

# ANTICIPAZIONI

---

**MARIANO MENNA**

## **Evidenza e ruolo dei soggetti processuali<sup>1</sup>**

È necessario collocarsi in una prospettiva di ragionamento prammatico per apprezzare in termini di evidenza e non solo di probabilismo la ricostruzione del fatto in tutte le fasi del processo penale, ferme rimanendo le questioni assiologiche che andrebbero governate *de iure condendo* da una “giuria elettiva di esperti”, quale organo politico ausiliario del giudice, che sottraendo le problematiche di valore al tradizionale organo giudicante consentirebbe alla ricostruzione del fatto di tenere globalmente sotto il profilo oggettivo logico-formale.

*Evidence and role of procedural subjects*

*It is necessary to place ourselves in a pragmatic reasoning perspective to appreciate the reconstruction of the fact in all phases of the criminal trial in terms of evidence and not just probabilism, without prejudice to the axiological questions which should be governed de iure by an "elective jury of experts", as an auxiliary political body of the judge, which by removing the problems of value from the traditional judging body would allow the reconstruction of the fact to take global account from the objective logical-formal profile.*

**SOMMARIO:** 1. Evidenza dei fatti, oggettività della conoscenza e deviazioni valutative nelle prospettive dei soggetti del processo. - 2. L'ammissione probatoria tra dimensione gnoseologica oggettiva e soggettivismi probabilistici di approccio. - 3. Evidenza e complicazioni assiologiche in sede di acquisizione della prova. - 4. Oggettività della conoscenza ed incertezze di opinione nella dimensione della valutazione probatoria.

1. *Evidenza dei fatti, oggettività della conoscenza e deviazioni valutative nelle prospettive dei soggetti del processo.* La possibilità di ipotizzare e di dimostrare un'evidenza dei fatti sostanziali e processuali è essenziale ai fini dell'agire comunicativo<sup>2</sup> dei soggetti processuali tra loro e con la collettività anche quando la comunicazione - come nel processo - ha connotazione pragmatica e spesso performativa<sup>3</sup> e tende, quindi, a stimolare un'azione ed è essa stessa un'azione, non avendo solo una finalità conoscitiva ripiegata su se stessa.

Il concetto di evidenza viene associato a quello di prova anche se il carattere della conoscenza processuale viene da tempo riannodato alla dimensione della probabilità e dei connessi condizionamenti soggettivi - indipendente,

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è destinato agli Scritti in memoria del prof. Giuseppe Riccio.

<sup>2</sup> La riflessione fonda qui sul carattere prammatico dell'azione comunicativa - che deriva a sua volta dall'aspetto performante dell'approccio cognitivo - sulla scia di quanto osservato in HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it., Bologna, 1986, *passim*.

<sup>3</sup> Si fa riferimento, qui, al profilo pragmatico e performativo della comunicazione umana, su cui cfr. WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi, delle patologie e dei paradossi*, trad. it., Roma, 1978, *passim*.

quindi, dalla logica di formalizzazione matematica del calcolo probabilistico<sup>4</sup>, che pure è l'altra declinazione della probabilità in seno alla conoscenza giudiziale - per cui sembrerebbe in relazione a ciò un fuor d'opera continuare a parlare di evidenza come profilo attingibile della gnoseologia giudiziaria.

Anche in capo al giudice, oltre che in rapporto al ruolo delle parti sembra che l'evidenza non possa attecchire perché si ha a che fare nel processo con l'indagine su fatti del passato che in quanto tali non si associano ad osservazioni e fenomeni ripetibili in laboratorio e, perciò, vanno avvicinati esclusivamente con l'attività inventiva approssimante di chi non può mai essere sicuro di cogliere in maniera oggettiva e completa i profili ripescati da una storia prossima o lontana di avvenimenti conclusi<sup>5</sup>.

Eppure, nel codice si accenna all'evidenza di fatti e su questa categoria fondano molteplici istituti, tra i quali i riti differenziati *ex artt.* 449 ss. e 453 ss. c.p.p. e la gerarchia di formule *ex art.* 129, co. 2 c.p.p.<sup>6</sup>

Sennonché, come si diceva, il concetto di evidenza va messo a punto più in generale come condizione della comunicazione pragmatica all'interno del processo e nel rapporto tra quest'ultimo e l'esterno.

In proposito, sembra necessario dal punto di vista epistemologico accennare ai limiti della distinzione tra ciò che è "oggettivo" e quanto è "soggettivo" ed ai confini della differenza tra "idea" e "concetto", come anche alla differenza tra "ragione" ed "intelligenza".

È un dato a tutti noto che il processo di oggettivazione della conoscenza ha a che fare - al suo culmine - con l'irrigidimento dei luoghi dell'approccio gnoseologico nel processo scientifico, anche quando l'approccio gnoseologico si traduce in una ricerca sul passato e non con fenomeni di laboratorio.

Se è rispettata tutta una serie di garanzie di metodo, la conoscenza diventa scienza e riesce a risolvere - più delle generiche esperienze conoscitive - il maggior numero di dubbi che si addensino su una determinata questione resistendo al massimo numero di obiezioni ipotizzabili - con il consenso del maggior numero di esperti e, quindi, indirettamente della massima fetta di società - anche se le conclusioni del processo conoscitivo si affermino in termini di parzialità dell'avvenuta risoluzione dei dubbi; il che, poi, si suole

---

<sup>4</sup> In proposito, cfr., CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, *passim*

<sup>5</sup> Vedi, in proposito FERRUA, *Il concetto di "provare" e di "provato"*, in *Dir. pen. e proc.* 2021, 557 ss.

<sup>6</sup> Sulla evidenza nel processo penale, con naturale riflesso sul rapporto tra scienza e gnoseologia giudiziaria, vedi, per esempio, AA. VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio e Luparia, Milano, 2022, *passim*.

ricondere al carattere probabilistico e non di raggiungimento della verità assoluta su una questione anche in ambito scientifico.

E' un dato ormai acquisito quello secondo cui pure quando si ha a che fare con la scienza non si può mai dire che la stessa possa mai fornire la verità assoluta perché ogni teoria scientifica è falsificabile ed ha perciò limiti storici di validità<sup>7</sup>.

Ciò non significa, nondimeno, che gli arresti di quella teoria falsificabile - e magari concretamente falsificata - non possono dirsi oggettivi e pragmaticamente valevoli oltre tempo rispetto allo scopo non meramente descrittivo e teorico-speculativo che palesa l'approccio conoscitivo al quale essa possa essere ricondotta.

Si vuole dire che, per esempio, tutte le azioni basate sulla conoscenza del quotidiano alternarsi del giorno e della notte possono continuare a compiersi con successo, nel loro ambito legato al solo mutare delle condizioni di luce e di visione del sole nel cielo, sia se riferite alla teoria tolemaica del sole che giri intorno alla terra, sia se riannodate alla tesi eliocentrica e ciò non deve meravigliare se, come nel rapporto sottolineato tra passato precopernicano e presente scientifico della relazione tra pianeti e stella intorno a cui i primi orbitano, si pensa che oggi anche per tutte le questioni relative al moto si continua ad utilizzare la fisica classica, mentre in un contesto più profondo le tradizionali leggi di quest'ultima sono state soppiantate dal relativismo einsteiniano<sup>8</sup>.

A questo ultimo proposito, continua a dirsi che fino a quando non si abbia a che fare con grandezze che coinvolgano velocità prossime a quelle della luce, le tradizionali leggi del moto della fisica classica possono continuare ad essere utilizzate per risolvere problemi fisici.

