



RENZO ORLANDI

L'ATTIVITÀ ARGOMENTATIVA DELLE PARTI
NEL DIBATTIMENTO PENALE



SOMMARIO: SEZIONE PRIMA - PROFILI GENERALI. – 1. L'argomentazione delle parti come attività processuale. – 2. Riscontri normativi nella riforma del 1988. – 3. Il giudice come destinatario dell'attività argomentativa. – 4. Sequenza dell'attività argomentativa. – 5. Breve digressione sulle funzioni del giudice che dirige l'udienza dibattimentale. – 6. Patologie dell'attività argomentativa. – SEZIONE SECONDA - LE SINGOLE ATTIVITÀ. – 7. Richieste di prova. – 8. *Segue*: patologie e rimedi. – 9. Istruzione dibattimentale. – 10. *Segue*: patologie e rimedi. – 11. Discussione conclusiva. – 12. *Segue*: patologie e rimedi. – 13. Dichiarazioni spontanee. – 14. Cenni al problema della argomentazione *in iure*.

SEZIONE PRIMA – PROFILI GENERALI

1. *L'argomentazione delle parti come attività processuale*

L'atto del 'provare' contiene una componente argomentativa che lo rende affine ed omogeneo all'atto del 'giudicare'¹. È diretta conseguenza di quest'assunto il rilievo che le argomentazioni esibite dalle parti allo scopo di influire sull'esito del giudizio si traducono in vere e proprie attività processuali²: come

¹ Notava CARNELUTTI, *Diritto e processo*, 127, che «provare un fatto» è espressione impropria: si dovrebbe dire «provare un giudizio» perché è quest'ultimo che si mette alla prova; e aggiungeva che un giudizio viene 'provato' (verificato) per mezzo di un altro giudizio, così come l'esattezza di un'operazione matematica viene 'provata' attraverso un'altra operazione matematica.

² L'opportunità di analizzare separatamente il complesso delle attività volte a persuadere il giudice (distinguendole da quelle che invece mirano a produrre le situazioni giuridiche, nel susseguirsi delle quali si risolve la sequenza procedurale destinata a sfociare nella sentenza) è stata affermata, in termini che risultano tuttora attuali e fecondi, da J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, 364. L'utilità della distinzione si collega soprattutto alle diverse valutazioni giuridico-processuali cui conviene assoggettare i due tipi di attività. Quelle dirette a ottenere dal giudice una pronuncia di contenuto determinato (*Erwirkungsbehandlungen*) sono valutate – a seconda della situazione processuale – in base ai binomi ammissibile/inammissibile (*zulässig/unzulässig*), fondato/infondato (*begründet/unbegründet*), efficace/inefficace o utilizzabile/inutilizzabile (*wirksam/unwirksam*), *ibidem*, 368; le altre attività (*Bewirkungsbehandlungen*), volte essenzialmente a creare situazioni processuali nell'ambito delle quali sia possibile compiere attività del primo tipo, si prestano invece ad essere valutate alla stre-

tali meritano di essere considerate e analizzate³. A dispetto della sua importanza nell'economia del giudizio, il tema è stato trascurato pressoché totalmente dalla dottrina processualistica degli anni passati. Dottrina evidentemente restia a considerare le argomentazioni di parte come attività degne di attenzione anche sotto il profilo tecnico-giuridico.

Del resto non sono difficili da individuare le plausibili ragioni (soprattutto culturali) che hanno finora giustificato questo disinteresse.

Da un lato, l'opinione che l'attività argomentativa è essenzialmente un'arte da apprendere nella pratica, attraverso un paziente apprendistato capace di far lievitare il talento naturale dell'oratore: concepita come fenomeno pre- o extra-giuridico, appartenente al mondo della psicologia o, al più, della logica razionativa, si capisce che il giurista se ne potrebbe occupare solo marginalmente e non sul piano giuridico.

D'altro lato, l'idea che le argomentazioni delle parti sono destinate a svolgere un ruolo tutto sommato secondario nei modelli processuali imperniati su un'ampia e penetrante iniziativa probatoria del giudice: quest'ultimo, se può acquisire da sé i mezzi conoscitivi che lo porteranno alla decisione, sarà altresì e a maggior ragione portato a condurre in proprio la critica delle prove assunte; sarà conseguentemente indotto a considerare gli argomenti svolti dalle parti

gua della coppia *beachtlich/unbeachtlich* (*ibidem*, 371 e 457), che – tradotta nel nostro lessico processuale – corrisponde grosso modo all'alternativa valido/nullo.

