

© 2009, Gius. Laterza & Figli

© 2009, Michele Taruffo,
per i diritti in lingua
spagnola e portoghese

Prima edizione 2009

Michele Taruffo

La semplice verità

Il giudice e la costruzione
dei fatti

 *Editori Laterza*

definire, nella terminologia di Norbert Elias, di *coinvolgimento*, ossia nella situazione che è tipicamente controindicata rispetto ad una ricerca oggettiva e disinteressata della verità²²⁰.

5.2. I poteri istruttori del giudice

Risulta dunque evidente che, fra i protagonisti del processo, il giudice è il soggetto al quale compete la funzione epistemica fondamentale, ossia l'accertamento della verità dei fatti. Questa funzione richiede che egli orienti la propria attività, nel corso del processo, verso questa finalità. Ciò implica due conseguenze principali. Da un lato, spetta al giudice il compito di governare l'ammissione e l'acquisizione delle prove, oltre che di determinarne il valore nell'ambito della decisione finale sui fatti. Come si è visto, esiste una dimensione epistemica nell'ammissione delle prove sulla base del principio di rilevanza e nelle modalità della loro acquisizione: il protagonista di questi aspetti del processo e – per così dire – il garante della loro correttezza epistemica è per l'appunto il giudice.

Dall'altro lato, si pone il problema di stabilire che cosa il giudice possa o non possa fare autonomamente per la ricerca degli elementi di convincimento necessari per l'accertamento della verità dei fatti, ossia se egli possa o debba disporre di poteri istruttori autonomi. In un procedimento epistemico questo problema sarebbe addirittura privo di senso: è ovvio che se un soggetto si impegna per la scoperta della verità di un fatto deve poter utilizzare tutte le possibilità di cui dispone per raccogliere e vagliare le informazioni necessarie²²¹. Sarebbe ozioso chiedersi se lo storico possa o non possa, debba o non debba, ricercare le fonti in base alle quali compiere il proprio lavoro di ricostruzione di un fatto; sarebbe ugualmente ozioso chiedersi se uno scienziato abbia o non abbia il diritto di svolgere le ricerche necessarie per scoprire la verità di un fatto o di una teoria. Invece nel processo le cose sono assai più complicate, sia per l'interferenza di opzioni ideologiche, sia perché il giudice non è il solo soggetto attivo nel contesto del processo, anche se – come si è visto poc'anzi – è il solo soggetto *latro sensu* "interessato" a che il processo si concluda con una decisione veritiera.

Le interferenze delle opzioni ideologiche, su cui si tornerà fra breve, sono connesse alla concezione che si ha del processo e delle sue finalità. Se, come si è detto più volte, si ritiene che il processo sia una cosa privata delle parti, e che quindi esso non sia in alcun modo

finalizzato alla ricerca della verità²²², ne segue che al giudice si assegna un ruolo passivo e non gli si attribuisce la funzione di accertare la verità²²³. Bisogna tener conto, tuttavia, del fatto che questa ideologia è stata disartata dalla maggior parte dei legislatori processuali moderni, proprio nel momento in cui essi si sono occupati del ruolo del giudice in relazione all'accertamento dei fatti. In base alla diffusa consapevolezza del fatto che la sola attività istruttoria delle parti non assicura per nulla la scoperta della verità, si è andata affermando la tendenza ad attribuire al giudice un ruolo attivo nell'acquisizione delle prove che le parti non abbiano dedotto di loro iniziativa, con l'evidente finalità di far sì che la verità possa comunque essere accertata²²⁴. È dunque opportuno gettare uno sguardo sulle principali tecniche normative che sono state impiegate a questo scopo.