*Mutatis mutandis*, lo stesso potrebbe dirsi anche relativamente al rapporto tra sistema geocentrico ed eliocentrico.

Come si vede, in relazione alla dimensione pragmatica della conoscenza, è relativo il concetto di "oggettività" di quest'ultima per il fatto che rispetto ad un determinato contesto può continuare a definirsi "oggettiva" - nel senso di utilizzabile perché resistente alle obiezioni nascenti dai problemi del contesto determinato - anche una teoria che diventi inservibile sul piano "oggettivo" in un contesto più ampio che includa nelle coordinate conoscitive una variabile non conosciuta fino ad un determinato momento storico, senza tener conto

---

<sup>7</sup> Vedi, per tutti, POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it., Torino, 1970, *passim*

<sup>8</sup> Sul rapporto tra la fisica classica ed il relativismo einsteiniano, vedi, tra gli altri, HELLMAN, *Le dispute della scienza*, trad. it., Milano, 1999, *passim*.

della quale, nondimeno, nella dimensione più ristretta, la stessa teoria in esame funziona benissimo dal punto di vista pratico.

Anche relativamente al succedersi delle fasi nel procedimento penale ed all'innesto nel medesimo di nuovi contributi conoscitivi col progredire della sequenza procedimentale, si assiste ad una trasformazione della dimensione di "oggettività" della conoscenza che non esclude la medesima "oggettività" pur a fronte di un approccio unilaterale alla regiudicanda.

Si vuole dire che il p.m., se in maniera non capziosa e conformemente alla sua connotazione di organo pubblico che debba attuare la legge raccogliendo anche gli elementi a discarico, si confronta con tutti i dubbi che in lui insorgano nel percorso delle indagini, produrrà alla fine di siffatta fase una verità processuale che avrà i crismi dell'"oggettività" relativamente al contesto in cui l'inquirente opera<sup>9</sup> e per tale ragione si giustifica la regola di giudizio introdotta con la riforma Cartabia secondo cui è possibile ed anzi doveroso allo stato degli atti produrre una piattaforma di elementi che potrebbero portare pure alla condanna, dal momento che sia il pubblico ministero che il giudice per le indagini preliminari devono chiedersi in relazione alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale se con gli elementi raccolti sia possibile allo stato degli atti una condanna.

Naturalmente, con il successivo innesto della prospettiva difensiva il contesto della conoscenza si allarga e si approfondisce e si possono individuare variabili gnoseologiche prima sconosciute che sono in grado di consentire di superare le teorie esperienziali e scientifiche cui unilateralmente abbia fatto riferimento il pubblico ministero.

In tal modo, però, non si fa altro che sostituire un ragionamento oggettivo ad altro ragionamento anche esso oggettivo, pur se riferito a diverso contesto.

In realtà, il p.m., come titolare di un dovere di obiettività, non deve limitarsi ad un mero ragionamento in termini di probabilità, bensì, sia pure relativamente al contesto unilaterale che lo contraddistingue, deve ricercare la risoluzione di ogni dubbio immaginato e tendere, quindi, ad una ricostruzione in termini di evidenza dei fatti che potrebbe da sola condurre alla condanna, oppure in alternativa all'archiviazione.

Se residuino dubbi alla fine delle indagini, secondo una regola di giudizio conclusiva e non tipica solo di situazioni aperte a successive attività istruttorie

---

<sup>9</sup> Nell'ottica della "oggettività" dell'organo e dei risultati della sua attività, vanno reinterpretate le affermazioni contenute in interventi come quello rinvenibile in GUGLIELMI, DEIDDA, *Questione Giustizia* 4, 2014: *Obiettivo. Doveri e responsabilità del pubblico ministero "organo di giustizia, promotore di diritti"*, in *Questione Giustizia*, 2014, n. 4, *passim*

(non prevedibili se non in termini “divinatori”)<sup>10</sup>, il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari devono liberare l’indagato dal procedimento - né più né meno come farebbe il giudice del dibattimento - alla luce dello stato degli atti.

Nel passaggio dalle indagini al dibattimento, allora, si sostituisce un contesto in cui si è mirato a ricostruire una verità oggettiva, con un diverso contesto in cui, sia pure su altre basi, si mira a rielaborare una verità altrettanto oggettiva. Ragionando sempre su evidenze, tanto il p.m. che indaga quanto il giudice che conduce il dibattimento alla sua naturale conclusione decisoria devono mantenere un atteggiamento rispettoso dei canoni logico-formali - almeno negli esiti degli argomenti, pur se non nella posizione delle premesse dei ragionamenti che spetta sempre alle parti pure nel giudizio fondato sul contraddittorio<sup>11</sup> - ed operare le loro scelte finali non per un calcolo di probabilità bensì tenendo conto non solo del gioco delle ipotesi - che (queste sì) possono selezionarsi da parte del p.m. secondo coefficienti di probabilità, dal momento che potrebbero prospettarsi anche ipotesi frutto di dubbio iperbolico che per il loro tendenziale carattere infinito non potrebbero coltivarsi - ma anche di quello delle loro possibili e doverose falsificazioni logiche. Ciò dipende dalla loro natura di organi pubblici che devono oggettivamente attuare la legge.

Al contrario il difensore delle parti private, non essendo un organo pubblico, può improntare le sue scelte comportamentali anche a calcoli di mera convenienza e, quindi, in tale ottica, non evidenti, sebbene in ciò debba tener conto della possibilità che gli organi pubblici hanno di superare con la logica formale la sua proiezione meramente probabilistica. In siffatta prospettiva, per rendere credibili le loro argomentazioni, anche i difensori sono onerati a ricercare argomenti che abbiano una loro tenuta logico-formale, pur non avendo, peraltro, - se non sul piano pratico - il limite del dubbio iperbolico

---

<sup>10</sup> La riflessione sulla nuova regola di giudizio dell’archiviazione, così come quella parallela sul criterio decisorio in udienza preliminare a seguito della riforma Cartabia si iscrive nel contesto dell’animato dibattito sulla condivisibilità o meno delle intenzioni di tutta la riforma, su cui, tra gli altri, cfr. CANZIO - FIECCONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all’Europa*, Milano, 2021,127; FERRUA, *Riassetto senza modello e scopi dellattivi: la legislazione del bricolage*, in *Giust. pen. 2021*, III, 104; MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2; GIALUZ - DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano fra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 11.

<sup>11</sup> Si estende qui alla attività conoscitiva del p.m. la sollecitazione ad operare il controllo falsificante che in diverse sedi si è associato al ruolo del giudice terzo che opera a fronte del contraddittorio. In proposito, vedi, tra i vari interventi in proposito, MENNA, *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, in *Arch. pen. web*, 2022, *passim*.

per affacciare ipotesi che possono essere di solito ritenute eccezionali ed astratte e che ciò nondimeno il difensore cerca di accreditare.

Che rapporto sussiste, allora, tra siffatte situazioni e la discrezionalità giudiziale?

Tenendo conto del fatto che a livello istruttorio il giudice deve tendere a rimanere sullo sfondo, è chiaro che, innanzi tutto le parti (compreso il p.m.), quando non sono sicure delle premesse delle loro argomentazioni, in prospettiva abduttiva ed induttivo-probabilistica, muovono dalla posizione di ipotesi (sia pure connesse alla mera presupposizione di significati linguistici), ed allora effettuano un calcolo probabilistico<sup>12</sup>.

Ma questo non basta.

