

GIULIO UBERTIS

Dialettica probatoria e terzietà del giudice

ENGLISH TITLE

Evidentiary dialectics and third-party standing of the judge

ABSTRACT

The proceedings, directed at the application of the law in a specific case and carried out within a linguistic universe, imply a hermeneutic activity concerning the reconstruction of the fact not only for the necessary link between *quaestio facti* and *quaestio iuris*, but also for the need to understand the accusation and allegations of the party, as much as the formulations and probative evaluations. In the proceedings, the verification of the statement, which forms the basis of judicial applications, is carried out using the cadences of external evidentiary dialectics (where the adversary system is implemented), as well as internal ones. These concern the rational criteria of verisimilitude, pertinence and relevance of probative admission, ensuring the methodological neutrality of the judge, who must not adhere to any factual and reconstructive hypotheses during the inquiry.

KEYWORDS

Adversary System – Evidence Admission – Evidentiary Dialectics – Judicial Truth – Methodological Neutrality of the Judge.

1. L'ERMENEUTICA IN UN PROCESSO EPISTEMOLOGICAMENTE NEUTRALE

L'attuazione della legge nel caso concreto è il frutto della cooperazione delle parti e dello scopo del processo tanto – per utilizzare una classificazione sorta negli anni Ottanta dello scorso secolo¹ e spesso ripetuta – quando esso sia volto all'attuazione di scelte politiche quanto qualora sia diretto alla risoluzione di conflitti. Infatti, la differenza tra i due modelli consisterebbe essenzialmente nel differente rapporto tra i poteri rispettivamente riconosciuti al giudice e alle parti, perché comunque si dovrebbero applicare le norme sostanziali e processuali nel cui contesto si svolgesse la controversia: altrimenti, nemmeno sussi-

1. M. R. Damaška (1986), trad. it. 1991, spec. 158 ss.

sterebbe un ordinamento giuridico. Risulta dunque inevitabile l'esigenza di comprendere – e quindi interpretare – la legge che si ritenga applicabile.

Va peraltro osservato come nel processo l'attività ermeneutica non riguardi unicamente la disposizione normativa, bensì pure l'attività finalizzata alla ricostruzione del fatto posta a fondamento della domanda, non potendosi inoltre ignorare il legame imprescindibile e necessario tra la norma come interpretata e il «fatto» come ricostruito. *Quaestio facti* e *quaestio iuris* non sono separate e la loro distinzione solo metodologica «viene attuata all'interno di un contesto unitario che, senza tramutarla in identità dei termini, consente di riconoscere questi ultimi non come qualitativamente separati ma come portatori di una diversa proporzione tra gli atteggiamenti, comunque presenti, della constatazione e della valutazione giuridica»². Essa concerne una coppia inscindibile composta da due costruzioni intellettuali in cui pensiero e azione sono intimamente fusi³ e che, «progressivamente e reciprocamente determinantisi»⁴, sono considerate in maniera disgiunta esclusivamente per soddisfare i differenti bisogni che, in diversi momenti, possono emergere in campo processuale.

Dunque, «le norme sono interpretate in funzione dei fatti e questi ricostruiti in funzione di quelle»⁵, fissandosi i relativi esiti con la pronuncia del giudice, tenuto a compiere un giudizio di verità sulla ricostruzione fattuale raggiunta con l'istruzione probatoria. È attraverso questa verifica che si ottiene il fondamento di una decisione giusta, «indipendentemente dal criterio giuridico che si impieg[hi] per definire e valutare la giustizia della decisione»⁶: una pronuncia giurisdizionale non potrebbe reputarsi «giusta», quando la sua base fattuale fosse rilevata erronea o inattendibile⁷.

Da tale enunciazione, però, non deriva la necessità di aderire a una specifica nozione sostanziale di verità, come sembrano ritenere coloro che si richiamano alla concezione corrispondentista di verità⁸.

Piuttosto, conviene evidenziare il bisogno che i risultati del processo, soprattutto in una società multiculturale, siano accettabili da chiunque,

2. G. Ubertis, 1979, 76.

3. Ch. Perelman, 1961, 278.

4. B. Pastore, 1996, 58.

5. P. Ferrua, 2010, 334.

6. M. Taruffo, 1992, 43.

7. Indipendentemente dal condividere le teorie procedurali o quelle sostanziali di giustizia, la cui differenza viene sintetizzata affermando che, «mentre un atteggiamento si sforza di tenere distinti i problemi di natura politica, morale e giuridica, l'altro considera artificiale e inopportuna questa separazione» (M. R. Damaška, [1986], trad. it. 1991, 129).

8. Esplicito accoglimento di tale teoria è ad esempio manifestato (tra l'altro in occasione di un medesimo Convegno) da D. Pulitanò, 2012, 192 ss., e da M. Taruffo, 2012a, 130-1, cui ha fatto seguito la critica di G. Ubertis, 2012, 209-10.

dovendosi evitare che essi presuppongano l'accettazione di una tra le numerose impostazioni filosofico-gnoseologiche correnti nella collettività: occorre, piuttosto, prescindere da esse o, per così dire, teoreticamente precederle, ponendosi a un livello anteriore di discorso e perciò senza contrastare nessuna di esse.

