attestazione. Quindi la credenza di un fatto attestato dalla testimonianza deve sempre accompagnarsi alla coscienza della astratta fallibilità dell’attestante, quantunque, nell’assenza di speciali indizî positivi [...] sia da pre-

¹¹⁸ Se facciamo eccezione per le tesi di Carnelutti («[...] ogni giudizio è *un salto* e richiede, in ultima analisi, un atto di fede [...]. In una parola il giudizio è un momento del pensiero prettamente *intuitivo* e pertanto *irrazionale*. *Giudicare* non è ancora *ragionare*; il giudizio vien prima, il ragionamento vien dopo», CARNELUTTI, *Diritto*, cit., 215), che hanno avuto una notevole influenza sulla teorizzazione di Cordero, i riferimenti più vicini alla tesi dell’atto di fede” nella letteratura del tempo sono scarsi e poco rilevanti, v. ad esempio CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* [1937], Padova, 1964, 51, corsivi nostri («la necessità e razionalità deduttiva è incidente soltanto nel passaggio dalle premesse alla deduzione, restando invece affatto estranea alla posizione delle premesse come tali, si muove per intero in un ambito che in questo senso *non è logico, ma anzi prelogico o estralogico*»), o SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, Padova, 1940, 12, corsivo nostro («Il fatto è che mentre da un punto di vista razionale le probabilità contrarie non possono mai ridursi allo zero, colui che si è formato un proprio convincimento è portato a escludere qualsiasi probabilità contraria. E ciò è una conferma che il convincimento non è frutto di un ragionamento, ma piuttosto di *fede*»).

¹¹⁹ Nella letteratura del tempo, l’attenzione alla dimensione psicologica della testimonianza era altissima (per un esempio eccellente, v. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. II, Milano, 1924, 297 ss.). Tra gli studi più citati, cfr. MUSATTI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, con pref. di Carnelutti, Padova, 1931 e GORPHE, *La critique du témoignage*, Parigi, 1924.

¹²⁰ VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1953, 111.

starsi fede alla testimonianza»¹²¹.

«Il punto mediano tra una concezione della giustizia umana vista solo come un'imprescindibile necessità per la vita e lo sviluppo della società ed una concezione della giustizia umana vista anche e soprattutto come riflesso di quella divina si ritrova nel grave monito evangelico: non giudicate! che vuol essere invito non già a declinare la grave e tremenda funzione del giudicare [...], bensì a giudicare con cautela e trepidazione»¹²².

Da questo punto di vista, il tratto di originalità della tesi di Cordero sta nel recupero di una parte di questa tradizione, della quale viene mantenuta soprattutto la rarefazione concettuale in materia di teoria del giudizio, per collocarla tra le verità di partenza tanto indiscutibili quanto giuridicamente irrilevanti nello studio del ragionamento probatorio: potremmo dire, parafrasando un celebre aforisma di Pascal, che Cordero è il primo a sostenere chiaramente che il *contesto di decisione* ha le sue giustificazioni, che il *contesto di giustificazione* non conosce¹²³.

Nelle molteplici sedi in cui la tesi è stata esposta, per giunta, Cordero non si riferisce ad autori particolari o a tradizioni di pensiero sufficientemente omogenee. Le uniche fonti prese in considerazione sono il filosofo Bertrand Russell e il filologo Eric Dodds.

Ne *Il procedimento probatorio*, Russell viene citato a più riprese. Al di là dei riferimenti più cursivi e derivativi, esso in primo luogo serve a Cordero per giustificare l'idea che anche la percezione sia una specie di inferenza (e che quindi non è l'assenza o la presenza di ragionamenti che seguono le percezioni a distinguere tra le prove dirette e quelle indirette, come riteneva il primo Carnelutti)¹²⁴: “quando i raggi del sole colpiscono quell'oggetto fatto così e

¹²¹ MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1949, par. 321, 309 (e ss., con cospicui riferimenti alla letteratura psicologico-giuridica del tempo).

¹²² LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, 158. Nel passo influisce evidentemente la lezione di CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"* [1949], ora in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, 31, spec. 39 ss.

¹²³ «Le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point» (PASCAL, *Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets. Textes*, ed. Lafuma, Parigi, 1951, fr. 423-277).

