

Paolo Ferrua

SOFISTIE AVVOCATI, I

Abstract

A widespread opinion regards the lawyer as a “sophist” in the negative sense of the term, that is, a person prone to deceiving discourse and careless with respect to ideals of justice and truth. In fact such an aversion, which can be traced back to Plato’s condemnation of the lawyer as opposed to the figure of the philosopher who is devoted to truth, very often hides an authoritarian view of justice and especially of the penal trial. A charge can be said proven beyond all reasonable doubt only insofar as it is subjected to the most severe attempts at falsification, which in the penal trial gets to be realized through the practice of cross-examination. Such is properly the task of lawyers who, by unilaterally supporting the reasons of their clients, also serve the community’s interest in the fair unfolding of the trial and the sound reconstruction of the events.

1. L’avvocato-sofista

È probabile che il soggetto oggi più frequentemente apostrofato come “sofista” sia l’avvocato. E, quando questo avviene, si può stare certi che l’espressione non sia usata nella sua originaria valenza positiva di uomo sapiente, di persona che dispensa saggezza, ma in quella decisamente negativa che la parola ha successivamente assunto: uomo incline a discorsi ingannevoli, pronto a mettere la sua capacità argomentativa (dialettica e retorica) al servizio di chi lo retribuisce, senza riguardo ad esigenze di verità e di giustizia.

La spiegazione – che, come diremo, è ben lungi dall’essere una giustificazione – è abbastanza semplice. La figura dell’avvocato sembra impernata sulle due caratteristiche dalla cui convergenza deriva l’accezione negativa di sofista: l’esercizio della parola, intesa come arte dialettica e retorica; la disponibilità a sostenere le tesi e le prospettive che più giovano al cliente, anche se in contrasto con gli ideali di giustizia e verità. Ora non è certo sulla prima caratteristica che si può articolare un giudizio negativo sull’avvocato. Il processo sia penale sia civile è un luogo di parola dove al cortocircuito della violenza che deriverebbe dall’esercizio arbitrario delle ragioni si sostituisce la contrapposizione delle ragioni in attesa della pronuncia del giudice. L’essenza della giurisdizione (*iurisdictio*) sta proprio nella parola che dice il diritto in situazioni di conflitto; *Cedant arma togae* è il motto dello stato di diritto; è, quindi, un pregio dell’avvocato quello di essere, nel senso nobile dell’espressione, un professionista della parola (che, poi, vi siano anche ciarlatani è un fatto contingente che riguarda ogni professione).

Diverso è il discorso in ordine al secondo profilo, ossia alla circostanza che l’avvocato eserciti la sua funzione a tutela degli interessi del cliente che possono essere o, per lo meno, spesso appaiono all’opinione

pubblica in rapporti conflittuali con le esigenze di verità e di giustizia. Da qui nasce la scomunica di Platone che condannava l'avvocato dedito agli interessi del cliente contrapponendolo al filosofo ricercatore della verità. La storia ha ampiamente riabilitato la figura dell'avvocato, la cui funzione è considerata essenziale, in una società democratica, quanto quella del magistrato, giudice o pubblico ministero; l'assenza dell'avvocato nel processo sarebbe il sicuro segno di un imbarbarimento, dal quale uscirebbe delegittimato lo stesso potere giudiziario¹. Nondimeno, di quell'antico stigma si avverte ancora periodicamente l'eco quando si parla dell'avvocato come di un azzecagarbugli, per l'appunto di un sofista, che con vari stratagemmi ritarda il corso della giustizia o riesce a sottrarre alla giusta condanna l'autore di gravi illeciti. Il paradigma di questo fenomeno, che preoccupa non poco l'opinione pubblica, si realizza quando la difesa con tattiche dilatorie o con la presentazione di richieste manifestamente infondate riesce a far decorrere il tempo per la prescrizione del reato, assicurando così l'impunità al colpevole. In questo, come in altri casi, sembra aprirsi una forte tensione fra le istanze di giustizia e di verità a cui obbedisce il processo e la funzione "sofistica" esercitata dall'avvocato, sulla quale vale la pena interrogarsi. Salvo concludere, come vedremo, che proprio l'avvocato fornisce ottimi spunti per riabilitare la biasimevole figura del "sofista"; e che forse la condanna platonica dell'avvocato è un segno delle tendenze autoritarie e antidemocratiche del grande filosofo ateniese.