La più diffusa tra queste tecniche consiste nell'attribuzione al giudice del potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove che egli considera rilevanti per l'accertamento dei fatti ma che le parti non hanno dedotto. L'estensione di questi poteri varia in funzione dell'ampiezza e dell'intensità del ruolo attivo che si vuole conferire al giudice. Questa estensione è massima quando il giudice ha il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di tutti i mezzi di prova legalmente ammissibili, come prevede l'art. 10 del *code de procédure civile* francese²²⁵. Essa è più ridotta quando si esclude che il giudice possa disporre d'ufficio qualche mezzo di prova, come nel caso del giudice tedesco, che non può disporre l'assunzione di una testimonianza ma può disporre l'acquisizione di ogni altra prova²²⁶, o come nel caso del giudice italiano, che non ha un potere istruttorio di portata generale (tranne che nel processo del lavoro) ma dispone del potere di ordinare l'assunzione di vari mezzi di prova specificamente previsti dalla legge²²⁷. Questa tecnica normativa è tipica degli ordinamenti di *civil law* ma non è presente solo in questi ordinamenti; va infatti ricordato che anche le *Federal Rules of Evidence* statunitensi attribuiscono al giudice rilevanti poteri di iniziativa istruttoria, benché i giudici americani tendano a farne un uso assai limitato, onde evitare di interferire nell'attività delle parti²²⁸.

Un'altra tecnica molto diffusa, che può anche combinarsi con la prima, consiste nell'attribuire al giudice il potere di sollecitare le parti a produrre prove che il giudice stesso considera rilevanti e che le parti non hanno prodotto. È ciò che può fare il giudice tedesco a proposito della prova testimoniale: egli non può disporla d'ufficio, ma può facilmente indurre le parti a chiamare i testimoni che ritie-

ne opportuno ascoltare²²⁹. Un potere analogo spetta anche al giudice inglese, al quale le *Civil Procedure Rules* del 1998 hanno attribuito un ruolo molto più attivo di quanto accadesse in passato, e che può in vario modo indurre le parti ad integrare le loro iniziative istruttorie²³⁰. La *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola del 2000 non ha seguito la tendenza generale degli ordinamenti europei ad estendere i poteri istruttori del giudice, e li ha anzi ridotti eliminando le *diligencias para mejor proveer* previste dal codice processuale del 1881, che consentivano al giudice, una volta assunte le prove dedotte dalle parti, di disporre d'ufficio altri mezzi di prova che fossero utili per la decisione²³¹. Tuttavia anche il giudice spagnolo ha, sulla base dell'art. 429.1. del codice attuale, il potere di sollecitare le parti a dedurre prove necessarie all'accertamento dei fatti, quando ritiene che le iniziative istruttorie delle parti siano insufficienti²³².

Questi esempi mostrano, al di là delle diverse tecniche impiegate di volta in volta, che i vari legislatori processuali hanno avvertito l'esigenza di far sì che l'accertamento dei fatti sulla base delle prove non rimanesse una cosa privata delle parti e non dipendesse esclusivamente dalle loro iniziative e dalle loro scelte tattiche. In altri termini, i legislatori hanno avvertito l'esigenza di orientare l'attività del giudice in un senso marcatamente epistemico, affidandogli i poteri ritenuti necessari per la ricerca della verità. Ciò non significa tuttavia che si sia verificata una generale conversione di tutti gli ordinamenti nel senso di attribuire al giudice una funzione inquisitoria e prevaricatrice dei diritti e delle garanzie che spettano alle parti²³³. È appena il caso di sottolineare, infatti, che i poteri che vengono conferiti al giudice si configurano come accessori e integrativi rispetto alle iniziative istruttorie delle parti²³⁴. Se, come spesso accade, le parti esercitano compiutamente il loro diritto alla prova²³⁵ e deducono tutte le prove disponibili rispetto ai fatti della causa, il giudice non ha occasione alcuna per esercitare i suoi poteri, e quindi rimane legittimamente inerte²³⁶. Solo quando egli scopre (dai materiali del processo, non per sua "scienza privata") che esiste una prova rilevante non dedotta dalle parti, allora egli può (e probabilmente *deve*)²³⁷ disporre d'ufficio l'assunzione di quella prova, o sollecitare le parti a dedurla. In nessun caso, comunque, si prevede che il giudice si trasformi in un inquisitore che riassume in sé tutti i poteri di indagine e di scoperta della verità, comprimendo o addirittura azzerando i poteri probatori delle parti. In realtà il suo ruolo è assai più modesto e

ragionevole, e consiste nel verificare se le parti hanno prodotto tutti i dati conoscitivi disponibili per accertare la verità dei fatti e nel rendersi attivo se ciò non è accaduto²³⁸.