¹²⁴ Lo stesso discorso vale anche con riferimento al semplice intendimento delle dichiarazioni del testimone, che essendo degli enunciati possono contenere dei giudizi e dunque imporre al giudice - indipendentemente da quanto consapevole costui possa esserne - una serie più o meno articolata di ragionamenti (cfr. CORDERO, *Il procedimento*, 8-9, nt. 17).

così e rimbalzano sulla mia retina (sensazione), dato che io sono abituato ad associare a questo genere di stimoli fatti così e così la probabile presenza di un gatto (convincimento), allora io vedo un gatto (esperienza percettiva)”¹²⁵. In secondo luogo, Russell serve a Cordero per richiamarsi alla teoria dei livelli di linguaggio nel chiarire che, rispetto al testimone che dice di aver visto Tizio accoltellare Caio, “il testimone ha visto Tizio accoltellare Caio” è una proposizione appartenente ad un linguaggio-oggetto, di cui predichiamo la verità o la falsità attraverso una valutazione di veridicità (*supra*, par. 2)¹²⁶. Da ultimo, e nel senso più importante ai nostri fini, Cordero si serve della teoria riduzionista di Russell in materia di epistemologia della testimonianza al fine di distanziarsene¹²⁷: per Russell, infatti, la testimonianza non è una fonte primaria della nostra conoscenza, poiché essa si fonda a sua volta sulle percezioni del testimone; per ottenere una conoscenza testimoniale garantita occorre infatti dimostrare, attraverso altre fonti, come un ragionamento induttivo o l’osservazione diretta degli eventi ai quali il testimone si riferisce, che tale testimone abbia effettivamente avuto quelle percezioni; «per me, le loro percezioni [ossia, le percezioni dei testimoni, *N.d.R.*] sono deduzioni, non premesse»¹²⁸.

Secondo Cordero, invece, poiché il fatto che un testimone riferisca ciò che ritiene di aver percepito è in definitiva una verità imperscrutabile (nei casi dub-

¹²⁵ RUSSELL, *Significato e verità* [1959], Milano, 1963, 148 ss., spec. 154-155.

¹²⁶ Tale operazione, infatti, «è nettamente distinta da quella che ha condotto al giudizio, di cui si saggia la veridicità» (CORDERO, *Il procedimento*, cit., 20, nt. 46). L’operazione che ha consentito di produrre il giudizio “il testimone ha visto Tizio accoltellare Caio’ è vero” (ossia, ad accertare sincerità e attendibilità del prodotto dell’escussione testimoniale, cioè il “giudizio, di cui si saggia la veridicità”) è infatti quella con cui si risolve, in sede preliminare, il problema della *rilevanza* di quel testimone: essa si riduce ad un giudizio di inclusione logica tra la proposizione che il testimone, se fosse sincero e attendibile, consentirebbe di dimostrare come vera, e la proposizione in cui si riduce il contenuto dell’imputazione, v. *supra* par. 2, 1.

¹²⁷ Riduzionismo e non-riduzionismo, in materia di epistemologia della testimonianza, sono due posizioni filosofiche contrapposte: i seguaci della prima posizione ritengono che le conoscenze veicolate dalle testimonianze siano sempre riducibili a conoscenze che a ben vedere provengono da altre fonti, come l’induzione (“credo ad un testimone che esibisce le caratteristiche esteriori dei testimoni sinceri perché tutti coloro che, in passato, hanno esibito le stesse caratteristiche esteriori erano sinceri”), o l’osservazione diretta (“credo a quanto un testimone mi dice perché ho verificato in prima persona che le cose stessero così”, v. HUME, *Ricerca sull’intelletto umano* [1748], ora in *Opere*, a cura di Lecaldano-Mistretta, vol. II, Bari, 1971, sez. X, 117 ss.); i seguaci della seconda posizione ritengono invece che la tendenza a fidarsi dei racconti degli altri sia un elemento costitutivo della stessa natura umana (v. REID, *Ricerca sulla mente umana secondo i principi del senso comune* [1764], in *Ricerca sulla mente umana e altri scritti*, a cura di Santucci, Torino, 1975, cap. VI, par. 24, 307). Sul punto, v. TUZET, *La prova ragionata*, Milano, 2023, cap. VI.