2. *Processo penale e verità*

Fine primario del processo è senza dubbio quello di accertare se sia vera o no l'affermazione di colpevolezza contenuta nell'atto di accusa (come ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale). Non tenteremo, dunque, di difendere gli interessi di parte dell'avvocato negando che il processo penale abbia come scopo l'accertamento della verità. Vi è chi, viceversa, segue proprio questa prospettiva, affermando che in una società liberale il processo dovrebbe considerarsi come un semplice strumento di risoluzione dei conflitti tra le parti, senza pretese di accertamento della verità che sarebbero, invece, tipiche dei modelli inquisitori. Ma è, a mio avviso, una tattica suicida, che regala al monopolio del processo inquisitorio un bene prezioso come la verità; con il risultato che di fronte a gravi emergenze criminose l'opinione pubblica, giustamente interessata all'accertamento dei fatti, finisce per reclamare a gran voce l'illiberale processo inquisitorio. Il cittadino può avere fiducia nella giustizia in quanto la ritenga in grado di dire parole di verità, il che nel processo penale equivale non a risolvere un conflitto tra accusa e difesa, ma a condannare i colpevoli e ad assolvere gli innocenti.

Accertamento della verità, dunque; dove "verità" significa secondo l'antica teoria aristotelica "corrispondenza ai fatti". L'imputato è "colpevole" se e solo se ha commesso il fatto di reato. Il problema, tuttavia, non è il significato dell'espressione "vero", che, almeno nel processo penale, non può che essere intesa nel senso corrispondentista, radicalmente non epistemico, appena prospettato. Il problema cruciale è il metodo di accertamento. Il fatto di cui si discute nel processo penale, quello del reato, appartiene ad un passato che "fu", ma oggi non "è" più reale. E come tale non può in alcun modo essere oggetto di verifica diretta, né di confronto con quanto afferma il giudice nella sentenza che conclude il processo. In breve la

¹ Cfr. su questi temi il bel libro di M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2003.

linea “referenziale” che collega l’affermazione di colpevolezza (di innocenza) al suo oggetto, vale a dire al passato ormai scomparso, è inconoscibile, seppure utile a definire il concetto di vero.

L’accertamento può svolgersi solo in via indiretta, a partire dalle prove, ossia dai fatti del presente che costituiscono le tracce del passato. Il giudice ri-costruisce il fatto di reato secondo una logica che non è “deduttiva”, ossia tale da produrre conclusioni necessariamente vere, ma “abduttiva” perché fondata su un’inversione della regola di implicazione, con la conseguenza dell’inevitabile fallibilità. Infatti, mentre è il passato, e quindi il reato, a determinare il presente, ossia le prove, qui il giudice è costretto a procedere a ritroso, muovendo dal conseguente all’antecedente; dall’effetto si risale alla causa. Ma le prove, per solide che siano, non determinano mai la colpevolezza, possono esclusivamente sotto-determinarla; vale a dire, restano sempre astrattamente compatibili con una versione dei fatti diversa da quella della colpevolezza.

Ri-costruzione è la parola che scolpisce bene il lavoro del giudice, come dello storico, nell’accertamento dei fatti, con la differenza che la metodologia del primo è codificata dalla legge. Il radicale “costruzione” indica che l’esito della ricerca è un’elaborazione concettuale e non l’apprensione di qualcosa di esistente; ma, al tempo stesso, il suffisso “ri” collega questa elaborazione ad un passato che fu “reale”, vincolando il discorso ad una pretesa di verità che sarebbe assurda per un racconto di finzione; se si trattasse solo di una “costruzione”, non avrebbe senso parlare di vero e falso. Le proposizioni relative al passato sono vere o false (nessuno intende proporre la tesi, logicamente sostenibile, ma priva di qualsiasi interesse, per cui il passato potrebbe anche non essere esistito); e, nondimeno, sono insuscettibili di qualsiasi confronto con l’oggetto su cui vertono.