Sotto il profilo epistemico ciò appare del tutto ovvio, poiché sarebbe contraddittorio – come si è accennato poc' anzi – prevedere che chi ha la responsabilità di stabilire la verità di un fatto non abbia la possibilità di acquisire le conoscenze che gli occorrono per questo scopo e che altri soggetti – che per di più non perseguono le stesse finalità – non gli hanno fornito.

Il discorso potrebbe concludersi con queste considerazioni piuttosto banali, se non vi fossero almeno altre due questioni che meritano qualche pur sintetica considerazione. La prima questione è stata posta ormai da tempo dai teorici del principio dispositivo, e nasce dalla tesi secondo la quale l'attribuzione al giudice di poteri istruttori violerebbe tale principio, e soprattutto farebbe venir meno l'imparzialità del giudice e la sua indipendenza di giudizio²³⁹. Sul primo punto si può osservare che il problema è mal posto, poiché la disponibilità delle prove appartiene alla dimensione epistemica del procedimento, ossia alla tecnica del processo, e non al principio dispositivo in senso proprio²⁴⁰. Ve ne sono conferme storiche in quanto, contrariamente a ciò che molti credono, la regola per cui il giudice doveva giudicare *secundum allegata et probata* non faceva alcun riferimento al monopolio delle parti sulle prove²⁴¹. Inoltre, l'esperienza degli ordinamenti che – come si è visto poc' anzi – hanno esteso i poteri istruttori del giudice dimostra che ciò non ha inciso in alcun modo sull'attuazione del principio dispositivo. Ciò è particolarmente chiaro, ad esempio, nell'ordinamento francese, nel quale la generalizzazione dei poteri istruttori del giudice è perfettamente compatibile con il principio dispositivo enunciato negli artt. 1, 4 e 5 del *code de procédure civile*²⁴².

Il secondo punto si fonda su una premessa che dal punto di vista epistemologico appare piuttosto curiosa, secondo la quale il giudice, disponendo d'ufficio un mezzo di prova, manifesterebbe parzialità a favore di una parte, anche perché non sarebbe più in grado di valutare oggettivamente ed in modo neutrale il risultato di quella prova²⁴³. Se ciò fosse vero, e a meno di trattare il giudice come una sorta di *minus habens*, bisognerebbe ritenere che uno storico che decidesse di studiare certi documenti, o un biologo che decidesse di fare un certo esperimento, perderebbero per questa sola ragione il proprio equilibrio mentale e non sarebbero più in grado di valutare og-

gettivamente i risultati delle proprie ricerche. Se così non è, come pare evidente, non si vede per quale ragione un giudice che disponesse l'esibizione di un documento, o l'esame di un testimone, per questa stessa ragione non sarebbe più in grado di interpretare correttamente il contenuto di quel documento o di valutare razionalmente la credibilità di quel testimone. Questa concezione si fonda su nozioni psicologiche a dir poco "ingenua" e soprattutto prive di fondamento²⁴⁴, secondo le quali chi cerca di raccogliere informazioni su un fatto perde immediatamente la capacità di valutare correttamente il contenuto e l'attendibilità delle informazioni che acquisisce. Non solo quest'idea è estremamente superficiale, ma essa non tiene in alcun conto gli studi che pure si vanno da tempo compiendo sulla psicologia della decisione e sui criteri e modelli che aiutano a razionalizzare le scelte²⁴⁵, e quindi a controllare pure gli errori, anche dovuti a parzialità di valutazione, che il decisore potrebbe compiere. Vero è che esiste il *confirmation bias* e tutti corriamo il rischio di tendere a confermare ciò di cui siamo convinti²⁴⁶, ma il rimedio non consiste certamente nell'impedirci di cercare elementi o informazioni ulteriori per stabilire razionalmente ciò che è vero e ciò che è falso. Nel caso del giudice, d'altra parte, si può osservare che nel momento in cui egli dispone d'ufficio l'acquisizione di un mezzo di prova può non essere convinto di nulla: semplicemente ha scoperto che quel mezzo di prova potrebbe essere utile all'accertamento dei fatti. Ciò non implica certamente che nel valutare l'esito della prova egli debba essere parziale in favore di una parte o dell'altra parte.