¹²⁸ RUSSELL, *op. cit.*, 174.

bi, come sappiamo, gli si può al massimo credere sulla fiducia), nel sistema delle conoscenze processuali gli enunciati dei testimoni svolgono lo stesso ruolo che i c.d. “enunciati protocollari” svolgono nel sistema delle conoscenze fisiche (almeno, secondo una certa filosofia della scienza): Cordero qui si riferisce – tramite Russell – a Neurath, del quale riceve l’impostazione.

Per Neurath, uno dei più acuti interlocutori in quella “polemica sui protocolli” che ha afflitto la filosofia della scienza del primo Novecento¹²⁹, anche gli scienziati in ultima istanza si fidano (provvisoriamente) dei resoconti sperimentali dei loro colleghi, detti appunto “enunciati protocollari”, se dotati di una precisa struttura logica. Ciò non avviene perché tali enunciati siano verificabili, ma semplicemente perché essi sono coerenti con l’intera visione scientifica del mondo in un certo momento storico. Ad esempio, quando uno scienziato riferisce “alle ore x , ho visto la lancetta dell’indicatore andare da 0 a 1”, il suo collega prende tale enunciato per vero perché (e finché) esso è coerente col resto delle teorie scientifiche comunemente osservate, e non perché a tale enunciato corrisponda un certo stato di cose del mondo che egli è stato in grado di sperimentare direttamente. Un esempio processuale di enunciato protocollare riferito da un testimone potrebbe essere “alle 3:15 ho visto Tizio accoltellare Caio”¹³⁰. Cordero sostiene che un giudice sarebbe in ultima istanza legittimato a prendere tale enunciato come riferito sinceramente (o in modo mendace) tramite un “atto di fede” perché ciò è coerente a quel particolare sistema di conoscenze che è il processo: in tale sistema, ma solo nei casi dubbi, e in assenza di regole positive o argomenti logici di altro tipo, è infatti *previsto* che i giudici, proprio come fanno tutti gli altri esseri umani nei loro affari quotidiani, facciano affidamento sulle loro sensazioni private.

Dodds invece viene citato una volta soltanto, nella *Guida*, quando Cordero si confronta in *oratio obliqua* con le tesi di Michele Massa. Come noto, il *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado* di Massa è di un anno successivo a *Il procedimento probatorio*, e si era inserito – non senza qualche discussione – nell’allora vivissimo dibattito sulla c.d. “natura sillogistica” del giudizio¹³¹. Per Massa, infatti, le prove non sono nudi dati di senso da immet-

¹²⁹ Sulla quale, v. BARONE, *Il neopositivismo logico*, Torino, 1953, 237 ss.

¹³⁰ Per la precisione, sarebbe qualcosa del tipo “il protocollo del testimone alle 3:17: [Il pensiero linguistico del testimone alle 3:16 era: (alle 3:15 ho visto Tizio accoltellare Caio)]”, cfr. NEURATH, *Protocol Statements* [1932], ora in *Philosophical Papers 1913-1946*, Reidel, 1983, 91 ss.

¹³¹ Per le polemiche sollevate dal volume di Massa, v. DENTI, *recensione a Michele Massa, Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, Giuffrè, 1964, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 114 ss. e MONTESANO, “Antipositivismo” e “oralità” del giudizio in un recente libro, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1480. Sul clima culturale in cui erano situate le discussioni sulla natura sillogistica del giudizio, v.

tere in un'inferenza, e il giudice non è «un verificatore automatico [...] una “*slot machine*” calibrata per una “esatta” percezione [...] [e quindi, *N.d.R.*] un “accertamento empirico»¹³². Le prove andrebbero piuttosto concepite come oggetti misti, ossia dati sì empirici ma intrinsecamente dotati di «una struttura di valore che è una qualità assiologica del dato»¹³³. Sicché, per valutare una prova in modo appropriato, occorrerebbe «una rilevazione dei significati di valore impliciti nella realtà ontologica, che debbono essere colti. Essi sono perciò obbiettivi nella misura in cui il soggetto partecipa di questa realtà dalla quale sono imposti»¹³⁴. Valutare una prova in modo appropriato, in specie se quella prova è dichiarativa, implicherebbe insomma l'esercizio di una qualche forma di empatia. Da questo punto di vista, «la motivazione altro non è che la traduzione nel linguaggio comprensibile alla collettività, delle scelte in gran parte emozionali delle quali il giudizio si sostanzia»¹³⁵.

