



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
SCUOLA DELLE SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICO-SOCIALI

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport

**I LIMITI AL LIBERO CONVICIMENTO DEL GIUDICE
NEL PROCESSO PENALE E NEL PROCESSO CIVILE**

TESI DI LAUREA DI
DARIO GIOVANNI ZAMMUTO

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

MAGISTRALE



RELATORI

Ch.ssimia Prof.ssa **Lucia Parlato**

Ch.ssimio Prof. **Federico Russo**

*Agli amici, a quelli che vanno
via ed a quelli che restano.
Alla mia famiglia,
punto di riferimento
inamovibile della mia vita.
A mia madre e mio padre,
inarrestabili guide ed esempio
da emulare.
Non siamo fatti per stare da soli
Ma nemmeno con chiunque.*

INDICE

INTRODUZIONE	7
CAPITOLO I	1
ORIGINI ED EVOLUZIONE STORICO-GIURIDICA DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE.....	1
1. La nascita del libero convincimento del giudice	1
2. Ingresso ed evoluzione del principio del libero convincimento nell'Italia preunitaria e postunitaria.	8
CAPITOLO II	16
VALUTAZIONE DELLE PROVE DA PARTE DEL GIUDICE NEL PROCESSO PENALE	16
1. I criteri di legalità, pertinenza e rilevanza per l'ammissione della prova.....	16
1.1. La legalità della prova.....	16
1.2. Il criterio della pertinenza della prova	20
1.3. La prova "rilevante"	21
1.4. Non superfluità e <i>quantum probatorio</i>	22
2. Le prove tipiche ed atipiche.	23
2.1. Origini, evoluzione e disciplina delle due tipologie di prove	23
3. La prova documentale.....	26
3.1. La nozione di documento.....	26
3.2. Prova documentale e giudice	27
4. La prova testimoniale.....	28
4.1.Nozione di testimonianza.....	28
4.2. Il ruolo della testimonianza nel processo penale	29
4.3. (<i>Segue</i>) I limiti della testimonianza	30
4.4.La valutazione della testimonianza.....	31
5. La perizia	34
5.1. Definizione e limiti della perizia	34
5.2. Evoluzione della perizia.....	35
5.3. La valutazione: giudice-comune VS giudice-scienziato.....	35
6. La prova scientifica.....	38
6.1. La legge scientifica e la nozione di prova scientifica	38
6.2. Prova scientifica e contraddittorio	39
6.3. La preminenza della prova scientifica e la nascita della prova scientifica "nuova"	40
6.4. I limiti dell'art. 188 c.p.p. e la prova del DNA	42

6.6. La valutazione della prova scientifica: il caso Meredith Kercher	44
CAPITOLO III.....	47
VALUTAZIONE DELLE PROVE DA PARTE DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE	47
1. La prova documentale.....	47
1.1. Nozione di documento nel processo civile	47
1.2. L'atto pubblico: nozione, disciplina e rilevanza probatoria	48
1.3. La scrittura privata: definizione e disciplina.....	50
1.4. Cenni su altre prove documentali	53
1.5. Valutazione del documento e comparazione col processo penale	54
2. La testimonianza	54
2.1. Nozione e limiti della testimonianza	54
2.2. La dichiarazione testimoniale	57
2.3. Valore probatorio della testimonianza	58
3. La consulenza tecnica	59
3.1. Nozione ed evoluzione.....	59
3.2. La consulenza tecnica come mezzo probatorio	61
3.3. Disciplina della consulenza tecnica	62
3.4. Caratteri della consulenza.....	64
3.5. Consulenza tecnica e valutazione	65
CAPITOLO IV.....	68
DAL "LIBERO CONVINCIMENTO" NEL PROCESSO PENALE AL "PRUDENTE APPREZZAMENTO" NEL PROCESSO CIVILE	68
1. I diversi poteri valutativi del giudice nel processo penale e nel processo civile ..	68
1.1. Il concetto di verità materiale ed il ruolo del giudice	68
1.2. "Libero convincimento" e "prudente apprezzamento" a confronto	71
2. Gli effetti della confessione sul processo penale e sul processo civile.....	77
2.1. Nozione e caratteri	77
2.2. Le diverse ipotesi di confessione	81
2.3. La valutazione della confessione	84
3. Comparazione dell'influenza della prova per il giudice penale e per il giudice civile.....	90
CAPITOLO V	93
I LIMITI DEL GIUDICE NELLA VALUTAZIONE	93
DELLE PROVE.....	93
1. I limiti logici al libero convincimento	93
1.1. Massime di esperienza e fatti notori	93

2. I limiti legali al libero convincimento.....	97
2.1. La disciplina della "chiamata di correo"	97
2.2. La sentenza definitiva di un altro procedimento come prova dei fatti in essa accertati	101
2.3. La prova indiziaria	105
2.4. La disciplina delle contestazioni nel corso dell'esame.....	108
CONCLUSIONI	115
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUZIONE

L'art. 2697 c.c. recita testualmente che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento». Ad un neofita del diritto questa "massima" potrebbe sembrare scontata, tant'è che, nell'ambiente giuridico si sente dire spesso che "per avvocati e giudici esiste solo ciò che può essere provato".

Ma come funziona nel concreto questa macchina, chiamata processo, volta a dare il via all'operazione di valutazione di ciò che "esiste" (o che si intende dimostrare "esistente") nel mondo giuridico? Come fa un soggetto, chiamato giudice, ad accertare l'esistenza o meno di un diritto? Sono questi gli interrogativi che qui si vogliono dissipare; ma non solo. Al novizio potrebbe anche sfuggire quello che forse la società "comune" non sa sui processi sia civili che penali, e che a volte risulta oscuro, per i più disparati motivi, anche agli stessi praticanti del diritto: la differenza che esiste tra un giudice civile ed un giudice penale.

L'esistenza di un giudice per la materia civile ed uno per la materia penale sembra scontato per la società odierna, sicché si tende ad equipararli in tutto e per tutto, dagli aspetti prettamente esteriori (indossano comunque una toga e siedono in aula in una posizione sopraelevata rispetto alle parti) a quelli funzionali (entrambi pronunciano delle sentenze). Ciò che non viene preso in considerazione, invece, è quello che esiste solo nei retroscena inerente ai poteri attribuiti all'uno od all'altro giudice.

Questa è una differenza che si protrae da secoli nella storia giuridica e che trova la sua espressione odierna nella locuzione "libero convincimento del giudice".

Come si vedrà nel capitolo I, il principio del libero convincimento

del giudice nasce nella Francia post rivoluzionaria per permettere ai rivoluzionari neo-governatori di spazzare via gli ultimi residui della vecchia nobiltà tanto odiata utilizzando, comunque, mezzi idonei a dare quella parvenza di giustizia che veniva tanto richiesta dalla massa popolare. Nonostante la campagna anti-nobiliare, infatti, bisogna ricordare che tra i tre principi osannati dai rivoluzionari (égalité, liberté e fraternité) ve n'era uno che imponeva l'eguaglianza di tutti i soggetti (nobili o borghesi che siano) davanti (o sotto) la legge. Al fine di "agevolare" l'emissione di sentenze di condanne, si decise di dare spazio ad un convincimento del giudice, contrapposto al sistema della prova legale, in quel periodo predominante. Il temperamento del sistema delle prove legali fu accolto in pieno in Francia e, successivamente, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei.

Ripercorsa l'evoluzione storica del libero convincimento, ci si occuperà, nel capitolo II, di analizzare la situazione attuale inerente i requisiti di ammissione della prova e la valutazione di questa nel processo penale. Una volta indicati, infatti, quali requisiti debbano appartenere le prove per essere ammesse, si proseguirà con un'analisi accurata dei principali mezzi di prova e, soprattutto, della loro influenza verso il giudice, chiamato alla risoluzione della causa in oggetto. Più nel dettaglio, a seguito della distinzione che esiste tra prove tipiche e prove atipiche, si procederà con la trattazione, nel seguente ordine, della prova documentale, della testimonianza, della perizia e della prova scientifica.

Una volta descritto il quadro probatorio (o per meglio dire, parte di esso) tipico del processo penale, si provvederà a descrivere lo stesso nel processo civile, evidenziando, nel particolare, quali siano le differenze che caratterizzano i due sistemi processuali e, di conseguenza, i due giudici chiamati ad operare in questi due ambiti diversi. Si vedrà come il giudice penale sarà più "libero" nella valutazione delle prove richieste dalle parti,

a differenza del giudice civile, il quale dovrà, in determinate occasioni, limitarsi ad accertare la validità della prova, trovandosi costretto a valutarla per come la legge gli impone di fare.

A seguito della descrizione dei due sistemi processuali, come accade in una teoria che segue lo schema hegeliano, i due modelli considerati verranno messi in stretto confronto tra loro, analizzando le due disposizioni che, nei rispettivi sistemi, disciplinano il tema della valutazione delle prove: l'art. 192 c.p.p. e l'art. 116 c.p.c. Individuati i rispettivi poteri dei giudici, si è voluto porre l'attenzione del lettore in un istituto particolare, conosciuto dalla comunità, la cui disciplina risulta essere l'emblema della differenza che intercorre tra i poteri valutativi dei giudici: la confessione. Il IV capitolo si concluderà con una breve analisi dell'influenza esercitata dalle prove nei confronti del giudice nelle rispettive sedi, penale e civile.

Per concludere il V capitolo, si occuperà di definire, nel dettaglio, quali siano i limiti, dettati dalla legge o dalla logica, a questi poteri valutativi affidati al giudice penale. In particolare, si vedrà come determinati eventi storici (o comunque di notevole conoscibilità) e determinati istituti previsti dalla legge stessa "costringano" il giudice penale all'adozione di determinate conclusioni piuttosto che di altre.

CAPITOLO I

ORIGINI ED EVOLUZIONE STORICO-GIURIDICA DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

1. La nascita del libero convincimento del giudice

La figura del giudice, sia nei processi penali che in quelli civili, ha subito, nel corso dei secoli (e ultimamente anche nel corso degli anni) una evoluzione quasi del tutto indipendente da quella che ha caratterizzato, invece, la struttura dei processi nella storia.

Da secolo a secolo, infatti, se ci soffermiamo sulla figura dell'organo giudicante e sulla sua funzione, è possibile notare, come d'altronde confermato da tutta la storiografia giuridica, che la finalità ultima del giudice si limita ora a semplice "bocca della legge", che rappresenta la mera e pura volontà del sovrano (o meglio, della Corona), ora come interprete del diritto espresso dalla legge, espressione non più del semplice volere del Re ma del Parlamento, composto da rappresentanti del popolo sovrano, e ripristinatore dell'ordine giuridico turbato dalla controversia chiamato a risolvere.

Il principio del libero convincimento del giudice nasce proprio durante il passaggio tra queste due figure e, precisamente, nel periodo post rivoluzionario francese. Prima di questo momento, il procedimento probatorio, messo nella disponibilità delle parti al fine di ottenere una pronuncia a sé favorevole, era alquanto rigido e formale, data la preminenza del principio della prova legale, secondo cui tutte le prove erano quelle (e solo quelle) previste dalla legge, le quali vincolavano il giudice alla pronuncia di una determinata

sentenza.

La ragion d'essere e lo sviluppo di questo principio si devono al raggiungimento di un duplice obiettivo: la razionalità dell'accertamento processuale del fatto e, al tempo stesso, l'esclusione dell'arbitrio del giudice¹. Avendo il pieno controllo delle tipologie di prove concesse alle parti e vietando ai giudici qualsiasi possibilità di discostarsi da una diversa valutazione delle stesse rispetto a quella sancita dalla legge, il sovrano poteva così godere del controllo assoluto sull'amministrazione della giustizia, tenuto conto anche del fatto che i giudici erano da lui nominati.

L'ingresso del secolo XVIII segnò una profonda rottura con gli ideali che caratterizzarono il 1600; il *secolo dei lumi* portò, con le opere di Voltaire, le teorie di Montesquieu, il contratto sociale di Rousseau e l'Enciclopedia di Diderot e d'Alambert, una nuova corrente di pensiero che vide, come spirito dominante, una rinata fiducia nell'intelletto umano ed un modo nuovo di concepire le scienze, l'economia ed il diritto. La diversità con le idee e le consuetudini precedenti erano così profonde che questa nuova corrente di pensiero non poté che scontrarsi in maniera violenta e rivoluzionaria contro i pochi, ma dominanti, portatori e seguaci degli antichi costumi. Il diffondersi di questa nuova filosofia ebbe riscontri anche nella vita giudiziaria: le sue idee fondanti, in particolare la ripresa fiducia nelle capacità intellettive umane, sfociarono nella richiesta, sempre più forte, di associare al giudice, inteso come un tecnico del diritto, quasi un sacerdote, una giuria popolare, vista quasi

¹ G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto* (1929), trad. it. (sulla riedizione del 1958, curata da K. Zweigert), Giappichelli, 1961, p. 281, cit. da M. Nobili in *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, p. 6.

come «*palladio della libertà*»² ed espressione della nuova concezione garantistica del processo penale nata in quegli anni. Per correttezza, si vuole sottolineare che la nascita di giurie popolari non avviene esattamente in questo periodo; infatti, questi collegi giudicanti, nacquero e si erano già sviluppate nei sistemi di *common law* da cui furono importate nei sistemi giuridici continentali e, *in primis*, in Francia. Qui, per mezzo dei principi di oralità e immediatezza, di cui furono portatori, ebbero modo di dare il proprio, e forse più significativo, contributo per la nascita del libero convincimento del giudice. Tuttavia è opportuno segnalare come l'idea di un cittadino con funzione di giurato che esprimesse il proprio giudizio sulla colpevolezza o meno dell'imputato, facendo riferimento, in via prioritaria, al proprio istinto, portò ad una concezione (a dir poco) irrazionale del libero convincimento.

Con la rivoluzione francese, e con la totale negazione di tutte le istituzioni, le prassi (anche giudiziarie) ed i principi cari all'*ancien régime*, si è visto mutare radicalmente anche le modalità di valutazione delle prove da parte del giudice.

Prima prova, e forse la più rilevante, di questo orientamento è dato dal Tribunale rivoluzionario, risalente al biennio 1793-1795. In esso sono configurabili quelli che saranno i due principi ispiratori per la valutazione delle prove da parte del giudice: la ricerca della c.d. verità materiale ed il libero convincimento del giudice. Come giustamente sottolineato da un'autorevole dottrina, «questi due principi sono strettamente connessi, quasi complementari, tra di loro proprio perché, attribuendosi al giudice il compito di investigare sui fatti realmente accaduti per scoprire la c.d. verità materiale (quella,

² M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, p. 92.

cioè, che si assume preesistere al processo), egli non dovrebbe essere costretto da pretesi formalismi processuali, ma dovrebbe essere libero di formare la propria convinzione nel modo ritenuto più opportuno, quindi discrezionale, senza vincoli di sorta»³. L'origine di questo nuovo Tribunale la si deve alla politica rivoluzionaria di Danton, il quale occupava la carica di Ministro della Giustizia nel periodo immediatamente post rivoluzionario. Si deve far presente, tuttavia, che, a seguito della deposizione e dell'esecuzione del Re, la Francia assistette ad un profondo cambiamento degli assetti istituzionali: poco dopo la condanna a morte del Sovrano, infatti, tutte le istituzioni tipiche dell'*ancien régime* subirono un profondo mutamento e, in alcuni casi, addirittura la soppressione (ne fu esempio lo scioglimento dell'Assemblea nazionale). L'intento di Danton era dare libero sfogo alla rabbia ed alla voglia di soppressione delle classi aristocratiche da parte della borghesia rivoluzionaria; rinnegando i principi del processo garantista che si erano sviluppati di lì a poco, Danton fece emanare dalla Convenzione nazionale la l. 10 marzo 1793 con la quale si provvedeva all'istituzione del nuovo Tribunale rivoluzionario. Questo nuovo organo giudicante mirava esclusivamente a vestire con l'abito della legalità ciò che invece era compiuto, in precedenza, contro le leggi vigenti. A sopprimere i c.d. controrivoluzionari non erano più i privati cittadini, seguaci della corrente rivoluzionaria, ma un collegio giudicante, presieduto da un Presidente, e un pubblico accusatore, tutti e tre nominati dalla Convenzione con l'ordine di mettere sotto giudicare, nel più breve tempo possibile, chiunque non rispettasse gli ideali rivoluzionari, ad eccezione dei componenti della stessa

³ G. Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in Riv. di dir. proc. civ., I/2008, p. 124.

Convenzione nazionale e di altri pochi organi politici.

Il procedimento risultava essere alquanto snello in quanto il pubblico accusatore istruiva la causa, raccoglieva le prove a carico dell'imputato e lo presentava dinnanzi al collegio giudicante per il dibattimento; concluso quest'ultimo, il collegio si ritirava sotto la sorveglianza del pubblico accusatore al fine di giungere al verdetto, il quale veniva letto in udienza insieme alla sentenza di condanna, che non era per giunta impugnabile.

Una volta eliminati tutti i c.d. nemici della rivoluzione (aristocratici, preti controrivoluzionari ed addirittura l'*ex* Regina Maria Antonietta), il Tribunale rivoluzionario assunse le vesti di organo legale per la soppressione di dissidenti e avversari politici. In particolare Robespierre, il quale aveva provveduto alla nomina del pubblico accusatore e del Presidente del collegio giudicante, utilizzò questo nuovo organo giudicante per l'eliminazione anche di membri di governo a lui opposti. Tuttavia, fu proprio in questo periodo che il Tribunale ebbe difficoltà ad eseguire le direttive impostegli da Robespierre; infatti, a differenza dei nemici della rivoluzione, i membri rivoluzionari, messi sotto accusa anche tramite testimonianze formulate ancora prima dell'imputazione, cercarono di difendersi con tutti i mezzi a loro disposizione, potendo contare su di una moltitudine di testimonianze e prove a discarico; per la prima volta il nuovo Tribunale rivoluzionario assistette a processi della durata di svariati giorni. Messi alle strette, il pubblico accusatore ed il Presidente chiesero aiuto alla Convenzione affinché questa emanasse un atto che potesse portare a nuovi sviluppi e far cessare la situazione di stallo instauratasi. La richiesta fu quasi immediatamente esaudita con l'emaneazione di un decreto che sanciva la possibilità per i giurati,

qualora non si riscontrassero degli sviluppi durante il processo che potessero portare alla pronuncia di una sentenza, di giudicare secondo quanto era stato "*sufficientemente illuminato*" dalla loro coscienza. In poche parole, si dava la possibilità ai giurati di decidere la causa facendo ricorso al loro istinto ed alla loro coscienza, senza dunque tenere in considerazione quanto era stato provato a carico ed a discarico dell'imputato. Come espresso da alcuni autori, e da noi accolto in pieno, è così che «appare per la prima volta in forma esplicita il principio del libero convincimento del giudice. Non viene introdotto ed usato per ragioni di giustizia, ovvero a tutela della libertà e della difesa dell'imputato, ma all'opposto fine di scavalcare quel minimo di garanzie ancora rimaste nel processo in modo da ottenere un risultato illegale fissato a priori»⁴.

L'utilizzo spropositato di questo istituto iniziò a declinare a partire dall'emanazione delle due leggi del 27 gennaio e 7 febbraio 1801. La caduta di Robespierre (per mezzo dello stesso Tribunale) segnò un punto di cambiamento con la prassi maturata negli anni precedenti e portò ad un lento distacco del principio del libero convincimento dalla giuria. In particolare, con la prima legge si diede un temperamento al principio dell'oralità, visto come uno dei segni distintivi del libero convincimento, eliminando l'ascolto dei testimoni durante il processo, le cui deposizioni venivano verbalizzate ed analizzate dai giurati. Nonostante il parziale ritorno alla prova scritta, caratterizzante il processo pre-rivoluzionario, le giurie continuavano ad esistere per determinate materie; in altre materie invece furono competenti in via esclusiva giudici statali (magistrati). La fissazione

⁴ G. Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in Riv. di dir. proc. civ., I/2008, p. 128.

delle competenze dei magistrati statali e dei giudici popolari fu stabilita dalla seconda legge, quella del 7 febbraio 1801: solitamente si trattava dei reati più gravi, tali da far applicare pene più severe. Per il resto, si assisteva da una procedura abbastanza snella, caratterizzata dalla pubblica udienza di dibattimento, assicurazione del difensore per l'imputato e dal libero convincimento, che si andava via via stabilizzando come principio cardine del processo penale. Tuttavia, il risultato principale di queste leggi fu il ritorno ad una vecchia discussione: la preferenza, all'interno di un processo, delle prove legali o delle prove morali⁵. Lo stesso dibattito fu continuato dal Codice napoleonico del 1808; infatti, mirava alla conciliazione del principio del libero convincimento del giudice, tramite il quale veniva dato rilievo alla fase dibattimentale e, di conseguenza, ai principi di oralità ed immediatezza della prova processuale, con la fase istruttoria preliminare. Quest'ultima, che dapprima aveva ceduto il passo proprio al libero convincimento, fungeva da protagonista per una corrente giuridica nostalgica delle vecchie *Ordonnances* del 1670 e che avrebbe ridotto la fase dibattimentale a semplice riesame di quanto scritto durante le fasi preliminari⁶. Il superamento di questa diatriba portò alla soppressione delle giurie ed ad un nuovo sviluppo della figura del giudice funzionario, tanto cara alla tradizione dell'Europa continentale, con la facoltà, riconosciuta a questi, di poter decidere «come i giurati, senza essere costretti a nessun'altra prova che il loro

⁵ Chabot, *Intervento* del 3 piovoso anno IX, riferito da Esmein, *Histoire de la procédure*, p. 460, cit. da M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè 1974, p. 170. Per un esame approfondito del dibattito inerente le due leggi del 1801, si rinvia all'opera citata di M. Nobili, p. 168 e ss.

⁶ Da notare come si assiste, in questo periodo, ad un movimento dialettico, oserei dire hegeliano, delle due correnti diametralmente opposte: da un lato, la prevalenza del principio del libero convincimento del giudice, dall'altro la prevalenza della fase istruttoria antecedente al dibattimento. Il tutto si traduce nella diatriba tra principio dell'oralità e principio della prova scritta.

intimo convincimento»⁷.

2. Ingresso ed evoluzione del principio del libero convincimento nell'Italia preunitaria e postunitaria.

Per quanto concerne il nostro Paese, l'ingresso nel processo penale del principio del libero convincimento del giudice ebbe luogo quasi con *nonchalance*, in modalità più celeri e con minor problemi. Le ragioni della facile proliferazione di questo istituto sono molteplici: da un lato occorre sottolineare come l'idea di affidare le sorti di un giudizio alla coscienza del giudice è frutto proprio delle menti illuminate di giuristi lombardi, dall'altro l'iter di innesto dell'*intime conviction* in un sistema processuale già collaudato su di una istruttoria preliminare e per lo più scritta era stato già percorso dall'esperienza francese sopra descritta.

Tuttavia, a mio parere, è importante sottolineare alcune differenze che rendono peculiare l'entrata nella prassi legale e giudiziale del libero convincimento nel sistema giuridico italiano e, in particolar modo, nel sistema processuale penale italiano. Mentre negli altri Stati dell'Europa continentale, in particolare in Francia e, successivamente, in Germania, «l'intima convinzione» fu accompagnato (e ne fu quasi il frutto) dalle giurie popolari, in Italia, questa pietra miliare processuale fu affidata direttamente ai giudici statali, facendo sì che si saltasse uno di quei passaggi che ha costruito l'evoluzione di questo principio sul funzionamento dell'organo giudicante. L'esperienza dei giudici popolari, però, non fu del tutto

⁷ Parere della Corte di Collmar (in Esmein, *Histoire de la procédure*, p. 492, cit. da M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 175).

esclusa dalla storia giuridica «italiana»⁸ dato che, negli anni attorno al 1859, queste ultime trovarono il loro ruolo da protagoniste nel processo italiano, constatando un principio del libero convincimento ormai solidificato.

Il riconoscimento al solo giudice togato della facoltà di poter decidere una controversia facendo riferimento al proprio libero convincimento determinò la nascita di non poche correnti di pensiero contrarie a questa soluzione. Si temeva, infatti, che una tale prassi avrebbe portato inevitabilmente ad un arbitrio nell'esercizio di questi poteri. Come sosteneva Hélie, «il magistrato lascia penetrare nel suo spirito una certa qual presunzione d'immoralità e di colpevolezza, la quale involge tutti gli imputati. Egli finisce per mettersi in sospetto, preventivamente, della loro colpevolezza...per ciò si deve temere della lunga pratica dei magistrati»⁹. Se quella di Hélie era una critica moderata sulla prossima nuova esperienza del sistema processuale penale italiano, lo stesso non si può dire del resto della dottrina: rappresentante per eccellenza di una corrente dottrinarica che esprimeva un'aspra critica al nuovo principio processuale fu Giovanni Carmignani, giurista italiano e docente di filosofia del diritto e di diritto criminale presso l'Università di Pisa, arrivando addirittura a definirlo come «errore pestilenziale» ed «arma terribile». Lo stesso sosteneva infatti che «se nella decisione del fatto il magistrato fosse, come il giudice popolare, libero ed indipendente, egli apparirebbe una forza egualmente libera ed indipendente...di qui nasce...la necessità di obbligare il magistrato a seguir, nella decisione del fatto, la legge

⁸ Siamo nei primi anni del 1800 dove l'Italia era ancora "una mera espressione geografica" (cit. Klemens von Metternich, Cancelliere di Stato dell'Impero Austriaco); capite bene perché mi trovo costretto a dover usare le virgolette per l'aggettivo "italiano".

⁹ Hélie, *Teorica*, p. 54-64, cit. da M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 206-207.

scritta, come egli la segue nel diritto»¹⁰.

Nella grande maggioranza dei casi, l'ingresso del libero convincimento negli ordinamenti degli Stati italiani fu legato indissolubilmente all'ingresso dell'obbligo, per gli stessi giudici, di motivare la loro presa di posizione nella risoluzione di una controversia.

Ad esempio, nel *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* si prevedeva espressamente che «i giudici risolveranno tutte le questioni di fatto secondo il loro criterio morale», preoccupandosi anche di introdurre l'obbligo di dover motivare e giustificare la loro decisione ed indicare i mezzi di prova (esclusivamente quelle escuse in dibattito) che hanno contribuito a decidere in quel determinato modo quella controversia.

Gli stessi principi informavano il processo penale negli Stati pontifici, dove era in egual guisa previsto che il giudice dovesse giudicare seguendo «l'interno convincimento della coscienza» giustificando la propria decisione con una adeguata motivazione, prevista dalla legge.