Il p.m., infatti, in quanto ha un dovere di obiettività, rispetto alle ipotesi fissate secondo calcolo che alla fine è probabilistico perché pur dovendo abbracciare tutte quelle immaginabili nell'eventualità in esame, non tiene conto delle ipotesi suggerite dal dubbio iperbolico, ha l'onere di attivarsi per controllare col gioco delle falsificazioni di tipo logico-formale la resistenza delle ipotesi alle corrispondenti obiezioni che anche da solo deve porre a se medesimo ed indipendentemente da una reazione della controparte.

Il p.m., inoltre, ha lo stesso onere di riscontro falsificante della versione di controparte che si opera in dibattimento coinvolgendo il giudice terzo.

Questi, dal canto suo, non ha alcun dovere (in sede di ammissione di prove e di intervento in sede di acquisizione delle medesime) di porre ipotesi - per cui non deve effettuare il corrispondente calcolo probabilistico e quando interviene lo fa sempre sulla base di convinzioni relative a elementi di argomentazione ritenuti evidenti o reputati come fonti di dubbio da risolvere in contraddittorio e, quindi, da sciogliere grazie alla disponibilità delle prove di parte e non mediante un suo intervento protagonista e svincolato dalle prospettive dei soggetti in lite. Egli, quindi, può mantenere tendenzialmente sempre un atteggiamento logico-formale. Si è in altra sede dimostrato che se così non fosse l'organo giudicante non rimarrebbe veramente terzo e verrebbe meno alla sua vocazione di organo dotato di solo potere cognitivo subordinato esclusivamente alla legge<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> In proposito, MENNA, *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, in *Arch. pen. web*, 2022, *passim*.

<sup>13</sup> Sul rapporto tra terzietà e *self-restraint* del giudice che opera e ragiona in termini logico-formali a fronte del contraddittorio, cfr. pure MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, Torino, 2017, *passim*.

Il difensore delle parti private e queste stesse - come è naturale - possono invece operare il loro calcolo probabilistico in tutte le fasi del procedimento probatorio e, per quanto di rispettiva competenza, anche in sede di discussione.

A questo punto, se si concepisce la discrezionalità giudiziale come un ragionamento probabilistico, va detto che mentre, come si è visto, le parti palesano segmenti delle loro condotte argomentative orientate al calcolo basato sulle probabilità, in principio il giudice può e deve rimanerne estraneo. Il problema della discrezionalità dell'organo giudicante si pone, però, rispetto alle componenti assiologiche del linguaggio<sup>14</sup> ed in genere alle questioni valutative a fronte delle quali anche il giudice - quando interviene nel contesto istruttorio - ed il pubblico ministero - nel contesto delle indagini - non possono mantenere la loro obiettività, non possono ragionare solo sulle evidenze e devono operare delle scelte discrezionali tra più opzioni di significato.

Relativamente alla tematica in esame, il problema dell'”oggettività” della conoscenza non si risolve ancorandosi al contesto della medesima e limitandosi a sostenere che la risoluzione del dubbio valutativo dipende da chi si pone il relativo problema e da come in un'ottica non sommaria o transattiva questo o questi soggetti risolvano la questione su basi di evidenza, anche se siffatta evidenza dovesse tradursi in una posizione di un dubbio insuperabile sul piano quantitativo dei dati a disposizione<sup>15</sup>.

La complessità della soluzione dell'incertezza assiologica sta nel fatto che chiunque si ponga l'accennato tipo di interrogativi si trova spesso - quando cioè non vi sia convergenza assoluta dei consociati sui significati fattuali - dinanzi a contrapposte soluzioni dei medesimi, entrambe sostenibili, a seconda della similitudine che si stabilisca tra una particolarità del fatto in esame ed altro caso analogo risolto, o, in direzione contraria, dell'analogia

---

<sup>14</sup> Le componenti assiologiche del linguaggio agganciano sempre il fatto a clausole elastiche presenti nelle norme che per poter essere attuate hanno bisogno di ragionamenti analogici che non sono di tipo rigorosamente logico-formale.

In proposito, vedi, per il problema del rapporto tra le clausole generali ed il problema della certezza del diritto SCODITTI, *Clausole generali e certezza del diritto*, in *Questione giustizia*, 2022, *passim*.

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra dubbio assiologico e dubbio quantitativo, ossia inerente ad un contrasto tra informazioni tipiche e non tra fatti opinabili, che proprio per la loro non opinabilità possono dar luogo ad una incertezza alimentata da contrapposte informazioni sullo stesso fatto tipico non superabili nella dimensione delle opinioni, cfr. già MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 1 ss. e, più di recente, *Idem*, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1, 1 ss.

che in alternativa si ponga tra un'altra particolarità dell'episodio e situazione similare<sup>16</sup>.

Siccome, cioè, non esiste un'unica sovrapposibilità astratta tra il fatto in questione ed altro caso simile, a seconda del grado di astrazione della vicenda e della relativa regola statistico-conoscitiva che si prescelga e, quindi, del profilo più o meno particolare che si faccia valere nel confronto con casi simili, per risolvere il caso bisognerà optare discrezionalmente - e, quindi, con calcolo probabilistico - tra un tipo di analogia ed un altro sempre sostenibile, sebbene in direzione divergente, dal punto di vista valutativo.

A questo punto, viene in rilievo il distinguo tra "idea" e "concetto" e tra "intelligenza" e "ragione"<sup>17</sup> o *recte* "attività ragioneristica". L'"idea" sintetizza in sé un'essenza che prescinde da contorni tipici della nozione a differenza del "concetto" e l'"intelligenza", allora, palesa - stando ad un condivisibile orientamento filosofico - aspetti creativi, appunto quelli propri di un atteggiamento discrezionale - che non sono propri dell'uso della "ragione" intesa come "attività ragioneristica". Ma, come si vedrà, questo non significa che non si possano comunicare idee e, non solo, che non si possano renderle pragmaticamente oggetto di concetti<sup>18</sup>, ferma rimanendo una dimensione ultima dell'idea che non è afferrabile dalla "ragione", per cui bisogna capire quando siffatto profilo possa pragmaticamente rimanere fuori dalla dimensione della ragione senza produrre danno agli obiettivi che la ragione si ponga<sup>19</sup>.

Questo accade lungo tutto il percorso del procedimento probatorio, dallo stadio ammissivo a quello valutativo finale della singola prova ed a quello ulteriore del sindacato di tutto il contesto delle risultanze per la decisione.

---

<sup>16</sup> Il procedere del ragionamento analogico, così, sconta un ineliminabile quoziente di creatività che è tipico dell'atteggiamento discrezionale rispetto alle questioni valutative. Sulla creatività dell'analogia cfr. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*; Eadem, «Salti mentali». (*Analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Questione giustizia*, 2018, *passim*

<sup>17</sup> Su queste distinzioni, vedi, per tutti, LIMONE, *Persona e memoria. Oltre la maschera: il compito del pensare come diritto alla filosofia*, Soveria Mannelli, 2017, *passim*

<sup>18</sup> Sul punto, vedi, per tutti, LIMONE, *Scolio sul concetto e sull'idea*, in *Idem, Persona e memoria. Oltre la maschera: il compito del pensare come diritto alla filosofia*, cit., *passim*

<sup>19</sup> Al fondo dell'"idea" c'è la "vita" con il suo nucleo ultimo di "inosservabilità" e, quindi, di incomunicabilità; ma ciò non toglie che a prescindere da questo nucleo profondo, anche le idee possano essere concettualizzate e, quindi, tipizzate e comunicate. In merito, cfr., per tutti LIMONE, *Persona e memoria. Oltre la maschera: il compito del pensare come diritto alla filosofia*, cit., *passim*



2. *L'ammissione probatoria tra dimensione gnoseologica oggettiva e soggettivismi probabilistici di approccio.* Muovendo dall'ammissione ed esemplificando, le parti, dovendo introdurre non solo dati, ma anche argomenti<sup>20</sup>, possono elevare ad ipotesi probatoria ed a programma della sequenza inventiva proposte di soluzione probatoria che potranno essere riscontrate con evidenza e, quindi, in modo ragioneristico dalla successiva acquisizione; e ciò o per il tenore meramente descrittivo del rilievo di dati da operare (ad esempio perché si tratti di accertare in un certo giorno se si sia verificato un evento meteorologico), oppure perché, pur spostandosi sul piano assiologico, il dato valutativo da raccogliere palesi un significato su cui converga unanimemente l'opinione pubblica di una certa comunità e di una certa epoca di riferimento (si pensi al carattere osceno di un comportamento umano su cui tutti concordano).

