

LA TESTIMONIANZA NEL PROCESSO CIVILE E ARBITRALE. PROFILI COGNITIVI E COMPORTAMENTALI* **

WITNESS IN CIVIL AND ARBITRAL PROCEEDINGS. PSYCHOLOGICAL AND BEHAVIOURAL PROFILES

Umberto Morera

Abstract

Lo scritto analizza i diversi profili psicologici e comportamentali del testimone nell'ambito del processo civile e arbitrale; tematica sino a oggi poco studiata.

Viene dapprima trattato il momento della "percezione" degli accadimenti, così come influenzato da molteplici variabili, tra cui rilevano principalmente le scorciatoie mentali utilizzate dalle persone per colmare i propri deficit percettivi.

Viene quindi trattata la fase della "memorizzazione" degli accadimenti, analizzandone i limiti sia fisiologici (ad es. la c.d. "curva dell'oblio") che psicologici (ad es. la tendenza alla rielaborazione dei ricordi e le interferenze che le informazioni successive possono avere sui ricordi stessi).

È poi analizzato il momento della "narrazione" degli accadimenti, con particolare attenzione alle tecniche di formulazione delle domande e alla conseguente loro influenza sulle risposte.

È infine trattato il momento della "valutazione" della testimonianza da parte del giudice, valutandone momenti e modalità.

Parole chiave: Testimonianza, Curva dell'oblio, Profili psicologici, Profili comportamentali

The writing analyzes the various psychological and comportmental profiles of the witness in civil and arbitral cases, a topic which, up to now, has not been widely studied.

The moment of "perception" of what is happening is the first event to be taken into consideration; along with the influence of multiple variables, in which primarily, the mental shortcuts used by people in order to make up for their own perceptive shortcomings can be understood.

Then, the phase of "memorization" of events follows, through the analysis of the limits both under physiological (for example, the "curve of oblivion") and psychological visual angles (for example, the tendency to modify memories and the interference that subsequent information can have on these same memories).

The moment of the "narrative" of events is then analyed; with particular attention to the techniques of the formulation of questions and to their consequent influence on the answers.

Lastly, the moment of witness evaluation by the judge is considered by classifying its moments and modalities.

Keywords: Witness, Curve of oblivion, Psychological profiles, Behavioral profiles

Sommario: 1. Premessa. – 2. La carente cultura giuridica della testimonianza. – 3. La percezione degli accadimenti. – 4. La memorizzazione degli accadimenti. – 5. La narrazione degli accadimenti. – 6. La valutazione della testimonianza. – 7. Il paradosso del testimone.

* Il contributo ha ricevuto il giudizio positivo di un referee anonimo.

** Lo scritto riproduce l'intervento effettuato nel Convegno "La prova nell'arbitrato internazionale e la diffusione di best practices nell'arbitrato domestico", organizzato dall'Università di Roma Tor Vergata, dalla Camera Arbitrale di Milano e dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato, svoltosi in Roma in data 5 giugno 2015.

1. Premessa

L'argomento che tratterò in questo mio intervento necessita di un preliminare chiarimento.

Da tempo ormai mi interesso di argomenti di confine, tra diritto e psicologia; in particolare, da alcuni anni mi occupo di finanza comportamentale (*behavioral finance*), cercando soprattutto di comprendere in qual misura il dato, ormai acquisito, dell'irrazionalità dell'investitore possa (o, ancor meglio, debba) condurre ad un'efficiente rimodulazione della complessa legislazione in materia di tutela del risparmio e degli investimenti.

L'impegno che ho assunto accettando di svolgere l'intervento odierno si inserisce nel solco di tale mio interesse culturale, ma affronta un argomento di confine – quello dei profili psicologici e cognitivi della testimonianza processuale – completamente diverso da quelli che ho sin qui studiato e trattato.

Tenterò dunque, ben conscio della mia (pur relativa) “inesperienza”, di analizzare questi peculiari profili della testimonianza senza particolari ambizioni, nel limitato fine di offrire ai giuristi, soprattutto processual-civilisti, qualche utile spunto di riflessione; su cui magari provare a costruire un ripensamento della prova orale, anche poi in una prospettiva *de iure condendo*.