Nel *Codice Penale Lucchese* del 1807 la norma più importante ai fini della mia indagine è data dall'art. 101 secondo il quale i giudici devono tenere conto, nella loro decisione, della «loro convinzione personale», la quale «deve risultare da tutto ciò che hanno inteso alla udienza». La parte finale dello stesso articolo risulta essere meritevole di nota: «I giudici non devono determinarsi a condannare, o ad assolvere il prevenuto fuorché dal sentimento dell'intima loro convinzione: la legge non domanda conto ai medesimi dei mezzi,

¹⁰ G. Carmignani, *Saggio*, p. 227, cit. da M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 205.

mediante i quali sono rimasti convinti; non prescrive alcuna regola, dalla quale debba dipendere la pienezza di una prova; la legge prescrive solamente ai giudici di interrogare se stessi nel silenzio delle passioni, e di ricercare nella sincerità, e tranquillità della loro coscienza quale impressione abbiano fatto nel loro animo le prove sentite contro l'accusato, ed i mezzi di difesa esposti dal medesimo: la legge finalmente domanda soltanto ai giudici la loro intima convinzione». Occorre tenere presente (e ad un'analisi più attenta si può anche scorgere da questi brevi estratti che ho qui riprodotto) che il codice penale lucchese subisce in modo rilevante l'influenza del neo codice francese di matrice napoleonica. L'ultima parte dell'art. 101, riprodotta pocanzi, altro non è che la traduzione dell'*istruzione* che, secondo l'art. 372 del *Code des Délits et des Peines* del 3 brumaio, il presidente del tribunale leggeva ai giudici popolari e che fu traslato, dal codice lucchese, ai giudici togati¹¹.

Nel Granducato di Toscana, il codice penale del 1838 all'art.222 sanciva che "i giudici, quanto al fatto, pronunzieranno secondo loro morale convinzione, limitandosi a dichiarare se consta o non consta in genere ed in specie del delitto, o della trasgressione, o delle sue circostanze se ne concorreranno ad aggravare od attenuare la imputabilità; quanto al diritto, in caso di condanna infliggeranno la pena ordinaria, e motiveranno in questa parte la sentenza, riportando il testo della legge penale applicata al caso". Dalla lettura dell'articolo in questione si evince chiaramente come non sussista nessun obbligo di motivazione sulla pronuncia per la risoluzione della controversia; unico obbligo procedurale risulta essere quello di indicare la legge che si presume violata giustificando esclusivamente non il perché di quella

¹¹ E. Dezza, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, CEDAM, 2001, p. 75.

decisione bensì il *quantum* della pena.

Il regno di Sardegna fu quello maggiormente influenzato dall'impero napoleonico e che al suo crollo si preoccupò di riformare il suo codice di procedura penale riprendendo, seppur con alcune modifiche, i modelli processuali prenapoleonici. Nel particolare, si riformò la procedura inquisitoria, una volta introdotto il principio del libero convincimento del giudice, lo si accompagnò, con la riforma del 1840, con l'obbligo di motivazione sia in fatto che in diritto¹², e in ultimo (ma tutt'altro che meno importante) introdusse per la prima volta in Italia, con la riforma del 1848, il sistema dei giudici popolari (per i soli reati di stampa)¹³.

Chi, al contrario degli altri Stati, non aveva ancora introdotto il principio del libero convincimento del giudice fu il regno Lombardo-Veneto. Il perché è presto detto: tutti gli Stati italici di cui ho parlato pocanzi, subirono, chi più chi meno, l'influenza della Francia napoleonica. Nel regno Lombardo-Veneto, al contrario, non era presente quel vento di pensiero napoleonico ma aleggiava la forte influenza asburgica, essendo parte integrante dell'Impero Austriaco: titolare del potere di governo era il Re-Imperatore che lo esercitava tramite un Viceré con sede a Milano ed a Venezia. Dopo aver chiarito l'assetto istituzionale del regno Lombardo-Veneto, viene facile capire come il punto di riferimento normativo non fu l'ordinamento francese bensì quello austriaco con il suo *Codice dei delitti e delle gravi trasgressioni politiche* del 1803. Quest'ultimo incentrava il proprio processo penale ancora sulle prove legali, non lasciando spazio alcuno al principio del libero convincimento del giudice.

¹² Risulta essere forse l'unico Stato a prevedere l'obbligo di motivazione non solo in fatto ma anche in diritto.

¹³ M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p.215.

Con l'unificazione del regno d'Italia, il 17 marzo 1861, da parte del regno di Sardegna, l'ordinamento giuridico di quest'ultimo fu diffuso in tutto il territorio italiano, insieme alle sue prassi ed ai suoi principi. Come ho esposto sopra, il regno di Sardegna rientrava tra quelli che avevano accolto in pieno il principio del libero convincimento e lo esportò in tutti i suoi domini. Mi preme fare, però, una precisazione: mentre nei vari regni preunitari si era consolidato l'affidamento del libero convincimento alla figura del giudice togato, l'espansione della vigenza del codice penale sabauda a tutto il territorio nazionale portò l'introduzione della figura dei giurati, istituiti prima per determinate fattispecie¹⁴ e dal 1859 in via generale per tutti i reati penali, modificando nettamente gli equilibri e l'organizzazione giudiziaria a cui erano ormai abituati i consociati di quelle determinate regioni. Il nuovo codice del 1859, all'art. 484, prevedeva che «la legge non chiede conto ai giurati dei mezzi pei quali eglino si sono convinti. Essa non prescrive loro alcuna regola, dalla quale debbano far dipendere la piena e sufficiente prova (...) prescrive loro di interrogare sé stessi nel silenzio e nel raccoglimento e di esaminare, nella sincerità della loro coscienza, quale impressione abbiano fatta sulla loro ragione le prove riportate contro l'accusato ed i mezzi in sua difesa. Essa propone loro questa sola domanda, che racchiude tutta la misura dei loro doveri: avete voi l'intima convinzione della colpeabilità o innocenza dell'accusato?». Il fatto che l'istruzione ai giurati fosse quasi la traduzione letterale al decreto francese 29 settembre-21 ottobre 1791 mostra quanto forte fosse l'influenza giuridica francese sul regno Sabauda prima e su tutta l'Italia poi. Da qui in poi, il percorso del libero convincimento in Italia può essere visto come il frutto di

¹⁴ *Supra.*

continui compromessi tra le varie correnti della dottrina che vede come dominante prima la corrente a favore di un libero convincimento senza limiti e della supremazia delle prove morali per la decisione di una controversia, poi quella nostalgica delle prove legali, la quale vorrebbe vincolare la decisione del giudice alle prove formate in fase di indagine (e non a quelle formate in dibattimento), ed infine all'ancoraggio del libero convincimento con l'obbligo di motivazione, in modo da permettere sia alle parti sia a terzi di individuare quale sia stato l'iter logico che ha portato il giudice, nella valutazione delle prove formatesi in dibattimento, a quella determinata decisione.

Negli ultimi anni del XIX secolo, il processo misto vigente in Italia dovette affrontarsi contro una parte della dottrina, la quale sosteneva la preminenza della componente inquisitoria a discapito di quella accusatoria. Da qui si muoveva verso una nuova interpretazione dell'aggettivo *libero* inerente al convincimento: si volle sottolineare il ruolo di supremazia della figura del giudice rispetto alle parti (in particolare, rispetto all'imputato) attribuendogli il potere di decidere autonomamente (e quindi liberamente) sull'ammissione di prove al di fuori della disponibilità delle parti. L'idea della prevalenza della parte inquisitoria su quella accusatoria nella tipologia di processo fu portata avanti e sostenuta anche nei primi decenni del XX secolo e per tutta l'era fascista. In questo periodo storico si vide nell'amministrazione giudiziaria, e nella sua funzione *decidendi* delle controversie, un prolungamento (o una espansione, che dir si voglia) della funzione amministrativa in generale, accompagnata dalle sue più peculiari caratteristiche: potestà pubblica e coercizione. Conseguenza diretta di ciò fu la riconosciuta possibilità al giudice di decidere "liberamente" non solo sulla situazione di fatto ma anche sull'acquisizione delle

prove su cui si fonda la ricostruzione della c.d. verità materiale.

Con la crisi del regime fascista e la nascita dello Stato di democrazia pluralista, si temperò alla visione prettamente inquisitoria del libero convincimento per abbracciare quella più garantistica, cioè quella che lo concepiva come momento intuitivo del giudice nella valutazione delle prove ma nella impossibilità, per questi, di introdurre a propria discrezione (e quindi *ex officio*) prove che non siano nella disponibilità delle parti, sempre restando il potere di giudicare sulla pertinenza, rilevanza, legalità e non superfluità delle stesse.

CAPITOLO II

VALUTAZIONE DELLE PROVE DA PARTE DEL GIUDICE NEL PROCESSO PENALE

1. I criteri di legalità, pertinenza e rilevanza per l'ammissione della prova

1.1. La legalità della prova

L'art. 190 c.p.p., rubricato "Diritto alla prova", al primo comma dice testualmente: «Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti». Tralasciando la prima parte del citato comma (estranea alla nostra analisi), è il codice stesso che stabilisce alcuni limiti ai mezzi con cui le parti possono provare i fatti dinanzi al giudice. Dal tenore letterale dell'articolo di legge, si evince l'esistenza di un duplice controllo sull'ammissibilità delle prove: il primo consente la proposizione delle sole prove riconosciute come non contrarie alla legge; il secondo viene effettuato solo successivamente al superamento del primo vaglio sulla legalità e mira a selezionare solo quelle prove che sono necessarie alla ricostruzione del fatto oggetto di

giudizio, riconoscendo la loro pertinenza e rilevanza. Entrambi questi vagli sono ad opera dello stesso giudice, il quale sembra svolgere quasi una funzione «notarile»¹⁵.

La norma in questione da un lato si riferisce al giudice, il quale non ha la possibilità di procedere alla ricostruzione del fatto in piena libertà ma deve soggiacere a dei limiti fissati dalla legge, dall'altro funge da garanzia per le parti, che si vedono immuni da possibili decisioni giudiziarie basate su elementi probatori che non sono riconducibili alla legge e, in questo modo, sfuggono alla loro finalità ultima: quella, cioè, di condurre alla pronuncia di una sentenza che sia espressione del rispetto della legge. Come può, infatti, una sentenza che sia basata su elementi *contra ius* essere intesa come "secondo legge" e quindi *iusta*¹⁶?

Nonostante la chiarezza dell'art. 190 c.p.p., parte della dottrina minoritaria ha avanzato l'idea che il giudice decida sull'ammissione delle prove richieste dalle parti non secondo quanto stabilito dal testo normativo, ma facendo ricorso al libero convincimento, previsto dall'art. 192 c.p.p.. Tuttavia, ad una lettura più attenta, e come evidenziato dalla più autorevole dottrina, si capisce bene come «il principio della libertà di convincimento del giudice si applica alle prove acquisite al processo nel rispetto della legge, non a quelle che, se si fosse tributata alla legge la debita osservanza, non sarebbero mai state (...) acquisite al processo»¹⁷. Il giudice, si diceva, ha l'obbligo di decidere *iuxta allegata et probata non secundum conscientiam*.

In relazione al criterio di legalità della prova, occorre

¹⁵ V. Perchinunno, *Le prove. Disposizioni generali*, in *Manuale di procedura penale*, Monduzzi, 2006, p. 203.

¹⁶ Qui intesa non solo come sentenza che opera secondo giustizia ma anche in riferimento all'etimologia della parola *iustum*: secondo il (conforme al) diritto (*ius*).

¹⁷ G. Ubertis, *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 708, cit. da R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, IV/2009, p. 1771.

distinguere tra prove "illecite" e prove "illegittime": le prime sono ottenute in violazione di una legge sostanziale; le seconde, invece, sono ottenute in violazione di una legge processuale. In dottrina, mentre appare chiaro e pacifico il rimedio alle prove illegittime (l'inutilizzabilità in sede decisionale da parte del giudice), non altrettanto è la sanzione per l'utilizzo di prove illecite, utilizzate in spregio della legge penale. La ragione di questo orientamento, seppur poco condivisibile, può essere circoscritta nella diversità delle fattispecie che i due tipi di norme, processuale e sostanziale, vanno a disciplinare: «le qualifiche d'ammissibilità e rilevanza appaiono formulate in base a criteri autonomi, endoprocessuali, fuori d'ogni riferimento ai paradigmi del diritto sostanziale»¹⁸. Restando fuori dagli schemi processuali, la prova illecita non viene così colpita dalla sanzione dell'inutilizzabilità; nulla impedisce, però, che la violazione della norma penale sostanziale si possa convertire in violazione della norma penale processuale, comportando, a sua volta, la conversione della prova da illecita a illegittima, qualora sia oggetto di riconoscimento di lesione ad un interesse giuridico identificato come meritevole di tutela. Ed è proprio dell'illegittimità della prova che parla l'art. 191 del c.p.p., rubricato "Prove illegittimamente acquisite": «Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate», prevedendo come sanzione la già citata inutilizzabilità. L'articolo preso in considerazione risulta essere il frutto dell'orientamento seguito dal legislatore nel 1988, volto ad assicurare la legalità della fase istruttoria, prevedendo non solo la natura della prova, che deve essere riconosciuta dall'ordinamento giuridico, ma anche disciplinando il modo in cui tale prova si forma,

¹⁸ F. Cordero, *Prove illecite*, in *Tre studi sul processo penale*, Giuffrè, 1963, p. 149.

sia prima che durante il processo penale.

Facendo riferimento alla natura della sanzione, poi, è interessante l'evoluzione che essa ha subito, di pari passo con l'evoluzione degli strumenti probatori. Infatti, come giustamente avanzato da parte della dottrina in materia, «se l'originaria impostazione del codice sanciva una perfetta simmetria, prevedendo per le prove invalide nell'*an* la sanzione dell'inutilizzabilità e punendo con la nullità le prove invalide nel *quomodo*, il testo definitivo ha opportunamente esteso l'inutilizzabilità al campo delle disposizioni disciplinanti l'intera fase dell'acquisizione probatoria»¹⁹. Quella dell'inutilizzabilità risulta essere un tipo di invalidità probatoria alquanto particolare, che si differenzia dall'altro tipo di invalidità, la nullità. Mentre quest'ultima, infatti, consegue all'inosservanza di prescrizioni legislative inerenti la forma di determinati atti probatori, l'inutilizzabilità viene prevista quale rimedio a vizi inerenti la formazione della prova. Si può dire, in modo di certo più pratico e meno solenne, che la nullità vada a sanzionare le inosservanze inerenti l'abito (la forma) della prova mentre l'inutilizzabilità vada a rimediare a vizi di sostanza della prova, che possono derivare o da metodi di acquisizione della stessa o dalla natura della prova.

Anche con riferimento alle conseguenze, i due tipi di invalidità sono profondamente diversi. La nullità, una volta fatta valere, comporta la non esistenza dell'atto viziato, con la conseguenza che quanto contenuto nell'atto non viene nemmeno analizzato dal giudice. L'inutilizzabilità, invece, comporta l'esclusione della prova dal materiale probatorio analizzato dal giudice al fine di giungere alla sentenza. Nonostante i vizi facciano riferimento alla fase

¹⁹ R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1774.

dell'acquisizione della prova, gli effetti dell'inutilizzabilità si esplicano solo nella fase finale del processo, quando il giudice, analizzato il materiale probatorio, le esclude per la ricostruzione del fatto giuridico controverso. Il regime sanzionatorio dell'inutilizzabilità non ammette sanatorie, al contrario di quanto previsto per alcuni tipi di nullità relativa. Come espressamente previsto dal secondo comma dell'art. 191 c.p.p., «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento», il che comporta la sua rilevanza anche nel corso del giudizio di cassazione. Ricapitolando, le ipotesi di inutilizzabilità non rappresentano un *numerus clausus* espressamente previsto dalla legge (come avviene per le nullità), ma vi si ricorre in tutti quei casi in cui si assiste ad una difformità tra il mezzo probatorio (o la sua formazione) e quanto previsto dalla legge.

Risulta interessante, infine, notare come, nel nostro sistema giuridico, nel processo penale non vuole riconoscersi il principio della tassatività della prova, potendosi ritenere «inammissibili solo le prove espressamente vietate»²⁰.

1.2. Il criterio della pertinenza della prova

Il secondo requisito che deve essere posseduto dalla prova di cui si richiede l'ammissione è la pertinenza. Questa può essere confusa con la rilevanza (che rappresenta, invece, il terzo requisito della prova), ma le due nozioni divergono leggermente. Con il termine "pertinenza", infatti, si fa riferimento alla possibilità di ricondurre quell'elemento probatorio al *thema decidendum* e quindi al *thema probandum*, mentre con il termine "rilevanza" si fa riferimento alla possibilità che quel mezzo di prova possa far giungere il giudice alla

²⁰ D. Siracusano, *Le prove*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, vol I, Giuffrè, 2006, p. 346.

ricostruzione del fatto giuridico al centro del processo.

Le due nozioni hanno pure riferimenti normativi differenti: l'art. 187 c.p.p. prevede la pertinenza della prova, l'art. 190 c.p.p., invece, prevede il requisito della rilevanza per l'ammissione della prova. Lo stesso art. 187 c.p.p., dicendo che «sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza», riesce a delineare i confini entro i quali deve rientrare l'elemento probatorio di cui si richiede l'ammissione, escludendo la possibilità che l'attività istruttoria possa eseguirsi su temi e fatti che risultino estranei all'oggetto del processo. Il principio di pertinenza riguarda non solo prove richieste dalle parti, ma anche quelle che possono essere assunte *ex officio* dal giudice o che, comunque, devono essere da lui conosciute in ossequio al principio *iura novit curia*²¹. Il criterio della pertinenza risulta essere confermato anche in giurisprudenza, dove si afferma che «la prova (...) può avere ad oggetto solo il fatto storico (...)»²².

1.3. La prova "rilevante"

Il citato art. 190 c.p.p., al primo comma, indica tra i requisiti per l'ammissibilità delle prove la «non manifesta irrilevanza». Come esposto da una autorevole dottrina, «non basta la delibazione di irrilevanza del mezzo di prova richiesto: l'inammissibilità della prova

²¹ Cass. Sez. III, sent. 24 aprile 1992 n. 660: In tema di «fatto oggetto di prova» (art. 187 c.p.p.), le norme giuridiche, quando siano espressione diretta o mediata del potere legislativo, devono essere conosciute dal giudice, in virtù del principio *iura novit curia*. Ogni altro atto o provvedimento di natura amministrativa deve invece, al pari di qualsiasi «fatto», costituire oggetto di prova.

²² Cass. Sez. V, sent. 16 ottobre 1992 n. 391. La Corte di Cassazione, in questa sentenza, decideva sull'accertamento inerente alla falsità materiale della procura legale stilata a margine della copia dell'atto di citazione allegato al fascicolo d'ufficio, in mancanza dell'originale. Il testo originario riportava: «Non può accertarsi la falsità materiale di un documento o della sola sottoscrizione quando, mancando l'originale, non si abbia la certezza assoluta della totale conformità a questo della copia disponibile; la relativa prova, pertanto, può avere solo ad oggetto il fatto storico della formazione della copia in modo conforme all'originale, non potendo la conformità essere dimostrata per induzione.»

è legata alla sua "manifesta irrilevanza", alla sua assoluta inconducenza rispetto alla regiudicanda»²³. Si vuole evidenziare come il legislatore, a nostra opinione, al fine di spingere il giudice ad una valutazione, seppur *prima facie* della prova, ha espressamente previsto che le prove oggetto di inammissibilità siano esclusivamente quelle che risultino *manifestamente* irrilevanti.

1.4. Non superfluità e *quantum probatorio*

Ultimo, ma non meno importante, requisito di ammissibilità della prova è la non manifesta superfluità. A differenza di quanto detto sopra, questo requisito non riguarda la prova in sé, il suo contenuto od il suo inquadramento e la sua previsione dall'ordinamento giuridico. Il criterio della non superfluità, infatti, introduce la tematica relativa a ciò che viene chiamato *quantum probatorio*. Alcuni autori hanno riconosciuto, come fondamento di questi requisiti, un principio sancito dal codice civile, il quale, all'art.2697, sancisce che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento». A ben vedere, però, nel processo penale, il *quantum probatorio* non deriva da questo principio civile ma dal fatto che l'accusa ha l'onere di provare la reità dell'imputato *oltre ogni ragionevole dubbio*²⁴. Onere, questo, che è rimasto privo di applicazione fino al 2006²⁵. Prima di questo momento, l'art. 530 comma 2 c.p.p. prevedeva soltanto che il giudice dovesse pronunciare

²³ D. Siracusano, *Le prove*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 346.

²⁴ L'espressione "ragionevole dubbio" è stata importata nel nostro sistema giuridico dai sistemi di *common law*, in cui ne troviamo la più esaustiva definizione al paragrafo 1096 del codice penale della California: «Il ragionevole dubbio (...) è quella situazione che, dopo tutte le valutazioni e le considerazioni sulle prove, lascia la mente dei giurati in una condizione tale per cui essi non possono dire di provare una convinzione incrollabile, prossima alla certezza morale, sulla verità dell'accusa».

²⁵ A seguito della riforma operata tramite la l. 20 febbraio 2006 n. 46, chiamata anche legge Pecorella, viene modificato l'art. 533, comma 1 c.p.p. che ora prevede «la pronuncia di sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio».

sentenza di assoluzione nei casi in cui risultava insufficiente o contraddittoria la prova che dimostrasse la perseguibilità del reo per quel fatto penale e cioè, che dimostrasse che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile. Tuttavia, in mancanza di altra norma che indicasse al giudice come operare, quest'ultimo si ritrovava privo di una qualsiasi metodologia che lo portasse a giudicare *insufficiente o contraddittoria* la prova avanzata dall'accusa a carico dell'imputato. Il parametro in oggetto fu posto in essere dalla giurisprudenza, la quale, in modo pressoché costante, ha affermato che «le prove d'accusa erano insufficienti quando il pubblico ministero non aveva dimostrato la reità eliminando nel giudice ogni ragionevole dubbio; mentre dovevano ritenersi contraddittorie quando, pur essendo prevalenti rispetto alle prove di innocenza, si inserivano in un quadro probatorio che nel suo complesso non appariva concordante e univoco»²⁶.

2. Le prove tipiche ed atipiche.

2.1. Origini, evoluzione e disciplina delle due tipologie di prove

La distinzione tra prove tipiche e prove atipiche non è un problema di bassa rilevanza per il processo penale, dati il percorso storico e le cause che hanno portato a tale differenziazione. Nonostante oggi sia pacifica l'esistenza di mezzi di prova non espressamente contenuti nel codice di procedura penale, questa affermazione non fu poi così scontata nella seconda metà del '900. Dietro alla distinzione tra prove tipiche e prove atipiche c'è un dibattito di matrice dottrina, protrattosi per decenni a partire dalla

²⁶ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013, p. 252.

fine degli anni '70, che mostra i suoi effetti ancora oggi, causando non poche confusioni ed ambiguità. Da un lato vi erano i sostenitori del principio di tassatività, dall'altro coloro che, diametralmente opposti, sostenevano il principio della libertà delle prove. Come spesso accade nella nostra realtà, la strada percorsa dal legislatore risulta essere una via di mezzo tra le fazioni dottrinali estremiste e portò alla stesura dell'art. 189 c.p.p., che prevede: «Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Si comprende bene come il legislatore abbia deciso di «non dettare alcuna aprioristica preclusione»²⁷, riconoscendo l'esistenza di mezzi di prova non previsti dalla legge e, comunque, fornendo un limite ai mezzi di prova che possono essere presentati al giudice per chiederne l'ammissione.

Il giudice, in questa fase, ha un ruolo pressoché decisivo, in quanto chiamato ad analizzare e studiare in via preliminare l'ammissibilità della prova presentatagli. Come osservato da un'autorevole dottrina, la libertà introdotta dall'art. 189 c.p.p. (quella cioè di richiedere l'ammissione di prove non previste dalla legge) sembra avere, ad una prima lettura, ampio spazio di applicazione; tuttavia, ad una lettura più ragionata, risulta illuminante capire come si possa ricorrere all'art. 189 solo se si richiede l'ammissione di una prova che escluda in via preliminare che «si tratti di un'esperienza conoscitiva da ricomprendere»²⁸ in una delle figure previste dal legislatore, come ad esempio la testimonianza, la perizia ecc.

²⁷ V. Grevi, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2006, p.303.

²⁸ M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 119.

La storia della prova atipica è stata caratterizzata anche dal rischio di "abusi" da parte di chi tendeva a "vestire" come prova atipica ciò che invece era nella sostanza qualificabile come uno degli strumenti probatori previsti dalla legge ma che, di questo strumento, difettava degli elementi o requisiti. Con questa pratica, quindi, si mirava ad eludere gli obblighi di contenuto della prova, riuscendo comunque a farla valutare dal giudice attraverso il suo libero convincimento. Si trattava, però, di prove che non erano propriamente atipiche ma che, in mancanza di quei requisiti (previsti per legge) richiesti per quel mezzo di prova, si configuravano come prove *contra legem* e, in quanto tali, destinate all'inutilizzabilità in sede decisionale.

Alla luce delle varie osservazioni sui mezzi di prova atipici, dunque, si può dire che l'esistenza e la previsione delle stesse possa essere riconducibile alla volontà del legislatore di pacificare due opposti orientamenti dottrinali. C'è poi chi legge nell'art. 189 c.p.p. una visione a dir poco lungimirante del legislatore, volta a consentire l'ingresso, nel sistema probatorio del processo penale, di quelle prove che saranno (e sono già tutt'oggi) frutto del «continuo sviluppo tecnologico»²⁹ di cui parleremo in seguito.

Ultimo punto da sottolineare, a mio parere, riguarda il contenuto della prova c.d. atipica. Non essendo riconducibile ad alcuna previsione legislativa, come si possa dire se queste prove adempiono e fanno rispettare il c.d. diritto alla prova? La risposta a questo quesito viene direttamente dall'art. 189 c.p.p., il quale dice che il giudice può assumere la prova «se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti». Lo stesso articolo, infine, chiarisce anche i requisiti per l'assunzione della prova, prevedendo al giudice la possibilità di

²⁹ D. Siracusano, *Le Prove*, in *Diritto processuale penale*, op. cit., p. 335.

«assumere la prova (solo) se non pregiudica la libertà morale della persona».

3. La prova documentale

3.1. La nozione di documento

Avendo parlato dei mezzi di prova in generale e dei loro requisiti per l'ammissione, iniziamo a discutere di quelli che rappresentano i principali e più importanti mezzi di prova ai fini della mia indagine.

In primis, non può essere trascurata la prova documentale. Per quanto concerne la definizione di "prova documentale", la dottrina si è divisa in due orientamenti: da un lato, facendosi forte del tenore letterale dell'art. 234, 1° comma, c.p.p., una parte della dottrina osava riconoscere, come documento, qualsiasi supporto capace di riprodurre, in qualsiasi modo, notizie rilevanti per la ricostruzione del fatto giuridico oggetto del processo; dall'altro, la fazione dottrinarica opposta screditava la possibilità che il citato articolo potesse fornire una vera e propria definizione di prova documentale, vedendo, piuttosto, nello stesso articolo di legge, delle indicazioni che avrebbero permesso a colui che pratica il diritto (o più comunemente al lettore) di giungere ad una propria definizione di "documento". Se il primo orientamento risulta essere troppo elastico nell'individuare la nozione di documento³⁰, il secondo, invece, risulta essere alquanto volubile, dato che si finirebbe per avere diverse nozioni di "prova documentale". In particolare, questo secondo orientamento vedrebbe nell'art. 234 c.p.p.

