

UNIDADE IV

Leitura obrigatória

UBERTIS, La ricerca...ns.5-7, p. 16-38

AUTORI DEI CONTRIBUTI

ALFREDO AVANZINI,	<i>ricercatore di Procedura penale nell'Università di Parma</i>
SILVIA BUZZELLI,	<i>ricercatore di Procedura penale nell'Università di Macerata</i>
PAOLO COMANDUCCI,	<i>professore associato di Filosofia del diritto nell'Università di Genova</i>
NOVELLA GALANTINI,	<i>professore associato di Diritto processuale penale comparato nell'Università di Trento</i>
GIOVANNA ICHINO,	<i>giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano</i>
CLAUDIO PIZZI,	<i>professore associato di Filosofia della scienza nell'Università di Siena</i>
CRISTINA RIVA CRUGNOLA,	<i>dottore di ricerca in Psicologia nell'Università di Milano</i>
FULVIO SCAPARRO,	<i>professore associato di Psicopedagogia nell'Università di Milano</i>
GIULIO UBERTIS,	<i>professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Parma</i>

la conoscenza del fatto nel processo penale

a cura di
Giulio Ubertis

contributi di

Alfredo Avanzini, Silvia Buzzelli, Paolo Comanducci,
Novella Galantini, Giovanna Ichino, Claudio Pizzi,
Cristina Riva Crugnola, Fulvio Scaparro, Giulio Ubertis

Giuffrè Editore

non di svalutare gli eventuali apporti scientifici ritenuti necessari nel corso delle indagini, ma di riconoscere che un loro adeguato apprezzamento non può avvenire al di fuori del contesto selettivo-pragmatico-teleologico in cui si svolge la vicenda processuale, poiché l'« argomentazione » si trova sempre a dover prima guidare e poi vagliare l'« empiria ».

5. *Il metodo probatorio giudiziario: verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie (nonché diritto alla prova contraria).* — In ambito probatorio, tuttavia, è inevitabile un intervento legislativo riguardante la disciplina del *modus procedendi* relativo all'attività conoscitiva.

Risulta infatti impossibile « immaginare un sistema in cui il legislatore rinunci a disciplinare in qualche parte il fenomeno probatorio » (64), né un regime di completa libertà probatoria pare storicamente riscontrabile in alcuna società, salvo forse quella romana dei tempi ciceroniani (65). La mancanza di prescrizioni in argomento toglierebbe alle prove penali la loro essenziale caratteristica di « atti legittimi » (66), riducendole ad un insieme di comportamenti arbitrari « attentatorio della comune sicurezza » (67).

Il *metodo probatorio giudiziario* si trova quindi a svilupparsi lungo tre direttrici, finalizzate allo scopo « di limitare l'oggetto di prova od i mezzi coi quali eseguirsi la prova; di tracciare il relativo procedimento; di prestabilire il valore di prova » (68).

Giova peraltro precisare che la limitazione dell'oggetto di pro-

(64) E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1973, p. 325 nt. 38.

(65) J. P. LÉVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours. Synthèse générale*, in Recueils de la Société Jean Bodin, XVII (*La preuve*, II, *Moyen âge et temps modernes*), Bruxelles, 1965, p. 33.

(66) G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* (1833), trad. it., Milano, 1882, p. 179, presentava infatti questa definizione delle « prove criminali: atti legittimi, per mezzo dei quali talune circostanze di fatto valgono a scoprire un delitto, o a dimostrare l'innocenza ». A sua volta, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, cit., § 912, p. 215, ribadiva come « alle prove criminali si adatti sempre il predicato di atti legittimi ».

(67) G. D. ROMAGNOLI, *Genesi del diritto penale* (1823-1824), II, Prato, 1842, § 1257, p. 369.

(68) E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Milano, 1924, p. 7-8.

va e degli « strumenti » con cui conseguire la verifica si ottiene attraverso due differenti prospettive, delle quali la prima (seppure non esente dall'esigenza che anche in tale ambito venga garantito il contraddittorio) è precipuamente ricollegabile alla *dialettica probatoria interna*. Essa concerne infatti tutta una serie di valutazioni dettate dall'esigenza generalmente riconosciuta di vagliare le prospettazioni probatorie (evidentemente inerenti ad asserzioni fattuali per le quali emerga il bisogno di conferma [69]) al fine di evitare la violazione dei più elementari criteri di razionalità processuale.

Ci si riferisce, cioè, a quella costellazione concettuale, carente di un adeguato approfondimento nella dottrina italiana, che si richiama alle nozioni, spesso tra loro confuse (70), di *verosimiglianza*, *pertinenza*, *rilevanza* e *concludenza probatorie*, per le quali occorre dunque procedere a « ridefinizioni » (71).

Anzitutto, sembra necessario chiarire che solo *verosimiglianza*, *pertinenza* e *rilevanza probatorie* esercitano i loro effetti anteriormente all'instaurazione del procedimento probatorio, mentre la *concludenza* riguarda più precisamente la fase decisoria.

Inoltre, bisogna rilevare che diverso è l'oggetto dei giudizi di *verosimiglianza* e *pertinenza*, da un lato, e di *rilevanza*, dall'altro.

(69) È in questo ambito di discorso che può collocarsi la regola *notoria non eget probatione*, pur rammentando che « notorietà e verità sono due cose differenti, anche se tendenzialmente tendono a coincidere » (M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette « massime d'esperienza »*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1969, p. 138 nt. 36), cosicché « la notorietà, di per sé, non esonera dalla prova i fatti, a cui essa s'accompagna; bensì essa potrà esimerli dalla prova in quanto, posta, come oggetto di contraddittorio, la questione sulla loro sussistenza, non sorgano contestazioni » (E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, cit., p. 90).

(70) V., ad esempio, pure nel contesto di alcuni tra i rari approcci definitivi al tema, V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, cit., p. 8; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, cit., p. 74; S. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914, p. 16.

(71) Secondo U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, 1985, p. 65-66, « 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 ».

Solo *verosimiglianza* e *pertinenza*, infatti, vertono « sulla *affermazione del fatto*, cioè sulla allegazione (*positio*) del fatto proveniente dalla parte che chiede di essere ammessa a provarlo e che lo afferma come *storicamente già avvenuto* » (72) ovvero derivante dall'esercizio ad opera dell'organo procedente dei suoi autonomi poteri di ricerca della verità (73): questi sono più o meno ampi a seconda delle scelte operate dal legislatore per ciascun sistema processuale riguardo alla disciplina dei rapporti tra i poteri riconosciuti alle parti e quelli attribuiti al giudice, ma implicano normalmente la possibilità per quest'ultimo di individuare oggetti di prova che, indipendentemente da un'affermazione « storica » di parte, sono comunque caratterizzati dalla *ipotetica verificabilità* connaturata ad ogni indirizzo che venga dato all'indagine (74).

La differenza, poi, tra *verosimiglianza* e *pertinenza* probatorie

(72) P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 171.

(73) Sebbene il presente lavoro verta specificamente sull'attività giurisdizionale penale compiuta al fine di pervenire ad un provvedimento che contenga la ricostruzione del fatto per cui si procede e sia irrevocabile, si rammenta come tali considerazioni non valgano soltanto per la fase giudiziale, dato che l'art. 187 c.p.p. adempie alla sua funzione di « criterio-guida per lo sviluppo dell'attività probatoria ... [e] per la definizione dei suoi confini » (V. GREVI, *Libro III - Prove*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, direzione di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 1990, p. 149) anche riguardo all'impiego di strumenti conoscitivi durante lo svolgimento delle indagini o dell'udienza preliminare. Altrimenti, il loro andamento sarebbe « ingovernabile » e la loro disciplina risulterebbe addirittura in gran parte « inapplicabile », secondo quanto segnalato da M. NOBILI, sub *art. 187*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinamento di M. CHIAVARO, II, Torino, 1990, p. 391 ss.