Del resto, l'occasione di trattare in questa particolare prospettiva la prova orale in un convegno dedicato specificamente all'arbitrato mi è sembrata assolutamente pertinente; se non altro perché, come anche di recente ben evidenziato da Carmine Punzi, mentre nel processo ordinario la rilevanza della prova testimoniale va sempre più perdendo terreno (i motivi sono troppo noti a chi abbia un minimo di esperienza di aule giudiziarie per dilungarmi su di essi), nel processo arbitrale, al contrario, detta prova ha un ruolo centrale e decisivo nel percorso che conduce ad una corretta formazione del lodo.

2. La carente cultura giuridica della testimonianza

Dico subito che, iniziando a studiare questa tematica, mi sono immediatamente reso conto che la cultura giuridica della testimonianza necessiterebbe di un deciso passo avanti; avrebbe, per così dire, bisogno di “evolvere”.

Del resto, già al tempo della redazione dell'attuale codice di procedura civile, Francesco Carnelutti osservava sagacemente come la cultura dei nostri avvocati e giudici fosse rimasta, in punto di testimonianza, quella ... dei tempi di Beccaria.

Il problema di fondo è costituito dal fatto che il testimone è prima di tutto, e necessariamente, una *persona*; e che pertanto il giudice o l'arbitro – per utilizzare al meglio lo strumento istruttorio della prova orale – non può limitarsi a porre l'attenzione sui fatti rappresentati, ad analizzare gli accadimenti narrati: dovrebbe conoscere e considerare anche la persona che rievoca e rappresenta detti fatti a chi è chiamato a giudicarli. L'impressione, in effetti, è che tutta l'attenzione sia ancora incentrata sul *narrato*, trascurando del tutto il *narratore*.

Gli studi di psicologia cognitiva più attenti al fenomeno della testimonianza confermano del resto che la prova orale, per come attualmente considerata nell'ottica giuridica, rappresenta un istituto piuttosto carente sul piano concettuale, legislativamente disciplinato in modo superficiale, nonché scientificamente trattato in maniera piuttosto approssimativa.

Mancano poi del tutto studi interdisciplinari approfonditi (tra diritto e psicologia) in questa materia.

3. La percezione degli accadimenti

Ciò posto, e venendo al profilo da trattare, appare evidente come il fenomeno della testimonianza sia inquadrabile nell'ambito di un processo mentale molto complesso ed articolato. Dal punto di vista cognitivo, è possibile suddividere detto processo in tre distinti momenti: la *percezione*, la *memorizzazione* e la *narrazione*; momenti che poi corrispondono, nel linguaggio tecnico della psicologia, alla *codifica*, alla *ritenzione* ed al *recupero*.

Sul piano cronologico, il primo momento che rileva è quello della *percezione* degli accadimenti (c.d. *codifica*), il quale risulta influenzato da molteplici variabili, poi sensibilmente differenti da individuo a individuo; quali ad esempio: le emozioni e le esperienze personali precedenti, lo sviluppo più o meno articolato dei diversi sensi, i differenti tempi di attenzione, l'eventuale livello di stress, il sesso e la personalità del teste, e così via.

Per evidenti esigenze di tempo non mi soffermerò su queste variabili della percezione, pur molto importanti soprattutto nelle testimonianze concernenti fatti dinamici e molto concentrati nel tempo (si pensi soltanto al noto incidente della nave Costa Concordia, con i suoi molteplici risvolti assicurativi dipendenti dalle testimonianze rese); limitandomi a trattare due soli profili, che reputo comunque piuttosto pertinenti rispetto all'incontro odierno.

Innanzitutto, è stato dimostrato come la percezione di un accadimento possa variare, ed anche sensibilmente, in virtù di quella tendenza che gli psicologi chiamano "eguagliamento e miglioramento delle forme": ove il dato errato o inesatto (che di per sé verrebbe percepito qual è se venisse osservato da solo), qualora risulti inserito in un contesto di dati corretti, tende a non essere percepito come errato. In simili circostanze si tende infatti a "livellare" il dato inesatto, omologandolo a quelli corretti.