In siffatta prospettiva, l'ammissione richiesta, se inquadrata in un contesto di risultanze da domandare, affaccerà il tassello - pur singolarmente dimostrabile come evidente - di una versione complessiva che per la sua complessità in genere avrà un carattere probabilistico a differenza della connotazione palese che può - anche se non sempre - assumere la singola prova. In ciò bisogna distinguere il singolo elemento dal più ampio contesto cui faccia riferimento il singolo contendente. Infatti, i collegamenti e le implicanze tra i diversi dati - magari singolarmente evidenti - avranno bisogno del protagonismo attivo della parte che sceglierà, tra una congerie molteplice di spiegazioni di un complesso di avvenimenti, quella ritenuta più conveniente (se a scegliere è la parte privata che nondimeno sarà onerata ad associare la convenienza alla tenuta logica della versione) oppure quella più probabile e, quindi, non evidentemente in grado di escludere tutte le alternative prospettabili in assoluto (se a scegliere è la parte pubblica che quindi terrà conto della possibilità di superare il dubbio che si possa ragionevolmente concretizzare e non il dubbio iperbolico e, perciò, assoluto). In entrambe le prospettive, privata e pubblica, la regola inferenziale che sovrintenderà alla proposta di soluzione probatoria tenderà ad affermarsi come "oggettiva" (anche nel caso che a chiedere la prova sia il privato perché questi cercherà di superare il controllo falsificante della controparte pubblica e del giudice) e per oggettività va reputata la tenuta pragmatica della conoscenza su cui fonda la prospettazione del significato del singolo dato e del

---

<sup>20</sup> Sulla ammissione della prova, cfr., tra gli altri, ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, *passim*; FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, *passim*.

sensu di tutta la versione che si cerchi di accreditare, a prescindere dal carattere vero in senso assoluto dell'approccio conoscitivo che, come si è detto ed è pacifico, non può mai sussistere.

Quando si dice che il significato del singolo dato e di tutta la versione di parte devono tendere ad essere resistenti alle obiezioni formulabili, si afferma che, prima nel foro interno del singolo soggetto processuale - anche del privato che tende a superare il controllo falsificante - e, poi, nel contesto delle interazioni tra i soggetti di tutto il contesto processuale, l'oggettività del singolo elemento e di tutta la versione avanzata in genere per scelta probabilistica dalla parte ha a che fare con il gioco delle leggi scientifiche ed esperienziali - rette alla fin fine da arresti statistici - che hanno anche la capacità di operare riduzionismi nella conoscenza onde ancorare la medesima a misure preferibili in concreto che contemporaneamente eradicano la posizione delle indefinite alternative che affaccerebbe il dubbio iperbolico<sup>21</sup>.

Siffatta realtà dipende non solo dal dato ontologico per cui la conoscenza giudiziale sarebbe ingestibile se ci si abbandonasse alle infinite suggestioni del dubbio iperbolico, ma anche da un dato che ha un fondamento esegetico nel nostro sistema processuale. In proposito, la nozione di "ragionevolezza" del dubbio che è la misura del superamento della presunzione di innocenza ex art. 533 c.p.p. affonda le sue radici proprio nella distinzione tra concretezza ed astrattezza dell'incertezza, ossia nella differenziazione tra dubbio concreto - che trae alimento nelle sue linee di demarcazione dalle leggi della scienza e dell'esperienza - e dubbio iperbolico<sup>22</sup>.

I riduzionismi di cui si è detto sono apprezzabili per risolvere i dubbi - concreti e non iperbolici - relativi ad aspetti descrivibili e ponderabili in termini cognitivi (di marca scientifica o esperienziale), ma quando si passa alla dimensione assiologica, il momento cognitivo può ancora esplicarsi solo in riferimento alle evidenze, ossia può attenere ai profili valutativi solo quando su essi c'è accettazione unanime dei significati. Quando, al contrario, si sia in presenza di zone grigie della conoscenza in cui vi sia incertezza appunto di

<sup>21</sup> Il riduzionismo tende a dare una misura alla scelta dei profili su cui indagare relativamente ad un fatto, nel senso di limitare al minimo indispensabile i dubbi che servano a risolvere determinate questioni. Di questo si servono scienza ed esperienza per il progresso della conoscenza.

Sul riduzionismo cfr., per tutti, CHARLTON POLKINGHOME, *Riduzionismo*, in *Dizionario interdisciplinare di Scienza e Fede. Cultura scientifica, filosofia e teologia*, a cura di Tanzella-Nitti e Strumia, Roma, 2002, *passim*.

<sup>22</sup> Sulla ragionevolezza del dubbio ai sensi dell'art. 533 c.p.p. cfr., tra gli altri, ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, *passim*, CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2011, *passim*; Eadem, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, *passim*.

natura assiologica relativamente ad aspetti dei fatti avvicinati e si abbia a che fare non con evidenze, bensì con caratteristiche per le quali solo in termini analogici e, perciò, probabilistici si possa ritenere accettabile un significato del profilo fattuale in esame, ed anche il suo contrario, la scienza e l'esperienza dell'approccio cognitivo non aiutano ed inizia a regnare la dimensione della discrezionalità probabilistica. Questa incide non solo sull'azione delle parti, ma anche sulla valutazione del giudice, che dovendo ricorrere all'analogia per confermare o smentire i significati fattuali proposti dai contendenti e non disponendo delle evidenze (intendendo per evidente anche il dubbio sulla quantità delle informazioni che non è la stessa cosa del dubbio di marca assiologica) per distinguere il vero dal falso, deve dare fondo alla scelta probabilistica e, perciò, discrezionale delle opzioni di significato onde sindacare e decidere.

A livello di ammissione probatoria, le incertezze assiologiche, non essendo comprimibili nella loro quantità dalle leggi scientifiche o esperienziali - che invece con il loro effetto riduzionistico hanno la capacità di sottrarre gli oggetti avvicinabili con approccio cognitivo agli indefiniti tentacoli del dubbio iperbolico - possono moltiplicare in modo esponenziale i punti dubbi e le alternative di significato associabili alla loro soluzione. Esse, quindi, non si sottraggono all'influenza del dubbio iperbolico.

Si pensi, infatti, all'incidenza sulla rilevanza di una prova testimoniale di un'anticipata riflessione sulla potenziale attendibilità del dichiarante. In proposito, si possono esaltare in modo esponenziale indefiniti profili fattuali relativi alla personalità, al vissuto, alle relazioni del potenziale teste. Questo significa che in relazione ad ognuno degli innumerevoli profili si può ricorrere analogicamente anche a regole esperienziali o scientifiche utilizzate per risolvere casi analoghi, ma non si potrà mai avere la certezza che questi modi di soluzione in termini analogici degli indefiniti problemi posti dall'approccio valutativo siano decisivi e consentano di distinguere - per la questione generale dell'attendibilità del testimone - il vero dal falso. Infatti, basta sostituire una caratteristica particolare della questione ad altra per invalidare il ragionamento anche esperienziale e scientifico condotto - in termini analogici - rispetto ad altro profilo peculiare della problematica.