(74) È dunque a questo proposito che emerge la tematica della cosiddetta « capacità (o immaginazione) combinatoria » del giudice (analogica a quella dello storico, senza però dimenticare che specialmente il giudizio di pertinenza opera anche nel senso di evitare che « il processo [serva] non a rendere giustizia, ma a " fare storiografia " »: G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 137), non nel suo profilo inerente alla valutazione del complesso delle risultanze processuali, ma in quello, anteriore, relativo al coordinamento delle varie affermazioni fattuali ed alla loro interazione eventualmente produttiva di ulteriori prospettive di ricerca (cfr., a titolo esemplificativo, gli art. 183 comma 2 [3 con l'entrata in vigore dell'art. 17 l. 26 novembre 1990 n. 353] c.p.c. e 506 comma 1 c.p.p., dai quali può eventualmente conseguire l'esercizio dei poteri giudiziali di acquisizione probatoria *ex officio*). Per un primo approccio alla questione e per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, cit.,

trova il suo fondamento nella circostanza che — in ogni caso senza implicare una impegnativa scelta sulla plausibilità in concreto dell'affermazione effettuata dalla parte e quindi senza incorrere in una anticipazione della futura decisione — la prima, avendo « l'orizzonte istruttorio ... come limite l'epistemologia dominante » (75), comporta un preliminare impiego di leggi logiche e scientifiche non probabilistiche od eccezionalmente (con funzione restrittiva della ricerca: si pensi agli art. 2723 e 2724 n. 1 c.c.; 621 c.p.c.) di massime d'esperienza (76) applicate all'aspetto storico dell'enunciato fattua-

p. 168-169; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 61-62.

(75) F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 524, sebbene in proposito, anziché l'aggettivo « verosimile », usi « probabile »: ma, appunto, « in un senso diverso dal consueto, anche se morfologicamente esatto: " quod probari possit " ».

(76) Evidentemente, non sarebbe errato impostare una differenza terminologica al riguardo, riservando il termine di « possibilità » al primo caso e quello di « verosimiglianza » al secondo (analogamente, cfr. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 186-187, dove peraltro si parla di una unica classe di « massime d'esperienza », distinta tra « criteri di ordine generale ... acquisit[i] in precedenza, mediante l'osservazione del *quod plerumque accidit* », e « criteri di ordine generale ... acquisit[i] in precedenza, ... secondo le leggi di natura », incorrendo in un equivoco abbastanza comune nella letteratura giuridica, per il quale vengono incluse nella nozione di « massima d'esperienza » anche le leggi scientifiche non probabilistiche: invece, per una loro distinzione concettuale e per ulteriori indicazioni bibliografiche in argomento, sia consentito rinviare a G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 65 nt. 66 e 68 ss.).

Tuttavia, non può obliterarsi che a livello epistemologico generale va condivisa l'ormai risalente osservazione di F. CARNELUTTI (*Prova testimoniale di fatti inverosimili in materia di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, p. 259), secondo cui non vi sarebbe « differenza, fuor da quello di grado, tra la impossibilità e la inverosimiglianza ». E poiché, almeno in ambito processuale penale, manca un'esigenza giuridica di sceverare le due nozioni secondo il tipo di premesse utilizzate nel ragionamento — diversamente da quanto invece accade in tema di classificazione probatoria, dove la difformità degli ormai anche codificati (art. 192 c.p.p.) criteri di valutazione per l'indizio e per la prova in senso stretto rende essenziale distinguere le relative inferenze a seconda che, rispettivamente, impieghino o no massime di esperienza (v. *infra*, nt. 95) —, riteniamo preferibile continuare ad usare unicamente il più tradizionale (cfr. P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., spec. p. 176; S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, spec. p. 78) ed onnicomprensivo termine di « verosimiglianza ». Esso corrisponde, tra l'altro, a quello adottato da K. R. POPPER (v. spec. *Verità, razionalità e accrescersi della conoscenza scientifica* [1962], in *Id.*, *Congetture e*

le; mentre la seconda comporta un *ulteriore* giudizio necessariamente inserito in coordinate giuridiche ed attinente alla relazione (individuata nel nuovo sistema processuale dall'art. 187 c.p.p.) tra singolo oggetto di prova e regiudicanda (77), poiché *frustra probatur quod probatum non relevat* (78). Conseguentemente, in un'ottica giuridica, se tutto ciò che è pertinente è anche verosimile, è scorretto l'enunciato contrario, poiché non sempre ad un preliminare giudizio positivo di verosimiglianza consegue quello di pertinenza. Sia l'uno che l'altro, tuttavia, dipendono dal momento processuale in cui vengono formulati, perché — secondo i caratteri tipici della dialettica probatoria interna —, se un'eventuale richiesta probatoria va respinta quando « esprime delle circostanze già sufficientemente accertate ... [oppure] ritenute inidonee a dare un nuovo indi-

confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica (1969), Bologna, 1985, p. 399 ss.) come qualifica degli esiti della ricerca scientifica posti normalmente dal giudice a premessa delle sue valutazioni inerenti al se procedere all'esperimento probatorio e rispetto ai quali l'organo giudicante « deve essere un "consumatore", non un "produttore" » (F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento tra azione ed evento*, Milano, 1975, p. 153), in particolare non potendo disapplicare le leggi scientifiche non probabilistiche, che per lui assumono la qualità di premesse « certe » del ragionamento. Altrimenti, la loro non vincolatività comporterebbe, tra l'altro, qualora esse influissero sulla determinazione della fattispecie penale, una violazione dell'art. 27 comma 2 cost. (ivi, spec. p. 90 riguardo all'uso di leggi scientifiche di tipo causale).

(77) Si tratta di una valutazione a « carattere ipotetico nel senso che dà per provati i fatti, di cui si chiede la prova, e si concentra nel controllare se sarebbero idonei a produrre le conseguenze giuridiche vagheggiate dalle parti » (V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Nss. D. I.*, XIV, Torino, 1967, p. 273, dove peraltro si utilizza il termine « rilevanza »).

(78) Se così si vuol dire, il giudizio di « pertinenza » può considerarsi sostanzialmente affine a ciò che P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 173, denomina « giudizio sulla rilevanza », cioè « un giudizio di diritto, attinente al merito, che contiene già, in nuce, la decisione definitiva », e che D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 56-57, chiama « 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 ». Conviene tuttavia precisare come non occorra che il rapporto tra affermazione probatoria e regiudicanda « sia diretto ed immediato, potendo essere soltanto e perfino mediato (così una circostanza da provare può essere pertinente per stabilire la credibilità di un teste) » (G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, p. 181).

rizzo » all'attività giudiziale (79), « l'esperibilità di nuove indagini diminuisce progressivamente col procedere l'accertamento verso la decisione » (80): ed al riguardo basti rammentare il restrittivo parametro della « assoluta necessità » posto dagli art. 507 e 523 comma 6 c.p.p. quale requisito per consentire « nuove » acquisizioni probatorie.