Alle “rilevazioni dei significati di valore” di Massa corrisponderebbero quindi le “accensioni emotive” che stanno dietro agli “atti di fede” di Cordero. È di queste che Cordero dirà: «sebbene qualcuno le vanti, gnoseologicamente contano poco»¹³⁶. Come abbiamo visto, infatti, per Cordero tali “accensioni” non sono affatto strutturali nella valutazione della prova, bensì intervengono solo nei casi dubbi. In più, non si tratta di “accensioni” particolarmente desiderabili: esse accadono semplicemente, come reazioni fisiche. Infine, ed è questa la distanza più importante, si tratta di “accensioni” insuscettibili di comparire nel testo di una motivazione, perché le loro basi intellettuali restano inaccessibili persino allo stesso giudice che le sperimenta.

Per Cordero, il confronto tra l'impostazione di Massa e quella dei suoi contraddittori riportava quindi alla mente il confronto tra filosofi pagani e cristiani perseguitati nel III secolo d.C. Come riferisce Dodds, tra i temi del dibattito religioso del tempo c'era infatti quello del contrasto tra *logismos* e *pistis*: due atteggiamenti agli antipodi, nella comprensione e nella conoscenza del mondo degli uomini di allora.

«[P]er chiunque fosse stato educato in seno alla filosofia greca

NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012, spec. 27 ss.

¹³² MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., 150.

¹³³ *Ibid.*, 67.

¹³⁴ *Ibid.*, 188.

¹³⁵ MASSA, voce *Motivazione - IV) Motivazione della sentenza, dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 2.

¹³⁶ CORDERO, *Guida*, cit., 322.

classica, *pistis* significava il grado più basso della conoscenza: essa era lo stato mentale degli incolti, che credevano alle cose per sentito dire, senza essere in grado di dar ragione della loro credenza. [...] E quel che lasciava stupefatti tutti i primi osservatori pagani [...] era l'assoluta fiducia dei cristiani nelle affermazioni non provate, la loro prontezza a morire per l'indimostrabile»¹³⁷.

Agli occhi di Cordero, contro coloro che vedevano nella conoscenza (nella specie, quella processuale) un atto puramente intellettuale, Massa assumeva la stessa posa del cristiano militante, ossia quella del fedele che difende un approccio alla conoscenza di cose in sé imperscrutabili, in definitiva, di carattere dogmatico.

Siccome la tesi dell'«atto di fede» non consentirebbe di ricomprendere Cordero nemmeno tra le schiere degli intellettuali irriducibili di Dodds, la ricerca sulle fonti contribuisce ad annoverarlo tra i neo-empiristi più moderati, o come si dice in gergo «liberalizzati»¹³⁸. La sua tesi, infatti, descrive un edificio della conoscenza processuale in sé molto solido, ma - in certi casi - poggiato sulla sabbia:

- 1) la conoscenza processuale è una conoscenza rigorosa, della quale si può predicare la scientificità perché procede confrontando un'ipotesi (l'imputazione), mediante inferenze, con dati empirici (le prove);
- 2) tale confronto si svolge su un piano meramente linguistico, ossia è un confronto tra proposizioni descrittive (quella in cui si può ridurre il contenuto dell'imputazione, e quelle in cui si possono ridurre i contenuti delle prove) condotto secondo regole di trasformazione conosciute (ossia, le regole della logica e del linguaggio);
- 3) il fatto che si occupino del passato rende le conoscenze accessibili mediante gli strumenti processuali inesorabilmente probabilistiche,

¹³⁷ DODDS, *Pagani e cristiani in un'epoca di angoscia. Aspetti dell'esperienza religiosa da Marco Aurelio a Costantino* [1959], Firenze, 1993, 119.