2. IL PROCESSO COME UNIVERSO LINGUISTICO

In altri termini, va soddisfatta l'esigenza di non essere «costretti a professare il superamento dello iato tra le parole e gli oggetti su cui vertono attraverso l'assunto che una descrizione creduta vera della realtà sia conforme a una ipostatizzata realtà [, mantenendo] pertanto impregiudicati l'accettazione o il rifiuto sia della classica teoria corrispondentista della verità sia di altre (scettiche, irrazionalistiche o idealistiche)»⁹.

Questo fine si può raggiungere partendo dall'ineludibile riconoscimento che nel processo si discute normalmente su un fatto del passato che non è direttamente esperibile attraverso l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla circostanza che il giudice debba valutarne gli effetti presenti o addirittura futuri: si pensi all'eventualità di dover decidere sul nesso causale tra il comportamento (passato) addebitato al soggetto nei cui confronti si procede e le lesioni (presenti) lamentate dalla pretesa vittima, la quale richieda che le venga riconosciuto il diritto al risarcimento tanto del danno emergente quanto del lucro cessante (futuro). Né va ignorato che pure quando si controverte su una questione attuale, come lo stato mentale dell'imputato, dell'interdicendo o dell'inabilitando, le allegazioni (definite come «formulazione di un enunciato descrittivo [di un] fatto, compiuta da una parte in uno dei suoi atti»¹⁰) e i dati conoscitivi necessari per la pronuncia entrano nel procedimento per mezzo del linguaggio. In ogni caso, qualunque verifica avviene attraverso un confronto tra enunciati¹¹ (ad esempio, tra l'allegazione dell'interessato e l'affermazione desunta da una dichiarazione testimionale o peritale), riscontrando che le due asserzioni coincidono: non a caso, si è da tempo rimarcato che «per controllare un giudizio ne occorre un altro, a cui commisurare il primo»¹² o,

9. G. Ubertis, 2015, 17.

10. M. Taruffo, 2009, 125.

11. Termini come “enunciato”, “proposizione”, “asserzione”, “asserto” o “affermazione” (dei quali, d'altronde, manca nella letteratura sul tema un uso uniforme) sono impiegati in maniera sinonimica anche per evitare fastidiose ripetizioni, considerato che ciò non incide sulle nostre considerazioni; dal loro contesto dovrebbe agevolmente risultare se ci si riferisca all'espressione linguistica o al suo contenuto (tale distinzione è stata esemplificata in un lavoro di epistemologia giudiziaria da P. Garbolino, 2014, 20 ss.).

12. F. Cordero, 1963, 6. Similmente, per F. Cornelutti, 1958, 129, «la prova (di un giudizio) non può consistere se non in un giudizio diverso».

detto altrimenti, «il controllo delle sue proposizioni *protocollari* il giudice deve compierlo attraverso il raffronto con altre proposizioni dello stesso tipo»¹³.

«Il processo si svolge dunque all'interno di un *universo linguistico*»¹⁴, in cui per decidere serve verificare la coincidenza o no tra l'enunciato iniziale (ad esempio «Tizio ha ucciso Caio»; «Sempronio ha dato 100 euro a Mevio»), cui si collega la domanda giudiziale, e quello finale reputato persuasivo dal giudice («Tizio ha [oppure: non ha] ucciso Caio»; «Sempronio ha [oppure: non ha] dato 100 euro a Mevio»): al giudice si richiede unicamente di essere pronto ad asserire, rispettivamente, che «l'enunciato “Tizio ha ucciso Caio” è vero se e solo se Tizio ha ucciso Caio» o «l'enunciato “Sempronio ha dato 100 euro a Mevio” è vero se e solo se Sempronio ha dato 100 euro a Mevio», cioè se e solo se la suddetta coincidenza sussista.

Si evidenzia pertanto il rilievo che assume in ambito processuale la concezione semantica della verità, esemplificata dall'equivalenza «l'enunciato “la neve è bianca” è vero se e solo se la neve è bianca», dove «la neve è bianca» è un qualsiasi enunciato del linguaggio-oggetto e «l'enunciato “la neve è bianca”» è il nome che viene dato al medesimo enunciato nel metalinguaggio¹⁵. Tale concezione intralinguistica stabilisce solo una relazione tra linguaggio e metalinguaggio (nei casi giudiziari tra il linguaggio di chi promuove l'instaurazione del processo e il metalinguaggio del giudice), senza la necessità di sostenere una «effettiva corrispondenza tra linguaggio e mondo»¹⁶ e può, appunto in quanto fornisce una definizione nominale (e non reale) di «verità», essere accettata «senza rinunciare alle nostre convinzioni epistemologiche, quali che esse siano; possiamo rimanere realisti ingenui, realisti critici, empiristi o metafisici – qualunque cosa fossimo prima. La concezione semantica è completamente neutrale nei confronti di tutti questi indirizzi»¹⁷. Parimenti, non si incorre nella «verofobia, che conduce ad abbandonare la nozione di verità»¹⁸ né si nega l'aspirazione che la ricostruzione fattuale fondativa della sentenza e compatibile con gli altri valori implicati dall'attività giurisdizionale sia il più possibile approssimata alla “realtà” linguisticamente veicolata, così da ottenerne il consenso sociale all'esito del processo.