Invero, anche il giudizio di *rilevanza probatoria* risente del momento processuale nel quale viene formulato, ma esso attiene alla delimitazione non degli oggetti, bensì delle fonti e/o dei mezzi di prova, di cui occorre accertare l'idoneità (81) e la necessità rispetto alla verificabilità dell'affermazione probatoria ritenuta verosimile e pertinente. Tali fonti e/o mezzi, invero, sono rilevanti, per un verso, quando siano idonei (82) ad introdurre nel processo elementi di prova da cui si possano inferire risultati costituiti da proposizioni che, poste a confronto con l'affermazione probatoria cui intendono rapportarsi, siano in grado di confermarla o smentirla; per l'altro, quando non si rivelino generatori di ridondanza, nel senso che la loro funzione non sarebbe diversa dal ribadire quanto già conseguito con prove precedenti (o conseguibile con successive, quando il giudizio di rilevanza venga operato sulla base di un analogo giudizio

(79) D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 190.

(80) D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 189.

(81) Di « giudizio di rilevanza ... [come] valutazione di idoneità del mezzo di prova » parla anche G. VERDE, *Prova in generale: b) teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 620. Mentre, proseguendo il confronto con altrui terminologie, può individuarsi una affinità tra la nozione di « rilevanza » che proponiamo e ciò che D. SIRACUSANO (*Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 58) e M. TARUFFO (*Studi sulla rilevanza della prova*, Milano, 1967, p. 33), definiscono, rispettivamente, « rilevanza in fatto » e « rilevanza in senso stretto », non avendo operato la distinzione lessicale tra pertinenza e rilevanza; questa, invece, viene ad esempio effettuata da GIU. SABATINI, *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in *Nss. D. I.*, XIV, Torino, 1967, p. 318, sebbene con esiti dissimili da quelli esposti nel testo, almeno perché ambedue i concetti vengono riferiti ad un medesimo « dato probante », senza inoltre chiarire se esso vada inteso come oggetto, elemento, fonte, mezzo o risultato di prova (per la differenziazione semantica di tali locuzioni, cfr. sinteticamente G. UBERTIS, *Prova: II) teoria generale del processo penale*, cit. p. 4-5).

(82) Non a caso, è questa la qualifica richiesta dall'art. 189 c.p.p. ad una prova (*rectius*: mezzo di prova) atipica quale essenziale requisito per la sua acquisizione.

relativo ad altre fonti e/o mezzi di prova di cui almeno contestualmente sia decisa l'acquisizione).

Conviene peraltro notare che i giudizi di verosimiglianza, pertinenza e rilevanza si atteggiavano in maniera parzialmente (ma solo in apparenza) diversa dal consueto con riferimento all'esercizio del diritto alla prova contraria, espressamente garantito dagli art. 468 comma 4 e 495 comma 2 c.p.p. (83). Per una tale prova, infatti, non possono essere messe in discussione né la verosimiglianza né la pertinenza del suo oggetto, già reputate sussistenti per la prova « diretta »; in questo senso, « acquisirla è un dovere per il giudice che procede ed un diritto per la parte che ne ha fatto richiesta » (84). Occorre precisare, però, che un problema può porsi con riguardo alla sua rilevanza, sotto i profili tanto della sua idoneità, quanto della sua non-ridondanza: resta invero compito del giudice sia accertare che all'eventuale acquisizione « a prova contraria » delle fonti e/o dei mezzi di prova reclamati dalla parte possa effettivamente conseguire una smentita dell'ipotetico esito della « prova diretta » sia limitare le attività istruttorie a quelle sufficienti a tale scopo.

Né i concetti esaminati nel presente paragrafo — indipendentemente dalla già rilevata ambiguità della nomenclatura, evidenziata pure dall'imprecisione codicistica dei suoi termini di riferimento (85) — sono alieni dal sistema normativo processual-penalistico.

(83) Nonostante, poi, l'ultima disposizione citata nel testo contempli tale diritto solo per imputato e pubblico ministero « pare corretto sostenere che esso vada riconosciuto a tutte le altre parti » (G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 530).

(84) D. SIRACUSANO, *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, p. 8 (in corso di pubblicazione), sulla scia di quanto sostenuto, riguardo agli art. 6 comma 3 lett. d conv. eur. dir. uomo e 14 comma 3 lett. e patto intern. dir. civ. pol., da M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, p. 101-102; G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, spec. p. 35.

(85) Così, ad esempio, senza distinguere oggetto da fonte e/o mezzo di prova, da un lato, gli art. 2 n. 75 legge-delega c.p.p., 190 comma 1 e 495 comma 4 c.p.p. riferiscono le nozioni di « superfluità » e di « irrilevanza » in modo generico alle « prove »; dall'altro, l'art. 2 n. 69 legge-delega c.p.p. richiama i

Basti ricordare l'art. 2 n. 69 e 75 legge-delega c.p.p., laddove prima si sancisce il diritto delle parti ad ottenere gli esperimenti probatori richiesti « salvi casi manifesti di estraneità ed irrilevanza » (86) e poi lo si ribadisce con particolare riferimento al diritto alla prova contraria « salvo che risulti superfluo » assumerla: e sembra agevole individuare nelle nozioni di « estraneità » e di « irrilevanza » (o « superfluità ») il risvolto negativo di quelle, rispettivamente, di « pertinenza » (ricordando come non possa essere giuridicamente pertinente ciò che non abbia positivamente superato il preliminare giudizio di verosimiglianza) e di « rilevanza » (secondo ambedue i profili precedentemente individuati).

Sono, inoltre, riconducibili ai concetti di « irrilevanza per ridondanza » le qualifiche di « superfluità » ovvero di « sovrabbondanza » contenute negli art. 190 comma 1, 468 comma 2 e 495 comma 4 c.p.p. Mentre, adeguandosi ad una apodittica enunciazione del legislatore delegato (87) — che peraltro ne smentisce i presupposti in un passo della Relazione al progetto preliminare del nuovo codice (88) —, la « rilevanza » contemplata dall'art. 348 comma 2 lett. b c.p.p. corrisponde alla « pertinenza ». Ma la « irrilevanza » cui si riferisce l'art. 190 comma 1 c.p.p. concerne tanto la « non pertinenza » quanto la « irrilevanza per inidoneità »; la « rilevanza » di cui agli art. 292 comma 2 lett. c e 393 comma 1 lett. a c.p.p. richiama, nel primo caso, la « concludenza » (per la quale cfr. spe-

« mezzi di prova » con indifferenziato riguardo tanto all'« estraneità » quanto all'« irrilevanza »).

(86) Sull'inserimento nell'art. 2 n. 69 legge-delega c.p.p. del vocabolo « manifesti » (la cui nozione è poi ripresa dal legislatore delegato negli art. 190 comma 1 e 468 comma 2 c.p.p.), effettuato allo scopo di meglio chiarire i limiti della valutazione giudiziale, v. il resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea del Senato della Repubblica del 21 novembre 1986, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il nuovo codice di procedura penale. Lavori preparatori della legge delega 16 febbraio 1987*, n. 81, Roma, 1988, p. 614 ss.

(87) Secondo la *Relazione c.p.p.* (in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 181), dall'istituzione di una « dicotomia » tra « superfluità » ed « irrilevanza » deriverebbe che « « pertinenza » diventa sinonimo di « rilevanza » ». Ed a tale conclusione si conformano V. GREVI, *Libro III - Prove*, cit., p. 153, e M. NOBILI, sub art. 187, cit. p. 394.