Ne deriva che il giudice o l'arbitro dovranno valutare con la massima attenzione critica quella testimonianza che svaluti l'esistenza di un fattore negativo (qualunque esso sia) qualora detto fattore risulti, per così dire, "inserito" in un contesto di fattori positivi e corretti. E si pensi, esemplificativamente, ad una serie continua di adempimenti, nell'ambito della quale risulti soltanto un isolato inadempimento: ove allora, nella normale percezione del (futuro) testimone, quel singolo inadempimento verrà "notato" con una certa qual fatica.

Nell'ambito della fase della percezione, ancor più importante ai fini che qui interessano è poi il profilo delle cosiddette "selezioni della percezione".

Posto che il percepire si rileva indiscutibilmente attività molto faticosa dal punto di vista cognitivo, le persone tendono ad utilizzare molteplici scorciatoie mentali al fine di colmare i propri *deficit* percettivi.

Ad esempio, la tendenza a percepire, di preferenza, ciò che ci è più familiare, rispetto a ciò che non conosciamo affatto; ovvero anche la tendenza a registrare soltanto quei dati che noi reputiamo essenziali in quello specifico contesto fattuale.

Ma la scorciatoia principale e più pericolosa, tra le molte, è sicuramente l'*aspettativa*: si tende comunemente a "vedere" le cose per come ce le si aspetta normalmente, e non già per come esse sono nella realtà.

È noto l'esperimento in cui si mostrano ad un gruppo di persone una dozzina di carte da gioco di semi diversi, tra le quali sono state inserite tre carte di picche nere e due carte di picche rosse. La netta maggioranza delle persone "vede" soltanto le tre picche di colore nero (il colore della propria aspettativa nella ricerca, appunto), non percependo affatto le due picche di colore rosso (colore del tutto inusuale rispetto al seme delle picche e, quindi, non atteso).

Ne deriva che se la testimonianza tende a descrivere elementi di "normalità" di un fatto, la stessa andrà vagliata con molta maggior attenzione di quella che tende a descrivere elementi di anomalia dello stesso fatto; e ciò proprio al fine di scremare la deposizione dai possibili errori percettivi conseguenti l'aspettativa del (futuro) testimone.

4. La memorizzazione degli accadimenti

Il secondo momento nell'ambito del quale deve inquadrarsi la testimonianza, successivo a quello della percezione, è quello della *memorizzazione* (c.d. ritenzione).

La fase della memorizzazione presenta limiti sia *fisiologici* che *psicologici*.

Con riguardo ai limiti fisiologici, risulta ormai da tempo sperimentato ed appurato che sussiste una normale “curva dell'oblio”, ove la perdita della memoria è inizialmente molto significativa e poi, con il tempo, tende sempre più a diminuire. Ma è stato di recente anche dimostrato che, perlomeno in relazione ai fatti più complessi ed articolati, la curva muta nella propria struttura: la memoria, per così dire, si organizza al meglio dopo un primo periodo di sedimentazione dei ricordi.

Vi è dunque un periodo ottimale del ricordo (di fatti complessi), che non coincide affatto con il periodo iniziale, né con quello finale (più recente), bensì con quello intermedio tra i due. Dopo questo periodo intermedio la memoria comunque decresce ed il materiale immagazzinato viene via via perduto nel tempo.

In ogni caso, i tempi lunghi del processo civile (ed anche di quello arbitrale, a ben vedere) non appaiono compatibili con il tempo di latenza ottimale della memoria; sicché il giudice o l'arbitro dovranno necessariamente fare i conti con la progressiva perdita di memoria del testimone, considerandola quindi nella sua giusta fisiologia.

Decisamente più interessanti per il giudicante, rispetto ai limiti fisiologici, sono i limiti psicologici.

Il primo di questi è la tendenza a rielaborare continuamente le informazioni acquisite durante la fase della percezione; sino magari a distorcerle completamente. Questo continuo rielaborare i ricordi è una diretta conseguenza del carattere *costruttivo* e non *duplicativo* del nostro processo mnemonico.

I nostri ricordi non sono affatto statici, non sono assimilabili ad un album di fotografie; subendo al contrario una continua rielaborazione di quanto immagazzinato. La nostra memoria “costruisce” il ricordo, basandosi soprattutto sui cosiddetti *schemi mentali*, cioè sulle conoscenze strutturate che ognuno di noi ha di beni, persone, luoghi, azioni e situazioni complesse; schemi che ovviamente derivano dal peculiare contesto temporale, ambientale e culturale in cui vive (o è vissuto) chi ricorda. Gli schemi mentali condizionano non poco le informazioni in entrata e finiscono per “costruire” il ricordo, lo condizionano, modificando inevitabilmente la nostra memoria, a nostra totale insaputa.