³⁰ Come spiegato da G. Spangher in *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, UTET, 2008, p. 319, questa tesi tiene in considerazione la sola funzione della prova documentale, cioè quella di possedere la c.d. capacità rappresentativa, che, per altro, può appartenere a diversi strumenti indipendentemente dalla "natura materiale del supporto o dalle modalità di rappresentazione".

due requisiti: uno positivo ed uno negativo³¹. L'elemento positivo è dato dalla capacità di contenere per iscritto una rappresentazione, una determinata situazione; l'elemento negativo, invece, si pone in relazione con l'intero sistema probatorio, volto a differenziare il documento dalla documentazione³². C'è poi chi ha visto nell'art 234 una doppia visione della prova documentale: se lo si analizza sotto il profilo processuale, e precisamente probatorio, documento è «quella rappresentazione di un fatto che è incorporata su di una base materiale con un metodo analogico o digitale»; se invece lo si analizza sotto il profilo materiale, documento è quel supporto, quella base materiale che contiene la rappresentazione utile alla ricostruzione del fatto giuridico³³. Come spesso accade nelle diatribe, anche in questo caso *in media stat virtus*: le teorie poc'anzi riportate non sono poi tanto incompatibili come si può pensare *in prima facie* ma insieme vanno ad individuare la nozione e la funzione della prova documentale nel processo penale.

3.2. Prova documentale e giudice

Tralasciando le particolarità, in sede disciplinare, inerenti ai vari tipi di documenti (ad es. il documento anonimo, gli atti di altri procedimenti o i documenti illegali), ciò che risulta essere maggiormente importante ai fini della nostra indagine è la valutazione della prova documentale da parte del giudice.

É opinione assai diffusa in dottrina che l'attendibilità di un documento dipenda dall'attendibilità del suo autore. Se si pensa che le prove documentali anonime non possono essere ammesse dal giudice

³¹ G. Spangher, *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, UTET, 2008, p. 320.

³² Vedi P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013 p. 360 e ss.

³³ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013, *passim*.

per l'impossibilità di chiamare a deporre l'autore delle stesse, allora si potrebbe pensare che la prova documentale non assurga al ruolo di prova "importante" nel processo penale, dato che la sua attendibilità deriva esclusivamente dall'attendibilità della testimonianza posta in essere dal suo autore. In questo senso, si potrebbe dire che, nel processo penale, la prova documentale funge da "accessorio" alla prova testimoniale³⁴. Ma si pensi al caso in cui il giudice reputi più attendibile la prova documentale alla deposizione del suo autore, perché ad esempio dichiarato infermo di mente successivamente alla redazione del documento assunto come prova; in questo caso, non si potrebbe dire che la prova documentale sia subordinata alla prova testimoniale, anzi, sarebbe il contrario: la prova documentale avrebbe la meglio sulla prova testimoniale e sarebbe più incisiva nell'azione di convincere il giudice verso una determinata sentenza.

Alla luce di quanto esposto, salvo alcuni limiti posti a garanzia del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, il quale vorrebbe che l'imputato possa interrogare, esaminare e far esaminare dal giudice il suo accusatore, qualsiasi rappresentazione di fatti, persone o cose può essere liberamente valutato dal giudice per la ricostruzione del fatto oggetto di procedimento penale.

4. La prova testimoniale

4.1. Nozione di testimonianza

Quella che viene considerata come la prova "principe" del processo penale è senza dubbio la testimonianza. Disciplinata dagli artt. 194 ss. c.p.p., non si trova, tuttavia, una definizione di

³⁴ Rapporto di accessorialità qui inteso, non come inerente ad un collegamento tra prova principale e prova accessoria tale per cui al decadere della prova principale decade anche la prova accessoria, piuttosto come situazione di inferiorità della prova documentale rispetto alla prova testimoniale.

testimonianza idonea ad evitare diatribe dottrinali. C'è chi, però, ha ovviato alla mancanza di una definizione adoperando un semplice calcolo matematico con gli articoli del codice di procedura penale³⁵. Da tale calcolo è stato riscontrato che «si identifica il testimone con la persona che – avendo conoscenza dei fatti oggetto di prova, essendo capace di testimoniare e compatibile con la relativa qualifica – sia chiamata a deporre, su richiesta di parte (o d'ufficio nei casi previsti), davanti al giudice³⁶.

4.2. Il ruolo della testimonianza nel processo penale

L'importanza che il nostro legislatore ha riservato a questo mezzo di prova la si può individuare da diversi "indizi" che possiamo dividere in quelli di tipo materiale o formale e quelli di tipo sostanziale. Per analizzare i primi, basterebbe notare come, nel nostro codice di procedura penale, l'istituto della testimonianza è disciplinato, non solo per primo, ma anche da ben tredici articoli (equiparato solo dalla perizia), al contrario degli altri mezzi di prova, i cui articoli che li disciplinano risultano essere inferiori rispetto a quelli della testimonianza e della perizia. Sul piano sostanziale, la sua rilevanza nel processo penale è data *in primis* dal fatto che, secondo quanto espresso dall'art. 196 c.p.p., «ogni persona ha la capacità di testimoniare», assicurando, quindi, a chiunque abbia conoscenze rilevanti per la ricostruzione del fatto giuridico, la possibilità di contribuire al rinvenimento di quella c.d. verità materiale, tanto agognata (e fine ultimo) in ogni processo.

³⁵ G. Spangher, *Procedura penale. Teoria a pratica del processo*, vol. I, UTET, 2015, p. 826.

³⁶ Tonini-Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2012, p. 206, cit. da G. Spangher, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I, UTET, 2015, p. 827.

4.3. (Segue) I limiti della testimonianza

Continuando la lettura del codice, si ha l'impressione che, salvo i limiti predisposti al 3° comma dell'art. 194, il contenuto della testimonianza sia talmente ampio da poter eclissare tutti gli altri mezzi di prova. Ad onor del vero, i limiti alla testimonianza si configurano come limiti alquanto incisivi, tant'è che parte della dottrina li ha voluti dividere in limiti oggettivi e soggettivi³⁷, al fine di poterli valutare in modo più accurato. Più precisamente, i limiti oggettivi sono inerenti al contenuto della deposizione testimoniale; i limiti soggettivi sono inerenti, invece, alla persona del soggetto chiamato a deporre. Possono inserirsi nei limiti oggettivi quelli posti dallo stesso art. 194, 1° comma, il quale sancisce il divieto di assumere deposizioni sulla moralità dell'imputato (o degli imputati), «salvo che si tratti di fatti specifici idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale»; altro divieto che incombe sul contenuto della testimonianza è previsto, sempre dal codice, per quelle deposizioni che riportano le c.d. voci correnti nel pubblico, oppure quelle che contengono apprezzamenti personali del teste³⁸.

Ben più ampiamente disciplinati sono invece i limiti soggettivi della testimonianza. Anche se «ogni persona ha la capacità di testimoniare», in realtà non tutti i soggetti, per il ruolo che questi hanno nel processo, hanno la possibilità di indossare le vesti di testimone. Si pensi, ad esempio, al giudice per le udienze preliminari che venga chiamato come teste nel processo ordinario: come potrebbe un soggetto come questi, che ha giocato un ruolo di particolare

³⁷ V. Perchinunno, in *Manuale di procedura penale*, Monduzzi, 2006, p. 212.

³⁸ In tema di testimonianza contenenti valutazioni personali del teste sull'imputato, si è pronunciata anche la giurisprudenza, la quale ritiene che, tale divieto, non adoperi allorché il testimone sia una persona professionalmente qualificata e racconti di fatti direttamente percepiti e valutati alla stregua delle sue particolari competenze tecniche (Cass. n. 38221/2008).

rilevanza, volto alla ricostruzione del fatto, collaborare in udienza e fornire informazioni prive di qualsiasi pregiudizio, quando, solo nella fase processuale precedente, ha rinviato a giudizio lo stesso imputato? Sull'istituto dell'incompatibilità testimoniale, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale la quale, decidendo su di una presunta incostituzionalità dell'art. 197 comma 1 lett. d) c.p.p. con gli artt. 3 e 24 Cost per la parte in cui non si prevedeva l'incompatibilità a testimoniare nei confronti del difensore, è giunta alla conclusione che, su tale incompatibilità, dovesse pronunciarsi il codice deontologico professionale, in quanto non disciplinabile «in termini assoluti ed astratti all'interno del codice»³⁹. La dottrina citata, poi, include, nei limiti soggettivi della testimonianza, tutte quelle situazioni, riconosciute e previste dal codice, in cui si prevede a una facoltà di astensione a carico del teste. Come infatti previsto dall'art. 198 c.p.p., è obbligo del testimone rispondere secondo verità, incorrendo, in caso di silenzio o dichiarazioni mendaci, nel reato di falsa testimonianza. Se per quel che riguarda il segreto di Stato e quello professionale (ex artt. 201 e 202 c.p.p.) questa dottrina potrebbe essere accettata, a mio avviso, tuttavia, nel caso di astensione riconosciuta ai familiari, non si tratterebbe di vera e propria limitazione alla testimonianza, piuttosto di una peculiarità che si evince nei casi in cui, chiamati a ricoprire l'ufficio di testimone, fossero soggetti che risultino alquanto legati (in tema di parentela) alla persona dell'imputato.

4.4.La valutazione della testimonianza

Il mezzo di prova della testimonianza, come già detto, permette al giudice di venire a conoscenza di notizie, inerenti il fatto giuridico

³⁹ Corte cost., sent. 23 aprile 1997 n. 215, cit. da V. Perchinunno, in *Manuale di procedura penale*, Monduzzi, 2006, p. 213.

in oggetto, per come sono raccontate da testimoni. Ma come deve comportarsi il giudice nel valutare quanto detto da questi soggetti? Quello della valutazione sull'attendibilità della testimonianza risulta essere un problema ancora oggi attuale perché non sono indicati, nei codici oggi vigenti, parametri che consentano al giudice di valutare la veridicità di quanto detto dal testimone durante la sua deposizione. Si diceva che «il testimone deve essere giudicato in relazione alla sua testimonianza nella stessa maniera in cui si giudica il sospettato o l'imputato in relazione al fatto che gli si attribuisce»⁴⁰. In realtà, non soffermandoci solo a *quanto* è stato detto ed approfondendo pure il *quando* è stato detto, si capisce bene come questa citazione sia risalente ad un periodo in cui le garanzie per l'imputato non si erano ancora sviluppate come quelle ad oggi previste a livello costituzionale.

In passato, la capacità di essere testimone non era riconosciuta a tutti ma solo a quei soggetti che potevano garantire, almeno sulla carta, la possibilità che venisse esposta una narrazione quanto più possibile vicina al vero. Successivamente, la legislazione ha soppresso tale limite alla capacità giuridica testimoniale, sostituendo a questa, il criterio della maggiore o minore credibilità della persona che rende la testimonianza⁴¹; criterio che doveva essere attuato dal giudice, non secondo regole ben precise, ma attraverso la sua libera valutazione. Compito del giudice, oggi, è quello di valutare come attendibile o meno un teste in quanto «il giudice non è vincolato ad assegnare un valore prestabilito ai risultati dell'esame»⁴². In tal senso, un giudice sarebbe libero di valutare come maggiormente attendibile la testimonianza della persona offesa, rispetto a quella resa da persona

⁴⁰ F. Carnelutti, cit. da D. Siracusano, in *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 370.

⁴¹ Vedi G. Corso, voce *Prova testimoniale*.

⁴² M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, p. 300.

estranea ai fatti. Possibilità, questa, anche confermata dalla Corte di Cassazione, la quale si è sempre eretta a paladina del principio del libero convincimento del giudice. In particolare, in tema di valutazione della prova testimoniale, «a base del libero convincimento del giudice possono essere poste le dichiarazioni della parte offesa (...), pur se non può essere equiparata a quella del testimone estraneo, può tuttavia essere assunta anche da sola come fonte di prova, ove sia sottoposta a un attento controllo di credibilità oggettiva e soggettiva (...)»⁴³.

Occorre, infine, esporre come il giudice possa essere messo nelle condizioni di giudicare sull'attendibilità del teste. A tal fine, il legislatore si è preoccupato di importare un istituto tanto caro ai sistemi di *common law*: il *crossing examination*. Tale istituto consiste nello stabilire un ordine in base al quale il teste venga esaminato dalle parti e, dal cui risultato, il giudice possa giudicare sulla possibilità di utilizzare quella deposizione per giungere alla decisione finale, espressa nella sentenza. In particolare, il teste viene per primo escusso dalla parte che lo ha chiamato e, successivamente, dalla parte a carico della quale è stato chiamato a testimoniare. Si assiste, quindi, alla sottoposizione di domande, prima da parte di colui che lo ha chiamato a deporre, al fine di ricevere dichiarazioni a suo vantaggio, e poi da parte dell'avversario, al fine di screditare quanto precedentemente dichiarato o di far risultare il teste non attendibile. Dall'operato delle parti e dalle dichiarazioni del teste, il giudice si troverà nelle condizioni di poter dichiarare, secondo la sua libera convinzione, se il teste era *credibile* o meno, se terrà conto di quanto dichiarato dal teste

⁴³ Cass. sent. 27 marzo 2003, n. 22848, cit. da A. Iacoboni in *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 2006, p.112.

per la formulazione della sentenza e se il teste ha detto la verità e, dunque, non è incorso nel reato di falsa testimonianza, disciplinato dal codice penale all'art. 372.

5. La perizia

5.1. Definizione e limiti della perizia

Insieme alla testimonianza, la perizia ricopre un ruolo di primaria importanza nel novero dei mezzi di prova previsti dal nostro codice di procedura penale.

Tra le molteplici nozioni avanzate dalla dottrina, quella maggiormente accolta risulta essere quella che vede nella perizia «la dichiarazione tecnica resa da determinata persona, avente cognizioni tecniche e scientifiche, su elementi di prova»⁴⁴.

Partendo dal dato normativo, oggetto della perizia risulta essere l'attività concernente lo «svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». L'attività del perito, dunque, è composta da almeno tre momenti: l'attività di indagine, l'acquisizione dei dati a seguito dell'indagine e l'esposizione della propria valutazione sui dati acquisiti⁴⁵. Ovviamente, come per tutti gli altri mezzi di prova, anche il campo di applicazione di questo strumento probatorio è limitato. È lo stesso codice che disciplina le limitazioni, che riguardano quelle perizie che hanno ad oggetto «l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»⁴⁶.

⁴⁴ A. Borettini, *La perizia nel processo penale*, CEDAM, 1940, *passim*.

⁴⁵ Vedi P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013, p. 339.

⁴⁶ Si ricorda che il divieto di perizia concernente la qualificazione psicologica dell'imputato non opera per i processi penali a carico di minori e nella fase di esecuzione della pena.

5.2. Evoluzione della perizia

L'istituto della perizia, per come lo conosciamo noi oggi, è alquanto diverso da quanto previsto nel vecchio codice. Nonostante, per espressa previsione legislativa, si dovesse ricorrere alla perizia per risolvere questioni che richiedevano particolari competenze tecniche, scientifiche o artistiche, era il giudice a decidere per quali questioni era richiesta la perizia, non essendo riconosciuto alle parti un diritto alla perizia che comportasse l'obbligo per il giudice di disporla. Come giustamente fatto notare, «la normativa del codice abrogato evocava una "scelta inquisitoria" (...) non sorretta dalle contrapposte valutazioni ed indicazioni delle parti (...)»⁴⁷.

Con l'introduzione del nuovo codice, dall'assetto più "accusatorio", il diritto alla prova (sotto forma di perizia) è stato pienamente riconosciuto alle parti, comportando un obbligo, per il giudice, di disporla quando ricorrono le condizioni per l'ammissibilità della stessa. C'è dell'altro: prevedendo esplicitamente le suddette condizioni di ammissibilità, il codice ha anche implicitamente vietato al giudice il ricorso alla perizia per la soluzione di una *quaestio iuris* in quanto, in questo caso, esperto in questo campo disciplinare sarebbe lo stesso giudice.

5.3. La valutazione: giudice-comune VS giudice-scienziato

La perizia viene vista spesso come il mezzo di prova più interessante, in quanto anche frutto delle novità tecnologiche in continua evoluzione. In un certo qual senso, potrebbe essere definita come uno strumento di collegamento tra il processo "vecchio stampo" e la realtà dinamica *extra processum*, memori dei postulati filosofici

⁴⁷ D. Siracusano, *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 387.

secondo i quali è il diritto che deve conformarsi alla società e non viceversa.

Insieme alla perizia, il codice disciplina, nello stesso capo, la consulenza tecnica di parte. La previsione della consulenza tecnica di parte si può tradurre come l'osservazione al principio del contraddittorio per la formazione della prova, sancito dall'art. 111 Cost. Mentre il perito opera per conto del giudice, il consulente tecnico di parte espone osservazioni o memorie che siano a vantaggio della parte che lo ha ingaggiato.

Avendo ricevuto sia le valutazioni del perito sia le memorie dei consulenti di parte, il giudice potrà operare alla valutazione della questione. Numerose sono le perplessità inerenti a questa fase processuale: da un lato si teme che il giudice si "sottometta" a quanto esposto dal perito e si limiti a riportare quanto è stato formulato dal perito, rinunciando sostanzialmente alla sua funzione di organo giudicante, dall'altro si teme che il giudice non tenga in alcun conto l'operato e le valutazioni ottenute a seguito dell'attività peritale, assurgendosi al di "giudice-scienziato", in ossequio al principio del *iudex peritus peritorum*. In realtà, sempre secondo la massima latina *in media stat virtus*, la verità sta proprio tra le due possibilità estremistiche. In questo campo, infatti, entra in gioco quel famoso principio del libero convincimento del giudice. A seguito del contraddittorio tecnico, il giudice dovrà appurare la validità e l'attendibilità di quanto riportato dal perito e osservato dai consulenti tecnici di parte. Nella valutazione di questo mezzo di prova, il giudice si trova in netta difficoltà, dovendo giudicare sul materie che non sono di propria competenza e di cui, si presume, non ne abbia alcuna conoscenza. A suo conforto, però, interviene quella metodologia

dell'assunzione delle prove che è centrale nel nostro sistema processuale penale: l'esame incrociato. Attraverso tale strumento, sono le parti, nelle figure dei consulenti tecnici, a dover orientare il giudizio sulla valutazione fatta dal perito a vantaggio di una delle parti, provandone la ragionevolezza in ossequio a quanto previsto dalle leggi scientifiche. Ma cosa succede nel caso in cui vi sia un conflitto irrisolto presso la comunità scientifica, a cui si fa un continuo riferimento? Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione, stabilendo che «quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta comunque al giudice prescegliere quella da preferire»⁴⁸.

Diversa questione, invece, attiene al problema inerente il parametro scientifico cui il giudice deve osservare per il giudizio circa l'attendibilità della perizia. Vero è che il giudice rimane estraneo alla comunità scientifica di cui fa parte il perito, ma sarà onere dello stesso giudice utilizzare, quale riferimento per la valutazione della perizia, l'orientamento maggioritario attualmente presente nel mondo scientifico. A conferma di ciò, la S. C., in una sentenza a Sezioni Unite, ribadisce come «pur in presenza di una varietà di paradigmi interpretativi, il giudice non può che fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un verso, siano quelle più aggiornate e, per altro verso, siano quelle più generalmente accolte, più condivise, finendo col costituire una generalizzata (anche se non unica, unanime) prassi applicativa dei relativi protocolli scientifici»⁴⁹. In ossequio a quanto predetto dalle Sezioni Unite, il libero convincimento non comporta per

⁴⁸ Cass., sez IV, 13 dicembre 2010, Cozzini, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1342, e in *Guida dir.*, 2011, n. 6, cit. da P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013, p.352.

⁴⁹ Cass. pen., S.U., 25-1-2005, Raso, cit. da G. Spangher in *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, UTET, 2008, p.284.

il giudice la possibilità di svincolarsi da qualsiasi metodologia di valutazione delle prove e nemmeno come «una vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo, ma come criterio di valutazione delle prove legittimamente acquisite nel dibattimento, senza i limiti che caratterizzano il rito civile»⁵⁰, come previsto anche dall'art. 193 c.p.p.. L'analisi e la valutazione di quanto è risultato nella perizia dovrà successivamente essere rapportato con tutti gli altri mezzi probatori assunti dal giudice per la decisione di quella causa. Solo nel caso in cui tutti gli esami peritali siano coerenti con il resto del materiale probatorio, e questo porti alla colpevolezza dell'imputato *oltre ogni ragionevole dubbio*, allora il giudice potrà pronunciare sentenza di condanna, indicando nella motivazione (anche) il procedimento logico che ha portato il giudice ad una determinata valutazione della prova peritale.

6. La prova scientifica

6.1. La legge scientifica e la nozione di prova scientifica

La prova scientifica può essere intesa come un sottoinsieme della prova peritale. Mentre quest'ultima trova espresso riconoscimento nel nostro codice di procedura penale (artt. 220 e ss.), non vi è alcun riferimento alla prova scientifica.

Da qui sorge un primo quesito: cosa si intende per prova scientifica? Come tutte le domande generali, anche questa sembra, a prima vista, un quesito di facile soluzione; e tuttavia, provando a rispondere, come si suol dire, "a bruciapelo", si hanno difficoltà a dare una definizione chiara e concisa che riesca ad essere soddisfacente ai

⁵⁰ G. Ubertis, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, UTET, 1995, e G. Spangher in *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, UTET, 2008, p. 283.

nostri fini di ricerca. Parte della dottrina ha inserito nell'insieme delle prove scientifiche tutte quelle prove che necessitano di tecniche e nozioni che vadano oltre il limite di ciò che viene definito "sapere medio". Più precisamente, si parla di prove scientifiche in riferimento a «operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte»⁵¹. Altri autori, invece, hanno eluso il problema della nozione in via autonoma, definendo la prova scientifica come «quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare» e definendo come scienza «quel tipo di conoscenza che ha per oggetto i fatti della natura, è ordinata secondo un insieme di regole generali che sono denominate leggi scientifiche e che sono collegate tra loro in modo sistematico ed accoglie un metodo controllabile dagli studiosi nella formulazione delle regole, nella verifica e nella falsificabilità delle stesse»⁵².

6.2. Prova scientifica e contraddittorio

Anche la prova scientifica soggiace al principio costituzionale posto alla base di ogni processo nel nostro sistema giuridico: il contraddittorio per la formazione della prova. Il rispetto di questo principio, impone che l'acquisizione di qualsiasi materiale probatorio debba avvenire in condizioni che assicurino il contraddittorio contemporaneo con tutte le altre parti, anche in caso di acquisizione di

⁵¹ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005, p. 12.

⁵² P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013, p.335.

prove irripetibili.

Tale principio, per la prova scientifica, è stato affermato per la prima volta nella sentenza delle Sezioni Unite Franzese, del 11 settembre 2002: prima di questa sentenza, si riteneva che la valutazione fatta dall'esperto fosse insindacabile da parte del giudice che, in quanto non esperto nel campo scientifico, doveva accettarla senza alcuna eccezione. Successivamente a questa sentenza, si è affermato che il giudice ha il potere-dovere di verificare l'attività svolta dal perito, «deve accertare se la legge scientifica è valida in generale e fare un tentativo di smentita»⁵³ ed, infine, verificare l'operatività di quella determinata legge scientifica sul caso concreto oggetto di giudizio. Altre due sentenze hanno segnato altrettanti passi importanti per l'introduzione della prova scientifica nel processo penale italiano: la sentenza Cozzini⁵⁴ e la sentenza Cantore⁵⁵. La prima analizza quale sia la figura del giudice nella valutazione scientifica, rafforzando l'idea espressa dal brocardo latino *iudex peritus peritorum*; la seconda descrive l'iter da rispettare affinché le prove, frutto di un'attività scientifica, possano trovare ingresso in quel determinato processo⁵⁶.

6.3. La preminenza della prova scientifica e la nascita della prova scientifica "nuova"

Con lo sviluppo tecnologico si è notato come, anche in campo processuale, prendesse sempre più piede la prova sorretta da valutazioni o strumenti scientifici e tecnologici. Addirittura, se in

⁵³ P. Tonini, *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in Dir. pen. e proc., 11/2015, p.1411.

⁵⁴ Cass., sent. 17 settembre 2010, n. 43786.

⁵⁵ Cass., sent. 29 gennaio 2013, n. 16237.

⁵⁶ O. Dominioni, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in Dir. pen. e proc., 5/2015, *passim*.

precedenza si è ritenuto che la testimonianza fosse la prova che più influenzasse il giudice nella formazione del suo *intime conviction*, oggi si registra una maggiore incisività della prova scientifica a discapito della prova testimoniale. Come fatto (giustamente) notare, «l'accuratezza della versione testimoniale è inevitabilmente attenuata a causa del costante ed inarrestabile decadimento, col passare del tempo, delle tracce sensoriali rispetto alla memoria ottica, dovuta agli stimoli visivi, e a quella ecoica, legata alle percezioni uditive»⁵⁷.

L'utilizzo sempre più frequente della prova scientifica nel processo penale è da ricondurre a più fattori, il più importante dei quali può dirsi sia lo sviluppo tecnologico sia la penetrazione della cultura scientifica nella società e nelle masse. Si diceva che «il diritto segue l'orientamento epistemologico del periodo storico che si trova ad interpretare»⁵⁸ e, di certo, non si può negare che la scienza e la tecnologia siano parte integrante del periodo storico che stiamo vivendo oggi. Elementi probatori che in passato erano difficilmente utilizzabili a causa di metodiche e strumenti imprecisi che non permettevano il raggiungimento di un convincimento del giudice sulla colpevolezza dell'imputato *oltre ogni ragionevole dubbio*, oggi risultano essere più attendibili e, quindi, maggiormente utilizzabili.

La recente dottrina ha elaborato la figura di prova scientifica "nuova", da accostare alla prova scientifica *classica*, di cui abbiamo parlato sopra. Ma in cosa si sostanzia la *novità* di questa figura probatoria? Si dice che la prova scientifica è "nuova" quando sia effettuata con metodiche o strumenti che non fanno ancora parte del patrimonio appartenente alla maggioranza della comunità scientifica o

⁵⁷ P. P. Rivello, *La prova scientifica*, Giuffrè, 2014, p.86.

⁵⁸ L. De Cataldo Neuburger, *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 608.

quando tale tipo di prova non abbia avuto esperienze processuali precedenti⁵⁹.

6.4. I limiti dell'art. 188 c.p.p. e la prova del DNA

La tematica delle prove scientifiche (nonché degli strumenti tecnologici idonei a facilitare la "scoperta" della verità), si è dovuta scontrare inevitabilmente con il divieto sancito dall'art. 188 c.p.p., il quale, è bene ricordarlo, esprime l'impossibilità di utilizzare «nemmeno con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». Il pieno riferimento a strumenti tecnologici risulta palesemente chiaro. Il principio enunciato dal citato articolo di legge è la risposta a chi chiedeva la trasposizione, nel codice di procedura penale, di un divieto che era difficoltosamente percepibile nel vecchio codice. Con l'inserimento della sanzione dell'inammissibilità per i mezzi di prova formati con le anzidette metodologie e strumenti tecnologici, il legislatore ha voluto implicitamente proibire, per il nostro processo penale, l'utilizzo di strumenti quali la c.d. macchina della verità, l'ipnosi o il siero della verità, nonché tutti gli strumenti che incidano sulla libertà personale dell'indagato, dell'imputato o di terzi, salvi i casi previsti dalla legge⁶⁰.