Questo significa che l'atteggiamento del giudice è di tipo cognitivo solo rispetto ai profili apprezzabili in termini riduzionistici sfruttando le evidenze di significato. In tal caso, esso potrà mantenersi obiettivo perché le soluzioni cognitive risolvono le questioni incidentali sollevate dalle parti relativamente a quegli aspetti quando possono mediante il controllo falsificante attingere alla

dimensione della necessità, considerando, però, l'utilizzabilità in termini pragmatici della scienza e dell'esperienza rispetto al contesto processuale dell'ammissione che garantirà - sia pure in termini relativi - sempre la possibilità di distinguere il vero dal falso<sup>23</sup>.

E ciò avverrà a patto che l'organo giudicante, per mantenere l'approccio cognitivo oggettivo, non cerchi probabilisticamente ipotesi fattuali da provare mediante regole inferenziali prescelte in modo indipendente dalle richieste probatorie delle parti. È chiaro, infatti, che se i profili particolari della vicenda da provare fossero autonomamente individuati dal giudice, la scelta ammissiva diventerebbe non oggettiva, ma soggettiva perché l'organo giudicante non potrebbe operare solo in negativo il controllo falsificante relativo alla manifesta e, quindi, evidente irrilevanza di una prospettiva affacciata da altri nel confronto con altre conoscenze palesi, bensì in positivo dovrebbe costruire il rapporto tra la prova da introdurre ed una intera versione di parte, con inevitabile scelta discrezionale tra differenti possibilità astratte di collegamento tra la nuova risultanza e gli altri elementi a cui dare ingresso<sup>24</sup>.

Per ciò che concerne, invece, le questioni assiologiche affrontate in sede ammissiva senza il conforto delle evidenze di riferimento, al fine di garantire l'oggettività dell'approccio alle medesime nel giudizio le soluzioni possono essere di due tipi, una delle quali *de iure condendo* al fine di rendere gestibile il processo.

In proposito, siccome l'ammissione in definitiva introduce un programma di successiva acquisizione che dovrebbe sciogliere le alternative di soluzione dei dubbi mediante un rilievo concreto di informazioni dal mondo esterno al processo, si prescinde qui dalla soggettività e dal carattere probabilistico della scelta della ipotesi probatoria da convalidare per risolvere l'incertezza assiologica - dovuta, per tornare all'esempio dell'incidenza del problema della potenziale attendibilità del teste sulla rilevanza della prova, all'insicurezza di risolvere la questione mediante la prova di cui si domandi

---

<sup>23</sup> La possibilità di distinguere il vero dal falso è affermata dai cognitivisti. In proposito, cfr. per tutti, CORRAO, *Questioni metaetiche contemporanee in filosofia analitica*, Lecce, 2010, *passim*.

<sup>24</sup> Sulla necessità che il giudice mantenga un atteggiamento neutrale ed oggettivo rispetto alle proiezioni probabilistiche di parte affacciate con le domande di prova cfr., già, MENNA, *sub. 190 c.p.p.*, in *Atti processuali penali - Patologie, Sanzioni, Rimedi*, a cura di Spangher, Milano, 2013, *passim*.

Sul fatto che il giudice non possa interferire con le prospettive ricostruttive dei contendenti elaborando ed affiancando proprie regole inferenziali di tipo scientifico o esperienziale a quelle avanzate dalle parti, perché altrimenti si realizzerebbe alla fine della attività istruttoria sempre una contraddittorietà di risultati conoscitivi, cfr., già, MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, *passim*.

l'ammissione in relazione all'aspetto particolare della questione prescelto con ragionamento analogico. Si vuole dire che, anche a fronte della soggettività e del profilo probabilistico della scelta dell'ipotesi probatoria, si potrebbe affrontare la sfida in sede acquisitiva e stabilire che, al di là della possibilità astratta di risolvere in altri modi la questione assiologica, in concreto la parte che ha chiesto una determinata prova può voler superare il dubbio assiologico attraverso l'approfondimento di quel particolare profilo fattuale e non di altri<sup>25</sup> e spetterebbe, poi, alla controparte l'onere di obiettare che esistano in concreto anche altre maniere di soluzione dell'incertezza valutativa come anche l'onere di proporre diverse prove per realizzare queste modalità di scioglimento del dubbio assiologico.

E' chiaro che siffatto modo di ragionare è legittimo, ma, come si vede, potrebbe rendere ingestibile il processo perché l'attività istruttoria necessaria per risolvere un problema assiologico come l'incidenza dell'attendibilità di un potenziale teste sulla rilevanza della prova dichiarativa potrebbe crescere in modo esponenziale e non dominabile, data l'influenza del dubbio iperbolico sulla posizione delle ipotesi di carattere valutativo<sup>26</sup>.

L'alternativa a siffatto tipo di ragionamento e di metodo di soluzione dei problemi assiologici - non assistiti in astratto da riferimenti di evidenze - in sede di ammissione della prova è, *de iure condendo*, l'attribuzione ad un organo rappresentativo (della volontà dei destinatari del giudizio penale) del potere di deliberare a maggioranza a quale profilo particolare della questione ancorare la soluzione della incertezza assiologica ed indirizzare necessariamente l'ammissione solo verso quell'aspetto dichiarandolo decisivo per la soluzione del dubbio relativo. Questa è la proposta avanzata *de iure condendo* in altra sede<sup>27</sup>.

### 3. *Evidenza e complicazioni assiologiche in sede di acquisizione della prova.*

Passando a definire in relazione al momento acquisitivo il rapporto tra il ruolo dei soggetti processuali e l'esigenza di dare rilievo all'evidenza dei significati del materiale inventivo nei limiti in cui ciò sia consentito, va sottolineato che anche rispetto a siffatto stadio del procedimento probatorio, diverso è l'atteggiamento del giudice e quello delle parti.

---

<sup>25</sup> Sulla possibilità di risolvere i dubbi assiologici che si pongono in sede ammissiva attraverso la successiva acquisizione della prova cfr., già MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

<sup>26</sup> In proposito, MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

<sup>27</sup> MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

Il bisogno di conservazione della terzietà del giudice anche durante l'assunzione delle prove risponde non solo ad un principio del processo accusatorio, bensì pure alla necessità di evitare la contraddittorietà tra i fini argomentativi dei contendenti e quelli dell'organo giudicante che, se non scongiurata, paralizzerebbe lo svolgimento della vicenda giudiziaria in un processo che per sua vocazione non può essere dominato - come quello inquisitorio -, anche se lo si volesse, dal protagonismo concorrente o esclusivo del giudice, per il fatto che esso deve comunque rimanere aperto alle proiezioni argomentative dei contendenti e, così facendo, il ruolo di ricerca attiva di piste ricostruttive - anche solo concorrente - dell'organo giudicante produrrebbe un contrasto di fini e, conseguentemente di risultanze conoscitive che non consentirebbe mai di condannare<sup>28</sup>. Siffatta ipotetica contraddittorietà di risultati probatori minerebbe l'oggettività e l'evidenza che il giudice tende a garantire nella ricostruzione del fatto - rispetto sia alle singole prove che al complessivo contesto delle risultanze - attraverso il controllo falsificante che ha il compito di porre in risalto le inconciliabilità logico-formali dei singoli risultati conoscitivi e delle implicazioni tra esiti probatori ricavati dai contendenti rispetto ai significati già evidenti che siano nel notorio, oppure agli atti perché non contestati o non contestabili.