Il secondo limite di carattere psicologico è quello che alcuni studiosi definiscono come limite del “conformismo del testimone”: cioè la tendenza a fornire la risposta che è comunque ritenuta la più “normale” e consona rispetto a certe determinate regole sociali di comportamento.

Il terzo limite, probabilmente il più significativo, è costituito dalle notevoli interferenze che le informazioni *successive* possono produrre sulle informazioni acquisite al momento degli accadimenti memorizzati.

In un noto esperimento, veniva raccontata una storia a due gruppi omogenei di persone, chiedendo loro di memorizzarla al fine di riferirla, il più fedelmente possibile, dopo tre mesi. A tutti i componenti del primo gruppo veniva poi detto (casualmente, dopo alcune settimane) che il protagonista di quella storia era Adolf Hitler. Richiesti dopo tre mesi di raccontare la storia, i componenti del secondo gruppo restavano sostanzialmente fedeli alla storia raccontata loro (ovviamente nei limiti delle singole capacità mnemoniche), mentre i componenti del primo gruppo arricchivano la storia con dati relativi alla figura di Hitler, i quali invero mai erano stati raccontati loro.

L'insegnamento che se ne deve trarre è che qualora una persona riceva informazioni fuorvianti, contraddittorie o false *dopo* aver assistito ad un fatto, queste informazioni potrebbero inquinare quelle recepite *ab origine*, fino a modificarle completamente.

Ovviamente, l'informazione fuorviante posteriore all'evento può provenire da diverse "fonti" ed in "tempi" tra loro piuttosto distanziati, i quali poi incidono in maniera assai diversa sul ricordo originario. E si consideri peraltro che l'informazione fuorviante post-evento potrebbe intervenire non soltanto nella fase della memorizzazione, ma anche in quella (successiva) della *narrazione* (su cui v. *infra*) per effetto delle domande fuorvianti poste al soggetto; domande nelle quali è sufficiente anche soltanto una parola per alterare la memoria e, di conseguenza, la testimonianza.

In questa peculiare prospettiva, è invero sufficiente inserire, nella domanda, anche soltanto un articolo determinativo al posto di uno indeterminativo: in un esperimento veniva difatti mostrato ad un gruppo di persone un filmato, in cui taluni attori facevano diverse cose, tra le quali *non* vi era la firma di un documento; successivamente, alle persone a cui veniva chiesto se fosse stato firmato *un* contratto, soltanto il 10% rispondeva affermativamente, mentre tra le persone a cui veniva chiesto se fosse stato firmato *il* contratto, la percentuale di coloro che rispondevano affermativamente raddoppiava, salendo al 21%.

5. La narrazione degli accadimenti

Queste ultime riflessioni introducono la terza ed ultima fase del processo mentale nell'ambito del quale deve inquadrarsi la testimonianza; quella della *narrazione* (c.d. "recupero").

In questa fase è innanzitutto importante, come appena visto, il modo in cui viene formulata la *domanda* (che costituisce lo "stimolo" primario della memoria). Il principale rischio da evitare è infatti che il teste venga suggestionato dalle domande e dall'ambiente circostante.

Già centovent'anni or sono il francese Alfred Binet, a cui si deve l'invenzione del primo *test* di intelligenza utilizzabile, compì un esperimento, diventato un classico in materia. Si mostrava un quadro con un bottone pitturato sulla tela in modo "iper-realistico": (*i*) con una prima domanda, si chiedeva semplicemente di descrivere il quadro; (*ii*) con una seconda domanda, si chiedeva come fosse fissato il bottone sulla tela; (*iii*) con una terza domanda, si chiedeva di quale colore fosse il filo che fissava il bottone alla tela. Alla prima domanda la percentuale di errori era limitata al 20%; alla seconda domanda la percentuale saliva al 40%; mentre alla terza gli errori si fissavano al 60% ... Il che ben dimostra come il *modo* in cui la domanda viene posta finisce per influenzare significativamente la risposta.