La distinzione fra *Erwirkungs* – e *Bewirkungshandlungen*, pur guardata con diffidenza dalla dottrina italiana (cfr. E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 477-479) ha finito con l'influenzare il dibattito processualpenalistico, soprattutto attraverso gli studi di F. CORDERO, a partire dalla monografia su *Le situazioni soggettive*, 231-235. Può considerarsi un indiretto risultato della dottrina goldschmidtiana la creazione della specifica sanzione processuale (l'inutilizzabilità: art. 191 c.p.p.), adeguata a quella *Erwirkungshandlung* per eccellenza che è la formazione del mezzo di prova. La drastica avversione espressa contro l'espressione 'inutilizzabilità' da F. CORDERO, a partire dal volume *Procedura penale* [2003], 1196, investe non la categoria concettuale, ma la soluzione terminologica escogitata dal legislatore.

La distinzione fra *Erwirkungs* – e *Bewirkungshandlungen* è stata riabilitata anche dalla recente dottrina tedesca: cfr. per tutti K. SCHÄFER, *Die Prozeßhandlungen*, 168 ss.

³ Stando alla partizione goldschmidtiana, le argomentazioni di parte (*Beweisführungen*) appartengono naturalmente alle attività volte a ottenere una determinata pronuncia: pur estranee, a rigore, alle attività di deduzione della prova (*Beweisführungen*), esse consistono in comunicazioni di carattere rappresentativo (*Vorstellungsmittelungen*, come le definisce J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, 425 e 444). Sono, insomma, attività probatorie in senso ampio (*Erwirkungshandlungen im weiteren Sinn*, *ibidem*, 425). In quanto critica di esiti probatori acquisiti, esse trovano inoltre corrispondenza nella valutazione giudiziale della prova: sono, cioè, per la parte processuale, quel che per il giudice sono i motivi di convincimento (così già J. GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, 373-374, in ciò seguito da J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, 444 e, successivamente, nella dottrina italiana, da G. FOSCHINI, *La struttura logica della decisione*, 214).

come ausili eventuali nella sequenza procedurale e, comunque, non essenziali alla formazione del proprio convincimento⁴. Comprensibilmente, chi considera la prova «un fatto, del quale si suppone la verità, e che serve da motivo per asserire l'esistenza o inesistenza di un altro fatto»⁵, è indotto a ritenere che il giudice possa stabilirne il significato in base a canoni logici e massime di esperienze accettati e convalidati dalla cultura ufficiale, al di là delle rappresentazioni o delle diverse opinioni al riguardo espresse dalle parti.

In definitiva, dal rilievo – in sé ovvio e certo meritevole di essere condiviso – che l'attività giudiziale di valutazione rientri nell'ambito della decisione⁶, si è a lungo tratta la discutibile conclusione che le attività argomentative di parte sono elementi per così dire accidentali, accessori, non essenziali, del fenomeno probatorio. Facendone un correlato soltanto eventuale della motivazione giudiziale⁷, li si è relegati in uno spazio pressoché privo di pregnanza giuridico-processuale: semplice aiuto offerto dalle parti all'attività valutativa del giudicante; non già elemento costitutivo ed indefettibile dell'accertamento penale.

La ragione del fraintendimento sembra risiedere in quella analisi del concetto di prova giudiziaria, impostasi soprattutto in epoca positivista, il cui nucleo pre-giuridico è rappresentato dall'esperienza sensoriale. Si postula che la 'prova' si risolva essenzialmente nella *percezione di un fatto* ad opera del giudice.