(88) « Nella nozione di « irrilevanza », rientra naturalmente sia il concetto di « estraneità » sia quello di « superfluità » » (*Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, p. 117).

cificamente *infra*, nt. 96) e, nel secondo — come conseguenza della scelta interpretativa, sintatticamente più « spontanea », di riferire l'aggettivo « sua » a « prova » anziché ad « oggetto » -, la « rilevanza » (in ambedue gli aspetti indicati); la « pertinenza » al reato delle cose da sequestrare (art. 253 comma 1 c.p.p.) ovvero da ricercare e conservare (art. 348 comma 2 lett. a c.p.p.) individua la « rilevanza per idoneità » di tali fonti di prova; infine, la « pertinenza » di cui all'art. 499 comma 6 c.p.p., oltre che nella sua accezione propria precedentemente illustrata, deve intendersi integrare, in quanto peculiarmente riferita al rapporto di congruità tra domanda posta al teste e circostanze su cui verte l'esame (89), una ipotesi di « rilevanza per idoneità » del particolare frammento dialogico del mezzo di prova « testimonianza » in relazione allo specifico risultato che la parte aveva palesato di voler perseguire al momento della sua richiesta probatoria.

6. Segue: *regole probatorie legali e concludenza probatoria (con sua distinzione dalla codicistica « decisività » probatoria)*. — Quanto finora esposto, però, va coordinato con quella seconda prospettiva di limitazione dell'oggetto di prova e degli « strumenti » gnoseologici giudiziali, la cui esistenza era stata accennata all'inizio del precedente paragrafo.

Non è infatti sufficiente il superamento dell'esame di verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie per ritenere legittima la scelta di compiere un determinato atto. A tale vaglio occorre affiancarne un altro, operato attraverso una disamina di mera legalità sulla conformità della richiesta della fonte e/o del mezzo di prova al sistema probatorio definito da specifiche (90) *regole di ammissione*

(89) G. ICHINO, *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 705; M. MARCHESIello, *Le funzioni dell'accusa nel dibattimento*, in AA.VV., *Il nuovo rito penale. Linee di applicazione*, fasc. mon. Dif. pen., 1989, p. 95.

(90) La precisazione appare opportuna, giacché pure i criteri di verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie incidono, sebbene indirettamente, sull'introduzione processuale di una fonte e/o di un mezzo di prova. La disparità di opinioni, ad esempio, sul se un teste possa essere esaminato od un documento sequestrato, può sorgere, infatti, non solo perché si pone in dubbio il rispetto degli adempimenti prescritti (come quello di cui all'art. 468 comma 1 c.p.p.) per lo svolgimento del sub-procedimento ammissivo (individuato come struttura fenome-

probatoria (ovvero, in prospettiva rovesciata ma nell'ambito della stessa problematica, di *esclusione probatoria*, tipiche di una concezione non dimostrativa della prova [91]) presenti nell'ordinamento processuale e talvolta collegate a limitazioni negli strumenti di verifica di determinati oggetti di prova (v., per esempio, l'art. 220 comma 2 c.p.p. [92]).

Tuttavia, secondo quanto già ricordato sempre all'inizio del

nologica autonoma da F. CORBI, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano, 1975, spec. p. 226 ss.) oppure la *compatibilità con l'ordinamento della fonte e/o del mezzo di prova* in quanto tali (si pensi agli art. 188, 197 e 240 c.p.p.), ma anche perché si contesta che essi vertano su una affermazione probatoria verosimile o pertinente oppure che siano rilevanti. È questo il motivo per cui spesso nell'uso linguistico giuridico si parla di « ammissibilità della prova » anche con riferimento al secondo gruppo di ipotesi: in proposito, basti ricordare l'art. 190 c.p.p., dove appunto si tratta dei « provvedimenti sull'ammissione della prova » riferendosi tanto alle « prove vietate dalla legge » quanto a « quelle che manifestamente sono irrilevanti o superflue ». Per ricomprendere in un'unica classe tutti i criteri impiegati prodromicamente all'assunzione delle fonti e/o dei mezzi di prova, si potrebbe allora parlare di *regole di ammissione probatoria in senso lato*.

(91) A. GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, cit., 1962, spec. p. 663; Id., *Prova in generale: a) filosofia del diritto*, cit., spec. p. 526. Al riguardo, si rammenta nuovamente come l'art. 190 comma 1 c.p.p. espressamente statuisca che il giudice deve escludere « le prove vietate dalla legge ».

(92) Non pare quindi di poter condividere l'impostazione di chi credeva di individuare « valutazioni d'inammissibilità ... del *thema probandi* » (F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 61) negli art. 314 comma 2 c.p.p. 1930 (testualmente riprodotto, con l'aggiunta della clausola « salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza », dall'art. 220 comma 2 c.p.p.) e 352 comma 2 c.p.p. 1930 (corrispondente all'art. 202 comma 1 c.p.p., il quale ha peraltro correttamente provveduto ad eliminare il riferimento al « divieto di esame »: sostanzialmente superfluo, ma fuorviante perché poteva essere inteso come divieto perfino di « inizialmente domandare » anziché come soltanto equivalente a quello di « insistere nell'interrogazione » [F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, p. 177]). Le norme citate, infatti, non concernono vere e proprie limitazioni al *thema probandum* in quanto tale, bensì peculiari divieti operanti in sede di ammissione od assunzione di particolari mezzi di prova, tanto che, ad esempio, per un verso, la personalità dell'imputato può essere accertata con strumenti diversi dalla perizia (si pensi all'art. 236 comma 1 c.p.p., d'altronde corrispondente all'art. 464 comma 2 c.p.p. 1930) e, per l'altro, l'esistenza di un segreto di Stato non è ostativa alla ammissione della testimonianza sul punto specifico, emergendo il problema (la cui soluzione resta affidata all'apposito procedimento di conferma del segreto) durante l'assunzione della medesima.

precedente paragrafo e proseguendo l'attività « ridefinitoria » avviata in quella sede, il legislatore non si ferma all'individuazione di peculiari criteri inerenti al giudizio di *ammissibilità probatoria*, poiché, oltre all'an, provvede a determinare il *quomodo* dell'esperimento conoscitivo impiegato attraverso la predisposizione di apposite *regole di assunzione probatoria* (93).

Queste, unitamente a quelle di ammissione (ovvero di esclusione) probatoria, costituiscono così la classe delle *regole di acquisizione probatoria legale*: esse attengono principalmente al profilo, per così dire, « oggettivo » dell'attività probatoria, concernendo specificamente lo stadio dell'introduzione processuale di ciò su cui si fonderà il convincimento del giudice.

Sebbene, peraltro, non possa negarsi che il comportamento di quest'ultimo (nonché delle parti e dei difensori) incida pure sull'ammissione e sull'assunzione di una fonte e/o di un mezzo di prova (basti pensare, per esempio, alla regolamentazione contemplata dal codice di rito penale con riguardo alla richiesta ed all'espletamento degli esami testimoniali), l'ambito in cui il legislatore si interessa peculiarmente dell'aspetto « soggettivo » del fenomeno probatorio è quello inerente alle *regole di valutazione probatoria*. Queste intervengono quando, superato il momento *euristico* dei giudizi di *verosimiglianza*, pertinenza e rilevanza nonché delle relative acquisizioni, occorre effettuare un *giudizio assertorio di concludenza probatoria* (94), vertente sull'*idoneità* e la *sufficienza* sia di quanto introdotto nel processo (elementi, mezzi e/o fonti di prova di prova, nonché fatti notori) che dei conseguenti risultati di prova (inferenzialmente ottenuti con l'impiego variamente combinato di leggi lo-

giche e scientifiche non probabilistiche, nonché di massime d'esperienza [95]) a servire per il definitivo *giudizio di verità* sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della domanda giudiziale (96).