Numerosi altri esperimenti empirici hanno poi confermato che le domande suggestive – quelle che implicano una certa determinata risposta, dandola quindi per presupposta – sono significativamente idonee ad influenzare la risposta, distorcendo la memoria ed implicando errori di rappresentazione del ricordo.

Se pensiamo ora alle modalità con cui viene normalmente resa una testimonianza nel processo civile ed arbitrale italiano – ove il testimone quasi sempre deve dire se un certo fatto corrisponda o meno a verità; fatto poi rappresentato in un capitolo di prova, preceduto dalla formula "vero che" – è invero piuttosto facile rendersi conto di come al teste vengano pressoché sempre poste domande suggestive, le quali contengono già in sé una risposta (vero che ...).

Ecco allora che, considerando i vari risultati cui sono giunti gli studi di psicologia cognitiva in argomento, da qualche anno si registra, soprattutto a livello internazionale, il tentativo di elaborare "protocolli" di intervista testimoniale, pur se ancora piuttosto generici e non esattamente mirati sul processo civile.

I più noti sono quelli relativi alla c.d. *intervista cognitiva* ed alla c.d. *intervista strutturata*; protocolli peraltro non troppo dissimili tra loro ed entrambi suddivisi in quattro fasi.

La prima fase è rappresentata dalla "costruzione" di un rapporto con il testimone; il quale normalmente, quando si presenta a deporre: (*i*) è solo, non conoscendo né i giudici, né gli avvocati; (*ii*) ha un significativo livello di stress; (*iii*) si sente "sottoposto" all'autorità giu-

dicante; (iv) teme possibili conseguenze negative per la sua sfera personale, all'esito della deposizione. Ove è allora evidente che – al fine sia di controbilanciare dette sensazioni negative, sia di rendere la resa testimoniale il più efficiente possibile – il teste vada messo, per così dire, quanto più possibile a proprio agio.

La seconda fase è quella che viene definita della *libera narrazione*; libera narrazione che, in base a consolidati *test* cognitivi, garantisce in principio una maggior accuratezza del narrato rispetto alle domande dirette, le quali inducono generalmente il teste a fornire risposte tese per lo più a soddisfare ciò che si presume il giudicante voglia sentirsi dire.

La terza fase è quella in cui vengono poste le (necessarie) domande dirette; sia nella forma “aperta” (ad esempio: «come si è svolta in concreto la negoziazione?»), sia nella forma “chiusa” (ad esempio: «hanno firmato il documento il 30 maggio 2014?»). Le domande dirette dovrebbero alternarsi tra aperte e chiuse, evitando comunque sia domande suggestive che domande in negativo. Nel porre le domande dirette sarebbe poi opportuno seguire l'ordine cronologico degli eventi, ordine che aiuta ed ottimizza il recupero dei fatti memorizzati. Questa terza fase consente peraltro di chiarire eventuali profili oscuri o incompleti emersi nella fase precedente (quella della libera narrazione), laddove poi, in un contesto ottimale, la seconda e la terza fase dovrebbero integrarsi e completarsi tra loro.

La quarta ed ultima fase è rappresentata dalla “revisione” della testimonianza resa; attraverso il ripercorrere ciò che il teste ha dichiarato; eventualmente, all'occorrenza, integrando la deposizione con ulteriori particolari, utili all'accertamento dei fatti.

Ciò detto, appare evidente come protocolli di questo genere, qualora effettivamente recepiti, si adattino molto meglio nel contesto di un giudizio arbitrale: ove, a differenza del giudizio ordinario, la logistica, la tempistica e la professionalità degli arbitri costituiscono sicuramente fattori di agevolazione di tutte le fasi appena rappresentate. In effetti, a ben vedere, l'instaurazione di un effettivo e costruttivo “rapporto” con la persona del testimone, le tempistiche che necessita un racconto libero e la revisione della testimonianza resa, risultano effettivamente possibili soltanto nell'ambito di un procedimento arbitrale; apparendo di assai difficile applicazione in un processo avanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

In ogni caso, ed anche al di là di quest'ultimo rilievo, è peraltro in generale indiscutibile come il nostro sistema normativo processuale si preoccupi molto più delle cautele *preliminari* all'assunzione della prova (cfr. artt. 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 255 e 256 c.p.c.) che non del momento della testimonianza in sé. Basti infatti considerare che su quindici degli attuali articoli in materia (dall'art. 244 all'art. 257-*bis* c.p.c.), soltanto tre (artt. 253, 254 e 257-*bis* c.p.c.) sono relativi alle *modalità* con cui è resa la testimonianza.