Appunto dall'interazione in contraddittorio e dalla connessa attività falsificante del giudice dovrebbe risultare a conclusione dell'attività inventiva l'evidenza e l'oggettività della ricostruzione - sia pure relativa al solo contesto del processo e nell'ottica pragmatica già sottolineata - nel senso che le contraddizioni tra informazioni in ipotesi emergenti dalle differenti richieste probatorie dei contendenti devono ritenersi appianabili per effetto del sindacato falsificante del giudice, che, allora, alimenterebbe e non appianerebbe i contrasti se aggiungesse alle versioni dei contendenti la sua verità dal punto di vista esperienziale e scientifico e non solo logico-formale. Esse, quindi, non devono essere destinate ad esaltare il soggettivismo che residuerebbe in capo alle distinte ricostruzioni delle parti se non si producesse quel controllo globale di marca logico-formale degli elementi rinvenuti, bensì devono essere finalizzate a recuperare una coerenza delle singole informazioni e delle risultanze complessive che ne confermi l'oggettività e l'evidenza.

Questo effetto si produce anche se residuino dubbi. Infatti, ciò che allora risulterebbe frutto di una valutazione oggettiva e lineare sarebbe

---

<sup>28</sup> In merito, vedi MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, cit., *passim*.

l'insuperabilità del dubbio. Questa condizione va intesa come incertezza non addomesticabile nemmeno mediante ragionamenti analogici perché nelle ipotizzate situazioni le singole prove - essendo di marca cognitiva perché chiamate in modo tipico sempre a distinguere il vero dal falso (sempre però in prospettiva pragmatica) - non potrebbero essere frutto di una scelta soggettiva di profili differenti del fatto da accertare, e di connesse prospettive diverse di inferenze sul medesimo - a differenza che per le opinabili questioni valutative. Nella situazione considerata, al contrario, l'insuperabilità del dubbio sarebbe l'effetto dello scontro insanabile di esiti conoscitivi richiesti ed acquisiti sui medesimi aspetti dell'avvenimento da riscontrare, che avrebbero - in astratto - il loro riferimento in altrettante evidenze fattuali, che tali sarebbero perché il carattere dei fatti riscontrati sarebbe quello tipico delle informazioni di marca non valutativa. Questi profili, allora, non assumono in concreto la connotazione dell'evidenza della prova positiva o negativa solo perché sullo stesso fatto si ammette che si siano acquisite informazioni contrastanti non dal punto di vista dell'opinabilità, bensì sotto l'aspetto dello stesso contenuto tipico della informazione. E rispetto al materiale contrastante raccolto, bisogna concludere che non si potrebbero selezionare le parti vere da quelle false per mancanza di esclusive evidenze di riferimento in concreto - mentre esse sussisterebbero, come si è detto, in astratto, su un piano, cioè, in cui quelle evidenze, se singolarmente considerate, potrebbero risaltare quali situazioni manifeste di prove positive o negative che permetterebbero - in quanto isolatamente apprezzate - con certezza di stabilire le inconciliabilità logiche dei contenuti falsi e la conferma logica, per contro, di quelli veri.

Queste possibilità di ragionamento producibile in termini di certezza - sia pure relativa - rispetto a quanto sia vero e a quanto sia falso, non regge di fronte alle questioni valutative sulle quali non regni accordo nell'opinione dei destinatari della conoscenza pratica, perché in tal caso la conclusione conoscitiva che anche utilizzando la scienza e l'esperienza ben si atagli ad un profilo della questione affrontata può essere aggirata nel prisma delle valutazioni deviando l'obiettivo e, perciò, la prospettiva anche inferenziale della conoscenza, in modo da attingere alla dimensione della probabilità e delle conseguenti scelte soggettive non falsificabili in termini oggettivi.

Bisogna, però, stabilire come questo alternarsi della tipicità oggettiva del ragionamento - che abbia riferimento in evidenze - con l'atipicità soggettiva

tipica delle scelte valutative discrezionali<sup>29</sup> e probabilistiche afferisca al momento acquisitivo con riferimento specifico alle prove costituende nel processo, quali, tra le altre, le prove dichiarative.

Ebbene, se in particolare per l'acquisizione di prove dichiarative sia la parte a porre le domande al deponente, la distinzione tra il ragionamento valutativo e quello tipico cognitivo non serve ai contendenti perché questi sono portati ad inserire nella dinamica assuntiva di quelle prove sia i quesiti riferibili a parametri di riscontro evidenti e tipici, sia gli altri riannodabili a scelte opinabili, nella dimensione probabilistica e, quindi, discrezionale della complessiva versione del fatto che, essendo selettiva di specifiche piste investigative, necessariamente si regge appunto su globali calcoli probabilistici<sup>30</sup>.

Alla sola parte non sarebbe utile la messa al bando di locuzioni elastiche di carattere valutativo nel porre le domande per la ragione sopra segnalata.

Sennonché, per il controllo falsificante che comunque gli organi pubblici devono operare, chi impiega espressioni valutative nel formulare quesiti non deve attendersi risposte di marca assiologica perché se si legittimasse ciò non si potrebbe, poi, - per quanto già detto sull'opinabilità delle valutazioni in genere - sindacare la tenuta logica delle risposte. Ed allora, delle due l'una.

Per un verso, il soggetto che miri a sollecitare il controllo falsificante logico-formale oppure ad operarlo direttamente - come il giudice - può opporsi preventivamente all'articolazione della risposta rispetto alla domanda di contenuto assiologico in quanto quest'ultima sarebbe aspecifica - nel senso di non riferibile a particolarità uniche del fatto da confermare o smentire e conseguentemente non controllabile sul piano logico-formale in riferimento alla regiudicanda in funzione della vaghezza dei termini di riscontro fattuali<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Sul rapporto tra discrezionalità nel processo penale e dimensione valutativa e non meramente descrittiva della realtà cfr., per tutti, CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1985, *passim*. e MASSA *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado*, Milano, 1976, *passim*.

Su altro e distinto fronte, circa il rapporto tra discrezionalità e situazioni soggettive nel processo vedi, poi, CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, *passim*.

<sup>30</sup> Si vuole dire che anche se il riferimento ad un singolo dato oggetto della interlocuzione sia tipico e, quindi, possa essere confermato o smentito in termini di evidenza, il collegamento del medesimo alla congerie di dati che sono interni ad una articolata versione dei fatti non può che essere frutto di scelta probabilistica dal momento che l'individuazione della complessa proiezione sul fatto è sempre alternativa ad altre innumerevoli possibili ricostruzioni dell'avvenimento. Di qui il ragionamento sempre probabilistico - rispetto alle versioni complessive degli avvenimenti - dei contendenti, e non del giudice che fronteggi una attività istruttoria in contraddittorio. Su ciò, vedi MENNA, *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, cit., *loc. cit.*, *passim*.

<sup>31</sup> Sull'esigenza di specificità delle domande nell'esame incrociato cfr., tra gli altri: WELLMAN, *L'arte della cross-examination*, a cura di Frigo, Milano, 2009, *passim*; CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame*.



Per altro verso, però, e di contro, se non sia prodotta un'opposizione preventiva all'accennato genere di domanda, potrebbe darsi che a seguito della risposta verbale non possa reagirsi con l'applicazione di una sanzione se il deponente nel rispondere interloquisca non in termini di "idee" e, quindi, di valutazioni, bensì di "concetti" con i loro limiti tipici che spieghino in termini di informazioni sindacabili come vere o false l'alternativa ricostruttiva che chiarisca il dilemma assiologico posto dall'interrogante.