⁴ Fa da contrappunto a questa tendenza dottrinale la letteratura sulle arringhe difensive (Enrico Ferri, Genuzio Bentini, Alfredo De Marsico), la quale conosce una singolare fortuna proprio tra la fine del XIX e la prima parte del XX secolo, quando domina pressoché incontrastata l'idea che l'argomentazione delle parti sia essenzialmente estranea alla formazione della prova. Ma la circostanza non deve sorprendere, né contrasta con il rilievo espresso nel testo: l'attenzione all'attività argomentativa delle parti e, in particolare, all'arringa del difensore è oggetto di un genere letterario (che sconfinava nel narrativo) più che di una analisi dogmatica degli atti processuali. È, questo, del resto, il periodo dei grandi processi in Corte d'Assise (si pensi al caso Murri, al caso Notarbartolo, al caso Palizzolo), dove le parti dovevano sforzarsi di guadagnare il consenso dei giurati popolari, allora competenti in via esclusiva sulle questioni di fatto. Si consideri, inoltre, che, in quel periodo di eccitanti scoperte scientifiche, l'udienza in tribunale era spesso un'occasione ghiotta per dimostrare come la "scienza" potesse servire la causa della "verità": ciò, indubbiamente, calamitava l'attenzione dell'opinione pubblica e trasformava sovente il processo in un evento spettacolare, nel quale l'oratoria del difensore giocava un ruolo centrale. Il bel libro di P. BABINI, *Il caso Murri*, Il Mulino, Bologna, 2004, ricostruisce una nota vicenda giudiziaria, mettendo ben in luce il significato didascalico delle arringhe difensive nella temperie culturale del primo Novecento.

⁵ È la nota formula, cara ai positivisti, con la quale BENTHAM definiva il concetto di prova nell'esordio introduttivo del *Traité*, 249.

⁶ Il rilievo è elementare: portata a termine l'opera di assunzione dei mezzi di prova, si apre la possibilità di una loro valutazione in vista del giudizio di fatto.

⁷ Secondo quanto sosteneva già J. GLASER, citato *supra*, nt. 3.

Il fatto da accertare appartiene al passato e – stante l'incompatibilità fra l'ufficio di testimone e quello di giudice che caratterizza i sistemi giudiziari moderni⁸ – non può essere percepito direttamente, nella sua interezza, da chi deve decidere. Per conoscerlo, occorre che il giudice risalga la corrente del tempo, avvalendosi dell'interposizione verbale di un terzo; a ciò si aggiunge la possibilità, per il giudice, di ricostruire quel fatto, ispezionando personalmente o con l'ausilio di esperti le tracce che la condotta criminosa ha lasciato sopravvivere nel tempo presente.

Da queste constatazioni si trae spunto per disciplinare distintamente l'esperienza percettiva del giudicante, secondo che questa cadesse direttamente sulle tracce materiali del reato (prova ispettiva in senso lato), oppure risalisse al fatto di reato per vie indirette, grazie a un atto di fiducia nei confronti di chi aveva assistito, in tutto o in parte, all'episodio criminoso (prova narrativa o prova testimoniale in senso lato)⁹. Un simile approccio ha finora pesantemente influenzato il modo di intendere la prova, nella dottrina come nella giurisprudenza e nella legislazione: della prova, per l'appunto, sono stati enfatizzati gli aspetti fisici o materiali, mentre risultano emarginati gli aspetti argomentativi. Il giudice, come ogni uomo dotato di raziocinio, è in grado di compiere in proprio l'operazione consistente nell'attribuire al 'mezzo' (*id est, medium*) di prova il significato che logica impone. Quando poi viene a contatto diretto con il fatto, ovvero con una traccia o un frammento del fatto da accertare, come accade nelle prove a carattere "ispettivo"¹⁰, egli è chiamato ad una operazione prevalentemente logica, di tipo induttivo. Se opportuno, si avvarrà dell'aiuto di un esperto (perito), in possesso dei canoni conoscitivi (massime di esperienza specialistiche) necessari a impostare e concludere un ragionamento corretto sul piano logico-scientifico più che giuridico¹¹.

⁸ Come affermato anche dalla nostra Corte costituzionale nella sent. n. 215 del 1997: «la conoscenza diretta dei fatti di causa priverebbe il giudice dei requisiti di imparzialità e terzietà coesenziali alla sua funzione ...».