Una siffatta verità è conseguibile applicando «quei *criteri di verità* secondo i quali chiunque è disposto ad asserire (cioè, a dichiarare che è vero) l'enunciato rappresentativo della ricostruzione del fatto operata alla fine del processo. Essi, idonei a suffragare il passaggio inferenziale dalle asserzioni concernenti i

13. V. Denti, 1957, 6-7.

14. G. Ubertis, 2017, 65.

15. Cfr. A. Tarski (1944), trad. it. 1969, 30 ss.

16. S. Nannini, 2007, 60.

17. A. Tarski (1944), trad. it. 1969, 55.

18. N. Vassallo, 2007, 20-1.

dati gnoseologici portati in giudizio all'enunciato finale integrativo della ricostruzione fattuale, sono individuati nella *coerenza* di quest'ultima con tali affermazioni e nella *accettabilità giustificata* della medesima in virtù della sua capacità esplicativa»¹⁹.

3. LA VERIFICA DELL'IMPUTAZIONE COME ATTIVITÀ ERMENEUTICA DIALETTICAMENTE CARATTERIZZATA

Emerge quindi che pure la verifica delle proposizioni attinenti al fondamento della domanda necessitano di un'attività ermeneutica per molteplici aspetti, di cui vanno ricordati sia quelli relativi alla comprensione tanto dell'imputazione (e in questo ambito può sorgere la problematica afferente al principio *iura novit curia*²⁰) quanto di ciascuna allegazione di parte; sia quelli riguardanti le formulazioni e le valutazioni probatorie, che al termine del processo devono corrispondere ai contenuti della sentenza (non a caso l'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p. prevede che in essa venga collocata «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie»).

Tuttavia, l'esito del processo non scaturisce da una ricerca solipsistica del giudice, ma «da un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale influenzandone inevitabilmente il corso»²¹.

Il *primo profilo* di questa concezione dialettica della prova è riconducibile al consueto riconoscimento che *processus est actus trium personarum*, per cui la verifica del *thema probandum* si ottiene attraverso «una complessa attività di ricerca che affidi la bontà dei suoi risultati al fatto di svolgersi nella forma del contraddittorio e cioè ponendo il proprio fulcro nella cooperazione delle parti e del giudice»²². In prospettiva di cosiddetta *dialettica probatoria esterna*, non può trascurarsi l'innegabile (e ineludibile) *valore euristico del contraddittorio*, poiché il metodo dialettico viene reputato dall'epistemologia contemporanea quello migliore per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali.

Il *secondo profilo* della dialettica probatoria riguarda quel movimento che, sebbene presente nello svolgimento processuale, non si manifesta in maniera immediatamente esteriore e attiene alla, per così dire, *dialettica probatoria interna*. Con tale qualificazione si intende porre in rilievo la condotta conosci-

19. G. Ubertis, 2015, 18, ricordando che si riferisce a criteri analoghi L. Ferrajoli, 1989, 40-1 e 129.

20. Per una recente indagine in materia, cfr. F. Cassibba, 2016, spec. 246 ss.

21. G. Ubertis, 1979, 93.

22. O. Dominion, 1974, 33-4.

tiva dell'organo procedente, per il quale la decisione finale è raggiunta dopo un succedersi dialettico di decisioni intermedie²³. Lo stesso legislatore processuale penale evidenzia, per esempio, che la ricerca dibattimentale procede «per tentativo ed errore» secondo le ipotesi di lavoro via via prospettate, quando prevede che si definisca inizialmente l'ambito dell'indagine (art. 190 commi 1 e 2, 495 comma 1 c.p.p.) e si provveda successivamente a un suo mutamento attraverso, secondo i casi, un ampliamento (art. 441 comma 5, 495 comma 4, 507, 519 comma 2, 523 comma 6, 603 c.p.p.) o una restrizione (art. 190 comma 3, 495 commi 4 e 4 *bis* c.p.p.) delle operazioni probatorie.

4. I CRITERI RAZIONALI DI AMMISSIONE PROBATORIA

Dal tessuto normativo risulta quindi che l'ammissione probatoria è inevitabilmente regolata non solo in riferimento alle sue cadenze temporali (con la previsione di termini e modi attinenti alla presentazione delle relative richieste a opera delle parti: cfr., ad esempio, gli art. 183 commi 6 e 8 c.p.c. e 468 comma 1 c.p.p.) e all'eventuale esistenza di divieti nell'assunzione di fonti e/o mezzi di prova (si pensi agli art. 246 c.p.c. e 188, 197 e 240 c.p.p.).

Essa deve pure conformarsi al riconoscimento che *interest reipublicae ut sit finis litium* e al canone della ragionevole durata del processo²⁴, sancito sia costituzionalmente (art. 111 comma 2 secondo periodo Cost.) sia internazionalmente (art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, 14 comma 3 lett. c Patto intern. dir. civ. pol. e 47 Carta dir. fond. UE), per cui il giudice deve osservare i più elementari e consolidati criteri di razionalità processuale nella valutazione sull'utilità di effettuare un dato esperimento gnoseologico.