3. *Il contraddittorio*

Come conciliare l’impossibilità di raggiungere un’assoluta certezza nella ricostruzione del passato con l’esigenza che la colpevolezza sia provata “oltre ogni ragionevole dubbio”? La risposta sta nel metodo del contraddittorio, ossia in quel gioco di interventi alternati o contestuali, in quell’andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni che costellano l’*iter* del processo guidandolo verso la fine. È dalla contrapposizione dialettica tra accusa e difesa davanti al giudice, attento osservatore, che possono scaturire, come diceva un’antica metafora, scintille di verità. Mentre l’azione del pubblico ministero s’indirizza verso fini di giustizia (condanna del colpevole e assoluzione dell’innocente), quella del difensore si svolge a tutela degli interessi dell’imputato che non necessariamente coincidono con gli ideali della giustizia e della verità, anzi non di rado sono antitetici; il che, naturalmente, non significa che l’avvocato debba identificarsi con il suo assistito, assecondandone il volere; come in ogni rapporto mediato dalle istituzioni, anche in quello tra imputato e difensore deve sussistere una “giusta” distanza; ma, qualora si profili un’incompatibilità tra la linea difensiva suggerita dal cliente e quella ritenuta utile dall’avvocato, è dovere di quest’ultimo dismettere il mandato.

Ma sarebbe un grave errore ritenere, sulla scia di una diffusa vulgata, che l’esercizio della difesa, solo perché animato da interessi di parte, contrasti con le esigenze di accertamento. Sembra un paradosso, ma è la stessa funzione cognitiva del processo a richiedere che il difensore possa sistematicamente confutare a qualsiasi livello le tesi dell’accusa. Proprio perché la ricostruzione dei fatti non può essere oggetto né di dimostrazione matematica né di verifica diretta, occorre che la tesi dell’accusa sia sottoposta ai più severi

tentativi di falsificazione; e la falsificazione dell'accusa non può che competere al controinteressato, vale a dire al difensore, chiamato (*ad-vocatus*) a confutare l'ipotesi di colpevolezza.

È nel contraddittorio che si realizza questa singolare e fortunata coincidenza tra gli interessi di giustizia e quelli, spesso opposti, dell'imputato. Nulla fortifica una tesi quanto il fallimento dei tentativi di falsificazione. Lo sa bene l'avvocato che prudentemente rinuncia al controesame nei confronti di un teste affidabile dell'accusa, nella consapevolezza che, anche svolgendolo nella forma più aggressiva, otterrebbe il solo effetto di avvalorare la deposizione. E altrettanto vale sul piano argomentativo; se le ragioni sono buone, sarà merito della difesa avere mostrato l'infondatezza dell'accusa; se sono pretestuose, costruite su cavilli, l'esito sarà il rafforzamento dell'accusa. Il contraddittorio non è un dialogo dominato dal buon volere e dall'accordo delle parti su valori generali come la ricerca della verità, ma lo scontro ritualizzato di interessi contrastanti come dimostra la sua più significativa espressione, la tecnica della *cross-examination* dove la prova si forma secondo prospettive confliggenti (e si spiega, quindi, l'avversione di Platone per l'avvocato, come portatore di interessi unilaterali). Ciò non vuol dire che la scelta del contraddittorio sia funzionale ad un processo inteso come duello o come "gioco" tra le parti, volto a garantire la vittoria al più abile dei contendenti, senza riguardo ad esigenze di giustizia e di accertamento del vero. L'assioma gnoseologico a cui si ispira è che la verità non si manifesti né per le intuizioni solitarie di un giudice onnisciente (secondo la logica inquisitoria), né per la ricerca sincera e disinteressata delle parti; ma si riveli, anzi si "tradisca" contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto delle opposte argomentazioni.

Sostenendo unilateralmente le ragioni del suo assistito, il difensore serve anche l'interesse della collettività al corretto svolgimento del processo e alla solida ricostruzione dei fatti; mentre lo tradirebbe quando, senza dismettere il mandato, sacrificasse l'interesse individuale dell'imputato per affermare valori generali o superindividuali, la cui tutela, nella logica del contraddittorio, è perseguita solo assicurando, sino a provocarla quasi artificialmente, una continua tensione dialettica tra le parti.