⁹ Rientra in questa problematica la distinzione fra prova diretta e indiretta elaborata dalla dottrina tedesca già agli inizi dell'Ottocento (cfr. GENSLER, *Über die Begriffe*, 35, nt. 3). In termini analoghi essa è stata divulgata nella dottrina italiana da F. CARNELUTTI (*La prova civile*, 63 ss.) e figura anche in svolgimenti recenti della letteratura sia processualciviltistica (M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 426 ss.), sia processualpenalistica (F. CORDERO, *Procedura penale* [1983], 932). Di quest'ultimo autore si vedano tuttavia le importanti precisazioni contenute nel saggio *Il procedimento probatorio*, 6, nt. 8 e 10.

¹⁰ Quelle, cioè, in cui il giudicante percepisce, con i propri sensi, il corpo o le tracce del reato.

¹¹ Da parte di qualche autore addirittura si negava che le prove di carattere ispettivo rientrassero nel novero delle prove giudiziarie. Che l'esito di una ispezione giudiziale non sia precisamente un mezzo di prova (come già sosteneva M. PESCATORE, *La logica del diritto*, 68:

I presupposti culturali di codesta concezione (affermatasi – vale la pena ricordarlo – soprattutto nella seconda metà del secolo XIX) appaiono oggi superati. Essa poggiava, infatti, sull'idea – tipica della mentalità positivista – che la bontà del giudizio di fatto dipenda essenzialmente dalla esatta applicazione di un metodo ricostruttivo, del quale è garante il giudice stesso: come soggetto conoscente, quest'ultimo non differisce, ad esempio, dall'archeologo, dallo storico o dal fisico. Egli fonda il proprio sapere sulle esperienze sensoriali, oltre che sulla sua personale attitudine razionante (di per sé refrattaria a una regolamentazione giuridico-normativa). Il corretto uso di un metodo logico-razionale gli permette di risalire per vie solitarie a fatti non percepiti, muovendo da quelli che hanno direttamente colpito i suoi sensi. Rivisto oggi, l'assunto appare ingenuo e tale da tradire un eccesso di ottimismo nelle umane facoltà, quasi che l'accertamento giudiziario potesse svolgersi come un calcolo geometrico capace di imporsi a ogni intelletto con evidenza cartesiana.

In realtà la percezione sensoriale si è rivelata ben altro di quel fenomeno semplice e incondizionato che si riteneva. Già nella prima metà del XX secolo si fece largo l'idea che ogni esperienza percettiva subisce l'influsso di fattori soggettivi. La nozione di marca positivista entrò in crisi persino nelle scienze cosiddette esatte, quando si scoprì che nemmeno la fisica e la matematica poggiavano su assiomi indiscutibili¹². Ancor più nel campo delle scienze umane, l'avanzamento degli studi psicologici e psicoanalitici, il coevo interrogarsi del pensiero filosofico sulle basi intuizionistiche e, dunque, irrazionali, della conoscenza¹³, erodevano le fondamenta di quella concezione della prova giudiziaria ba-

«... non si prova ciò che sia *visibile* od *evidente* per se medesimo») è affermazione sulla quale, tutto sommato, si potrebbe convenire anche oggi. Ma la dottrina ottocentesca si spingeva ben più in là, quando negava la natura di mezzi di prova anche ad attività – come la perizia – germogliata dal tronco della prova ispettiva: il perito era concepito come un mero ausiliario dell'ufficio giudiziario, una sorta di 'protesi mentale' («*eine Erweiterung des gerichtlichen Gehirns*»), come la definiva icasticamente J. GLASER), della quale il giudice doveva munirsi per sopperire all'ignoranza di certe massime di esperienza. Una simile tesi è rintracciabile nello studio di A. HEUSLER, *Die Grundlagen des Beweisrechtes*, 241.

La dottrina di HEUSLER sulla natura giuridica della perizia è stata oggetto di articolata discussione e confutazione da parte di F. CARNELUTTI ne *La prova civile*, 53, nt. 1, nonché 70 ss.

¹² Nel campo della fisica, il principio di indeterminazione di W. HEISENBERG ha evidenziato come l'operazione del percepire influisca sull'oggetto percepito, alterandone la posizione. In ambito matematico, la prova di K. GÖDEL ha chiarito che talune conclusioni aritmetiche non poggiano su proposizioni definitivamente dimostrabili.