È però opportuno precisare come la coincidenza semantica di tali regole con quelle altrimenti denominate di *prova legale* si realizzi soltanto in ambito processualpenalistico. In questo — senza voler negare che le « limitazioni legali rispetto all'oggetto e ai mezzi di prova [come pure quelle concernenti l'assunzione probatoria] operano almeno indirettamente sulla libertà della valutazione giudiziale » (97) — la nozione di « prova legale » è da tempo (98) espressamente riferita alla sola disciplina dell'opera valutativa successiva alla conclusione della fase in cui la prova viene acquisita. In campo processualcivilistico, invece, la locuzione mantiene una palese am-

(95) Ed è proprio la circostanza che nell'inferenza probatoria in senso lato vengano o no impiegate massime d'esperienza (e quindi si abbia, rispettivamente, una conclusione possibile o necessaria) a consentire la distinzione tra indizio e prova in senso stretto, secondo quanto illustrato in G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 116-117. Né sussistono ragionamenti in cui, senza l'uso di massime d'esperienza, dall'utilizzazione di leggi scientifiche non probabilistiche (assunte dal giudice come « certe » per le considerazioni esposte *supra*, nt. 76) derivino conclusioni soltanto possibili, come pare affermato erroneamente da A. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 1522: anche nella cosiddetta abduzione condotta servendosi di tale genere di leggi, infatti, la conclusione « *b* (rientrante nella classe *y*) è conseguenza di *a* (rientrante nella classe *x*) » o è necessaria perché si dispone di una legge del tipo « *y* è conseguenza soltanto di *x* » o è possibile perché, partendo da una legge come « *x* implica *y* », si fruisce del passaggio intermedio costituito dalla mera generalizzazione empirica, cioè da una massima d'esperienza, del tipo « *y* normalmente è conseguenza soltanto di *x* ».

(96) Va, tuttavia, ricordato come un giudizio di « concludenza » si abbia anche riguardo ad ogni altro provvedimento giudiziale, per il quale occorra valutare l'idoneità e la sufficienza delle risultanze processuali ai fini della decisione (come nell'ipotesi di cui all'art. 292 comma 2 lett. c c.p.p.).

(97) M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, 1962, p. 165 nt. 1.

(98) E. FLORIAN, *Le due prove (civili e penali)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p. 223 ss.; N. FRAMARINO DEI MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, I, 1912, p. 83 ss.; N. NICOLINI, *Quistioni di dritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali*, Livorno, 1844, p. 68 ss.

(93) Giova peraltro rilevare (analogamente a quanto già evidenziato, sebbene con diversa terminologia, da F. CORDERO, *Dialogo sulle prove* [1964], in *Id.*, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 76) che con il vocabolo « assunzione » si designano fenomeni diversi, a seconda che la prova cui ci si riferisce sia costituita oppure costituita; l'« assunzione », infatti, nella prima eventualità concerne le attività di ricerca ed immissione nel processo di una fonte di prova, mentre nella seconda coincide con la « costruzione » dell'elemento di prova.

(94) In buona sostanza corrispondente a ciò che M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 245 ss., definisce come giudizio di « efficacia probatoria ».

biguità nel « designare cose diverse: sia una logica delle esclusioni, una teoria dell'ammissibilità e della rilevanza della prova, sia una teoria della valutazione delle prove, fatta in anticipo dal legislatore » (99), venendo quindi spesso impiegata per denotare qualsiasi norma di disciplina probatoria (100).

Va poi rammentato come tali regole siano distinguibili secondo la funzione svolta; questa può infatti essere tanto *positiva* quanto *negativa* (101), dipendendo la qualifica dalla circostanza che esse vincolino l'organo decidente a considerare verificata una data affermazione probatoria contestualmente alla sussistenza di determinati presupposti oppure gli vietino di basare il proprio convincimento su risultanze dal legislatore giudicate carenti di efficacia persuasiva (102).

(99) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 160.

(100) Cfr., tra le opere « classiche », P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, *Disegno generale dell'istituto*, Milano - Torino - Roma, 1921, p. 300; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 26-27; G. A. MICHELI, *L'onere della prova* (1942), Padova, 1966, p. 193. Ma per la differenziata individuazione, tra le « regole probatorie legali », di una « prova legale *stricto sensu* », concernente specificamente la valutazione probatoria, v. C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, p. 147; mentre, per una recente critica al tradizionale « inquadramento sistematico », cfr. G. VERDE, *Prova in generale: b) teoria generale e diritto processuale civile*, cit., p. 590.

(101) Per tale classificazione, v., ad esempio, E. DOSI, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, 1957, p. 72; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, cit., p. 321; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 147 nt. 2.

(102) Nell'ambito del dibattito sulla riforma del codice di procedura penale, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 322 ss., ha proposto (ribadendo il suo pensiero in *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 373 ss., costituente una risposta alle critiche di M. CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?*, *ivi*, 1974, p. 139 ss.) di introdurre nel sistema processuale talune ipotesi di prova legale negativa, secondo quanto a suo tempo sostenuto, ad esempio, da P. ELLERO, *Della critica criminale*, Venezia, 1860, p. 22 ss.; G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, III, 2, Milano, 1784, p. 12 ss.; C. G. A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale* (1834), trad. it., Milano, 1858, p. 108-115 (dove peraltro emerge l'oscillazione del pensiero in proposito nel periodo intercorrente tra le « Aggiunte » del 1848 e del 1858). Per una recente presa di posizione contraria a qualunque tipo di prova legale, cfr., invece, L. FERRATOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 127-128, il quale (*ivi*, p. 130) contesta —

Inoltre, giova chiarire che anche le regole di prova legale (come quelle acquisitive) concernono pur sempre la fonte e/o il mezzo di prova, potendo l'intervento legislativo operare soltanto di riflesso sull'elemento di prova. Quand'anche venga statuita, per limitarsi ad esemplificazioni storiche, la prevalenza della testimonianza del chierico su quella del laico, del maschio su quella della femmina, del ricco su quella del povero oppure venga assegnato un particolare valore ad un certo documento, « resta sempre necessariamente lasciata alla capacità assiologico-pragmatica del magistrato l'opzione *che* quel mezzo o quella fonte di prova introdotti nel processo rientrano proprio nella categoria prevista dalla legge, la comprensione e l'interpretazione di *cosa* effettivamente abbia detto il teste o sia scritto nel documento, la decisione *se* gli elementi di prova così pervenuti in giudizio consentano o meno di giungere ad un risultato di prova che confermi l'iniziale affermazione probatoria » (103).

Per quanto concerne infine la stessa nozione di concludenza, una questione particolare parrebbe sorgere dalla considerazione dell'art. 606 comma 1 lett. d c.p.p., per cui la « mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta a norma dell'articolo 495 comma 2 » c.p.p. (104), è annoverata tra i motivi di ricorso per cassazione: l'impiego del concetto di « decisività » potrebbe infatti far pensare ad un suo rapportarsi sinonimico a quello di « concludenza ». Tanto più che caratteristica peculiare di tale decisività probatoria è di concernere un giudizio effettuato bensì in via ipotetica per la mancanza dell'esperimento probatorio, ma al momento di quella che, sebbene di legittimità, è pur sempre una pronuncia. Procedendo, però, alla necessaria individuazione di ciò

contrariamente a quanto affermato da M. NOBILI, sub art. 192, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., II, cit., p. 417, e G. VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 468 — che l'art. 192 comma 2 c.p.p. integri un'ipotesi di prova legale negativa.

(103) G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 123.