Come affermava Carnelutti, il contraddittorio serve alle parti, ma queste a loro volta "servono al processo combattendosi tra loro"². Il difensore, seppure estraneo al potere giudiziario sul piano istituzionale e organizzativo, non lo è per la funzione esercitata. La giurisdizione si realizza attraverso le tre funzioni dell'accusa, della difesa e del giudizio. Dunque, non è improprio concludere che anche l'avvocato, insieme al pubblico ministero, sia in senso funzionale parte necessaria del potere giudiziario.

4. Reificazione della verità storica: l'illusione referenziale

Tra le ragioni di diffidenza verso il contraddittorio vi è anche un singolare modo di concepire la ricerca della verità nel processo penale. L'accertamento del fatto viene impropriamente considerato alla stregua della ricerca di un oggetto materiale, che sta da qualche parte, non visibile, ma suscettibile di essere portato alla luce, come un tesoro nascosto che affiora dall'opera di scavo; e si trascura il dato elementare

² F. CARNELUTTI, *Come si fa un processo*, Edizioni Radio Italiana, Torino 1954, p. 67. Scrive incisivamente F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1987⁹, p. 5: "Un dialogo che ha per posta la pena tende ad assumere la forma naturale del contraddittorio; se la contraddizione non ci fosse, bisognerebbe procurarla artificialmente".

che il fatto, appartenendo al passato, non è più reale, e non può quindi in alcun modo essere “scoperto”, ma soltanto “ricostruito” sulla base delle tracce rimaste nel presente.

L'idea che anima questa singolare reificazione dei fatti storici, questa illusione referenziale, ricorda l'ingannevole e suggestiva metafora di Popper secondo cui lo *status* della verità può paragonarsi a quello di una vetta avvolta fra le nuvole, che lo scalatore aspira a raggiungere³. Nulla di più improprio e fuorviante se riferito alla verità storica, perché qui l'oggetto della ricerca, ossia il fatto del passato, non è “nascosto”, ma “assente”, definitivamente scomparso dalla scena del presente. La “vetta”, per restare nell'immagine di Popper, “fu”, ma oggi non “è” più; e si può solo ipotizzarne, con maggiore o minore verosimiglianza, la fisionomia, senza alcuna possibilità di confronto con l'originale. A differenza di un oggetto che, scoperto, documenta con la sua stessa presenza il buon esito della ricerca, nulla può definitivamente garantire che il fatto attribuito all'imputato corrisponda a ciò che “è stato”.

Ora, mentre per un'attività ri-costruttiva esistono buone ragioni per ritenere superiore il metodo dialettico rispetto a quello dell'indagine unilaterale, non altrettanto si può dire per una ricerca della verità intesa come scoperta di un oggetto materiale il cui rinvenimento è garanzia sicura del buon esito dell'indagine; come ben sa il rapinatore che, per ottenere la chiave della cassaforte, non pratica l'esame incrociato, ma punta il coltello alla gola della vittima. Qui il contraddittorio e la tecnica della confutazione appariranno tollerabili solo sotto il profilo del diritto di difesa, mentre molto più efficace dal punto di vista cognitivo sarà considerata la ricerca unilaterale, libera dai lacci del confronto dialettico, come infatti accade nel processo inquisitorio. Ridotto a mero diritto individuale, il contraddittorio sarà facilmente relativizzabile in nome dei superiori interessi di giustizia, alla stregua dei quali si sarà anche pronti a censurare come dilatoria, sofisticata e via dicendo, l'attività difensiva. Purtroppo in questa sorta di illusione referenziale non cadono soltanto gli apologeti dei modelli inquisitori, ma anche una parte dei sostenitori del processo accusatorio; quelli, per l'appunto, che lo concepiscono come mera soluzione di conflitti. Gli uni come gli altri muovono dal medesimo concetto di verità storica. La differenza è che i primi comprimono le garanzie in nome della verità, gli altri, in nome delle garanzie, mettono al bando la ricerca della verità. Fortunatamente le scelte della nostra Costituzione sono orientate in altra direzione: stabilendo che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», l'art. 111 della Costituzione pone fine alla nefasta opposizione tra garanzie e ricerca della verità, conciliandole nel segno del contraddittorio.

³ Cfr. K. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge & Kegan Paul, London 1965², p. 226; trad. it. G. Pancaldi, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Il Mulino, Bologna 1972, p. 388.