¹³⁸ Una fase intermedia nello sviluppo del neo-empirismo, segnata appunto dall'opera - tra gli altri - di Neurath, è quella che corrisponde all'abbandono della applicazione indiscriminata del principio di verifica (ogni enunciato deve essere immediatamente e direttamente verificabile attraverso i sensi) al fine di ammettere - nel novero dei discorsi sensati, e quindi scientifici - anche gli asserti teorici, ossia quegli asserti privi di un autentico corrispondente empirico (cfr. PRETI, *Le tre fasi dell'empirismo logico*, in *Riv. crit. sto. fil.*, 1954, 38, spec. 44 ss.). Anche Denti seguirà un'analoga parabola intellettuale, passando dalle posizioni più intransigenti de *La verifica* a quelle più aperte a sottolineare come, nel fenomeno probatorio-giudiziario, viva anche la necessità di mantenere un «rapporto con la collettività di fronte alla quale il rito giudiziale viene celebrato» (DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 433).

ma non per questo si tratta di conoscenze incapaci di svolgere il proprio ruolo sociale (l'accertamento dei fatti penalmente rilevanti e la punizione dei responsabili);

- 4) ciò nonostante, poiché tali conoscenze sono talvolta il frutto di una ricostruzione condotta a partire dalle parole degli altri, e il fatto che gli altri siano sinceri può in definitiva tramutarsi in una scommessa, se andassimo in cerca dei fondamenti ultimi di ogni sentenza non troveremo solo dati empirici, ma - in certi casi, quelli più dubbi - semplici attestazioni di fiducia o di sfiducia;
- 5) tale fiducia o sfiducia non è dogmatica o irrazionale, perché ricalca il modo in cui gran parte delle conoscenze vengono accumulate anche al di fuori del processo (secondo alcuni, persino in ambito scientifico), ed è anzi una componente costitutiva e irrinunciabile di molte pratiche intellettuali;
- 6) di tali attestazioni di fiducia o di sfiducia, d'altro canto, è tanto impossibile liberarsi quanto improduttivo, giacché il ruolo sociale riconosciuto alle conoscenze processuali si arresta ad un livello superiore, nella scala dell'accettabilità. Tale livello corrisponde a quello che, nei sistemi in cui essa è prevista, dovrebbe essere contenuto in una motivazione ragionevolmente razionale (anche nei casi in cui dovesse trattarsi di una motivazione insincera, o non corrispondente ai sentimenti inespressi del giudice)¹³⁹.

¹³⁹ Nei sistemi privi di un obbligo di motivazione strutturato in senso razionale, nota Cordero, lo sfondo emotivo della decisione è accettato in modo molto più deliberato e trasparente: «là la decisione intuitiva la formulano i 12 componenti la giuria ed è palese, è visibile questo sfondo mistico irrazionale: sono un oracolo. Sotto questo aspetto la giuria è un istituto arcaico, dove una decisione di questo genere, sovrana de facto, sia formulata da un giudice togato, da un giudice che a partire dall'epoca napoleonica è diventato un funzionario dello Stato, si capisce come le cose cambiano [...]; quel giudice è padrone delle leve del processo mentre il giurato è uno che appare e sparisce sulla scena del giudizio, è una vox populi labile. Ecco la ragione per cui da Robespierre a Filangieri quei garantisti del tardo settecento consideravano pericolosissima la regola del libero convincimento non temperata da questi limiti legali operanti in bonam partem» (CORDERO, *La confessione*, cit., 60). Bisogna tuttavia ricordare che una discussione del tutto parallela a quella tra Cordero e Massa è avvenuta anche nella letteratura anglosassone. In questa discussione, la posizione di Massa può essere accostata a quella di SEIGEL, *Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship*, in *Northwestern Uni. Law Rev.*, 1993-1994 (88), 998 ss.; e quella di Cordero, *mutatis mutandis*, a quella di WELLBORN, *Demeanour*, in *Cornell Law Rev.*, 1990-1991 (76), 1075 ss. Per una revisione più ampia, cfr. MINZNER, *Detecting Lies Using Demeanour, Bias, and Context*, in *Cardozo Law Rev.*, 2008 (29), 2558 ss. e BENNET, *Unspringing the Witness Memory and Demeanour Trap: What Every Judge and Juror Needs to Know about Cognitive Psychology and Witness Credibility*, in *American Un. Law Rev.*, 2015 (64), 1335 ss.