(104) Dato il contesto del presente discorso, si prescinde evidentemente dalle critiche che possono essere suscitate dalla formulazione normativa, per le quali può rinviarsi a P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.* 1990, I, p. 968, e G. UBERTIS, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1308.

cui si applica la valutazione di decisività (genericamente indicato dal legislatore nella « prova », senza ulteriori specificazioni), emerge come esso inerisca a « quella prova [contraria che], confrontata con le ragioni addotte a sostegno della sentenza (motivazione), risulti essere « decisiva », nel senso che avrebbe potuto determinare una decisione diversa » (105) e vada quindi riferito alla fonte e/o al mezzo di prova. E poiché va ribadito che la loro « decisività » si atteggia come un requisito che, nonostante sia posteriore all'istruzione dibattimentale, è comunque anteriore alla concreta assunzione probatoria, il giudizio ad essa relativo è analogo a quello generale di rilevanza. Con quest'ultimo ha in comune l'esigenza che la « prova mancata » superi positivamente un vaglio di « non ridondanza » e di « idoneità », provvedendo peraltro a determinarne espressamente la direzione: in quanto « contrari » per definizione normativa, la fonte e/o il mezzo di prova devono essere ritenuti atti a conseguire risultati diversi da quelli a suo tempo ottenuti e tali da smentire l'esito della prova « diretta » posto dal giudice di merito alla base del suo provvedimento.

Né pare inutile precisare come la suindicata nozione di « decisività » non differisca sostanzialmente da quella richiamata dall'art. 422 comma 2 c.p.p. a proposito di un giudizio da effettuare in un momento preliminare allo svolgimento di attività probatorie (106). Anche in quest'ultima disposizione, infatti, la « decisività probatoria » ha una funzione specificatrice della generale rilevanza delle fonti e/o dei mezzi di prova postulata dall'art. 190 comma 1 c.p.p. (107): al loro riguardo, accertatane la « non ridondanza »,

(105) *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 133.

(106) Si ritiene comunque opportuno precisare che si tratta qui dell'art. 422 c.p.p. esclusivamente per il richiamo dallo stesso effettuato alla nozione di « decisività ». Dati i suoi limiti (definiti *supra*, nt. 73), infatti, esulano dall'orizzonte della presente indagine le peculiarità della tematica inerente alla pronuncia conclusiva dell'udienza preliminare (decreto che dispone il giudizio o sentenza di non luogo a procedere, soggetta a revoca ai sensi degli art. 434 ss. c.p.p.), su cui v. da ultimo, anche per l'esauritivo corredo bibliografico sull'argomento, A. PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992 (in corso di pubblicazione).

(107) Analogamente si esprime T. EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 655-656.

l'« idoneità » deve in tale ipotesi concernere la verifica non di una qualunque affermazione rientrante nel *thema probandum*, bensì esclusivamente di oggetti di prova tipicamente finalizzati all'« accoglimento della richiesta di rinvio a giudizio ... [ovvero] della pronuncia di non luogo a procedere » (art. 422 comma 2 c.p.p.).

7. *Relativismo probatorio e verità giudiziale.* — La serie delle varie regole probatorie precedentemente ricordate sono comunque riconducibili a due differenti ordini di motivi (108), peraltro tra loro interagenti e distinguibili solo a fini di analisi, indicando l'aspetto che sembra volta a volta prevalere nelle singole scelte normative.

Da un lato, queste ultime trovano il loro *fondamento* in esigenze di carattere *politico* (o *sostanziale*), cioè concernono peculiarmente la salvaguardia di ben precisati diritti, magari costituzionalmente tutelati (cfr., esemplificativamente, gli art. 2, 13, 14, 15, 19, 21, 24 cost.), provvedendo in anticipo alla disciplina del loro rapportarsi all'interesse processuale costituito dalla verifica del *thema probandum*. Così la ricerca giudiziale viene « bloccata » per garantire, ad esempio, il rispetto di determinati segreti (v. gli art. 103 commi 2, 5 e 6, 199, 200 e 201 c.p.p.) o si prescrive l'osservanza di particolari cautele (si pensi agli art. 219 comma 4, 245 comma 2, 267 e 268 c.p.p.) oppure addirittura si costringe il giudice a ritenere pienamente attendibili le dichiarazioni di particolari soggetti (come accade per l'art. 202 comma 3 c.p.p.).

Dall'altro, le opzioni legislative trovano la loro giustificazione soprattutto in un *fondamento epistemologico* (o *processuale*), poiché, in consonanza con il sistema scelto, intendono determinare espressamente « un metodo per guidare il giudice nella ricer-

(108) Per la loro individuazione, cui sostanzialmente si adegua la classificazione successivamente esposta nel testo, cfr. E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 326, 329; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 283 ss. nt. 1; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo* (1912), in *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930), I, Roma, 1930, p. 255 ss.; P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 470.

ca » (109), spesso conferendo dignità normativa a massime di esperienza ormai sedimentate nella coscienza giuridica (110). A questo scopo si esclude l'ammissione di certi mezzi e/o fonti di prova reputati poco attendibili (secondo quanto avviene per l'art. 197 comma 1 lett. a e b), si prevede l'effettuazione o il divieto di specifici comportamenti a salvaguardia della genuinità dell'elemento di prova (cfr., tra gli altri, gli art. 214 comma 1 e 499 commi 2 e 3 c.p.p.), si nega, parzialmente o totalmente, efficacia persuasiva a particolari strumenti gnoseologici, sebbene in sé legittimi (v., a titolo esemplificativo, gli art. 350 commi 6 e 7, 403, 500 comma 3 c.p.p.).

Ed è proprio il diffuso impiego nel nuovo codice di quest'ultimo accorgimento metodologico ad aver originato la ricorrente (e fuorviante, se letteralmente intesa) affermazione (apparentemente consonante con l'ispirazione del legislatore delegato [111]) secondo cui nel nuovo sistema la prova si formerebbe solo in dibattimento od in quella sua anticipazione costituita dall'incidente probatorio (112). Quasi che, rammentando quanto esposto *supra* §, 2, « la virata verso il secondo dei due accennati filoni storici » (113) operata nel 1988 rispetto all'impostazione seguita nel 1930 (per la quale la generale potenzialità persuasiva del fenomeno probatorio era tendenzialmente coincidente con la sua esistenza) comporti l'assoluta ed ingiustificabile negazione di qualunque valore conoscitivo a quanto conseguito in sede di indagini o di udienza preliminari.

Emerge invece come l'inquadramento teorico-sistematico finora illustrato sia idoneo a comprendere pure le novità della recente ri-

(109) P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 115.

(110) V., per tutti, M. CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato* (1968), in *Id.*, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 224; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 11-12; C. G. A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, cit., p. 101 ss.; F. STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* (1893), Aalen, 1969, p. 47 ss.

(111) *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., spec. p. 81 e 90.

(112) Cfr., ad esempio, D. SIRACUSANO, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale di Diritto Processuale Penale*, I, Milano, 1990, p. 374; A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, p. 267-268.