In ogni caso, pare evidente che il rimedio a questi pericoli (invece di paventati che reali) non consista nel privare il giudice di ogni potere istruttorio, ma nel sottoporre a controlli adeguati l'esercizio di questi poteri. È in questo senso che diventa essenziale la garanzia dei diritti delle parti, e che il principio del contraddittorio manifesta una rilevante funzione epistemica, configurandosi come una essenziale tecnica di controllo razionale sull'uso che il giudice fa dei suoi poteri²⁴⁷. Occorre, in altri termini, che le parti siano in grado di sindacare l'esercizio di questi poteri a proposito della valutazione di rilevanza e di ammissibilità delle prove che il giudice dispone d'ufficio, siano in grado di dedurre prove contrarie o diverse in relazione a quelle disposte dal giudice, ed abbiano infine la possibilità di discutere l'esito e l'efficacia di queste prove. La soluzione corretta del problema sembra quindi risiedere nell'integrale attuazione della garanzia del contraddittorio, invece che nell'azzeramento dei poteri

istruttori del giudice. Si può anzi ritenere che sotto il profilo epistemico la miglior soluzione possibile sia quella di massimizzare al contempo sia l'attuazione del diritto delle parti alla prova, in tutte le sue manifestazioni, comprese appunto quelle che atengono al controllo delle parti sull'esercizio dei poteri istruttori del giudice, sia i poteri istruttori autonomi di cui il giudice dovrebbe disporre²⁴⁸. Va infatti osservato che queste due strategie non sono in conflitto l'una con l'altra, e possono anzi combinarsi nel senso di garantire la più completa e più razionale acquisizione dei dati conoscitivi occorrenti per l'accertamento della verità. I poteri istruttori delle parti e quelli del giudice non fanno parte di un *unicum* nel quale se si incrementano i primi si limitano i secondi, o viceversa, quasi che l'incremento dei poteri istruttori del giudice implichi una limitazione dei diritti delle parti²⁴⁹. Al contrario, si tratta di strumenti diversi che possono essere impiegati da soggetti diversi, che ben possono essere attivati contemporaneamente al fine di massimizzare la raccolta dei dati probatori occorrenti per la decisione. Appare d'altronde evidente che i numerosi ordinamenti che hanno configurato un ruolo attivo del giudice nell'acquisizione delle prove non si erano certamente prefiggi lo scopo di eliminarne l'imparzialità²⁵⁰: semplicemente hanno ritenuto, e con buone ragioni, che esercitando poteri autonomi il giudice non cessa di essere imparziale. Pare d'altronde convincente un'argomentazione per certi aspetti inversa rispetto a quella di chi riconduce il rischio di parzialità del giudice all'esercizio di poteri istruttori d'ufficio. Come si è visto in precedenza²⁵¹, una riflessione approfondita sul concetto di imparzialità porta non solo ad escludere che vi sia contraddizione tra imparzialità e ricerca della verità, ma anche a concludere che la ricerca della verità è un fattore essenziale dell'imparzialità del giudice. Quindi, se è vero — come pare indubitabile — che l'attribuzione al giudice di poteri istruttori autonomi risponde ad una precisa esigenza di carattere epistemologico, bisogna escludere che tali poteri siano in conflitto con l'imparzialità del giudice. Al contrario: la ricerca della verità che tali poteri consentono colloca il giudice in una posizione di imparzialità (che non equivale a neutralità o a passività) nella ricerca della verità dei fatti.

L'altra questione di cui è opportuno occuparsi brevemente è stata sollevata di recente da alcuni esponenti della dottrina italiana e della dottrina di lingua spagnola (per i quali sembra appropriata la qualificazione di *neo-vetere-liberali*) e ha dato luogo ad un dibattito piuttosto vivace²⁵². Secondo questo orientamento, emerso negli ultimi an-

ni (sicché può definirsi come *neo-*), caratteristica essenziale dei sistemi processuali liberali, e quindi democratici, sarebbe l'assenza di autonomi poteri istruttori attribuiti al giudice. Il monopolio assoluto delle iniziative istruttorie dovrebbe quindi spettare in via esclusiva alle parti, come appunto accadeva nei codici processuali dell'Ottocento, ossia nell'epoca liberale classica dominata dall'individualismo privatistico e dalla corrispondente concezione del processo come cosa privata delle parti (dove il qualificativo *vetero-*). Quando ciò non accade, ossia quando il giudice viene investito di poteri istruttori autonomi, ciò implicherebbe – sempre secondo questo orientamento – una trasformazione del sistema in senso autoritario, che andrebbe criticata e respinta come antiliberale e antidemocratica.