Da quanto detto, si potrebbe dire che l'art. 188 rappresenti un

⁵⁹ Come segnalato da P. P. Rivello in *La prova scientifica*, cit., p. 110, secondo G. Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1200, sono da ricomprendere nel novero delle prove scientifiche nuove «i tests genetici del DNA, gli esami biologici, le analisi chimiche e tossicologiche, gli esami psicologici, le informazioni desumibili da studi epidemiologici, da sperimentazione su animali, da calcoli statistici e bio-statistici, la ricostruzione della dinamica dell'evento mediante il computer, il metodo spettro-grafico di riconoscimento vocale (*voice-print*), la stilometria come tecnica di misurazione qualitativa dello stile letterario di una persona per l'attribuzione ad essa di una dichiarazione scritta o orale».

⁶⁰ Sent. Corte Cost. n. 238 del 9 luglio 1996.

grosso limite alle prove scientifiche, se non fosse che la l. 85/2009 (promulgata con lo scopo di favorire la lotta al terrorismo internazionale) ha disciplinato quella che, senza remora, può essere identificata come la prova scientifica per eccellenza: la prova del DNA. Riconducendola alla disciplina in materia di perizia (prevedendo un art. 224-*bis* nel Capo VI sulla perizia), questa può ritenersi esclusa solamente quando viene riscontrata la sua superfluità o irrilevanza, purché sia rispettato il principio del contraddittorio *ex art. 111 Cost* con l'assunzione della prova in dibattimento o, in caso di prova irripetibile, in incidente probatorio. Numerose sono state le critiche alle lacune presenti nel nuovo art. 224-*bis*, mosse da parte della dottrina. In particolare, per quanto riguarda la persona dell'indagato (o imputato)⁶¹, si denunciava la mancata specificazione circa la natura (tassativa o meno) dell'elenco degli atti di cui al comma 1 del citato articolo, la portata dei c.d. accertamenti medici, in cosa consistessero, le procedure per i prelievi di materiale biologico in caso di accertamento coattivo e, per finire, la sanzione inerente alla mancata osservanza di quanto stabilito dallo stesso articolo di legge.

Mentre parte delle critiche sono sorrette da fondati dubbi empiricamente rilevabili, altre, a mio avviso, possono essere facilmente confutate. Ad esempio, alla critica sulla mancanza dell'indicazione della sanzione, si può facilmente ribattere che la sanzione inerente ai mezzi di prova acquisiti o formati in spregio delle indicazioni dettate dalla legge è *ope legis* l'inutilizzabilità rilevabile in ogni stato e grado del procedimento.

Critiche a parte, è innegabile che gli esami coattivi previsti

⁶¹ Per maggiore approfondimento, vd. C. Fanuele, *La prova genetica: acquisire, conservare ed utilizzare i campioni biologici*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2015, pp. 99 ss.

dall'art. 224-*bis* hanno facilitato di gran lunga il lavoro investigativo della polizia giudiziaria e degli organi inquirenti tutti, spianando, a sua volta, la strada al giudice, al fine di poter ricostruire il fatto e pronunciarsi sulla colpevolezza dell'imputato.

6.6. La valutazione della prova scientifica: il caso Meredith Kercher

Ma qual è il ruolo del giudice nella valutazione della prova scientifica? Per rispondere a questa domanda è mia intenzione andare ad analizzare uno dei casi giurisprudenziali di recente risoluzione che ha avuto la sua rilevanza non solo in ambito giuridico ma anche in ambito diplomatico: il caso Meredith Kercher. Il caso, riportato nelle maggiori testate giornalistiche (non solo nazionali ma anche internazionali), vede come vittima di omicidio Meredith Kercher e, come imputati, i soggetti Rudi Guede, Raffaele Sollecito ed Amanda Knox. Mentre il primo ricorre al giudizio abbreviato, gli altri due imputati non usufruiscono di alcun rito speciale. La Corte d'Assise di Perugia, facendosi forti dei numerosi reperti biologici appartenenti ai due imputati sull'arma del delitto e sugli abiti della vittima, non hanno risposto alle richieste degli imputati sull'istituzione di una perizia per confermare (o smentire) il nesso tra quanto è stato ritrovato dalla polizia giudiziaria e l'omicidio della ragazza inglese. In sostanza, i giudici di prime cure hanno ritenuto di poter risolvere loro stessi, in forza del principio *iudex peritus peritorum*, una situazione alquanto complessa, facendo affidamento alla propria conoscenza scientifica. Ulteriore punto da segnalare è l'attribuzione «a tutti gli altri elementi, significati accusatori forzatamente convergenti»⁶² con le prove

⁶² D. Signori, *Passato e futuro nelle sentenze per l'omicidio di Meredith Kercher*, in Dir. pen. e proc., 6/2015, p. 748.

genetiche anzidette. La Corte d'Assise di Appello di Perugia, non solo ha criticato l'interpretazione del principio *iudex peritus peritorum* così come utilizzato dal giudice di prime cure, ma ha ovviato all'*error in procedendo* di quest'ultimo richiedendo una perizia e constatando, sulla base di quanto accertato dai periti, che la polizia scientifica non aveva rispettato i protocolli internazionali per la raccolta del materiale biologico, causandone la contaminazione e, quindi, abbassandone l'attendibilità. Tutto ciò portò alla sentenza di assoluzione dei due imputati, in ossequio a quanto disposto dall'art. 530 comma 2 c.p.p.. Proposto ricorso per Cassazione, la Suprema Corte ha accolto le tesi del Procuratore Generale sui vizi inerenti il *modus iudicandi* della Corte d'Assise di Appello di Perugia, sulla base del fatto che i giudici di seconde cure hanno valutato le prove a loro disposizione singolarmente, non valutandole globalmente e facendo maggiore riferimento ai risultati della perizia. La Corte di Cassazione, nella sua sentenza di rinvio, precisa inoltre che, come stabilito in precedenza in occasione della sentenza Cozzini, il «il giudice deve valutare l'attendibilità del risultato secondo un metodo di approccio critico non dissimile, concettualmente, da quello richiesto per l'apprezzamento delle prove ordinarie»⁶³. A seguito del rinvio operato dalla Corte di Cassazione, viene investita della vicenda la Corte d'Assise di Firenze, la quale, analizzando e valutando il complesso probatorio posto in essere dalle parti e conformandosi al principio di diritto enunciato dalla S. C., si discosta dalla precedente sentenza di merito pronunciata dalla Corte d'Assise di Perugia e, quindi, anche dalle valutazioni presentate dal perito in ordine al materiale biologico degli imputati,

⁶³ P. Tonini, *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2015, p. 1413.

giungendo così a pronunciare sentenza di condanna. Il caso giudiziario si chiude con la sentenza di assoluzione *ex art. 530 comma 1*, ad opera della Corte di Cassazione, la quale reputa il complesso probatorio assolutamente contraddittorio, rendendo impossibile una pronuncia di colpevolezza *oltre ogni ragionevole dubbio*.

Leggendo le vicende inerenti a questo caso, è interessante notare come, in ogni Corte, si sia formato un *libero convincimento* diverso per ogni grado di giudizio, pur avendo lo stesso materiale probatorio.

Risulta evidente che, nel complesso delle prove (tipiche ed atipiche) utilizzabili nel nostro processo penale, non vi sia alcuna di queste in grado di vincolare il giudice alla pronuncia di una determinata sentenza; sono mezzi probatori eterogenei, molto diversi tra loro per struttura e per influenzabilità e la cui rilevanza, per la risoluzione della causa, muta in base alla convinzione che queste suscitano nel giudice.

CAPITOLO III

VALUTAZIONE DELLE PROVE DA PARTE DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE

1. La prova documentale

1.1. Nozione di documento nel processo civile

Avendo analizzato i più importanti mezzi probatori nel processo penale, si tratterà di quelle che possono essere considerate le prove principali per il processo civile.

A differenza di quanto accade nel processo penale, dove, seppur prevista dal codice, non ricopre un ruolo di primaria importanza, la prova documentale assume qui la veste di prova "principe".

Come accade nel processo penale, anche nel processo civile ci si è domandato cosa si intendesse per documento ai fini dell'istruzione probatoria in sede civile, assistendo anche qui ad un susseguirsi di nozioni avanzate dai più autorevoli giuristi in materia⁶⁴. La difficoltà

⁶⁴ Cfr. S. Patti, *Della prova documentale*, in AA. VV. *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 1996, p. 7; F. Carnelutti, *Documento (Teoria moderna)*, in *Nov. dig.*, UTET, 1960, vol. VI, pp. 85 ss.; G. Verde, *Profili del processo civile*, Jovene, 2008, vol. II, pp. 86 ss.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2000, vol. II, pp. 197 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1999, pp. 451 ss.; L. Montesano, G. Arieta, *Diritto processuale civile*,

principale stava nel trovare una nozione di *documento* che comprendesse in sé anche tutte le fattispecie ricondotte a questa categoria probatoria (ad es. fotografia, riprese cinematografiche, registrazioni ecc.). La nozione che prese il sopravvento fu quella che definiva il documento come «cosa atta a rappresentare mediante segni o tracce di qualsiasi genere un fatto»⁶⁵. A ben vedere, questa definizione, è sostanzialmente identica con quella escogitata dagli studiosi del processo penale.

1.2. L'atto pubblico: nozione, disciplina e rilevanza probatoria

Parlando di prova documentale, un ruolo di prim'ordine nel processo civile è ricoperto dall'atto pubblico. La definizione di questo la si rinviene non nel codice di procedura civile, bensì nel codice civile, all'art. 2699, il quale definisce l'atto pubblico come «il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato». Affinché un documento possa essere definito atto pubblico, questo deve soddisfare un requisito soggettivo ed uno oggettivo: il requisito soggettivo concerne l'identità del suo autore, il quale deve essere un pubblico ufficiale; il requisito oggettivo, invece, concerne il contenuto dell'atto, il quale non solo deve essere sottoscritto dal pubblico ufficiale, ma deve essere coperto, per mezzo dell'autorità del suo redattore, da «pubblica fede nel luogo in cui è formato». Riguardo agli effetti sul processo, l'atto pubblico, come sancito dall'art. 2700 c.c., «fa piena prova, fino a querela di falso, della

Giappichelli, 1999, vol. II, 162 ss.; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, 1999, vol. II, 94 ss.; V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Jovene, 1979, vol. I, pp. 675 ss.; G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, 1965, 842 ss.; S. Satta, *Diritto processuale civile*, CEDAM, 1992, pp. 357.

⁶⁵ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, CEDAM, 2012, vol. I, p. 440.

provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti».

Appare chiaro che, se nell'intero processo civile la prova più importante è rappresentata da quella documentale, l'atto pubblico è, fra tutti gli altri documenti a cui possa attribuirsi valore probatorio, quello che primeggia incontrastato. Questa posizione di primizia è dettata espressamente dalla legge, che ne garantisce la funzione probatoria piena «fino a querela di falso».

Ma, di preciso, cosa copre questa pienezza della prova *ex art.* 2699 c.c.? Una parte della dottrina sostiene che il giudice sia vincolato per tutto ciò che è contenuto nell'atto, altra parte della dottrina sostiene invece che si deve vedere al *contenitore*, non il *contenuto*, sicché «la forza probatoria dell'atto pubblico riguarda (...) il lato esteriore di esso e non il contenuto intrinseco delle dichiarazioni, oppure i giudizi e le valutazioni espresse dal pubblico ufficiale nel corpo di esso»⁶⁶ (da noi accolta in pieno); altra parte della dottrina, infine, non si pone addirittura nessun quesito al riguardo.

Quando un atto pubblico non contiene informazioni che descrivano quanto realmente accaduto, si dice che l'atto è incorso in falsità. La falsità in cui può incorrere un atto pubblico si può distinguere in materiale o ideologica: è materiale quando ricade sul requisito della formazione di quel documento da parte di un pubblico ufficiale; è ideologica quando ricade invece sul contenuto del documento, cioè sulle dichiarazioni delle parti e altri fatti avvenuti

⁶⁶ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, CEDAM, 2012, pp. 442-443. Ivi l'autore espone un esempio volto a far comprendere meglio la sua posizione.

davanti il pubblico ufficiale e, da questi, attestati⁶⁷. Il rimedio, previsto dal legislatore, alla falsità dell'atto pubblico è la querela di falso. Questa è un procedimento che può essere esperito sia per l'atto pubblico sia per la scrittura privata riconosciuta (di cui parleremo in seguito) e che mira all'eliminazione di quella pubblica fede attribuitagli dalla legge. Se viene utilizzata contro un atto pubblico, spiega i suoi effetti sia sulla sua qualifica di "atto pubblico" sia sul contenuto di questo; se invece viene utilizzata contro una scrittura privata riconosciuta, allora viene colpito solo il c.d. lato esteriore, non anche i contenuti nel documento espliciti.

In questa sede, non si procederà con la descrizione di tutto il procedimento della querela di falso in quanto ritenuto superfluo ai fini della nostra indagine.

1.3. La scrittura privata: definizione e disciplina

Altra prova documentale che assume un ruolo rilevante nel processo civile è la scrittura privata. Non essendoci, nel testo normativo, alcuna disposizione atta a fornirci una definizione di scrittura privata, la dottrina prevalente muove dalla definizione di atto pubblico, ricavando, poi, in negativo la definizione di scrittura privata. Si giunge così alla conclusione che si possa definire scrittura privata «quel documento formato direttamente dai soggetti interessati senza l'intervento di un pubblico ufficiale autorizzato a conferirgli pubblica fede»⁶⁸. Questa definizione è, a mia opinione, la più esattamente formulata, in quanto contiene in essa tutti i caratteri salienti della scrittura privata. In particolare, la mancanza di un pubblico ufficiale in

⁶⁷ Cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2012, p. 425; M. Taruffo, *I mezzi di prova (2)*, in *Lezioni sul processo civile*, vol. I, L. P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, Il Mulino, 2011, p. 515.

⁶⁸ G. Monteleone, cit. p. 444.

grado di conferire pubblica fede, non solo al documento ma anche al contenuto dello stesso, ridimensiona l'impatto che questo tipo di mezzo probatorio possa avere sul giudice in sede decisionale.

Elemento decisivo della scrittura privata è la sottoscrizione, la quale ci permette di individuare il soggetto che vanta la paternità del documento. Dice l'art. 2702 c.c.: «La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta». Si ben capisce, quindi, come il riconoscimento della sottoscrizione, attribuita ad una delle parti in giudizio, possa quasi equiparare la scrittura privata all'atto pubblico. L'equiparazione la si può individuare dall'attribuzione di un valore probatorio *pieno* (fino a querela di falso), tipico dell'atto pubblico. Il *quasi* detto prima, però, resta significativo, in quanto bisogna considerare la portata della querela di falso⁶⁹. Un'autorevole dottrina, poi, si è preoccupata di conferire alla sottoscrizione una duplice funzione: una funzione *indicativa* ed una funzione *dichiarativa*. In particolare, la prima si presta a rispondere alla domanda inerente l'individuazione dell'autore del documento; la seconda, invece, vuole avvalorare l'autenticità delle dichiarazioni rese all'interno della scrittura privata da parte del sottoscrittore⁷⁰. Ed al fine di adempiere alle funzioni sopra indicate, si sono formulate dei requisiti che la sottoscrizione deve avere per far ricondurre quel determinato atto ad un determinato soggetto: innanzi tutto, la sottoscrizione deve essere posta in calce del documento, deve

⁶⁹ Vedi *supra*.

⁷⁰ F. Rota, *I documenti*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè, 2012, p. 636, il quale rinvia, per un confronto, a F. Carnelutti, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Studi di diritto processuale*, III, CEDAM, 1939, p. 509 ss. ed AA. VV.

essere olografa, leggibile e non necessariamente deve contenere il nome per esteso, potendosi configurare anche la sottoscrizione mediante sigla o firma abbreviata, purché da questa si possa risalire alla persona fisica a cui si attribuisce la paternità dell'atto. Particolare, poi, è il caso della figura del c.d. biancosegno: si parla di una fattispecie che prevede la sottoscrizione, da parte di un soggetto, di un documento che verrà riempito dalle dichiarazioni solo successivamente. Normalmente, il documento viene redatto da un terzo che, sulla base di un rapporto di mandato e delle istruzioni dettate dal sottoscrittore/mandante, ne trascrive le volontà. Come è facilmente intuibile, il problema nasce quando il documento contenga delle disposizioni che risultano *contra pacta*. Dottrina e giurisprudenza, dopo un elaborato iter, sono giunti alla conclusione che, nella fattispecie anzidetta, non si assista ad un caso inquadrabile ai sensi degli artt. 221 ss. c.p.c.⁷¹ ma di una sostanziale divergenza tra ciò che è inserito nella scrittura privata e la volontà del sottoscrittore. Sarebbe, dunque, preclusa la possibilità, alla parte che abbia sottoscritto il documento, di ricorrere alla querela di falso per screditare il contenuto della scrittura eccepita dalla controparte. In siffatto quadro giuridico, una situazione analoga a quella appena descritta resterebbe priva di tutela giuridica? In realtà non è proprio così: colui che ha sottoscritto "in bianco" il documento potrà valersi dei mezzi ordinari di impugnazione del contratto. Diverso è il caso, invece, in cui il contenuto del documento non risulta diverso da quello pattuito ma, addirittura, totalmente abusivo, in quanto completamente non previsto dal sottoscrittore (*absque partis* o *sine partis*). In questo caso, dice la Cassazione, non si può dire che vi sia una distorsione tra

⁷¹ Cass. 10 marzo 2006, n. 5245.

volontà e realtà (ipotizzando, comunque, una provenienza del documento dal sottoscrittore) ma «deve considerarsi come uscito dalla sua sfera di controllo completo e definitivo»⁷², riconoscendo, in questa ipotesi, la possibilità di ricorrere alla querela di falso. Nel caso in cui, invece, la parte contro cui è prodotta la scrittura privata la disconosca (o meglio, disconosca la propria sottoscrizione), subentra l'istituto della verifica *ex art. 216 c.p.c.*, volto ad indagare e scoprire se la sottoscrizione è autentica o meno⁷³.

1.4. Cenni su altre prove documentali

È opportuno precisare che atto pubblico e scrittura privata non sono gli unici tipi di prove documentali previste dal legislatore. A queste, infatti, si devono accostare altri strumenti che, pur non rientrando nelle categorie sopra indicate, possono essere ritenuti decisivi per la risoluzione della controversia e che assumono la forma di documenti. Tra gli altri documenti fonti di prova si inseriscono: il telegramma, i registri domestici, le scritture contabili di imprese soggette a registrazione, riproduzioni meccaniche (fotografie, riprese cinematografiche, videoriprese, registrazioni fonografiche ecc.), tacche o taglie di contrassegno (ormai in disuso), copie degli atti e atti di ricognizione. Per ovvie ragioni, non ho voluto trattare nello specifico di tutti questi mezzi probatori ma ho voluto elencarli al solo scopo di rappresentare il quadro probatorio documentale di cui le parti possono avvalersi in giudizio.

⁷² F. Rota, *I documenti*, cit. p. 643; Cass., 15 maggio 2007, n. 11163, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 1196, n. Zambrelli.

⁷³ Sulla disciplina e condizioni di inammissibilità di verifica e querela di falso, cfr. G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit. p. 449 ss.; M. Taruffo, *I mezzi di prova (2)*, in *Lezioni sul processo civile*, vol. I, cit., pp. 515 ss. e 521 e ss.; F. Rota, *I documenti*, in *La prova nel processo civile*, cit., pp. 612 ss. e 658 ss.

1.5. Valutazione del documento e comparazione col processo penale

L'autonomia decisionale del giudice, nella valutazione della prova documentale, risulta, come si evince, particolarmente provata. I limiti alla valutazione sono gradualmente e dipendono dal tipo di documento fatto valere in sede probatoria. Si assisterà ad un limite più stringente, per il giudice, tutte le volte in cui verrà eccepita l'esistenza di un atto pubblico, mentre si avrà un limite più lieve quando ad essere eccepita dalle parti sarà una scrittura privata o, comunque, altra prova documentale.

Paragonando il *valore* dello stesso mezzo probatorio nel processo penale e nel processo civile, si ha come l'impressione che, in sede civile, al giudice non è concessa la possibilità di valutare *liberamente* il contenuto dei documenti prodotti dalle parti. Gli stessi, infatti, sembrano quasi *imbrigliare* l'attività del giudice, la cui funzione, nel caso dell'atto pubblico, sembra addirittura essere ridimensionata a mera funzione notarile, dovendo semplicemente sottostare a quella pubblica fede che conferisce all'atto la pienezza della prova⁷⁴.

2. La testimonianza

2.1. Nozione e limiti della testimonianza

Analizzata la prova documentale ed evidenziata la sua importanza nel processo civile, veniamo ora a descrivere ed analizzare la prova testimoniale.

La testimonianza è la dichiarazione, posta in essere in un processo, di un soggetto terzo che riguarda la sua conoscenza e la

⁷⁴ Vedi *supra*, cap. II, par. 3.

narrazione di un fatto centrale per la risoluzione della controversia. Al fine di agevolare la comprensione di questo istituto, parte della dottrina ha individuato nell'istituto della testimonianza tre diversi caratteri: il carattere c.d. giudiziale, formato dall'osservanza delle norme processuali; la natura di dichiarazione avente ad oggetto la conoscenza di fatti; la c.d. terzietà del dichiarante⁷⁵.

A differenza di quanto accade nel processo penale, i limiti per l'utilizzo di questo mezzo probatorio nel processo civile posti in essere dal legislatore sono più stringenti rispetto a quelli previsti per l'utilizzo nel processo penale. *In primis*, il legislatore prevede l'impossibilità dell'assunzione della testimonianza al fine di provare l'esistenza di contratti tra le parti che abbiano un valore superiore alle "vecchie" cinquemila lire. La soglia estremamente bassa fa sì che non siano ammesse testimonianze per l'esistenza della quasi totalità dei contratti che possono intercorrere tra privati⁷⁶. Come specificato da una autorevolissima dottrina, «il divieto riguarda l'esistenza del contratto, come negozio giuridico fonte del diritto o degli obblighi dedotti in giudizio, non il fatto generico che si sia stipulato il contratto, e neppure singole clausole e modalità negoziali»⁷⁷. Limite, questo, che potrebbe essere facilmente aggirato dal giudice qualora ne ravvisi la necessità in base alla natura del contratto o ad altra circostanza.

Un limite più stringente, invece, è quello che non ammette la testimonianza che abbia ad oggetto l'esistenza di patti aggiunti o contrari intercorrenti tra le parti e stipulati prima del contratto. Alla luce di ciò, si ha l'impressione di essere in presenza, in questo caso, di

⁷⁵ R. Crevani, *La prova testimoniale*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè, 2012, p. 275.

⁷⁶ Non voglio escludere del tutto dall'immaginario la possibilità di configurarsi un contratto dal valore inferiore a quello indicato dalla legge processuale.

⁷⁷ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 474. L'autore rinvia poi a pronunce della Cassazione: 15 luglio 2009 n. 16538, 4 maggio 2005 n. 24396, 22 marzo 2005 n.6191.

una disposizione volta a tutelare il giudice da un possibile inganno da parte del teste. Infatti, si ritiene che se le parti avessero stipulato un patto contrario o aggiunto al contratto, queste, lo avrebbero inserito nel contratto stesso. Di diverso avviso, per converso, è l'idea del legislatore in merito alla testimonianza sull'esistenza di un patto contrario o aggiunto che, però, sia posteriore al contratto stesso. La decisione sull'ammissione o meno della testimonianza, tuttavia, viene lasciata al giudice, il quale valuta la necessità della stessa.

Il limite, però, che ci permette di inquadrare al meglio la differenza tra la testimonianza nel processo civile e la testimonianza nel processo penale è quello sancito dall'art. 246 c.p.c.: «non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione a giudizio». Se lo confrontiamo con l'art. 196 c.p.p., infatti, si può dire che, nel passaggio dal processo penale al processo civile, si passa anche da una capacità di testimoniare che è riconosciuta a tutti ad una riconosciuta solo alle persone ritenute in posizione di terzietà rispetto alla causa, in ossequio al principio *nemo testis in causa propria*. Parte della dottrina ha avanzato l'idea di aprire l'istituto della testimonianza anche alle parti in causa, riconoscendo loro la possibilità di giovare di questo mezzo probatorio. A sostegno di questa teoria, è stato detto che: *in primis*, l'apertura della testimonianza anche alle parti processuali è prevista da altri ordinamenti giuridici, quindi non si capisce il perché ciò non debba essere previsto anche nel nostro sistema processualcivile; in secondo luogo, si dice che l'esclusione della testimonianza per determinati soggetti è tipica di un'era giuridica entrata in crisi e, ormai, non più presente; in terzo luogo, si sostiene che la posizione di terzietà del testimone sembra mettere in crisi il

senso del principio del libero convincimento del giudice, senza contare il fatto, poi, che l'impossibilità di accedere alla testimonianza per le parti è accompagnata, nel nostro sistema probatorio, da mezzi probatori quali la confessione ed il giuramento, in cui si assiste alla posizione da protagonista della parte per la formazione della prova⁷⁸. Nonostante a prima lettura, le tesi sopra citate risultino interessanti, è da controbattere il fatto che la previsione di un determinato istituto in altri ordinamenti giuridici non equivale all'instaurazione di un obbligo, per il nostro ordinamento, di conformarsi a sistemi giuridici esteri. Inoltre, non si ritiene sensato il collegamento tra la pretesa di consentire l'accesso alla testimonianza alle parti in causa ed il principio del libero convincimento del giudice: le parti, infatti, con la sola instaurazione del processo, pongono in essere una serie di attività istruttorie che mirano a far conoscere al giudice la loro posizione e che comprende anche la narrazione dei fatti oggetto della causa. Non si comprende, quindi, che senso avrebbe aprire la testimonianza alle parti se, in questa, le stesse parti non farebbero altro che ribadire ciò che è stato detto, o comunque comunicato, durante l'intera fase istruttoria. La posizione di terzietà dei testimoni, invece, aiuterebbe il giudice per la ricostruzione della verità processuale attraverso il suo *prudente apprezzamento* delle testimonianze stesse. Paragonare, poi, strumenti probatori, come la confessione od il giuramento decisorio, che vincolano il giudice con la testimonianza, la quale è *prudentemente apprezzabile* dal giudice, non sembra del tutto sensato.

2.2. La dichiarazione testimoniale

Quanto al contenuto della testimonianza, si dice che questa

⁷⁸ R. Crevani, *La prova testimoniale*, cit., pp. 293-294.

dovrebbe consistere in una dichiarazione, posta in essere dal teste, sulla veridicità o meno del fatto allegato. Questa definizione, però, pone alcuni problemi sull'essenza della dichiarazione. Se da un lato parrebbe ovvio che la dichiarazione in oggetto debba essere pura da valutazioni personali del teste, ponendosi, tra l'altro, il divieto *ex art.* 194, comma 3°, c.p.p.⁷⁹, a ben vedere, però, la descrizione del fatto allegato operata dal teste non può che essere essenzialmente una dichiarazione influenzata dalle valutazioni, anche inconsce, dello stesso. In questo contesto, ciò che perviene al giudice non è il fatto in quanto tale ma la sua rappresentazione ad opera del testimone chiamato a deporre. Si comprende bene come il citato articolo del codice di procedura penale possa riferirsi solo a giudizi che siano scindibili dal fatto e, come tali, possano essere "espulsi" dalla testimonianza stessa, lasciando al giudice la possibilità di valutare la veridicità della testimonianza (o meglio, la rappresentazione del fatto oggetto di giudizio ad opera del testimone).