Per ulteriori osservazioni e utili informazioni circa i nessi fra evoluzione del pensiero scientifico e cultura della prova giudiziaria si rinvia a G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, 2-3.

¹³ Il pensiero va soprattutto alle correnti esistenzialiste e fenomenologiche sviluppatesi in Germania e Francia nel primo scorcio del XX secolo, ma anche alle impostazioni pragma-

sata su una nozione ingenua e non problematizzata di percezione sensoriale.

La conclusione è presto tratta: per quanto paludato sotto il profilo scientifico, nessun metodo appare idoneo a garantire l'oggettiva veridicità dell'accertamento, finché resta affidato a un unico soggetto conoscente. In altre parole, il giudice non può essere considerato un'entità che trascende il procedimento probatorio, un osservatore spassionato messo di fronte ai nudi fatti percepiti direttamente o grazie alla narrazione altrui. Tutt'altro: nel partecipare alla ricostruzione processuale dell'addebito descritto nell'imputazione e degli altri fatti rilevanti per la decisione, egli finisce inevitabilmente col distillare il giudizio di fatto attraverso l'alambicco della propria soggettività, condizionando così, anche senza rendersene conto, l'esito dell'accertamento¹⁴.

Questa convinzione ha contribuito a esaltare gli aspetti argomentativi del fenomeno probatorio¹⁵, accentuandone l'importanza, e ha conseguentemente posto il problema di una normativa capace di assicurare uno spazio adeguato al contraddittorio fra le parti¹⁶. Se l'accertamento non ha solo implicazioni logiche, né può essere il risultato di un calcolo solitario condotto con precisione algebrica, il giudice dovrà pervenirvi seguendo un metodo dialogico, tradotto in regole (norme legali) fissate in anticipo, così da assicurare la partecipazione dei diversi interessati; e si dovrà altresì accettare l'idea che, alcune di queste regole, in quanto volte a salvaguardare valori etici (si pensi ai diritti fondamentali della persona) finiscano con l'imporsi sulle esigenze puramente logiche e conoscitive, talvolta anche fino a sacrificarle. Inoltre, se si ammette che il giudice non può

tiche (chiara espressione di un approccio volontaristico e intuitivo alla conoscenza) molto diffuse in quello stesso periodo nella letteratura filosofica statunitense.

¹⁴ Un simile assunto trova riscontro in una varietà di riflessioni che hanno caratterizzato, in senso marcatamente antipositivistico, il dibattito filosofico a partire dalla prima metà del XX secolo: si va – per stare alle manifestazioni più note – dal pragmatismo (W. JAMES, C. MORRIS) all'approccio fenomenologico (E. HUSSERL, M. SCHELER, N. HARTMANN), dall'esistenzialismo (K. JASPERS, M. HEIDEGGER) all'ermeneutica (H.G. GADAMER), dalla teoria del consenso (J. HABERMAS) alla teoria dell'argomentazione (Ch. PERELMAN), dalla teoria degli atti linguistici (J.L. AUSTIN, J.R. SEARLE) alla teoria dei sistemi (N. LUHMANN). Comune a queste ed altre correnti del pensiero contemporaneo è l'affermazione che la verità di un fatto è più il risultato di una attiva 'costruzione' dei soggetti coinvolti nell'accertamento che il frutto di un'asettica e solipsistica *adaequatio rei ad intellectum*.

Per le implicazioni dei suddetti orientamenti filosofici sulla *juristische Methodenlehre* si veda lo studio di R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, 51 ss.

¹⁵ Espressione di questo rinnovato interesse per l'argomentazione nell'accertamento giudiziario è il fondamentale studio di A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, risalente all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso.

¹⁶ Di questa esigenza si faceva propugnatore già F. CARNELUTTI, nel citato studio su *La prova civile*: si veda in particolare il § 9 del 1° capitolo dedicato, per l'appunto, al concetto giuridico di prova (*ivi*, 48 ss.).

essere considerato come 'ideale soggetto di conoscenza', avulso dal flusso degli eventi e dei rapporti interpersonali o, se si preferisce, come 'soggetto esterno' a una verità oggettiva che attende di essere afferrata, occorre altresì ammettere che le regole probatorie vanno congegnate in modo da prevenire possibili debolezze e parzialità dell'organo giurisdizionale, onde assicurare un accertamento del fatto che appaia accettabile, quindi, 'giusto' alla luce di questa più matura consapevolezza¹⁷.