Che ad un quesito di marca assiologica si possa rispondere anche utilizzando "concetti" si deve ritenere possibile nell'ottica di quella linea di pensiero secondo cui le idee possono diventare oggetto di concetti<sup>32</sup> e pragmaticamente ci si può accontentare del riduzionismo concettuale quando sul piano pragmatico si riescano comunque a raggiungere gli esiti conoscitivi in termini di evidenza esperienziale o scientifica nel senso di riuscire a controllare l'asserzione data - singolarmente e nel contesto del materiale probatorio - come vera o falsa oppure come dubbia sotto il profilo di indisponibilità di altri dati che quantitativamente - e non a livello di opinione - facciano nettamente capire ciò che sia vero e ciò che sia falso in ciò che sia stato riferito.

In proposito, ancor più specificamente va detto che un'idea è sindacabile anche in termini concettuali - almeno in parte - se si consideri innanzi tutto che anche alla sostanza elastica di una locuzione corrisponde sempre un nucleo fattuale profondo sul cui significato regna l'accordo di tutti i consociati per cui se si depone confermando la sussistenza di siffatto sostrato profondo, si può ritenere raggiunta un'evidenza conoscitiva che potrebbe essere smentita o messa in dubbio solo sul piano dell'esistenza di altre informazioni e dati quantitativi, ma giammai sul piano di un significato alternativo confezionabile mediante un'opinione personale. Inoltre, a ciò si aggiunga che anche le idee, non solo rispetto al loro sostrato fattuale profondo, bensì pure rispetto a profili particolari di fatto di cui hanno bisogno per essere afferrate in loro aspetti concreti, presentano caratteri tipici di tipo solo limitativo di un'essenza assiologica - nel senso di introduttivo di confini esterni della medesima -, che come tali sono concettualizzabili e, quindi, sindacabili come veri o falsi.

Esemplificando, rientra nel nucleo inderogabile dell'idea di inviolabilità della libertà personale il divieto accettato da tutti i consociati di immobilizzazione

---

*Teoria e tecnica*, Milano, 2012, passim.

<sup>32</sup> Cfr., tra gli altri, LIMONE, *Persona e memoria. Oltre la maschera: il compito del pensare come diritto alla filosofia*, cit., passim.

fisica prolungata di un detenuto che debba rispondere di un piccolo scontro verbale con un agente penitenziario ed allo stesso modo appartiene ad un limite tipico di tipo procedurale - e come tale esterno rispetto all'essenza assiologica dell'idea di inviolabilità personale - il fatto che è illegittima una limitazione della libertà personale senza il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione<sup>33</sup>.

Per ritenere possibile la controllabilità logico-formale sia delle domande al deponente che delle relative risposte bisogna intendere la formazione del giudizio sulla regiducanda come un fenomeno progressivo<sup>34</sup> e non proprio solo del momento finale in cui il giudice si ritiri in camera di consiglio per elaborare il testo scritto della decisione.

E' chiaro che mentre si formulano i quesiti e si danno conseguenti risposte il giudice non solo controllerà il fine argomentativo dell'interrogante - e ciò rispetto anche al contesto delle risultanze ed al progetto di sentenza che il contendente che stia interrogando intenda coltivare - ma verificherà se il modo in cui stia ponendo in esecuzione la sua intenzione argomentativa attraverso il gioco delle domande e delle risposte sia controllabile logicamente. Conseguentemente, il giudice, anche se dovrà continuamente aggiornare il tipo di controllo posto in essere al tipo di acquisizioni ottenute, dovrà continuamente fare il punto della situazione circa il provvedimento emanabile allo stato dell'istruttoria raggiunto in relazione ai progetti di sentenza coltivati dai contendenti che vengono continuamente sindacati nella loro tenuta logica.

*4. Oggettività della conoscenza ed incertezze di opinione nella dimensione della valutazione probatoria.* Passando ora a sindacare il rapporto tra evidenza e valutazione della prova, da un lato, e redazione della sentenza, dall'altro lato, bisogna porre l'accento sui limiti della controllabilità logica del materiale raccolto e sui connessi poteri di intervento del giudice.

Per quanto concerne i primi, va operata pur sempre la distinzione tra le questioni assiologiche e quelle che possono essere oggetto di cognizione di tipo "concettuale" rispetto alle nozioni di evidenza ed oggettività delle soluzioni conoscitive.

In premessa a ciò, va detto che per poter operare la propria cognizione in sede di valutazione della prova l'organo giudicante deve porla in essere in modo progressivo - come si è detto - e non solo alla fine della acquisizione. In termini analoghi l'inserimento della valutazione della singola risultanza nel

---

<sup>33</sup> A tal proposito, cfr. MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

<sup>34</sup> In tal senso, già UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, *passim*

contesto del materiale probatorio a disposizione avviene anch'esso progressivamente e non solo alla fine dell'attività istruttoria.

Pure relativamente alle prove precostituite, siccome la proposta valutativa delle medesime viene avanzata dalle parti già al momento della domanda di prova, la successiva acquisizione dell'accennato genere di elementi pone subito il giudice in condizione di inserire il dato acquisito - con l'argomento associato allo stesso dalla parte - immediatamente nel contesto delle risultanze raccolte fino ad un certo momento in modo che si possa subito rilevare l'eventuale inconciliabilità logico-formale della o delle prove precostituite - per come interpretate nel contesto dai contendenti - rispetto ad altre evidenze ricostruttive.

Ebbene, già al momento della richiesta ammissione della prova precostituita - come si è detto - la parte può porre pure questioni assiologiche che - si è anche detto - non danno luogo in principio - e lo stesso vale per le prove costituenti - ad una inammissibilità della prova - a fronte di una loro insindacabilità in sede logico-cognitiva - per il fatto che quei quesiti valutativi si può tentare di risolverli mediante le acquisizioni. Queste, relativamente alle prove precostituite, sono soprattutto quelle del contesto più che la singola acquisizione del singolo elemento preconfezionato. Il problema semmai, come si è detto, per i quesiti assiologici sollevati in sede di introduzione di prove è quello della concreta possibilità di gestire la soluzione dei numerosissimi ed indefiniti quesiti dello stesso genere che possono affacciarsi. Relativamente alle prove precostituite - e, *mutatis mutandis*, in ordine anche alle prove costituenti - è soprattutto il ragionamento complessivo posto in essere dalla parte che può dare organicità logica al significato tributato al materiale raccolto. In tal modo, si sollecita una valutazione del singolo elemento che anche durante il progredire della istruttoria - come si è detto - non è mai disgiunta dal sindacato del complesso delle risultanze già mentre il contesto complessivo è in formazione.

Rispetto alle versioni globali che patrocinano i contendenti risalterà ancora il fatto che il pubblico ministero, quale organo pubblico, dovrebbe porre tutti i dubbi quantitativi che rispetto al materiale sindacabile - nei suoi limiti tipici e riferibili ad evidenze conoscitive - sono sollevabili anche rispetto alla globale versione di parte; e ciò tenendo comunque conto delle possibilità di porre in essere i riduzionismi esperienziali e scientifici del caso che servono a tenere lontano dall'interpretazione delle risultanze - sindacabili perciò logicamente rispetto alle evidenze e non rispetto alle preferenze personali - l'influenza del dubbio iperbolico. Al contrario, il difensore dell'imputato porrà tutti i

dubbi nascenti dalle quantità delle informazioni in relazione alla sua convenienza e certamente egli non si farà condizionare dal timore di entrare nella dimensione del dubbio iperbolico quando cercherà di accreditare versioni che invece *prima facie* potrebbero apparire al pubblico ministero influenzate dalla sfera di attrazione del dubbio iperbolico. Allora, per far rientrare nella dimensione della scienza e dell'esperienza interpretazioni che *prima facie* sembrerebbero iperboliche, il difensore dovrebbe - in modo scientifico ed esperienziale - cercare di mettere in dubbio anche la legge scientifica o esperienziale che ad una prima analisi farebbe scartare come iperbolica la versione eccezionale che si intendesse patrocinare<sup>35</sup>.