2.3. Valore probatorio della testimonianza

Da quanto anzidetto, risulta palese come la testimonianza possa essere intesa quale mezzo di prova di gran lunga meno stringente rispetto alla prova documentale. La mancanza di qualsiasi disposizione legislativa che conferisca alla testimonianza il valore di *piena prova* comporta la totale soggiacenza di questo mezzo di prova

⁷⁹ Nonostante la fonte dell'articolo sia il codice di procedura penale e non quello di procedura civile, è da ritenere che il principio ivi contenuto possa spiegare i suoi effetti anche in sede civile. Il comma citato, infatti, come detto nel precedente capitolo, sancisce che «il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti».

all'art. 116 c.p.c. sulla valutazione di questa da parte del giudice. Questi, infatti, appare libero di poter valutare quanto è stato dichiarato, la persona del testimone e l'affidabilità di questi, dovendo solo giustificare le proprie decisioni nella motivazione della sentenza. Sulla testimonianza, l'iter per la corretta valutazione da parte del giudice sarà distinguibile in due fasi: una volta a verificare l'esistenza di contraddizioni all'interno della stessa testimonianza (c.d. coerenza interna) ed una volta a verificare l'esistenza o meno di contraddizioni tra la testimonianza resa ed il resto del quadro probatorio posto a disposizione del giudice. Dittrich affermava: «in tanto tale valutazione di coerenza sarà possibile e proficua quanto maggiore sarà il materiale disponibile per la comparazione, e dunque quanto più sarà articolata, se non addirittura ridondante, la dichiarazione testimoniale»⁸⁰. La maggior parte della dottrina, poi, vede come "ancora di salvataggio" per il giudice l'art. 252, comma 2°, c.p.c. per la sua previsione inerente alla possibilità per le parti di «fare osservazioni sull'attendibilità del testimone». L'instaurazione di un contraddittorio, tra teste e parti, sull'attendibilità delle dichiarazioni rese fornirà al giudice ulteriori elementi indiziari che permetteranno la formazione, in questi, di quel convincimento indispensabile per giungere alla pronuncia di una sentenza che risolva la controversia oggetto di causa.

3. La consulenza tecnica

3.1. Nozione ed evoluzione

Nel nostro codice di procedura civile non sembra trovarsi una nozione chiara e concisa della consulenza tecnica, passando

⁸⁰ L. Dittrich, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2011, p. 111, cit. da M. Taruffo, *La prova testimoniale*, in *Le prove nel processo civile*, Giuffrè, 2012, p. 380.

direttamente, invece, alla disciplina della stessa. Trovando non poche difficoltà nell'individuare, anche in dottrina, una nozione che sia sufficientemente dettagliata ed esaustiva ai fini della nostra indagine, possiamo dire che si intende, per consulenza tecnica, l'attività posta in essere dal consulente tecnico nominato d'ufficio, volta a fornire al giudice assistenza «per il compimento di singoli atti o per tutto il processo» per mezzo delle particolari competenze tecniche e/o scientifiche che sono in possesso del consulente, visto, anche, il divieto di scienza privata che incombe sulla figura del giudice.

Ricordando quanto detto nel precedente capitolo sui mezzi di prova nel processo penale, si può notare come la figura della perizia sia sostituita qui dalla figura della consulenza tecnica. In realtà, il vecchio codice di procedura civile prevedeva tra i mezzi di prova la figura della perizia, che era ammissibile d'ufficio dal giudice. Tuttavia, nel meditare la riforma del processo civile, la dottrina prevalente faceva notare come la perizia, per come era stata prevista e per il ruolo che svolgeva nel processo, assomigliasse in modo eccessivo ad una testimonianza *tecnica* (tant'è che era proprio tramite questa somiglianza che la dottrina rispondeva alle domande sulla natura probatoria o meno della perizia), nonostante fosse previsto, per il perito, lo strumento della ricsuzione. Questi, infatti, era considerato quale ausiliare del giudice, da cui ne prendeva parte della disciplina, finendo per essere considerato come organo para-giudiziale. In particolare, si diceva che mentre i testimoni, per svolgere la propria funzione all'interno del processo, facessero ricorso alla loro memoria, i periti adempivano alle loro funzioni mediante l'esplicazione, nel processo, di "regole della loro scienza o arte", le quali erano estranee alla conoscenza del giudice. Su questa distinzione si è mosso il

legislatore del 1942 che, da un lato, ha ammesso la possibilità che possa aversi, nel processo civile, una testimonianza tecnica, dall'altro ha previsto la sostituzione dell'istituto della perizia con quello, meno ambiguo, della consulenza tecnica, prevedendo altresì due figure distinte di consulente: una «è, nell'ambito del vero e proprio *accertamento tecnico*, quella del *percipiente*, che, agendo quale mezzo di prova, direttamente accerta *ex ante* la sussistenza o l'insussistenza dei fatti controversi, servendosi dei necessari strumenti di rilevazione tecnica, propri delle sue specifiche cognizioni o competenze scientifiche»; l'altra funge invece da vera e propria *consulenza* ed è la figura del *consulente deducente*, il quale coadiuva il giudice per la valutazione *ex post* dei fatti percepiti o allegati e che sono nella disponibilità del giudice⁸¹.

3.2. La consulenza tecnica come mezzo probatorio

A seguito della riforma del codice di procedura civile nel 1942, l'istituto della consulenza tecnica è stata esclusa dai mezzi di prova a disposizione delle parti, tant'è che la maggior parte della dottrina qualifica la consulenza tecnica come un mezzo probatorio *improprio*⁸². Il momento processuale in cui si inserisce l'attività del consulente tecnico è, secondo questa dottrina, identificativo della sua natura di mero supporto per il giudice. Le sue operazioni (ed osservazioni) tecniche, si dice, sono in funzione del giudizio, vengono acquisiti dal giudice istruttore e valutati in sede decisoria. È il giudice istruttore a (decidere se) conferire l'incarico al consulente tecnico, stabilendone i limiti per l'operato di quest'ultimo. La decisione inerente alla

⁸¹ L. P. Comoglio, *Le prove civili*, UTET, 2004, p.648.

⁸² Cfr. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, vol. II, Giappichelli, 2016, p. 207; L. P. Comoglio, *Le prove civili*, cit, pp. 639 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 432 ss.; G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 434.

possibilità di richiedere l'ausilio o meno del consulente è nella piena disponibilità del giudice che, se lo ritiene opportuno e necessario ai fini della risoluzione della controversia, può conferire l'incarico al fine di acquisire elementi tecnici che non sono nella sua disponibilità o perché non sono di sua conoscenza o perché, pur conoscendone la materia, il giudice deve comunque osservare il divieto c.d. di scienza privata. Tutto ciò è posto a sostegno della tesi per cui, quello della consulenza tecnica, non si possa inquadrare come mezzo di prova a tutti gli effetti.

Tuttavia, la collocazione, nel codice di procedura civile, della consulenza tecnica poco influisce sulla sua natura giuridica di prova. Infatti, si ritiene che sia totalmente da accogliere appieno la tesi espressa dal prof. Monteleone, secondo cui «la consulenza tecnica è un mezzo istruttorio disponibile di ufficio, ma che la parte ha bene il diritto di chiedere e sollecitare⁸³». Questo perché, nonostante sia stato configurato come mezzo a disposizione del giudice, è, sia pure indirettamente, a disposizione delle stesse parti qualora si configuri il caso in cui la prova esperibile tramite consulenza tecnica non sia nella piena disponibilità delle parti. A vantaggio delle parti, si configura un vero e proprio diritto alla consulenza tecnica che, pur non essendo previsto in modo esplicito dal legislatore, si ritiene pacificamente riconosciuto da tutta la dottrina.

Dopo questa introduzione, andiamo ad analizzare quali sono le funzioni e le caratteristiche del consulente tecnico.

3.3. Disciplina della consulenza tecnica

La figura del consulente è disciplinata da varie fonti normative:

⁸³ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 436.

negli artt. 61-64 del codice, negli artt. 13-24 delle DD. AA., nella L. 8 luglio 1980 n. 319, sostituita dal D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e, infine, dagli artt. 191-201 c.p.c. Concentrandoci esclusivamente sulle norme del nostro codice, appare ben chiaro quale sia la natura giuridica del consulente. Infatti, il codice attribuisce anche alla figura del consulente tutte quelle disposizioni previste per mancata imparzialità del giudice, le quali accentuano la posizione di terzietà che deve essere assunta dal consulente stesso.

Al riguardo dell'attività, invece, dobbiamo prendere in considerazione gli artt. 191 ss. del c.p.c..

Partendo dall'atto di nomina, il legislatore del '42 aveva lasciato ai giudici piena libertà sulla scelta del consulente a cui conferire l'incarico. Sua intenzione era «innalzare gli *standard* qualitativi della consulenza tecnica d'ufficio, mediante l'eliminazione delle "impurità"»⁸⁴. Si diceva, cioè, che lasciando la piena discrezionalità di scelta ai giudici, si creava un "filtro" teso ad eliminare dall'elenco dei consulenti "nominabili" coloro che risultassero inesperti o non attendibili. Tuttavia, come spesso avviene nel nostro Paese, tale libertà si convertì in abuso: si assistette ad una sorta di "associazione automatica" tra giudici e consulenti, tale per cui ad un determinato giudice si affiancava un determinato consulente. Lungi dal giudicare su questa prassi, reputo opportuna l'istituzione, ad opera della l. 18 giugno 2009 n. 69, di un apposito albo dei consulenti tecnici presso ogni Tribunale. La stessa legge di riforma del codice di procedura civile, modificando l'art. 23 delle disposizioni di attuazione al c.p.c., ha disposto, inoltre, che «gli incarichi siano equamente distribuiti tra

⁸⁴ V. Ansanelli, *La consulenza tecnica*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè, 2012, p. 1020.

gli iscritti nell'albo in modo tale che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio». Ad un occhio poco attento potrebbe sembrare che l'istituzione di un albo presso il Tribunale e la soppressione di quella discrezionalità di scelta riconosciuta al giudice vadano contro quella che era la *ratio legis* prevista dal legislatore del '42, volta ad eliminare "ciò che non era degno di poter essere usato in udienza". Tuttavia, l'istituzione di un albo garantisce (o, quantomeno, *dovrebbe* garantire), da un lato, l'iscrizione, nello stesso, di soli consulenti particolarmente competenti, e, dall'altro, la possibilità che anche giovani consulenti tecnici possano aprirsi la strada professionale, svolgendo anche attività volte alla ricostituzione della pace giuridica violata dalla controversia. Resta, comunque, riconosciuta, ai giudici, la facoltà di scegliere un consulente non iscritto all'albo, qualora si ravvisi l'esigenza di acquisire informazioni o conoscenze inerenti a materie che non sono comprese nell'albo dei consulenti tecnici.

Tralasciando la procedura di nomina, estranea ai nostri fini, analizziamo ora la vera e propria attività del consulente.

3.4. Caratteri della consulenza

Ricollegandoci alla disputa dottrina sulla natura della consulenza tecnica come mezzo di prova o meno, reputiamo interessante ed utile descrivere come parte della dottrina, analizzando l'operato effettivo del consulente, sia giunta ad assumere un ruolo moderato, attribuendo valore di mezzo probatorio alla consulenza tecnica che compisse determinate operazioni e, per converso, negando la natura di mezzo di prova alla consulenza tecnica che svolgesse altre

mansioni. In particolare, l'attività del consulente è stata suddivisa in tre categorie:

- Attività di percezione del fatto (principale o secondario), consistente nella descrizione del fatto utilizzando il sapere scientifico e tecnologico;
- Attività di deduzione, consistente nella descrizione dell'iter logico-scientifico, il quale ci permette, dalla conoscenza di un fatto noto secondario, di conoscere il fatto ignoto principale da cui il fatto secondario discende;
- Attività ausiliare in senso stretto, volta a fornire al giudice i canoni interpretativi per procedere alla conoscenza e valutazione di un determinato fatto.

Per tutte le ipotesi che sono riconducibili al primo punto, la consulenza può definirsi a tutti gli effetti una fonte di prova; per le ipotesi riconducibili al secondo punto, la consulenza sarà configurabile come fonte di prova solo nelle ipotesi in cui il giudice affidi al consulente non solo l'attività di deduzione, ma anche quella di percezione del fatto secondario; nelle ipotesi, infine, riconducibili al terzo punto, la consulenza non si può definire come fonte di prova in quanto consente solamente al giudice di poter valutare il quadro probatorio già a sua disposizione⁸⁵.

3.5. Consulenza tecnica e valutazione

Per quanto riguarda la valutazione di quanto è il risultato dell'attività di consulenza tecnica, anche nel processo civile, come già esposto sopra sul processo penale, fa da padrone il principio del *iudex peritus peritorum*, il quale, pur non essendo codificato, viene

⁸⁵ A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2012, pp. 433-434.

intravisto dalla dottrina per la collocazione che questo istituto ha nel nostro codice di procedura civile, il quale identifica il consulente come *ausiliario* del giudice e, quindi, a lui subordinato. È da segnalare, però, che il principio sopra esposto era contenuto nel vecchio codice del 1865 (che prendeva spunto dal *Code Napoleon*) ma non venne trascritto nel codice del '42, pur facendo parte della nostra cultura processualcivilistica. Infatti, la nostra dottrina ha da sempre sostenuto che vi fosse una supremazia della cultura giuridica rispetto a tutte le altre culture circostanti (compresa quella scientifica), fino ad arrivare alla conclusione che la scientificità o meno della prova fosse un problema del consulente e non del giudice, ritenuta da questi irrilevante⁸⁶. Sia che una l'indagine da parte del consulente sia stata compiuta utilizzando una legge scientifica⁸⁷ sia senza l'uso di questa, si dice che sia irrilevante per la formazione, nel giudice, del suo libero convincimento, dato che, in entrambi i casi, lo stesso giudice si troverebbe "costretto" ad utilizzare dati che vanno al di là della conoscenza dell'uomo medio. La particolare affidabilità di cui godono le prove scientifiche, però, porta la convinzione sociale ad accettare più di buon occhio le pronunce giudiziali che recepiscono l'orientamento scientifico, piuttosto che una pronuncia frutto di una convinzione "classica". Certo è, comunque, che il giudice ha la libertà di apprezzare i risultati della consulenza tecnica, valutarli e, qualora ne ravvisi le condizioni, discostarsene per la decisione. Resta, tuttavia, in dottrina l'incertezza circa la capacità del giudice di valutare l'operato del consulente tecnico. In particolare, la valutazione di

⁸⁶ V. Ansanelli, *La consulenza tecnica*, in *Le prove nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè, 2012, p. 1055.

⁸⁷ La legge scientifica, come detto nel capitolo precedente, è quella conoscenza che ha ad oggetto i fenomeni naturali.

un'attività scientifica, la quale, per definizione, deve conoscere ed applicare una legge scientifica, presuppone la conoscenza di questa anche da parte del giudice. Come si potrebbe, infatti, valutare qualcosa di cui non siamo a conoscenza?

Reputo, infine, degna di nota la ricostruzione dell'iter logico cui è chiamato a compiere il giudice nella valutazione della consulenza. Il giudice, infatti, *in primis* è chiamato a valutare il corretto inquadramento, da parte del consulente tecnico, del complesso probatorio fino a quel momento raccolto. In secondo luogo, è chiamato a verificare la regolarità e la validità, anche sul piano delle leggi scientifiche e dei metodi cui è chiamato ad applicare il consulente, dell'attività da lui svolta. Ed è proprio in questa fase che si instaura il problema sopra esposto e che presuppone, a carico del giudice, una conoscenza seppur superficiale dell'ambito scientifico operato dal tecnico. Infine, il giudice è chiamato a verificare la corrispondenza tra quanto operato dal consulente e quanto previsto dalla legge scientifica cui il consulente avrebbe dovuto fare riferimento. Anche in quest'ultimo punto è richiesta quella particolare conoscenza a carico del giudice e che potremmo definire anche come interdisciplinare.

Concludendo, come avviene nel processo penale, anche il processo civile conosce la possibilità di introdurre, tra gli strumenti probatori, anche prove per la cui deducibilità occorre una particolare competenza tecnica. Sempre come nel processo penale, questa non va a vincolare la decisione del giudice, in quanto persiste nel processo civile (forse anche in misura maggiore di quanto accade nel processo penale) il principio del *iudex peritus peritorum*. Vige, quindi, la libertà, riconosciuta al giudice, di non considerare i risultati

dell'attività tecnica ai fini della decisione. Questa può anche andare contro a quanto riportato dalla relazione fornita dal tecnico, con l'unico obbligo, per il giudice, di motivare la sua decisione di scartare l'attività svolta dal consulente, come anche stabilito da diverse pronunce in Corte di Cassazione⁸⁸.

CAPITOLO IV

DAL "LIBERO CONVINCIMENTO" NEL PROCESSO PENALE AL "PRUDENTE APPREZZAMENTO" NEL PROCESSO CIVILE

1. I diversi poteri valutativi del giudice nel processo penale e nel processo civile

1.1. Il concetto di verità materiale ed il ruolo del giudice

Analizzato il piano probatorio dei due processi che sono ad oggetto della nostra indagine, passiamo ad occuparci della tematica inerente la valutazione di questi mezzi di prova, posti a disposizione delle parti, ad opera del giudice penale e del giudice civile.

É opinione assai diffusa che il giudice, nel processo, debba cercare di ricostruire la verità che è oggetto della causa e, per fare ciò, deve utilizzare le prove richieste dalle parti. Merita di essere analizzato, in questa sede, il problema affrontato dalla dottrina e concernente il rapporto tra le prove e la verità. A tale problema se ne associa un altro: quello inerente alla distinzione tra c.d. verità formale

⁸⁸ Cfr. Cass. 09 settembre 2009, n.282; Cass. 30 ottobre 2009, n. 23063.

(o processuale), cioè quella ricostruita alla stregua di un processo tramite i mezzi probatori richiesti dalle parti e valutati dal giudice, e la c.d. verità materiale, coincidente con la verità storica. Questa netta distinzione, però, è stata recentemente superata dalla dottrina, la quale ha osservato come sia impensabile la formazione di una verità processuale completamente diversa da quella materiale e che porti, per ciò, ad una sentenza completamente ingiusta.

Eliminando tale distinzione, si ammette, quindi, che compito del giudice sia la ricostruzione e la ricerca della verità materiale.

L'impossibilità di definire in modo pacifico il concetto di verità materiale, però, ha portato parte della dottrina a ricercare la sua definizione nella storia. In particolare, si è osservato come, sul finire degli anni '70, l'intero processo si incentrava sull'accertamento di questa verità, la quale non coincideva con la narrazione dei fatti realmente accaduti ma con «un'entità concettuale astratta inerente all'idea marxista-leninista della c.d. *prassi*»⁸⁹, e cioè con tutto ciò che rientrava nella prassi e nell'ideologia politica dell'epoca. Compito del giudice, quindi, era non quello di risolvere la controversia ricercando (e ricostruendo) i fatti accaduti, ma, essenzialmente, pronunciare una sentenza che sia espressione del potere politico allora vigente. Si descrive un giudice non più imparziale ed un processo certamente non fondato sul principio del contraddittorio. Tutto ciò si traduce nello scontro tra la natura c.d. privatistica del processo e quella c.d. pubblicistica⁹⁰. La preferenza per l'una o per l'altra concezione

⁸⁹ G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, I/2009, p. 4.

⁹⁰ Mentre la concezione privatistica del processo imponeva il dominio delle parti e configurava il giudice come mero spettatore con il solo compito, a conclusione del processo, di pronunciare la sentenza per la risoluzione della controversia, la concezione pubblicistica imponeva, come figura principale del processo, il giudice, in quanto portatore degli interessi dello Stato, a cui erano

comporta il mutamento della definizione di quella verità cui il giudice è chiamato a ricostruire: se si accetta la visione privatistica del processo, allora la verità materiale altro non è se non quanto è accaduto tra le parti e che ha portato all'instaurazione del processo; se si accetta invece la concezione pubblicistica del processo, quella verità non è più ciò che è rilevante per le parti ma è l'interesse stesso dello Stato affinché siano risolte tutte le controversie e sia riportata la c.d. pace sociale. Nel nostro Paese, tuttora, la natura del processo (soprattutto civile) ha portato ad una profonda spaccatura della dottrina, la quale si trova spesso in contrasto in merito alla possibilità di attribuire o meno maggiori poteri istruttori al giudice⁹¹. Ampliare i poteri istruttori del giudice certamente potrebbe avere molteplici effetti positivi sul sistema processuale italiano ma rischierebbe di collidere con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 101, 104 e 111 Cost. Dall'altro lato, riconoscere nel giudice un ruolo prettamente di spettatore sembrerebbe sminuire troppo la figura di quel soggetto incaricato di riportare l'ordine giuridico (e sociale) violato dalla controversia.

Sembrerebbe condivisibile, tuttavia, che il ruolo del giudice, soprattutto civile, deve essere esclusivamente quello di giudicare e di risolvere le controversie che gli sono affidate, riservando alle parti il ruolo da protagonisti. L'idea di un giudice "attivo" colliderebbe con l'idea di un giudice terzo. Si consideri, ad esempio, il riconoscimento di un potere istruttorio *ex officio* al giudice: si potrebbe pensare che, una volta effettuata questa attività istruttoria, il giudice sarebbe portato

affidati immensi poteri istruttori per la ricostruzione dell'ordine giuridico violato dalla controversia.

⁹¹ Cfr. G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; M. Taruffo, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, III/2009.

a valutare maggiormente gli elementi di prova raccolti indipendentemente dalle parti, optando, anche inconsciamente, per una di esse.

1.2. "Libero convincimento" e "prudente apprezzamento" a confronto

Per quanto concerne, invece, l'argomento della valutazione delle prove, questo viene disciplinato, rispettivamente, dall'art. 192 c.p.p. e 116 c.p.c. Il primo dice testualmente: «Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti. (...)». È pacifico, secondo la giurisprudenza e la dottrina, che in questo articolo sia stato positivizzato quel principio del libero convincimento di cui trattasi.

Tuttavia, il citato articolo nulla dice del campo di azione di questo potere valutativo. Seguendo le orme di un'autorevole dottrina, si può distinguere tra le disposizioni che si riferiscono alle prove utilizzabili dal giudice e quelle che predeterminano il valore legale della prova: solo le seconde riescono ad assurgere a limite del libero convincimento⁹². Uno di questi limiti è dato dal contenuto della motivazione, nella quale il giudice deve dare conto dell'iter logico-processuale che ha portato alla formazione del suo convincimento. Quest'ultimo non deve essere solamente il frutto di un'attività razionale che ha portato alla conclusione più *convincente*, ma deve superare un ulteriore ostacolo, rappresentato dal principio dell'*oltre*

⁹² F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 1985, p. 959, cit. da A. Nappi, *Valutazione della prova*, in *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007.

ogni ragionevole dubbio. Si dice, infatti, che in mancanza di una certezza, si deve accogliere quella ricostruzione dei fatti che, pur non corrispondendo alla realtà, si avvicina talmente tanto ad essa da poter essere considerata quasi *confinante*.

Se questo principio è difficilmente confinabile nel processo penale, altrettanto non lo è nel processo civile, il cui riferimento normativo è, come già detto, l'art. 116 c.p.c.. «Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti». Pur essendo quello del *prudente apprezzamento* un principio fondante del processo civile, ad un'analisi sistematica dell'intero quadro probatorio appare evidente come tale principio subisca non poche deroghe, al punto tale da potersi dire che l'eccezione *salvo che la legge disponga altrimenti* non sia una vera e propria eccezione ma parte integrante e limite alla valutazione da parte del giudice civile. Il materiale probatorio su cui il giudice potrà operare il suo *prudente apprezzamento* risulta essere comunque non esiguo. A tal proposito, si segnala quello che può essere descritto come un paradosso del nostro sistema processualcivilistico. Anche in presenza di rigide regole che disciplinano l'ammissibilità delle prove in sede civile, si è assistito più volte all'utilizzo, da parte dei giudici, di mezzi probatori che non rispecchiavano i criteri di ammissibilità previsti dalla legge e che, tuttavia, erano entrati a far parte del fascicolo. Se da un lato sembra eccessivo impedire che informazioni necessarie per la risoluzione della controversia possano essere valutate dal giudice per qualsiasi tipo di inosservanze procedurali per la loro acquisizione, sembra altrettanto eccessivo (in senso diametralmente opposto) consentire che qualsiasi prova, indipendentemente da come si sia formata, possa influire sul giudizio, riducendo la disciplina

giuridica a complesso di "paterni e non vincolanti suggerimenti"⁹³ per il giudice. E seppure tale problema fu (e lo è tutt'ora) oggetto di diatribe in sede dottrina, tuttavia non si è ancora giunti alla formazione di una corrente che possa vantarsi di essere *dominante*. La giurisprudenza ha eluso il problema affermando la possibilità di utilizzare, per la risoluzione della controversia e, ancor prima, per il raggiungimento del proprio convincimento, «tutto ciò che è stato infilato legittimamente (ma tutt'al più si vuol dire: tempestivamente) nel fascicolo di causa»⁹⁴. Il quadro appena esposto è tipico del processo civile ma non di quello penale; mentre, infatti, dottrina e giurisprudenza civile non sono riusciti a cogliere un principio generale volto a disciplinare il caso di utilizzo di prove irregolarmente assunte, nel processo penale questa ipotesi è del tutto bandita ai sensi dell'art. 191 c.p.p.⁹⁵.

Paragonando i due sistemi processuali, e precisamente i poteri di valutazione delle prove da parte dei due giudici, si può concludere analizzando come ad un sistema più rigido in tema di assunzione di prove nel processo penale (cui corrisponde un sistema più temperato nel processo civile), si affianca una valutazione più "libera" (al contrario di quanto accade nel processo civile). La dottrina ha spesso ricondotto i poteri dei due giudici ai due principi fondanti che si sono contrapposti nel processo e di cui abbiamo parlato nel capitolo I: il principio della "prova legale" e quello del "libero convincimento". Precisamente, si dice che il processo civile sia sorretto dal principio della "prova legale", per cui qualsiasi sviamento da parte del giudice

⁹³ B. Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, III/2008, p.958.

⁹⁴ B. Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., p. 959.

⁹⁵ L'art. 191 c.p.p., infatti, testualmente recita: «1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

dai canoni interpretativi e valutativi prefissati dalla legge è censurabile mediante impugnazioni per errori di diritto; il processo penale, invece, si dice sia sorretto dal principio del "libero convincimento", permettendo al giudice poteri pressoché illimitati nella valutazione della prova e che soggiacciono esclusivamente alla logicità dell'iter ricostruttivo del fatto ad opera del giudice e contenuto nella motivazione della sentenza.

C'è poi parte della dottrina che ha descritto, in modo dettagliato, tutto il procedimento di valutazione delle singole prove. La stessa, sostiene che il compito del giudice sia quello di valutare in modo analitico ogni singola prova, non sembrando utile, ai fini della ricostruzione del fatto, procedere ad una valutazione per così dire globale.

In particolare, il primo passo che il giudice deve compiere è quello di valutare l'attendibilità o meno della prova: nel caso della testimonianza, questa sarà data dalla valutazione della credibilità o meno del teste che si rispecchia sulla corrispondenza o meno alla verità delle sue dichiarazioni; nel caso della prova documentale, invece, sarà data dall'autenticità o meno del documento.