A tale ultimo proposito, occorre richiamarsi a quella costellazione linguistica composta dai vocaboli di verosimiglianza, pertinenza, rilevanza e conclusività probatorie, riguardo ai quali appare necessario procedere a «ridefinizioni»²⁵, poiché essi risultano non adeguatamente distinti tra loro²⁶ e

23. «Quando si giudica che certe prove sono da prendersi in considerazione e che certe norme di legge... sono applicabili piuttosto di altre, *qualcosa* è già sistemato. È attraverso una serie di sistemazioni intermedie che si raggiunge la sistemazione finale» (J. Dewey [1939], trad. it. 1965, 178).

24. La questione del rapporto tra durata ragionevole del processo e regola decisoria dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» è affrontata in un'ottica non consueta per i giuristi da A. Mura, 2007, 3112 ss.

25. «Si ha una ridefinizione quando, rimanendo nell'ambito degli usi preesistenti, si determina in modo univoco e preciso il significato di una espressione, che in modo univoco e preciso non era usata. Si può estendere il nome di "ridefinizione" anche al caso in cui si dà a una espressione un significato che essa non ha mai avuto, ma vicino al significato o alla gamma di significati che negli usi precedenti aveva. La ridefinizione è... oggetto di una scelta, ma trae un carattere speciale dalla detta parentela con gli usi preesistenti» (U. Scarpelli, 1959, 65-6).

26. Sebbene nel contesto di alcuni tra i rari approcci definitori in materia, cfr., per esempi di

conseguentemente non usati in maniera univoca tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Anzitutto, giova chiarire come sia eccentrica rispetto al presente discorso la *concludenza probatoria*, che viene in rilievo non anteriormente all'assunzione probatoria, ma successivamente a essa, ossia quando si esegue la valutazione di persuasività dello strumento conoscitivo ormai acquisito, in vista del suo impiego per il definitivo giudizio assertorio sulla verità dell'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* posta a base della domanda giudiziale.

Inoltre, sebbene esercitino la comune funzione di delimitare l'attività istruttoria, verosimiglianza e pertinenza concernono gli enunciati da verificare, cioè i temi (o oggetti) di prova, mentre la rilevanza inerisce alle fonti (si pensi a testimoni e documenti) e/o ai mezzi (come testimonianza, perizia, ispezione, perquisizione ecc.) di prova²⁷.

Relativamente al criterio della *verosimiglianza*, conviene evidenziare che la ricerca giudiziaria si sviluppa inevitabilmente secondo il patrimonio gnoseologico riconosciuto come tale al momento in cui viene formulato il giudizio di ammissibilità probatoria, dato che «l'orizzonte istruttorio ha come limite l'epistemologia dominante»²⁸. I temi di prova devono quindi essere almeno ipoteticamente verificabili, perché non in contrasto con il bagaglio conoscitivo formato dall'insieme delle leggi logiche e scientifiche non probabilistiche (ad esempio, il fatto di cui si sostiene l'avvenimento non può esigere il richiamo a eventi magici)²⁹.

incompleta considerazione delle differenti nozioni o di confusione tra esse, V. Denti, 1957, 8; E. Florian, 1924, 74; Ach. Melchionda, 1997, 843-4; S. Messina, 1914, 16; M. Taruffo, 2007, 1030-1.

27. Per una recentissima riproposizione dell'inquadramento concettuale relativo, in particolare, alle locuzioni "tema", "elemento", "fonte", "mezzo" e "risultato" "di prova", sia consentito rinviare a G. Ubertis, 2017, 81 ss.

28. F. Cordero, 2012, 572, che preferisce usare in argomento, anziché l'aggettivo "verosimile", "probabile": ma, appunto, «in un senso diverso dal consueto, anche se morfologicamente esatto: "quod probari possit"».

29. In proposito, è sempre suggestivo l'incisivo esempio corderiano, per cui, se «un pubblico ministero occultista afferma che N abbia devastato le messi a P, scatenandogli sui campi fulmini e grandini, servizievoltamente mandati da Satana, col quale aveva dei patti, e indica i relativi testimoni [, si avrebbe il compimento di] una mossa oziosa; l'assunto non costituisce tema proponeibile» (F. Cordero, 2012, 572); ma poiché il patrimonio epistemologico è storicamente determinato, «niente osterà a testimonianze o indagini peritali su simili "maleficìa", quando gli addetti al discorso scientifico riscopriranno la categoria cosmologica del diabolico, elaborata dalla Scolastica, riaccreditando testi famosi come i *Disquisitionum magicarum Libri sex* del gesuita Martino del Rio» (*ibid.*). Va tuttavia rammentato che il legislatore può restringere il campo della ricerca processuale, richiamando in casi particolari pure la non contrarietà a massime d'esperienza, come avviene con gli art. 2723 e 2724 n. 1 c.c. e 621 c.p.c., dove, in via di eccezione alle regole generali e riferendo l'aggettivo «verosimile» all'*id quod plerumque accidit* (cfr. M. Taruffo, 1992, 479), viene prima vietata e poi consentita solo parzialmente la prova testimoniale.