Il contraddittorio fra le parti – nei molteplici aspetti e nelle diverse modalità di attuazione normativa – offre lo schema metodologico per neutralizzare il pericolo insito in ogni giudizio: la inevitabile soggettività del giudicante. Nessuna investitura di funzione assicura, di per sé, l'imparzialità del giudice. La vera garanzia risiede nelle regole processuali che collocano il giudice in posizione di eguale distanza fra le parti. Conseguentemente, il contraddittorio realizza qualcosa più che un diritto di queste ultime di essere interpellate e di contribuire, con proprie iniziative, all'accertamento del fatto: vi si deve cogliere l'espressione di un principio (essenzialmente politico) volto a realizzare l'imparzialità del giudizio, non solo di una regola che attribuisce particolari facoltà e diritti alle parti¹⁸.

¹⁷ Dura a morire è la convinzione che il giudice sia in grado di giungere alla decisione grazie alla padronanza e alla scrupolosa applicazione di regole logiche. Un simile atteggiamento sembra caratterizzare, ad esempio, lo scritto di E. FASSONE, *Dalla 'certezza' all'ipotesi preferibile*, 1104 ss. nonché i saggi raccolti in P. GÄRDENFORS, B. HANSSON, N.E. SAHLIN, *Evidentiary Value*.

È certo pregevole l'intento di arricchire lo strumentario logico del giudice, evidenziando i possibili errori nei quali egli può incorrere e indicando i mezzi per prevenirli, anche con l'ausilio di formule matematiche ed equazioni logiche. Bisogna però far attenzione a non riporre eccessiva fiducia in questi metodi solipsistici: si rischia altrimenti di accreditare l'idea che basti una corretta applicazione della formuletta per assicurare la bontà della decisione giudiziale. Per quanto raffinato, nessun metodo logico può sostituire il contraddittorio nell'accertamento giudiziale. Vengono alla mente le parole con le quali G. CALOGERO, *La logica del giudice*, 38, nt. 1, bollava il tecnico di logica che pretende di consigliare al processualista di aggiornare le sue ormai invecchiate conoscenze aristotelico-scolastiche con nozioni più moderne. «Non escludo – notava sarcastico Calogero – che ciò sia stato fatto, per esempio, da qualche cultore della "logica matematica": anzi, se ciò non è ancora accaduto, accadrà certamente».

¹⁸ Che il contraddittorio sia il metodo preferibile per l'accertamento giudiziario è assunto che si riallaccia inizialmente a un'opzione politica: «... il processo accusatorio trova il suo fondamento in una costituzione democratica ...» sosteneva J. GOLDSCHMIDT, *Die Kritiker des Strafprozeßentwurfes*, 593, a difesa del suo progetto di riforma del sistema giudiziario penale tedesco (1919). Lo stesso spirito animava un autore come F. CORDERO nell'elaborare le sue *Linee direttive di un processo accusatorio*, 64-65.

Oggi, alla ragione politico-ideologica se ne è aggiunta o sostituita un'altra, di carattere *lato sensu* culturale o filosofico, che fa leva sul contraddittorio come mezzo euristico, vale a

In sintonia con questa impostazione la dottrina appare propensa a includere nel campo della disciplina probatoria l'attività argomentativa delle parti. Al riguardo, sembra decisivo il rilievo che, persino di fronte all'oggetto di un'ispezione o all'esito di una perquisizione, il giudice tragga certe conclusioni, non già seguendo un itinerario logico obbligato, ma in base a una sequenza più o meno complessa di ragionamenti, suscettibili di sortire esiti variabili, a seconda delle premesse poste e del modo di svolgerle¹⁹. La 'percezione del fatto' non è attività neutrale. È dunque opportuno che la legge processuale non lasci al giudice il potere di esperirla *de plano*, unicamente alla luce di criteri soggettivi di per sé insufficienti a garantire la bontà del risultato.