Rinviamo ad un altro scritto²⁵³ per una più adeguata discussione di questa tesi, ci si può qui limitare ad indicare sinteticamente due ragioni per le quali essa appare del tutto destituita di fondamento. La prima ragione è di carattere storico-comparatistico, ed è resa evidente dall'evoluzione storica e dalla situazione attuale dei numerosi ordinamenti che – come si è visto poc' anzi – hanno attribuito al giudice un ruolo attivo nell'acquisizione delle prove in vista dell'acceleramento della verità dei fatti. È chiaro, e non vale la pena di dilungarsi a questo proposito, che la Francia, la Germania e gli Stati Uniti degli anni Settanta, e l'Inghilterra e la Spagna degli anni Novanta, non hanno subito alcuna trasformazione in senso autoritario ed antidemocratico. Se raffrontata con la realtà di questi ordinamenti, la tesi in questione risulta evidentemente infondata.

La seconda ragione è di carattere sistematico e si fonda sul fatto che – come si è già accennato – la presenza di ampi poteri istruttori del giudice non incide in alcun modo né sull'attuazione del principio dispositivo, né sull'attuazione della garanzia del diritto alla prova e del principio del contraddittorio. In realtà l'esistenza di poteri istruttori del giudice non entra in conflitto con i diritti delle parti, ma con un'altra cosa, ossia con il monopolio esclusivo delle parti sulle iniziative istruttorie. Peraltro, questo monopolio non è stabilito da nessun principio generale del processo e non è oggetto di alcuna garanzia costituzionale. Esso è soltanto un aspetto di una specifica ideologia del processo che è stata assai diffusa nell'Europa del secolo XIX, ma che per varie ragioni è stata superata dalla storia e sembra difficilmente recuperabile nell'ambito della giustizia civile moderna²⁵⁴.

Il problema dei poteri istruttori del giudice si può allora sintetizzare in questi termini: l'attribuzione di questi poteri e il loro effetti-

vo esercizio – naturalmente nel rispetto rigoroso dei diritti processuali delle parti – corrispondono ad una necessità epistemica, trattandosi di strumenti finalizzati a conseguire lo scopo dell'accertamento della verità. Viceversa, l'opposizione ad un ruolo attivo del giudice nell'acquisizione delle prove appare motivata esclusivamente da opzioni ideologiche: queste opzioni, oltre ad essere storicamente e politicamente infondate, si configurano in termini chiaramente antiepistemici.

6. Il giudice del fatto

In un procedimento epistemico rivestono indubbia rilevanza le caratteristiche soggettive di colui o di coloro cui è affidato il compito di scoprire e di accertare la verità. La capacità di governare i vari aspetti in cui si articola il procedimento, e soprattutto la capacità di valutare razionalmente i risultati che ne sono derivati, al fine di stabilire se la verità è stata o non è stata scoperta, sono ovviamente requisiti essenziali che i soggetti in questione debbono possedere, e che condizionano direttamente l'attendibilità che si attribuisce all'esito del procedimento.

Anche sotto questo aspetto, tuttavia, il contesto del processo pone problemi particolari non solo perché – come si è visto – entrano in gioco varie regole procedurali che non di rado incidono negativamente sulla ricerca della verità, ma anche perché esistono – oltre a diversi modelli di procedimento – anche diversi "modelli di giudice". In particolare, esistono variazioni rilevanti per quanto riguarda la configurazione del soggetto che opera come "giudice del fatto", e che in questa sua funzione ha il compito di valutare le prove e di formulare la decisione finale sulla verità dei fatti della causa.

Nell'impossibilità di svolgere un'analisi comparatistica completa delle varie figure di "giudici del fatto" che esistono nei diversi ordinamenti, il discorso può essere qui limitato ai due modelli principali: quello fondato sulla presenza di un giudice professionale e quello che si incardina sulla presenza della giuria²⁵⁵.

6.1. Il giudice professionale

La figura del giudice-giurista, esperto di diritto ma investito anche della funzione di decidere su tutti gli aspetti della controversia, e quindi anche sulle *questiones facti*, ha in Europa una storia assai ri-