È un giudizio che afferisce all'aspetto specificamente storico dell'enunciato fattuale e che, non implicando un apprezzamento della sua plausibilità in concreto, non incorre in un'anticipazione della futura decisione, ma che va integrato con un ulteriore vaglio. Poiché *frustra probatur quod probatum non relevat*, si deve ancora accertare se l'affermazione probatoria che si intende verificare è congruente con il *thema decidendum*.

Si tratta di applicare il criterio di *pertinenza*, in forza del quale si postula che l'ammissione probatoria possa essere disposta solo nel caso in cui si riconosca la sussistenza di un “nesso decisorio” tra singolo oggetto di prova e regiudicanda³⁰: è una valutazione a «carattere ipotetico nel senso che dà per provati i fatti [*rectius*: gli enunciati fattuali], di cui si chiede la prova, e si concentra nel controllare se sarebbero idonei a produrre le conseguenze giuridiche vagheggiate dalle parti»³¹.

Determinata l'area dei temi di prova con l'uso dei giudizi di verosimiglianza e di pertinenza, resta da risolvere il problema di come proseguire l'attività istruttoria.

Infatti, considerato ammissibile l'oggetto di prova, vanno ancora individuati la fonte e/o il mezzo di prova da impiegare per la sua verifica, utilizzando il parametro della *rilevanza*, nei distinti profili della loro idoneità³² e necessità, prima di consentirne l'inserzione nel materiale conoscitivo dell'organo precedente.

Per un verso, infatti, essi sono rilevanti qualora vengano reputati *idonei* in ottica sia *epistemologica* che *contenutistica*: per la prima qualifica, perché concernenti attività e risultati conoscitivi tanto controllabili quanto razionalmente giustificabili in conformità ai parametri epistemologici storicamente dati (ossia non implichino riferimenti all'oracolarità, alla rabbomanzia, allo spiritismo, alla cosiddetta “scienza spazzatura”³³ e così via); per la seconda, perché atti ad apportare elementi di prova da cui inferire proposizioni tali da confermare o smentire il tema di prova cui vengano correlati

30. Sembra pertanto possibile considerare tale giudizio di pertinenza sostanzialmente affine a ciò che P. Calamandrei, 1955, 173, chiama «giudizio sulla rilevanza», ossia «un giudizio di diritto, attinente al merito, che contiene già, *in nuce*, la decisione definitiva», e che D. Siracusano, 1959, 56-7, denomina «rilevanza in diritto... determinata operando un collegamento con i fatti costitutivi... [configuranti] i canoni che imprimono la prima direzione all'indagine e ne condizionano l'ulteriore svolgimento».

31. V. Andrioli, 1967, 273, usando peraltro il vocabolo «rilevanza».

32. Anche G. Verde, 1988, 620, parla di un «giudizio di rilevanza... [come] valutazione di idoneità del mezzo di prova».

33. ...peraltro «evita[ndo] di addossare al proponente l'onere di provare la rilevanza di quanto richiesto» (*Linee guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale*, in ISISC, 2010, 5, elaborate a conclusione del Seminario interdisciplinare svoltosi a Siracusa nei giorni 12-15 giugno 2008 e promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) in collaborazione con l'Osservatorio Permanente sulla Criminalità Organizzata (OPCO).

(non avrebbe tale carattere, per riprendere un esempio già altre volte usato, una riconoscizione vocale, quando sin dal momento della richiesta probatoria fosse nota e non contestata la totale sordità congenita della persona chiamata a effettuarla).

Per l'altro verso, le fonti e/o i mezzi di prova devono essere *non ridondanti*, dato che «non sarebbero acquisibili quando non assolvessero ad una funzione diversa da quella di ribadire ciò che fosse già stato conseguito con prove precedenti (od ottenibile con successive, nell'ipotesi in cui il giudizio di rilevanza sia formulato in un unico contesto riguardo a più richieste e si decida di accoglierne solo alcune)»³⁴.

In generale, ovvero in rapporto tanto a oggetti quanto a fonti e/o mezzi di prova, un'eventuale richiesta probatoria va respinta quando «esprime delle circostanze già sufficientemente accertate... [oppure] ritenute inidonee a dare un nuovo indirizzo» alla ricerca³⁵, con la conseguenza che «l'esperibilità di nuove indagini diminuisce progressivamente col procedere l'accertamento verso la decisione»³⁶.

È quindi nel progredire della fase istruttoria che viene sempre meglio precisato l'ambito della *regiudicanda* e delle conseguenti verifiche, giungendo essa al termine nel momento in cui si ritenga che ulteriori attività sarebbero inutili perché o non procurerebbero nuove conoscenze rispetto a quelle già consecutive o verterebbero su profili fattuali valutati come inconferenti se posti in relazione al *thema decidendum*.