Ogni sistema processuale moderno avverte l'esigenza di mettere le parti in condizione di 'controllare' l'attività conoscitiva del giudice. Nella sua versione più ridotta e limitata, tale controllo è collocato in un momento successivo alla decisione, attraverso la critica dei motivi sui quali si fonda il giudizio di fatto²⁰. Ma è francamente preferibile che esso (controllo) possa esplicarsi già in via preventiva, attraverso la predisposizione normativa di strumenti di intervento, che consentano alle parti di partecipare alla formazione del materiale probatorio, esercitando la loro influenza già nel giudizio di prima istanza, sì da contribuire attivamente alla prima decisione di merito.

Si capisce perché quest'ultima soluzione sia tenacemente perseguita da chi – avversando la teoria che risolve il fenomeno probatorio nella spassionata 'percezione di un fatto' ad opera del giudice – afferma che la prova consiste nella verifica di 'enunciati fattuali' proposti dalle parti. Non è il caso di andare oltre nella illustrazione di questo approccio²¹. Ai fini del presente studio è sufficiente notare come lo spostamento d'accento dalla 'percezione sensoriale' all' 'enunciato fattuale' ha conseguenze di considerevole importanza sul ruolo delle parti nella formazione del materiale conoscitivo in vista della decisione di merito e, più in generale, sulla stessa struttura dell'accertamento giudiziale.

dire come ideale metodo di ricerca della verità: inclinano verso questa posizione gli autori italiani più recenti, fra i quali, P. FERRUA, *Contraddittorio e verità*, 47 ss., G. GIOSTRA, *Valori ideali*, 17 ss. e G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, 8 ss. Personalmente, sono dell'opinione che – anche dopo la riforma dell'art. 111 Cost. – il contraddittorio nella formazione della prova continui ad avere un fondamento politico (e non logico). Esso assicura un modo accettabile (sul piano sociale e giuridico-culturale) di pervenire all'accertamento di responsabilità penali. Non fornisce alcuna garanzia logica e, men che meno, epistemologica.

¹⁹ Per considerazioni in tal senso cfr. già F. CORDERO, *Procedimento probatorio*, 6-7.

²⁰ Vale a dire, attraverso i mezzi di impugnazione.

²¹ Anche perché il tema è già stato affrontato in alcuni pregevoli saggi ai quali conviene far rinvio: si vedano in particolare gli autori citati *supra* nella parte finale di nt. 18, cui *adde* M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 91 ss.

2. Riscontri normativi nella riforma del 1988

Sarebbe certo un azzardo e per certi versi, come si dirà, addirittura un errore affermare che l'attuale codice di rito penale abbia innovato la disciplina della prova aderendo a una concezione argomentativa, in sintonia con lo "spirito del tempo". Sotto questo profilo, l'attuale legge processuale è tutt'altro che un sistema di regole e principi armoniosamente coordinati: essa appare piuttosto un coacervo di norme che si snoda lungo una linea zigzagante, dove talune aperture verso l'idea di processo *adversary* si alternano a regole che confermano prassi giudiziarie fondate su assunti culturali più tradizionali e, talvolta, decisamente superati.

Da un lato è agevole constatare che la legge processuale non disciplina, in tutto e per tutto, le argomentazioni delle parti alla stregua di attività processuali meritevoli di tutela. Basti rilevare come esse non siano oggetto di esplicite previsioni che sanciscano forme di invalidità in caso di inosservanza delle regole volte a disciplinarne l'esercizio. Inoltre, come si vedrà, la loro regolamentazione è attribuita in via prevalente al giudice che dirige il dibattimento, quasi si trattasse di attività soggette al potere di direzione meramente formale dell'udienza.

D'altro canto bisogna riconoscere che la riforma del 1988 ha sensibilmente ampliato gli spazi di argomentazione delle parti, facendone l'oggetto di alcune, inedite previsioni normative. Se si guarda alla disciplina del dibattimento²², si nota che l'attività di assunzione della prova è regolata come porzione di una più ampia e comprensiva attività argomentativa. Il rilievo vale a maggior ragione dopo la riforma dell'art. 111 Cost. che ha fatto del contraddittorio per la prova una sorta di ingrediente necessario del "giusto processo"²³.