(113) M. NOBILI, *Il nuovo « diritto delle prove » ed un rinnovato concetto di prova*, in *Legislaz. pen.*, 1989, p. 397.

forma processuale, senza la necessità di introdurre irragionevoli distinzioni di « natura » tra gli strumenti impiegabili nella ricerca della verità a seconda della fase in cui ne venga reputata conveniente l'adozione. Indipendentemente dalla considerazione che il legislatore consideri « prova » per antonomasia solo quanto compiuto nell'incidente probatorio o nel dibattimento, gnoseologicamente i procedimenti relativi, per esempio, alle perizie, alle ricognizioni ed alle testimonianze corrispondono, rispettivamente, a quelli inerenti agli « accertamenti tecnici non ripetibili » (art. 360 c.p.p.), alle « individuazioni » (art. 361 c.p.p.) ed alle « informazioni » (art. 362 c.p.p.): le originariamente diverse finalità di utilizzazione (per le decisioni dibattimentali o per quelle preliminari) non possono oscurare la comune funzione di verifica di enunciati fattuali loro assegnata, seppure in differenti contesti, dall'ordinamento. Qualora ad un esperimento conoscitivo conforme al rito sia attribuita l'idoneità a raggiungere tale scopo, ci si trova comunque in presenza di una prova (in senso lato, secondo la definizione offertane *supra*, § 3) (114), la cui dialetticità è da reputare salvaguardata quando, per consentire al giudice di fondare sul fenomeno probatorio la propria pronuncia, venga considerato essenziale il contributo delle parti: e ciò può avvenire sia attraverso la garanzia della loro partecipazione alla formazione dell'elemento di prova costituendo ovvero all'aduzione di quello inevitabilmente precostituito sia attraverso il riconoscimento ad opera delle medesime — e non di una sola di esse (115) — che quanto diversamente conseguito corrisponde a ciò che sarebbe ottenibile con il vaglio del contraddittorio, e specificamente del dibattimento, il quale esprime anche così la sua funzione di garanzia della legalità probatoria (116).

(114) Analogamente si esprime P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 243-244.

(115) D. SIRACUSANO, *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 7.

(116) G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 522. Pure in questa prospettiva (oltre a quanto rilevato *supra*, nt. 73), risulta dunque pienamente consona all'ispirazione legislativa la tesi secondo cui vanno ritenute applicabili anche alla fase delle indagini preliminari, eventualmente in via analogica e salvo diversa previsione espressa, le disposizioni probatorie contenute nel libro III del codice di procedura penale (M. NOBILI, *Gli*

Se d'altronde si abbia consapevolezza che la peculiarità della scelta di principio operata in argomento dal legislatore del 1988 (incisivamente definita « concezione relativistica della prova » [117]) consiste nell'affermazione della necessità di attribuire *diversi ambiti di potenzialità persuasiva* (soggettivi, procedurali ed oggettivi: cfr. *supra*, nt. 53) tanto ad analoghi strumenti gnoseologici quanto addirittura ad un medesimo atto (impiegando come parametro valutativo dominante la rispondenza a quel carattere di dialetticità reputato normalmente imprescindibile per i fondamenti del conoscere giudiziale), non può stupire la circostanza che in un sistema improntato a tale *relativismo probatorio* una stessa « prova » venga annoverata o no tra quanto pienamente od almeno indirettamente utilizzabile per la decisione irrevocabile a seconda, ad esempio, sia del soggetto su cui possa riverberare i propri effetti (v. art. 403 c.p.p.) sia del sopravvenire di eventi imprevedibili (cfr. art. 512 c.p.p. [118]) sia del comportamento successivamente tenuto dalle parti (si pensi alle contestazioni dibattimentali durante l'esame delle fonti di prova personali).

Risulta così completamente intelligibile la « trasformazione » (salvo deroghe espresse, come quella desumibile dall'art. 350 comma 7 c.p.p.) di quanto legittimamente acquisito durante le indagini o l'udienza preliminare in risultanze pienamente efficaci per fondare la pronuncia sul merito dell'imputazione in ipotesi come l'applicazione della pena su richiesta delle parti od il giudizio abbreviato,

atti a contenuto probatorio nella fase delle indagini preliminari, in *Crit. dir.*, 1991, n. 2, p. 8; Id., *Il nuovo « diritto delle prove » ed un rinnovato concetto di prova*, cit., p. 399-400), sostenendosi pertanto che « di tale disciplina deve sicuramente tenere conto il pubblico ministero nel vagliare l'idoneità delle prove raccolte a supportare il proprio giudizio sulla fondatezza della notizia di reato » (P. CASADEI MONTI, *Adeguamento delle strutture e metodi di decongestione processuale*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo processo penale*, a cura di ACH. MELCHIONDA, Rimini, 1989, p. 271).

(117) L'espressione è stata coniata immediatamente dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale da M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 275.

(118) Né è questa la sede per riproporre le perplessità, soprattutto di ordine costituzionale, relative alla formulazione di tale disposizione, già esposte in G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 535.

per le quali è richiesto il consenso degli interessati (119), oppure come il procedimento per decreto (120).

Conformemente a questa impostazione (121), anzi — e senza

(119) Per una simile impostazione, v. G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1292-1293 e 1296, rispettivamente per il cosiddetto patteggiamento e per il giudizio abbreviato, nonché F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 720, e, seppure in una visuale parzialmente diversa, A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano, 1991, p. 12-13.

(120) Riguardo a quest'ultimo, la decisione soggetta ad irrevocabilità con cui si opera una ricostruzione fattuale può essere tanto un « sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 » c.p.p. (art. 459 comma 3 c.p.p.) quanto un decreto penale di condanna.

Nel primo caso, che sembra costituire un'eccezione (peraltro non isolata: si ricordi, per esemplificare, l'art. 500 comma 4 c.p.p.) alla regola della dialetticità probatoria come presupposto della pronuncia irrevocabile, è lo stesso art. 129 c.p.p. a legittimare, indipendentemente dalla circostanza che il giudice sia investito del processo a seguito di una richiesta formulata dal solo organo dell'accusa, « la valutazione come prove [utilizzabili per la decisione] di tutti gli atti compiuti dal p.m. nel corso delle indagini preliminari » (G. PAOLOZZI, *I procedimenti speciali*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 237); va sottolineato, tuttavia, che trattasi appunto di una sentenza di proscioglimento, la quale, nell'eventualità meno favorevole all'imputato e concernente la declaratoria di estinzione del reato (di cui è tutt'altro che pacifico l'inquadramento tra le decisioni di rito piuttosto che di merito: cfr., in proposito, E. MARZADURI, sub art. 531, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., V, Torino, 1991, p. 530 ss.), non può comunque venire pronunciata prima che sia « stata portata a cognizione dell'imputato l'esistenza del processo, ... [per consentirgli] di avvalersi della facoltà di rinunzia » (sent. cost. n. 580 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3267) all'amnistia o, analogicamente (come conseguenza della sent. cost. n. 275 del 1990, *ivi*, 1990, p. 1658 ss.), alla prescrizione.

Nel secondo, la definitiva cristallizzazione in funzione pienamente probatoria degli strumenti conoscitivi legittimamente acquisiti durante le indagini preliminari presuppone sia la richiesta del pubblico ministero sia la mancanza di una rituale opposizione ad opera della controparte: questa palese così di ritenere che quanto è posto a base della condanna si rivela conforme a ciò che si sarebbe ottenuto in dibattimento, non sussistendo « motivi da far valere contro l'apprezzamento delle risultanze processuali espresso dal giudice e la qualificazione che ne ha dato » (sent. cost. n. 170 del 1963, *ivi*, 1963, p. 1689).

(121) ... evidentemente inserita in un contesto teorico-generale diverso da quello politico-processuale, dove invece si colloca la tesi (postulante una radicale modifica della disciplina dei cosiddetti riti negoziali e non soltanto un loro « aggiustamento tecnico » per rimediare ad eventuali incongruenze emergenti dalla prassi applicativa), secondo cui « in regime di civiltà giuridica non si dovrebbe sollecitare, con una riduzione di pena, la rinuncia aprioristica, totale, irrevocabile al con-

giungere a definire, per esempio, « eufemismo nomenclatorio » (122) l'attenzione terminologica palesata con i già citati art. 360-362 c.p.p. —, si può evitare al legislatore una censura troppo severa per avere usato (in contrasto con la convenzione lessicale applicata nel resto del tessuto codicistico) il termine « prove » anche relativamente alle attività conoscitive svolte in sede di udienza preliminare, con riguardo al momento della loro esecuzione e perciò senza cognizione delle (future) scelte processuali delle parti (123).