E se nel processo civile, il giudice può esercitare il potere di chiudere l'assunzione probatoria senza garantire un previo contraddittorio «quando egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione» (art. 209 c.p.c.) e senza che «la giurisprudenza... segu[a qualche] criterio generale, lasciando alla piena discrezionalità del giudice la valutazione della superfluità delle prove»³⁷, ben diversa è la disciplina contemplata dal codice di procedura penale. Esso, infatti, opportunamente prevede che l'emanazione di qualsiasi ordinanza dibattimentale comportante il diniego di acquisizioni probatorie sia preceduta dall'audizione dialettica delle parti (art. 190 commi 1 e 3, 495 commi 1 e 4, 603 comma 5 c.p.p.), poste così in condizione di rappresentare le loro opinioni dirette a impedire che l'opera diretta alla ricostruzione fattuale si riduca a un vero e proprio “cerimoniale tautologico” dal quale venga esclusa l'eventualità di pervenire a risultati gnoseologici diversi dal “desiderato”.

34. G. Ubertis, 2015, 143.

35. D. Siracusano, 1959, 190.

36. Ivi, 189.

37. M. Taruffo, 2012b, 168.

5. CONTRADDITTORIO E TERZIETÀ DEL GIUDICE, METODOLOGICAMENTE NEUTRALE

Il contraddittorio costituisce dunque un «metodo di conoscenza»³⁸ e, in quanto tale, è indipendente dalle contingenti opzioni di politica processuale, afferendo non solamente ai titolari degli interessi in conflitto, ma pure all’assetto della giurisdizione.

Come risulta altresì dall’art. 111 comma 2 primo periodo Cost., la dialettica processuale si connette alla necessaria presenza di un organo giudicante «terzo e imparziale» (nonché «indipendente», come recitano gli art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, 14 comma 1 Patto intern. dir. civ. pol. e 47 comma 2 Carta dir. fond. UE, palesando anche a livello internazionale la connessione fra i tre requisiti giurisdizionali), avente il compito di controllare il corretto esercizio dei poteri delle parti e di assumere le proprie determinazioni dopo aver sentito queste ultime riguardo a ciascuna questione su cui debba provvedere, non importa se suscitata dalle parti o rilevata d’ufficio. A quest’ultimo proposito, non è forse un caso che solo dopo la riforma dell’art. 111 Cost. l’art. 45 comma 13 legge 18 giugno 2009, n. 6 abbia introdotto nel sistema processuale-civilistico l’art. 101 comma 2 c.p.c., in tal modo risolvendo definitivamente il problema della “terza via” (cioè della soluzione alla controversia fornita dal giudice civile in sentenza senza aver prima consentito di discuterne alle parti, le cui opposte tesi sostenute durante lo svolgimento della causa fossero differenti da quella emergente dalla decisione).

Sebbene nel contesto di qualifiche tra loro strettamente collegate³⁹, la terzietà inerisce all’equidistanza tra le parti o, detto altrimenti, alla collocazione *super partes* del giudice nella struttura processuale: egli, pure per i profili di ordinamento giudiziario, deve essere estraneo alle funzioni svolte da esse, evitando ogni confusione di ruoli. Questa esigenza di distinzione non solo implica il divieto per il giudice di svolgere, contemporaneamente o successivamente, attività peculiari delle parti oltre alle proprie (come tipicamente avveniva nel procedimento pretorile disciplinato dal codice di procedura penale del 1930⁴⁰), bensì rileva anche per la distribuzione dei poteri istruttori tra i soggetti processuali.

38. C. cost., sent. 26 febbraio 2002, n. 32, in *Giur. cost.*, 2002, p. 291.

39. Per un tentativo sceveratore delle tre nozioni, cfr. G. Ubertis, 2017, 141 ss.

40. In esso, le funzioni requirente e giudicante erano accorpate in un unico magistrato, così che C. cost., sent. 15 dicembre 1986, n. 268, in *Giur. cost.*, 1986, I, pp. 2198-9, ebbe occasione di rilevare l’«assoluta incompatibilità della duplice funzione» nel medesimo soggetto e, nell’espri-mere la sua volontà di attendere gli sviluppi della riforma processuale in corso (che non avrebbe potuto evitare «d’intervenire [nel]la parte del connesso settore dell’ordinamento giudiziario»), di segnalare appunto «l’inderogabilità di una rigorosa tutela della “terzietà” anche nelle funzioni del giudice-pretore».

Infatti, dal canone della terzietà (e, per il processo penale, dalla presunzione d'innocenza, comportante il non coinvolgimento del giudice in «compiti che esigano, ancor prima che sia esaurita la verifica processuale dell'accusa, un'adesione all'*opinio delicti* che di questa costituisce la necessaria forza propulsiva»⁴¹) può derivarsi l'imprescindibilità di salvaguardare la *neutralità metodologica del giudice nella ricostruzione del fatto*. Essa impone che egli venga mantenuto libero da ogni condizionamento pre-giudiziale che possa provenirgli sia dalla preventiva conoscenza dell'impostazione di una sola delle parti sia dall'adozione, magari solo provvisoria, di una particolare ipotesi come linea di ricerca, non essendo ignorabile che «nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione»⁴². Se non possono precludersi all'organo giurisdizionale gli «interventi necessari ad acclarare la vicenda» sottoposta al suo esame⁴³, essi devono essere circoscritti «all'esercizio di una funzione integratoria volta a chiarire o approfondire anteriori risultanze processuali oppure meramente sollecitatoria nei confronti delle parti per quanto attiene all'estensione delle investigazioni»⁴⁴.