Con l'approssimazione tipica degli *slogans*, si può affermare che la riforma processuale degli anni Ottanta, integrata dalla l. cost. n. 2 del 1999, segna il passaggio da una gnoseologia giudiziaria impostata prevalentemente sulla 'prova argomentata', vale a dire, sulla prova intesa come 'fatto sensibile' separata dalla argomentazione che vi si riferisce, a una diversa metodologia basata sulla 'argomentazione provata'; vale a dire sulla prova intesa come 'ragionamento' o 'argomento' che ingloba il mezzo (ad esempio, la dichiarazione testimoniale, il

²² Si vedano tuttavia le osservazioni svolte *infra*, § 5.

²³ Le attività argomentative non sono ovviamente un'esclusiva del dibattimento, anche se è all'interno di questa fase che trovano la più ampia possibilità di realizzazione e, conseguentemente, la più compiuta regolamentazione normativa. Attività argomentative si insinuano in tutte quelle situazioni processuali nelle quali la legge prevede che una certa decisione sia adottata previo contraddittorio (orale o cartolare) fra le parti. Si pensi ai numerosi casi nei quali il giudice provvede in camera di consiglio, solitamente con l'intervento delle parti (art. 127).

resoconto peritale, il documento), usato come strumento dalle parti per dimostrare la fondatezza delle rispettive tesi.

È certo possibile usare indifferentemente le espressioni ‘prova’ e ‘mezzo di prova’: soprattutto negli ordinamenti che ammettono, o addirittura incoraggiano, iniziative d’ufficio del giudice nella raccolta del materiale probatorio dette espressioni finiscono, in pratica, con l’equivallere. Anche nella nostra, attuale normativa processuale, il termine ‘prova’ sembra designare niente più che il ‘mezzo di prova’ come, ad esempio, accade nel cruciale art. 526 con riguardo alla selezione del materiale conoscitivo idoneo ad alimentare il convincimento del giudice dibattimentale. Eppure sarebbe sbagliato considerare l’attività argomentativa che le parti svolgono nel corso del giudizio come del tutto separata dall’attività probatoria *stricto sensu*. È vero che quest’ultima ha una propria autonomia in considerazione delle specifiche regole e dei criteri di qualificazione normativa che la legge processuale prevede con riguardo ai soli mezzi di prova. Non bisogna però dimenticare che l’attività argomentativa della parte, in quanto volta a influenzare la decisione di merito del giudice dibattimentale, punta in pratica allo stesso fine cui è preordinato il mezzo di prova: essa non è attività probatoria in senso stretto, ma attività prossima, accessoria alla prova, della quale – come si dirà – condivide talune qualificazioni normative. Del resto, è facile constatare che, in un sistema dove le parti hanno facoltà di iniziativa probatoria, il ‘*medium* di prova’ è, prima di tutto, un strumento in mano alle parti stesse le quali – con l’uso di adeguati argomenti – sapranno poi porlo a sostegno delle proprie posizioni.

Uno stesso mezzo di prova (ad esempio, una determinata dichiarazione testimoniale) si presta ad essere ‘argomentato’ in modo difforme da parti con interessi diversi o contrapposti, sicché – mettendosi nei panni del giudice – si ha l’impressione che quell’unico ‘mezzo di prova’ produca una pluralità di ‘prove’.

Gli stessi indizi (art. 192 comma 2) costituiscono la base materiale della cosiddetta prova critica (o logica), il cui nucleo essenziale è rappresentato proprio da una particolare opzione argomentativa. Un dettaglio insignificante e, dunque, irrilevante per l’accusa, può acquistare un valore decisivo nella ricostruzione dei fatti prospettata dalla difesa²⁴.

Insomma, l’argomentazione è dotata di un’attitudine integrativa rispetto al nudo ‘mezzo di prova’: attitudine che si fa tanto più evidente, quanto più la legge processuale impone al giudice un ruolo recettivo.

²⁴ «Davanti a una corte criminale tutto dipende dal dibattimento, e il dibattimento verterà su piccole cose che vedrete diventare immense», sentenziava il signore di Grandville, nell’accingersi ad assumere la difesa dello sfortunato Michu, imputato in un processo con torbido retroscena politico (H. DE BALZAC, *Une ténébreuse affaire* (1841), trad. it. *Un tenebroso affare*, Sansoni, Firenze, 1963, 149).