Il secondo passo della «valutazione razionale» consiste nell'estrapolazione del contenuto della prova e dell'indicazione che questa dà in appoggio o meno del fatto addotto in giudizio. Precisamente, come sostiene sempre questa dottrina, la prova può avere tre esiti: uno favorevole alla ricostruzione del fatto addotto in giudizio, uno sfavorevole al fatto, che quindi discredita quanto preteso dalla parte che agisce, ed uno neutro, che si verifica in tutti quei casi in cui una prova viene ammessa perché ritenuta rilevante ma, una volta analizzata in modo approfondito, non viene considerata utile per

la ricostruzione del fatto⁹⁶.

Apprezzando la faticosa ricostruzione logica operata da questa dottrina, mi trovo tuttavia in profondo contrasto: quella valutazione "olistica" tanto criticata dal prof. Taruffo, in realtà, è, a mia modesta opinione, l'unica strada che possa portare il giudice ad una ricostruzione del fatto che, seppur non coincida in tutto e per tutto con quella verità materiale tanto agognata, gli vada a somigliare a tal punto da creare anche nell'opinione delle parti stesse del processo, il convincimento che tale costruzione sia stata fatta in maniera quasi perfetta. Valutare singolarmente le prove a propria disposizione non solo è (sempre a mio avviso) incorretto, ma potrebbe risultare anche pericoloso. Si pensi al caso in cui il materiale probatorio richiesto dalle parti e assunto dal giudice risulti discordante: nonostante l'attendibilità delle singole prove, il giudice sarà costretto, per pervenire ad una corretta ricostruzione, a valutare il complesso probatorio utilizzando una visione di insieme. In caso contrario, qualora il giudice ritenesse talmente attendibile una determinata prova da fondare il proprio "libero convincimento" (o "prudente apprezzamento", che dir si voglia) esclusivamente su quella, perdendo di vista, quindi, tutto il resto del quadro probatorio, si correrebbe il rischio di assistere ad un episodio di cecità del giudice ed alla pronuncia di una sentenza che, sol per questo, potrebbe essere censurata in sede di gravame. In ultima osservazione, mi preme far notare come i momenti in cui si procede alla valutazione delle prove e quelli in cui si procede all'assunzione delle stesse non corrispondano. Sostiene il Taruffo: «ogni prova viene assunta singolarmente in

⁹⁶ Per una lettura più approfondita, M. Taruffo, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012, pp. 217-219.

momenti separati e diversi, e spesso in udienze diverse, così come ogni documento viene letto singolarmente e separatamente dal giudice. Dall'esito di ogni prova, poi, le parti discutono in termini specifici, traendone conclusioni in ordine ai singoli fatti che si tratta di provare»⁹⁷. Da quanto si legge, dunque, secondo il prof. Taruffo, la valutazione sulle singole prove avviene nel momento stesso in cui queste sono assunte ma ciò non corrisponde a verità. È risaputo, infatti, che la valutazione delle prove attiene alla fase decisoria, la quale si svolge in camera di consiglio una volta terminata la fase istruttoria. Si può ammettere, al massimo, che, durante l'assunzione della prova, il giudice pervenga alla conclusione che questa sia risultata irrilevante, ma, anche solo per il giudizio di rilevanza, un buon giudice dovrebbe confrontare tra loro le singole prove assunte durante l'istruttoria, potendo trattarsi di un mezzo probatorio che si vada ad incastrare con il resto del materiale messo a disposizione del giudice e, in questo mondo, assumere rilevanza per la risoluzione della controversia.

Riassumendo, la ricostruzione della verità materiale, nel processo, deriva da diversi fattori: in primo luogo occorre analizzare quale sia il ruolo del giudice, quali siano i suoi poteri e se deve soggiacere al divieto di istruttoria *ex officio*, potendosi, in questo ultimo caso, affidarsi esclusivamente alle prove presentate dalle parti; in secondo luogo occorre analizzare se si tratta di giudice civile o

⁹⁷ M. Taruffo, *La valutazione delle prove*, cit., p. 217. Continuando a leggere l'opera, lo stesso prof. Taruffo fa riferimento alla possibilità di valutare congiuntamente le prove acquisite. Tuttavia non si capisce, a questo punto, quale sia il suo orientamento. Anzi, sembra che, per trovare il metodo adeguato per la valutazione delle prove e che il giudice deve seguire, si debba fare riferimento alla complessità o meno del *factum probandum*. A mio avviso, però, indipendentemente dalla complessità del *factum probandum*, è compito del giudice valutare e ricostruire il fatto *bene* (tralasciando l'aspetto filosofico riguardante il senso semantico di tale aggettivo) e, per fare ciò, dovrebbe guardare non al singolo mezzo di prova, ma all'intero complesso probatorio.

giudice penale e, di conseguenza, verificare se si tratti di valutazione *ex art. 116 c.p.c.* o *ex art. 192 c.p.p.*; in base a quest'ultima analisi potranno essere individuati i limiti imposti al giudice nella valutazione delle prove (di cui si tratterà nel prossimo capitolo) e, di conseguenza, per giungere alla verità materiale.

2. Gli effetti della confessione sul processo penale e sul processo civile

2.1. Nozione e caratteri

L'istituto probatorio che forse più di tutti riesce a far percepire le differenze nelle modalità valutative da parte del giudice penale e del giudice civile è la confessione.

Riconosciuto in entrambi i processi, trova la sua collocazione normativa, però, solo nell'ambito civile, sia sostanziale che processuale. Più precisamente, mentre nel codice civile si rinviene la sua definizione e l'ambito di applicazione, nel codice di procedura civile se ne carpiscono l'influenza che questa opera nei confronti del giudice civile e le modalità con cui fa il suo ingresso nel processo. Bisogna ricordare, però, che seppur l'istituto viene disciplinato in ambito civile, la nozione ricavata dal codice civile può (e deve) essere utilizzata per il riconoscimento di una confessione anche nel processo penale. L'art. 2730, 1° comma, c.c. definisce la confessione come «la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte» e, da questa definizione, è agevole ipotizzare (e riscontrare nella prassi) il suo utilizzo anche nel processo penale.

Alla luce del citato articolo si possono facilmente riscontrare quelli che sono i caratteri peculiari di questo istituto. Innanzi tutto, la

confessione deve essere una dichiarazione, la cui natura esclude pacificamente la possibilità di configurarsi una confessione tacita o implicita (o configurabile in un comportamento concludente). Come fatto notare, sono da escludere dalla nozione di confessione, quindi, tutte quelle condotte che possono essere interpretate, dalla comunità (non dal giudice, si noti bene), come una confessione implicita: «è il caso, ad esempio, della condotta riparatoria o risarcitoria, della intervenuta oblazione, dello stato di latitanza, della contumacia, dell'accordo sui motivi di appello, della richiesta di applicazione della pena effettuata nel quadro del patteggiamento "ordinario"»⁹⁸; inoltre, il contenuto della confessione deve riguardare fatti e non norme giuridiche⁹⁹. La confessione, si dice, «si svela come atto sostanzialmente accostabile ad una "testimonianza" sul fatto»¹⁰⁰. Qualora la parte renda dichiarazioni, sotto forma di confessione, contenenti non solo la narrazione dei fatti ma anche elementi giuridici inerenti alla controversia, potrà essere reputata come confessione solo la parte relativa alla narrazione dei fatti; la dichiarazione verrà scissa in due parti, dunque: la parte relativa ai fatti verrà intesa quale confessione, al contrario della parte relativa agli elementi giuridici, alla quale non verrà riconosciuta la natura confessoria. Infine, è chiaro che qualsiasi dichiarazione inerente a fatti non può qualificarsi come confessione: elemento imprescindibile di questo mezzo probatorio è dato dalla presenza di dichiarazioni sfavorevoli a colui che la rende. A tal proposito, viene reputata del tutto idonea l'espressione «rilevanza

⁹⁸ Al riguardo, un'analisi attenta dei fatti e comportamenti che possono intendersi come confessione implicita è operata da L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2006, p. 84.

⁹⁹ La conoscenza delle norme giuridiche spetta al giudice, in base al principio *iura novit curia*, come precisato da M. Taruffo, *I mezzi di prova (1)*, in *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Il Mulino, 2011, p. 494.

¹⁰⁰ E. Dosi, *Confessione. III) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 2.

giuridica bifronte»¹⁰¹ con la quale si intende sottolineare da un lato il compito del giudice di verificare la contrapposizione del contenuto della confessione rispetto alla pretesa fatta valere in giudizio, e dall'altro l'idoneità di tali dichiarazioni ad essere foriere di risultati giuridici sfavorevoli al dichiarante.

Nell'ultimo decennio è diventato parte integrante dell'istituto della confessione anche una componente di matrice dottrinale: l'*animus confitendi*. Avanzato, come già detto, dalla dottrina¹⁰², trova conferma anche nella giurisprudenza, la quale la definisce come «la basilare caratteristica che conferisce alla confessione valore probante»¹⁰³. Da ciò si potrebbe desumere che la semplice volontà di porre in essere dichiarazioni a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte sarebbe sufficiente a permettere il formarsi di una confessione. Ma sul fondamento logico di tale requisito si assiste, non poche volte, allo svilupparsi di animati contrasti dottrinali¹⁰⁴. In particolare, se da un lato ci si fa forti della regola secondo cui nessuno ammette un fatto a sé sfavorevole che non corrisponda a verità, dall'altro si reputa possibile, invece, che «se la parte confessa è perché vuole raggiungere effetti a sé favorevoli, in contrasto con l'ordinamento giuridico, onde si determinerebbe la paradossale situazione che si avrebbe confessione soltanto quando la *declaratio contra se* non è vera»¹⁰⁵. Non sembrando utile schierarsi con alcuna delle citate teorie, repute superflue addirittura, ciò che realmente risulta proficuo per la descrizione di questo mezzo probatorio è il riconoscere, nell'*animus*

¹⁰¹ L. P. Comoglio, *Le prove civili*, UTET, 2010, p. 683.

¹⁰² C. Furno, *Confessione*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, 1961, p. 891; Betti, *Animus*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, UTET, 1957, p. 632 ss.

¹⁰³ Cass., 17 luglio 1979, n. 1239, in *Mass. Foro. It.*, 1979, cit. da M. Segatti, *La confessione*, in *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012, p. 533.

¹⁰⁴ Cfr. C. Furno, *Confessione*, cit., p. 879; C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, Giappichelli, 2008, p. 109.

¹⁰⁵ C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, Torino, 2008, p. 109.

confitendi, quella caratteristica soggettiva che deve essere posseduta dal dichiarante e che consiste nel voler ammettere la verità di un fatto che sia a lui sfavorevole e favorevole alla controparte. Spetta infatti al giudice valutare la congruità e la fondatezza dei fatti dichiarati tramite confessione, non rinvenendosi la possibilità di configurare una regola generale volta a selezionare le confessioni "reali" da quelle "simulate".

Legittimato a porre in essere una confessione è la parte processuale che sia «capace di disporre del diritto, a cui i fatti contestati si riferiscono». Una confessione resa in spregio di tale requisito comporterà l'inefficacia della stessa. Tuttavia non viene specificato se tale inefficacia colpisca solo la qualifica di prova legale o l'efficacia di tutta la confessione e delle dichiarazioni in essa contenute. La dottrina prevalente è ferma nel sostenere che tale inefficacia fa riferimento alle dichiarazioni contenute nella confessione e non alla natura di prova legale¹⁰⁶. Di contro, parte della dottrina minoritaria sostiene che la sanzione dell'inefficacia andrebbe a ricadere sulla natura di prova legale della confessione, restando salve comunque le dichiarazioni in essa contenute che possono essere validamente e liberamente valutate dal giudice¹⁰⁷. A sostegno di tale tesi si prende un orientamento giurisprudenziale, oramai stabile, volto a configurare l'ammissibilità, per il giudice, di valutare la confessione resa da persona incapace¹⁰⁸. Tuttavia, riteniamo eccessivamente artificiosa l'interpretazione che tenda a elevare la soluzione del singolo caso giurisprudenziale, citato dalla dottrina, a regola generale: se è vero che la giurisprudenza ammette come *valutabile* la confessione

¹⁰⁶ Furno, *Confessione*, op. cit., p. 883 e Andrioli, *Confessione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, 17-18 ss.

¹⁰⁷ M. Segatti, *La confessione*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè, 2012, pp. 545-546.

¹⁰⁸ Cass., 14 febbraio 2006, n. 3188, in *Rep. Foro it.*, 2006, n. 4.

resa da soggetto incapace, si ritiene che tale valutabilità non possa estendersi a tutte le confessioni che difettano del requisito soggettivo della disponibilità del diritto in quanto quest'ultimo risulta essere elemento essenziale della confessione. Le dichiarazioni contenute nella confessione sono finalizzate alla realizzazione della confessione stessa: venendo meno questa, viene meno anche la ratio che ha portato la parte a porle in essere. Nel caso giurisprudenziale citato, non si è in presenza di una indisponibilità del diritto per motivi esterni ma solo a causa della perdita (o limitazione) della capacità di agire, cosa che non avviene nella restante casistica. L'art. 2731 c.c. prevede anche la possibilità che la confessione sia resa da un rappresentante della parte, purché sia configurata «entro i limiti e nei modi in cui questa vincola il rappresentato». Il citato articolo di legge fa menzione della rappresentanza senza, però, preoccuparsi di specificare a quale tipo di rappresentanza si faccia riferimento. In mancanza di una esplicita precisazione, è ipotizzabile che rientrino in questa disposizione legislativa.

2.2. Le diverse ipotesi di confessione

Come specificato dall'ultimo comma dell'art. 2730 c.c., la confessione può essere giudiziale o stragiudiziale. La confessione si dice stragiudiziale se viene resa al di fuori del processo; è una dichiarazione spontanea che può assumere sia la forma orale che quella scritta. Qualora questa sia resa dal dichiarante stesso, ha la stessa valenza probatoria di una confessione giudiziale; se invece è contenuta in un testamento o è stata resa ad un terzo, il suo ingresso in

giudizio può avvenire secondo le modalità previste dal codice di rito e potrà essere prudentemente apprezzata dal giudice. L'art. 2735 c.c., infine, esclude la possibilità che questa possa essere utilizzata al fine di aggirare il divieto di testimonianza, qualora verta su oggetti per cui la legge vieta la prova testimoniale.

Discorso più articolato, invece, si deve fare per la confessione giudiziale. A differenza della confessione stragiudiziale, la confessione giudiziale può essere sia spontanea sia provocata.

Nel primo caso, può essere contenuta in qualsiasi atto processuale sia purché sottoscritto personalmente dalla parte, non dovendosi rispettare alcuna formalità. Sono da menzionare alcune pronunce della giurisprudenza con cui si è tentato di affibbiare valore confessorio ad alcune dichiarazioni contenute nell'atto di citazione, anche in mancanza di sottoscrizione della parte¹⁰⁹. Si ritiene congrua, tuttavia, la risposta, fornita da un'autorevole dottrina a tale pronuncia, secondo cui l'atto di citazione, normalmente, è opera esclusiva del procuratore, che agisce in forza del mandato sottoscritto dalla parte¹¹⁰.

Nel caso di confessione giudiziale provocata, invece, l'art. 228 c.p.c. la collega indissolubilmente ad un altro istituto: l'interrogatorio formale. L'espresso aggancio al solo interrogatorio formale sembra escludere del tutto la possibilità di configurazione di una confessione giudiziale nell'interrogatorio libero. Sul punto, però, merita di essere menzionato un orientamento dottrinario¹¹¹ che, facendosi forte su qualche pronuncia giurisprudenziale¹¹², vede come possibile

¹⁰⁹ Cass. 29 giugno 1981 n. 4241.

¹¹⁰ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 465.

¹¹¹ Cfr. E. Silvestri, *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto/civ.*, vol. III, UTET, 1988, pp. 424, 430; L. P. Comoglio, *Le prove civili*, op. cit., p. 696.

¹¹² Cass., 7 gennaio, 1983, n. 122, in *Mass. Foro it.*, 1983: «se, nel corso dell'interrogatorio libero, risulta da verbale che la dichiarazione della parte non sia stata provocata da una domanda del

l'instaurarsi di una confessione giudiziale nell'interrogatorio libero. Precisamente, si ritiene che si configuri una confessione spontanea qualora la dichiarazione in oggetto non risulti essere una risposta ad una domanda da parte del giudice, ma sia resa in ossequio ad uno spirito di liberalità della parte e risulti da verbale sottoscritto dalla stessa parte. Aspre sono state le critiche a questo orientamento che, agganciandosi al tenore letterale dell'art. 228, 116, comma 2 e 117 c.p.c., hanno escluso categoricamente la possibilità di aversi confessione nell'interrogatorio libero, aggiungendo, inoltre, che lo scopo dell'interrogatorio libero è quello di chiarire situazioni di fatto controverse e permettere al giudice una migliore comprensione delle stesse¹¹³. Si potrebbe obiettare, però, che la S. C., nella sentenza citata, non fa riferimento alla confessione giudiziale provocata ma a quella spontanea che, a norma dell'art. 229 c.p.c., «può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente». Considerando, inoltre, che nell'ipotesi anzidetta ricorrono tutti gli elementi costituenti la confessione, non si comprende la tassativa esclusione di questa fattispecie astratta.

Nel processo penale la confessione può avvenire attraverso una qualsiasi dichiarazione posta in essere dall'imputato, non essendo previsto alcun contesto nel quale tale confessione debba avvenire. Spesso l'istituto della confessione nel processo penale è stato accostato ad un altro istituto: la chiamata di correo. Questa visione di somiglianza, a volte degenerata fino al punto di immaginare i due istituti come «due diverse manifestazioni di un'unica fattispecie»¹¹⁴,

giudice, bensì resa autonomamente, ed il verbale reca la sottoscrizione personale della parte, tale dichiarazione assume efficacia di confessione giudiziale spontanea».

¹¹³E. Silvestri, *Confessione nel diritto processuale civile*, cit., p. 424.

¹¹⁴L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, cit., p. 114.

trova la sua origine dall'opinione della dottrina prevalente in tema, sorretta dalla giurisprudenza, che vede la chiamata di correo come «una confessione, in cui, con la propria, si ammette anche la colpevolezza di altri»¹¹⁵. Questo orientamento non risulta, però, condivisibile per una serie di fattori: *in primis*, se ci ricollegiamo alla nozione di confessione *ex art. 2730 c.c.*, elemento essenziale è la dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli; configurare come confessione una dichiarazione su fatti altrui sfugge dalla nozione di confessione quale *contra se declaratio*. In secondo luogo, si dimentica come la confessione del coimputato, nella chiamata di correo, abbia carattere meramente eventuale e non certo. Come riportato da un'autorevole dottrina, «il confitente ammette, il chiamante accusa: se accade che nel contesto di una medesima deposizione l'imputato confessa la propria responsabilità e accusa altri di corresponsabilità, ciò non dimostra la necessità di una confusione dei due istituti, i quali rimangono, anche ontologicamente, nettamente distinti»¹¹⁶.

2.3. La valutazione della confessione

Dal quadro normativo sopra descritto, si sono mosse le correnti dottrinarie dibattendo sulla natura giuridica della confessione nel processo civile. Precisamente, il campo di battaglia su cui si destreggiano i maggiori processualcivili del nostro ordinamento è l'attribuzione o meno, alla confessione, del valore di prova legale.

La dottrina maggioritaria tende ad inquadrare la confessione

¹¹⁵ G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 1968, p. 385. Per la giurisprudenza, *ex plurimis* Cass. sez. I, 13 gennaio 1971, Russo, in *Cass. pen.*, 1972, p. 1038: «la chiamata di correo è la confessione con la quale l'imputato ammette, oltre che la propria, anche l'altrui colpevolezza». Cfr. M. Mercone, *Diritto processuale penale*, Simone, 2000, p. 392: «la chiamata di correo consiste nella dichiarazione confessoria resa da coimputato del medesimo reato connesso (...) con la quale egli ammette la responsabilità sia propria che di altri», cit. da L. Luparia, *la confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, cit., *ibidem*.

¹¹⁶ A. Melchionda, *La chiamata di correo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 172.

quale prova legale, avendo come base normativa gli artt. 2733 e 2735 c.c., i quali attribuiscono valore di «piena prova» alla confessione sia giudiziale che stragiudiziale. Fungendo quale «limite precostituito al libero convincimento del giudice»¹¹⁷, non è possibile non configurare la confessione come prova legale, pur riconoscendo, in sporadici episodi, la possibilità che la stessa abbandoni il rango di prova legale per assurgere a quello di prova libera: si pensi, ad esempio, al caso di confessione resa soltanto da alcuni dei litisconsorti o, ancora, al caso in cui si assista all'aggiunta di dichiarazioni inerenti a «fatti o circostanze tendenti ad infirmare l'efficacia del fatto confessato». La regola generale, tuttavia, risulta essere quella della confessione come prova legale.

Di diverso avviso, invece, è la corrente opposta della dottrina la quale, non riconoscendo alla confessione nemmeno la qualifica di prova. Si ritiene, in particolare, che la confessione debba intendersi non come mezzo di prova in senso stretto, ma come una *relevatio ab onere probandi*. Quando oggetto del giudizio è un diritto disponibile, si configura la possibilità, per le parti, «di sfidarsi a dichiarare il vero contro il proprio interesse, e se ciò avviene il giudice è vincolato dalla dichiarazione confessoria non tanto per una impostazione esteriore di legge (che apparirebbe da se sola come ingiustificata ed assurda), ma perché egli stesso e la legge prendono atto che gli interessati hanno così disposto del loro diritto»¹¹⁸. Sostanzialmente, la dottrina richiamata tende a dare maggiore rilevanza all'aspetto soggettivo della confessione e, precisamente, all'*animus confitenti*, tanto richiamato

¹¹⁷ In tal senso, L. P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., pag. 499.

¹¹⁸ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., pp. 461-462.

dalla giurisprudenza quanto sottovalutato dalla dottrina¹¹⁹. Inoltre, ad avvalorare ancora di più l'inquadramento della confessione come *relevatio ab onere probandi* è il contesto in cui deve avvenire la confessione giudiziale provocata: l'interrogatorio formale. Quest'ultimo, infatti, è utilizzato dalla controparte allo scopo di ricavarne una confessione proprio quando si trova nell'incapacità di soddisfare quell'onere probatorio che incombe su di lui.

Le tesi addotte dalla dottrina menzionata non paiono, però, sufficientemente convincenti. *In primis*, si deve notare come l'istituto della confessione viene disciplinato, nel codice civile, nel Titolo II, rubricato "Delle prove". In secondo luogo, pur riconoscendo rilevanza all'*animus confitenti*, resta indubbio che la funzione primaria delle prove è quella di far pervenire il giudice ad una sentenza per la risoluzione della controversia; la confessione risulta del tutto idonea al raggiungimento dello scopo e, quindi, potrebbe senza dubbio, entrare a far parte del novero dei mezzi probatori. L'elusione dell'onere probatorio a carico della parte che si avvantaggia della confessione, non dovrebbe essere inteso come elemento caratteristico ma come mera conseguenza della confessione stessa. Non è la parte vantaggiata a chiedere la confessione ma il confidente che, spinto da spirito di liberalità, pone in essere una dichiarazione di natura confessoria.

Nonostante le dispute dottrinarie, resta ferma la vincolatività che la confessione esercita nei confronti del giudice civile, sicché, al pervenire di una confessione posta in essere in sede giudiziale che in sede stragiudiziale ed al soddisfarsi dei requisiti richiesti dalla legge

¹¹⁹ Ulteriore critica è esposta contro la c.d. regola di esperienza, secondo la quale bisogna considerare attendibile la confessione in quanto nessuno porrebbe in essere dichiarazioni a sé sfavorevoli se queste non fossero vere. Si ipotizza, infatti, che la confessione potrebbe avere il fine ultimo non di porre fine alla controversia con la propria soccombenza, ma di danneggiare un terzo attraverso dichiarazioni mendaci o di utilizzare il processo, ed il vincolo del giudice imposto dalla legge, per il raggiungimento di scopi che nulla hanno a che fare con la giustizia.

per la qualificazione della stessa come prova legale, il giudice dovrà pronunciarsi sentenziando la soccombenza della parte confessoria e la vittoria della controparte.

Ciò, invece, non avviene nel processo penale, dove la confessione viene vista in una moltitudine di sfaccettature: ora come «dichiarazione di verità pienamente attendibile» (*probatio liquidissima, principalissima, illustrissima, adeo ut non admittat probationem in contrarium*¹²⁰) perché rilasciata da chi è a conoscenza dei fatti, ora come «elemento di sicura valenza persuasiva»¹²¹ perché effettuata da soggetto che rinuncia alla propria libertà per spirito di giustizia, ora come «materiale probatorio ad alta inaffidabilità»¹²² perché costituisce un atto, per così dire, contro natura. Tuttavia, nessuna di queste concezioni è mai riuscita a prendere il sopravvento sulle altre. Nel silenzio della dottrina, la valutazione della confessione in ambito penale è stata associata a quella concezione del tutto irrazionale e priva di limiti del libero convincimento del giudice, il quale avrebbe potuto concludere la controversia anche esclusivamente sulla base della confessione¹²³. Di matrice giurisprudenziale era, invece la corrente che vedeva la confessione come un elemento

¹²⁰ *Matth. de Prob., c. 1.*

¹²¹ «La confessione era ritenuta così contraria all'animo umano da indurre i dottori a considerarla prova inconfutabile, su cui non era necessario svolgere ulteriori indagini» (L. Garlati Giugni, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Giuffrè, 1999, p. 148).

¹²² Tutte locuzioni espresse da L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, cit., pp. 193-194. Cfr. G. Bentham, *Teoria delle prove giudiziarie*, 1834, trad. it., Bruxelles, 1842, p. 279: «le prove che si cavano dalla bocca del colpevole sono sempre le più soddisfacenti e le più proprie a produrre nel pubblico un sentimento uniforme di convinzione»

¹²³ Il carattere dell'esclusività della confessione si deve intendere, qui, come la possibilità riconosciuta al giudice di giudicare la controversia non solo attraverso una condanna pronunciata esclusivamente sulla base della confessione, senza tener conto del resto del materiale probatorio, ma anche accettando la confessione senza operare alcun riscontro sulla veridicità di quanto confessato.

comunque attendibile, ponendola quale «regina delle prove»¹²⁴. Questi due orientamenti, tuttavia, collidevano con la visione codicistica della confessione. L'art. 193 c.p.p. è, infatti, chiaro nel negare l'ingresso nel processo penale delle prove legali sia c.d. "positive", la cui presentazione, cioè, comporta l'obbligo per il giudice di emettere sentenza di condanna, sia "negative", volte cioè a negare la responsabilità dell'imputato. Sembra di percorrere la strada giusta quando si tende a dire che, nel processo penale, la confessione non ha lo stesso peso rispetto a quello avuto nel processo civile e tale orientamento sembra essere sorretto da diverse osservazioni che si sono susseguite nel tempo.

Secondo una prima ricostruzione, la *contra se declaratio* è considerata come elemento inaffidabile, capace di mettere in difficoltà il giudice sulla decisione. Numerose sono le ipotesi che potrebbero portare l'imputato ad esporre una confessione mendace, come ad esempio quella volta alla costruzione di un alibi per un più grave reato¹²⁵, volontà di occultare la responsabilità altrui o per un autoconvincimento erroneo. A seguito di tali osservazioni, si è attribuito alla confessione la natura di mero indizio.