Piuttosto, se tale imperfezione linguistica offre lo spunto per attribuire al medesimo legislatore almeno un'indistinta percezione della « qualità probatoria » delle operazioni gnoseologiche compiute durante le indagini o l'udienza preliminare — pure quando i loro esiti siano valutati, in sede di disciplina dibattimentale, alla stregua di dati « pseudoconoscitivi » —, occorre ribadire che l'utilizzabilità di ciascuno di tali atti nel corso ulteriore del processo dipende da una serie di fattori, riconducibili ai fondamenti precedentemente individuati (per lo più, a quello epistemologico).

Bisogna dunque rilevare che l'intero sistema probatorio processualpenalistico non contempla solo « norme di garanzia » (124) né vuole unicamente prescrivere quanto sia « atto a scoprire la verità; e in generale a garantire l'efficace perseguimento, oltre che della funzione di difesa, della funzione di accusa e di decisione » (125); esso mira anche a stabilire assetti gerarchici tra valori processuali ed extraprocessuali regolando i modi per risolvere eventuali collisioni

traddittorio nella formazione della prova » (P. FERRUA, *La riforma del diritto penale sostanziale e il nuovo processo penale*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 61).

(122) F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, p. 409, che attenua peraltro la negatività del giudizio facendo precedere le parole riportate nel testo dall'aggettivo « qualche ».

(123) V., infatti, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 102, il quale considera appunto una « contraddizione significativa » rispetto alla consueta terminologia codicistica l'impiego del termine « prove » nell'art. 422 comma 2 c.p.p. (corrispondente all'art. 419 comma 3 prog. prel. c.p.p.), già a suo tempo criticamente segnalato in G. UBERTIS, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., p. 1288-1289.

(124) G. CONSO, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 10.

(125) M. CAPPELLETTI, *Un avvenimento metodologico* (1968), in Id., *Processo e ideologie*, cit., p. 255.

tra essi (126), e tenendo comunque presente che « non è formalismo la disciplina legale, anche la più rigida delle prove, accusa che si sente spesso rivolgere a questo o quell'ordinamento, per una malintesa contrapposizione tra forma e contenuto, o per un più o meno utopistico riferimento a una libera ricerca della verità da parte del giudice, cioè a una diversa esperienza di cui nessuno può dire se sia migliore o peggiore dell'altra » (127).

Pure in quest'ottica, si manifesta come la distinzione tra verità materiale e verità formale (spesso ritenute tipiche dei processi rispettivamente penale e civile) non sia che « ein blosser Wortstreit » (128), se mai usato a scopi ideologici per giustificare, attraverso lo schermo della « verità materiale » — non a caso individuata come aspirazione tipica di una epistemologia inquisitoria (129) —, limitazioni al diritto di difesa ed elusioni di regole probatorie garantistiche (130).

La decisione finale, pertanto, si consegue al termine di un'indagine che consiste non nel passivo « riconoscere » una ipostatizzata realtà esterna oggettiva ed assoluta, ma nell'attivo operare assiologicamente e legislativamente orientato: come è stato affermato, nel processo « la caccia vale più della preda » (131) e « la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato » (132).

(126) Cfr., per analoghe affermazioni di carattere generale formulate in epoche risalenti nel tempo, F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), in Id., *Opere*, III, Lugano, 1832, spec. p. 134 ss.; L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886, p. 280-281.

(127) S. SATTI, *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 1143.

(128) R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1906, p. 435. V., per ulteriori argomentate critiche a tale teoria discreta, P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 114 ss.; G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, cit., p. 36-37; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., spec. p. 18 ss.; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, p. 26 ss.; S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit., p. 105 ss.

(129) L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 17.

(130) M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 37 ss.

(131) F. CORDERO, *Diatribi sul processo accusatorio* (1964), in Id., *Ideologie del processo penale*, cit., p. 220.

(132) T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 858.

La ricostruzione cui si perviene e su cui la pronuncia viene fondata sarà allora conforme a quella che — ritualmente cercata ed ottenuta — può essere definita come *verità giudiziale* (133), funzionale a quell'« obiettivo della giustizia » storicamente determinato dal vario comporsi dei valori presenti in mezzo al popolo nel cui nome la giustizia è amministrata (art. 101 comma 1 cost.). E proprio perché questo insieme assiologico deve essere rispettato lungo tutto l'arco del procedimento anche per garantire il consenso dei cittadini alla sua conclusione, tale verità non può assurgere a meta ultima ed assoluta, cui tutto sia subordinato, dell'attività giurisdizionale, ma va considerata come il risultato del parallelogrammo delle forze, individuali e collettive, che interagiscono nello svolgimento processuale.

(133) Tale locuzione, raramente presente in dottrina fino a qualche tempo fa — ma già reputata la più indicata sotto la vigenza dell'abrogato sistema processuale, trattandosi di una verità « conseguita nel giudizio, inteso come fase processuale o “ luogo ” in cui dialetticamente si realizza, ... derivante dal giudizio, inteso tanto come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione quanto come formazione di quest'ultima, ... manifestata tramite il giudizio, inteso come decisione e sua definitiva pronuncia giurisdizionale » (G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 129) —, pare a poco a poco emergere come quella più rispondente alla struttura del nuovo ordinamento processualpenalistico (cfr., ad esempio, L. P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 131; G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 366; D. SIRACUSANO, *Le prove*, cit., p. 399).

ALFREDO AVANZINI

L'ESAME DIBATTIMENTALE DELLE FONTI DI PROVA PERSONALI

SOMMARIO: 1. Gli indubbi riflessi gnoseologici dell'assunzione diretta dei mezzi di prova orali. — 2. Oneri delle parti e preventiva definizione dell'oggetto dell'esame. — 3. Ordine di assunzione dei mezzi di prova e gestione dei *cases*. — 4. La rinuncia al mezzo di prova ammesso. — 5. Esame, controesame, riesame: scansioni temporali e peculiarità delle singole fasi di escussione. — 6. Le iniziative istruttorie del presidente. — 7. Domande, opposizioni e controllo del presidente. — 8. Le deroghe al principio di oralità tra apparenza e realtà: in particolare, le contestazioni.

1. *Gli indubbi riflessi gnoseologici dell'assunzione diretta dei mezzi di prova orali.* — Il passaggio del *testimone* (se è concesso mutuare dal linguaggio sportivo un'espressione che si presta ad un gioco di parole) dalle mani del giudice a quelle delle parti in materia di escussione delle fonti di prova personali, è uno degli aspetti del nuovo dibattimento penale di più immediata e diffusa percezione. Termini quali *cross examination* hanno superato la cerchia degli addetti ai lavori per divenire appannaggio dei *mass media*, accompagnandosi spesso a fuorvianti semplificazioni sulla presunta importazione del « processo all'americana » (1). Le affinità con istituti non continentali sono, in realtà, il frutto della fondamentale opzione di « attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio » (art. 2 n. 1 legge-delega c.p.p.). La conseguente attenzione prestata dal legislatore agli ordinamenti processuali di so-

(1) V., in proposito, quanto osservato da E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 581; ID., *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. AMODIO - M. C. BASSIUNI, Milano, 1988, p. VII-IX.