Occorre quindi precisare la compatibilità di tale esigenza con il *principio di acquisizione processuale*, tradizionalmente inteso come concernente la possibilità per «il giudice [di] utilizzare le risultanze probatorie anche per scopi differenti da quelli cui miravano le parti producenti»⁴⁵, ma di cui è stata da tempo rilevata l'operatività per *profili diversi rispetto all'uso probatorio dei risultati di prova*⁴⁶.

Questi ultimi, da soli o in connessione tra loro, sono in grado di stimolare la capacità (o immaginazione) combinatoria⁴⁷ del giudice e delle parti, nonché di svolgere, come corollario dell'attività compiuta, la *funzione euristica* di eventualmente generare ulteriori temi di prova, dei quali non appare ragionevole escludere la verifica. Essa, però, non può avvenire per iniziativa del giudice, che altrimenti violerebbe la sua neutralità metodologica e «finirebbe con l'istituire la lite su di una realtà diversa da quella su cui le parti vogliono discu-

41. O. Dominion, 1985, 234, richiamando i lavori dell'Assemblea costituente in materia.

42. P. Calamandrei, 1939, 110.

43. L'espressione di C. cost., sent. 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 917, afferiva specificamente all'imputazione, trattandosi di una sentenza attinente all'ambito processuale penale, ma l'enunciazione va analogicamente estesa all'intero campo giurisdizionale per il già illustrato *supra*, § 1, nesso tra verità e giustizia.

44. G. Ubertis, 2011, 13.

45. G. A. Micheli, 1942, 148.

46. B. Cavallone, 1968, 132 ss.

47. Un primo approccio alla nozione e ulteriori indicazioni bibliografiche sono reperibili in J. Dewey (1939), trad. it. 1965, 168; D. Siracusano, 1959, 61-2; C. Vocino, 1951, 630.

tere, con ciò violando proprio il *nemo iudex sine actore*⁴⁸. Mentre il potere delle parti non sarebbe soggettivamente limitato a chi avesse richiesto l'originario esperimento conoscitivo, ciascuna di esse potendo sollecitare le nuove direzioni d'indagine, quello di cui godrebbe l'organo giurisdizionale potrebbe al massimo esprimersi in una mera indicazione (art. 506 comma 1 c.p.p.). Egli realizzerebbe invece «il punto di rottura..., l'abuso che converte il giudice in investigatore»⁴⁹, se estendesse l'istruzione probatoria indagando su un'ipotesi ricostruttiva autonoma (che in campo penale postulerebbe d'altronde l'impre-scindibile iniziativa del pubblico ministero nelle ipotesi di nuova azione penale oppure di modifica o aggravamento dell'imputazione, ai sensi degli art. 423 e 516 ss. c.p.p.).

Il principio di acquisizione processuale, inoltre, *influisce sui temi di prova*, pure indipendentemente dall'uso che ne intenda fare la parte che l'abbia enunciato. Ognuno di essi, per un verso, va ritenuto comunque acquisito al processo e, per l'altro, possiede una potenzialità combinatoria per la sola circostanza di essere presente sulla scena processuale. Conseguentemente, può sia provocare una corrispondente assunzione probatoria sia variamente combinarsi derivandone di ulteriori, in ambedue i casi nonostante l'inerzia di chi abbia effettuato l'allegazione e per impulso di soggetti differenti da costui. Tuttavia, in tali evenienze, come per quella precedente, se qualunque parte interessata può richiedere la verifica di qualsiasi oggetto di prova (originario o nuovo), il giudice può operare (ad esempio, a norma degli art. 118 comma 1, 213, 253 comma 1, 257 e 281 *ter* c.p.c.; 421 *bis* comma 1, 422 comma 1, 441 comma 5, 506 comma 2, 507 e 603 comma 3 c.p.p.; 32 comma 2 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274) unicamente in relazione ai temi proposti dalle parti accidiose.

Infine, *il medesimo principio incide sull'inserimento processuale della fonte e/o del mezzo di prova*, che, «una volta ammessi, sono sottratti alla disponibilità di chi li ha richiesti per diventare patrimonio comune delle parti e del giudice»⁵⁰: la rinuncia alla loro assunzione effettuata dalla parte inizialmente interessata necessita dell'adesione delle altre (art. 245 comma 2 c.p.c. e 495 comma 4 *bis* c.p.p.), ma non è escluso che il giudice possa comunque procedervi, dati il suo consenso previsto dall'art. 245 comma 2 c.p.c. e il perdurare del suo potere acquisitivo esercitabile ai sensi dell'art. 507 c.p.p., «nell'ambito delle prospettazioni delle parti e non per supportare probatoriamente una diversa ricostruzione che il giudice possa ipotizzare»⁵¹.