Una seconda osservazione riguarda, invece, la necessità per il giudice di confrontare quanto contenuto nella confessione con il resto del materiale probatorio. Così facendo, si vuole annullare la prassi, sviluppata in passato, che vedeva la pronuncia di sentenze di condanna basate solo sulla confessione dell'imputato, ad opera del

¹²⁴ F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 192.

¹²⁵ E. M. Catalano, *La prova d'alibi*, Giuffrè, 1998, p. 11. Si pensi, poi, all'ipotesi dettata dal F. Carrara (*Programma del Corso di diritto criminale*, parte generale, vol. III, Fratelli Cammelli, p. 243, nt. 3) e ripreso da L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, cit., p. 203, nt. 276, di un maresciallo di Francia che confessa il suo reato di violenza sessuale al fine di vincere una causa per l'annullamento del matrimonio intentata dalla moglie per impotenza.

giudice. La confessione, si dice, «andrebbe qualificata come un'affermazione probatoria, ossia un fatto che, come tutti i fatti dichiarati da una delle parti del processo (...) deve essere suscettibile di una prova per essere ritenuto e affermato come vero»¹²⁶.

Un'ultima opinione ha rilevato, infine, che «la confessione di per sé non può mai ritenersi decisiva ai fini dell'accertamento di colpevolezza e può diventarlo solo se, trovando riscontro negli elementi obiettivi riferiti dal dichiarante in sede di interrogatorio, permetta di costruire la dimostrazione della sua colpevolezza indipendentemente dalle sue ammissioni»¹²⁷. Nonostante questa idea si basasse sull'art. 389 c.p.p. abr., è possibile riconfigurarla in base all'art. 449, comma 5 c.p.p., nel quale la *contra se declaratio* viene menzionata quale presupposto per il giudizio direttissimo.

Concludendo, nel processo penale l'istituto della confessione risulterebbe decisivo solo nel caso in cui le dichiarazioni in essa contenute possono essere verificate attraverso una serie di riscontri esterni. La valutazione della stessa sarà una valutazione composita, formata *in primis* dalla valutazione sull'affidabilità del dichiarante, in secondo luogo dall'attendibilità e precisione del contenuto della confessione e, in ultimo, dalla valutazione e comparazione della confessione stessa con il resto del materiale probatorio di cui potrà disporre il giudice. Non appare configurabile alcun tipo di vincolatività per il giudice ad opera della confessione, che quindi soggiace, al pari degli altri mezzi probatori, al principio del libero convincimento del giudice, contrariamente a quanto avviene in sede

¹²⁶ L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, cit., p. 207. Cfr., poi, P. M. Randazzo, *La valutazione delle prove nel processo penale*, in *Conferenze. Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, tomo II, Giuffrè, 1958, pp. 101-103.

¹²⁷ G. Guarneri, *La testimonianza dell'imputato*, in AA. VV. *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Giuffrè, 1965, p. 125.

civile.

3. Comparazione dell'influenza della prova per il giudice penale e per il giudice civile

Nei precedenti capitoli la trattazione si è soffermata sui principali mezzi probatori messi a disposizione alle parti di un processo penale e civile. Come è chiaramente emerso, questi mezzi di prova risultano essere più comuni ai due sistemi processuali di quanto si possa pensare. In ambedue le sedi processuali, infatti, sono presenti strumenti probatori, come la prove documentale, la testimonianza, la perizia/consulenza tecnica, la cui nozione e disciplina, se non coincide del tutto, risulta molto simile. Ciò che, invece, assurge come peculiare differenza dei due sistemi è il modo in cui il giudice si approccia nel valutare le prove richieste dalle parti, nonché la struttura dei due processi, la quale non è oggetto di questa indagine. L'evoluzione storica che ha segnato i due processi ha portato all'instaurazione di due regole diverse (quasi opposte) che fungono da fondamenta per i due sistemi. Se da un lato si riscontra nel principio del libero convincimento del giudice la regola aurea per la valutazione delle prove penali, dall'altro quella del prudente apprezzamento funge da indirizzo valutativo in sede civile, temperata dall'osservanza del principio delle prove legali che, come abbiamo visto, ha assunto il ruolo di antagonista storico del libero convincimento. Prove tanto simili come quella documentale assurgono, nell'uno o nell'altro processo, a mera prova liberamente valutabile dal giudice od a quasi un giogo cui il giudice deve sottostare.

Ma a cosa si deve questo diverso atteggiamento del giudice, in sede penale o in sede civile, di fronte a (praticamente) le stesse prove?

Una prima ragione di tale differenza risiede nella circostanza

secondo la quale il processo penale si configura come un processo sul *fatto*, al contrario del processo civile che invece risulta essere un processo sull'*atto*, tant'è che, a tal proposito, si soleva descrivere questa situazione col brocardo latino *quod non est in actis non est de hoc mundo*.

In secondo luogo, questa differenza potrebbe essere causata dalla diversa regola probatoria fondamentale per il raggiungimento della sentenza nel processo penale ed in quello civile. Come sottolineato, «il diritto civile "si accontenta" di una regola probatoria e di giudizio molto meno stringente di quella propria del processo penale: nel processo civile vale non la regola dell'oltre il ragionevole dubbio, ma la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che no»¹²⁸.

Una terza ragione potrebbe ricavarsi dall'analisi dell'oggetto del giudizio. Nel caso del processo civile, oggetto del giudizio saranno situazioni giuridiche di certo meno incidenti sulla società rispetto alle situazioni giuridiche oggetto di giudizio in sede penale. Nel primo caso, lo stereotipo dell'oggetto della controversia sarebbe un contratto o una qualsiasi obbligazione; nel secondo caso, invece, lo stereotipo dell'oggetto del giudizio sarebbe la libertà personale di un soggetto (libertà che è anche un valore costituzionalmente garantito). Potrebbe essere derivata da ciò la volontà del legislatore di voler negare esplicitamente, attraverso l'art. 193 c.p.p., l'ingresso delle prove legali nel processo penale, consentendo al giudice di utilizzare quell'*intime conviction* per giungere alla pronuncia di una sentenza che vada *oltre ogni ragionevole dubbio*.

¹²⁸ F. Stella, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Giuffrè, 2004, p.83.

Di tutto ciò sembra averne preso visione il legislatore, il quale si è preoccupato di porre tutti gli strumenti probatori, previsti nel processo penale, sullo stesso piano, eliminando l'idea della formazione di una qualsiasi gerarchia tra le prove. Non sono presenti, infatti, nel diritto penale (sia sostanziale che processuale) locuzioni quali "piena prova" o "pubblica fede", presenti esclusivamente in ambito civile.

Concludendo, risulta chiaro come il quadro probatorio e l'influenza che questo possa portare nell'uno o nell'altro processo siano alquanto differenti. Sarebbe ipotizzabile la configurazione di una fattispecie in cui, all'ammissione di uno stesso mezzo probatorio, segue una valutazione del tutto differente da parte dei due giudici: nel processo penale la prova non vincola il giudice (nei limiti della logicità, sia beninteso), mentre nel processo civile l'efficacia della prova potrebbe essere tale da "costringere" il giudice alla pronuncia di una determinata sentenza, non lasciando allo stesso alcun margine di scelta.

CAPITOLO V

I LIMITI DEL GIUDICE NELLA VALUTAZIONE

DELLE PROVE

1. I limiti logici al libero convincimento

1.1. Massime di esperienza e fatti notori

Da quanto detto nei capitoli precedenti, si ha l'impressione che il potere valutativo del giudice penale sia privo di limiti, avendo questo la possibilità di valutare liberamente ogni genere di prova. Così pensando, però, si rischierebbe di inquadrare il libero convincimento nella sua matrice originaria, come il potere, riconosciuto al giudice, di svincolarsi totalmente dalla legge e giudicare su una controversia esclusivamente utilizzando il suo intimo convincimento.

A ben vedere, però, sarebbe impensabile (oltre che incostituzionale) illimitato nelle mani di un solo organo. Ai fini di un'indagine completa, quindi, non resta che analizzare ed individuare da cosa siano costituiti questi limiti.

Un primo significativo limite è costituito dalla c.d. massima di esperienza. Prendendo in prestito la definizione data da un'autorevole dottrina, «la massima di esperienza è una regola di comportamento che esprime quello che avviene nella maggior parte dei casi (*id quod plerumque accidit*)»¹²⁹. In sostanza, attraverso la massima di esperienza, il soggetto può prevedere, a seguito di una serie passata di eventi e di esperienze più o meno comuni, cosa molto probabilmente (non vi è certezza) potrebbe accadere al verificarsi di determinate condizioni. Questa previsione sarà poi utilizzabile all'interno di un processo per verificare la relazione tra due fatti oggetto di causa.

Ciò che la differenzia dalle altre prove non è l'oggetto su cui la massima di esperienza ricade e che, quindi, risulta da provare, ma l'iter logico e probabilistico con il quale si tenta di provare un determinato fatto.

Affinché si ponga in essere una massima di esperienza, però, occorre che si compiano due passi: il primo sta nell'individuare quali comportamenti e situazioni storiche passate possano essere considerate simili a tal punto da fungere come termine di paragone con il fatto oggetto di giudizio; il secondo sta, invece, nel tenere sempre presente che, nonostante il reiterato accadere di quei determinati fatti a quelle condizioni, il giudizio oggetto della massima di esperienza non è mai un giudizio certo ma solo probabilistico.

Spetta al giudice individuare, attraverso un ragionamento di tipo

¹²⁹ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 229.

induttivo, la regola della massima di esperienza, estrapolata dall'analisi di eventi storici passati, da applicare al caso concreto. Grazie proprio alla massima di esperienza, è concesso al giudice di giustificare e dare una motivazione alla propria decisione, evitando che quest'ultima si tramuti in una «decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva»¹³⁰. L'autonomia del giudice nella scelta della regola della massima di esperienza, però, non deve essere intesa in senso illimitato; la scelta di una determinata massima di esperienza, a volte, risulta implicitamente obbligata in quanto l'oggetto del giudizio può esserne ricompreso in pieno, impendendo al giudice di poter optare per una massima di esperienza piuttosto che per un'altra.

Detto ciò, occorre capire che funzione ha una massima di esperienza nel processo e come possa essere utilizzata per la risoluzione della causa. La funzione essenziale di questa è quella di fornire al giudice una serie di premesse che, collegate al fatto concreto, lo aiuti a prendere una decisione, di costruire un ragionamento avente, come base, la regola generale dettata dalla massima di esperienza e, come struttura, una forma di sillogismo «aristotelicamente definibile come dialettico o retorico, la cui conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile»¹³¹.

Spesso accostati alle massime di esperienza sono i fatti notori. Questi ultimi sono definiti, dall'art. 115 c.p.c., come «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». Si tratta, a differenza delle

¹³⁰ G. Ubertis, *La logica del giudizio: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privata, le massime di esperienza, il sillogismo giudiziale*, in AA. VV. *La prova penale*, sez. III, (http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_21.pdf), p 5.

¹³¹ G. Ubertis, , *La logica del giudizio: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privata, le massime di esperienza, il sillogismo giudiziale*, cit., *ibidem*.

massime di esperienza, di accadimenti storici verificati (o verificabili) e che sono alla comune conoscenza di tutti i consociati, in cui è possibile includere il giudice. Sia la massima di esperienza che il fatto notorio corrispondo ad una deroga del divieto di scienza privata, incombente sul giudice, e che è positivizzato nell'art. 115, 1° comma c.p.c., fungendo da principio generale applicabile non solo nel processo civile ma anche al processo penale. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, il giudice non viene a conoscenza di fatti utilizzando «una sua particolare e soggettiva conoscenza (...) ma utilizza un dato di fatto che rientra nel patrimonio culturale e conoscitivo di una intera collettività di persone»¹³². La conoscenza comune del fatto notorio fa ben capire il motivo per cui questo non soggiaccia al principio dell'onere della prova (*notoria non eget probatione*). L'efficacia di un fatto notorio, però, non può avere confini illimitati. Definendo l'atto notorio come un evento la cui conoscenza è alla portata di una comunità, si sta implicitamente definendo quali sono i confini di azione dello stesso fatto notorio, cioè quella comunità (e l'ambito territoriale in cui la comunità risiede) che è venuta a conoscenza del fatto stesso. È configurabile, infatti, l'esistenza di un fatto che abbia la qualifica di "notorio" in un ambiente mentre non abbia la stessa qualifica in un altro ambiente. In questo secondo caso è impensabile che le parti possano vantare l'esenzione dell'onere probatorio. C'è poi chi sostiene che il fatto notorio debba essere provato per tutte quelle volte in cui non ricopra il ruolo di mezzo per interpretare singoli fatti dedotti in lite ma funga da mera fonte del diritto vantato nella controversia¹³³. In quest'ultima ipotesi, però, a ben vedere, non deve

¹³² G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 281.

¹³³ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 282.

essere provato il fatto notorio bensì il diritto vantato.

Ogni qualvolta si assiste all'entrata nel processo di un fatto notorio o di una massima di esperienza si assiste, di conseguenza, ad una limitazione del potere valutativo del giudice. Questo, infatti, non può, a differenza di quanto accade (specialmente nel processo penale) per il resto dei mezzi probatori, liberamente valutare i fatti oggetti di massima di esperienza o di notorietà ma si trova costretto esclusivamente a prenderne atto. D'altro canto, sembrerebbe assurdo prevedere, per il giudice, il potere di valutare liberamente qualcosa che è alla mercé di tutta la comunità, potendosi, così, ipotizzare anche la possibilità, sempre per il giudice, di negare qualcosa che sia assodato come realmente accaduto.

2. I limiti legali al libero convincimento

2.1. La disciplina della "chiamata di correo"

L'argomento della chiamata di correo è stato trattato, seppur incidentalmente, anche nel capitolo precedente, preoccupandosi di distinguere la sua disciplina da quella della confessione.

Questo istituto trova la sua collocazione normativa all'art. 192, commi 3 e 4 c.p.p., i quali prevedono testualmente che «le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso (...) sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

Come ben individuato da un'autorevole dottrina, l'art. 192, commi 3 e 4 c.p.p., costituiscono un limite derivato dalla «presunzione di inattendibilità delle dichiarazioni rese da colui che è comunque portatore di un interesse nel processo» e «dalla scelta di forme che conferiscono a quelle proposizioni un crisma di credibilità

ampiamente inferiore»¹³⁴.

Ad una attenta lettura dell'articolo, si può senza dubbio dire che soggiacciono alla disciplina anzi detta: il coimputato del medesimo reato in un processo cumulativo; l'imputato in un procedimento connesso, la cui connessione derivi da concorso di persone nel medesimo reato, da cooperazione colposa di persone nel medesimo reato, da continuazione criminosa, connessione teleologica e connessione occasionale tra più reati; l'imputato in un reato collegato per cui si procede da un rapporto di connessione probatoria¹³⁵.

L'art. 192 c.p.p. parla di valutazione unitamente agli altri elementi di prova, i quali debbono confermare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dal coimputato. Utilizzando la locuzione "elementi di prova", il legislatore ha voluto specificare che le dichiarazioni in oggetto debbano essere confrontate con elementi conoscitivi non «assurgenti al fenomeno di autonoma efficacia dimostrativa»¹³⁶ in quanto, in presenza di questi, non si avrebbe la necessità di prevedere l'utilizzo della chiamata di correo. È stata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite a statuire il procedimento che deve essere adempiuto dal giudice nella valutazione delle dichiarazioni in oggetto. Precisamente, si dice che l'attendibilità da verificare si divide in tre componenti: l'attendibilità del dichiarante, l'attendibilità intrinseca di quanto dichiarato e l'attendibilità estrinseca di quanto dichiarato.

Le Sezioni Unite, oltre a prevedere che la verifica sull'attendibilità deve avvenire nell'ordine di cui sopra, in quanto sarebbe illogico procedere ad una valutazione degli altri elementi di

¹³⁴ F. R. Dinacci, *Prove*, in AA.VV. *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, 2015, vol. I, p. 815, il quale, facendo riferimento anche alla *Relazione al progetto preliminare*, individua i coimputati come «soggetti con l'attitudine ad ingenerare erroneo convincimento giudiziale».

¹³⁵ Cass. Sez. Unite, sent. 06 dicembre 1991 n. 1048, ric. Scala ed altri, in CED RV. 189181.

¹³⁶ Ancora F. R. Dinacci, *Prove*, op. cit., *ibidem*.

prova che ne confermano l'attendibilità senza prima verificare l'attendibilità in sé degli elementi forniti dal coimputato¹³⁷, statuisce che l'analisi dell'attendibilità del dichiarante deve essere compiuta tenendo in considerazione la sua personalità, il suo comportamento anteriore al fatto di reato, il suo passato e, infine, i rapporti con gli altri coimputati, anche dal punto di vista socio-economico¹³⁸. Per quanto riguarda l'attendibilità intrinseca, invece, questa deve essere valutata in base alla coerenza, accuratezza, genuinità e fermezza di quanto esposto¹³⁹. Ultimo passo che deve fare il giudice è quello di verificare l'attendibilità estrinseca, utilizzando i riscontri esterni idonei a costruire un logico nesso tra quanto dichiarato, il reato e l'imputato.

Tale disciplina corrisponde, così, ad un'eccezione del libero convincimento del giudice in quanto, le regole imposte per la valutazione della chiamata di correo vadano a costituire gli argini al principio del libero convincimento¹⁴⁰. Non risulta condivisibile l'orientamento secondo cui gli "elementi di prova" con cui si deve confrontare la dichiarazione del correo possano essere qualunque elemento, indipendentemente dalla loro riferibilità alla di lui imputazione, ipotizzando, come esempio, le dichiarazioni che vertono su circostanze del fatto di reato conoscibili solo a chi avesse effettivamente partecipato al reato e che conferiscono «attendibilità intrinseca alla chiamata di correatà» senza, tuttavia, dimostrare la

¹³⁷ In questa direzione Cass. Sez. I, 25 novembre 2011, n. 1316.

¹³⁸ Cass. Sez. Unite, sent. 21 ottobre 1992 n. 1653.

¹³⁹ In tal senso, F. Servadei, *Chiamata di correo e chiamata di correatà "de relato"*, in www.studiocataldi.it (<http://www.studiocataldi.it/articoli/20126-chiamata-di-correo-e-chiamata-in-correita-de-relato-.asp>). Cfr. anche Cass., sez. IV, 29 gennaio 2008, D. A., in *CED Cass.*, rv. 239300, così come segnalato da F. R. Dinacci, *Prove*, in AA. VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, op. cit., p. 816, nt. 255, dove si precisa che la verifica dell'attendibilità intrinseca può condurre pure ad esiti differenziati purché l'accertata inattendibilità di alcune dichiarazioni non dipenda dalla falsità.

¹⁴⁰ Così M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009, p. 127 e ripreso da F. R. Dinacci, *Prove*, cit., p. 817.

partecipazione del dichiarante¹⁴¹. Orbene, nell'ipotesi richiamata, però, si configurerebbe solo il primo passo verso la dichiarazione di attendibilità della chiamata di correo e, cioè, l'attendibilità del dichiarante.

Risulta ipotizzabile, infine, la situazione per cui, in presenza di una dichiarazione complessa effettuata da un coimputato ed a seguito delle opportune verifiche, ad opera del giudice, sull'attendibilità della stessa, solo una parte della dichiarazione goda di attendibilità ad opera di un riscontro soltanto parziale con gli altri elementi di prova. Si è in presenza, quindi, di una valutabilità frazionata o parziale delle dichiarazioni, la quale comporterebbe l'attribuzione del valore probatorio esclusivamente a quelle parti nei cui confronti è stato appurato un riscontro con gli altri elementi di prova a disposizione del giudice.

Il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazione, nella l. 7 agosto 1992, n. 356, ha previsto l'inserimento dell'art. 190**bis** c.p.p., il quale prevede la possibilità, sia ai testi che ai coimputati, di essere sentiti per dichiarazioni diverse da quelle fornite in precedenza o nel caso in cui il giudice, o una delle parti, lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze, ampliando, quindi, le possibilità di assistere a dichiarazioni di colpevolezza da parte di coimputati.

Merita di essere analizzata in questa sede, infine, una figura affine alla chiamata di correo ma che presenta alcuni tratti peculiari: la correttezza *de relato*. Si tratta di quell'ipotesi in cui un soggetto imputato, facente parte di un'organizzazione, fornisce dichiarazioni in merito ad una possibile imputazione di un soggetto terzo, estraneo al processo.

¹⁴¹ G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2008, p. 215.

In questo caso, la Cassazione a Sezioni Unite¹⁴² ha predisposto una serie di direttive: qualora il dichiarante sia un imputato in procedimento connesso o persona di cui all'art. 197*bis* c.p.p., deve essere applicato l'art. 195 c.p.p. sulla testimonianza indiretta per la valutazione della prova; in mancanza della situazione anzidetta, la correttezza *de relato* deve essere valutata utilizzando dapprima i criteri sull'attendibilità della dichiarazione del correo e, successivamente, la dichiarazione resa deve trovare riscontro in altri elementi esterni quali, ad esempio, la presenza di rapporti personali tra dichiarante e fonte diretta.

2.2. La sentenza definitiva di un altro procedimento come prova dei fatti in essa accertati

Un ruolo importante nel processo penale, ai fini della decisione, è ricoperto dalla decisione pronunciata con sentenza passata in giudicato di un altro procedimento. L'art. 238*bis* c.p.p., infatti, dice testualmente: «(...) le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esso accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3».

Nonostante l'approvazione da parte della Corte costituzionale¹⁴³, l'istituto è stato ampiamente criticato in dottrina. Innanzi tutto, è criticata l'attribuzione di valore di prova ad un atto che non viene

¹⁴² Cass. Sez. Unite, sent. 14 maggio 2013, n. 20804.

¹⁴³ Corte cost., sent. 26 gennaio 2009, n. 29. La questione di legittimità costituzionale fu sollevata dal Tribunale di Biella che vedeva un possibile contrasto costituzionale tra l'art. 238*bis* e l'art. 111 commi 4 e 5 Cost. nella parte in cui «consente l'acquisizione dibattimentale delle sentenze divenute irrevocabili ai fini della prova di fatto in esse accertato e, quindi, la utilizzabilità di tale mezzo di prova documentale oltre i casi e i limiti di efficacia probatoria previsti in via generale dal combinato disposto degli artt. 234 e 236 c.p.p.». La Corte rigettò il ricorso fondando la sua decisione su tre motivazioni: *in primis*, adducendo che la disposizione in oggetto fu introdotta per contrastare più efficacemente la criminalità organizzata (anche se, per la sua portata generale, può essere utilizzata in ogni procedimento penale); in secondo luogo, la Corte richiama una sua precedente decisione che giudicò manifestamente infondata la questione di costituzionalità; infine, la mancata modifica dell'art. 238 c.p.p. da parte della legge di attuazione del giusto processo farebbe pensare ad una sua piena legittimità costituzionale.

concepito per tale funzione. Viene detto, infatti, che «le sentenze non sono prove bensì atti che valutano le prove nella funzione decisoria di un singolo caso, di una specifica controversia, oltre la quale non provano nulla»¹⁴⁴. In secondo luogo, si sostiene che utilizzando quale mezzo probatorio una sentenza divenuta irrevocabile, si utilizzerebbero, sia pure in modo indiretto, le prove su cui questa si fonda, indipendentemente se siano raccolte nel rispetto o meno delle garanzie sulla circolazione delle prove tra processi stabilite nell'art. 238 c.p.p.. Si verificherebbe, dunque, una elusione dell'art. 238 c.p.p. il quale funge da metodo di applicazione diretta nel processo penale dell'art. 111 comma 4 Cost..

A ben vedere, però, l'utilizzo di una sentenza passata in giudicato per prendere atto dei fatti in essa accertati potrebbe essere letta sia come ossequio al principio dell'economia processuale sia come strumento al fine di evitare un contrasto tra giudicati sull'accertamento di un determinato fatto. In mancanza di tale articolo, infatti, si potrebbe assistere alla conferma di un determinato fatto in un giudizio e, successivamente, alla negazione dello stesso fatto in un altro giudizio. Deve, inoltre, ricordarsi che la valenza delle sentenze irrevocabili in un altro procedimento penale non assume valore di piena prova ma dovrà essere valutato sempre secondo le modalità sancite dall'art. 192, comma 3, c.p.p., sempre che superino il filtro di rilevanza e pertinenza sancito dall'art. 187 c.p.p..

Se da un lato l'espressa previsione della necessità di ulteriori elementi di prova va giustificata dal fatto che la sentenza irrevocabile non fungerà come prova esclusivamente per la fattispecie giudiziale oggetto dell'imputato ma anche per qualunque «fatto (...) accertato»

¹⁴⁴ Così P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, CEDAM, 2015, p. 181.

nella sentenza stessa¹⁴⁵, dall'altro, la presenza di ulteriori elementi di prova farà sì che venga posto in essere quell'«utile raccordo tra il provvedimento conclusivo di un determinato procedimento e la diversa realtà processuale in cui esso va ad inserirsi, ai sensi dell'art. 238bis c.p.p.»¹⁴⁶.

Numerosi sono, poi, i problemi affrontati in dottrina e giurisprudenza riguardo l'ambito di applicazione della norma in oggetto. Un primo problema che era stato sollevato riguardava la questione se, con l'espressione "sentenze irrevocabili", si dovessero considerare solo le sentenze penali o anche quelle civili. A quella parte della dottrina che vedeva nella genericità della disposizione un valido appoggio per sostenere che le sentenze ivi contemplate fossero sia quelle penali che quelle civili¹⁴⁷, si è opposta la giurisprudenza ritenendo che l' «utilizzazione delle sentenze irrevocabili, acquisite ai fini della prova dei fatti in esse accertati ai sensi dell'art. 238bis c.p.p., riguarda esclusivamente le sentenze pronunciate in altro procedimento penale e non anche quelle pronunciate in un procedimento civile»¹⁴⁸ e giustificando tale presa di posizione adducendo che nel codice di rito, è possibile riscontrare, all'art. 651 c.p.p., la previsione secondo cui il giudicato penale possa spiegare i suoi effetti anche in sede civile ma nulla si riscontra per affermare il contrario e che la «collocazione della norma e la sua formulazione non consentono di attribuire alla norma un significato più esteso (riferito cioè anche alla sentenza civile) anche perché la medesima norma costituisce un sistema inscindibile con il

¹⁴⁵ Così G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 271.

¹⁴⁶ L. Parlato, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3673.

¹⁴⁷ N. Treggiani, *Sull'impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997, 6, p. 1762.

¹⁴⁸ *Cass. Sez. IV*, sent. 26 giugno 2008, n. 28529.

precedente art. 238 che disciplina espressamente anche i verbali delle prove assunte in un giudizio civile»¹⁴⁹. A questa presa di posizione, però, si potrebbe obiettare, come è stato già fatto in dottrina, che l'art. 651 c.p.p., richiamato dalla Suprema Corte, è collocato in una parte del codice, quella inerente al giudizio, che non presenta legame logico alcuno con la tematica qui affrontata. Inoltre, se è vero che ci sia un legame inscindibile tra l'art. 238 e l'art. 238*bis* c.p.p., sembrerebbe assurdo permettere l'entrata, in un processo penale, di prove assunte in sede civile e negare lo stesso ingresso di una sentenza che funge da conseguenza alla valutazione di quelle stesse prove¹⁵⁰.