Tutto ciò vale per i dubbi inerenti a questioni solubili con la quantità delle informazioni. Rispetto ad esse il giudice, che, come si è detto, procede a valutazione probatoria già mentre è in corso l'istruttoria, può in qualsiasi momento stabilire la decisione che emanerebbe allo stato degli atti sulla base del sindacato esclusivamente logico-formale delle versioni dei contendenti accreditate fino ad un certo momento. Se, però, fermo rimanendo il divieto di uso della scienza privata, agli atti sia già presente l'indicazione di una prova nuova non chiesta dalle parti che appaia decisiva nel senso di poter ribaltare la decisione emanabile allo stato degli atti in un determinato momento, giustamente la giurisprudenza autorizza la possibilità di ammettere d'ufficio siffatta prova, anche se non sia conclusa l'istruttoria domandata dalle parti<sup>36</sup>. Ciò è perfettamente coerente con la formazione progressiva e non solo finale del giudizio sulla regiudicanda e, quindi, con la possibilità di stabilire la decisione che sarebbe emanabile allo stato degli atti.

Naturalmente, dovendo - in omaggio alla terzietà del giudice - allineare il potere officioso del giudice - come, *mutatis mutandis*, anche l'altro *ex art. 506 c.p.p.* e tutte le altre situazioni officiose che vengano in rilievo durante il giudizio in contraddittorio - all'atteggiamento di esclusivo controllo logico-formale di tipo falsificante dell'organo giudicante, la finalità dell'ammissione probatoria di ufficio sarà solo quella di stabilire in negativo l'eventuale

---

<sup>35</sup> E' possibile, infatti, che in sede probatoria si contesti anche la teoria scientifica o esperienziale su cui si basi un assunto probatorio.

Sulla tematica - *ex multis* - cfr. FELICIONI, voce *Prova scientifica*, in *Dig. disc. pen.* 2014, 611 ss.

<sup>36</sup> La Cassazione ha, infatti, sancito che «Qualora il giudice disponga, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., l'assunzione di un nuovo mezzo di prova - ivi compresa la perizia - senza attendere che sia «terminata l'acquisizione delle prove» (intendendosi con tale espressione soltanto l'esaurimento della fase dell'istruzione dibattimentale in cui può aver luogo l'ammissione di nuove prove), non può farsi da ciò derivare alcuna nullità, trattandosi solo di una semplice irregolarità sfornita di qualsivoglia sanzione processuale.» (Cass., Sez. I, 23 novembre 2000 n. 12081, in *www.dejure.iusexplorer.it*).

inconciliabilità logico-formale di una o di entrambe le versioni di parte con l'evidenza nascente in ipotesi dal risultato ottenuto ufficiosamente<sup>37</sup>.

Questo significa anche che provenendo l'ammissione ufficiosa dal giudice che può operare solo ragionamenti su evidenze in prospettiva logico-formale tipici del momento cognitivo propriamente detto, la stessa introduzione di prova, dovendo essere "decisiva" in termini logici, non può ispirarsi a questioni assiologiche - ammenocché la risultanza non sia finalizzata ad introdurre una soluzione di un quesito assiologico accettata da tutti ed ergentesi, quindi, a materiale evidente - , mentre, come si è detto, l'ammissione sollecitata dai contendenti può contenere anche profili di tipo assiologico.

Tornando alla valutazione probatoria del giudice ed al rapporto tra evidenza e redazione della sentenza e della sua motivazione, va sottolineato che alla fine di tutto il percorso istruttorio - durante il quale, come si è detto, si sia pure verificato se si possano sciogliere le incertezze assiologiche in modo "concettuale" e tipico, mediante i mezzi probatori connessi alla soluzione dei dubbi nascenti dalla quantità delle informazioni - si colloca il "*redde rationem*" di tutta la suddetta complessiva tensione alla evidenza conoscitiva. Può allora accadere che manchino gli elementi capaci di risolvere i dubbi valutativi attraverso la dinamica istruttorio ed il giudice non potrà far altro rispetto a siffatte incertezze che applicare ragionamenti probabilistici fondati sulla sola analogia e non più orientati dal contraddittorio bensì influenzati dall'aspetto "creativo" e discrezionale delle idee associate atipicamente alla soluzione delle accennate questioni.

In proposito, in altra sede<sup>38</sup> si è proposto di sollevare l'organo giudicante dal potere-dovere di risolvere le incertezze assiologiche discrezionalmente e di ripristinare la esclusiva possibilità del giudice di ragionare solo sulle evidenze conoscitive rimettendo la soluzione delle questioni valutative all'organo politico-giurisdizionale denominato "giuria elettiva di esperti" che con metodo deliberativo e non più cognitivo o, *recte*, non solo cognitivo

---

<sup>37</sup> Questa conclusione si può solo in parte ricavare dalle tesi secondo cui il giudice che ammette prove d'ufficio non elabora nuove versioni sul fatto ma si limita ad integrare le proiezioni ricostruttive dei contendenti, su cui, vedi, tra gli altri, MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, 929 e GUERINI, *L'iniziativa probatoria del giudice nel processo penale accusatorio: la Cassazione definisce i limiti dell'esercizio del "potere di completamento istruttorio" di cui all'art. 507 c.p.p.*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, *passim*. In più rispetto a siffatta presa di posizione, bisogna affermare che dovendo avere la prova raccolta ufficiosamente solo funzione di convalida e smentita logica di altre risultanze, essa non può sostituirsi a queste ultime come autonomo risultato conoscitivo che sostenga in positivo l'affermazione di un fatto o di un suo profilo.

<sup>38</sup> Cfr. MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

stabilizzino il giudizio relativamente ai problemi da risolvere con discrezionalità.

Se, invece, non residuano questioni assiologiche essenziali per la risoluzione della lite alla fine dell'*iter* istruttorio, il controllo logico-formale falsificante – sia del singolo risultato probatorio che delle intere versioni di parte, per come sindacate logicamente in relazione a singoli loro tasselli che, venendo meno in ipotesi, potrebbero pregiudicare sempre sul piano logico la tenuta della intera proiezione ricostruttiva di un contendente e per ciò solo far attribuire prevalenza al ragionamento pur probabilistico della controparte che, di contro, fosse priva di errori logici essenziali –, può essere sufficiente ad evitare qualsiasi esercizio discrezionale del giudice in sede di elaborazione del convincimento sul fatto e di decisione.

Se in sede di sindacato logico-formale delle singole versioni di parte, invece emergesse che tutte le ricostruzioni dei contendenti palesassero errori logici in relazione ad elementi centrali della corrispondente proiezione sul fatto, allora, non esisterebbe una alternativa ricostruttiva prevalente sulle altre, e, su un piano esclusivamente quantitativo, si dovrebbe affermare la sussistenza di un dubbio insuperabile che darebbe luogo all'applicazione dell'art. 530, co. 2 c.p.p.