48. E. Fazzalari, 1972, 201.

49. P. Ferrua, 1994, 1073.

50. A. Avanzini, 1992, 57.

51. Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 961 (in motivazione).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANDRIOLI Virgilio, 1967, «Prova (diritto processuale civile)». *Nss. D. I.*, XIV, 260-300. UTET, Torino.
- AVANZINI Alfredo, 1992, «L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali». In *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, 39-77. Giuffrè, Milano.
- CALAMANDREI Piero, 1939, «Il giudice e lo storico». *Riv. dir. proc. civ.*, parte I: 105-28.
- ID., 1955, «Verità e verosimiglianza nel processo civile». *Riv. dir. proc.*, parte I: 164-92.
- CARNELUTTI Francesco, 1958, *Diritto e processo*. Morano, Napoli.
- CASSIBBA Fabio, 2016, «L'imputazione e le sue vicende». In *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis, G. P. Vinea, XXXI. Giuffrè, Milano.
- CAVALLONE Bruno, 1968, «Principio dispositivo, fatti secondari e fatti "rilevabili ex officio"». In Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, 99-178. CEDAM, Padova 1991.
- CORDERO Franco, 1963, «Il procedimento probatorio». In Id., *Tre studi sulle prove penali*, 3-144. Giuffrè, Milano.
- ID., 2012, *Procedura penale*. Giuffrè, Milano.
- DAMAŠKA Mirjan R., 1986, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, New Haven-London (trad. it. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. Il Mulino, Bologna 1991).
- DENTI Vittorio, 1957, *La verificazione delle prove documentali*. UTET, Torino.
- DEWEY John, 1939, *Logic. The Theory of Inquiry*. Henry Holt and Company, New York (trad. it. *Logica, teoria dell'indagine*. Einaudi, Torino 1965).
- DOMINIONI Oreste, 1974, *La testimonianza della parte civile*. Giuffrè, Milano.
- ID., 1985, «La presunzione d'innocenza». In Id., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, 203-63. Giuffrè, Milano.
- FAZZALARI Elio, 1972, «La imparzialità del giudice». *Riv. dir. proc.*: 193-203.
- FERRAJOLI Luigi, 1989, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari.
- FERRUA Paolo, 1994, «I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale». *Riv. it. dir. proc. pen.*: 1065-84.
- ID., 2010, «Il giudizio penale: fatto e valore giuridico». In *La prova nel dibattimento penale*, 317-410. Giappichelli, Torino.
- FLORIAN Eugenio, 1924, *Delle prove penali*, I, *In generale*. Vallardi, Milano.
- GARBOLINO Paolo, 2014, *Probabilità e logica della prova*. Giuffrè, Milano.
- ISISC (Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali), 2010, «Linee guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale». In *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, a cura di L. de Cataldo Neuburger, 3-13. CEDAM, Padova.
- MELCHIONDA Achille, 1997, «Prova in generale (diritto processuale penale)». *Enc. dir.*, Agg., I: 838-65.
- MESSINA Salvatore, 1914, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*. Società Editrice Libraria, Milano.

- MICHELI Gian Antonio, 1942, *L'onere della prova*. CEDAM, Padova, rist. 1966.
- MURA Alberto, 2007, «Teoria bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo». *Cass. pen.*: 3104-116.
- NANNINI Sandro, 2007, «Il concetto di verità in una prospettiva naturalistica». In *Conoscenza e verità*, a cura di M. C. Amoretti, M. Marsonet, 45-69. Giuffrè, Milano.
- PASTORE Baldassare, 1996, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Giuffrè, Milano.
- PERELMAN Chaïm, 1961, «La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien». In *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, 269-78. Bruylant, Bruxelles.
- PULITANÒ Domenico, 2012, «Nella fabbrica delle interpretazioni penalistiche». In *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, 181-207. Giuffrè, Milano.
- SCARPELLI Uberto, 1959, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. Giuffrè, Milano, rist. 1985.
- SIRACUSANO Delfino, 1959, *Studio sulla prova delle esimenti*. Giuffrè, Milano.
- TARSKY Alfred, 1944, «The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics». *Philosophy and Phenomenological Research*, IV: 341-76 (trad. it. «La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica». In *Semantica e filosofia del linguaggio* [1952], a cura di L. Linsky, 27-74, trad. it. il Saggiatore, Milano 1969).
- TARUFFO Michele, 1992, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. In *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, 2, 1. Giuffrè, Milano.
- ID., 2007, «Prova giuridica». In *Enc. dir.*, Ann., I, 1016-37. Giuffrè, Milano.
- ID., 2009, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2012a, «Il fatto e l'interpretazione». In *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, 123-38. Giuffrè, Milano.
- ID., 2012b, «L'istruzione probatoria». In *La prova nel processo civile* (in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger), 79-168. Giuffrè, Milano.
- UBERTIS Giulio, 1979, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2011, «Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale». In Id., *Argomenti di procedura penale*, III, 3-25. Giuffrè, Milano.
- ID., 2012, «Riflessioni su processo e verità». In *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, 209-10. Giuffrè, Milano.
- ID., 2015, *Profili di epistemologia giudiziaria*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2017, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*. Giuffrè, Milano.
- VASSALLO Nicla, 2007, «Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità». In *Conoscenza e verità*, a cura di M. C. Amoretti, M. Marsonet, 1-22. Giuffrè, Milano.
- VERDE Giovanni, 1988, «Prova in generale: b) teoria generale e diritto processuale civile». In *Enc. dir.*, XXXVII, 579-648. Giuffrè, Milano.
- VOCINO Corrado, 1951, «Sulla c.d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione». In *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, 589-692. Giuffrè, Milano.