Un secondo problema sollevato riguarda la possibilità o meno di far rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 238*bis* c.p.p. tutte quelle sentenze che non sono il frutto del rito ordinario ma dei riti speciali. Alla risposta positiva di questo interrogativo da parte della dottrina¹⁵¹ si è accostata quella della giurisprudenza, adducendo che «la sentenza di patteggiamento pronunciata in altro procedimento penale, stante l'equiparazione legislativa ad una sentenza di condanna, ben può essere acquisita e valutata ai sensi dell'art. 238*bis* c.p.p.»¹⁵².

L'entrata nel processo penale di una sentenza irrevocabile comporta l'onere per il giudice di valutare la stessa alla stregua degli altri elementi indiziari. A differenza di questi, però, come è stato giustamente fatto notare, «l'elemento probatorio (...) è stato oggetto di un contraddittorio "sulla prova" e non "per la prova", ossia di un intervento delle parti finalizzato semplicemente ad un "dibattito" su

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ In modo più analitico, A. Di Tullio D'Elisiis, in <http://www.diritto.it/docs/34712-l-art-238-bis-c-p-p-brevi-cenni-sui-profilo-di-criticita-applicativa>.

¹⁵¹ Vedi R. Cantone, *L'art. 238bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2890.

¹⁵² Cass. Sez VI, sent. 25 febbraio 2011, n. 10094.

una prova già formata nell'ambito di un altro processo»¹⁵³.

Risulta chiaro, a questo punto, che i poteri valutativi del giudice per i fatti di cui tratta la sentenza risultano pressoché azzerati. Ricordando, e con ciò concludendo, la *ratio* dell'introduzione di questa disposizione, e cioè «evitare che ogni giudice sia continuamente costretto a ripercorrere le tappe di altri processi, precedentemente celebrati, per dimostrare fatti già assodati in sentenze divenute irrevocabili»¹⁵⁴, è possibile inquadrare l'articolo come una limitazione (sensata) al principio generale dettato dall'art. 192, comma 1, c.p.p., senza, tuttavia ridurre, lo stesso giudice, a mero spettatore delle prove presentate, dovendo, queste, essere valutate sulla pertinenza e rilevanza *ex art.* 187 c.p.p. e sulla base degli altri elementi di prova *ex art.* 192, comma 3, c.p.p..

2.3. La prova indiziaria

Altra eccezione al principio del libero convincimento del giudice è rappresentato dalla prova indiziaria. Il 2° comma dell'art. 192 c.p.p., infatti, statuisce «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti» e, alla luce di ciò, si desume che sia vietato al giudice di ritenere accertato un fatto in mancanza di una moltitudine di indizi gravi, precisi e concordanti. Per la definizione di indizio, parte della dottrina si è sforzata di trovare una nozione di indizio che combaciasse *in toto* con quella necessaria alla corretta applicazione dell'art. 192 c.p.p.. In particolare, si è proceduto alla previsione di tre nozioni.

Una prima, chiamata "filosofico-scientifica", vede nella prova

¹⁵³ L. Parlato, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., p. 3673.

¹⁵⁴ Così il Ministro di grazia e giustizia sul d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

indiziaria la c.d. prova induttiva, tramite la quale «un fatto ne prova un altro». Si è visto, però, come, così intesa, ogni prova nel processo potrebbe essere intesa come indizio perché «il fatto da provare, appartenente al passato, è indotto dai fatti probatori del presente (...) e allo schema si adegua anche la testimonianza».

Una seconda nozione, chiamata "tecnico-giuridica", ricava la nozione di prove indiziarie in negativo e, precisamente, come quelle prove che non appartengono alle prove consistenti in dichiarazioni (espressione sostituita da altra dottrina in «funzioni narrative»¹⁵⁵ od in prove rappresentative, locuzione, questa, ampiamente criticata dalla dottrina di cui parlasi). Tuttavia anche questa nozione non viene accolta in quanto non tiene conto della ridimensionata influenza che questa esercita sul giudice in sede di valutazione, rispetto alle prove dichiarative.

Infine, una terza nozione, intesa come "volgare", individua la prova indiziaria come quella prova che non sia fortemente conclusiva, cioè che «non "prova" al di là di ogni ragionevole dubbio». Così intesa, però, sarebbe impossibile identificare a priori un indizio, sicché sarebbe il giudice a valutare un determinato elemento probatorio come "indizio" o "prova"¹⁵⁶.

Nonostante l'analisi esposta risulti alquanto complessa ed elaborata, non riesce, tuttavia, a fornire una definizione che riesca a soddisfare l'autore stesso, il quale conclude affidando al giudice l'immane compito di definire un elemento come prova indiziaria o prova in senso stretto.

Detto ciò, si ritiene, dunque, perfettamente idonea la nozione

¹⁵⁵ F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 581 ss.

¹⁵⁶ Per le tre nozioni esposte, P. Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 3, p. 594 ss.

fornita da un'autorevole dottrina che vede in questo quel «ragionamento che da un fatto provato (c.d. circostanza indiziante) ricava l'esistenza di un ulteriore fatto da provare (ad esempio, il fatto addebitato all'imputato)»¹⁵⁷. Risulta pacifico in dottrina, poi, cosa si debba intendere per gravità, precisione e concordanza degli indizi. Più nel dettaglio, gli indizi sono precisi «solo quando risultano non generici e non suscettibili di diversa e antitetica interpretazione e, perciò, non equivoci nonché quando sono considerati certi i relativi elementi indiziari (...); sono gravi solo quando risultano dotati di un alto grado di fondatezza e, quindi, di un'elevata intensità persuasiva di ogni singolo strumento gnoseologico indiziario; sono concordanti solo quando i loro risultati, basati su singoli elementi indiziari (...) confluiscono verso una ricostruzione unitaria del fatto cui si riferiscono»¹⁵⁸.

La prova indiziaria, si dice, è una prova indiretta, che si differenzia dalle altre prove dirette per l'oggetto che la caratterizza. Mentre, infatti, la prova diretta «ha per oggetto il fatto di reato contestato», la prova indiziaria «ha per oggetto un altro fatto da cui mediante l'uso di regole logiche di esperienza si può risalire al fatto di reato»¹⁵⁹ o, come sostenuto da un'altra dottrina, ad un'altra circostanza indiziante, che prende il nome di *fatto secondario*, e dalla quale, sempre con l'uso di regole logiche di esperienza, si può risalire al fatto di reato¹⁶⁰.

Affinché sia rispettato il comma 2 dell'art. 192 c.p.p., occorre che la decisione sul fatto si basi su una pluralità di indizi. Quel che

¹⁵⁷ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 227.

¹⁵⁸ A. Gaito, *Le prove*, in AA. VV. *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 249.

¹⁵⁹ G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 210. Dello stesso avviso, D. Siracusano, *Le prove*, in AA. VV. *Diritto processuale penale*, cit., p. 362.

¹⁶⁰ Così P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., *ibidem*.

conta, infatti, è che «il quadro indiziario abbia una valenza dimostrativa pregnante ed univoca»¹⁶¹. Dovendo decidere sull'intero *quadro indiziario*, se ne deduce che, qualora il giudice di primo grado commettesse errori di valutazione o non rispettasse gli obblighi normativi, il giudice in sede di gravame (solo di merito) dovrà prendere in considerazione l'intero quadro indiziario, non potendo il giudice di seconde cure fondare la sua decisione solo su una parte di questo. Il giudice è chiamato prima ad un esame individuale dei singoli indizi, valutandone la portata, la gravità e la precisione per poi procedere alla composizione del mosaico atto a rappresentare il fatto di reato. Precisamente, al contrario di quanto avviene per le prove dirette, dove il giudice deve valutare una sola volta la prova stessa, per le prove indiziarie il giudice è chiamato ad operare una doppia valutazione: una sull'affidabilità della prova, cioè dell'indizio, e, a seguito del buon esito di questa prima valutazione, poiché il fatto oggetto di prova non corrisponde al fatto di reato, una seconda valutazione sulla possibilità o meno di risalire, tramite l'indizio valutato in precedenza, al fatto di reato.

Alla luce di quanto esposto, è chiaro che, sul tema della prova indiziaria, il libero convincimento del giudice ne esce alquanto provato. Per espressa previsione legislativa, il giudice non potrà fondare la propria decisione né su un singolo indizio (anche se molto convincente) né su una pluralità di indizi che non soddisfino i requisiti di gravità, precisione e concordanza *ex art. 192, comma 2, c.p.p.*

2.4. La disciplina delle contestazioni nel corso dell'esame

La discrezionalità valutativa posta nelle mani del giudice

¹⁶¹ A. Gaito, *Le prove*, in AA. VV. *Manuale di procedura penale*, cit., p. 250.

dall'art. 192 c.p.p. risulta essere ulteriormente ridimensionata dalla disciplina delle contestazioni nel corso dell'esame testimoniale.

Il tema delle contestazioni è peculiare del nuovo sistema processuale penale in quanto nel vecchio sistema «non era previsto un particolare regime per le contestazioni che potevano essere fatte dal pubblico ministero e dai difensori nel corso dell'esame dei testimoni o dell'imputato (...); la contestazione, quindi, serviva solo per mettere in luce elementi di contraddizione e indurre il dichiarante a mutare versione, ma non comportava alcuna conseguenza giuridica»¹⁶². Con la l. 7 agosto 1992 n. 356, si è voluto ripristinare la disciplina originaria. Nella nuova formulazione, l'art. 500 c.p.p. disciplina nella sostanza l'intera materia delle contestazioni, nonostante sia rubricato come «contestazioni nell'esame testimoniale». Si dice, infatti, che questa norma costituisca «l'archetipo delle contestazioni»¹⁶³ in quanto sono presenti, nel codice di rito, una serie di rinvii a questa disciplina (artt. 501 comma 1, 210 comma 5 e 503 c.p.p.).

Il comma 1 dell'art. 500 c.p.p. consente alle parti di «servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero». Si intende bene dal tenore letterale che, affinché le parti possano opporre le proprie contestazioni, occorre previamente che il soggetto, nei cui confronti sono poste in essere le contestazioni, abbia deposto. Quest'ordine scandito dall'articolo può essere inquadrato anche come una sorta di garanzia per il principio dell'oralità. Si è precisato, successivamente, che non occorre l'esaurimento dell'intera deposizione, bastando che sia stato deposto il

¹⁶² M. D'Andria, *Dibattimento*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Giuffrè, 2003, p. 179.

¹⁶³ *Ibidem*.

fatto oggetto di contestazione¹⁶⁴. Quest'ultima regola deve essere applicata in modo elastico per non pregiudicare la strategia delle parti. Finalità ultima della contestazione, come osservato, «è duplice, ossia saggiare la credibilità del dichiarante mediante opposizione del precedente difforme e, quindi, consentire allo stesso di rettificare la dichiarazione resa in sede di esame ovvero, al contrario, di fornire una spiegazione della versione diversa»¹⁶⁵.

Quella sopra elencata prende il nome di "contestazione probatoria", a cui si affianca un altro mezzo di contestazione che, per differenziarla dalla precedente, viene chiamata "non probatoria". Quest'ultima ha come fine non quello di un uso probatorio del contenuto della contestazione, ma solo quello di minare la credibilità del teste in esame e, per fare ciò, può giovare di tutte le dichiarazioni contenenti sia nel fascicolo per il dibattimento sia in quello del pubblico ministero.

Affinché si possa dare il via alle contestazioni, occorre, *in primis*, che il testimone abbia fornito delle dichiarazioni differenti da quelle rese in esame testimoniale. Posto che la norma utilizza la locuzione «dichiarazioni precedentemente rese» senza alcuna specificazione, si può dire senza remora alcuna che possono essere utilizzate dichiarazioni rese sia al pubblico ministero, sia alla polizia giudiziaria ovvero al giudice per le udienze preliminari. Secondo requisito è la loro presenza nel fascicolo del pubblico ministero. Nel concreto, possono essere a fondamento delle contestazioni le dichiarazioni raccolte nel corso delle attività investigative svolte dal difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa

¹⁶⁴ F. Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994, p. 103.

¹⁶⁵ In tal senso, R. Adorno, *Assunzione delle prove*, in G. Spangher *Trattato di procedura penale*, vol. IV, 2, UTET, 2009, p. 318.

(per espresso richiamo dell'art. 500 c.p.p. da parte dell'art. 391*decies* c.p.p.)¹⁶⁶, i verbali di prova assunti in altro procedimento (*ex art.* 238 c.p.p.), le sommarie informazioni raccolte dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari.

Come si è notato, molte volte la disciplina delle contestazioni permette l'ingresso, nel processo, di dichiarazioni rese in una fase precedente del procedimento. Preme sottolineare che, fermo restando il principio della separazione delle fasi del procedimento penale, il legislatore non si è rifugiato dietro tale principio allo scopo di ignorare la problematica, né tanto meno ha voluto prevedere un rinvio generale alle disposizioni disciplinanti la fase precedente, con conseguente «equiparazione dell'idoneità probatoria»¹⁶⁷ delle dichiarazioni rese in questa fase. Come osservato da un'autorevole dottrina, infatti, «l'art. 500 c.p.p., in ragione della collocazione delle regole in esso contenute al centro di una problematica – quella, cioè, relativa al nesso intercorrente tra l'attività investigativa e il giudizio – che, come già detto, ha rappresentato da sempre il nodo cruciale di ogni discussione inerente ai diversi modelli processuali, (...) ha fin dall'origine compendiato una delle norme più caratteristiche del codice di procedura penale, essendo considerato come l'architrave dell'istruttoria dibattimentale»¹⁶⁸.

Per quanto riguarda gli effetti, preme fare un paragone con la formulazione originaria dell'art. 500 c.p.p. con quella odierna. In origine, erano configurabili due ipotesi di contestazione: la contestazione senza allegazione e quella con allegazione. La prima

¹⁶⁶ M. D'Andria, *Codice di procedura penale*, cit., p. 183.

¹⁶⁷ L. Suraci, *L'istruzione dibattimentale*, in AA. VV. *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, cit., p. 1198.

¹⁶⁸ M. Montagna, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'"oralità" e processo "giusto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1568.

presupponeva la sua venuta ad esistenza nel corso dell'esame testimoniale e consisteva nella lettura delle precedenti dichiarazioni, contenute nel fascicolo del pubblico ministero, rese dal teste stesso. «La dichiarazione contestata non poteva costituire prova dei fatti in precedenza riferiti (e il relativo verbale non era allegabile al fascicolo per il dibattimento)»¹⁶⁹ ma poteva fungere da spunto per la valutazione sull'attendibilità del teste per il giudice, al quale veniva permesso di «osservare attentamente le reazioni del teste, anche nei c.d. tratti prosodici del discorso (tono della voce, atteggiamento psicofisico)»¹⁷⁰ che spesso sfuggono al fermo controllo della persona, a differenza di quanto accade per le dichiarazioni. La seconda, invece, valeva per quelle dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria e che rientravano nel fascicolo del pubblico ministero a seguito di allegazione da parte dello stesso.

Con la l. 8 agosto 1992, n. 356 è stato modificato l'articolo in oggetto, eliminando allo stesso tempo la distinzione tra contestazione con allegazione e senza allegazione, avvalorizzando, piuttosto, la differenza tra dichiarazione resa in dibattimento e quella resa durante le indagini preliminari. Come, infatti, prevedevano i commi 3 e 4 dell'art. 500 c.p.p., le dichiarazioni rese durante la fase delle indagini preliminari potevano essere utilizzate dal giudice per verificare l'attendibilità del teste durante l'esame testimoniale. A questo potevano esserci due esiti derivati dalla contestazione: se il teste ritrattava in qualche modo la sua testimonianza facendo dubitare sulla sua attendibilità, né le dichiarazioni rese in dibattimento né quelle rese durante le indagini preliminari potevano avere valore di prova, ma

¹⁶⁹ M. D'Andria, *Dibattimento*, in *Codice di procedura penale*, cit., p. 187.

¹⁷⁰ P. Ferrua, *Studi sul giusto processo*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992, p. 104.

potevano essere liberamente valutate dal giudice sull'attendibilità del teste; se invece, anche a seguito della contestazione, il teste si ostinava a fornire una dichiarazione completamente difforme da quella in oggetto della contestazione, entrambe dichiarazioni confluivano nel fascicolo per il dibattimento potevano essere valutate come prove, sempre che fossero sorrette da altri elementi di prova idonei a confermarne la veridicità¹⁷¹. Tuttavia, quanto detto vedeva una deroga nei commi 5 e 6, i quali prevedevano che, nel caso vi fossero elementi che facessero pensare ad una coartazione del teste, «le dichiarazioni acquisite a norma del comma 4 sono valutate come prova dei fatti in esse affermati». A seguito della l. 1 marzo 2001 n. 63, attuativa della riforma costituzionale sul "giusto processo" che ha portato alla modifica dell'art. 111 Cost., si è assistiti ad una nuova modifica dell'art. 500 c.p.p. Il definitivo testo normativo, nonostante la soppressione (fin dalla riforma del 1992), fa del divieto di utilizzo di materiale probatorio raccolto durante la fase delle indagini preliminari la sua peculiare caratteristica. È consentito l'utilizzo a fini probatori di questo materiale solo se sia stata provata l'esistenza di coartazione o violenza nei confronti del testimone o se sia frutto di accordo tra le parti.

Orbene, analizzata la fattispecie astratta e la relativa disciplina, ci si potrebbe chiedere che ruolo abbia il giudice in questo contesto. Ripercorrendo le varie tappe dell'istituto e concentrandoci sulla figura dell'organo giudicante, si ha l'impressione che da un lato, il giudice abbia un ampio potere valutativo sull'attendibilità del teste ma dall'altro, per espressa previsione normativa, salvi i casi di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 500 c.p.p., è precluso allo stesso giudice l'utilizzo

¹⁷¹ F. Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 106.

delle dichiarazioni, di cui è entrato in possesso, a fini probatori. Gli stessi, ricapitolando, sembrano soggiacere al limite imposto dall'art. 192, comma 2 c.p.p., previsto per la prova indiziaria. Soltanto laddove è concessa, dalla legge, il valore di prova, il giudice potrà valutare liberamente le dichiarazioni in oggetto, fermo restando che dovrà, comunque, rendere conto della sua decisione nella motivazione.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto nei precedenti capitoli, si è visto come uno strumento nato per "legalizzare" soppressioni per scopi politici abbia avuto modo di essere utilizzato per il raggiungimento di quella verità materiale, posta a fondamento in ogni processo.

Allo spropositato campo di azione del principio del libero convincimento del giudice nella valutazione del materiale probatorio, descritto nel capitolo II, corrisponde un ben più ridimensionato potere valutativo, per gli stessi mezzi probatori, riconosciuto al giudice in sede civile, che prende il nome di prudente apprezzamento.

In realtà, nonostante la diversità letterale, quando si parla di prudente apprezzamento si è concordi nel dire che si è di fronte ad una maschera del principio del libero convincimento il quale, trovandosi nel processo civile, ancora governato in parte dal criterio della prova legale, non riesce ad esplicitare tutti i suoi effetti, dovendo, a volte, cedere il passo a quei mezzi di prova cui la legge affida valore probatorio pieno.

La previsione, da parte della legge, di una vasta tipologia di mezzi probatori non intacca la possibilità, per il giudice, di valutare le stesse facendo ricorso a quell'*intime conviction* che è stato sempre presente nei processi penali dagli inizi del '900 ad oggi. Anche la previsione di una prova ad alta affidabilità quale la prova scientifica, e segnatamente la prova del DNA, soggiace alla libera valutazione del giudice, potendosi riscontrare vizi nella procedura di estrazione e/o conservazione del materiale biologico oggetto di prova. A quest'ultima, si deve affiancare anche la tematica della confessione; tanto forte da poter vincolare e "costringere" il giudice civile

nell'emanazione della sua sentenza, perde tutto il suo potere appena entra nel processo penale, venendo giudicata e valutata alla stregua di tutti gli altri mezzi probatori.

Sembra condivisibile, però, che questa immensa differenza di poteri valutativi nei due giudici possa trovare fondamento nella profonda diversità delle tematiche trattate in tali sedi. Mentre nell'uno vengono trattati diritti "comuni", nell'altro processo oggetto della causa risultano essere valori sanciti dalla nostra Costituzione e, per questo, necessitano di una disciplina concreta che non permetta alle parti di vincolare il giudice nello scegliere per una o per un'altra decisione giudiziale.

Ad una siffatta concezione del principio del libero convincimento del giudice potrebbe corrispondere una errata sensazione di illimitato potere affidato nelle mani dell'organo giudicante. Ma, come ben si sa, anche il giudice come tutti i soggetti giuridici, è soggetto alla logica ed alla legge; ed è proprio la legge che si occupa di definire talvolta in senso esplicito, talvolta in senso più implicito, quali siano i poteri "reali" concessi al giudice nella valutazione delle prove richieste dalle parti e, successivamente, ammesse dal giudice. Entro tali limiti, però, il giudice potrà operare per la ricostruzione di quell'ordine giuridico violato con la controversia.

Sembra corretto, infine, utilizzare le parole di uno dei padri fondatori del nostro diritto, il quale ben descrive il rapporto tra la legge ed il giudice:

«Il giudice è il diritto fatto uomo; solo da questo uomo io posso attendermi nella vita pratica quella tutela che in astratto la legge mi promette: solo se questo uomo saprà pronunciare a mio favore la

*parola della giustizia, potrò accorgermi che il diritto non è un'ombra
vana».*

Piero Calamandrei

BIBLIOGRAFIA

- Carmignani G., *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica e su i suoi vari metodi nelle materie penali* (1826), in *Scritti inediti*, vol. VI, Lucca 1825;
- Casiraghi R., *Prove vietate e processo penale*, in Riv. it. di Dir. e proc. pen., IV/2009;
- Cordero F., *Prove illecite*, in Tre studi sul processo penale, Giuffrè, 1963;
- De Cataldo Neuburger L., *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in Dir. pen. e proc., 2010;
- Dezza E., *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, CEDAM Padova, 2001;
- Dominioni O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005;
- Dominioni O., *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in Dir. pen. e proc., 5/2015;
- Esmeine A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882;
- Fanuele C., *La prova genetica: acquisire, conservare ed utilizzare i campioni biologici*, in Dir. pen. e proc., 1/2015;
- Grevi V., *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2006;
- Hélie F., *Teorica del codice di procedura penale*, trad. it., Torino, 1946;
- Monteleone G., *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in Riv. di dir. proc. civ., I/2008;
- Nobili M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974;
- Nobili M., *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989;
- Perchinunno V., *Le prove. Disposizioni generali*, in *Manuale di procedura penale*, Monduzzi, 2006;
- Randbruch G., *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Torino, 1961;
- Rivello P. P., *La prova scientifica*, Giuffrè, 2014;
- Signori D., *Passato e futuro nelle sentenze per l'omicidio di Meredith Kercher*, in Dir. pen. e proc., 6/2015;
- Siracusano D., *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, vol I, Giuffrè, 2006;
- Spangher G., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I,

- UTET, 2015;
Spangher G., *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, UTET, 2008;
Tonini P. - Conti C., *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2012;
Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2013;
Tonini P., *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2015;
Ubertis G., *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, UTET, 1995;
Ubertis G., *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975;
Patti S., *Della prova documentale*, in *AA. VV. Commentario al codice civile*, Giuffrè, 1996;
Carnelutti F., *Documento (Teoria moderna)*, in *Nov. dig.*, UTET, 1960;
Verde G., *Profili del processo civile*, Jovene, 2008;
Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2000;
Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1999;
Montesano L. - Arieta G., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 1999;
Luiso F. P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, 1999;
Andrioli V., *Diritto processuale civile*, Jovene, 1979;
Satta S., *Diritto processuale civile*, CEDAM, 1992;
Chioventa G., *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, 1965;
Monteleone G., *Manuale di diritto processuale civile*, CEDAM, 2012;
Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2012;
Comoglio L. P. - Ferri C. - Taruffo M., *Lezioni sul processo civile*, Il Mulino, 2011;
Rota F., *I documenti*, in Taruffo M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012;
Carnelutti F., *Studi sulla sottoscrizione*, in Carnelutti F. *Studi di diritto processuale*, CEDAM, 1939;
Furno C., *Confessione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1961;
Crevani R., *La testimonianza*, in Taruffo M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012;
Dittrich L., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2011;
Comoglio L. P., *Le prove civili*, UTET, 2004;
Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2016;
Ansanelli V., *La consulenza tecnica*, in Taruffo M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012;
Monteleone G., *Intorno al concetto di verità «materiale» o*

- «oggettiva» nel processo civile, in *Riv. dir. proc.*, I/2009;
Taruffo M., *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, III/2009;
Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, 1985;
Nappi A., *Valutazione della prova*, in *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007;
Cavallone B., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, III/2008;
Taruffo M., *La valutazione delle prove*, in Taruffo M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012;
E. Dosi, *Confessione. III) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988;
Betti, *Animus*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, UTET, 1957;
Punzi C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, Giappichelli, 2008;
Segatti M., *La confessione*, in Taruffo M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè 2012;
Silvestri E., *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto/civ.*, UTET, 1988;
Luparia L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2006;
Foschini G., *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, 1968;
Mercone M., *Diritto processuale penale*, Simone, 2000;
Melchionda A., *La chiamata di correo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1967;
Garlati Giugni L., *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Giuffrè, 1999;
Bentham G., *Teoria delle prove giudiziarie*, 1834, trad. it., Bruxelles, 1842;
Iacoviello F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997;
Catalano E. M., *La prova d'alibi*, Giuffrè, 1998;
Carrara F., *Programma del Corso di diritto criminale*, Fratelli Cammelli, 1897;
Randazzo M., *La valutazione delle prove nel processo penale*, in *Conferenze. Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Giuffrè, 1958;
Guarneri G., *La testimonianza dell'imputato*, in AA. VV. *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Giuffrè, 1965;
Stella F., *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove*

- esperienze*, Giuffrè, 2004;
- Ubertis G., *La logica del giudizio: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privata, le massime di esperienza, il sillogismo giudiziale*, in AA. VV. *La prova penale*, (http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_21.pdf);
- Dinacci F. R., *Prove*, in AA.VV. *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, 2015;
- Servadei F., *Chiamata di correo e chiamata di correità "de relato"*, in www.studiocataldi.it;
- Daniele M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009;
- Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2008;
- Ferrua P., *La prova nel processo penale*, CEDAM, 2015;
- Parlato L., *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1996;
- Cantone R., *L'art. 238bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, in *Cass. pen.*, 1990;
- Treggiani N., *Sull'impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997;
- Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, 2006;
- Ferrua P., *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998;
- Gaito A., *Le prove*, in AA. VV. *Manuale di procedura penale*, Monduzzi, 2006.
- D'Andria M., *Dibattimento*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Giuffrè, 2003;
- Plotino F., *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994;
- Adorno R., *Assunzione delle prove*, in G. Spangher *Trattato di procedura penale*, UTET, 2009;
- Suraci L., *L'istruzione dibattimentale*, in AA. VV. *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, UTET, 2015;
- Montagna M., *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'"oralità" e processo "giusto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994;
- Ferrua P., *Studi sul giusto processo*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992;