La prassi, come noto (ma v. anche l'art. 244 c.p.c.), prevede una serie di risposte chiuse (spesso limitate a dei “sì” e a dei “no”) a domande predisposte per iscritto dai difensori delle parti e poi autorizzate dal giudicante. Senza realmente “sfruttare” quel grande bagaglio di informazioni che risiede nella memoria del teste e che, con le più opportune e corrette stimolazioni, tornerebbe utilmente a galla. Vi è raramente (nel processo ordinario, direi mai) la costruzione di un “rapporto” effettivo ed umano con il testimone; normalmente al contrario privilegiandosi (e comunque di fatto prevalendo) formalismi e rigidità interpersonali; senza contare che risulta peraltro in principio inibita, se non altro deontologicamente, l'attività di “preparazione” dei testi da parte dei difensori delle parti, anche fosse al solo e limitato fine di contestualizzare loro, preliminarmente, gli eventi dedotti in lite, sui quali saranno poi chiamati a rendere testimonianza.

6. La valutazione della testimonianza

Assume poi un peculiare e non trascurabile rilievo anche il profilo della *valutazione* della testimonianza.

Nell'esperienza pratica, di fatto mai la testimonianza è valutata non appena è stata resa, cioè "a caldo"; e questo rilievo mantiene una sua validità anche nell'ambito di un procedimento arbitrale, ove gli arbitri avrebbero invero tutto il tempo di discutere tra loro delle dichiarazioni del teste, non appena terminata la sua deposizione (o comunque al termine dell'udienza istruttoria). La prassi è infatti quella di rinviare quasi sempre l'analisi della testimonianza ad un momento successivo (anche di mesi, se non di anni), quando inevitabilmente saranno andati perduti, nelle memorie dei giudicanti, tutti quegli elementi verbali, emotivi e corporali che risulterebbero invece assai utili per ottimizzare il "risultato" dell'audizione.

Sotto altro profilo, per la piena ed approfondita valutazione di una testimonianza (anche la testimonianza più delicata, rilevante e risolutiva) non si fa peraltro mai ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio; ed in quelle rare volte in cui ciò è stato fatto, si è ricorso non già a psicologi della testimonianza, bensì a psicologi clinici, i quali inevitabilmente utilizzano modelli di analisi pensati per far emergere patologie, non certo per appurare verità.

E così, per valutare una testimonianza, si finisce soltanto per rileggere – spesso molto tempo dopo la deposizione – il verbale redatto nell'occasione della prova orale; verbale che sovente non contiene tutte quelle informazioni utili che invece, come ormai ci hanno ben dimostrato gli studi di psicologia cognitiva, potrebbero essere ricavate dalla memoria di un testimone, opportunamente stimolato (prima) e valutato (poi).

7. Il paradosso del testimone

Vorrei concludere queste mie brevi riflessioni con quello che potrebbe definirsi il "paradosso del testimone".

Nell'immagine comune e collettiva (ma invero anche nel disposto della legge: cfr. art. 251, comma 2, c.p.c.), il testimone è quella persona che è tenuta a "dire tutta la verità".

Ma il testimone dovrebbe pur sempre essere consapevole che ciò che egli dirà non potrà mai rappresentare l'esatto svolgersi dei fatti cui ha assistito, bensì rappresenterà soltanto il modo in cui egli li ha percepiti, interpretati, modificati, memorizzati e rievocati.

A ben vedere, l'unico giuramento che un testimone potrebbe davvero fare è quello di essere (non già *veritiero*, bensì) *sincero*, impegnandosi a riferire i fatti così come egli ritiene si siano svolti; evitando di essere reticente e non celando ciò che sa (anzi che è convinto di sapere).

Dovrebbe infatti ormai esser chiaro come, in principio, da un testimone non potremo mai pretendere la corrispondenza tra ciò che egli ci dirà e ciò che è realmente accaduto.